

GACETA JUDICIAL



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

GACETA JUDICIAL

Director
Víctor Manuel Núñez
Ministro

Año 2011 – Número 2



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

INTERCONTINENTAL
E D I T O R A

Asunción, Paraguay

- © Corte Suprema de Justicia – División de Investigación, Legislación y Publicaciones del Centro Internacional de Estudios Judiciales.
Gaceta Judicial
Calle Alonso y Testanova, Asunción, Paraguay
Queda prohibida cualquier forma de reproducción, transmisión o archivo en sistemas recuperables, sea para uso privado o público por medios mecánicos, electrónicos, 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° 2

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

GACETA JUDICIAL. Asunción, Paraguay.

Primera edición 2011: 1.000 ejemplares

MINISTRO DIRECTOR DE LA DILP:

Dr. 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

GUSTAVO SÁNCHEZ

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: 978-99967-25-10-4

PRÓLOGO

Cumpliendo con la finalidad investigativa y de difusión de obras con identidad nacional acerca de doctrinas y jurisprudencias de la máxima instancia, así como de los tribunales de Apelación de los diferentes fueros, en las distintas instancias de Apelación, presentamos el segundo número - año 2011 de la revista trimestral: Gaceta Judicial.

Dentro de su contenido se hallan fallos que, por su carácter emblemático, han sido clasificados ecuánime y criteriosamente. Así, tendremos acceso a la lectura de varias resoluciones con rica y compleja dialéctica jurídica. Por citar ejemplos, en el plano civil se presenta la responsabilidad compartida por accidente de tránsito, carga de la prueba al asegurado o al asegurador en caso de siniestro financiero. En el plano del derecho de familia, accedimos a un fallo con análisis procesal de la caducidad y su improcedencia en los juicios de la Niñez y Adolescencia. En el plano constitucional, la disputa de la competencia entre la Cámara de Senadores y el Tribunal Superior de Justicia Electoral acerca de los títulos y derechos de los que han sido elegidos en sufragio.

Al presentar esta nueva edición de la Gaceta Judicial, agradecemos a los secretarios y funcionarios de los Tribunales de Apelación en lo Civil y Comercial, Niñez y Adolescencia, del fuero penal, y a todas las personas que han colaborado desinteresadamente en alguna etapa de la revista, anhelando que la obra sea un instrumento beneficioso para quienes la utilicen.

Equipo de Coordinación
GACETA JUDICIAL

CONTENIDO

1. PRÓLOGO	7
2. ÍNDICES	
Índice Temático	15
Índice por Tribunales	21
3. DOCTRINA	
– Tutelas Urgentes y Cautela Judicial, <i>por Miguel Angel Vargas Díaz</i>	25
4. JURISPRUDENCIA	
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA	
PRESCRIPCIÓN. Prescripción en materia penal/ ACCIÓN PENAL. Prescripción de la acción penal/ LEY PENAL. Ley penal más benigna/COSTAS. Costas en el orden causado / ESTAFA. (CSJ, Sala Penal. 04-06-10. Ac. y Sent. N° 264)	37
ALIMENTOS. Proceso. Incumplimiento del deber alimentario/CA- DUCIDAD DE INSTANCIA. Procedencia de la caducidad de instancia / MEDIDAS CAUTELARES. Caducidad de las medi- das cautelares /PATRIA POTESTAD. Derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad /INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO/CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derechos de familia. (CSJ, Sala Constitucional. 09-06.10. Ac. y Sent. N° 275)	57
SEGURO. Asegurador. Determinación de la indemnización. Indemnizi- cación del asegurado. Determinación de la indemnización. Car- ga de la prueba. Peritos liquidadores. Prueba. (CSJ. Sala Civil y Comercial. 10-06-10. Ac. y Sent. 280)	69
ADMINISTRACIÓN FINANCIERA DEL ESTADO. Responsabilidad	

CONTENIDO

de las Autoridades y funcionarios / REGULACIÓN DE HONORARIOS / CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la igualdad. (CSJ. Sala Constitucional. 23-06-10. Ac. y Sent. 305)	78
DAÑOS Y PERJUICIOS. Accidente de tránsito. Responsabilidad extracontractual. Responsabilidad objetiva. Exoneración de responsabilidad. Accidente de tránsito / PRUEBA DOCUMENTAL. Eficacia probatoria de la prueba documental. Instrumentos públicos y privados. (CSJ. Sala Civil y Comercial. 05-07-10. Ac. y Sent. 318)	84
PODER LEGISLATIVO. Cámara de Senadores / JUSTICIA ELECTORAL. (CSJ. Sala Constitucional. 30-08-10. Ac. y Sent. N° 404)	106
TRIBUNAL DE APELACIÓN CIVIL Y COMERCIAL	
INCIDENTE / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN / NULIDAD. Nulidad de la sentencia. (TApel. Civ. y Com. Primera Sala. 05-07-10. A. I. N° 364)	117
JUICIO ARBITRAL. CONTRATOS. CONTRATOS CELEBRADOS EN EL EXTRANJERO. (TApel. Civ. y Com. Primera Sala. 05-07-10. A.I. N° 365)	119
INCIDENTES / RECUSACIÓN. Recusación con causa. Recusación sin causa (TApel. Civ. y Com. Primera Sala. 05-07-10. A.I. N° 371)	128
MARCA DE FÁBRICA / MEDIDAS CAUTELARES. Contracautela. (TApel. Civ. y Com. Primera Sala. 20-07-10. A.I. N° 428)	133
RECURSO DE QUEJA / RECURSO DE REPOSICIÓN. Apelación en subsidio / PROCESO CIVIL Y COMERCIAL. Conclusión de la causa para definitiva / RECURSO DE APELACIÓN. Facultades del Tribunal de Apelación / RECURSO DE ACLARATORIA / RESOLUCIÓN JUDICIAL. (TApel. Civ. y Com. Primera Sala. 27-07-10. A.I. N° 434)	137
CADUCIDAD DE INSTANCIA. RECONVENCIÓN. (TApel. Civ. y Com. Primera Sala. 27-07-10. A.I. N° 435)	142
EXCUSACIÓN. (TApel. Civ. y Com. Primera Sala. 30-07-10. A.I. N° 451)	145
REGULACIÓN DE HONORARIOS. POSESIÓN. Acción posesoria. (TApel. Civ. y Com. Primera Sala. 06-08-10. A.I. N° 469)	147

CONTENIDO

RECURSO DE APELACIÓN / CADUCIDAD DE INSTANCIA. Procedencia de la caducidad de instancia. Presupuesto. Existencia de instancia. Inactividad de las partes. (TApel. Civ. y Com. Primera Sala. 09-08-10. A.I. N° 476)	150
REGULACIÓN DE HONORARIOS. (TApel. Civ. y Com. Primera Sala. 23-08-10. A.I. N° 507)	157
CONTRATO. Nulidad del contrato. Modificación equitativa del contrato / PRESCRIPCIÓN. Plazos para la prescripción. Suspensión de la prescripción. (TApel. Civ. y Com. Primera Sala. 06-09-10. A.I. N° 567)	163
REGULACIÓN DE HONORARIOS. Base del cálculo para la regulación de honorarios. SUCESIÓN. (TApel. Civ. y Com. Primera Sala. 08-09-10. A.I. N° 578)	168
REGISTRO DE LA PROPIEDAD. Anotación preventiva / REGULACIÓN DE HONORARIOS. (TApel. Civ. y Com. Primera Sala. 13-09-10. A.I. N° 587)	174
RECURSO DE NULIDAD. Procedencia del recurso de nulidad / EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN. Excepción de previo y especial pronunciamiento / PRUEBA DOCUMENTAL. Autenticidad de documento / MALAFE / COMPRAVENTA. Nulidad de la compraventa / COMPRAVENTA / REIVINDICACIÓN. Acción reivindicatoria. (TApel. Civ. y Com. Primera Sala. 28-09-10. Ac. y Sent. N° 56)	181
PRESCRIPCIÓN. Excepción de prescripción / TARJETA DE CRÉDITO / EXCEPCIÓN DE INHABILIDAD DE TÍTULO. (TApel. Civ. y Com. Primera Sala. 26-10-10. Ac. y Sent. N° 66)	200
PROCESO CIVIL Y COMERCIAL. Llamamiento de autos para sentencia / EXCUSACIÓN. Forma y tiempo de la excusación / MANDATO / ABOGADO. Abogados Fiscales / PERSONAS. Personas Jurídicas / ABOGACÍA DEL TESORO. (TApel. Civ. y Com. Primera Sala. 03-11-10. Ac. y Sent. N° 71)	208
SEGURO. Denuncia del siniestro. Plazo en el contrato de seguro. Póliza / JUCIO EJECUTIVO. Título ejecutivo. (TApel. Civ. y Com. Primera Sala. 04-11-10. Ac. y Sent. N° 72)	216
EXCEPCIÓN DE LITISPENDENCIA / EXPEDIENTE. (TApel. Civ. y Com. Primera Sala. 05-11-10. Ac. y Sent. N° 73)	223

CONTENIDO

COMPRAVENTA. Obligaciones del comprador y del vendedor/ ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA /MAGISTRADO. Facultades del magistrado/COMPRAVENTA. Obligaciones del comprador y del vendedor. (TApel. Civ. y Com. Primera Sala. 06-12-10. Ac. y Sent. N° 87)	229
MARCA DE FÁBRICA. Oposición al registro de una marca. Confusión / MALA FE. (TApel. Civ. y Com. Primera Sala. 13-12-10. Ac. y Sent. N° 90)	244
PRUEBA DOCUMENTAL. Redargución de falsedad/ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la defensa. (TApel. Civ. y Com. Segunda Sala. 30-06-2010. A.I. N° 395)	252
USUCAPIÓN. Título para la usucapición. Cómputo del plazo en la usucapición / REIVINDICACIÓN / SENTENCIA. Vicios de la sentencia / SENTENCIA ARBITRARIA. (TApel. Civ. y Com. Tercera Sala. 21-07-10. Ac. y Sent. N° 78)	253
PRUEBA DE CONFESIÓN. Pliego de posiciones /PRUEBA DE TESTIGOS. Tacha de testigos/ DAÑOS Y PERJUICIOS. Accidente de tránsito. Culpa. Indemnización por daños y perjuicios. Obstrucción al resarcimiento por daños en accidente de tránsito. Daño emergente. Lucro cesante. Daño moral / DOMINIO. Prueba de dominio / POSESIÓN. Obligaciones y derechos de la posesión / MUNICIPALIDAD. Resoluciones. Sanciones municipales / PREJUZGAMIENTO / PRUEBA DOCUMENTAL. Eficacia de prueba documental. (TApel. Civ. y Com. Tercera Sala. 17-08-10. Ac. y Sent. N° 79)	257
DIVORCIO. Causas de divorcio. Abandono. Injuria grave / RECURSO DE APELACIÓN. Facultades del Tribunal de Apelación / VIOLENCIA FAMILIAR. Acta de denuncia / POLICÍA NACIONAL. Parte policial / CEDAW / CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derechos humanos. (TApel. Civ. y Com. Tercera Sala. 16-09-10. Ac. y Sent. N° 91)	288
EXCEPCIÓN DE LITISPENDENCIA / DESALOJO. Procedencia del desalojo. Derecho de posesión o dominio / POSESIÓN. Actos posesorios / LOCACIÓN. Prueba de la locación / CONCUBINATO. (TApel. Civ. y Com. Tercera Sala. 20-09-10. Ac. y Sent. N° 93)	295

CONTENIDO

CONTRATO. Efectos del contrato. Resolución del contrato/ MUNICIPALIDAD. Contratación municipal / PACTO COMISORIO / PRUEBA DE TESTIGOS. Tacha de testigos / DAÑOS Y PERJUICIOS. Gastos improductivos. Daño emergente. Lucro cesante. Lucro cesante/ CONTRATO. Resolución del contrato. (TApel. Civ. y Com. Tercera Sala. 14-02-11. Ac. y Sent. N° 7)	306
ALIMENTOS. Proceso. Beneficio de alimentos. (TApel. Civ. y Com. Tercera Sala. 14-02-11. Ac. y Sent. N° 8)	329
CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la defensa/ ABOGADO/ MANDATO. Obligaciones del mandante / CADUCIDAD DE INSTANCIA/ DAÑOS Y PERJUICIOS. Culpa. Lucro cesante. Chance. Responsabilidad civil. (TApel. Civ. y Com. Tercera Sala. 18-02-11. Ac. y Sent. N° 12)	334
USUCAPIÓN. Requisitos. Justo título Cómputo del plazo en la usucapión. Título de la usucapión. Prueba de la usucapión. Procedencia de la usucapión. / POSESIÓN. Poseedor precario. Prueba de la posesión / SUCESIÓN. Cesión de derechos hereditarios. (TApel. Civ. y Com. Tercera Sala. 10-03-11. Ac. y Sent. N° 15).	347
ALIMENTOS. Beneficiario de alimentos. Cuota de alimentos. (TApel. Civ. y Com. Tercera Sala. 16-03-11. Ac. y Sent. N° 16)	355
REGULACIÓN DE HONORARIOS. Regulación de honorarios extrajudiciales. Base del cálculo para la regulación de honorarios. (TApel. Civ. y Com. Tercera Sala. 16-03-11. Ac. y Sent. N° 17)	369
REINVINDICACIÓN. Procedimiento para la reivindicación. Requisitos / CONTRATO. Resolución del contrato. (TApel. Civ. y Com. Tercera Sala. 22-03-11. Ac. y Sent. N° 18)	370
RECURSO DE NULIDAD. Procedencia del recurso de nulidad. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA/ TARJETA DE CRÉDITO. Obligaciones / DAÑOS Y PERJUICIOS. Pérdida de Chance. Prueba de daños y perjuicios. Lucro Cesante. Daño moral. (TApel. Civ. y Com. Quinta Sala. 11-06-11. Ac. y Sent. N° 61)	375
MARCADE FÁBRICA. Confusión. Prueba de uso de una marca. Abandono de la solicitud de registro. Oposición al registro de una marca. Nombre comercial / DESISTIMIENTO / DERECHO DE MARCA. Notoriedad / COMPETENCIA. Competencia desleal. (TApel. Civ. y Com. Quinta Sala. 18-02-11. Ac. y Sent. N° 16)	397

CONTENIDO

TRIBUNAL DE APELACIÓN DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

DEMANDA. Contestación de la demanda / LEGITIMACIÓN / PODER EJECUTIVO. Procuraduría General de la República. (TApel. Niñez y Adolescencia. 14-09-10. Ac. y Sent. N° 172)	413
RECURSO DE APELACIÓN. Concesión del recurso de apelación / RECURSO DE APELACIÓN. Concesión del recurso de apelación / VENIA JUDICIAL. Venia para viajar con fines de radicación / PATRIA POTESTAD. Régimen de visita. (TApel. Niñez y Adolescencia. 25-11-10. Ac. y Sent. N° 229)	419
RESTITUCIÓN. Restitución Internacional de menores. Excepción / MENORES. Restitución de menores. Opinión del niño. (TApel. Niñez y Adolescencia. 28-02-11. Ac. y Sent. N° 23)	428

INDICE TEMÁTICO

- ABOGACÍA DEL TESORO, p. 209
- ABOGADO, pp. 208-335
 - Abogados Fiscales, p. 208
- ACCIÓN PENAL, p. 37
 - Prescripción de la acción penal, p. 37
- ADMINISTRACIÓN FINANCIERA DEL ESTADO, pp. 78, 79
 - Responsabilidad de las autoridades y funcionarios, pp. 78, 79
- ALIMENTOS, pp. 57, 58, 329, 330, 355, 356
 - Beneficiario de alimentos, pp. 355, 356
 - Beneficio de alimentos, pp. 329, 330
 - Cuota de alimentos, p. 356
 - Incumplimiento del deber alimentario, p. 57
 - Proceso, pp. 57, 329
- CADUCIDAD DE INSTANCIA, pp. 57, 58, 142, 150, 151, 335, 336
 - Existencia de instancia, p. 151
 - Inactividad de las partes. - 151
 - Presupuesto, p. 151
 - Procedencia de la caducidad de instancia, pp. 57, 58, 150
- CADUCIDAD DE LA ACCIÓN, p. 117
- CEDAW, p. 289
- COMPETENCIA, p. 400
 - Competencia desleal, p. 400
 - Compraventa, pp. 182, 183
 - Nulidad de la compraventa, p. 182
 - Obligaciones del comprador y del vendedor, pp. 229, 230, 231
- CONCUBINATO, p. 297

ÍNDICE TEMÁTICO

- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY, pp. 58, 79, 252, 289, 335
- Derecho a la defensa, pp. 252, 335
 - Derecho a la igualdad, p. 79
 - Derechos de familia, p. 58
 - Derechos humanos, p. 289
- CONTRATO, pp. 119, 120, 163, 306, 307, 308, 370, 371
- Efectos del contrato, p. 306
 - Modificación equitativa del contrato, p. 163
 - Nulidad del contrato, p. 163
 - Resolución del contrato, pp. 307, 308, 370, 371
- CONTRATOS CELEBRADOS EN EL EXTRANJERO, pp. 119, 120
- COSTAS, p. 38
- Costas en el orden causado, p. 38
- DAÑOS Y PERJUICIOS, pp. 84, 85, 268, 269, 270, 308, 334, 335, 336, 376, 377
- Accidente de tránsito, pp. 84, 85, 368
 - Chance, p. 336
 - Culpa, pp. 269, 335
 - Daño emergente, pp. 269, 308
 - Daño moral, p. 270, 376, 377
 - Exoneración de responsabilidad, p. 85
 - Gastos improductivos, p. 308
 - Indemnización por daños y perjuicios, p. 269
 - Lucro cesante, pp. 270, 308, 336, 376
 - Obstrucción al resarcimiento por daños en accidente de tránsito, p. 269
 - Pérdida de chance, pp. 376, 377
 - Prueba de daños y perjuicios, p. 376
 - Responsabilidad civil, p. 336
 - Responsabilidad extracontractual, p. 84
 - Responsabilidad objetiva, pp. 84, 85
- DEMANDA, p. 413
- Contestación de la demanda, p. 413
- DERECHO DE MARCA, p. 399
- Notoriedad, p. 399
- DESALOJO, pp. 295, 296
- Derecho de posesión o dominio, p. 296

ÍNDICE TEMÁTICO

- Procedencia del desalojo, p. 296
- DESISTIMIENTO, p. 398
- DIVORCIO, pp. 288, 289
 - Abandono, pp. 288, 289
 - Causas de divorcio, pp. 288, 289
 - Injuria grave, p. 288
- DOMINIO, p. 268
 - Prueba de dominio, p. 268
- ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA, p. 231
- ESTAFA, p. 38
- EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN, pp. 181, 182
 - Excepción de previo y especial pronunciamiento, pp. 181, 182
- EXCEPCIÓN DE INHABILIDAD DE TÍTULO, p. 201
- EXCEPCIÓN DE LITISPENDENCIA, pp. 223, 295
- EXCUSACIÓN, pp. 145, 208
 - Forma y tiempo de la excusación, p. 208
- EXPEDIENTE, p. 223
- INCIDENTE, pp. 117, 118
- INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, pp. 57, 58
- JUCIO EJECUTIVO, p. 216
 - Título ejecutivo, p. 216
- JUICIO ARBITRAL, p. 119
- JUSTICIA ELECTORAL, p. 106
- LEGITIMACIÓN, p. 413
- LEY PENAL, p. 37
 - Ley penal más benigna, p. 37
- LOCACIÓN, p. 296
 - Prueba de la locación, p. 296
- MAGISTRADO, p. 231
 - Facultades del magistrado, p. 231
- MALA FE, pp. 182, 245
- MANDATO, pp. 208, 335
 - Obligaciones del mandante, p. 335
- MARCA DE FÁBRICA, pp. 133, 134, 244, 245, 397, 398, 399
 - Abandono de la solicitud de registro, p. 398

ÍNDICE TEMÁTICO

- Confusión, pp. 244, 245, 397, 398, 399
- Nombre comercial, p. 399
- Oposición al registro de una marca, pp. 245, 398
- Prueba de uso de una marca, p. 398
- MEDIDAS CAUTELARES, pp. 57, 133, 134
 - Caducidad de las medidas cautelares, p. 57
 - Contracautela, p. 134
- MENORES, p. 428
 - Opinión del niño, p. 428
 - Restitución de menores, p. 428
- MUNICIPALIDAD, pp. 269, 306, 307
 - Contratación municipal, pp. 306, 307
 - Resoluciones, p. 269
 - Sanciones municipales, p. 269
- NULIDAD, p. 117
 - Nulidad de la sentencia, p. 117
- PACTO COMISORIO, p. 307
- PATRIA POTESTAD, pp. 57, 420
 - Derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, p. 57
 - Régimen de visita, p. 420
- PERSONAS, p. 208
 - Personas jurídicas, p. 208
- PODER EJECUTIVO, p. 413
 - Procuraduría General de la República, p. 413
- PODER LEGISLATIVO, p. 106
 - Cámara de Senadores, p. 106
- POLICÍA NACIONAL, p. 288
 - Parte policial, p. 288
- POSESIÓN, pp. 147, 268, 269, 296, 347, 348
 - Acción posesoria, p. 147
 - Actos posesorios, p. 296
 - Obligaciones y derechos de la posesión, pp. 268, 269
 - Poseedor precario, p. 347
 - Prueba de la posesión, pp. 347, 348
- PREJUZGAMIENTO, p. 269
- PRESCRIPCIÓN, pp. 37, 38, 164, 200

ÍNDICE TEMÁTICO

- Excepción de prescripción, p. 200
- Plazos para la prescripción, p. 164
- Prescripción en materia penal, pp. 37, 38
- Suspensión de la prescripción, p. 164
- PRINCIPIO DE CONGRUENCIA, p. 375
- PROCESO CIVIL Y COMERCIAL, pp. 138, 208
 - Conclusión de la causa para definitiva, p. 138
 - Llamamiento de autos para sentencia, p. 208
- PRUEBA DE CONFESIÓN, p. 267
 - Pliego de posiciones, p. 267
- PRUEBA DE TESTIGOS, pp. 268, 307
 - Tacha de testigos, pp. 268, 307
- PRUEBA DOCUMENTAL, pp. 85, 182, 252, 269
 - Autenticidad de documento, p. 182
 - Eficacia de prueba documental, p. 269
 - Redargución de falsedad, p. 252
 - Eficacia probatoria de la prueba documental, p. 85
 - Instrumentos públicos y privados, p. 85
- RECONVENCIÓN, p. 142
- RECURSO DE ACLARATORIA, p. 138
- RECURSO DE APELACIÓN, pp. 137, 150, 288, 419, 420
 - Concesión del recurso de apelación, pp. 419, 420
 - Facultades del Tribunal de Apelación, pp. 137, 288
- RECURSO DE NULIDAD, pp. 181, 182, 375
 - Procedencia del recurso de nulidad, pp. 181, 375
- RECURSO DE QUEJA, p. 137
- RECURSO DE REPOSICIÓN, pp. 137, 138
 - Apelación en subsidio, pp. 137, 138
- RECUSACIÓN, p. 128
 - Recusación con causa, p. 128
 - Recusación sin causa, p. 128
- REGISTRO DE LA PROPIEDAD, pp. 174, 175
 - Anotación preventiva, pp. 174, 175
- REGULACIÓN DE HONORARIOS, pp. 79, 147, 157, 158, 168, 174, 175, 360, 361
 - Base del cálculo para la regulación de honorarios, pp. 168, 360, 361
 - Regulación de honorarios extrajudiciales, p. 360

ÍNDICE TEMÁTICO

- REINVINDICACIÓN, pp. 183, 254, 370, 371
 - Acción reivindicatoria, p. 183
 - Procedimiento para la reivindicación, p. 370
 - Requisitos, p. 370
- RESOLUCIÓN JUDICIAL, p. 138
- RESTITUCIÓN, p. 428
 - Excepción, p. 428
 - Restitución Internacional de menores, p. 428
- SEGURO, pp. 69, 70, 216
 - Asegurador, p. 69
 - Carga de la prueba, p. 69
 - Denuncia del siniestro, p. 216
 - Determinación de la indemnización, p. 69
 - Indemnización del asegurado, p. 69
 - Peritos liquidadores, p. 69, 70
 - Plazo en el contrato de seguro, p. 216
 - Póliza, p. 216
 - Prueba, p. 70
- SENTENCIA ARBITRARIA, p. 254
- SENTENCIA, p. 254
 - Vicios de la sentencia, p. 254
- SUCESIÓN, pp. 168, 347, 348
 - Cesión de derechos hereditarios, p. 348
- TARJETA DE CRÉDITO, pp. 200, 201, 375
 - Obligaciones, p. 375
- USUCAPIÓN, pp. 253, 254, 347, 348
 - Cómputo del plazo en la usucapión, pp. 254, 348
 - Justo título, p. 347
 - Procedencia de la usucapión, p. 348
 - Prueba de la usucapión, p. 348
 - Requisitos, pp. 347, 349
 - Título de la usucapión, pp. 254, 348
- VENIA JUDICIAL, pp. 419, 420
 - Venia para viajar con fines de radicación, p. 420
- VIOLENCIA FAMILIAR, p. 288
 - Acta de denuncia, p. 288

ÍNDICE POR TRIBUNALES

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sala Civil y Comercial

- 10-06-10. “Multibanco S.A.E.C.A. contra Aseguradora Paraguaya S.A. sobre cumplimiento de contrato e indemnización” (Ac. y Sent. 280) 69
- 05-07-10. Castor Tosio TAKada Ansai c. Floriano Quintana Ramírez s. Indemnización de Daños y Perjuicios” (Ac. y Sent. 318) 84

Sala Constitucional

- 09-06-10. “Acción de inconstitucionalidad en el juicio: “J. L. F. I. s/ Asistencia Alimenticia” (Ac. y Sent. N° 275) 57
- 23-06-10. Reg. Hon. Prof. Del abog. Víctor Enmanuel Arriola Rojas en: Eugenio Hahn Horn y otros c. Estado Paraguayo s. Indemnización de Daños y Perjuicio”. (Ac. y Sent. 305) 78
- 30-08-10. “Acción de inconstitucionalidad en el juicio: “Nicanor Duarte Frutos c/ Resolución N° 650 del 27/06/2008 y la derivada la resolución N° 54 del 26/08/2008, dictadas por la Honorable Cámara de Senadores” (Ac. y Sent. 404) 106

Sala Penal

- 04-06-10. “Osvaldo Dominguez Dibb s. Chantaje y otros. (Ac. y Sent. N° 264) 37

TRIBUNAL DE APELACIÓN CIVIL Y COMERCIAL

Primera Sala

05-07-10. “José Jimenez Barreto c. Ricardo José Cassanello Weissen- se s. Interdicto de recobrar” (A.I. N° 364)	117
05-07-10. “Gunder ICESA c. Kia Motors Corporation s. Indemnización de Daños y Perjuicios” (A.I. N° 365)	119
05-07-10. “Chaves Construcciones SAI c. Graciela Jovina Insfran s. Preparación de Acción Ejecutiva” (A.I. N° 371)	128
20-07-10. “Zoomp Cofeccoes Ltda. C. Alfredo Sosa y Miguel Angel Yulis s. Nulidad” (A.I. N° 428)	133
27-07-10. “Queja por apelación denegada interpuesta por Andino Agus- tín Caballero Cantero c. Compañía Paraguaya de Comunicacio- nes S.A. (COPACO S.A.) s. Indemnización de daño moral y otro” (A.I. N° 434)	137
27-07-10. “T. de J. A. S. c. C. G. D. F. s. Divorcio” (A.I. N° 435)	142
30-07-10. César Luiz Quadri Santi c. Lucia Otilia Maidana Vda. De Shiguenaga s/ Interdicto de Recobrar la Posesión” (A.I. N° 451)	145
06-08-10. “Regulación de Honorarios profesionales de los abogados Ricardo Lugo Rodríguez y Zully de Lugo en: Cooperativa de Ser- vicios 24 de mayo Ltda. C. Arzobispado de Asunción s. Interdicto de Retener la posesión” (A.I. N° 469)	147
09-08-10. “Banco Sudameris SAECA c Gregorio G. Giubi Romero y otro s. Ejecución prendaria y otros” (A.I. N° 476)	150
23-08-10. “Regulación de Honorarios Profesionales del Abog. Esteban Vicente Sarubbi Lutz en ITC SRL c. Helwett Packard Company CO (HP) s. Indemnización de daños y perjuicios” (A.I. N° 507)	157
06-09-10. “Reconstitución del Expediente Raimundo Benitez c. Her- nan Marcelino Sosa G. s. Modificación Equitativa de Contrato” (A.I. N° 567)	163
08-09-10. “Regulación de Honorarios profesionales de la abogada Va- leria Insfran en los autos caratulados: Antonio Melgarejo s. Su- cesión” (A.I. N° 578)	168
13-09-10. “Regulación de Honorarios profesionales del abogado Juan Francisco Valdez en los autos: Alejandrino Ozuna Ramírez s. Inscripción Preventiva” (A.I. N° 587)	174

ÍNDICE POR TRIBUNALES

28-09-10. “Pedro Adorno y Rosa de Adorno c. Miguel Cáceres y German Bittar s. Nulidad de Acto Jurídico” (Ac. y Sent. N° 56)	181
26-10-10. “Banco Continental SAECA c. Fernando Levi Bueno s. Cobro de Guaraníes” (Ac. y Sent. N° 66).....	200
TApel. Civ. y Com. Primera Sala. 03-11-10. “Ministerio de Hacienda c. Inmobiliaria y Cerámica Tobatí S.A. s. Ejecución Hipotecaria” (Ac. y Sent. N° 71)	208
04-11-10. “Comisión Nacional de Juegos de Azar c. El Sol del Paraguay S.A. de Seguros y Reaseguros s. Acción Preparatoria de Juicio Ejecutivo” (Ac. y Sent. N° 72)	216
05-11-10. “Banco Nacional de Trabajadores (en quiebra) c. Widilfo Marcial Rolón González y otros s. Acción Ejecutiva” (Ac. y Sent. N° 73)	223
06-12-10. “Nicolás González Oddone SAECA c. Aníbal Raúl Cazal y otros s. enriquecimiento sin causa/cobro de guaraníes ordinario (Ac. y Sent. N° 87)	229
13-12-10. “Bayer AG c. Jose Ruoti M. y compañía SC s. Nulidad de Registro de Marcas” (Ac. y Sent. N° 90)	244
 Segunda Sala	
30-06-2010. “María Clementina Mongelós de Maíz c/ José María Alvarenga c/ Dora C. Rojas y Otro s/ Nulidad de Acto Jurídico”. (A.I. N° 395)	252
 Tercera Sala	
21-07-10. María Corina Torres Vda. de Rosado c. Eusebia Cañete Vda. de Mereles s. Reivindicación de inmueble” (Ac. y Sent. N° 78)	253
17-08-10. “Serafin Ortiz Santander c. Fabio Ruperto Martinetti González s. Daños y Perjuicios por responsabilidad extracontractual” (Ac. y Sent. N° 79)	267
16-09-10. “J. G. E. V. de B.c. M.A. B. M. s. Divorcio a Petición de una sola de las partes” (Ac. y Sent. N° 91).....	288
20-09-10. “Lucio Ramón Zorrilla c. Vicente Zorrilla Duarte s. desalojo” (Ac. y Sent. N° 93)	295

ÍNDICE POR TRIBUNALES

14-02-11. “Compulsas del Expte.: Reconstitución del Exp. Dyalco S.A. c. Municipalidad de Asunción s. Rescisión de contrato” (Ac. y Sent. N° 7)	306
14-02-11. “A.F. M. B. c. I. G. S. s. Prestación de Alimentos” (Ac. y Sent. N° 8)	329
18-02-11. “Ali Husein Harb c. Graciela Edith Benítez de Dávalos y otro s. Indemnización de daños y perjuicios” (Ac. y Sent. N° 12)	334
10-03-11. “María Teresa Nunes Palacios c. Víctor Ceferino Palacios Gil s. Usucapión” (Ac. y Sent. N° 15)	347
16-03-11. “Compulsas del expediente: Irma Gladys Sosa de León c. Julio Meza Pintos s. Prestación de Alimentos” (Ac. y Sent. N° 16)	355
16-03-11. “Rubén Dario Frutos Ortiz c. Julio César Palacios Barriocanal s. Regulación de Honorarios Extrajudiciales” (Ac. y Sent. N° 17)	360
22-03-11. “Bernardo Ayala Díaz c. Juan Ramón Cabral s. Reivindicación de cosa mueble y otros” (Ac. y Sent. N° 18)	370
 Quinta Sala	
11-06-10. “Rubén Gustavo Servián Campos c. Citibank N.A. s. Indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad contractual” (Ac. y Sent. N° 61)	375
18-02-11. “The American School of Asunción (El Colegio Americano de Asunción) c. Instituto de Capacitación Empresarial (INCADE) y otros s. cese de uso indebido y otro” (Ac. y Sent. N° 16)	397
 TRIBUNAL DE APELACIÓN DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA	
14-09-10. “L. C. C. V. s. Medida cautelar” (Ac. y Sent. N° 172)	413
25-11-10. “A. J. M. F. y otra s. Régimen de Convivencia” (Ac. y Sent. N° 229)	419
28-02-11. “Restitución Internacional de los niños: A. L. M. B.-J. y E. F. B. -J. (Vía autoridad central belga)” (Ac. y Sent. N° 23)	428

Tutelas urgentes y cautela judicial*

Miguel Angel Vargas Díaz¹

El estudio de las tutelas de urgencia se justifica en la garantía del justiciable al debido proceso y a obtener una tutela judicial efectiva.

1. Tutelas urgentes y garantías constitucionales del proceso

Si la idea sintetizada más arriba fuese correcta podríamos pensar que estamos en las puertas de un modelo de proceso más eficaz que tenemos. Para que ello sea posible, o para intentar rebazarla, los estudios de derecho procesal del siglo XXI no deben prescindir del análisis de la vinculación de la cautela judicial con las garantías constitucionales del proceso, habida cuenta que la inclusión de estos institutos en las legislaciones procesales actuales radica en la

* Está basado en el informe nacional sobre **Tutelas Urgentes y Cautela Judicial**, que fue elaborado por el autor de este trabajo. Dicho informe fue presentado por la Dra. Mabel de los Santos y Petronio Calmon en las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, 26 al 28 de agosto de 2010, llevadas a cabo en Santiago de Chile.

1. Abogado. Miembro del Tribunal de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Encarnación. Especialista en Derecho Procesal por la Universidad Nacional del Nordeste de Corrientes, Argentina. Profesor de Filosofía del Derecho y Técnica Jurídica en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de Itapúa y de Filosofía y Derecho Procesal Civil, parte práctica, en la Universidad Católica de Itapúa. Profesor de Teoría General del Proceso en la Universidad del Norte.

necesidad de suministrar instrumentos legales que permitan la efectiva vigencia de tales garantías, en particular, la tutela continua y efectiva.

Esto nos obliga a formular algunas consideraciones previas acerca del alcance del término “garantía” de modo a orientar convenientemente el sentido en que será utilizado en este trabajo, pues como repetidas veces se ha señalado, la expresión aparece en los textos legales², en la doctrina jurídica y en los fallos judiciales con distintos significados, de manera que no es viable establecer un significado unívoco para la misma.

Si bien no nos hemos puesto como propósito el desarrollo teórico acerca de la relación entre derechos y garantías, para lo que cual tampoco nos sentimos legitimados, nos parece necesario poner de manifiesto que el concepto de garantía ha seguido una evolución significativa. En sus orígenes se hablaba de garantías como sinónimos de derechos del hombre, concepción esta, que con diferencia de matices, aparece consagrada en numerosas constituciones bajo el epígrafe “derechos, deberes y garantías”. La ambivalencia derechos-garantías hizo que estas últimas sean observadas o concebidas desde distintos puntos de mira, y tal es así que se la conciben: a) como derechos subjetivos o garantías individuales; b) como derechos colectivos o garantías del orden social y jurídico; c) como instrumento de tutela, las que reciben el nombre de garantías procesales. Esta complejidad ha permitido que se elaboren interpretaciones disímiles sobre el alcance, la finalidad o la función de las garantías. Sin embargo, se puede advertir que hoy día existe un importante consenso en cuanto a que si bien en el lenguaje corriente derechos y garantías suelen aparecer como sinónimos es necesario distinguir ambos conceptos.

Sin perjuicio de admitir que el Derecho, en su conjunto, constituye un sistema de garantías constitucionalmente preordenado a la tutela de los dere-

2. Como ejemplo se puede decir que en el Código Procesal Penal la expresión *garantía* es utilizada de manera ambigua, ya que por un lado se la emplea como sustantivo cuando expresa: “*Nadie podrá ser condenado sin un juicio previo, fundado en una ley anterior al hecho del proceso, realizados conforme a los derechos y garantías establecidos en la Constitución*”; y por otro lado utiliza el verbo garantizar, así, por ejemplo, previene que se “*garantiza a las partes el pleno e irrestricto ejercicio de las facultades y derechos previstos en la Constitución*” (ver *La Garantía de Inconstitucionalidad*, Litocolor, Asunción, 2000, p. 12).

chos fundamentales, parece claro que la Constitución de la República del Paraguay toma la expresión en el sentido de *herramientas de tutela*, pues en su art. 131 lo consagra como aquellos instrumentos para hacer efectivos los derechos consagrados en ella. Es así entonces que los derechos son las regulaciones de las libertades del hombre, mientras que las garantías son los instrumentos establecidos por la Constitución y las leyes para hacer efectivo tales derechos.

Las garantías se erigen así en mecanismos procesales específicos destinados a la protección de los derechos constitucionales y legales³. En efecto, la idea contenida en el texto de la Constitución supone así una actividad precisa para dar respaldo a los derechos de las personas, de modo tal que las garantías quedan asimiladas a procedimientos específicos que tiendan a esos fines. A diferencia de lo que pasa en otros países, como por ejemplo la Argentina cuya Constitución Nacional no clasifica a las garantías sino que las presenta en la parte dogmática en el capítulo *De los Derechos, Deberes y Garantías*, y en el de los *Nuevos derechos y garantías*, la Constitución del Paraguay del año 1992 ha dedicado a la garantías constitucionales un capítulo específico⁴. Como es sabido, aquí se consagran, al menos de manera expresa, cuatro garantías: la de constitucionalidad, el hábeas corpus, el amparo y el habeas data, y éstas se complementan –naturalmente– con las garantías implícitas a las que se refiere el art. 45 de la misma Constitución.

-
3. Mendonca, Juan C., luego de señalar que para Bidart Campos las garantías son aquellos medios procesales específicos destinados a la protección de derechos constitucionales, añade que para Ramírez Gronda, Orgaz y otros, en forma general las garantías constitucionales son, con términos más o menos parecidos, las seguridades que ofrece la Constitución respecto de que se cumplirán y respetarán los derechos que ella consagra (o. c. 2000, pp.12-13). En la misma línea de ideas, la C.I.D.H. ha sostenido: “Basta señalar qué debe entenderse por garantía en el sentido en que el término está utilizando por el artículo 27.2. Las garantías sirven proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho. Como los Estados Partes tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de persona, también tienen la de proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (art. 1.1), vale decir, de los medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia”.
 4. Capítulo XII. De las garantías constitucionales. Arts. 131 al 136.

2. Garantías implícitas y debido proceso como garantía constitucional

En sus orígenes, la consagración de garantías y derechos implícitos –o no enunciados de manera expresa– respondió a un pensamiento distinto al que se tiene en la actualidad. En una primera época se hallaba embebida de los postulados de la ilustración y el racionalismo, y aparecía más bien teñida del pensamiento individualista, contractualista e iusnaturalista. La necesidad actual de proteger los derechos fundamentales, aun cuando no se encuentren expresamente previstos en el texto de la Constitución, es una idea que se desprende más bien de la defensa de la dignidad humana en la que se sostiene y justifica la existencia de todo estado constitucional.

En efecto, en aquella primera época la protección de los derechos fundamentales implícitos no partía de la necesidad de proteger la dignidad humana o del valor de la persona, sino que hallaba sustento en la limitación del poder estatal, en salvaguarda de derechos naturales previos retenidos por el pueblo y por sus individuos. En ese contexto, el Estado, además de no poder actuar contra los derechos ciudadanos reconocidos, debía respetar aquellos derechos naturales de los que el pueblo no dispuso para la suscripción del contrato social, es decir, para la aceptación del Estado como forma de organización. En la actualidad los derechos fundamentales detentan una real eficacia jurídica, y es por ello que el sentido de la cláusula de derechos y garantías implícitas abandona el derecho natural y se sirve de diversos valores sociales, democráticos, humanistas y garantistas, propios de las diferentes etapas del constitucionalismo que superaron el individualismo liberal originario.

Visto así, puede afirmarse que detrás de la consagración de las garantías constitucionales expresas (acción de inconstitucionalidad, del hábeas corpus, del amparo y del hábeas data), nuestra Constitución reconoce de manera implícita el derecho a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales. En efecto, como enseña Mendonca, la Constitución paraguaya, si bien no es expresa, no deja dudas acerca del carácter garantista de todo proceso judicial, que, bajo la forma del debido proceso, debe ser considerada como la garantía constitucional por excelencia, pues el debido proceso es un instituto básico del Estado de Derecho. Configura, como lo sustentara Couture, “la ga-

rantía de la justicia en sí misma, establecida en todas las Constituciones desde los primeros textos que se conocen”⁵.

En este mismo orden de ideas, Mabel De los Santos y Petronio Calmón⁶ sostienen que las garantías procesales, y en particular las del proceso civil, tienen como punto de partida el denominado derecho a la jurisdicción, el que se integra y complementa con el deber del Estado de crear tribunales judiciales independientes, a los que se adjudican competencia, y se complementa con la de dictar normas procesales que respeten las pautas del debido proceso adjetivo establecidas por la Constitución. Añaden que, como consecuencia de ello, el derecho a la jurisdicción es también derecho a la tutela judicial efectiva y oportuna y, al establecer los textos constitucionales el correlativo deber del Estado de asegurar la prestación de esa calidad de tutela, el régimen jurídico consagra una verdadera garantía constitucional. Concluyen que el derecho al debido proceso constituye una garantía constitucional en sí misma, y que esta garantía abarca tanto el debido proceso sustantivo como el adjetivo. Quiroga León, por su parte, penetrando en la esencia del debido proceso y a su íntima relación con la tutela judicial efectiva, afirma que el debido procesal legal no es otra cosa que la garantía con sustrato constitucional del proceso judicial, definida por un concepto que surge del ámbito jurisprudencial y de la justicia que respaldan la legitimidad de la certeza del derecho finalmente determinada en su resultado. Añade, que es por ello que el *debido proceso legal*, que asegura la correcta aplicación y vigencia del proceso judicial, es a su vez la garantía de una tutela judicial efectiva, y un elemento indispensable para la consecución de la finalidad del proceso judicial⁷.

En definitiva, se configura así la garantía constitucional implícita al debido proceso para la protección judicial de los derechos fundamentales, la que está a la vez emparentada con el derecho contemplado en el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, por el cual “toda persona tiene

-
5. Couture, Eduardo J., *Introducción al estudio del proceso civil*, p. 22, ed. Depalma, Buenos Aires, 1988.
 6. *Informe general sobre tutelas urgentes y cautela judicial*. En las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, 26 al 28 de agosto de 2010.
 7. *El debido proceso legal en el Perú y en el sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Lima. Jurista Editores. 2003. Nota 1, p. 45.

derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales”.

3. El derecho a una pronta y eficaz decisión judicial

El tiempo que consume el proceso para arribar a la sentencia y luego a su ejecución suele ser muy largo. Es por ello que, de manera permanente, al tratar este tema se alude a la necesidad de dar soluciones a la demora judicial genérica y se insiste sobre los deberes del tribunal de procurar la mayor economía de tiempo y esfuerzos. Se afirma insistentemente que la tutela jurisdiccional debe ser oportuna y que la utilización genérica del tiempo es tema que debe considerar el legislador para cada tipo de proceso. Ello obliga naturalmente a compatibilizar los mecanismos para agilizar la respuesta judicial sin vaciar de contenido el derecho a un debido proceso. En este orden de ideas se ha señalado repetidas veces que es necesario la existencia de mecanismos de control de la utilización del tiempo del proceso por parte del demandado y del juez, pues si bien aquel tiene derecho a la defensa, no es justo que su ejercicio exceda los límites de lo razonable. También el tribunal debe ajustarse a parámetros temporales compatibles con las circunstancias del proceso y la estructura del órgano jurisdiccional.

Pero más allá de ello, la urgencia que sirve de fundamento a las denominadas “tutelas urgentes” radica en que hacen necesaria una consideración prioritaria y un trámite especial para evitar un perjuicio irreparable o para impedir la frustración misma del derecho involucrado. Es que sucede que ciertas situaciones no pueden encontrar una debida solución en el marco del clásico proceso cautelar. Con ello queremos significar que cuando la urgencia es extrema o cuando la situación exige que la respuesta jurisdiccional sea inmediata, para evitar la frustración del derecho o la producción de perjuicios irreparables, aparece entonces la necesidad de la anticipación de la tutela.

4. Las tutelas urgentes en el derecho paraguayo

Los conceptos antes enunciados responden al modo como fueron contorneados normativamente las tutelas urgentes o inmediatas en algunos países de

Iberoamérica, fundamentalmente en el Brasil y la Argentina. En nuestro país tenemos aún la necesidad de formular algunas precisiones terminológicas para acordar de qué hablamos al referirnos a ellas. Así lo hicimos en nuestro informe presentado en las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal.

En efecto, allí dimos cuenta de la ausencia de uniformidad conceptual sobre el tema, y que en la mayoría de los casos las tutelas surgentes están reguladas como medidas cautelares, sin requisitos y trámites propios. En el Paraguay, como es sabido, en materia procesal coexisten distintos cuerpos normativos, como ser los Códigos Procesal Civil, Procesal Penal, Procesal del Trabajo, y también se cuenta, entre otros, con disposiciones de carácter procesal en el Código de la Niñez y la Adolescencia, en la ley de divorcio vincular, en el propio Código Civil, y en la ley del usuario y del consumidor. En dichos textos legales la tutela urgente se encuentra regulada de manera dispersa; así, por ejemplo, en los códigos procesales, donde se ha regulado preferentemente a las medidas cautelares, se consagran otros tipos de medidas de urgencia, aunque no lo hacen de manera sistemática. Es así que encontramos legislados cierto tipo de tutela anticipatoria; algunos supuestos de ejecución anticipada de sentencia impugnada; y de manera más específica al habeas corpus, al habeas data, al juicio de amparo, y también a los interdictos posesorios.

Es importante tener en cuenta que algunas de estas tutelas diferenciadas no han sido adecuadamente trabajadas por los tribunales, en el sentido de dotarles de una mayor eficacia de modo tal que ofrezcan protección inmediata a los derechos vulnerados o amenazados, ni ha sido posible desprenderla del todo de su carácter eminentemente “cautelar”. Además ha sido escaso el interés de la doctrina por encontrar marcos teóricos sólidos al respecto.

Las tutelas urgentes no han sido motivo de una regulación especial, separada o diferenciada. Aparecen consagradas en las leyes sustantivas y otras en los códigos procesales, pero en la gran mayoría de los casos con el nombre de medidas cautelares. Existen, sin embargo, algunos supuestos en los que estas tutelas urgentes han sido incorporadas a la legislación con otra denominación; así, por ejemplo, en el juicio de amparo aparecen reguladas como “medidas de urgencia”, al igual que en la ley de divorcio vincular y en el Código Civil cuando regula ciertas medidas temporales sobre el fondo en asuntos de familia. En el juicio sucesorio previsto en el Código Procesal Civil son denominadas “medidas preliminares de seguridad”; en la Ley de Defensa del Usuario y del Consumidor

como “sanciones”, y en el Código de la Niñez y la Adolescencia como “medidas cautelares de protección” o “medidas de protección y apoyo”.

Debe advertirse que, aun cuando en la mayoría de los casos las tutelas urgentes aparezcan reguladas bajo la denominación de medidas cautelares, una atenta lectura de dichas disposiciones legales nos puede advertir que las mismas gozan de ciertos caracteres que lo diferencian de aquellas. En efecto, en ellas se reglamenta más bien un proceso urgente que se caracterizan por no ser instrumental como las medidas cautelares, y además porque las leyes establecen a su respecto unos requisitos, ciertos trámites y determinados efectos que son diferentes a los previstos para dichas medidas. En muchos supuestos, como, por ejemplo, en el caso de la sentencia provisional de prestación de alimentos, se apunta más bien a la satisfacción de la pretensión contenida en la demanda.

Además, se cuentan con algunos casos de medidas temporales sobre el fondo, cuyo objeto consiste en anticipar lo que va ser materia de decisión en la sentencia, por ejemplo, el otorgamiento anticipado de una pensión alimenticia o asignación anticipada de alimentos. En efecto, en el Código de la Niñez y la Adolescencia se prevé un procedimiento especial para la fijación provisoria de alimentos, tanto para niños y adolescentes como para la mujer grávida cuando tuviere necesidad de protección económica para el niño en gestación. Si bien esta fijación provisoria está considerada por el Código de la Niñez como una medida cautelar de protección, pensamos que se trata de un caso típico de medida sobre el fondo o anticipatoria, dado que apunta a la satisfacción anticipada de la pretensión contenida en la demanda. La jurisprudencia, sin embargo, se ha inclinado más bien por encuadrarla dentro del concepto de medidas cautelares fundada en que al ser caracterizadas como un anticipo de la tutela jurisdiccional responden a una naturaleza común.

Desde luego que sí tomamos como referencia a la tutela anticipada a la manera en que se encuentra legislada en el Brasil o en la Argentina, habremos de advertir que el Paraguay no cuenta con una legislación de tal naturaleza. Sin embargo, y a pesar de ello, debemos a destacar que la figura de la tutela anticipatoria en el sentido en que lo viene elaborando la doctrina no es ajena a la jurisprudencia de los tribunales paraguayos, pongamos por caso un fallo dictado por un Tribunal de Apelaciones de Encarnación, en el que si bien se señala que la ley procesal no lo admite expresamente, termina delineando los requisitos o condiciones que deben concurrir para el acogimiento favorable del “despa-

cho interino de fondo o sentencia anticipada” (como aparece denominada en el fallo), señalando los siguientes puntos: a) la convicción o grado de certeza suficiente de la existencia de un daño irreparable o peligro inminente que afecta y no puede ser conjurado con la sentencia definitiva (dada la espera o tardía respuesta que ella supone); b) la irreparabilidad del perjuicio que se produciría de no obtener la tutela judicial efectiva solicitada, c) la contracautela común a todas las medidas cautelares; d) la reversibilidad de la sentencia anticipada en cuanto a que sus efectos sean reversibles⁸.

Otros tribunales, en cambio, no han acogido la idea, pues acudieron más bien a encuadrar aquellas peticiones que reclamaban de una tutela anticipatoria urgente dentro del marco de las disposiciones previstas para las medidas cautelares. Pensamos que ello se debe a que hasta hoy día no se ha asumido definitivamente que las medidas cautelares típicas, en ciertas ocasiones, no satisfacen adecuadamente las necesidades de respuesta inmediata requerida por los justiciables y se han mostrado un poco reacios a aceptar pedidos que bajo la denominación de medidas cautelares representaban pedidos de tutela anticipada. Algunos ejemplos de lo que decimos lo citaremos a continuación.

En un caso en el que los miembros del directorio de una sociedad anónima, electos en una asamblea, solicitaron la toma de posesión provisoria del cargo, en carácter de medida cautelar, pedido que fue acogido favorablemente en primera instancia, terminó siendo revocado en alzada, bajo el siguiente argumento: “... es preciso señalar que la finalidad de la medida cautelar es asegurar el cumplimiento de una sentencia futura, y no anticipar su cumplimiento, porque en este último caso, es decir, si con la medida ya el peticionante obtiene su objetivo, el dictamiento de la medida constituye un prejuzgamiento sobre el fondo de la cuestión y una verdadera sentencia anticipada⁹”. En este caso la tutela solicitada coincidía con la pretensión de fondo.

Más radical aún ha sido otro tribunal al señalar cuanto sigue: “Nuestra legislación no contempla la medida cautelar autónoma, que no puede ser inclui-

8. Del voto en disidencia de conjuer Eduardo Ramírez en los autos “Luzco, Jorge Antonio c. Scheid Vázquez, Sofía Clara s/ Reivindicación de inmueble” A.I. N° 700/09/01. Tribunal de Apelaciones –Primera Sala– Encarnación, Paraguay.

9. Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de Asunción, sala 2. Petters, Arnaldo Ramón y otros c. Petters, Basilio y otros. (A.I. N° 454). 14/07/2006.

da entre las innominadas, ya que tanto para las medidas cautelares nominadas e innominadas se requiere para su procedencia, el cumplimiento de lo previsto en el art. 693 del CPC, así como lo regulado en el art. 691 del citado cuerpo legal, que establece que las mismas podrán ser solicitadas antes o después de deducida la demanda, incluso en forma conjunta con la interposición de la demanda. En el caso, no existe una demanda principal, cuya medida cautelar signifique el anticipo asegurativo de la garantía jurisdiccional, por lo que en estas condiciones la pretensión requerida por la vía de la medida cautelar autónoma, no puede prosperar¹⁰.

Sin embargo, no podemos dejar de destacar que bajo la calificación de “medidas cautelares” se han despachado en la práctica innumerables casos de tutela anticipada e incluso de verdaderas tutelas judiciales de despacho inmediato. Ya se ha señalado que en el Paraguay debido a la falta de instrumentos eficaces para resolver ciertas cuestiones de urgencia, los justiciables se ven obligados a promover un juicio de amparo para obtener satisfacción inmediata a ciertas cuestiones jurídicas. Es esta la vía más utilizada, pues no se encuentra regulada normativamente la medida cautelar genérica.

En lo referente al desarrollo de la jurisprudencia, ya hemos puntualizado que en este campo los avances han sido lentos, y también hemos puesto de manifiesto que si bien algunos tribunales están más abiertos a receptar ciertas tutelas urgentes, y que incluso –como en caso citado más arriba– se ha buscado contornear sus requisitos o condiciones de admisibilidad, lo cierto es que hasta hoy día no existe coincidencia acerca de ello.

En materia legislativa, es la Corte Suprema de Justicia quien probablemente mejor haya interpretado la necesidad de un cambio en el sistema del enjuiciamiento civil, proponiendo al Congreso la reforma del Código Procesal vigente desde el año 1989. A dicho efecto, en uso de su facultad de iniciativa legislativa, ha presentado al Poder Legislativo, con el apoyo del BID, del Banco Mundial y de la UNDP, un anteproyecto de Código Procesal General, con su respectiva exposición de motivos, que pretende regular las materias Civil y Comercial, Laboral y Administrativa, y que tiene como fuentes más importan-

10. Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de Asunción, sala 4. Jacques Vargas, Hilda Haydeé c. Banco Central del Paraguay (A.I. N° 768). 12/12/2000.

tes al Código Procesal Civil Modelo del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y al Código General del Proceso del Uruguay, entre otros.

Cabe destacar que en la exposición de motivos del Anteproyecto se pone de manifiesto la preocupación por el intolerable tiempo de duración de los procesos y por su elevado costo, y se hace una concreta referencia que una buena regulación y una correcta utilización de las medidas cautelares y de las medidas provisorias van a hacer más eficaz el servicio de justicia.

Se desprende de ello que para los anteproyectistas una de las vías para alcanzar la eficacia de la prestación jurisdiccional lo constituye el acrecentamiento de la protección cautelar, con el objeto de evitar el riesgo de una fallo favorable, pero ineficaz por tardío. En la aludida exposición de motivos se distingue de manera expresa las medidas cautelares de las medidas provisorias, las que aparecen reguladas en los artículos 257 al 259. Allí se pone de manifiesto que, a diferencia de las medidas cautelares, que sólo aseguran los derechos reclamados, las provisorias tienen como finalidad adelantar la satisfacción del derecho violado o incumplido, de manera provisorio, mientras se tramita el proceso principal, y se añade que corresponderá a la adopción de estas medidas provisorias cuando no existan dudas de la existencia primaria o general del derecho reclamado y solo falten ser dilucidados aspectos particulares de tal derecho.

4. Conclusión

En elevada síntesis, si el debido proceso supone que los justiciables puedan gozar de tutela judicial efectiva de sus derechos lesionados o amenazados, la legislación debe proveer institutos que permitan la oportuna solución del conflicto o la tutela inmediata de los derechos cuya existencia es clara y ostensible.

Al analizar la legislación y la jurisprudencia del Paraguay en los últimos veinte años en materia de tutela de urgencia, advertimos que han sido más las ideas y los proyectos que las concreciones, basta con mirar hacia atrás para percibir lentos avances en este campo. Si bien es cierto que se cuentan con innumerables normas legales que consagran un número importante de “tutelas urgentes”, tal como se ha indicado a lo largo de este trabajo, no ha habido una política general sostenida y coherente en la materia, salvo en lo referente a medidas cautelares donde el trabajo de los tribunales ha sido sumamente fructífero.

Jurisprudencia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ACUERDO Y SENTENCIA N° 264

Cuestión Debatida: Corresponde establecer el tiempo requerido para la procedencia de la prescripción de la acción penal peticionada y denegada, de acuerdo al marco penal establecido en dicha norma, conforme a la calificación establecida en autos.

PRESCRIPCIÓN. Prescripción en materia penal. ACCION PENAL. Prescripción de la acción penal.

El marco penal máximo que corresponde considerar es de 5 años. El plazo se regirá de acuerdo al tipo legal aplicable al hecho, sin consideración de agravantes o atenuantes previstas en las disposiciones de la parte general o para casos especialmente graves o menos graves y siendo el tipo legal conforme a la calificación establecida a la conducta del condenado. Y a la luz de lo establecido en el Art. 104 inc. 4° del la Ley 3.440/2008 modificatoria del código penal, operará la prescripción, independientemente de las interrupciones, una vez transcurrido el doble del plazo de la prescripción.

PRESCRIPCIÓN. Prescripción en materia penal.

La prescripción es un medio de defensa que sirve para poner en cuestión la validez de la relación jurídica procesal iniciada. Se deduce cuando por el transcurso del tiempo resulta imposible promover la acción penal ó continuar tramitándola, en virtud de los plazos establecidos en la ley.

LEY PENAL. Ley penal más benigna.

La regla general de aplicación temporal de la ley se produce conforme al principio Tempus Regis Actum (artículo 5 del Código Penal): la ley penal es la vigente al momento de la comisión de los hechos punibles. Existe la excepción a la regla: La aplicación retroactiva de la ley penal más favorable al reo. Ade-

más, en caso de conflicto de leyes, se aplicará la más favorable al reo (Artículo 14 de la Constitución de la República del Paraguay), en esa inteligencia se ha aplicado la más benigna al condenado.

COSTAS. Costas en el orden causado.

En lo que respecta a las costas procesales, teniendo en cuenta, que el proceso culminó con la prescripción de la acción penal, y tampoco se ha acreditado mala fe ni temeridad de parte de la querrela, resulta razonable entender que el querellante ha considerado ejercer su legítimo derecho, circunstancias que justifican suficientemente imponer las costas en el orden causado.

PRESCRIPCIÓN. Prescripción en materia penal.

A los efectos de la prescripción, se tiene por un lado las disposiciones del artículo 116 del Código Penal de 1914, Sin embargo, al haberse confirmado la calificación de la conducta dentro de las disposiciones del artículo 187, que describen el tipo penal de estafa en la Ley 1160/97, se debe aplicar en forma sistemática las reglas de la prescripción establecidas en dicho cuerpo legal.

ESTAFA.

El tipo legal de estafa sin considerar atenuantes y agravantes, se halla especificado en el artículo 187 inciso 1° de la Ley N° 1160, que contempla un marco penal de pena privativa de libertad de hasta cinco años, es decir, que en función al mismo, resulta aplicable al caso a los efectos del cómputo para la prescripción, las disposiciones del artículo 102 inciso 1° (los hechos punibles prescriben en:), numeral 3. (en un tiempo igual al máximo de la pena privativa de libertad en los demás casos.), en concordancia con el inciso 4° (El plazo se regirá de acuerdo al tipo legal aplicable al hecho, sin consideración de agravantes o atenuantes previstas en las disposiciones de la parte general o para casos especialmente graves o menos graves) de la Ley 3.440/2008, que modificó las disposiciones en tal sentido de la Ley N° 1160/97, Código Penal.

PRESCRIPCIÓN. Prescripción en materia penal.

Una vez determinado que el plazo para la prescripción en la presente causa es de cinco años, nos encontramos con que el mismo había quedado interrumpido con la promoción de la acción en sede Judicial, siendo convenientemente impulsada por el representante convencional de la querrela, resultando en consecuencia aplicable al caso, el doble del plazo, es decir, diez años, que se ha cumplido de conformidad a lo dispuesto en el artículo 104 inciso 2° de la Ley 1160/97 y su modificación por la Ley 3.440/2008, disposiciones que si bien son

sancionadas y promulgadas con mucha posterioridad al caso en estudio, le son aplicables de conformidad a lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución Nacional.

CSJ, Sala Penal. 04-06-10. “Osvaldo Dominguez Dibb s. Chantaje y otros. (Ac. Y Sent. N° 264)

CUESTIONES:

- 1) Son procedentes los recursos planteados?
- 2) Es nula la Sentencia apelada?
- 3) En caso contrario, se halla ajustada a Derecho la decisión tomada?

Practicado el sorteo de Ley para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: Doctores Natividad Mercedes Meza, Gustavo Adolfo Ocampos Gonzalez y Carlos Alfredo Bray Maurice.

A la primera cuestión planteada la Excelentísima Miembro integrante de la Sala Penal, Natividad Mercedes Meza dijo: Es competencia de esta Sala Penal integrada, conocer y decidir los recursos de apelaciones y de nulidad interpuestos contra la sentencia del Tribunal de Apelación Penal 2ª Sala conforme al Art. 28 inc. 2 C.O.J. y habiendo sido planteado en tiempo y forma los recursos son procedentes.

Recurso de Nulidad. Este recurso ha sido planteado y en su oportunidad desistido por el representante convencional del encausado Osvaldo Domínguez Dibb, abogado Osvaldo Anibal Aguayo, por tanto resulta ineficaz su estudio. No obstante, corresponde el análisis a los fines previstos en los Arts. 113 (Nulidad de oficio), 404 (procedencia), 405 (forma) del C.P.C., en concordancia con el Art. 499 del C.P.P. En tal sentido y precedida de un exhaustivo análisis de las constancias de autos, no se advierten violaciones de formas y solemnidades o defectos sustanciales que ameriten la nulidad oficiosa del fallo, por lo que el recurso debe ser desestimado. Es mi Voto.

A sus respectivos turnos, los Excelentísimos Miembros integrantes de la Sala Penal doctores Gustavo A. Ocampos González y Carlos A. Bray Maurice, manifiestan que se adhieren al voto de la preopinante, por sus mismos fundamentos.

En cuanto a la segunda cuestión planteada, la Excelentísima Miembro integrante de la Sala Penal, Natividad Mercedes Meza, prosiguió diciendo: Se desprende de las constancias de autos, que el Juzgado de Liquidación y Sentencia N° 2 por S.D. N° 73 de fecha 03 de diciembre de 2002 resolvió: “Calificar el

hecho antijurídico atribuido al acusado Julio Osvaldo Domínguez Dibb, dentro de lo establecido en el artículo 187, en concordancia con el Art. 29 inc. 1° del Código Penal actual, por estricta aplicación del Art. 14 de la Constitución de la República y el Art. 5° inc. 3° de la Ley 11660/97..... DECLARAR reprochable la conducta del incoado Julio Osvaldo Domínguez Dibb... Condenar al encausado Julio Osvaldo Domínguez Dibb.....a la pena de ciento ochenta días multa, fijándose el día-multa en la suma de Guaraníes un millón (Gs. 1.000.000) que arroja un total de Guaraníes ciento ochenta millones (Gs. 180.000.000), suma que deberá depositarse en la dirección de ingresos judiciales... Ordenar el apercibimiento del condenado y la suspensión condicional de la pena de multa durante el periodo de un año bajo las siguientes condiciones... Declarar la responsabilidad civil emergente.... Imponer costas al condenado... Anotar...”. (sic)

La sentencia recaída fue recurrida, vía impugnación y luego de la sustanciación del recurso, la Excelentísima Cámara de Apelaciones en lo Penal, Segunda Sala resolvió en virtud del Acuerdo y Sentencia N° 47 de fecha 27 de junio de 2008: “No hacer lugar al recurso de nulidad. ... No hacer lugar al incidente de prescripción deducido por la defensa. ... Modificar parcialmente la SD de conformidad a los términos ...Revocar el apartado numero 4) en lo que respecta a la reparación del daño fijada para la víctima. ... Modificar el plazo de un año ... Confirmar en cuanto el monto establecido en Dos millones quinientos mil Imponer las costas en el orden causado...Anotar...” (sic).

El fallo de Segunda Instancia en cuestión, fue recurrido tanto por el representante convencional de la defensa del encausado Julio Osvaldo Domínguez Dibb, Abog. Osvaldo Anibal Aguayo (fs. 1033), como por el representante convencional de la querrela abogado Luis Armando Godoy (fs. 1032) habiéndose concedido los recursos por A.I. N° 180 de fecha 07 de julio de 2008, y A.I. N° 176 de fecha 03 de julio respectivamente. A fs. 1042 se dictó la providencia de Autos.

Se observa que el objeto del presente proceso trata de una jugada del Loto La Nación, del cual el señor Carlos Darío Benegas Peralta resultaba como favorecido al contar con las boletas números 1202, 1203, 1204, 1205, 1206 y 1207. En ocasión del sorteo 13 de mayo el año 1996 tomó conocimiento por la publicación en el Diario La Nación que la boleta N° 1203 emitida por el equipo 21, con N° de control 29, obtuvo el primer premio mediante el acierto de todos los números sorteados. A la vez, aparece en la publicación que no se conoce ganador del primer premio en esa jugada. A pesar de haber sido el legítimo ganador el señor

Carlos Darío Benegas Peralta y siendo la jugada válida, negándosele, de acuerdo a su versión de los hechos, el pago correspondiente, hecho que generó la presente acción.

Expresión de Agravios de la Defensa: A fs. 1052/1106 se halla el escrito del representante convencional de la defensa del encausado Osvaldo Domínguez Dibb, abogado Osvaldo Anibal Aguayo por el que expresa agravios, manifestando cuanto sigue: “... en tren de sustentar este agravio se tiene que, muy por el contrario a lo postulado por el Tribunal inferior, si se ha operado con largo exceso la prescripción en este proceso, produciéndose como indefectible y forzosa derivación de ello, la expiración de la pena con relación a mi defendido como del derecho del querellante a perseguirle para que cumpla la condena que le pudiera ser impuesta a aquella persona y es así desde la estricta perspectiva de las normas legales que si son aplicables en el sub exámine con rigurosa sujeción a las constancias de los autos, no las blandidas equivocadamente en el mencionado fallo. Por lo que dicho fallo no se ajusta en modo alguno a derecho, correspondiendo su revocatoria. A los efectos de dirimir la prescripción se tiene en consideración el tipo base en que se halla incurso el hecho punible investigado en la causa en que se la deduce, sin tener en cuenta los agravantes de la pena prevista para esta figura delictuosa. En ese sentido no es correcto tomar como máximo de pena privativa de libertad de la estafa, a los efectos de la prescripción, la de ocho años que está reservada para los casos agravados, sino la máxima sanción prevista en el tipo base que es de cinco años (art. 187, inc. 1º Código Penal actual). A partir de este grueso error del Tribunal inferior todo su razonamiento desplegado para desestimar mi requerimiento de extinción penal que lo formulé por vía incidental, se desmorona por su propia base, quedando despojado por tanto de todo sustento jurídico la resolución resultante. Es la postulación consagrada por la Excma. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal a través del A.I. Nº 1060 del 2 de mayo de 2007, dictado en el Recurso de Casación en la causa: “ Valeria Ortiz de Esteche y Otros s / Lesión de Confianza y Asociación Criminal”, al responder cuál será el temperamento aplicable, si para el cómputo a los fines prescriptivos se debe estar al tipo base o al tipo agravado, se estableció en tal sentido siguiendo una interpretación más favorable para el encausado (art. 5), que corresponde determinar que dicho plazo se contabiliza en relación con la sanción dispuesta para la conducta del tipo base. Corresponde la revocatoria de la sentencia por mi recurrida, de cuyo estudio –me adelanto en señalar–

resulta que la misma deberá ser abrogada por hallarse en franca pugna con aquel temperamento consagrado por VV.EE. y por tanto con la forma correcta que corresponde aplicar a partir de ello, las disposiciones legales que dilucidan la presente cuestión. Cabe concluir que el Acuerdo y Sentencia N° 47 del 27 de junio de 2008 del tribunal inferior, no se halla conforme a derecho, por lo que se impone su revocación, en el sentido de declararse la prescripción de la sanción penal y al producirse como consecuencia de la misma la extinción de la responsabilidad penal del procesado, declarar a igual tiempo el sobreseimiento libre de mi representado con base en el Art. 419 inc. 3° del CPP de 1890, con imposición de costas. El segundo agravio consiste en la determinación del Tribunal inferior en tanto se reduce a modificar parcialmente la sentencia de primera instancia sin alterar la declaración de reprochabilidad del señor Julio Osvaldo Domínguez Dibb respecto al hecho punible investigado, contenida en dicha resolución. Manteniéndose por tanto por el Tribunal inferior esta equivocada conceptualización o disvalor de su conducta, lo que no se compadece para nada de las numerosas y plenas pruebas del proceso, las que fueron impropias e indebidamente soslayadas por ese órgano jurisdiccional y que si nos instruyen de manera fehaciente y definitiva sobre la absoluta inocencia de aquella persona en tanto y en cuanto que el hecho punible imputadole no fue cometido. Por ello cabe denominar como sentencia contradictoria, esto es refiriéndose a la resolución en cuya fundamentación se ha incurrido en la inobservancia de la sana crítica, con respecto a medios o elementos de convicción de valor decisivo y que nuestro derecho positivo lo tiene consagrado en el art. 403 inc 4° de la Ley N° 1286/98 y su violación considerada como un vicio de la resolución que la adolece, es sancionada con la revocatoria de la misma. Corresponde la revocatoria de la sentencia de alzada en su apartado tercero, y en esta dirección absolviendo de culpa y pena a mi defendido y así solicito a esta Excma. Corte Suprema de Justicia tengan a bien expedirse conforme a derecho. El tercer agravio consiste y siempre bajo la reserva del improbable caso de que no prospere en la consideración de VV.EE. la prescripción articulada por mi parte, en primer lugar, en que en tanto y en cuanto la inexistencia del hecho punible de Estafa atribuido a mi defendido y, en consecuencia, que no cabe que su conducta sea considerada típica, antijurídica y reprochable a su respecto, conforme surge patentemente de las plenas y numerosas pruebas, lo que impone su absolución de culpa y pena y no su condena, no corresponde en consecuencia que se le someta a ningún

periodo de prueba, por lo que debe revocarse el apartado 4° del A. y S. N° 47. De mantenerse la declaración de reproche de mi defendido en el punible investigado, no podía modificarse en perjuicio de dicha persona por el Tribunal inferior la sentencia de primera instancia como sin embargo lo hizo en su fallo recurrido, agravando la penalidad que le fuera impuesta en aquella primera resolución, desde que la misma no fue apelada ni por el querellante ni por el Agente fiscal, sino que únicamente por esta defensa. Esto es, que no correspondía que el Tribunal de alzada reforme en perjuicio de mi defendido la sentencia de primera instancia en el sentido de aumentar de un año a tres años la suspensión condicional de la pena de multa y por tanto el periodo de prueba y que la donación sea prestada durante ese tiempo, conforme así lo dispuso indebidamente por su A. y S. N° 47 del 27 de junio de 2008 y su aclaratoria el A.I. N° 181 del 07 de julio del mismo año. De esta manera dichas resoluciones violan grave y flagrantemente en contra de mi representado el trascendente principio de la reformatio in peius que nuestro ordenamiento procesal penal positivo consagra a favor de la persona procesada (art. 457 primer apartado CPP). El Juez de la apelación, no tiene mas poderes que los que caben dentro de los limites de los recursos deducidos. Solicito la revocatoria del A. y S. N° 47 y del A.I. N° 181, en el sentido de mantener el plazo de la suspensión condicional de la pena de multa en un año y por tanto en ese mismo termino el periodo de prueba. El último agravio consiste en la imposición de las costas del presente proceso en el orden causado, corresponde que se abrogue en el sentido de imponer las costas del presente proceso en las tres instancias a la parte querellante. El vencido en última instancia debe pagar todas las costas que correspondan. Esto se trasunta muy claramente del criterio plasmado sobre la materia por la Corte Suprema de Justicia en el Acuerdo y Sentencia N° 13 del 16/04/74 – Rev La Ley, 1979, 3, 47. También en tal sentido corresponde desde la perspectiva jurídica del Art. 81 inc. 1° segundo párrafo e inciso 2° del CPP de 1890. Por tanto y en la inteligencia que esta Excma. Corte Suprema de Justicia sabrá adoptar la única medida viable para reencauzar los desacertados fallos del Tribunal inferior en las específicas y puntuales decisiones que de los mismos le agravian a esta defensa, a VVEE solicito se sirvan revocar las partes que impugno.” (SIC).

Expresión de Agravios del representante convencional de la querella, abogado Luis Armando Godoy a fs. 1043/1049 alega: Agravia a mi parte, el apartado N° 4 del Acuerdo y Sentencia N° 47 de fecha 27 de junio del 2008, por el cual el

Tribunal de apelaciones revoca el apartado N° 4 de la Sentencia N° 73 dictada por el Juez Penal de Sentencia N° 2, de fecha 03 de diciembre del 2002, en la parte que impone al condenado la obligación de pagar Gs. 270.000.000. El argumento esgrimido por los Miembros del Tribunal, con total indiferencia al principio de justicia pronta y eficiente, es que Carlos Benegas puede recurrir por la vía civil. O sea, la víctima del hecho punible puede –según ellos– iniciar otra demanda ordinaria en sede civil que, teniendo en cuenta nuestra realidad tribunalicia, probablemente durará lo mismo que ha durado esta querrela criminal (en la que los miembros del Tribunal de Apelaciones retuvieron el expediente durante casi 6 años). Por su parte, el Miembro del Tribunal, Dr. Anselmo Aveiro afirma que la víctima no debe ser beneficiada por vía del apercibimiento, sino por la acción civil. Esto es simplemente un sofisma, una falsedad por el error en el que había caído el magistrado por no considerar la distinta naturaleza de ambas: la pena de multa es una sanción (Art. 14, num. 7) y la obligación de reparar el daño causado es una condición para la suspensión del cumplimiento de una sanción. Es importante mencionar que esta decisión del Tribunal constituye una flagrante extralimitación de sus funciones, pues ha resuelto *extra petita*, en contra del principio *tantum apelatum quantum devolutum*, debido a que no ha sido materia de recurso por la parte condenada. Cabe decir que según el Art. 1041 del CPP del año 1890 (aplicable a este caso concreto por encontrarse vigente al momento de la comisión del hecho punible), son aplicables subsidiariamente los principios y reglas del Código Procesal Civil. En efecto, el CPC establece claramente en sus artículos 15 inc. D y 420, que el Tribunal de Apelaciones no puede fallar sobre cuestiones que no han sido materia de recurso. El Tribunal no debió revocar oficiosamente la condición de pagar la suma de Gs. 270.000.000 que fuera impuesta al condenado en virtud a lo dispuesto en los arts. 61, 62 num. 2 y 45 del Código Penal (Ley 1160/97, aplicada por ser la más benigna por el Juez Penal de Liquidación y Sentencia. No debió revocar, salvo que se encontraran ante una nulidad absoluta o vicios que quebrantaran la estructura procesal o el derecho a la defensa. Actuó contra legem al haberse extralimitado y resuelto respecto a cuestiones que no fueron sometidas a su decisión. También actuó contra el principio lógico de la no contradicción, porque por un lado consideran pertinente la aplicación del apercibimiento establecido en el Art. 61 del C.P., pero no consideran pertinente la aplicación de las consecuencias de dicho apercibimiento, la condición de reparar el daño. Este

error surge de una fatal confusión conceptual de sus miembros con respecto a lo que implica la satisfacción de la víctima por el ilícito en sede penal y un resarcimiento del daño en sede civil. El Tribunal no puede alegremente revocar una condición impuesta por el juez de grado inferior, tendiente a la satisfacción de la víctima a poner fin a la ofensa del hecho punible. También agravia a mi parte el apartado N° 5, simplemente consideran que no hubo temeridad de la querella y resultaría impropio cargarle el pago absoluto de las costas y los argumentos jurídicos (?). ¿Y los principios procesales?, bien gracias. Nos da la pauta de que o se trata de un error material de la resolución o que los miembros del Tribunal no tiene la mínima idea de quién impulsó la 2ª Instancia. No fue la querella quien interpuso los recursos, sino fue la defensa del condenado, quien nuevamente ha resultado perdidosa en 2ª instancia al confirmarse la condena del mismo. El Tribunal ha resuelto contra el principio que establece que quien resulta perdidoso carga con las costas de la instancia. Mi parte solicita la revocación de los apartados 4º y 5º del Acuerdo y Sentencia N° 47 dictado por el Tribunal de Apelaciones 2ª Sala, con costas” (sic).

Contestación del representante de la defensa técnica, abogado Osvaldo Aguayo: A fs. 1107/1115 contesta los agravios formulados por el representante de la querella en los siguientes términos: “arguye que le agravia la mencionada sentencia en cuanto que revoca el fallo de primera instancia que había impuesto al procesado la obligación de pagar al querellante la suma de guaraníes 270.000.000 como una de las condiciones que debía cumplir para que se suspendiera a prueba la aplicación de la pena de multa que le fuera asignada a aquel encausado. El recurso de apelación deducido por el querellante debe ser desestimado por VV.EE., desde que ninguno de ellos se sustentan en fundamentos serios y apropiados como para cohonestar su planteamiento de revocatoria de aquella sentencia en los específicos términos que propicia. Resulta acertada la decisión del Tribunal A quo al abrogar como una de las condiciones para la suspensión de la pena de multa impuesta a mi defendido. En cuanto a la imputación de la querella de que el A quo se extralimitó en sus potestades como Tribunal de alzada decidiendo sobre cuestiones que según aquella no le fueron propuestas como materia de recurso, infringiendo el principio procesal del tantum apellatum quantum devolutum, al pronunciarse sobre la revocatoria de la sentencia de primera instancia respecto al pago a su parte, no es de ninguna manera como aduce mi adversa. En efecto esta defensa apeló y alegó de nulidad contra la

sentencia de primera instancia (S. D. N° 73 del 3/12/02) en su totalidad y mantuvo sus agravios en segunda instancia con relación a dicho fallo sobre todos los puntos resueltos en la parte dispositiva. Luego el Tribunal de alzada se encontraba plenamente facultado a partir de ello a revocar, modificar y/o confirmar todo cuanto fue resuelto en la mencionada sentencia. Además la corriente procesal penal moderna, la cual es seguida por nuestro Código Procesal Penal (art. 457 pfo. 2°), tiene establecido que basta que los recursos sean interpuestos por cualquiera de las partes, para que el Tribunal de alzada modifique o revoque la resolución a favor del imputado. Con relación a las costas, antes que nada vale aclarar a la querrela para sacarle de su error que las mismas que fueron impuestas por el Tribunal de alzada en el orden causado, corresponde a las de todo el proceso, no solamente las generadas en segunda instancia. Bien y respondiendo a sus agravios exclusivamente desde la perspectiva que enfoca mi adversa esta cuestión, mantengo que las costas de la causa deben ser soportadas en las tres instancias por la querrela. En primer lugar porque la sentencia de segunda instancia no confirma en todas sus partes la del juez de primera instancia, desde que las revoca en una de sus decisiones y la modifica en otras. O sea que se equivoca la querrela y grande cuando tilda a mi parte perdidosa. Por tanto, a VV.EE. solicito dicten resolución no haciendo lugar a la revocatoria de los puntos 4° primera parte y 5° del A. y S. N° 47 del 27 de Junio de 2008 del Tribunal A quo, con la expresa condenación de costas que protesto al procaz y malicioso querellante” (sic).

Contestación de la representación de la Querrela: A fs. 1117/1119 el abogado Luis Armando Godoy contesta el traslado en los siguientes términos: “mi parte manifiesta a VV.EE. que concuerda con lo resuelto por los miembros del Tribunal de Apelaciones en el sentido de rechazar dicho incidente, ya que, con acertado criterio jurídico, han considerado que para el cómputo del plazo de prescripción debe ser considerado el marco penal del hecho punible (que según el artículo 14 num. 8° del CP corresponde a la descripción de las sanciones para el hecho punible y en especial al rango en que estas pueden oscilar entre un mínimo y un máximo). O sea, que el rango en que las penas por el hecho punible de estafa pueden oscilar es de un mínimo de multa o seis meses de prisión preventiva, hasta un máximo de la pena privativa de libertad. El recurrente cae en un error conceptual (o intenta hacer caer en ello a VV.EE.) al intentar identificar el tipo BASE, con el marco penal, responde a un criterio objetivo y se

refiere al mínimo y al máximo de pena que el Estado, por razones de política criminal, establece para una determinada conducta, se rige por principios muy diferentes, el principio de legalidad, el principio de proporcionalidad, de humanidad, etc. Por otro lado, la aplicación de un tipo base o del agravante, depende de una cuestión subjetiva, es decir, de las circunstancias personales del condenado. Si aplicamos el Art. 102, inc. 1º, numeral 3º del Código Penal, tenemos que el hecho punible de Estafa, según su marco penal, tiene una pena máxima de 8 años y, por lo tanto, el plazo de prescripción será igual a dicho plazo máximo. Concluimos con el Tribunal de Apelaciones que aún no ha operado el plazo de prescripción en esta causa y, por lo tanto, el apartado 1º del Acuerdo y Sentencia N° 47 de fecha 27 de junio de 2008, debe ser confirmado. Como VV.EE., podrán observar, solamente la parte del Acuerdo y Sentencia N° 47 que amplía el periodo de pruebas de 1 año a 3 años de donación a la Sala de Pediatría puede ser recurrida por la defensa. Los demás apartados son irrecurribles por el mismo, ya que la calificación del hecho punible, su reprochabilidad el apercibimiento y la declaración de su responsabilidad civil han sido confirmadas nada más y nada menos que en dos instancias, mientras que la condena a multa ha sido disminuido en su favor y esta es una razón por la cual no puede agravarse la defensa. Finalmente, es importante destacar que la defensa de Julio Osvaldo Domínguez Dibb cae en una contradicción terrible, porque en el punto 2 de su petitorio solicita la absolución de culpa y reproche y en el punto 3 del mismo petitorio solicita que se mantenga el plazo de la suspensión condicional de la pena de multa de un año. ¿Como puede aplicarse una suspensión de una pena de multa a quien ha sido absuelto de culpa y pena? Por lo brevemente expuesto, solicito a VV.EE. que rechacen con costas los recursos, excepto en la parte que se agravia contra la ampliación del plazo de prueba de 1 año a 3 años” (sic)

Contestación del Ministerio Público: A fs. 1121/1122 el agente fiscal abogado Agustín Cáceres Volpe, contestó el traslado de las apelaciones de la siguiente manera: “esta representación se ratifica en primer lugar en los términos del dictamen conclusivo N° 305 del 10 de septiembre de 2002 (fs. 800-801), así como el dictamen N° 60 del 29 de abril de 2003 (fs. 959-960). El Ministerio Público ya ha sentado su postura en la presente causa, al considerar que no existe tipicidad por falta de uno de los elementos constitutivos del tipo penal querellado de estafa: el error. Además, sostiene el Ministerio Público que para el supuesto perjuicio ocasionado al querellante, quedan expeditas las vías reguladas por el

Derecho Civil, ámbito natural donde deben debatirse todas las cuestiones de carácter contractual como el caso en análisis (contrato aleatorio de adhesión). Solamente corresponde avocarse al estudio de la modificación realizada en la sentencia de Primera Instancia por el Tribunal de apelación, ya que la misma ha sido confirmada en lo que respecta a la calificación, reprochabilidad y condena del señor Julio Osvaldo Domínguez Dibb. El objeto del recurso en esta instancia lo constituye el monto de la multa impuesta, la revocación de la reparación a la víctima establecida inicialmente y la duración del periodo de pruebas que se aumentó de uno a tres años. Con relación a los agravios expresados por el abogado Luis Armando Godoy: Al respecto, esta Representación Fiscal ya ha sentado una postura con respecto a la absolución de reproche y pena del imputado. Sin embargo, y teniendo en cuenta la forma en que se ha resuelto el proceso y las claras disposiciones del Art. 45 del Código Penal vigente, considera que el criterio sustentado por el querellante se encuentra debidamente fundamentado, en razón de que la obligación impuesta al condenado no constituye una pena adicional o complementaria, sino la imposición de obligaciones con el fin de prestar satisfacción a la víctima por el ilícito ocasionado y restablecer la paz en la comunidad. Por tanto, a criterio de esta Representación Fiscal, corresponde la revocación de la resolución de 2ª instancia, en la parte en que deja sin efecto el apartado 1º del punto número 4 de la S.D. N° 73 del 03/12/02. Con relación a los agravios expresados por el abogado Osvaldo Aguayo: El recurrente refiere que para el cómputo de la prescripción se debe tener en cuenta el tipo penal base de cinco años y no el agravado de ocho años. Correspondiente al hecho de estafa, Art. 187 del Código Penal. Cuestiona la reforma en perjuicio que se ha realizado contra su defendido, ya que se le imponen condiciones mas gravosas que las establecidas en la sentencia de primera instancia, máxime aun teniendo en cuenta que la querella y la fiscalía tampoco han cuestionado el fallo en ese sentido. Cuestiona en ese sentido que el Tribunal se ha expedido más allá de los límites de la concesión del recurso. Considera esta Representación Fiscal considera que el pedido de prescripción de la acción deviene improcedente, en razón de que efectivamente el máximo de la pena correspondiente al ilícito comprobado es de ocho años, conforme lo dispuesto en los Arts. 102 y 187, ambos del Código Penal vigente. Si bien la causa se ha hincado en el año 1997, se debe tener en cuenta que se han verificado todas las causales de interrupción del proceso previstas en el Art. 104 del Código Penal. Por otra parte, ya se ha

dictado sentencia definitiva en la presente causa. En razón de estas argumentaciones, ya considerados en el Acuerdo y Sentencia, se ha arribado a una conclusión ajustada a derecho. En relación a las consideraciones realizadas por el recurrente con respecto a la inocencia de su representado y la nueva valoración de los hechos y pruebas, esta fiscalía nada tiene que manifestar al respecto, ya que el mismo formula argumentaciones sobre hechos que constituyen a la fecha cosa juzgada y, por tanto, ya no son objeto de análisis en esta instancia. Con respecto a la extralimitación del Tribunal en cuanto a la modificación del periodo de pruebas, esta Representación comparte el criterio sustentado por la Defensa y también por la parte querellante, considerando que dicha parte del Acuerdo y Sentencia debe ser modificada, dejando el periodo de pruebas establecido en la misma forma que estaba en la sentencia de primera instancia. Esta Representación se abstiene de pronunciarse con relación a las costas, teniendo en consideración que dicha facultad es privativa del órgano jurisdiccional y ajena al ámbito del Ministerio Público. Por tanto, esta Representación aconseja respetuosamente a VV.EE. se sirva confirmar el Acuerdo y Sentencia N° 47 del 27 de junio de 2008 y revocar el apartado 4°, a los efectos de que siga vigente el apartado 4) de la SD N° 73 del 03 de diciembre de 2002.” (SIC).

La Excelentísima Miembro Integrante de la Sala Penal, Natividad Mercedes Meza, continúa diciendo: Avocado al estudio de los agravios expresados y visto la prescripción de la acción penal que fuera planteada por la defensa y denegada en alzada, inexorablemente, se impone el estudio previo de esta cuestión, por ser de orden público y porque de ser procedente, extinguiría la acción penal, objeto del proceso, y consecuentemente ya sería ineficaz conocer y decidir los demás puntos impugnados.

Análisis de los agravios de la defensa: Se tiene que la conducta del condenado respecto a los hechos investigados y base de la condena, ha sido calificado conforme al Art. 187 del nuevo Código Penal, en aplicación del Art. 14 de la Constitución de la República, en concordancia con el Art. 5° inc. 3° del Código Penal vigente, por ser la más benigna al mismo.

En efecto, el citado Artículo 187, Estafa, establece: “1°) 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. 2º) En estos casos, será castigada también la tentativa. 3º) En los casos especialmente graves, la pena privativa de libertad podrá ser aumentada hasta ocho años...”. La descripción de las sanciones previstas para el hecho punible del rango en que la sanción aplicada puede oscilar entre un mínimo y un máximo es el marco penal que debe ser considerado para la prescripción. El tipo legal establecido es el inc. 1º del Art. 187.

Corresponde, entonces, establecer el tiempo requerido para la procedencia de la prescripción peticionada y denegada, de acuerdo al marco penal establecido en dicha norma, conforme a la calificación establecida en autos.

Se debe primeramente definir la ley aplicable a este caso, en lo que se refiere especialmente al capítulo de la prescripción de la acción penal, teniendo presente que la S.D. N° 47 impugnada es de fecha 27 de junio del año 2008.

Al respecto, el Artículo 102 del Código Penal antes de su modificación, prescribe: “inc. 1º) Los hechos punibles prescriben: núm. 3. en un tiempo igual al máximo de la pena privativa de libertad en los demás casos. Inc. 2º) El plazo correrá desde el momento en que termine la conducta punible. En caso de ocurrir posteriormente un resultado que pertenezca al tipo legal, el plazo correrá desde ese momento. Y, el referido Art. 102 modificado por Ley 3440/8 establece: “inc.1º) Los hechos punibles prescriben: num.3 en un tiempo igual al máximo de la pena privativa de libertad en los demás casos (o sea este numeral no ha sido modificado), y entró en vigencia el 21 de agosto del 2009, un año después de su publicación. No obstante, el Num. 4º del mismo artículo modificado, entró en vigencia al día siguiente de su publicación (21 de agosto del 2008) y establece: “El plazo se regirá de acuerdo al tipo legal aplicable al hecho, sin consideración de agravantes o atenuantes previstas en las disposiciones de la parte general o para casos especiales graves o menos graves...”. Hoy vigente. Aun no regía al momento de ser resuelta la S.D. N° 47 de fecha 27 de junio del año 2008, dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal Segunda Sala, impugnada. Pero, hallándose vigente en la actualidad la Ley 3440/8, debe ser aplicado por el Principio Constitucional denominado “irretroactividad de la ley penal excepto la más benigna”. De ello surge que ya no puede ni debe ser considerado los ocho años que eventualmente podría ser aumentada en los casos más graves para este tipo penal.

En resumen, el marco penal máximo que corresponde considerar es de 5 años. El plazo se regirá de acuerdo al tipo legal aplicable al hecho, sin conside-

ración de agravantes o atenuantes previstas en las disposiciones de la parte general o para casos especialmente graves o menos graves y siendo el tipo legal conforme a la calificación establecida a la conducta del condenado. Y a la luz de lo establecido en el Art. 104 inc. 4° del la Ley 3440/2008 modificatoria del Código Penal, operará la prescripción, independientemente de las interrupciones, una vez transcurrido el doble del plazo de la prescripción.

El hecho punible fue perpetrado en fecha 13 de mayo 1996 (día del sorteo) y los reclamos de pagos pertinentes se hicieron a través del Acta Notarial de fecha 17 y 23 del mes de mayo del año 1996. A la fecha ha operado la prescripción.

En general, la prescripción es un medio de defensa que sirve para poner en cuestión la validez de la relación jurídica procesal iniciada. Se deduce cuando por el transcurso del tiempo resulta imposible promover la acción penal o continuar tramitándola, en virtud de los plazos establecidos en la ley, que es el caso de autos.

La regla general de aplicación temporal de la ley se produce conforme al principio *Tempus Regis Actum* (artículo 5° del Código Penal): la ley penal es la vigente al momento de la comisión de los hechos punibles. Existe la excepción a la regla: La aplicación retroactiva de la ley penal más favorable al reo. Además, en caso de conflicto de leyes, se aplicará la más favorable al reo (Artículo 14 de la Constitución de la República del Paraguay), en esa inteligencia se ha aplicado la más benigna al condenado.

La garantía del plazo razonable en la duración de los procesos es la base de nuestras normas positivas que rige la materia. La garantía conocida como el Plazo Razonable de Duración del Proceso Penal, tiene hoy expresa tutela constitucional y también prevista en la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, todos ellos con jerarquía constitucional desde la reforma de 1992 (Art. 137).

Por los fundamentos expuestos y las disposiciones legales mencionadas, sin lugar a dudas, se puede concluir que corresponde declarar extinguida la acción penal instruida por A. I. N° 1341 de fecha 29 de agosto del año 1996 y ampliada por A.I. N° 2096 de fecha 19 de diciembre del año 1996 contra el señor Julio Osvaldo Domínguez Dibb, por Estafa, Extorsión y Chantaje en Capital, del año 1996, consecuentemente, corresponde revocar el punto 2 la resolución apelada.

En lo que respecta a las costas procesales, teniendo en cuenta, que el proceso culminó con la prescripción de la acción penal, y tampoco se ha acreditado mala fe ni temeridad de parte de la querrela, me parece razonable entender que el querellante ha considerado ejercer su legítimo derecho, circunstancias que justifican suficientemente imponer las costas en el orden causado. Es mi voto. Emitido hoy 30 de abril de 2010.

Opinión del Excelentísimo miembro integrante de la Sala Penal, doctor Gustavo Adolfo Ocampos González: Entre los agravios expuestos por las partes, corresponde analizar, en primer término, el referido por la representación convencional de la defensa, que guarda relación con el incidente de prescripción de la acción promovido por su parte en la presente causa y que fuera rechazado por el Tribunal de Apelación en lo Penal, Segunda Sala, en el Apartado 2) del Acuerdo y Sentencia impugnado, por ser de orden público y por los efectos extintivos que tendría de resultar procedente el planteamiento.

Que, al respecto se debe resaltar que la presente causa, se originó con la querrela criminal promovida por el señor Carlos Darío Benegas Peralta, contra los directores de la Editorial Gráfica Intersudamericana S.A., editora del Diario “La Nación” y específicamente contra el señor Julio Osvaldo Domínguez Dibb por la supuesta comisión de los hechos punibles de Estafa, Extorsión y Chantaje, perpetrados en fecha 13, y 14 de mayo de 1996.

Que, por S.D. N° 73 de fecha 03 de diciembre de 2002, a fs.859/876, dictada por el Juez Penal de Liquidación y Sentencia N° 2, por entonces, abogado Gustavo J. E. Gorostiaga Bogino, se había resuelto “Calificar el hecho antijurídico atribuido al acusado Julio Osvaldo Domínguez Dibb dentro de lo establecido en el artículo 187, en concordancia con el art. 29 inc. 1° del Código Penal actual.... Condenar al encausado Julio Osvaldo Domínguez Dibb... a la pena de Ciento Ochenta días Multa ...”, resolución que fuera recurrida por la defensa del condenado.

Que, por Acuerdo y Sentencia N° 47 de fecha 27 de junio de 2008, a fs. 1015/1023, el Tribunal de Apelación en lo Penal, Segunda Sala, resolvió: “1) No Hacer lugar al Recurso de Nulidad. ... 2) No Hacer lugar al incidente de prescripción deducido por la defensa de Julio Osvaldo Domínguez Dibb. ... 3) Modificar parcialmente la S.D. ... en el sentido de que el monto del día multa debe multiplicarse por la cantidad de días multa a la que fue condenado ... 4) Revocar el apartado numero 4) en lo que respecta a la reparación del daño fijada para la

víctima ... Modificar el plazo de un año fijado por el A-quo, dejándolo establecido en el plazo de tres años, ...”, es decir que el referido Acuerdo y Sentencia, no modificó la calificación determinada por el Inferior, o sea lo confirmó en el sentido expuesto en la S.D. N° 73 de fecha 03 de diciembre de 2002, en el sentido de incurrir la conducta atribuida al condenado dentro de las disposiciones del artículo 187, en concordancia con el artículo 29 inciso 1° del Código Penal actual, por considerarla la ley más benigna, atendiendo a que los hechos investigados habrían sido perpetrados bajo la vigencia de la ley anterior, Código Penal de 1914 y por aplicación de las disposiciones del artículo 14 de la Constitución Nacional (irretroactividad de la ley— excepcionalidad a la regla, cuando es favorable al condenado) y el art. 5° inc. 3° de la Ley 1.160/97.

Que, fijada la calificación de la conducta denunciada en ambas resoluciones, corresponde analizar la viabilidad o no del incidente de prescripción promovido, que fuera rechazado en ambas instancias, y que es objeto de agravio en esta por parte de la representación convencional de la defensa, al respecto, debemos recurrir a las disposiciones del artículo 187 del Código Penal, que refiere textualmente: “Estafa. ... 1°. 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. ... 2°. En estos casos, será castigada también la tentativa. ... 3°. En los casos especialmente graves, la pena privativa de libertad podrá ser aumentada hasta ocho años. ... 4°. En lo pertinente se aplicará también lo dispuesto en los Arts. 171 y 172”.

Que, a los efectos de la prescripción, se tiene por un lado las disposiciones del artículo 116 del Código Penal de 1914, que refiere: “El derecho de acusar salvo excepción expresa, se prescribe: A los 20 años, cuando la pena del delito es la de muerte. ... A los dos años, cuando es de penitenciaría hasta 3 años, suspensión o destitución. ... En un tiempo igual al término medio del castigo fijado por la ley, en los demás delitos que tengan previstos penas mayores o distintas a las anteriores. A este efecto la multa se computará a razón de un día por cada cinco pesos”. Sin embargo, al haberse confirmado la calificación de la conducta dentro de las disposiciones del artículo 187, que describen el tipo penal de estafa en la Ley 1160/97, Nuevo Código Penal, se debe aplicar en forma sistemática las reglas de la prescripción establecidas en dicho cuerpo legal.

Que, así tenemos en primer término, las disposiciones del artículo 102 de la Ley 1160, que fuera modificado por el artículo 1° de la Ley N° 3440/2008, que prescribe: “1°. Los hechos punibles prescriben en: ... 1. Quince años, cuando el límite máximo del marco penal previsto sea de quince años o más de pena privativa de libertad; ... 2. Tres años, cuando el límite máximo del marco penal previsto sea de pena privativa de libertad de hasta tres años o pena de multa; ... 3. En un tiempo igual al máximo de la pena privativa de libertad en los demás casos. ... 2°. El plazo correrá desde el momento en que termine la conducta punible. En caso de ocurrir posteriormente un resultado que pertenezca al tipo legal, el plazo correrá desde ese momento. ... 4°. El plazo se regirá de acuerdo al tipo legal aplicable al hecho, sin consideración de agravantes o atenuantes previstas en las disposiciones de la parte general o para casos especialmente graves o menos graves.”

Que, el plazo para la prescripción había quedado interrumpido, debido a que las conductas investigadas en la presente causa, supuestamente ocurridas entre el 13 y el 14 de mayo de 1996, habían sido denunciadas con la querrela criminal promovida en sede Judicial, en fecha 20 de agosto de 1996, conforme surge en el cargo de la Actuaría Judicial inserto a fs. 22 del tomo I, siendo convenientemente impulsada la acción por el representante convencional de la querrela.

Que, recurriendo a las disposiciones del artículo 104 de la Ley 1160, modificado por la Ley 3440/2008, vemos que en la misma se hace una enunciación de los actos procesales que interrumpen el plazo de la prescripción, consignándose finalmente en el Inciso 2° del referido artículo lo siguiente: “... Después de cada interrupción, la prescripción correrá de nuevo. Sin embargo, operará la prescripción, independientemente de las interrupciones, una vez transcurrido el doble del plazo de la prescripción”.

Que, las normas transcriptas precedentemente, que modificaban los textos de las normas originales de la Ley 1160/97, entraron en vigencia en fechas distintas, si se tiene en cuenta las disposiciones del artículo 3° de la Ley N° 3440/2008, “que modifica varias disposiciones de la Ley N° 1160/97, código penal”, que expresa: “Entrada en Vigor. Estas modificaciones al Código Penal entrarán en vigor un año después de su promulgación, a excepción de los Arts. 104, 148, 154, 165, 181, 182 y 316, que entrarán en vigencia al día siguiente de su promulgación y publicación”.

La Ley 3440/2008, fue publicada el 20 de agosto de 2008, es decir, que el artículo 104 entro en vigor el 21 de agosto del 2008, y el artículo 102 por la vacatio legis, estatuida en el texto de la norma, en agosto de 2009.

Que, analizando las disposiciones transcriptas precedentemente, vemos que el tipo legal de estafa sin considerar atenuantes y agravantes, se halla especificado en el artículo 187 inciso 1° de la Ley N° 1160, que contempla un marco penal de pena privativa de libertad de hasta cinco años, es decir, que en función al mismo, resulta aplicable al caso a los efectos del cómputo para la prescripción, las disposiciones del artículo 102 inciso 1° (los hechos punibles prescriben en:), numeral 3. (en un tiempo igual al máximo de la pena privativa de libertad en los demás casos.), en concordancia con el inciso 4° (El plazo se regirá de acuerdo al tipo legal aplicable al hecho, sin consideración de agravantes o atenuantes previstas en las disposiciones de la parte general o para casos especialmente graves o menos graves) de la Ley 3440/2008, que modificó las disposiciones en tal sentido de la Ley N° 1160/97, Código Penal.

Una vez determinado que el plazo para la prescripción en la presente causa es de cinco años, que había principiado a correr el 14 de mayo de 1996, conforme al relato de la querrella, nos encontramos con que el mismo había quedado interrumpido con la promoción de la acción en sede Judicial, en fecha 20 de agosto de 1996, siendo convenientemente impulsada por el representante convencional de la querrella, resultando en consecuencia aplicable al caso, el doble del plazo, es decir, diez años, que se ha cumplido el 14 de mayo de 2006, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 104 inciso 2° de la Ley 1160/97 y su modificación por la Ley 3440/2008, disposiciones que si bien son sancionadas y promulgadas con mucha posterioridad al caso en estudio, le son aplicables de conformidad a lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución Nacional, que expresa: “de la irretroactividad de la ley”. Ninguna ley tendrá efecto retroactivo, salvo que sea más favorable al encausado o condenado.”, es decir, que la regla es la irretroactividad, o no aplicación retroactiva de la ley posterior al caso, siendo la excepción a la regla por ser más favorables al condenado, la aplicación retroactiva de la ley en cuestión, no existiendo en tal sentido margen de arbitrio al juzgador.

Atendiendo a todo lo expuesto, corresponde revocar el Acuerdo y Sentencia N° 57 de fecha 27 de junio de 2008, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Penal, Segunda Sala, en su Apartado Segundo, y en consecuencia Hacer lugar

al incidente de prescripción deducido por la representación convencional de la defensa de Julio Osvaldo Domínguez Dibb y ordenar el archivo de la presente causa.

Asimismo, atendiendo a la forma en que fuera resuelto el primer agravio esbozado por la defensa, resulta inoficioso el estudio de los demás puntos expuestos por las partes, en sus respectivos escritos de expresión de agravios. Es mi voto.

En cuanto a las costas procesales, vemos que por la forma en que fuera resuelta la cuestión principal, y al no haberse acreditado una actuación temeraria o de mala fe por parte de la querrela, quien ha impulsado la acción en el ejercicio y reclamo de un derecho, concluimos que las mismas deben ser impuestas en el orden causado.

A su turno el excelentísimo Miembro integrante de la Sala Penal, doctor Carlos Alfredo Bray Maurice dijo estar de acuerdo con el voto del doctor Gustavo Adolfo Ocampos González, por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando V.V.EE.; todo por ante mí de que certifico, quedando acordado el Acuerdo y Sentencia que inmediatamente sigue.

RESUELVE: 1) Desestimar los recursos de nulidad interpuestos por el representante convencional de la querrela, abogado Luis Armando Godoy Bogarín, y por el representante convencional de la defensa del encausado Julio Osvaldo Domínguez Dibb, abogado Osvaldo Aníbal Aguayo, por los fundamentos expuestos en la presente resolución. 2) Revocar el Acuerdo y Sentencia N° 47 de fecha 27 de junio de 2008, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Penal, Segunda Sala, en su Apartado Segundo, y en consecuencia: 3) Hacer lugar al incidente de prescripción promovido por la representación convencional de la defensa de Julio Osvaldo Domínguez Dibb, y ordenar el archivo de la presente causa, en atención a los argumentos expuestos en el exordio de la presente resolución. 4) Imponer las costas, en el orden causado. 5) Anotar, registrar y notificar.

Ministros: Dr. Carlos A. Bray Maurice, Natividad Mercedes Meza, Gustavo Adolfo Ocampos González, Camaristas.

Ante mí: Héctor Fabián Escobar Díaz, Secretario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 275

Cuestión Debatida: La a-quo ha dispuesto la caducidad de instancia en un juicio de asistencia alimentaria, luego de haber fijado una medida cautelar de protección como lo es la fijación provisoria de alimentos.

ALIMENTOS. Proceso. Incumplimiento del deber alimentario.

Los Juicios 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, la obligación de cumplimiento de alimento no es discutible, es decir el obligado esta obligado por su condición de padre o madre, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad.

CADUCIDAD DE INSTANCIA. Procedencia de la caducidad de instancia. MEDIDAS CAUTELARES. Caducidad de las medidas cautelares.

La formalidad contenida en la norma procesal civil art. 172, debe ser utilizada por el A-quo de la Niñez y de la Adolescencia, cuando su uso no genere perjuicio al niño.

MEDIDAS CAUTELARES. Caducidad de las medidas cautelares.

La caducidad de instancia, genera el levantamiento de una medida cautelar de protección, cuya consecuencia inmediata es la cancelación del depósito del monto exigido al obligado alimentante, con lo cual y mientras reinicia un proceso y hasta tanto otro juez disponga algo al respecto, el niño será despojado de un derecho irrenunciable y fuera de compensación.

ALIMENTOS. Proceso.

En ningún momento el acto previsto por la norma a favor del alimentante, esto es, derecho de ser oído, podrá importar la posibilidad de ser excluido de la obligación que le es propia por su condición de padre o madre respectivamente.

PATRIA POTESTAD. Derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad.

La obligación de los progenitores frente a sus hijos menores, nace desde el momento de la concepción del mismo, por lo que la misma es de carácter constante y finaliza por la causas determinadas única y de un modo excluyente en la norma respectiva.(art. 263 CC)

CADUCIDAD DE INSTANCIA. Procedencia de la caducidad de instancia. ALIMENTOS. INTERES SUPERIOR DEL NIÑO.

La caducidad de la instancia no opera en los juicios de asistencia alimen-

taria, ya que el interés superior del niño, en este tipo de juicios refiere a la necesidad primaria de ser asistido por sus progenitores, derecho que no concluye, ni perime, ni se extingue únicamente por las causas previstas en la norma de cesación del mismo.

CADUCIDAD DE INSTANCIA. Procedencia de la caducidad de instancia. ALIMENTOS. INTERES SUPERIOR DEL NIÑO.

El derecho a ser alimentado por los progenitores, esta mas allá de una cuestión jurisdiccional, el derecho es inherente a la condición de niños, niñas y adolescentes.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derechos de familia.

La Constitución Nacional prevé que en caso de incapacidad de los progenitores, la sociedad y el Estado son subsidiariamente responsables de proveer las herramientas necesarias para el desarrollo armónico e integral de los niños.

CADUCIDAD DE INSTANCIA. Procedencia de la caducidad de instancia. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.

En todo proceso, debe estarse al Interés Superior del Niño y en cada caso debe atenderse a ello, y no a las actitudes mezquinas que muchas veces son puestas a las resultas judiciales por los propios padres de los niños, cuyo desarrollo e interés es objeto de disputa y desentendimientos por quienes debería velar por la seguridad y el desarrollo equilibrado de quienes son responsables.

CSJ, Sala Constitucional. 09-06.10. “Acción de inconstitucionalidad en el juicio: “J. L. F. I. s/ Asistencia Alimenticia” (Ac. y Sent. N° 275).

CUESTIÓN:

¿Es procedente la acción de inconstitucionalidad deducida?

A la cuestión planteada el doctor Núñez Rodríguez dijo: La presente acción de Inconstitucionalidad la promueve la Abog. S. L. de Q., en representación de la Sra. P. G. I. L., contra el Acuerdo y Sentencia N° 11 de fecha 27 de febrero de 2007, dictado por el Tribunal de Apelaciones de la Niñez y de la Adolescencia de la Circunscripción Judicial de la Capital, por el que fue confirmada la S.D.N° 158 de fecha 15 de marzo de 2006 dictada por la Jueza de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia del Sexto Turno en los autos caratulados: “J.L.F.I. S/ Asistencia Alimenticia” N° 130 año 2004.

1.- La recurrente sostiene que la resolución impugnada es violatoria de los artículos 54 y 256 de la Constitución Nacional.

1.1.- La resolución impugnada, Acuerdo y Sentencia N° 11 de fecha 27 de febrero de 2007, con voto en disidencia del Dr. Silvio Rodríguez dispuso: "...Confirmar la sentencia recurrida...". La sentencia recurrida; S.D.N° 158 de fecha 15 de marzo de 2006 había dispuesto: "...1.- Declarar operada la Caducidad de Instancia en el presente juicio, y en consecuencia; 2.- Dejar sin efecto la medida cautelar decretada por A.I.N° 109 de fecha 11 de mayo de 2004; 3.- Ordenar el archivamiento de estos autos; 4.- {...}...". Por A.I.N° 109 de fecha 11 de mayo del 2004, el Juzgado resolvió: "...1.- Fijar, como medida eminentemente cautelar de protección, sin que ello signifique prejuizgamiento sobre el fondo de la cuestión, la suma de Guaraníes Quinientos Cincuenta y un Mil (Gs. 551.000), equivalentes a diez y siete (17) jornales mínimos para actividades diversas no especificadas en la capital de la República, que el demandado señor J. L. F. Z. deberá pasar en concepto de asistencia alimenticia provisoria a favor de su hijo J. L. F. I., sumas que serán depositadas en la cuenta judicial abierta a nombre del presente juicio, a la orden de este Juzgado y de la señora PA. G. I., en el Banco Nacional de Fomento, quien podrá retirar los haberes que hubiera en dicha cuenta con la sola presentación de su documento de identidad {...}...". (el resaltado es nuestro).

2.- El punto central del agravio se basa en la siguiente consideración: "...La estructura del juicio de alimentos no es, en lo formal, un juicio contradictorio, ya que el demandado no es parte del mismo y solo es admitida su competencia (art. 188 C.N. y A.) a los efectos del ejercicio del derecho constitucionalmente garantizado como lo es el derecho a la defensa en los siguientes aspectos: probar la existencia de otros hijos menores si los tuviere; determinar si existen otros juicios de la misma naturaleza y, finalmente, dejar abierta la posibilidad de ofrecimiento por parte del mismo. La jurisdicción de la niñez y la adolescencia –como dice la ley– es especializada obligando a los magistrados a poseer especialización en la materia, así como sensibilidad a los efectos de promover y garantizar el cumplimiento efectivo de los derechos de la niñez y de la adolescencia. Como jurisdicción especializada, no está sujeta a los cánones estrictos establecidos en la ley, y, consecuentemente, los magistrados tienen amplias facultades para decidir todo cuanto pueda beneficiar al menor, lógicamente siempre y cuando ello no afecte el orden público. Por otro lado las medidas cautelares, que fijan alimentos provisorios no se encuentran comprendidas entre las medidas reguladas en el C.P.C., y por tanto la caducidad no puede aplicarse.

Esta caducidad aplicada arbitrariamente –reitero origina la pérdida de un derecho adquirido, obliga a la madre a iniciar un nuevo juicio en perjuicio económico que ello ocasiona y el recargo de trabajo para los juzgados. {...}. En el caso de autos, siendo –como dije antes– un “derecho adquirido” la pensión provisoria fijada y habiéndose demostrado el vínculo en forma efectiva; habiendo incluso el padre ofrecido una suma determinada, el Juzgado – dentro de sus facultades ordenatorias- Debió dictar sentencia confirmando la medida cautelar de alimentos provisorios fijada previamente, evitando así un perjuicio al niño {...}. La asistencia alimenticia es un derecho reconocido constitucionalmente, y al declarar la caducidad de esa asistencia, el Juzgado y el Tribunal de Apelaciones de la Niñez, han violado el precepto de primera generación y protegido no solo en nuestra Carta Magna, sino en tratados y convenios internacionales...”.

3.- Opino que procede la Acción de Inconstitucionalidad.

4.- La Sala Constitucional es la que verdaderamente define la orientación final de las políticas del país, así como da un corte definitivo a los conflictos sometidos a resolución jurisdiccional, por lo que la responsabilidad y la necesidad de mantener un estándar jurídico coherente y estable hacen que permanentemente sostengamos al derecho sobre los pilares de las pautas del deber ser, por lo que al calificar de inconstitucional o no un acto normativo, reglamentario o una resolución judicial la tesis que sostenga la conclusión siempre será “el Margen de la Constitucionalidad” por tanto el deber ser no sólo se limitará a determinar el alcance o no de la constitucionalidad de lo planteado, sino también el sentido y límite que “debería darse” al caso en cuestión en atención a la necesidad de sostener la dignidad humana con el fin de asegurar la libertad, la igualdad y la justicia para todos.

El caso sometido a estudio debe ser resuelto en base a los principios contenidos en el Capítulo IV de la Constitución Nacional, esto es, sobre la consideración de la “Familia en el Estado Paraguayo” y en particular sobre los arts. 49 y 54, respectivamente. En este sentido queda claro que la familia... es la base de la sociedad. Se promoverá y garantizará su protección integral. Esta incluye a la unión estable del hombre y la mujer, a los hijos y a la comunidad que se constituya con cualquiera de los progenitores y sus descendientes; {...}. Y la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de garantizar al niño su desarrollo armónico e integral, así como el ejercicio pleno de sus derechos protegiéndolo contra el abandono, la desnutrición, la violencia, el abuso, el tráfico

y la explotación. Cualquier persona puede exigir a la autoridad competente el cumplimiento de tales garantías y la sanción a los infractores. Los derechos del niño, en caso de conflicto, tiene carácter prevaleciente... esto es, por el vínculo biológico fundamentalmente y subsidiariamente por los institutos previstos por ley cuando el presupuesto constitucional deviene imposible en su constitución debido a la posible ausencia de aquellos, al abandono, u otras causas que deberán en cualquiera de los casos ser resueltos por la autoridad judicial competente a los efectos de determinar la mejor conveniencia del niño con relación a su desarrollo pleno y armónico.

A más de lo manifestado es preciso no perder de vista que jurisprudencialmente se tiene establecido que una sentencia es arbitraria cuando se sustenta en afirmaciones dogmáticas o en fundamentos sólo aparentes, así como cuando no constituye una derivación razonada del derecho vigente, sino que es producto de la voluntad individual de los jueces, de una interpretación antojadiza de los mismos, apartándose de las prescripciones legales; situación que deberá ser verificada de las constancias de autos en el presente juicio.

5.- El juicio de asistencia alimentaria fue promovido por la Sra. P. I., en representación de su hijo menor J.L.F.I. nacido de la unión con el Sr. J. L. F. Z.. En fecha 26 de abril del año 2004, fue realizada la audiencia prevista en el art. 188 del C.N.A. "Intervención del alimentante" ofreciendo el Sr. F. Z. 17 jornales en concepto de alimentos, a lo que la Sra. I. se opuso, solicitando 23 jornales, no llegando los progenitores a un acuerdo con relación al monto de la prestación a ser otorgada por el padre a favor del menor. Al respecto y vista la situación la Ad-quo resolvió fijar una medida provisoria de alimentos estableciendo diez y siete jornales (17 jornales-base propuesta por el padre del menor en la audiencia). A los efectos de su eficacia la jueza ordenó la apertura de la cuenta bancaria a favor del juicio y de la señora P. I.. (El oficio al Banco respectivo fue diligenciado en fecha 24 de mayo del 2004.)

En fecha 7 de marzo del 2006, la Sra. P. I., se presentó ante el juzgado a notificarse del A.I. N° 109 de fecha 11 de mayo del 2004, y a solicitar se dicte sentencia definitiva, estableciendo en forma definitiva el jornal establecido provisionalmente, esto es diez y siete jornales.

El 10 de marzo del 2006, de oficio la actuaria del juzgado informa la última actuación obrante en autos, refiriéndose a la notificación realizada al Sr. F. Z. en fecha 24 de mayo del 2004, por lo que según dicho informe, el plazo del art. 172

del C.P.C., ha transcurrido, en consecuencia ha operado la caducidad de la instancia. Al respecto el juzgado por providencia de fecha 10 de marzo del 2006, llamó autos para resolver, y dispuso por el A.I.N° 158 del 15 de marzo de 2006, declarar la caducidad de la instancia y ordenar el levantamiento de la medida provisoria de alimentos fijada; resolución que fue apelada por la actora, y confirmada con un voto en disidencia por Acuerdo y Sentencia N° 11 de fecha 27 de febrero de 2007. Esta última y aquella fueron accionadas de inconstitucionales por arbitrarias y contrarias a los mandatos constitucionales.

6.- 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 alimentaria es un derecho fundamental del niño, niña o adolescente, que supone una obligación primaria de los progenitores, de los parientes y subsidiariamente del Estado. En este sentido es importante 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, la obligación de cumplimiento del alimento no es discutible, es decir el obligado esta obligado por su condición de padre o madre a asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad.

A fin de sustentar lo expresado y, recurriendo a la doctrina española, que está relacionada con el contenido el Código Civil Paraguayo, que regula esta cuestión en los arts. 256 al 265, de uso supletorio al Código de la Niñez y de la Adolescencia, tomamos los elementos aportados por la española y doctora en derecho Adoración Padiol Albás en su obra “...Naturaleza jurídica de la obligación de alimentos. La obligación de alimentos entre parientes (1997)...”, que dice: “... La obligación de alimentos entre parientes, como se desprende de su regulación en los artículos 142 a 153 del Código Civil constituye, ante todo, una obligación legal, en el sentido del artículo 1090 del Código Civil. Los alimentos son, pues, exigibles, según dicho artículo, en cuanto que, expresamente determinados por el Código, se regirán por los preceptos del mismo. Además, constituye una obligación totalmente regulada y determinada legalmente; de modo, que sólo la concurrencia del parentesco (art. 143 CC), como presupuesto subjetivo y, de los presupuestos objetivos, posibilidad del alimentante y necesidad del alimentista (art. 146 CC), determinan la exigibilidad y, por tanto, el nacimiento de dicha obligación (art. 148 CC), que se impone de forma imperativa a los

sujetos obligados. Asimismo, únicamente, las causas de extinción de la obligación, que establecen los artículos 150 y 152 del Código Civil, determinan el cese de la misma. El Código Civil contempla, incluso, alguno de los caracteres propios y específicos que conforman la naturaleza personalísima de la obligación de alimentos: la irrenunciabilidad, intransmisibilidad y la imposibilidad de que sea objeto de compensación (art. 151 CC). Por lo tanto, la ley no deja más juego a la autonomía de la voluntad, que la limitada facultad de elegir entre la doble modalidad de cumplimiento que prescribe el artículo 149.1.º del Código Civil, de forma, que el deudor podrá elegir entre pagar la pensión, o recibir y mantener en su casa al alimentista; siempre y cuando, como dispone el párrafo 2.º del mismo precepto no contradiga la situación de convivencia determinada para el alimentista por las normas aplicables o por resolución judicial y, de no concurrir justa causa o se perjudique el interés del alimentista menor de edad. Se trata, pues, de una obligación eminentemente personal e indisponible, supuesto el marcado interés de orden público de los alimentos entre parientes, que la distancia del resto de obligaciones jurídicas patrimoniales; de ahí, que se encuentre estrictamente reglamentada por la ley. En este sentido, a pesar, de su contenido puramente económico patrimonial, la obligación de alimentos entre parientes no se puede desvincular jurídicamente del libro I del Código Civil, debido a su carácter personal o familiar, en tanto, que persigue una finalidad más trascendental que el interés puramente individual, al proteger un interés superior, como es el de la familia. Por otro lado, es, precisamente, el carácter legal de la obligación de alimentos entre parientes, el que permite distinguirla, del resto de obligaciones de alimentos que pueden establecerse como consecuencia de la autonomía de la voluntad, constituyendo la base de la tradicional distinción entre alimentos familiares o legales y alimentos patrimoniales o voluntarios. Sin embargo, este carácter no sirve para deslindar los alimentos legales entre parientes, regulados en el título VI del libro primero del Código Civil, de los contemplados específicamente por el mismo texto legal que se derivan de otras instituciones jurídicas; ya que, se tratan, igualmente, de alimentos legales, los alimentos conyugales que se derivan del matrimonio, como consecuencia del deber de los esposos de ayudarse y socorrerse mutuamente (art. 68 CC), los alimentos paterno-filiales (art. 110 CC) que determina la filiación, los alimentos que debe el tutor procurar al tutelado (art. 269 CC) y, los alimentos que se deben a la mujer embarazada, como protección al concebido (art. 964 CC)....”. Hago propios estos argumentos.

Es decir, la regulación de una suerte de juicio a los efectos de la prestación alimentaria, tiene por finalidad la concreción de una obligación preexistente al juicio mismo, pero que se halla incumplida por la parte obligada. Se recurre a la instancia judicial a los efectos de la determinación del monto a ser aportado en dicho concepto por parte del progenitor obligado y de la exigibilidad. En el Código de la Niñez y de la Adolescencia, Ley N° 1680/01, se establece que el niño, niña o adolescente podrá reclamar alimentos de quienes están obligados a prestarlos... en consecuencia, el derecho que tiene el alimentante ante un juicio de esta naturaleza es la de ser oído a los efectos de garantizar el derecho a la defensa y con él al descargo de imposibilidades manifiestas ante la obligación mencionada. Pero en ningún momento el acto previsto por la norma a favor del alimentante, esto es el de oído, podrá importar la posibilidad de ser excluido de la obligación que le es propia por su condición de padre o madre respectivamente.

Por otra parte, es importante dejar en claro que la obligación de los progenitores frente a sus hijos menores nace desde el momento de la concepción del mismo, por lo que la misma es de carácter constante y finaliza por las causas determinadas única y de un modo excluyente en la norma respectiva (Art. 263 del C.C.).

Si bien es cierto, y más allá de lo mencionado, cabe mencionar una cuestión que sucede también en la jurisdicción objeto de estudio, y esto es, que los niños en muchas ocasiones son utilizados por sus propios progenitores como bala de cañón ante los conflictos personales que los mismos tienen entre sí, llevando los casos judiciales al extremo, sin importarles en realidad el interés de quienes guardan. En este sentido es que el legislador ha incorporado hoy en día, en particular en los juicios de asistencia alimentaria, la audiencia en la que el alimentante será oído, ello no solo para cautelar el derecho a la defensa del obligado, sino para sopesar las verdaderas condiciones económicas del alimentante, a los efectos de no establecer montos irrisorios o exagerados, cuyo cumplimiento sean imposibles y finalmente sean en detrimento del niño, niña o adolescente.

Pues bien, en el caso de autos, la A-quo ha dispuesto la caducidad de instancia en un juicio de asistencia alimentaria, luego de haber fijado una medida cautelar de protección como lo es la fijación provisoria de alimentos. Al respecto considero que la formalidad contenida en la norma procesal civil, debe ser uti-

lizada por el A-quo de la Niñez y de la Adolescencia, cuando su uso no genere perjuicio al niño. Así en el caso de autos, la caducidad de instancia genera el levantamiento de una medida cautelar de protección, cuya consecuencia inmediata es la cancelación del depósito del monto exigido al obligado alimentante, con lo cual y mientras se reinicia un proceso y hasta tanto otro juez disponga algo al respecto, el niño es despojado de un derecho irrenunciable, intransmisible y fuera de compensación.

Al respecto la jurisprudencia de la Cámara de Apelaciones del Menor de la Provincia de La Rioja, Argentina, menciona: Perención de instancia - Juicio de Alimentos: 11740/06 - Gómez M.E. Casación.- Perención de Instancia, Juicio de Alimentos: "... Aunque el traslado no se cumplimentó y los alimentos definitivos nunca fueron fijados, en el expediente existió una clara intención de mantener vivo el proceso, que fue demostrada tanto por la actora –quien se preocupó por hacer efectivo el cobro de la cuota–, como también por el demandado, quien no efectuó ningún reclamo vinculado con el porcentaje que todos los meses era debitado de su sueldo.

Si el accionado consintió los descuentos efectuados y la manera en que el proceso fue tramitado, no se advierte de qué manera se podrían resguardar los principios que el instituto de la caducidad de instancia intenta preservar y afianzar la justicia en el presente caso, si al declarar perimido el proceso se estaría dando primacía al valor seguridad jurídica en desmedro del interés superior de los menores.

La naturaleza de la materia debatida, el respeto a la justicia y la circunstancia de que los únicos beneficiarios de la prestación alimentaria son dos menores –quienes quedarían en situación de desamparo si se interpretaran con rigor formal las normas procesales; se declarara la caducidad del trámite, por errores que no les son imputables; y se los obligara a iniciar un nuevo proceso para reclamar los alimentos, con el desgaste jurisdiccional que ello implica– exigen confirmar el rechazo del incidente de perención propuesto por la Cámara...".

Finalmente y de todo lo mencionado resulta entonces que la caducidad de instancia o la perención, definida como "...un modo de terminación del proceso por inactividad de las partes durante el plazo señalado en la ley"...no opera en los juicios de asistencia alimentaria, ya que el interés superior del niño, en este tipo de juicios refiere a la necesidad primaria de ser asistido por sus progenito-

res, derecho que no concluye, ni perime, ni se extingue, por una cuestión meramente formal y menos aún un rigorismo procesal, únicamente por las causas previstas en la norma de cesación del mismo. El derecho a ser alimentado por los progenitores, esta más allá de una cuestión jurisdiccional, el derecho es inherente a la condición de niños, niñas y adolescentes, y tanto es así que la Constitución Nacional prevé que en caso de incapacidad de los progenitores, la sociedad y el Estado son subsidiariamente responsables de proveer las herramientas necesarias para el desarrollo armónico e integral de los niños.

En todo proceso, debe estarse al Interés Superior del Niño, y en cada caso debe atenderse a ello, y no a las actitudes mezquinas que muchas veces son puestas a las resultas judiciales por los propios padres de los niños, cuyo desarrollo e interés es objeto de disputa y desentendimientos por quienes deberían velar por la seguridad y el desarrollo equilibrado de quienes son responsables.

7.- Por las consideraciones que anteceden opino que las resoluciones impugnadas son arbitrarias y, en consecuencia, inconstitucionales, por lo que debe hacerse lugar a la presente acción de inconstitucionalidad. Costas a la perdidososa. Es mi voto.

A su turno el doctor Fretes dijo: La abogada Susana López Quevedo, en nombre y representación de P. G. I. L., promovió acción de inconstitucionalidad contra el Acuerdo y Sentencia N° 11 del 27 de febrero de 2007, dictado por el Tribunal de Apelación de la Niñez y la Adolescencia de la Capital.

Por la referida resolución el Tribunal dispuso: “Confirmar la sentencia recurrida”.

Cabe recordar que por S.D. N° 158 del 15 de marzo de 2006, el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia del Sexto Turno declaró operada la caducidad de instancia en el juicio.

La recurrente sostiene que la resolución cuestionada por esta vía es arbitraria y violatoria de los artículos 54 y 256 de la Constitución Nacional.

Es preciso señalar, en primer lugar, que del escrito de promoción de la presente acción surge que la misma va dirigida sólo contra la resolución de segunda instancia que confirmó en su totalidad la sentencia del inferior, hecho éste que de por sí, constituye motivo suficiente para la desestimación de la acción de inconstitucionalidad pretendida.

Analizadas las constancias de autos, surge que el 30 de marzo de 2004 la Sra. P. G. I. promovió juicio de asistencia alimenticia contra el señor J. L. F. Z.,

realizándose la audiencia el día 26 de abril del mismo año, dictándose el A.I. N° 109 del 11 de mayo de 2004, por el cual se estableció como medida eminentemente cautelar de protección la suma que el demandado debía pasar en concepto de asistencia alimenticia provisoria a favor de su hijo, notificándose al demandado según cédula de fojas 22 en fecha 24 de mayo de 2004. La última actuación data del 07 de marzo de 2006, o sea casi dos años después, la actora se notifica del interlocutorio y solicita a fojas 24 se dicte sentencia definitiva.

Estudiadas las sentencias impugnadas, se advierte que las mismas cuentan con razonables fundamentos, circunstancia que no amerita considerarlas como violatorias del orden constitucional o arbitraria. Entiéndase a éstas como las fundadas en puras conjeturas o antojadizas interpretaciones, carentes de apoyo en los hechos probados en el proceso. Cabe puntualizar, además que las decisiones a las que arribaron los jueces están basadas en las comprobaciones obrantes en los autos principales e interpretaron las leyes aplicables al caso, conforme al leal saber y entender.

Analizados los cuestionamientos expuestos por la impugnante en su escrito de promoción de la presente acción, surge que los mismos giran en torno a la aplicación de la norma que hicieran tanto el Juzgado de Primera Instancia como el Tribunal de Apelación. Pretende, por tanto que esta Sala Constitucional se avoque a un nuevo examen de la decisión tomada por los inferiores, constituyendo a ésta en un Tribunal de Tercera Instancia, pretensión absolutamente improcedente, sobre todo en situaciones en las cuales, no han sido vulnerados los principios de bilateralidad y contradicción de ambas partes, ni los que rigen el debido proceso.

Sobre el punto cabe agregar que es criterio jurisprudencial de esta Corte que las discrepancias subjetivas que cualquiera de las partes pudieran tener con la decisión impugnada, no autorizan la promoción de una acción de inconstitucionalidad, puesto que ello implicaría la apertura de una tercera instancia que, legalmente es imposible. Finalmente es importante destacar que es criterio uniforme también que no corresponde volver a reexaminar cuestiones que fueron debatidas y resueltas en instancias anteriores, cuando no se constata alguna violación de derechos constitucionales o el libre ejercicio de la defensa de las partes en el litigio, circunstancias éstas que están lejos de aparecer en el presente caso.

Con respecto a la arbitrariedad, la doctrina de la misma no se refiere a las discrepancias del peticionante con la manera en que los magistrados aplicaron

el Derecho, sino a desaciertos de gravedad extrema que descalifican a un fallo como resolución judicial.

Por tanto, en atención a las consideraciones expuestas, y en coincidencia con el parecer del Ministerio Público, la presente acción de inconstitucionalidad debe ser desestimada, con costas a la vencida.

A su turno, el doctor Bajac Albertini dijo: Coincido con el Ministro Preopinante, Dr. Víctor Núñez, en cuanto que en este tipo de procesos donde se persigue la obtención de una protección integral del niño, traducido en valores pecuniarios, no puede admitirse la caducidad de la instancia conforme a las actuaciones producidas en autos, caso contrario, se vulneraría el principio fundamental instituido en esta materia, cual es el Interés Superior del Niño, afectando el goce de la prestación por tiempo indeterminado, dependiendo de los trámites tendientes a restituirla con una nueva acción, quedando durante ese lapso al desabrigo por un mero rigorismo formal.

A la vista de lo alegado y justificado brevemente, opino que las resoluciones impugnadas son arbitrarias y en consecuencia inconstitucionales, y por consiguiente, debe hacerse lugar a la presente acción. Es mi voto.

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

RESUELVE: Hacer Lugar, a la acción de inconstitucionalidad deducida y, en consecuencia, declarar la nulidad del Acuerdo y Sentencia N° 11 de fecha 27 de febrero de 2007, dictado por el Tribunal de Apelaciones de la Niñez y de la Adolescencia de la Circunscripción Judicial de la Capital, y de la S.D. N° 158 de fecha 15 de marzo de 2006 dictada por la Jueza de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia del Sexto Turno. Costas a la perdedora. Anotar, registrar y notificar.

Ministros: Doctor Víctor Manuel Núñez Rodríguez, doctores Antonio Fretes y Miguel Oscar Bajac Albertini.

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

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 280

Cuestión debatida: Determinar a quien correspondía la carga de la prueba del daño y su entidad –el quantum- y si tal daño ha sido efectivamente demostrado en autos.

SEGURO. Asegurador.

El Asegurador se limita a determinar si se hallan reunidos los elementos que hacen al derecho del asegurado de ser mantenido indemne ante la producción del evento previsto en la póliza. Pero no se extiende a la extensión que dicha cobertura deberá abarcar.

SEGURO. Determinación de la indemnización.

La indemnidad denota que el asegurador debe reponer al asegurado en el estado patrimonial en que se hallaba antes de la producción del evento dañoso dentro de los límites establecidos por la normativa aplicable y la póliza.

SEGURO. Indemnización del asegurado.

El deterioro patrimonial, la entidad del daño, se convierten en supuestos esenciales para la reparación del daño, ya que de no existir el daño o perjuicio, no habría nada que reparar o de que mantener indemne.

SEGURO. Asegurador.

La Aseguradora en caso de negativa debe pronunciarse sobre todos los hechos que motiven el rechazo de la cobertura, pero no sobre la entidad del daño, que podría o no haberse materializado ante la producción del evento o siniestro, y que por ello debe ser objeto de una actividad probatoria adecuada tendiente a su estimación o determinación.

SEGURO. Determinación de la indemnización.

La determinación de la indemnización debida por el asegurador al asegurado, requiere previamente el reconocimiento de su derecho.

SEGURO. Asegurador. Carga de la prueba.

El asegurador puede discutir la existencia del daño y su entidad, ya que la prueba de dicho extremo cabe al asegurado, en virtud del principio indemnizatorio que rige en materia de contratos de seguro y por ello no puede privarse al asegurador el debate amplio en el controversial.

SEGURO. Peritos liquidadores.

El informe de los peritos liquidadores –cuando la liquidación del siniestro no sea realizada directamente por la empresa aseguradora– no es idóneo para

demostrar tal extremo, se limita a repetir lo denunciado por la asegurada en cuanto al monto faltante, sin profundizar en la efectiva constatación del daño sufrido, que por cierto debe ser probado por la parte, y por ende es meramente conjetural.

SEGURO. Peritos liquidadores.

Los peritos liquidadores no son representantes ni dependientes de las partes en el contrato de seguros y sus dichos y actuaciones no obligan al asegurador.

SEGURO. Prueba.

La parte accionante no ofreció prueba alguna que lleve al Juzgador a concluir el quantum faltante, tal como lo hubiese sido la prueba pericial contable.

CSJ. Sala Civil y Comercial. 10.06-10. “Multibanco S.A.E.C.A. contra Aseguradora Paraguaya S.A. sobre cumplimiento de contrato e indemnización” (Ac. y Sent. 280).

CUESTIONES:

¿Es nula la Sentencia apelada?

En caso contrario, ¿se halla ajustada a Derecho?

Practicado el sorteo de ley para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: Torres Kirmsers, Garay y Bajac Albertini.

A la primera cuestión planteada, el señor ministro Torres Kirmsers dijo: El recurrente fundó el presente recurso en los términos del escrito obrante a fs. 782 a 788 de autos, promiscuamente con el recurso de apelación también interpuesto. De todos los agravios expuestos, el único que atañe a la nulidad es aquel por el que manifiesta que la resolución no reúne los requisitos formales, ya que al momento de tratar el recurso de nulidad, no se hizo constar la decisión de los demás integrantes del colegiado, o sea, su adhesión o no al voto de la preopinante. Además, afirma que la sentencia fue dictada sin respetar el principio de congruencia, ya que la parte demandada no habría cuestionado la entidad del daño y por ello el Tribunal no podría haber considerado dicho argumento en la resolución.

La adversa contestó estos agravios en los términos obrantes a fs. 792 a 793 y solicitó el rechazo del recurso interpuesto.

A pesar de que esta omisión se haya producido, al pie de la resolución atacada podemos leer la parte resolutive, por la que se dispone el rechazo del recurso de nulidad interpuesto, así como la firma de todos los integrantes del

colegiado y del secretario autorizante. Esto denota que el acuerdo exigido por la norma de forma se produjo y que los magistrados adoptaron en forma colegiada la decisión asentada en la parte resolutive. Por ello, el vicio denunciado carece de la entidad suficiente para motivar la declaración de nulidad de la resolución atacada. Lo mismo puede decirse respecto de la supuesta falta de congruencia ya que tanto en el escrito de contestación de demanda, como en la expresión de agravios ante el Tribunal de Apelaciones, la parte demandada ha alegado oportunamente la inexistencia del daño, por lo que lo resuelto por el Tribunal se ajusta a lo sometido a su competencia.

Los demás agravios son materia del recurso de apelación, también interpuesto. Por lo previamente expuesto, corresponde desestimar el recurso de nulidad.

Asu turno el señor ministro César Antonio Garay explicitó: La Resolución en examen debe ser anulada conforme al análisis y motivaciones que siguen.

En el caso, el impugnante solicitó declaración de nulidad del Acuerdo y Sentencia Número 13, de fecha 5 de marzo del 2008, dictado por el Tribunal de Apelación Civil y Comercial, Tercera Sala. En ese sentido, arguyó que de conformidad a lo establecido en el Artículo 423 del Código Procesal Civil el Fallo es nulo pues al tratar el Recurso de Nulidad los Magistrados no emitieron opinión en adhesión o no al voto del Magistrado preopinante.

El Artículo 160 del Código Procesal Civil establece: “Las sentencias definitivas de segunda y tercera instancia deberán contener, en lo pertinente, las enunciaciones y requisitos establecidos en el artículo anterior, y se ajustarán a lo dispuesto en los artículos 423 y 435, según el caso”.

El Artículo 421 –en su parte pertinente– regula: “Las resoluciones del Tribunal serán pronunciadas por mayoría absoluta de votos...”.

El Artículo 423 del mismo cuerpo legal dispone: “... Las sentencias definitivas serán dictadas por el Tribunal y firmadas por todos sus miembros. Contendrán necesariamente la opinión de cada uno de ellos, o su adhesión a la de otro. La votación de las cuestiones de hecho y de derecho empezará por la del miembro que resulte del sorteo que al efecto debe practicarse. En caso de disidencia, la misma deberá constar en la resolución”.

De la revisión del fallo impugnado surge que el voto de la conjuez preopinante María Mercedes Buoggermini Palumbo se expidió sobre el Recurso de Nulidad. Sin embargo, no mereció la adhesión o disidencia de los otros dos

integrantes del Tribunal sentenciante. Estas omisiones impiden tener configurada la mayoría requerida en los términos del Artículo 421 del Código Procesal Civil y pronunciada la Sentencia por todos los Conjuces del Tribunal, según lo dispuesto en el Artículo 423, segundo párrafo, del mismo Cuerpo Legal.

La Sentencia emitida por un Tribunal colegiado a la que le falta el acuerdo de alguno de sus Conjuces, como es el caso en estudio, es sin lugar a dudas nula de conformidad al Artículo 404 del Código Procesal Civil. Y bajo ningún aspecto puede ser subsanada por haber sido firmada la parte dispositiva por todos los miembros del Tribunal, dado que la Sentencia es un todo indivisible por la recíproca integración entre la parte dispositiva y la que le sirve de sustento, debiendo juzgar todos los integrantes del Tribunal ministerio legis.

Couture ilustra: “una sentencia que presenta estas características es, en realidad, una «no sentencia», un simple hecho que no sólo carece en absoluto de efectos, sino que sobre él nada puede construirse, en consecuencia, no puede ser convalidado, ni necesita ser invalidado ni resulta necesario a su respecto un acto posterior que le prive de validez, ni es posible que actos posteriores lo confirmen u homologuen, acordándole eficacia” (Couture, Eduardo, “Fundamentos de Derecho Procesal Civil”, Ed. Depalma, 1.978, pág. 377).

Palacio enseña: “la sentencia inexistente carece de toda posibilidad de pasar en autoridad de cosa juzgada, y si fuere necesario, puede ser objeto de impugnación sin límite temporal alguno, incluso mediante el ejercicio de una simple pretensión declarativa de la inexistencia” (Palacio, Lino Enrique, “Manual de Derecho Procesal Civil”, Abeledo Perrot, 1992, T. I, pág. 365).

Maurino expresa: “Bajo pena de nulidad, las sentencias de los tribunales colegiados deben dictarse por todos los miembros que los componen y deben ser fundadas por cada uno de los magistrados. Eso sí, es válido el voto de adhesión, que se remite a los fundamentos de un vocal preopinante, sin reproducirlos. Consecuentemente, es nula la sentencia que no ha observado las formalidades del acuerdo y voto individual, con su debida motivación, y puede declararse de oficio, puesto que las normas sobre la constitución del tribunal, son imperativas” (Maurino, Alberto Luis, “Nulidades Procesales”, Astrea, 1.992, pág. 209).

“Los actos procesales, que son la trama del proceso vivo, se expresan dirigidos por la legalidad de las formas. La ley fija el modo como el acto ha de cumplirse, el tiempo en que debe ejecutarse, el lugar donde debe celebrarse, el sujeto que debe ejecutarlo y el orden en que debe sucederse. No debe verse a esas

formalidades como simples caprichos, u obstáculos al procedimiento en perjuicio de las partes, sino que en realidad se trata de una preciosa garantía: la del debido proceso con sus secuelas de la garantía de defensa, de petición, de prueba y de igualdad ante los actos procesales” (Randich Montaldi, Gustavo E., “Vías impugnatorias de los actos procesales: incidente de inexistencia”, La Ley, Gran Cuyo, año 6, N° 1, febrero del 2.001, pág. 4).

Por las motivaciones pergeñadas y de conformidad a lo dispuesto en el Artículo 404 del Código Procesal Civil, corresponde en estricto Derecho anular la Resolución en Recurso y, consecuentemente, ordenar la remisión del Juicio al Tribunal que le sigue en orden de turno para los efectos que correspondan en Derecho.

En cuanto a las Costas, deberán ser impuestas a la perdedora, de conformidad a lo dispuesto en el Artículo 408 in fine del Código Procesal Civil. Así voto.

A su turno el ministro Bajac Albertini dijo: que se adhiere al voto del ministro Torres Kirmsner por sus mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada el señor ministro Torres Kirmsner dijo: Por Sentencia Definitiva N° 754 de fecha 27 de octubre de 2006 el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Séptimo Turno de la Capital resolvió: “No hacer lugar a la excepción de falta de acción deducida por la parte demandada; Hacer lugar a la presente demanda que por cumplimiento de contrato e indemnización de daños y perjuicios promueve Multibanco S.A.E.C.A. contra Aseguradora Paraguaya S.A.; Imponer costas a la perdedora; Condenar a la demandada a pagar a la actora, en el plazo de diez días, la suma de guaraníes novecientos tres millones quinientos cincuenta y un mil quinientos veinte y nueve (G 903.551.529), más intereses contados a partir de la notificación de la demanda; Anotar... (sic., f. 691).

Recurrida la mencionada sentencia, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala de la Capital, por Acuerdo y Sentencia N° 13 de fecha 5 de marzo de 2008, resolvió: “Desestimar el recurso de nulidad; Confirmar la sentencia recurrida en cuanto se rechaza la excepción de falta de acción deducida por la demandada; Revocar la sentencia recurrida en cuanto hace lugar a la demanda por cumplimiento de contrato y condena a la demandada pagar daños y perjuicios, conforme con el exordio de la presente resolución; No hacer lugar a la solicitud de declaración de litigante de mala fe hecha por la parte actora, por los argumentos vertidos en el exordio de la presente resolución;

Imponer las costas a la perdidosa en ambas instancias; Anótese” (f. 764 vlt.).

La parte recurrente expresó agravios en los términos del escrito obrante a fs. 782 a 788 de autos. Señaló que en virtud del Art. 1597 in fine, la aseguradora se hallaba obligada a expresar todos los hechos en que funde la negativa de cobertura; por lo que al no haber expresado la falta de prueba del daño en la oportunidad establecida para ello por ley, no puede la aseguradora invocar tal extremo en la presente litis. Agregó que la propia demandada, Aseguradora Paraguaya S.A., había reconocido que de probarse el siniestro correspondería el pago de la suma de G. 903.645.000 (Novecientos tres millones seiscientos cuarenta y cinco mil Guaraníes).

La parte demandada contestó los agravios en los términos obrantes a fs. 793 a 800 de autos. Expresó que no es verdadero que haya consentido monto indemnizatorio alguno. Destacó que en su escrito de contestación de demanda —específicamente a f. 335- negó que el asegurado haya sufrido la pérdida denunciada y que en el improbable caso que ésta haya existido sería incorrecta la estimación realizada por la actora. Enfatizó que a fs. 312 y 313 su parte negó y controversió que la actora haya sufrido la pérdida denunciada y que por ello quedó a cargo de la demandante la prueba del monto del daño.

En este estado, debe primeramente delimitarse el límite de lo sometido a la competencia de esta Instancia. En este sentido, del estudio de las resoluciones atacadas surge que la legitimación de la parte actora ya ha sido objeto de juzgamiento en dos instancias, con pronunciamientos concordantes, por lo que ya no corresponde un nuevo estudio sobre este extremo. Lo propio puede decirse respecto de la existencia del siniestro, ya que tanto en la resolución de primera como en la de segunda instancia ha quedado sentado que el evento se produjo.

Por ello, ante esta Alzada, el *thema decidendum* se circunscribe a determinar a quién correspondía la carga de la prueba del daño y su entidad —el quantum— y si tal daño ha sido efectivamente demostrado en autos.

Referente al primer punto, la carga de la prueba, el Art. 1597 del Código Civil establece: “El asegurador debe pronunciarse acerca del derecho del asegurado, dentro de los treinta días de recibida la información complementaria prevista para la denuncia del siniestro. La omisión de pronunciarse importa aceptación. En caso de negativa, deberá enunciar todos los hechos en que se funde”. Este artículo prevé dos situaciones diversas: la primera, que el asegurador omita pronunciarse dentro de un término; y la segunda que el asegurador al

pronunciarse no invoque algún hecho que motive la denegación de la cobertura. En el primer supuesto, la consecuencia de la omisión resulta en la aceptación del derecho del asegurado. En el segundo, se ha establecido que el asegurador no podrá oponer el hecho no invocado en lo sucesivo contra el asegurado.

En un primer momento, pareciera que la falta de invocación de la deficiencia de la prueba sobre la entidad del daño, que motivaría la negativa del asegurador, tendría por efecto que no pueda ser invocada en lo sucesivo. Sin embargo, autorizada doctrina disiente de esta postura. La obligación del asegurador a expedirse sobre el derecho del asegurado, se limita a determinar si se hallan reunidos los elementos que hacen al derecho del asegurado de ser mantenido indemne ante la producción del evento previsto en la póliza. Pero no se extiende a la extensión que dicha cobertura deberá abarcar. La indemnidad denota que el asegurador debe reponer al asegurado en el estado patrimonial en que se hallaba antes de la producción del evento dañoso –dentro de los límites establecidos por la normativa aplicable y la póliza–. El deterioro patrimonial, la entidad del daño, entonces se convierten en supuestos esenciales para la reparación del daño, ya que de no existir el daño o perjuicio, no habría nada que reparar o de que mantener indemne. Es por ello, que la aseguradora en caso de negativa debe pronunciarse sobre todos los hechos que motiven el rechazo de la cobertura, pero no sobre la entidad del daño, que podría o no haberse materializado ante la producción del evento o siniestro, y que por ello debe ser objeto de una actividad probatoria adecuada tendiente a su estimación o determinación.

En este sentido: “La determinación de la indemnización debida por el asegurador al asegurado, requiere previamente el reconocimiento de su derecho.

A esos fines el asegurador debe pronunciarse acerca del derecho que le asiste al asegurado [...] En efecto, el silencio del asegurador (art. 56 in fine, L.S.) debe interpretarse como circunscripto al derecho del asegurado a percibir una indemnización pero no a la extensión de la misma, la que dependerá de las limitaciones del contrato y de la prueba efectiva de los daños” (Rubén S. Stiglitz. Derecho de Seguros, Tomo II. Abeledo-Perrot, Bs. As. Segunda Edición Actualizada. Págs. 161 y 396).

Esto, a su vez, tiene por fundamento la vigencia del principio indemnizatorio que rige la materia del contrato de seguro: “Por su imperio, el cumplimiento de la prestación por el asegurador no debe procurar un beneficio para el

asegurado, ni colocarlo en situación más favorable a la hipótesis de que el siniestro no se hubiese realizado [...] De allí que el daño resarcible será el daño cierto y real, el efectivamente sufrido, toda vez que el mismo no se presume y debe ser debidamente acreditado” (Stiglitz, obra citada, págs. 389, 390).

En forma concordante, Halperín refiere cuanto sigue: “El alcance de la obligación de indemnizar se determina por la clase de seguro, la medida del daño efectivamente sufrido y el monto asegurado [...] El pago de daños se rige esencial y principalmente por el principio indemnizatorio [...] Conforme a él el asegurado no puede obtener un lucro, sino sólo el resarcimiento del daño sufrido” (Seguros. Exposición Crítica de la Ley 17.418. Ediciones Depalma, Bs. As. Reimpresión. Año 1972. Págs. 370, 371). En forma orgánica y como una consecuencia de la vigencia de dicho principio, se aplican otras reglas esenciales a la indemnización del daño asegurado, entre las que especial mención merece la que establece: “El asegurado debe probar la existencia y monto del perjuicio” (Halperín, obra citada, pág. 372); por lo que puede afirmarse con la doctrina dominante en la materia que “La existencia del daño debe acreditarse satisfactoriamente (doctrina del art. 46), aunque su monto se establezca deficientemente; de lo contrario nada puede percibir [...] Pesan sobre el asegurado las cargas de informar acerca del siniestro y de los daños sufridos (art. 46); pero estos informes son insuficientes, porque el asegurador necesita los justificativos de la existencia del siniestro y de la extensión de los daños: esta prueba es independiente de la que oportunamente pueda hacerse valer en juicio” (idem, págs. 390, 395).

Debe destacarse que el recurso a la doctrina argentina en este punto obedece a que el articulado de nuestro Código Civil vigente tiene por fuente directa la Ley de Seguros argentina –Ley 17.418–.

Por todo lo expresado, puede concluirse que el asegurador puede discutir la existencia del daño y su entidad, ya que la prueba de dicho extremo cabe al asegurado, en virtud del principio indemnizatorio que rige en materia de contratos de seguro y por ello no puede privarse al asegurador el debate amplio en el controversial.

Establecido este punto, corresponde determinar si el daño y su entidad han sido debidamente acreditados en estos autos. Así, pues, en el escrito de demanda –fs. 250 a 256– la actora no ha ofrecido ningún elemento probatorio conducente a la determinación del daño y su entidad y se limitó a denunciar un

monto. No hay en autos elemento probatorio alguno que demuestre que efectivamente haya existido la diferencia alegada por la actora y esta omisión no puede ser suplida oficiosamente por el órgano jurisdiccional ya que no hay ningún elemento sobre el cual realizar la estimación.

El informe de los peritos liquidadores –cuando la liquidación del siniestro no sea realizada directamente por la empresa aseguradora– no es idóneo para demostrar tal extremo, en primer término porque se limita a repetir lo denunciado por la asegurada en cuanto al monto del faltante, sin profundizar en la efectiva constatación del daño sufrido, que por cierto debe ser probado por la parte –como ya fue indicado– y, por ende, es meramente conjetural. En segundo lugar porque los peritos liquidadores no son representantes ni dependientes de las partes en el contrato de seguros y sus dichos y actuaciones no obligan al asegurador. En este sentido: “El informe del liquidador no obliga al asegurador: es un mero elemento de apreciación de los daños por el asegurador” (Halperin, obra citada, pág. 396).

De lo expuesto, surge que la parte actora en estos autos no ha aportado elemento alguno que permita comprobar en forma alguna la entidad del daño sufrido, por lo que en virtud del principio indemnizatorio –que es de orden público– corresponde rechazar la acción de cumplimiento de contrato de seguro interpuesta. En consecuencia, el acuerdo y sentencia apelado debe ser confirmado.

En virtud de los Arts. 205, 203 inc. a) y 192 del Código Procesal Civil, las costas de esta instancia deben ser impuestas a la parte actora y perdidosa.

A su turno el ministro Garay dijo: que no corresponde expedirse sobre el Recurso de Apelación, dada la forma en que votó respecto del Recurso de Nulidad.

A su turno el ministro Bajac Albertini dijo: En los términos expuestos me adhiero al voto del Ministro Torres Kirmser, considerando pertinente agregar y enfatizar las siguientes fundamentaciones:

En primera y segunda instancias fue confirmado el acaecimiento del siniestro, restando en ésta el estudio en relación a quantum del daño, si éste fue acreditado y a que parte corresponde demostrarlo.

Primeramente es al asegurado a quien corresponde la carga de probar el monto del perjuicio. Determinado este punto, corresponde examinar de las constancias obrantes en autos si el accionante ofreció prueba a fin de acreditar tal extremo.

A fs. 197/198 obra copia autenticada de la Auditoría Interna realizada en la Financiera Guaraní S.A. en la cual aconteció el siniestro, en aquella fue consignado el monto faltante. A fs. 172/191 en el informe del Liquidador del Siniestro fue consignado el mismo monto.

La referida instrumental y el informe no tienen la fuerza probatoria para acreditar el quantum conforme ya lo manifestara el preopinante en relación al informe del Liquidador. En juicio la parte accionante no ofreció prueba alguna que lleve al Juzgador a concluir el quantum faltante, tal como lo hubiese sido la prueba pericial contable.

Es por ello que el asegurado debe procurarse la información necesaria y realizar las investigaciones correspondientes, referidas al daño concreto.

En tales condiciones corresponde confirmar el Acuerdo y Sentencia N° 13 de fecha 5 de marzo de 2008, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial Tercera Sala de esta Capital, imponiendo las costas al apelante. Es mi voto.

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

RESUELVE: Desestimar el Recurso de Nulidad interpuesto. Confirmar el Acuerdo y Sentencia N° 13 de fecha 5 de Marzo de 2.008, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala. Imponer las Costas a la Parte vencida. Anotar, notificar y registrar.

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

Ante mí: Alejandrino Cuevas –Secretario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 305

Cuestión debatida: Acerca de la constitucionalidad o no del artículo 29 de la Ley N° 2421/04, “De Reordenamiento Administrativo y de Adecuación Fiscal”.

ADMINISTRACIÓN FINANCIERA DEL ESTADO. Responsabilidad de las Autoridades y funcionarios.

Los abogados que representan los intereses del Estado deben actuar con

capacidad y honestidad en el cumplimiento de sus funciones, a fin de proteger el patrimonio del Estado.

ADMINISTRACIÓN FINANCIERA DEL ESTADO. Responsabilidad de las Autoridades y funcionarios.

Se puede hablar de una responsabilidad directa de los abogados que intervienen en los juicios en representación del Estado y de una responsabilidad subsidiaria del Estado. El Estado puede promover acciones, por intermedio de la Procuraduría General de la República, a los efectos de ser resarcido de todos los perjuicios ocasionados por el actuar negligente e irresponsable de su abogados(art. 246 num 1 de la C.N.) por actuaciones excedidas o fuera de los límites del mandato (art. 343 y ss. del C.C).

REGULACIÓN DE HONORARIOS. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la igualdad.

La desigualdad cuestionada se presenta en la práctica cuando acuden particulares a estudios jurídicos, para promover acciones contra el Estado y atendiendo a la norma en estudio, resulta que los abogados en el caso de obtener resultado favorable no percibirán el monto establecido en la Ley de Honorarios Profesionales de Abogados y Procuradores, sino solo la mitad de lo que legalmente le corresponde, lo cual constituye una desigualdad discriminatoria.

REGULACIÓN DE HONORARIOS.

Si el Estado como persona jurídica de derecho debe litigar con una particular, lo debe hacer en igualdad de condiciones para obtener el reconocimiento judicial del derecho reclamado o su restablecimiento... y de resultar perdidoso, mal puede constituir una razón para reducir las costas del juicio, en detrimento del derecho que corresponde a la contraparte de percibir lo que por ley le es debido.

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

Las citas doctrinarias sustentan nuestra tesis en el sentido de que la garantía de igualdad ante la ley debe ser observada también por el Estado y sus entes en su relación con los particulares, no solo en el ámbito administrativo, sino también en el ámbito jurisdiccional.

CSJ. Sala Constitucional. 23-06-10. Reg. Hon. Prof. Del abog. Víctor Emmanuel Arriola Rojas en: Eugenio Hahn Horn y otros c. Estado Paraguayo s. Indemnización de Daños y Perjuicio” (Ac. y Sent. 305).

CUESTIÓN:

¿Es inconstitucional el Art. 29 de la Ley N° 2421/04 “De Reordenamiento Administrativo y de Adecuación Fiscal”?

A la cuestión planteada el doctor Fretes dijo: 1) El Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala de la Capital dispuso remitir, por A.I. N° 736 de fecha 26 de agosto de 2008, estos autos en consulta a la Corte Suprema de Justicia, a los efectos que la misma declare si el Art. 29 de la Ley N° 2421/04 es o no constitucional y aplicable al presente caso. El Tribunal realiza la citada consulta de conformidad con lo dispuesto en el Art. 18 inc. a) del C.P.C. (fs. 7/11).

2) El objeto de estudio en el caso particular se circunscribe para esta Corte a determinar la constitucionalidad o no del Art. 29 de la Ley N° 2421/04, que dispone: “En los juicios en que el Estado Paraguayo y sus entes citados en el Artículo 3° de la Ley N° 1535/99 “De Administración Financiera del Estado”, actúe como demandante o demandado, en cualquiera de los casos, su responsabilidad económica y patrimonial por los servicios profesionales de abogados y procuradores que hayan actuado en su representación o en representación de la contraparte, sean en relación de dependencia o no, no podrán exceder del 50% (cincuenta por ciento) del mínimo legal, hasta cuyo importe deberán atenerse los jueces de la República para regular los honorarios a costa del Estado. Queda modificada la Ley N° 1376/88 “Arancel de Abogados y Procuradores”, conforme a esta disposición”.

3) Nuestra Constitución Nacional establece el principio de igualdad en el Art. 46: “De la igualdad de las personas. Todos los habitantes de la República son iguales en dignidad y derechos. No se admiten discriminaciones. El Estado removerá los obstáculos e impedirá los factores que las mantengan o las propicien. Las protecciones que se establezcan sobre desigualdades injustas no serán consideradas como factores discriminatorios sino igualitarios”.

3.1) Con relación al principio de igualdad conviene hacer las siguientes consideraciones: a) El Estado debe remover los obstáculos de tipo social, cultural, político y económico que limitan “de hecho” la libertad y la igualdad de todos los hombres; b) mediante tal remoción el Estado ha de hacer viable un orden socioeconómico justo que iguale las posibilidades de todos los hombres; c) se ha de promover con políticas adecuadas el acceso efectivo al goce de los derechos personales de las tres generaciones, para todos los hombres de todos los sectores sociales (Vide: Bidart Campos, Germán J.; Compendio de Derecho Constitucional, EDIAR, Buenos Aires, 2.004, ps. 75 y ss.).

3.2) No dejo de reconocer que el espíritu de la norma cuestionada es justamente defender el patrimonio del Estado, considerando el desfalco económico del que hace ya un buen tiempo es víctima, consecuencia del actuar inescrupuloso de quienes deben cautelar los intereses de la cosa pública. Justamente, es por esa razón que los abogados que representan los intereses del Estado deben actuar con capacidad y honestidad en el cumplimiento de sus funciones, a fin de proteger el patrimonio del Estado. El hecho de resultar palpable que en los últimos tiempos el Estado terminaba, con demasiada asiduidad y coincidencia, parte perdidosa en las demandas en que intervenía, no puede justificar una salida que aumente la irresponsabilidad del Estado. Por ello, debe atacarse a la causa y no a sus efectos. Así puedo apuntar que la falta de seriedad en la selección rigurosa de profesionales capacitados para la defensa de los intereses de la Nación, como consecuencia del clientelismo perverso que ubica a estos profesionales en dichos estamentos, por pertenencia a grupos políticos o familiares, es evidentemente una de ellas.

3.3) Esta práctica no puede servir para exonerar al Estado, ni mucho menos a sus operadores de la incuria profesional, sino, la inocultada complicidad de los mismos. Se puede hablar de una responsabilidad directa de los abogados que intervienen en los juicios en representación del Estado y de una responsabilidad subsidiaria del Estado (Art. 106, C.N. y Art. 1845, C.C.). Como consecuencia de todo ello, el Estado puede promover acciones, por intermedio de la Procuraduría General de la República, a los efectos de ser resarcido de todos los perjuicios ocasionados por el actuar negligente e irresponsable de sus abogados (Art. 246, num. 1º de la C.N.), por actuaciones excedidas o fuera de los límites del mandato (Arts. 343 y ss del C.C.).

4) La “desigualdad” cuestionada se presenta en la práctica profesional cuando acuden a los estudios jurídicos los particulares, con la pretensión de promover acciones contra el Estado, y atendiendo a la norma en estudio, resulta que los abogados en el hipotético caso de obtener un resultado favorable a sus pretensiones en el juicio respectivo, no percibirán el monto establecido en la Ley N° 1376/88 “De Honorarios de Abogados y Procuradores”, sino sólo la mitad de lo que legalmente les corresponde, lo cual sí constituye una desigualdad discriminatoria. La eficacia del principio de igualdad se proyecta, con mas fuerza, sobre el Estado; el cual se halla obligado a su cumplimiento, pues toda desigualdad discriminatoria resulta odiosa e inconstitucional.

5) Por lo expuesto, y en coincidencia con la Fiscalía General del Estado (Dictamen N° 253 del 10 de marzo de 2009), corresponde que se tenga por evacuada la consulta realizada por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala, de la Capital, concluyendo que el Art. 29 de la Ley 2421/04 resulta violatorio del principio de igualdad consagrado en nuestra Constitución Nacional (Art. 46). Es mi voto.

A su turno el doctor Núñez Rodríguez dijo: Me adhiero a la opinión del Ministro preopinante, en cuanto concluye que el Art. 29 de la Ley N° 2421/04 resulta violatorio del principio de igualdad consagrado en nuestra Constitución, tras la consulta realizada por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala, en los autos individualizados más arriba, y lo amplió sobre la base de las siguientes consideraciones:

Según Gregorio Badeni: "... la igualdad que prevé la Constitución significa que la ley debe ofrecer iguales soluciones para todos los que se encuentran en igualdad de condiciones y circunstancias. Asimismo, que no se pueden establecer excepciones o privilegios que reconozcan a ciertas personas lo que, en iguales circunstancias, se desconozca respecto de otras..." (Badeni Gregorio, obra "Instituciones de Derecho Constitucional", Ad Hoc S.R.L., pág. 256).

En relación al tema sometido a consideración de esta Corte, podemos percibir que evidentemente la norma legal objetada, lesiona la garantía constitucional de la igualdad ante la ley, desde el momento que establece la reducción hasta un 50% de los honorarios profesionales que corresponde legalmente al Abogado que litigue con El Estado o alguno de los entes enunciados en el Art. 3° de la Ley N° 1535/99. En efecto, el art. 29 de la Ley N° 2421/04 establece que en caso de que el Estado o sus entes fueren condenados en costas, su responsabilidad económica y patrimonial por los servicios profesionales del abogado de la contraparte, no podrá exceder el 50% del mínimo legal, hasta cuyo importe deben abstenerse los jueces para regular los honorarios. Es decir, que si las costas se imponen a la contraparte, la responsabilidad de ésta debe ser el 100% por los servicios profesionales del abogado del Estado o sus entes. Consideramos que esto es así, teniendo en cuenta que el texto de la norma habla de "...su responsabilidad económica...(haciendo referencia a El Estado y sus entes), ...no podrá exceder del 50% del mínimo legal,para regular los honorarios a costa del Estado...".

Si el Estado, como persona jurídica de derecho debe litigar con un particular, lo debe hacer en igualdad de condiciones para obtener el reconocimiento

judicial del derecho reclamado o su restablecimiento. Y el hecho de resultar perdidoso, mal puede constituir una razón para reducir las costas del juicio, en detrimento del derecho que corresponde a la contraparte de percibir lo que por ley le es debido. Sin embargo, la disposición legal objetada establece una desigualdad entre los profesionales abogados que litigan no solamente contra el Estado y sus entes, sino también en relación con los que litigan en casos similares en las que no son parte el Estado o sus entes, pues, en el primer caso sus honorarios se verán reducidos en un 50%, mientras que en el segundo caso podrán percibir los que la Ley de Arancel de Honorarios prevé para el caso específico. No cabe duda que con la citada normativa se establece una desigualdad injusta entre iguales en iguales circunstancias.

Dice Zarini que el concepto de igualdad debe tomarse en sentido amplio. No solo la igualdad ante la ley como expresa textualmente el art. 16, sino en la vasta acepción con que la emplea Bidart Campos: "igualdad jurídica". Es decir, que no es sólo la igualdad ante el legislador que sanciona la ley, sino también ante toda formación jurídica (decreto, resolución, ordenanza, etc.). Se extiende, además, a los otros campos de actuación del Estado (igualdad ante la Administración y ante la jurisdicción) y comprende, asimismo, la esfera privada (igualdad ante y entre particulares)...". (Zarini, Helio Juan, obra "Derecho Constitucional", Editorial Astrea, Bs. As. año 1992, pág. 385).

Las citas doctrinarias sustentan nuestra tesitura en el sentido de que la garantía de igualdad ante la ley debe ser observada también por el Estado y sus entes en su relación con los particulares, no solo en el ámbito administrativo, sino también en el ámbito jurisdiccional. Sin embargo, la norma legal cuestionada propicia un trato privilegiado a favor del Estado en perjuicio de los abogados que intervienen en las causas en que aquel es parte, ya sea como demandante o demandado.

Por las consideraciones que anteceden, consideramos que es inconstitucional el Art. 29 de la Ley N° 2421/04, por lo que corresponde declarar su inaplicabilidad con relación al caso concreto, por ser violatoria de la garantía constitucional de la igualdad consagrada en los Arts. 46 y 47 de nuestra Carta Magna. Es mi voto.

A su turno el doctor Blanco manifestó que se adhiere a los votos de los doctores Fretes y Núñez Rodríguez, por los mismos fundamentos.

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

RESUELVE: Declarar la inconstitucionalidad del artículo 29 de la Ley N° 2421/04, “De Reordenamiento Administrativo y de Adecuación Fiscal” y su inaplicabilidad en el presente caso. Anotar, registrar y notificar.

Ministros: Víctor Manuel Núñez Rodríguez, y Antonio Fretes y Sindulfo Blanco.

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

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 318

Cuestión Debatida: Ante un accidente de tránsito entre dos vehículos que circulaban con ambos semáforos en luz intermitente amarilla, se determinara el grado de responsabilidad de cada uno de ellos. Uno de los perjudicados no es dueño de la cosa.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Accidente de tránsito.

Ante el actuar imprudente tanto del actor como del demandado, la atribución de la culpa del siniestro debe establecerse en forma concurrente, en un 75% al accionado reconviniente y un 25% al actor reconvenido.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad extracontractual.

Se considera responsabilidad extracontractual cuando se deriva del hecho de haberse producido un daño ajeno a toda vinculación convencional, por culpa o dolo que no configuren una infracción penalmente responsable.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad extracontractual.

La responsabilidad extracontractual de una persona puede estar ocasionada, no en hechos u omisiones propios, sino en hechos ajenos, entre los que cabe señalar la de los dueños de una cosa por el uso que se haga de ellas con la debida autorización.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad objetiva.

Llamada también responsabilidad sin culpa según las cuales, el dueño debe responder por los daños físicos sufridos por la persona afectada, con entera independencia de que haya mediado culpa o negligencia, y aún cuando se hayan producido por imprudencia o la culpa no grave de la propia víctima. Esta forma de responsabilidad objetiva es llamada también, responsabilidad por el riesgo creado.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad objetiva. Exoneración de responsabilidad.

Por la responsabilidad por el riesgo creado, la culpabilidad se presume siempre y será el propietario quien, para eximirse de responsabilidad, tendrá que probar que el siniestro estuvo “ocasionado” por la culpa “exclusiva” de la víctima.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Accidente de tránsito.

A fin de determinar responsabilidades en supuestos de accidentes, resulta siempre necesario adaptarlas a las circunstancias de cada caso.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Accidente de tránsito.

El conductor debe conservar en todo momento el absoluto dominio del vehículo que dirige, para poder maniobrar con eficacia en procura de evitar daños a terceros, aun en las circunstancias más adversas e imprevistas.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Accidente de tránsito.

El significado de la luz amarilla intermitente, en rigor importa un llamado de atención, de alerta, de precaución, o sea que no implica un paso libre como si se tratase de la luz verde, sino que, muy por el contrario, constituye una indicación de cuidado particularizado.

PRUEBA DOCUMENTAL. Eficacia probatoria de la prueba documental. Instrumentos públicos y privados.

Los documentos privados (presupuestos de taller) emanados de terceros que no son partes en el juicio, ni causantes de las mismas, deberán ser reconocidos mediante la forma establecida para la prueba testifical.

PRUEBA DOCUMENTAL. Eficacia probatoria de la prueba documental.

El parte policial en el que consta el acta de denuncia, solo se menciona los daños sufridos por uno de los vehículos y no por el otro, los daños son relatados unilateralmente por el denunciante y no constituye una apreciación directa del oficial público, por lo que no otorgan fehaciencia.

CSJ. Sala Civil y Comercial. 05-07-10. Castor Tosio Takada Ansai c. Floriano Quintana Ramírez s. Indemnización de Daños y Perjuicios”. (Ac. y Sent. 318)

CUESTIONES:

¿Es nula la Sentencia apelada?

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

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

A la primera cuestión planteada el Dr. Bajac Albertini, dijo: Que el recurrente ha fundamentado el recurso de nulidad que interpusiera de manera muy superflua y promiscua junto con el de apelación, no señalando los vicios formales o defectos estructurales de la sentencia en revisión, expresó simples apreciaciones personales que hacen más bien a los agravios que a su criterio deben ser reparados, por lo que corresponde no hacer lugar al mismo sin mayores lineamientos; y, advertir en pero, que del estudio de oficio de la resolución no se desprenden vicios o defectos de índole procesal que provoquen su nulidad en los términos de los artículos 113 y 404 del Código Procesal Civil.

A su turno el Dr. Torres Kimser, manifestó: El recurrente no ha fundado el recurso de nulidad. Por lo demás, y dado que no se advierten en la resolución recurrida vicios o defectos que puedan ser declarados de oficio, el recurso debe ser declarado desierto.

A su turno el señor ministro César Antonio Garay explicitó: El recurrente alegó en su memorial: "... los magistrados de Segunda Instancia hicieron caso omiso, a las disposiciones contenidas en los arts. 1833, 1834, 1835, 1836 y concordantes del Código Civil y en las normas contenidas en el Reglamento Municipal de Tránsito, para fallar a favor del demandado, quien ocasionó el accidente en forma ilícita y con ello se liberaría de reparar los daños que ha ocasionado. La violación de lo dispuesto en el art. 15 inciso b) del C.P.C. debe ocasionar la nulidad de las resoluciones y así solicito a la C.S.J. lo declare, de conformidad a los fundamentos que se exponen en esta expresión de agravios...".

La finalidad del Recurso de Nulidad consiste en subsanar los defectos o vicios de las Resoluciones, resultado de la inobservancia de las formas legales. Sin embargo, no procede cuando estas anomalías sea reparables a través de otros Recursos.

En este caso, el Tribunal observó los requisitos formales, y los –inexistentes– vicios referidos pro el agraviado hacen alusión al razonamiento y determinación del Ad-quem, por lo que en las expresadas circunstancias el Recurso de Nulidad tendrá que ser desestimado.

A la segunda cuestión planteada el Dr. Bajac Albertini, dijo: El Abog. Gilberto Penayo Zarza, en nombre y representación del Sr. Castor Tosio Takada Ansai, promovió demanda de indemnización por daños y perjuicios contra el Sr. Florian Quintana Ramírez, a raíz del accidente de tránsito que protagonizaran el sobrino del primero –Héctor Takada– y aquel último en la madrugada del

11 de febrero del 2001, en la intersección de las calles Perú y Luis Alberto de Herrera. Refirió que el accidente se produjo por culpa exclusiva de la imprudencia con la que conducía el demandado su camioneta de la marca Nissan tipo Trade, quien circulaba por la arteria de menor rango, cruzando la Avda. Perú a toda velocidad al estar las luces del semáforo en intermitente colisionando con el Mercedes Benz 300D, año 1983, de su propiedad, el cual –al mando de su sobrino– venía bajando por la calle principal. Los daños sufridos tanto por el conductor como por su acompañante fueron de gravedad, teniendo que recurrir al nosocomio de Emergencias Médicas para la atención médica correspondiente, sin haber contado en ese momento con el auxilio del Sr. Quintana, que se quedó en el lugar sólo por un breve periodo de tiempo. Por los Daños Materiales reclamó Gs. 37.945.660, como Daño Emergente la suma de Gs. 3.000.000, como Daño Moral Gs. 2.000.000, ascendiendo la suma total peticionada a Guaraníes 42.945.660, más actualización de valores del 3% mensual hasta el momento de dictarse sentencia y abonarse el monto reclamado.

A través de su representante legal, el Sr. Floriano Quintana Ramírez contestó la demanda negando los hechos y afirmó que fue él el embestido por el joven conductor, en razón a que su furgoneta ya había cruzado más de la mitad de la calle Perú cuando ocurrió el accidente; y que a raíz de la excesiva velocidad a la que se desplazaba el sobrino del actor, su camioneta, luego de ponerse en dos ruedas, dio un trompo quedando en sentido contrario al que venía. Advirtió además que luego de constatar que ninguno de los dos ocupantes del vehículo tenían heridas de gravedad y ante los desmanes de éstos en aquella oportunidad, decidió abandonar el lugar para asistir a su esposa e hijos que también viajaban con él y sufrieron golpes severos en la cabeza. Demandó reconvenzionalmente por la indemnización del daño emergente la suma de Gs. 14.673.000, por Lucro Cesante Gs. 1.790.000 más el tiempo de duración del juicio, por Daño Moral Gs. 1.200.000 e igualmente la actualización de valores hasta el momento del dictamiento de la sentencia definitiva, totalizando el monto reclamado a Gs. 17.663.000 más intereses, costos y costas del juicio.

De la manera relatada brevemente quedó trabada la litis en el presente juicio. El fallo de Primera Instancia consideró que conforme a ambos partes policiales y a la declaración de la acompañante del Sr. Takada rendida en el juicio, testigo presencial del acto, el accidente se produjo cuando “...el vehículo de propiedad del actor, guiado por el Sr. Héctor Takada circulaba por la Avda.

Perú con dirección Norte y al llegar al lugar de referencia en forma imprevista fue embestido en su costado izquierdo (lado del conductor) por el vehículo de propiedad del demandado, guiado por el mismo que venía circulando por las calles Luis Alberto de Herrera, dirección Este, a gran velocidad, no tomando las precauciones debidas, teniendo en cuenta que a esas horas el semáforo se hallaba con luz amarilla intermitente y que por el impacto sufrido, el vehículo de propiedad del actor, fue a chocar por el cordón de la vereda rompiendo el protector de la acera...”. En consecuencia atribuyó culpabilidad exclusiva al Sr. Floriano Quintana, y exoneró de responsabilidad civil por los daños emergentes del evento al Sr. Takada, al resolver: “2. Hacer Lugar, con costas, a la demanda promovida por el Sr. Castor Tosio Takada Ansai contra Floriano Quintana Ramírez, en consecuencia, condenar al mismo para que dentro del término de diez días de haber quedado ejecutoriada la presente resolución, proceda al pago de la suma de Guaraníes Veinte y Un Millones Quinientos Mil (Gs. 21.500.000) conforme al exordio de la presente resolución. 3. Rechazar, con costas la demanda reconventional de Indemnización de Daños y Perjuicios planteada pro el Sr. Floriano Quintana Ramírez contra el Castor Tosio Takada Ansai, por los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. 4. Imponer la obligación al demandado de abonar además el interés mensual del 2,5% calculado sobre el monto de la condena a partir de quedar firme y ejecutoriada la presente resolución...”.

Que, por su parte el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala, por Acuerdo y Sentencia N° 18 de fecha 24 de marzo del 2008, en primer lugar señaló la omisión realizada por el inferior en cuanto al rubro de daño moral peticionando por el Sr. Takada en el escrito inicial, refiriendo que ello podría haber ameritado una declaración de nulidad, pero advirtieron –con acertado criterio– que al no interponerse los recursos pertinentes por el afectado, conforme tanto a los principios dispositivo y de competencia derivada como a los de la prohibición de reformatio in peius y tantum apelatum quantum devolutum que rigen el proceso civil, “... el mencionado rubro reclamado ya no puede ser admitido por la vía del art.406 del Cód. Proc. Civ....”. Ahora bien, en cuanto al recurso de apelación con un criterio diferente al de primera instancia revocaron la sentencia dictada por el A-quo, arguyendo en apretada síntesis que de las propias afirmaciones del demandado (al contestar la demanda) y de la testigo Marcia Duarte (al comparecer al Juzgado) se evidencia la alta velocidad con que

circulaban ambos conductores del accidente. “... El hecho de que la furgoneta del accionado girara en trompo, mientras que el automotor del actor para a unos metros por existencia de unos barrotes colocados en la esquina de dicho cruce, los traspasara y acabara con el semáforo encima del automóvil, demuestra que la velocidad con que ambos conductores se desplazaban no era prudencial. Además de ello, como el semáforo se encontraba intermitente en señal luminosa amarilla –que equivale a “conducir con precaución”– ambos conductores debieron extremar los cuidados al conducir. El accionado reconviniendo, por su parte, debió extremar las precauciones y asegurarse previamente que el cruce de la bocacalle involucraba una maniobra eficaz y adecuada, que no implicara ningún riesgo o peligro para sí ni para terceros. Por su parte, si el conductor del rodado del actor reconvenido hubiera circulado prudentemente, al haber visto el cruce intempestivo de la furgoneta del demandado debió haber podido aminorar su velocidad, desviar o detener el vehículo si ello hubiera sido necesario y así evitar un accidente de tal envergadura. Recordemos que todo conductor siempre debe estar en total dominio del vehículo que guía, conforme con el Reglamento de Tránsito. Por consiguiente, y ante el actuar imprudente tanto del actor como del demandado, la atribución de la culpa del siniestro debe establecerse en forma concurrente, en un 75% al accionado reconviniendo y un 25% al actor reconvenido...”. Luego la Magistrada preopinante fue señalando uno a uno la improcedencia de los rubros reclamados por cada parte en sus respectivas demandadas indemnizatorias en razón a la falta del caudal probatorio a fin de acreditar los extremos que alegados, por lo que luego de un exhaustivo análisis por unanimidad resolvieron: “Desestimar el recurso de nulidad. Revocar la sentencia recurrida en su apartado segundo y en consecuencia, Desestimar la demanda promovida por el señor Castor Tosio Takada Ansai contra el señor Floriano Quintana Ramírez. Confirmar la sentencia recurrida en su apartado tercero, en cuanto a la acción reconvenzional promovida por Floriano Quintana Ramírez contra Castor Tosio Takada Ansai. Imponer las costas por su orden en ambas instancias...”.

Que, el apelante –Sr. Castor Tosio Takada Ansai– ha fundado sus agravios ante esta Corte en las consideraciones que sucintamente pasan a ser relatadas: “... la sentencia recurrida contiene errores de apreciación muy graves que afectan a mi parte y a la majestad de la justicia, al dejar impune la conducta ilícita y dañosa de la parte demandada, quién en realidad violó ingentemente normas

elementales de tránsito y de comportamiento, para generar daños materiales y morales al propietario del vehículo siniestrado en el accidente de tránsito objeto de la litis... al entrar a apreciar los hechos conforme a lo expuesto en su considerando, incurre en serios errores de apreciación, sobre todo al arribar a una conclusión que no coincide con las premisas que la misma ha realizado preliminarmente, incurriendo así en inequidad, debido a que la conclusión no se condice con el análisis de los hechos... del análisis de los hechos y de las pruebas rendidas en autos, no se observa ningún elemento de juicio idóneo que pueda hacer inferir que el vehículo de mi mandante Castor Tosio Takada Ansai haya circulado a gran velocidad, o que fuese el ocasionante del accidente, por el contrario basta analizar la conducta asumida por las partes después de ocurrido el accidente y las pruebas aportadas para arribar a una conclusión racional y lógica.

Así tenemos en primer lugar las fotos del autos de mi mandante obrante a fs. 62 a 64 de autos, en las que se observa claramente el lugar del impacto en la puerta trasera lado izquierdo, lo que justifica el extremo de ser impactado estando cruzando más de la mitad de la bocacalle, a lo que debe sumarse que transitaba por una calle con cruce preferencial (Avda. Perú). Siguiendo con las pruebas producidas en autos, la única declaración testifical la aportó mi parte, (ver a fs.86 de autos la declaración de Marcia Duarte Braga), en la misma se comprueba que el único vehículo que llevaba una alta velocidad, fue la camioneta del demandado, a lo que se debe agregar el gravísimo hecho de haberse dado a la fuga, quedando el conductor y acompañante con heridas sangrantes conforme al informe de la Policía Nacional obrante a fs.85 de autos... En consecuencia, mi parte considera que el fallo no se ajusta a las pruebas producidas, ni a la verdad de los hechos debiendo por consiguiente en primer lugar determinarse la culpabilidad del demandado Floriano Quintana...”. Con relación a los rubros reclamados manifestó “... mi parte ha presentado los documentos que acreditan los daños del vehículo y su costo de reparación, por lo que habiéndose probado dichos daños, correspondería ordenar su resarcimiento, caso contrario se estaría premiando al imprudente, con su impunidad, y con ello la majestad de la justicia se vería seriamente comprometida con la falta de sanción a quienes quebrantan el orden jurídico...”. Finalmente solicitó la revocación con costas del Acuerdo impugnado por esta vía.

A fs. 226/228 obra la contestación del representante del Sr. Floriano Quintana Ramírez, quien en primer término pidió que se declaren desiertos los

recursos de apelación y nulidad interpuestos por su contraparte en razón de ambos fueron fundados de forma conjunta en detrimento a lo establecido por el Código de Forma. Agregó que "... el recurrente en su presentación promiscua señala de que la magistrada María Mercedes Boungermini en su voto (se olvida de que fue por unanimidad el fallo) dejó impregnado de que el señor Takada Ansai tenía preferencia, porque venía transitando por la calle Perú y por el hecho de transitar por la calle Perú la parte recurrente se atribuye falsamente tener todo el derecho de aplastar a cuanto encuentre en su camino, lo que el tribunal puntualizó correctamente de que los vehículos deberán mantener a una velocidad que le permita al conductor controlar en todo momento el móvil... Por otro lado y en apretada síntesis debemos de analizar que con relación a la indemnización por daños y perjuicios, daños emergente y daño moral que invoca el Actor cuya petición y cuantía es exagerado y acá cabría señalar lo que en la jerga popular dice que la "soga es más caro que el buey" que de un vehículo con 26 años de uso y adquirido por Gs. 10.000.000, se pretendió obtener la suma de Gs. 37.945.660, que en principio peticiono sobre la base de documentos privados, sin formalización y peor, siendo solamente presupuestos, no reconocidos en juicio y en dicha circunstancia la sentencia hoy recurrida ha puesto la cosa en su lugar con sólidos fundamentos...". Peticionó la confirmación del Acuerdo y Sentencia dictado por el Inferior.

Los presupuestos necesarios para la procedencia de este tipo de juicio son: la producción del hecho, la atribución de culpa o responsabilidad civil en una de las partes o en forma concurrente a ambas, los daños sufridos y el valor eventual de los mismos.

Está plenamente demostrada la existencia del accidente, ya que las partes coincidieron en sus escritos de demanda y contestación, que el mismo se produjo el 11 de febrero del 2001, a las 03:00 hs., aproximadamente, en la intersección formada por las calles Perú y Luis Alberto de Herrera de esta capital, entre los Sres. Héctor Takada y Floriano Quintana Ramírez, aquel guiaba el vehículo automotor de propiedad de su tío Castor Tosio Takada Ansai, todas estas aseveraciones se hallan plenamente demostradas en autos.

Antes de analizar las pruebas diligenciadas por las partes de manera a poder determinar la responsabilidad civil de las mismas en el hecho, debemos primeramente definir de manera clara este concepto, dadas las fundamentaciones realizadas por el recurrente ante esta Máxima Instancia Judicial.

En dicho orden de ideas tenemos que la Responsabilidad representa la posibilidad de exigir al otro, que puede ser considerado deudor, el cumplimiento de su obligación. Por eso se ha dicho que la responsabilidad constituye un elemento agregado al solo efecto de garantizar el cumplimiento del deber. La misma se considera extracontractual cuando se deriva del hecho de haberse producido un daño ajeno a toda vinculación convencional, por culpa o dolo que no configuren una infracción penalmente sancionable. Se advierte, que la responsabilidad extra-contractual de una persona puede estar ocasionada, no en hechos u omisiones propios, sino en hechos ajenos, entre los que cabe señalar la de los dueños de una cosa por el uso que se haga de ellas con la debida autorización. Estas causas de responsabilidad ya se hallaban recogidas en el Derecho romano, y se extendieron a través del Derecho histórico, estando siempre fundadas en la idea de culpa o negligencia, propias o ajenas. Consecuentemente, se desarrolló la teoría de la responsabilidad subjetiva, que está dada justamente por la acción o por la omisión, propias o ajenas. Frente a este concepto tradicional surgió la teoría moderna de la responsabilidad objetiva, llamada responsabilidad también sin culpa, según las cuales, el dueño debe responder por la daños físicos sufridos por la persona afectada, con entera independencia de que haya mediado culpa o negligencia, y aún cuando se hayan producido por imprudencia o la culpa no grave de la propia víctima. Esta forma de responsabilidad objetiva es llamada también, responsabilidad por el riesgo creado.

Desarrollada que sea ésta última, vemos que el dueño, poseedor, usuario de automóviles y otras maquinarias similares, crean en su propio provecho, y en contra de terceros, un peligro nuevo por el que deben responder en caso de que el daño se produzca; y ello, asimismo, independientemente de que en la producción haya mediado o no su culpa o su negligencia; pues, lo mismo que en el caso de los accidentes de trabajo, la culpabilidad se presume siempre y será el propietario quien, para eximirse de responsabilidad, tendrá que probar que el siniestro estuvo “ocasionado” por la culpa “exclusiva” de la víctima. Esto es muy diferente a la consideración que se realiza desde el punto de vista del Derecho Penal, el cual si bien es vinculante al Civil, de ninguna manera puede ser considerado determinante en éste último ámbito, Arts. 1865 y 1869 del Código Civil Paraguayo; en razón que la responsabilidad penal por él creada es la que se desprende de la ejecución de actos penalmente sancionables, y que tiene dos manifestaciones: la que recae en la persona del autor del delito y que puede

afectar su vida, donde la pena de muerte subsiste, a su libertad, a su capacidad civil o a su patrimonio; y la que civilmente recae sobre el propio autor de la infracción, por vía de reparación del agravio material o moral que haya causado.

Nuestro derecho positivo hace eco de la teoría objetiva moderna al consagrar en su Art.1.846 que dispone: “El que crea un peligro con su actividad o profesión, por la naturaleza de ellas, o por los medios empleados, responde por el daño causado, salvo que pruebe fuerza mayor o que el perjuicio fue ocasionado por culpa exclusiva de la víctima, o de un tercero por cuyo hecho no deba responder”. Igualmente el riesgo creado surge patente del Art.1847 que manda: “El dueño o guardián de una cosa inanimada responde del daño causado por ella o con ella, si no prueba que de su parte no hubo culpa, pero cuando el daño se produce por vicio o riesgo inherente a la cosa sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder...”. Con éste articulado queda patente también la inversión de la carga probatoria en quien creó el riesgo con su actuar y efectivamente produjo un daño real en otro, que en el presente caso son el sobrino del actor y el demandado.

Ahora bien, avocándonos al estudio de las pruebas producidas en autos, pero especialmente las que el Sr. Takada debió producir a su favor, tenemos que el punto de partida lo constituye la declaración testifical de la Srta. Marcia Duarte Braga –obrante a fs. 86– que presencié el accidente por encontrarse dentro del vehículo con el sobrino del actor; de la misma se desprende que ambos vehículos, al momento de realizar el cruce de las calles Perú y Luis Alberto de Herrera –efectivamente como lo afirmara el A-quem– se desplazaban a gran velocidad. Dada esta circunstancia particular del caso traído a estudio coincidimos con el Tribunal de Alzada, en concluir que ambos rodados infringieron de igual manera claras normas de tránsito, como las previstas en el Art. 70 inc. e) del Reglamento de Tránsito.

En consecuencia, creemos acertada la posición del inferior en atribuir la responsabilidad en un 75% al accionado reconviniente y un 25% al actor reconvenido.

Establecida la responsabilidad en su justa medida, queda por último avocarnos al estudio de la correcta o incorrecta exoneración mutua del quantum de la condena indemnizatoria establecida por el Tribunal de Apelación, Tercera Sala, teniendo en cuenta tanto el pedido realizado con el escrito promocional de

la demanda como en la reconvencción, así como de las pruebas arrimadas al juicio.

En este orden de ideas, vemos que ninguno de los rubros reclamados por las partes fueron probados por las mismas de manera eficaz, siendo esto inclusive reconocido en esta Instancia por el demandado reconviniente al decir "... QUE, nobleza y lealtad obliga, a afirmar que tanto Castor Takada Ansai y Floriano Quintana Ramírez se han enfrascados en una contienda judicial con pretensiones y desatinos, que en su momento y en forma oportuna no probaron absoluta y totalmente nada a favor de sus respectivas pretensiones...". A esta circunstancia debe sumarse el correcto contraste realizado por el A-quem entre el valor del vehículo (estipulado en la escritura pública de compraventa) y las reclamaciones hechas por Takada las cuales superan ampliamente a aquel, siendo esto desde todo punto de vista ilógico, por lo que coincidimos también en esta tesitura con el Tribunal Inferior.

Por tanto, atento a las razones expuestas, corresponde confirmar el Acuerdo y Sentencia recurrido, y en consecuencia no hacer lugar a ninguna de las demandas de indemnización de daños y perjuicios promovidas en este juicio, en el sentido expresado más arriba. En cuanto a las costas, considero que deben imponerse las de ésta Instancia, a la perdedora, conforme al principio general establecido en el Art. 192 del Código Procesal Civil, concordante con el Art. 205 del mismo cuerpo legal. Es mi voto.

A su turno, el doctor Torres Kirmser manifiesta que: En autos se discute la procedencia o no de una demanda de indemnización de daños y perjuicios de origen extracontractual, hecho ilícito, derivada de un accidente de tránsito.

En primer término debemos establecer los límites de la recurrencia. El Art. 403 del Código Procesal Civil dispone: "El recurso de apelación ante la Corte Suprema de Justicia se concederá contra la sentencia definitiva del Tribunal de apelación que revoque o modifique la de Primera Instancia. En este último caso será materia de recurso sólo lo que hubiere sido objeto de modificación y dentro del límite de lo modificado". La reconvencción ha sido rechazada en primera instancia (f. 175) y tal rechazo ha sido confirmado por el tribunal de apelaciones (f. 198), lo cual implica que tal decisión ha pasado en autoridad de cosa juzgada y ya no puede volver a ser revisada. Aclarado el punto, pasaremos al estudio de la acción, que ha sido acogida por el juzgador originario y rechazada por la cámara de apelaciones.

El accionante ha señalado en su escrito de agravios (fs. 216/222) que la sentencia recurrida contiene errores de apreciación que afectan gravemente a su parte, dado que en autos no se observa ningún elemento de juicio idóneo que pueda hacer inferir que el vehículo de su mandante haya circulado a gran velocidad o que fuese el ocasionante del accidente. Manifiesta que el vehículo de su mandante transitaba por una calle con cruce preferencial y además ya había traspasado la bocacalle cuando fue embestido, por lo que la culpa del accidente debe recaer enteramente en cabeza del demandado. Por último, indica que su parte ha presentado los documentos que acreditan los daños del vehículo y su costo de reparación, por lo que corresponde ordenar el resarcimiento peticionado.

El demandado ha señalado (fs. 226/228) que el recurrente no ha probado absolutamente nada a favor de su pretensión. Respecto a la preferencia de tránsito, manifestó que el hecho de transitar por la calle Perú no le da derecho a aplastar a cuanto encuentre en su camino, circunstancia que ha sido debidamente dilucidada en la instancia inferior. Por último indicó que el demandado ha pretendido una cuantía exagerada sobre la base de documentos privados no reconocidos en juicio.

Toda demanda de origen extracontractual por hecho ilícito tiene como presupuesto la existencia de un daño cierto, el actuar antijurídico de los sujetos involucrados, un factor de imputación –objetivo o subjetivo–, y la relación de causalidad que debe mediar entre el daño y el suceso al cual se atribuye responsabilidad civil.

Primeramente debe establecerse a quién debe ser atribuida la culpa del accidente. Ello implica, en términos de nuestro Código Civil, determinar cuál de las partes no ha obrado diligentemente de acuerdo a la naturaleza de la obligación, conforme a las circunstancias de personas, tiempo y lugar. En primera instancia se ha establecido la responsabilidad exclusiva del demandado, en tanto que en el tribunal de apelaciones se determinó la culpa proporcional. De la lectura del fallo del tribunal de apelaciones vemos que se ha establecido la culpa proporcional de las partes en el accidente, en un 75% al accionado reconviniente y en un 25% al actor reconvenido (f. 195 vlto). El fallo recurrido ha concluido en que si bien la avenida Perú es una arteria de mayor rango –y por ende cuenta con preferencia de paso– a la calle Luis Alberto de Herrera, el conductor del rodado del actor, de haber transitado prudentemente, hubiera

podido ver el cruce intempestivo de la furgoneta del demandado y hubiese podido aminorar su velocidad. Todo ello en el marco de un cruce en donde existen semáforos, los cuales se encontraban al momento del siniestro con luces intermitentes. El Tribunal concluyó su estudio atribuyendo la culpa de manera proporcional, en un 75% al accionado reconviniendo y en un 25% al actor reconvenido. Sobre tal decisión se alzan los agravios del actor recurrente.

Conforme se ha señalado, el siniestro ocurrió en la intersección de las calles Perú y Luis Alberto de Herrera cuando ambos semáforos se encontraban con luces intermitentes. Las luces intermitentes determinan que los automotores deben aminorar la marcha, reducir la velocidad y continuar con la debida cautela y precaución, conforme al reglamento de tránsito (art. 70). Asimismo, las partes han denunciado la alta velocidad con que circulaba el rodado contrario. Ante esto, primeramente debemos precisar algunas pautas sobre las normas de circulación, especialmente en los cruces en intersecciones o encrucijadas.

La alta velocidad o, cuando menos, la velocidad no prudencial con que circulaban los rodados al momento de encontrarse en la encrucijada de semáforos con luces intermitentes ya de por sí generaría una trasgresión a la normativa de tránsito, que según se ha visto, llama a extremar la cautela. Véase que aún estando habilitado por el semáforo, el cruce debe intentarse adoptando razonables medidas de precaución, dado que ni siquiera la luz verde autoriza barrer con todo lo que se encuentra en el trayecto, lo que generalmente sucede cuando se transita a velocidad excesiva. En ello, ya de entrada, podría encontrarse la proporcionalidad de la culpa. Luego volveremos sobre este punto. Ahora debemos recordar que las normas de tránsito simplemente trazan reglas generales en procura del buen orden en la circulación de los vehículos por la vía pública, pero que, a fin de determinar responsabilidades en supuestos de accidentes, resulta siempre necesario adaptarlas a las circunstancias de cada caso, "...en tanto son los hechos y las conductas de los agentes valorados en función de la previsibilidad de sus efectos, y no los reglamentos, los que determinan la causalidad jurídica y las responsabilidades que de ella se derivan" (Cám. Apel. Civ. y Com. San Martín, Sala II, 5/8/99, "Tenor c. Alvarez", LLBA, 2000-661).

Las circunstancias del caso presentan –como bien se señala en segunda instancia- a un automóvil que circulaba por la avenida Perú que al cruzar la intersección con la calle Luis Alberto de Herrera, colisionó –o bien fue colisiona-

do— con otro rodado que transitaba por ésta vía. No hace falta ahondar sobre el hecho de que la avenida, por ser tal, constituye una arteria de mayor rango a la calle Luis Alberto de Herrera, y tiene preferencia de paso sobre ésta. Estas circunstancias se presentan favorables al accionante, quien tendría que poder circular libremente por la avenida.

Ahora bien, debe señalarse que existe de parte de quien circula un deber —general o standard— de cuidado frente a terceros, que se traduce en la obligación de circular a una velocidad adecuada para mantener en todo momento el control sobre el rodado y así prever y tener la posibilidad de evitar los accidente o al menos mitigar los daños que de él se derivan; “algo que desde antiguo viene reiterando nuestra jurisprudencia, cuando decide que el conductor debe conservar en todo momento el absoluto dominio del vehículo que dirige, para poder maniobrar con eficacia en procura de evitar daños a terceros, aun en las circunstancias más adversas e imprevistas” (CNCiv., Sala B, 22/6/68, “Automóvil Club Argentino c. Panbella”, JA, 1979-IV-407; ídem, Sala E, 14/3/00, “Franco de Palomo c. Balentini”, LL, 2000-F-313). En ese sentido se ha dicho que “circular en la vía pública trae consigo el deber de hacer frente a distintas situaciones, sortear obstáculos imprevistos y resolver problemas disímiles, donde la prudente atención del conductor y la agilidad de sus reflejos adquieren relevante importancia, en razón de que de la espontaneidad de la reacción puede depender, en muy buena medida, que se enfrenten correctamente las distintas vicisitudes resultantes de la circulación vehicular. (Cám. Apel. Civ. y Com. Santiago del Estero, Sala II, 19/5/97, “González de Barrionuevo c. Domingo Maldonado”, Juba, 7, sum. Z0101710).

Amén de que cada conductor debe siempre circular siempre a una velocidad adecuada para facilitar una rápida detención de acuerdo a las circunstancias fácticas del caso, aquí nos encontramos ante un caso de cruce con luces intermitentes. El significado de la luz amarilla intermitente, en rigor “...importa un llamado de atención, de alerta o de precaución, o sea que no implica un paso libre como si se tratase de la luz verde, sino que, muy por el contrario, constituye una indicación de cuidado particularizado” (Trigo Represas, Félix A. y Compagnucci de Caso, Rubén H. Responsabilidad civil por accidentes de automotores. T. I. Pág. 325. Ed. Hammurabi. Bs. As. 2008).

En estas condiciones, podemos afirmar que si bien el accionante contaba con la preferencia de paso, éste debió extremar los cuidados al momento de

traspasar la intersección de la calle Luis Alberto de Herrera. Al no haberlo hecho, sólo podemos entender que éste no tenía enteramente el gobierno sobre la máquina al momento de divisar la furgoneta. Todo ello obedece a que, presumiblemente, transitaba a una velocidad no prudencial. Por estos motivos, la culpa del accidente no puede ser atribuida enteramente al demandado. La proporción en que se ha atribuido la culpa en segunda instancia –75% al demandado y 25% al actor– debe ser confirmada.

Debe determinarse ahora la existencia del daño y su cuantía. Recordemos que el acuerdo y sentencia recurrido rechazó tanto la demanda como la reconvencción a causa de la insuficiencia probatoria para valorar y cuantificar los daños sufridos por ambas partes.

El daño se define –en términos de Larenz– como el menoscabo que, a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado, sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad, ya en su patrimonio. (Larenz, Karl. Derecho de las obligaciones, tr. J. Santos Briz. t.1. p. 193. Madrid. 1959).

Acreditada la existencia del siniestro, no caben dudas de que éste habría generado algún daño. Vale decir, necesariamente tuvo que haber existido algún menoscabo, lesión o agravio al patrimonio de una u otra parte. El problema está, aparentemente, en la valoración y en la cuantificación que debe efectuarse sobre tal o tales daños a los efectos de resarcir. La operación judicial consistente en la fijación del quantum, esto es, la conversión en dinero del importe del daño, requiere o presupone una estimación previa: la determinación de la medida del daño como tal y con relación al sujeto damnificado que lo sufre. Debemos ir a las constancias del expediente a repasar la actividad probatoria desplegada.

Para acreditar el daño emergente se han agregado presupuestos del taller Condor S.A.C.I. –fs. 10/15– que avalúan los daños materiales del vehículo del demandante en G. 37.945.660 (guaraníes treinta y siete millones novecientos cuarenta y cinco mil seiscientos sesenta). Ahora bien, estos presupuestos constituyen, para el proceso, meros documentos privados que emanan de terceros. Es bien sabido que la normativa de forma prescribe –Art. 307 del Código Procesal Civil– que los documentos privados emanados de terceros que no son partes en el juicio, ni causantes de las mismas, deberán ser reconocidos mediante la forma establecida para la prueba testifical. Este iter procesal ha sido omitido y los documentos no han sido reconocidos en el juicio, por lo que el presupuesto no puede ser tomado en cuenta.

El demandado agregó un parte policial en el que consta el acta de denuncia No. 222 (fs. 38). En él solo se menciona los daños sufridos por la furgoneta del demandado –y no los perjuicios del rodado del actor– y además, los daños son relatados unilateralmente por el denunciante y no constituyen una apreciación directa del oficial público, por lo que no otorgan fehaciencia.

Ante la insuficiencia probatoria, el juzgador aún podría –de constar el daño de manera fehaciente– estimar el perjuicio, fijando la indemnización correspondiente. Ahora bien, para echar mano del art. 452 del Código Civil, el magistrado requiere de algún tipo de parámetro para valorar el quantum. Del análisis de las pruebas producidas, vemos que las mismas no ofrecen tal parámetro y la medición del resarcimiento no resulta factible. Aquí debe advertirse que las instrumentales agregadas a fs. 60/64 no pueden ser tomadas en cuenta para valorar la entidad de los daños, dado que las mismas han sido agregadas al proceso con posterioridad al inicio de la demanda, circunstancia ésta constatada por el actuario en el informe de f. 95 vltto., al omitir incluir tales pruebas documentales. Tampoco las pruebas testificales ofrecen claridad o precisión, más bien son, como ya se señaló en segunda instancia, vagas e imprecisas.

En estas condiciones, si bien tanto en uno como en otro caso hay un empobrecimiento, una disminución patrimonial provocada como consecuencia del evento dañoso, esta disminución no puede ser determinada. Como ya señaláramos, el modo o manera en que el daño ha de ser reparado implica la determinación del contenido de esa reparación. Tanto la determinación del contenido del daño como de su medida, cuando la reparación se hace en dinero, supone la evaluación de los perjuicios. La evaluación, en el caso de autos, no puede realizarse, dado que no se ha podido determinar específicamente en qué consiste el contenido del daño. En estas condiciones, el quantum del daño emergente no puede ser establecido y por ende no ha de ser concedido.

Como no se ha podido determinar el daño emergente y con ello los perjuicios físicos y materiales que sufrió el rodado, no podríamos determinar el tiempo que demoraría la reparación del automotor, por lo que una indemnización en concepto de privación de uso del vehículo también resulta improcedente. Va de suyo que toda reparación de un automotor chocado o averiado ha de insumir necesariamente un cierto tiempo, mayor o menor según la índole de los desperfectos. Tampoco es difícil entender que la privación del uso del automotor constituye en sí un daño resarcible, desde el momento en que el automotor “...impor-

ta un capital, nada despreciable de por cierto, que cumple una específica función de medio de transporte y está destinado por su naturaleza a satisfacer necesidades de disfrute o laborales, encontrándose incorporado a la calidad de vida de su propietario...” (CNCiv., Sala A, 2/8/99, “Baiardi c. Gómez Quiroga”, LL, 2000-B-439, DJ, 2000-2-44). Pero como los desperfectos no han podido ser determinados, no es posible estimar el tiempo de privación y con ello liquidar éste daño, que debe en consecuencia ser también rechazado.

Por último se ha petitionado también daño moral, por la “...alteración disvaliosa al bienestar sicofísico padecido a causa del accidente...” (f. 20). Respecto a tal alteración, nada se ha explicitado y mucho menos probado. Tal omisión motivó el rechazo del rubro del daño moral en la cámara de apelaciones, dado que, ciertamente, no ha existido padecimiento, pesar o dolencia “especialmente grave” que permita la reparación del pretium doloris. Lo mismo ya ha sido señalado tanto en la doctrina foránea como en la nacional: “...creo que no existen objeciones mayores para esta concepción del daño moral, que establece que el mismo solo de ser reparado en casos ‘especialmente graves’, que impliquen además consecuencias nocivas ciertas derivadas de un ataque a un derecho de la personalidad tutelado por nuestro ordenamiento. Esta concepción en modo alguno es denegatoria de supuestos básicos de injusticia y, a la vez, evita la trivialización de su figura y que la misma se convierta en un juguete en litigios judiciales, dándole su debido lugar” (Moreno Rodríguez, Roberto. *¿Quién responde?*. p. 180. Ed. La Ley. As. Py. 2009); “...existen ciertas situaciones desagradables, ciertas desaveniencias y trajines del espíritu humano, ciertos sufrimientos y aflicciones, que forman parte de la condición humana y de las particulares condiciones de las sociedades modernas. Como tales, no pueden ser indemnizados en cada caso imaginable, pues existe un mínimo de riesgos que estén permitidos, pues lo contrario haría imposible la vida en sociedad. Por tanto, solo deben ser indemnizables aquellos casos que son especialmente graves, fuera de lo común, o intolerables, que no caen en el riesgo general de la vida”. (Díez-Picazo, Luis. “El escándalo del daño moral”. Cuaderno Civitas. Madrid. 2008). El rubro de daño moral debe ser rechazado.

Por las consideraciones que preceden, la resolución recurrida debe ser confirmada. Las costas deben ser impuestas a la parte perdedora.

A su turno el señor ministro César Antonio Garay, explicitó: Por S.D. N° 326 de fecha 03 de mayo del 2007, el Juzgado resolvió: “...1.- Tener por confeso

al demandado Sr. Floriano Quintana Ramírez sobre la base del pliego de 8 posiciones agregadas a fs. 82 y que fuera presentado en sobre cerrado. 2.- Hacer Lugar, con costas, a la demanda promovida por el Sr. Castor Tosio Takada Ansai contra Floriano Quintana Ramírez, en consecuencia, condenar al mismo para que dentro del término de diez días de haber quedado ejecutoriada la presente resolución, procedan al pago de la suma de Guaraníes Veinte y Un Millones Quinientos Mil (Gs. 21.500.000)...3.- Rechazar, con costas la demanda reconvenzional de Indemnización de Daños y Perjuicios planteada por el Floriano Quintana Ramírez contra el Sr. Castor Tosio Takada Ansai...4.- Imponer la obligación al demandado de abonar además el interés mensual del 2,5% calculado sobre el monto de la condena a partir de quedar firme y ejecutoriada la presente resolución...”.

Por Acuerdo y Sentencia Número 18 del 24 de marzo del 2008, la Alzada, decidió: “...Desestimar el recurso de nulidad. Revocar la sentencia recurrida en su apartado segundo y en consecuencia, Desestimar la demanda promovida por el señor Castor Tosio Takada Ansai contra el señor Floriano Quintana Ramírez. Confirmar la sentencia recurrida en su apartado tercero, en cuanto a la acción reconvenzional promovida por Floriano Quintana Ramírez contra Castor Tosio Takada Ansai. Imponer las costas por su orden en ambas instancias...”.

Con sujeción a lo establecido en el Art. 403 del Código ritual, son apelables la demanda de indemnización de daños y perjuicios y las costas procesales, no así la demanda reconvenzional que fue rechazada en Primera Instancia y confirmada en la Instancia ulterior.

Del estudio del Expediente surge el razonablemente ineludible cuestionamiento: si el demandado iba una velocidad prudencial, ¿cómo no consiguió frenar o, por lo menos, controlar el vehículo? El croquis obrante a fs. 37 y a juzgar por los daños de los rodados involucrados como por ejemplo se advierte en el parte policial de fs. 38: “...afectó a la furgoneta en el costado derecho parte delantera, donde se observó abolladuras, tanto en el guardabarros, faro y señalero todos delanteros rotos y la puerta delantera totalmente abollada y descuadrada...”. Es muy diáfano al demostrar que el vehículo del demandado embistió al vehículo del actor que además iba por una arteria principal y tenía preferencia de paso, conforme lo establece el Art. 115 de la Ordenanza N° 21/94 del Reglamento General de Tránsito, que dispone: “A los efectos del cumplimiento de las preferencias de cruce y paso de que habla la presente Subsección, se

observarán los presentes niveles de preferencia en orden de mayor a menor: (Su inobservancia constituye falta gravísima) a. Avenidas en general b. Calles de sentido único de circulación c. Calles de doble sentido de circulación...”. En concordancia con el Art. 114 del mismo cuerpo legal: “Todo peatón o conductor de vehículo que llega a una boca o encrucijada debe ajustarse a las indicaciones del agente de tránsito o a las que les sean dadas por señales luminosas sonoras o fijas. A falta de tales indicaciones, los peatones y conductores sujetarán su conducta a las normas que se indican a continuación: (Su inobservancia constituye falta gravísima)...b. El conductor que llegue a una bocacalle o encrucijada debe, en todos los casos, ceder el paso a todo vehículo que se presente por una vía pública situada a su derecha. Esta prioridad es absoluta y solo se pierde ante:...4. Los que circulan por una vía de mayor jerarquía. Antes de cruzarla o ingresar a ella se debe siempre detener la marcha...”.

En primer lugar –tal como lo establece el precepto legal previamente transcrito– el demandado debió detenerse, y en todo caso, de ser prudente la velocidad del vehículo los daños hubieran sido menores y es muy factible que hubiera podido eludir la colisión.

Dispone el Art. 1835 del Código Civil: “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”.

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

El Dr. Manuel Osorio, al definir a los Actos Ilícitos: “Llámase así a los que se realizan en contra de una norma de derecho positivo, antijurídicamente; ya se actúe de forma dolosa, ya con negligencia. Los actos ilícitos se pueden realizar también por omisión, al abstenerse del cumplimiento de una obligación”. (Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, pág. 31).

Asimismo, 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 compe-

tente. 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”.

Se demostró la existencia del accidente de tránsito a la hora, en el lugar y la forma mencionada por el actor, hechos no rebatidos por el demandado. Considerando los daños producidos, la forma en que se produjeron, la declaración de la única testigo presencial Marcia Duarte Braga obrante en autos a fs. 86 quien corrobora los sucesos afirmados por el accionante, avalado además por la presunción legal contemplada en el Art. 291 del Código Procesal Civil teniendo por confeso al demandado.

De todo esto se deduce, sin esfuerzo alguno, que el vehículo del demandado que circulaba por la calle Luis A. de Herrera no detuvo su marcha al hallarse ante una avenida, ni respetó la preferencia de la Avda. Perú por la cual circulaba el vehículo del actor, violando los artículos 114 y 115 de la Ordenanza N° 21/94 del Reglamento General de Tránsito, por lo que, a tenor de los preceptos legales previamente transcritos, se concluye que la culpa fue del demandado.

No obstante, y estudiadas las pretensiones del actor, tenemos que él solicitó:

Daños Materiales: La suma de Gs. 37.945.660, lo cual justificó con los presupuestos obrantes a fs. 10/5, los cuales carecen de idoneidad para comprobar dicho rubro puesto que tratan de documentos emanados de terceros no reconocidos en juicio (Art. 307 del Código Procesal Civil). Al igual que las pruebas instrumentales presentadas a fs. 60/4 y 67/70 presentadas tardíamente fuera de la oportunidad legal contemplada en el Art. 219 del Código Ritual. Tampoco se produjo la prueba pericial tendiente a demostrar el daño.

Daño Emergente: Entendido como la destrucción o pérdida de bienes materiales, lo que produce una disminución patrimonial para la persona que lo sufre. Cuando este bien o propiedad de una persona ha sido dañada o destruida por otra, nos encontramos con el daño emergente, y la indemnización deberá ser igual al precio del bien dañado o destruido. El actor como consecuencia de la deterioro de su vehículo requirió la suma de Gs. 3.000.000, por los días que el vehículo estuvo en el taller: “...considerando que el vehículo se encuentra en el taller desde la fecha del accidente, y por la gravedad de los daños sufridos

requiere un mínimo de 75 días de estadía en el mismo, debiendo tomarse en cuenta el monto de Gs.40.000 diarios establecidos jurisprudencialmente, en concepto de gastos de traslado o de reemplazo del automotor durante el tiempo que insume su reparación...”. Cabe señalar con relación al presente petitorio que lo requerido por el actor no tiene sustento ni se halla corroborado por prueba alguna que justifique dicho daño, ya que no existe probanza fehaciente que demuestre la permanencia del vehículo en el taller y menos aún los días de estadía.

Daño Moral: La suma de Gs. 2.000.000. Con relación a este rubro debemos mencionar lo dispuesto por el Art. 1835 del Código Civil: “...La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo...”. En tal sentido debo señalar, que el damnificado directo del daño moral resulta ser el sobrino del actor puesto que él sufrió las lesiones y el hecho traumático. El demandante no tiene acción con relación a este rubro. Esta normativa no carece de lógica puesto que el daño moral se entiende como: “...una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión o un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial...”. (Daniel Pizarro, II Jornadas Conmemorativas de la Vigencia del Código Civil, p. 145). El actor sufrió un perjuicio patrimonial, ello está probado, pero al no estar presente cuando ocurrieron los hechos como pudo sufrir lo que él mismo en escrito de demanda mencionó como: “...alteración disvaliosa al bienestar sicofísico a causa del accidente...” (fs. 20) lo cual de no haber sido así, también debiera ser objeto de las probanzas pertinentes tales como un dictamen, diagnóstico o informe psicológico por citar algún ejemplo.

Una vez establecida, sin lugar a dudas la existencia del hecho y la culpa del demandado y en lo concerniente a la cuantificación del daño, cabe referir al Dr. Francisco Centurión: “Los jueces no pueden dejar de juzgar en caso de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes. Si una cuestión no puede resolverse por la palabra ni el espíritu de los preceptos del Código, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan los casos o materias análogas, y en su defecto se acudirá a los principios generales del derecho, tal como lo previene el Art. 6. El caso que contempla el Art.452 es más sencillo porque supone que el Juez debe dar una definición teniendo ya un presupuesto fundamental que es la existencia

de un perjuicio que desde el punto de vista jurídico debe ser resarcido...” (Derecho Civil, De los Hechos, Actos Jurídicos y Obligaciones. Tomo II, pág. 341).

En el juicio se demostró que el accidente de tránsito se produjo a consecuencia de la imprudente conducción del demandado, sin embargo, ante la orfandad probatoria, no existen referencias que avalen o permitan establecer con exactitud la cantidad pecuniaria en concepto del perjuicio sufrido por el demandante. Ergo, corresponde aplicar el Art. 452 del Código Civil: “Cuando hubiese justificado la existencia del perjuicio, pero no fuese posible determinar su monto, la indemnización será fijada por el juez”. En concordancia con los Artículos 6° y 1857 del mismo Código de Fondo.

En tal sentido, debemos tomar en cuenta la Escritura Pública de compraventa del vehículo embestido obrante a fs. 5, cuya transacción se realizó por la suma de Gs. 10.000.000, en consecuencia, las reparaciones no pueden costar más que el vehículo mismo, por lo que estimo razonable una indemnización por daños y perjuicios por la suma de Gs. 5.000.000 en concepto de daños materiales, no así los rubros de lucro cesante ni daño moral que no fueron demostrados.

Por las motivaciones pergeñadas, habrá que revocar el Acuerdo y Sentencia Número 326 de fecha 03 de mayo del 2007 recurrido en su totalidad. Y en lo que respecta a las Costas, imponer en esta Instancia a la Parte Demandada, en virtud de los Artículos 192 y 205 del Código Procesal Civil. Es mi voto.

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

RESUELVE: No Hacer Lugar, al recurso de nulidad. Confirmar, el Acuerdo y Sentencia N° 18 de fecha 24 de marzo del 2008 dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala. Imponer las costas de ésta Instancia, a la parte vencida. Anotar, registrar y notificar.

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

Ante mí: Alejandrino Cuevas –Secretario Judicial–.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 404

PODER LEGISLATIVO. Cámara de Senadores. JUSTICIA ELECTORAL.

El juzgamiento de las elecciones, derechos y títulos de los miembros de las Cámaras ya no es de su competencia, como lo fue en anteriores constituciones, pues ahora es de exclusiva competencia de la Justicia Electoral

PODER LEGISLATIVO. Cámara de Senadores.

La Cámara de Senadores –saliente– carece de competencia para juzgar si el accionante –o cualquier otro ciudadano electo y proclamado– tiene o no derecho a ocupar la banca que le corresponde en virtud a la sentencia definitiva emanada del Tribunal Superior de Justicia Electoral.

CSJ. Sala Constitucional. 30-08-10. “Acción de inconstitucionalidad en el juicio: “Nicanor Duarte Frutos c/ Resolución N° 650 del 27/06/2008 y la derivada la resolución N° 54 del 26/08/2008, dictadas por la Honorable Cámara de Senadores”. (Ac. y Sent. 404)

CUESTIÓN:

¿Es procedente la acción de inconstitucionalidad deducida?

A la cuestión planteada el doctor Nuñez dijo: El señor Nicanor Duarte Frutos, Senador Nacional electo, bajo patrocinio del Abog. Alfredo A. Porro Campos, promueve acción de inconstitucionalidad contra la Resolución N° 650 de fecha 27 de junio de 2008, dictada por el entonces Presidente de la Honorable Cámara de Senadores, Dr. Miguel Abdón Saguier, por la cual convoca al ciudadano Jorge Antonio Céspedes Colmán para prestar juramento o promesa correspondiente y ejercer provisoriamente el cargo de Senador”, y contra la Resolución N° 54 “Que confirma al ciudadano Jorge Antonio Céspedes Colmán como Miembro Titular de la Honorable Cámara de Senadores, de conformidad con los preceptos constitucionales que rigen la materia y ratificar lo actuado por la Cámara de Senadores en sesión preparatoria de fecha 30 de Junio de 2008”, dictada por la Honorable Cámara de Senadores en sesión extraordinaria de fecha 26 de agosto de 2008, por resultar violatoria de lo dispuesto en el Art. 273 de la Constitución.

El accionante justifica su legitimación activa con el Certificado de Senador Nacional Titular, que le fuera otorgado en virtud del Acuerdo y sentencia N° 58 de fecha 23 de mayo de 2008, dictado por el Tribunal Superior de Justicia Elec-

toral, que lo proclamó en tal carácter, tras haber participado de los comicios generales encabezando la lista de Senadores titulares por la Asociación Nacional Republicana, debidamente habilitado por el Tribunal Electoral Partidario y la Justicia Electoral.

Alega como fundamento de su pretensión que los actos administrativos emanados de la Honorable Cámara de Senadores son inconstitucionales, por cuanto que fueron dictada en violación a las disposiciones del Art. 273 de la Ley Suprema. Refiere que de acuerdo con dicha norma constitucional, el juzgamiento de las cuestiones derivadas de las elecciones generales y de los derechos de los títulos de quienes resulten electos corresponde exclusivamente a la Justicia electoral. Esto constituye un cambio sustancial en el régimen constitucional relativo a la materia, pues en nuestro derecho constitucional histórico el juzgamiento de los títulos y derechos de los miembros de las Cámaras estuvo siempre reservado a ellas. Luego de hacer un cuadro sinóptico comparativo de las disposiciones relativas al caso en la Constituciones de 1870, 1940, 1967 y 1992, concluye que la Honorable Cámara de Senadores carecía (y carece) de competencia para juzgar los títulos y derechos de sus miembros, tal como lo hizo al disponer que la banca de Senador Titular le corresponde al ciudadano Jorge Antonio Céspedes Colman, habiendo sido él (el accionante) electo y proclamado para el cargo. La inconstitucionalidad del procedimiento seguido y de la decisión adoptada resultan patentes, cualesquiera que sean los argumentos esgrimidos. Sigue diciendo, el procedimiento adoptado por la Honorable Cámara de Senadores supuso una remoción encubierta, ajena a los términos previstos en el artículo 190 de la Constitución nacional. En efecto, la privación de la banca en la forma adoptada constituye una remoción disimulada del cargo de Senador titular bajo un procedimiento completamente diferente del establecido en el mencionado artículo 190, conforme al cual la remoción requiere mayoría absoluta de la Cámara bajo los supuestos de incapacidad física o mental declarada por la Corte Suprema de Justicia.

La representante de la Fiscalía General del Estado a través de su dictamen N° 1629, de fecha 3 de noviembre de 2008, aconseja hacer lugar a la presente acción de inconstitucionalidad en razón de que las resoluciones impugnadas violan el Art. 273 de la Ley Suprema que establece que el único órgano con competencia para decidir sobre los títulos de las personas sometidas a la voluntad popular a través de elecciones, es la Justicia Electoral, y nadie más que este

órgano decide sobre la validez de las mismas. En consecuencia, al carecer la Cámara de Senadores de facultades para analizar sobre la validez de los títulos, o sobre quien sustituye a un electo con impedimento, las resoluciones mencionadas carecen de validez.

En primer lugar corresponde analizar la Resolución N° 650, de fecha 27 de junio de 2008, dictada por el entonces presidente de la Honorable Cámara de Senadores, Dr. Miguel Abdón Saguier, por la que resuelve: “Convocar al ciudadano Jorge Antonio Céspedes Colmán a la sesión preparatoria del día 30 de junio del año en curso a las 16:00 horas, para prestar juramento o promesa correspondiente y ejercer provisoriamente las funciones de senador en sustitución del Senador elector y proclamado Oscar Nicanor Duarte Frutos, hasta tanto el pleno de la Honorable Cámara de Senadores resuelva lo que corresponda en derecho”. Sostiene como fundamento de su decisión que, si bien el ciudadano Oscar Nicanor Duarte Frutos fue electo y proclamado Senador de la nación por la lista de titulares de la Asociación Nacional Republicana Partido Colorado, sigue ejerciendo, como es de notoriedad pública, la presidencia de República, este hecho constituye un impedimento insalvable para asumir la función de Senador, por expresa prohibición del Art. 237 de la Constitución Nacional.

Asimismo sostuvo el entonces presidente del senado, que no pudiendo ser convocado a prestar juramento el Senador elector Oscar Nicanor Duarte Frutos, por la condición señalada, debía ser sustituido por otro en el orden de precedencia de la lista de Senadores titulares electos y no proclamados de la Asociación Nacional Republicana (Art.10 del Reglamento Interno de la Honorable Cámara de Senadores y Artículo 161 de la Ley N° 834/96, Código Electoral paraguayo). Luego de realizar consideraciones en cuanto al número de senadores titulares y suplentes que componen el senado, y la necesidad indispensable para dar las garantías pertinente para que asistan los cuarenta y cinco senadores titulares, dice: “...aún existiendo dudas y divergencias sobre los hechos y las disposiciones aplicables, convocar al ciudadano José Antonio Céspedes Colmán para prestar juramento o promesa y así incorporarse provisoriamente a la Honorable Cámara de Senadores hasta tanto el pleno de la misma decida, en el tiempo que considere oportuno, lo que corresponda conforme a derecho (Artículo 175, Reglamento Interno de la Honorable Cámara de Senadores)”(sic).

La Resolución N° 54 de fecha 26 de agosto de 2008, sin más consideraciones dice: “La Honorable Cámara de Senadores de la Nación Paraguaya resuel-

ve: Artículo 1° Confirmar al ciudadano Jorge Antonio Céspedes Colmán como miembro titular de la Cámara de Senadores, de conformidad con los preceptos constitucionales que rigen la materia y ratificar lo actuado por la Honorable Cámara de Senadores en Sesión preparatoria de fecha 30 de junio de 2008. Artículo 2°.- Comunicar a quienes corresponde y cumplido, archivar”.

La presente acción deviene a toda luz procedente, habida cuenta que los actos administrativos (resoluciones) emanados de la Cámara de Senadores de la Nación, fueron dictados en violación del Art. 273 de la Constitución, por ende pasible de declarar su nulidad en atención a las disposiciones del Art. 137 in fine del mismo cuerpo legal.

En efecto, la cuestión puesta a consideración de esta Corte versa sobre las atribuciones que se abrogara el entonces Presidente de la Cámara de Senadores al convocar para ejercer provisoriamente el cargo de senador, al señor Jorge Antonio Céspedes Colman; y posteriormente la decisión de confirmarlo como miembro titular de dicha Cámara en sustitución del señor Oscar Nicanor Duarte Frutos.

El Art. 273 de la Carta Magna, dispone: “La convocatoria, el juzgamiento, la organización, la dirección, la supervisión y la vigilancia de los actos y de las cuestiones derivados de las elecciones generales, departamentales y municipales, así como de los derechos y de los títulos de quienes resulten elegidos, corresponden exclusivamente a la Justicia Electoral...” Dicha norma constitucional se reproduce en el Art. 2° de la Ley N° 635/95 “Que Reglamenta la Justicia Electoral”, y en su Art. 6° al establecer los deberes y atribuciones del Tribunal Superior de Justicia Electoral, en su inciso j) determina: “Efectuar el cómputo y juzgamiento definitivo de las elecciones y consultas populares, así como la proclamación de quienes resulten electos, ...”.

Según constancia de autos, a fs. 4 consta el certificado otorgado por el Tribunal Superior de Justicia Electoral, acreditando que el señor “Oscar Nicanor Duarte Frutos ha sido electo Senador Nacional Titular en las Elecciones celebradas el 20 de abril de 2008, para el periodo constitucional 2008-2013, según consta en el Acuerdo y Sentencia N° 58/2008 de fecha 23 de mayo de 2008 dictado por el TSJE que lo proclama en tal carácter”. Igualmente se encuentra agregado a estos autos el Acuerdo y Sentencia N° 58 dictado por el TSJE, de fecha 23 de mayo de 2008, en cumplimiento de las disposiciones constitucionales y legales ut supra, que luego de juzgar las cuestiones de hecho y de derecho

derivados de las recientes elecciones generales, resolvió en su punto: 5) “Declarar electos y proclamar a los Senadores Titulares y Suplentes... de conformidad a lo expresado en el exordio de la presente resolución. 6) Otorgar los títulos habilitantes a los electos Presidente, y Vicepresidente de la República, Senadores Titulares y suplentes...”.

Sin embargo, a pesar de esta situación de hecho y de derecho fue dictada la Resolución N° 650/08, invocando el Art. 10 del Reglamento Interno de la Honorable Cámara de Senadores, Art. 161 de la Ley 834/96 “Código Electoral Paraguayo”, Arts. 223 y 187 de la Constitución.

En efecto, la lectura de la citada resolución revela que se recurrió a un procedimiento no ajustado a la Constitución que hoy nos rige, habida cuenta que se obvió convocar a un Senador electo y proclamado para ser sustituido por un ciudadano que no fue electo ni proclamado. Tras verificar la parte analítica del Acuerdo y Sentencia N° 58/08, páginas 223/224 del fallo, encontramos el cuadro sinóptico donde se individualizan los nombres y apellidos de cada uno de los senadores titulares y suplentes electos, con la indicación del partido o movimiento al que pertenecen, pero no figura en la lista de los senadores suplentes electos el nombre del ciudadano Jorge Antonio Céspedes Colman.

De acuerdo al Art. 187 de la Ley Suprema las vacancias definitivas o temporarias de la Cámara de Senadores serán cubiertas “por los suplentes de la lista proclamada por la Justicia Electoral”. Dicha norma es clara y categórica, por lo que mal podía el Presidente de la Cámara de Senadores –saliente– convocar al ciudadano que no fue electo ni proclamado por la Justicia Electoral como Senador Nacional Suplente, para suplir una vacancia temporaria dada la situación en que se encontraba el accionante en ese momento, lesionando de esta manera la aludida norma constitucional.

Así, en la resolución examinada se menciona el hecho de que el Senador Nacional Titular electo y proclamado se encontraba afectado por una incompatibilidad para incorporarse a la función de legislador, por lo que debía “ser sustituido por otro en el orden de precedencia de la lista de Senadores titulares electos y no proclamados de la Asociación Nacional Republicana”, sustentando dicha decisión en el Art. 10 del Reglamento Interno de la Cámara de Senadores y el Art. 161 de la Ley 834/96.

El Art. 10 del Reglamento Interno de la Cámara de Senadores dice: “Los Senadores electos excluidos antes de su incorporación serán substituidos por

otros en el orden de precedencia de la lista de titulares electos y no proclamados”. Haciendo una abstracción total a toda cuestión política que pudiera envolver a la cuestión de hecho y de derecho puesta a consideración de esta Corte, percibimos que el texto de dicho reglamento no se encuentra ajustado a la Constitución actual, en razón de que el juzgamiento de las elecciones, derechos y títulos de los miembros de las Cámaras ya no es de su competencia, como lo fue en las anteriores constituciones, pues, ahora es de exclusiva competencia de la Justicia Electoral. En otras palabras, la Cámara de Senadores –saliente- carece de competencia para juzgar si el accionante –o cualquier otro ciudadano electo y proclamado- tiene o no derecho a ocupar la banca que le corresponde en virtud a la sentencia definitiva emanada del Tribunal Superior de Justicia Electoral.

La labor de la Cámara saliente sólo debía limitarse a convocar a los Senadores Titulares electos y proclamados por la Justicia Electoral, a prestar juramento para el día y la hora señalada al efecto, conforme al Art. 188 de la Carta Magna y el Art. 4° del Reglamento Interno de la misma.

El Art. 161 de la Ley N° 834/96, que dispone: “En caso de renuncia, inhabilidad o muerte de algún candidato electo antes de su incorporación, le sustituirá aquel que en la lista de titulares de su partido, movimiento político o alianza, lo siga en el orden respectivo”. Consideramos que tampoco es aplicable al caso examinado ésta norma, porque el candidato electo no se encontraba comprendido en ninguna de las causales a que hace referencia.

Si bien el candidato electo –cualquiera sea el partido, movimiento o alianza al que pertenezca– que se podría encontrar comprendido en alguna causal de incompatibilidad para ejercer la función de legislador, debe ser resuelto a la luz de las normas constitucionales.

El Art. 196 de la Ley Suprema, que determina: “Podrán ser electos, pero no podrán desempeñar funciones legislativas, los asesores de reparticiones públicas, los funcionarios y los demás empleados a sueldo del Estado o de los municipios, cualquiera sea la denominación con que figuren y el concepto de su remuneración, mientras subsista la designación para dichos cargos...”. Esta norma debemos conjugar con la prevista en el Art. 105 del mismo cuerpo ley, al establecer la prohibición de la doble remuneración de funcionarios públicos activos. Tanto la doctrina como nuestra jurisprudencia sostiene que, lo que dicha norma determina es la prohibición que un funcionario público ocupe dos cargos como activo al mismo tiempo.

Según la doctrina administrativa “...es funcionario público el que, en virtud de designación especial y legal (sea por decreto ejecutivo, sea por elección) y de manera continua, bajo formas y condiciones determinadas en una delimitada esfera de competencia, constituye o concurre a constituir y a expresar o ejecutar la voluntad del Estado, cuando esa voluntad se dirige a la realización de un fin público, ya sea actividad jurídica o actividad social” (Bielsa, Rafael, obra “Derecho Administrativo”, 6ª edición, Tomo III, Editorial La Ley S.A.. Bs.As., año 1964, pág. 4).

El Presidente de la República, como titular de uno de los Poderes del Estado, cumple una función pública, de manera permanente por el lapso previsto en la Ley Suprema, con un sueldo previsto en el Presupuesto General de la Nación. De ahí que a la luz del concepto precitado, el Presidente de la República es un funcionario público.

El Art. 8° del Reglamento Interno de la Cámara de Senadores dispone: “Los Senadores electos y proclamados que no se hubieran incorporado con causa justificada, podrán hacerlo posteriormente”.

De los hechos alegados en la presente acción, tenemos que el recurrente si bien fue electo y proclamado por la Justicia Electoral como Senador Nacional Titular, al tiempo de la convocatoria para el juramento pertinente por la Cámara de Senadores saliente se encontraba afectado por una incompatibilidad para incorporarse a su banca, cual es el ejercicio de la función pública en otro cargo activo. Esto nos lleva a concluir que existía una causa justificada para no incorporarse o presentarse a la convocatoria de juramento, pudiendo hacerlo posteriormente una vez cesado en el cargo, esto es al concluir su periodo constitucional en el cargo que venía ejerciendo.

Según constancia de autos, a fs. 11/12 obra la S.D.N°6 de fecha 21 de julio de 2008, dictado por el Juzgado Electoral Primer Turno, por la cual se hace lugar al amparo constitucional promovido por el hoy accionante contra la Res. N° 650 del 27 de junio de 2008, dejando establecido que le corresponde asumir y prestar juramento, una vez que fuera aceptada su renuncia al cargo que viene ejerciendo o una vez vencido su mandato.

A fs. 17 se halla glosada la nota de fecha 29 de septiembre de 2008, dirigida al accionante, por la que se le notifica de la Resolución N° 54 “Que confirma al ciudadano Jorge Antonio Céspedes Colmán como Miembro Titular de la honorable Cámara de Senadores, de conformidad con los preceptos constitucionales que rigen la materia y ratificar lo actuado por la Cámara de Senadores en

Sesión Preparatoria de fecha 30 de Junio de 2008”, dictada por la Cámara de Senadores, en sesión extraordinaria del 26 de agosto del presente año.

La citada Res. N° 54/08 al ser consecuencia de la Res. N° 650/08 también deviene inconstitucional y por ello pasible de su declaración de nulidad. En efecto, los actuales Legisladores incurrieron en el mismo error de interpretación de la norma Constitucional y el Reglamento Interno que los rige, por cuanto que al confirmar al ciudadano que no fue electo y proclamado por la Justicia Electoral, resulta evidente que sustentaron su decisión en los articulados en que se basó la Cámara de Senadores saliente.

Basa nuestra tesis en el hecho de que al tiempo de dictarse la resolución N° 54/08, el recurrente no se encontraba afectado por la incompatibilidad para asumir la banca que le correspondía por derecho, dada su proclamación como Senador Nacional titular, debiendo haber sido citado a prestar juramento conforme lo dispone el Art. 8° del Reglamento Interno de la Cámara de Senadores. Es decir, la incompatibilidad para ejercer la función de legislador que le afectaba (Art. 196 Cn.), desapareció con el fenecimiento de su mandato presidencial el 15 de agosto ppdo., según Art. 229 de la Ley Suprema, en consecuencia, debía ser convocado por la actual Cámara de Senadores para asumir su banca y no ratificar la resolución de la anterior Cámara viciada de nulidad.

Quiroga Lavié dice “... la denominada justicialidad de las cuestiones políticas versa sobre cuestiones de derecho y no de hecho (pués, éstos no son justiciables), a pesar de que será, con frecuencia, una cuestión de hecho, a ser resulta por los jueces, discernir cuándo los hechos vulneran al derecho y cuándo no, o, lo que es lo mismo, que los jueces decidan controlar un acto político dependerá del sentido político con que ellos actúen” (Quiroga Lavié, obra “Derecho Constitucional, 3° Edición, Ediciones Desalma, Bs.As., año 1993, pág.476). El caso traído a estudio de esta Corte constituye una cuestión de derecho, en el que advertimos una clara violación de normas constitucional que guardan relación con cuestiones políticas que pasaron al estado de cosa juzgada como consecuencia de las sentencias que fueron dictadas por la Justicia Electoral, órgano constitucional de competencia exclusiva para juzgar los derechos y los títulos de quienes resulten elegidos a través del acto eleccionario que constituye la máxima expresión de la voluntad popular, la que no puede ser conculcada por una resolución a todas luces contraria a la Constitución.

En conclusión, a la luz de las disposiciones del Art. 137 in fine de la Ley Fundamental, corresponde hacer lugar a la acción de inconstitucionalidad pro-

movida por el ciudadano Oscar Nicanor Duarte Frutos, bajo patrocinio de abogado, en consecuencia, declarar la nulidad de la Resolución N° 650 de fecha 27 de junio de 2008, dictada por el entonces Presidente de la Honorable Cámara de Senadores, Dr. Miguel Abdón Saguier, por la cual convoca al ciudadano Jorge Antonio Céspedes Colmán, para prestar juramento o promesa correspondiente y ejercer provisoriamente el cargo de Senador”, y de la Resolución N° 54 “Que confirma al ciudadano Jorge Antonio Céspedes Colmán como Miembro Titular de la Honorable Cámara de Senadores, de conformidad con los preceptos constitucionales que rigen la materia y ratificar lo actuado por la Cámara de Senadores en sesión preparatoria de fecha 30 de Junio de 2008”, dictada por la Honorable Cámara de Senadores en sesión extraordinaria de fecha 26 de Agosto de 2008. Es mi voto.

A su turno la Doctora Pucheta De Correa dijo: Me adhiero por sus mismos fundamentos al voto del Ministro preopinante, Dr. Victor Núñez, y agrego:

La cuestión constitucional sometida a consideración se limita a establecer si lo actuado por la Honorable Cámara de Senadores al dictar las Resoluciones impugnadas (N° 650 de fecha 27 de junio de 2008 y N° 54 de fecha 26 de agosto de 2008) ha sido o no, en vulneración de lo prescripto por la norma del artículo 273 de la Constitución Nacional, que textualmente dice: “De la competencia. La convocatoria, el juzgamiento, la organización, la dirección, la supervisión y la vigilancia de los actos y de las cuestiones derivados de las elecciones generales, departamentales y municipales, así como los de los derechos y de los títulos de quienes resulten elegidos, corresponden exclusivamente a la Justicia Electoral”.

Analizada la norma transcripta en lo que atañe a la cuestión planteada, sin alterar en absoluto sus términos esenciales, resulta incontrovertible que el juzgamiento de las cuestiones derivadas de las elecciones generales, así como de los derechos y de los títulos de quienes resultan elegidos, corresponde en exclusividad a la Justicia Electoral. Es principio incuestionable que cuando la Constitución Nacional atribuye competencia exclusiva a un órgano, para entender en determinada materia, esa exclusividad resulta excluyente para otro órgano, y por tanto, ningún órgano –por importante que sea en la estructura del Estado– puede ejercerla. Si lo hace, se arroga una competencia ilegítima, vulnerando en forma flagrante la Constitución Nacional.

Al juzgar los títulos y derechos del elegido y proclamado Senador Titular, ciudadano Nicanor Duarte Frutos, y, por añadidura, substituirlo por otra per-

sona, otorgándole la banca a aquél, la Honorable Cámara de Senadores no se enmarcó para sí una competencia otorgada en forma exclusiva por la Constitución Nacional a la Justicia Electoral, afectando gravemente al Estado Social de Derecho y, asimismo, a los derechos políticos del accionante.

En mi opinión, repito, no hay argumento válido que puede justificar la conculcación de la norma constitucional (art. 237 CN), la cual descarta cualquier posibilidad que se le atribuya un alcance del que surge de su propio texto expreso.

En ese sentido, dentro de la estructura y la organización del Estado diseñadas por la Constitución Nacional vigente, el Tribunal Superior de Justicia Electoral es el órgano constitucional competente en la materia. No obstante, la Honorable Cámara de Senadores ha obviado lo resuelto en forma definitiva por aquél a través del Acuerdo y Sentencia N° 58 de fecha 23 de mayo de 2008 respecto al Sr. Nicanor Duarte Frutos, siendo que el mismo Tribunal Superior de Justicia Electoral al cual deben su legitimidad los miembros de la Honorable Cámara de Senadores, dado que fue el órgano que juzgó sus títulos y derechos y los proclamó como Senadores. En las condiciones apuntadas, es viable la acción de inconstitucionalidad planteada.

Por tanto, atento al Dictamen del Fiscal General del Estado, y de conformidad a lo dispuesto por la norma del artículo 137 de la Constitución Nacional, corresponde declarar inconstitucionales la Resolución N° 650 de fecha 27 de junio de 2008 y la derivada, Resolución N° 54 de fecha 26 de agosto de 2008, ambas dictadas por la Honorable Cámara de Senadores. Es mi voto.

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

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

RESUELVE: Hacer Lugar a la acción de inconstitucionalidad promovida por el ciudadano Oscar Nicanor Duarte Frutos, bajo patrocinio de Abogado, en consecuencia, declarar la nulidad de la Resolución N° 650 de fecha 27 de junio de 2008, dictada por el entonces Presidente de la Honorable Cámara de Senadores, Dr. Miguel Abdón Saguier y la Resolución N° 54 de fecha 26 de agosto de 2008, dictada por la Honorable Cámara de Senadores en sesión extraordinaria. Anotar, registrar y notificar.

Ministros: Víctor Manuel Núñez Rodríguez, Alicia Beatriz Pucheta De Correa y Neri Villalba

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

TRIBUNAL DE APELACIÓN CIVIL Y COMERCIAL

AUTO INTERLOCUTORIO N° 364

INCIDENTE. CADUCIDAD DE LA ACCIÓN.

En el caso las razones esgrimidas por la parte demandada como fundamento del “Incidente de Caducidad”, en rigor no guarda relación con una cuestión incidental, sino con la cuestión de fondo, concretamente, con la caducidad de la acción del interdicto promovido, cuestión que por su naturaleza forma parte de la contestación de la demanda y debe ser resuelta al dictarse en su momento la Sentencia Definitiva, previa tramitación de la causa.

NULIDAD. Nulidad de la sentencia.

Las consideraciones del A-quo ponen de manifiesto que el Juzgado ha anticipado indebidamente su criterio que, como se dijo, está reservado a ser expuesto en la Sentencia Definitiva y no antes, incurriéndose en un vicio procesal de aquellos que impiden el dictamiento de la resolución respectiva, en consecuencia, al no tratarse la cuestión propuesta de un incidente no resta sino declarar la nulidad del auto recurrido.

TApel. Civ. y Com. Primera Sala. 05-07-10. “José Jiménez Barreto c. Ricardo José Cassanello Weisensse s. Interdicto de recobrar” (A.I. N° 364).

Asunción, 05 de julio del 2.010.

VISTOS: Los recursos de apelación y nulidad interpuestos contra el A.I. N° 1.932 de fecha 26 de noviembre del 2007 (fs. 21), por el Sr. Ricardo José Cassanello Weisensse, y;

CONSIDERANDO:

Por el auto recurrido el Juez de Primera Instancia resolvió: “1. No Hacer

Lugar al incidente de caducidad de la acción de interdicto de recobrar promovido por la abogada Cristina Armoa por su improcedencia a las disposiciones del exordio precedente; 2. Imponer, las costas a la parte demandada; 3. Notificar, por cédula el presente resolutivo; 4. Anotar...” Contra la citada resolución se alza la parte recurrente en los términos del escrito de fs. 27 de autos.

Recurso de Nulidad. Opinión del magistrado Dr. Marcos Riera Hunter: El recurrente no fundamentó específicamente el recurso de nulidad, sino únicamente el de apelación solicitando la revocatoria del auto apelado. No obstante, el Tribunal se encuentra obligado a analizar el recurso de nulidad de oficio considerando que el mismo hace relación a una facultad de orden público y, además se encuentra contenido tácitamente en la apelación, conforme el art. 405 del Código Procesal Civil.

En tal sentido se advierte que las razones esgrimidas por la parte demandada como fundamento del “Incidente de Caducidad”, en rigor no guarda relación con una cuestión incidental, sino con la cuestión de fondo, concretamente, con la caducidad de la acción del interdicto promovido, cuestión que por su naturaleza forma parte de la contestación de la demanda y debe ser resuelta al dictarse en su momento la Sentencia Definitiva, previa tramitación de la causa. Las consideraciones que preceden ponen de manifiesto que el Juzgado ha anticipado indebidamente su criterio que, como se dijo, está reservado a ser expuesto en la Sentencia Definitiva y no antes, incurriéndose en un vicio procesal de aquellos que impiden el dictamiento de la resolución respectiva.

En consecuencia, al no tratarse la cuestión propuesta de un incidente no resta sino declarar la nulidad del auto recurrido.

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

Recurso de Apelación. Opinión del magistrado Dr. Marcos Riera Hunter: Dada la forma como ha sido resuelto el recurso de nulidad, se hace innecesario el estudio del recurso de apelación.

Y el magistrado Dr. Marcos Riera Hunter prosiguió diciendo: Habiéndose declarado la nulidad del auto interlocutorio en alzada corresponde que se dé cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 406 del CPC y se dicte, en consecuencia, la resolución que fuese pertinente en reemplazo de la que ha sido objeto de anulación.

No obstante, en el caso, la nulidad no ha sido declarada por vicios de forma o estructurales, sino procesales que impiden el dictamiento de la resolución definitiva (art. 113, C.P.C.). En efecto, sí, como se dijo, la figura de la caducidad del interdicto no es una incidencia sino de fondo, entonces no puede merecer un pronunciamiento por parte del Tribunal en este estado del proceso, debiendo considerarse en su caso en la Sentencia Definitiva en su oportunidad.

En consecuencia, no resta sino disponer el reenvío y la devolución de los autos al Juzgado que siga en turno a fin de que, previa integración de la litis, tramite la causa conforme a Derecho y, oportunamente la falle como corresponda.

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

RESUELVE:

Declarar la nulidad del A.I. N° 1932 de fecha 26 de noviembre del 2007, con costas. Disponer el reenvío y la devolución de los autos al Juzgado que siga en turno. Anotar, registrar y remitir copia a la Corte Suprema de Justicia.

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

Ante mí: María Teresa Cañete, Actuaría Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 365

Cuestión debatida: El Thema decidendum o esencia de la cuestión gira en relación a la aplicabilidad del contrato celebrado entre las partes con especial referencia a las disposiciones particulares de la Ley 194/93, que regula los contratos de representación, agencia y distribución entre fabricantes extranjeros y sus contrapartidas domiciliadas en Paraguay.

JUICIO ARBITRAL. CONTRATOS. CONTRATOS CELEBRADOS EN EL EXTRANJERO

En el caso para el Juzgador de Primera Instancia, la cláusula del contrato celebrado no violaría el art. 10 de la Ley, pues el arbitraje estaría permitido, pero sí vulneraría el art. 9, en tanto que la Ley 194/93 sería de orden público, y de ahí

que haya decretado la nulidad parcial de la cláusula. Vale la prórroga al arbitraje en Corea, pero no así la aplicación del derecho sustantivo coreano.

CONTRATO. CONTRATOS CELEBRADOS EN EL EXTRANJERO.

La disposición de la cláusula 33 del contrato firmado entre la actora y la demandada, se encuentra en conflicto con las disposiciones de los arts. 9 y 10 de la Ley 194/93. Esto puede comprobarse a dos niveles de análisis: tanto en el ámbito de la argumentación jurídica puramente lingüística, como de la teleológica o evaluativa. En relación al art. 10 no quedan dudas de lo que se ha normado

CONTRATO. CONTRATOS CELEBRADOS EN EL EXTRANJERO.

En este sentido, resulta bastante notorio que la disposición de la cláusula 33 del contrato firmado entre las partes, tiene el claro objetivo de hacer inaplicables al mismo las disposiciones de la Ley 194/93; una contrastación de las distintas disposiciones que prevén un instrumento y el otro –sobre todo en lo que hace a la forma de terminación del contrato y las indemnizaciones debidas en su caso– no deja duda alguna al respecto.

CONTRATO. CONTRATOS CELEBRADOS EN EL EXTRANJERO.

Resulta necesario concluir que permitir la validez de la cláusula 33 prevista en el contrato firmado entre la actora y la demandada implicaría ir en contra del texto explícito de la Ley 194/93, de su sentido teleológico-evaluativo, de la interpretación indubitable que le ha dado la Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional) en otros precedentes judiciales y en la propia acción de inconstitucionalidad dictada en relación a este juicio, e incluso contra lo considerado en el derecho comparado, ello implicaría, permitir el fraude a la ley en la forma más sencilla, mediante la simple inclusión de la cláusula analizada y comentada, para evadir el cumplimiento de la ley 194/93 que el propio legislador paraguayo ha caracterizado como de orden público con derechos irrenunciables

TApel. Civ. y Com. Primera Sala. 05-07-10. “Gunder ICESA c. Kia Motors Corporation s. Indemnización de Daños y Perjuicios” (A.I. N° 365).

Asunción, 05 de Julio de 2010.

VISTOS: El Auto Interlocutorio N° 994 de fecha 1 de diciembre de 2.004, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Capital Quinta Sala, y el Acuerdo y Sentencia N° 285 del 25 de mayo de 2.006 dictado por la Excma. Corte Suprema de Justicia en su Sala Constitucional, y;

CONSIDERANDO:

Que, en estos autos, el Excelentísimo Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Quinta Sala, dictó el A.I. N° 994 de fecha 1 de diciembre de 2004, por el cual dispuso confirmar el primer punto del AI N° 926 del 17 de mayo de 2004 dictado por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Séptimo Turno, en tanto se declaraba incompetente para entender en estos autos, y revocaba el segundo punto de la citada resolución, que declaraba la nulidad parcial de la cláusula 33 del contrato que dispone la utilización de la Ley del Estado de Corea, imponiendo costas al apelante, a la postre, la parte actora.

Que, contra dicha resolución, la parte actora promovió una acción de inconstitucionalidad, la cual se encuentra agregada por cuerda separada a estos autos, y en la cual la Excma. Corte Suprema de Justicia, en su Sala Constitucional, decidió por Acuerdo y Sentencia N° 285 del 25 de mayo de 2006: “Hacer Lugar, con costas, a la acción de inconstitucionalidad promovida por la firma Gunder Industrial y Comercial SA, y en consecuencia, declarar la nulidad del A.I. N° 994 de fecha 1 de diciembre de 2004 dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial Quinta Sala y remitir los autos al Tribunal que sigue en orden de turno, conforme a lo expuesto en el considerando de esta resolución”.

Que, por providencia de fecha 12 de marzo de 2008 el Juez de Primera Instancia ordenó la remisión de estos autos en consecuencia a la Cámara de Apelación, Primera Sala, y en fecha 27 de marzo de 2008, se tuvo por recibido estos autos, debiendo por imperio de la ley dictar una nueva resolución esta Sala debido a la anulación por la Excma. Corte Suprema de Justicia del Auto Interlocutorio dictado por la Sala Quinta, que originariamente entendía en la presente causa, por lo que corresponde ahora a este Tribunal de Apelación resolver sobre el fondo de la cuestión, tal cual lo impera el art. 560 del Código Procesal Civil Paraguayo.

En cuanto al Recurso de Nulidad. Opinión del magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos: Se advierte en autos que, ninguna de las partes lo ha fundado, y por otra parte, no se observan vicios que pudieran obligar al Tribunal a decretar la nulidad de la resolución en cuestión, por lo que corresponde tener por desistido a los recurrentes de la nulidad.

Opiniones de los magistrados Valentina Núñez González y Basilio D. García: Manifiestan que se adhieren a la opinión vertida por el magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos por compartir sus mismos fundamentos.

En cuanto al Recurso de Apelación. Opinión del magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos: La cuestión jurídica que se plantea en el presente juicio gira en torno a la aplicabilidad o no de la cláusula 33 del contrato firmado entre la actora y la demandada, con especial referencia a las disposiciones particulares de la Ley 194/93, que regula los contratos de representación, agencia y distribución entre fabricantes extranjeros y sus contrapartidas domiciliadas en el Paraguay. Todo ello, por supuesto, en el marco jurídico establecido por la interpretación hecha en el Acuerdo y Sentencia N° 285 de la Corte Suprema de Justicia ya citado al inicio del presente exordio.

El *Thema decidendum* o esencia de la cuestión gira, como se ya se señaló, entre lo previsto en el contrato celebrado entre las partes, y la citada Ley 194/93.

En este sentido, el contrato celebrado y cuya copia traducida consta en estos autos, establece en su cláusula 33, para la resolución de disputas y derecho aplicable, cuanto sigue: “Todas las disputas, controversias, reclamos o diferencias que pueden surgir entre las partes, en relación o conexión con este Acuerdo o por la violación del presente, que no pueden ser resueltos mediante la cooperación y negociación amistosa, serán finalmente resueltos por arbitraje en Seúl, Corea, de conformidad con las reglamentaciones y procedimientos de la Cámara de Comercio Internacional. El laudo emitido por el(los) árbitro(s) será definitivo y obligatorio para las partes involucradas. La validez, el desempeño, la interpretación y el efecto de este acuerdo serán regidos por las leyes substantivas de la República de Corea, sin recurso a principios de conflicto de leyes”.

La Ley 194/93, tiene, por su parte, dos disposiciones que serían aplicables al caso, sus artículos 9 y 10, que disponen, respectivamente: “Las partes pueden reglar libremente sus derechos mediante contratos sujetos a las disposiciones del Código Civil, pero sin que en forma alguna puedan renunciar a derechos reconocidos por la presente ley”; y “Las partes se someterán a la competencia territorial de los Tribunales de la República. Podrán transigir toda cuestión de origen patrimonial o someterla al arbitraje antes o después de deducida la demanda en juicio ante la justicia ordinaria, cualquiera sea el estado de ésta, siempre que no hubiese recaído sentencia definitiva y ejecutoriada”.

El primer artículo citado se refiere, obviamente, al derecho de fondo o sustantivo, mientras que el segundo es aplicable a la jurisdicción competente. La cláusula 33 del contrato, ya citada, engloba ambos supuestos, es decir, tanto el derecho de fondo aplicable como la jurisdicción.

Hechas las acotaciones y explicaciones que anteceden. Cabe preguntarse ¿Existe conflicto entre las disposiciones del contrato y las de la Ley 194/93?

Todo lo señalado y las opiniones expuestas en el presente caso, hasta aquí, han sido disímiles: para el Juzgador de Primera Instancia, la cláusula no violaría el art. 10 de la Ley, pues el arbitraje estaría permitido, pero sí vulneraría el art. 9, en tanto que la Ley 194 sería de orden público, y de ahí que haya decretado la nulidad parcial de la cláusula. Vale la prórroga al arbitraje en Corea, pero no así la aplicación del derecho sustantivo coreano.

No es ocioso señalar que, en su momento y al estudiar el caso, para los distinguidos colegas miembros del Tribunal de Apelación de la Quinta Sala, existe una coincidencia con el a-quo en el sentido de que la cláusula de arbitraje es válida y no contradice el art. 10 de la Ley 194/93. Pero, han agregado, en ese caso el a-quo perdió competencia y no debió de haberse expedido sobre el derecho aplicable de fondo, quedando ello ya, presumiblemente, a ser determinado por el tribunal arbitral pertinente.

Posteriormente, en autos se tiene que, la Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, anuló este último fallo, apoyada en dos consideraciones fundamentales: 1) en primer lugar, que el Tribunal violó el principio de congruencia al no fallar sobre una cuestión planteada –la validez o no de la cláusula arbitral: “Es por ello que la omisión del Tribunal en cuanto al pronunciamiento de la nulidad o no de la cláusula arbitral, articulada oportunamente, constituye violación a dicho principio”; y, 2) en segundo lugar, se refirió el máximo tribunal de la República a que el haber hecho lugar la excepción de arbitraje “no encuentra sustento normativo alguno” y por ello “deviene en una afirmación meramente dogmática, basada en el mero parecer de los juzgadores y la sentencia dictada en consecuencia no puede sino ser calificada como arbitraria”.

La Excma. Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, señala en cuanto a este último punto –que hace al meollo de lo cuestión jurídica planteada ante este Tribunal en este proceso– que la interpretación del art. 10 de la Ley 194/93 ha sido equivocada no solo por parte del Tribunal de Apelación, Quinta Sala, sino también del Juez de Primera Instancia. Conviene trasladar o iterar aquí las consideraciones de la Excma. Corte: “El Tribunal alegó que la incompetencia declarada por el Juzgado de primera instancia se ajustaba a la normativa de la Ley 194/93 la que si bien establece como regla general que la competencia recae sobre los Tribunales de la República “... a renglón seguido establece la

excepción a esta regla, cual es transigir el arbitraje (sea nacional o extranjero) como medio alternativo de solución a la justicia ordinaria” con respecto a tal afirmación es importante recordar lo dispuesto en los arts. 9 y 10 de la Ley 194/93 (y cita los artículos ya señalados precedentemente de la Ley)...”. Según los Ministros de la Sala constitucional, la forma correcta de interpretación de los citados artículos de la Ley es la siguiente: “De la interpretación de dichos artículos surge que: a) las partes pueden reglar libremente sus derechos mediante contratos, conforme a las disposiciones del Código Civil; b) los convenios a los que arriben en forma alguna pueden implicar la renuncia a derechos reconocidos por esa ley; c) las partes se someterán a la competencia de los tribunales de la República y d) se podrá transigir toda cuestión de origen patrimonial o someterla al arbitraje antes o después de deducida la demanda en juicio ante la justicia ordinaria”.

Concluye, por último, la Sala Constitucional, citando un precedente anterior sobre la misma cuestión (Acuerdo y Sentencia N° 827 del 12 de noviembre de 2001, CSJ, Sala Constitucional) y señalando que la Ley 194/93 es “norma de orden público. Esta calidad priva a las partes de modificar o dejar sin efecto lo expresamente dispuesto en ella y en tal sentido, la competencia ha sido determinada a favor de los Tribunales de la República. Como ya se ha dicho, es cierto que la ley reconoce la posibilidad de que las partes puedan transigir o someter toda cuestión de origen patrimonial al arbitraje, pero, ello no implica que el mismo sea realizado fuera de la jurisdicción territorial de la República”.

A la luz de lo expuesto hasta aquí, surge con bastante claridad que la disposición de la cláusula 33 del contrato firmado entre la actora y la demandada, se encuentra en conflicto con las disposiciones de los arts. 9° y 10 de la Ley 194/93. Esto puede comprobarse a dos niveles de análisis: tanto en el ámbito de la argumentación jurídica puramente lingüística, como de la teleológica o evaluativa.

Desde el punto de vista lingüístico, o en una interpretación textual del art. 10 de la Ley 1947, no quedan dudas de lo que se ha normado. Conviene recordar el artículo en cuestión: “Las partes se someterán a la competencia territorial de los Tribunales de la República. Podrán transigir toda cuestión de origen patrimonial o someterla al arbitraje antes o después de deducida la demanda en juicio ante la justicia ordinaria, cualquiera sea el estado de ésta, siempre que no hubiese recaído sentencia definitiva y ejecutoriada”. En primer lugar, se tiene

que, el legislador ha declarado improrrogable la jurisdicción de los jueces de la República del Paraguay para todo conflicto que surja de un contrato abarcado por las disposiciones de la Ley 194. A renglón seguido, sin embargo, no dice textualmente “excepcionalmente” o “como excepción” podrán ir a arbitraje – ésta ha sido la interpretación precisamente declarada inconstitucional por la Sala Constitucional– sino que señala que antes o después de la “demanda en juicio ante la justicia ordinaria” puede someterse a arbitraje la cuestión. A las claras el texto normativo deja entrever que es competente “la justicia ordinaria”, en este caso la justicia paraguaya, y, eventualmente y tal cual lo señala la Corte Suprema de Justicia, un tribunal arbitral constituido en nuestro país. Esta es la única conclusión que legítimamente puede sacarse del texto del artículo, so pena de que el juez, con su interpretación, vaya más allá del claro texto normativo, lo cual no le está permitido. Conviene iterar que, a esta misma conclusión llegaron los Excelentísimos Ministros de la Corte, en el fallo ya citado al realizar un análisis textual de la Ley: “De la interpretación de dichos artículos surge que: a) las partes pueden reglar libremente sus derechos mediante contratos, conforme a las disposiciones del Código Civil; b) los convenios a los que arriben en forma alguna pueden implicar la renuncia a derechos reconocidos por esa ley; c) las partes se someterán a la competencia de los tribunales de la República y d) se podrá transigir toda cuestión de origen patrimonial o someterla al arbitraje antes o después de deducida la demanda en juicio ante la justicia ordinaria”.

Pero, por lo demás, y lo que resulta mucho más importante, todo esto se ve reforzado por un análisis teleológico-evaluativo de las disposiciones de la Ley 194/93, es decir, de su razón de ser o finalidad. En todo momento, y tal cual la Corte lo ha determinado en el ya citado caso *Electra Amambay* (Acuerdo y Sentencia N° 827 del 12 de noviembre de 2001, CSJ, Sala Constitucional), la Ley 194/93 establece que sus derechos son irrenunciables para las partes, y que la misma tiene una clara finalidad tuitiva (de ahí el establecimiento de severas limitaciones a las facultades de la fabricante para poner fin a la relación contractual), es decir, se parte de un supuesto fáctico que es la desigualdad sustancial de las partes al celebrar el contrato, y precisamente por ello el plexo normativo establece la irrenunciabilidad de los derechos, ya que de lo contrario el texto se convertiría en una simple declaración lírica sin ningún sentido o fuerza jurídica. ¿De qué le serviría al legislador dictar una ley y establecer él mismo en

forma clara y taxativa que los derechos ahí conferidos son “irrenunciables”, para pasar posteriormente a abrir un hueco tan grande a la ley que la misma carecería de toda razón de ser? Pues: ¿de qué vale establecer estrictamente disposiciones en una ley, declarando en forma indubitable que la misma debe ser “aplicada por jueces de la República del Paraguay”, precisamente para asegurar que su contenido sea respetado y aplicado, para pasar a borrar con el codo lo escrito con la mano y permitir que con un arbitraje realizado en el país del fabricante la ley quede sin efecto alguno? En síntesis: ¿para qué se molestó el legislador paraguayo en sancionar la Ley 194/93 si hubiese previsto una forma tan fácil de burlar y bordear sus disposiciones, como es el caso del arbitraje?

En este sentido, resulta bastante notorio que la disposición de la cláusula 33 del contrato firmado entre las partes, tiene el claro objetivo de hacer inaplicables al mismo, las disposiciones de la Ley 194/93; una contrastación de las distintas disposiciones que prevén un instrumento y el otro –sobre todo en lo que hace a la forma de terminación del contrato y las indemnizaciones debidas en su caso– no deja duda alguna al respecto. Pero, aún si ello fuera así, es decir, si el sentido final o tésis de la Ley 194/93 hubiera sido esa, entonces, ¿para qué dictar la Ley en primer lugar?, si la simple inserción de una cláusula arbitral es suficiente para evitar la aplicación de la Ley 194/93 –que, tal cual la Corte lo ha refrendado, es de orden público–. Entonces, de ahí la necesidad de aplicación por tribunales paraguayos, pues, resulta evidente que la interpretación es irracional y contraria al fin de la Ley. Lo contrario sería y significa utilizar un medio aparentemente legítimo para eludir el cumplimiento de la ley, especialmente de una que establece derechos irrenunciables como la 194/93, algo que no es admisible ni puede estar permitido por el ordenamiento jurídico. Se trata del caso del acto en fraude a la ley, definido por Zannoni en “hacer que opere una norma jurídica con el fin o propósito de eludir, evitar, la aplicación de otra” (E. Zannoni, en Belluscio-Zannoni, “Código Civil y Leyes Complementarias”, Edit. Astrea, Buenos Aires, pág. 429). Más precisamente para el presente caso, es la noción del notable jurista francés Jossierand cuando nos refiere que “el acto fraudulento es el que tiende a paralizar la aplicación de una disposición legal o de una regla de orden público” (L. Jossierand, “Los Móviles en los Actos Jurídicos”, pag. 188). Justamente, el intentar evadir la aplicación de una norma de orden público mediante la utilización de un medio en apariencia legítimo, nos da el acto en fraude a la ley. Los romanos ya señalaron, *fraus omnia corrumpit*, en el sentido

que la ley no puede dar amparo a ese acto que tiende a evitar el cumplimiento de la ley de orden público. Dar efecto a la cláusula arbitral en disputa, en sus dos fases de jurisdicción competente y derecho de fondo aplicable, sería abrir la puerta para la inaplicación de una ley que, según el legislador paraguayo (art. 9º de la Ley 194) y su intérprete máximo (la Corte Suprema) es de orden público y establece derechos irrenunciables a favor del distribuidor domiciliado en el país.

Por lo expuesto es evidente que, la intención es reservar en primer lugar la tarea jurisdiccional a los jueces paraguayos para aplicar una norma irrenunciable, para luego permitir una brecha a dicha previsión permitiendo a árbitros de otros países y aplicando otro derecho –sin conexión razonable con el orden público nacional– parece a todas luces, un contrasentido.

En este orden de ideas explicitado precedentemente, resulta necesario concluir que permitir la validez de la cláusula 33 prevista en el contrato firmado entre la actora y la demandada implicaría ir en contra del texto explícito de la ley, de su sentido teleológico-evaluativo, de la interpretación indubitable que le ha dado la Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional) en otros precedentes judiciales y en la propia acción de inconstitucionalidad dictada en relación a este juicio, e incluso contra lo considerado en el derecho comparado. Ello implicaría, en resumen, permitir el fraude a la ley en la forma más sencilla, mediante la simple inclusión de la cláusula analizada y comentada, para evadir el cumplimiento de la Ley 194/93 que el propio legislador paraguayo ha caracterizado como de orden público con derechos irrenunciables. Es tarea del juez, en palabras señeras de Montesquieu, ser boca de la ley, no modificarla o derogarla cuando la misma no se adecua a sus ideas. Y lo previsto por la Ley 194/93 en este sentido no puede ser controvertido.

En consecuencia, y a fin de que este Tribunal se expida o pronuncie sobre los puntos mandados por la Excma. Corte Suprema de Justicia en el Acuerdo y Sentencia N° 285 del 25 de mayo de 2006, en el sentido de la ineficacia de la cláusula 33 del contrato celebrado entre las partes, y, por lógico resultado, la excepción previa de incompetencia (de arbitraje) opuesta por la demandada Kia Motors no puede prosperar, sino que la misma debe ser rechazada, por todos los fundamentos expuestos a lo largo de este exordio.

Por todas estas razones corresponde la revocación de la resolución apelada, con expresa imposición de costas para la perdedora de conformidad a los arts. 192 y 203 del CPC.

Opiniones de los magistrados Valentina Núñez González y Basilio D. García: Manifiestan que se adhieren a la opinión vertida por el magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos por compartir sus mismos fundamentos.

RESUELVE: Tener por desistido a la recurrente del recurso de nulidad. Revocar, con costas, la resolución apelada por las razones y fundamentos expresados en el exordio de la presente resolución. Anotar, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Oscar A. Paiva Valdovinos, Valentina Núñez González, Basilio García.

Ante mí: María Teresa Cañete, Actuaría Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 371

RECUSACIÓN. INCIDENTES.

Si bien las recusaciones (con causa y sin expresión de causa) constituyen técnicamente incidentes del juicio principal, tales incidencias tienen trámites propios que no restringen la posibilidad jurídica o material de las partes de urgir y formular peticiones.

RECUSACIÓN. Recusación con causa

La recusación con expresión de causa contra un Juez de Primera Instancia provoca la formación de un incidente que debe ser resuelto por el Tribunal de Alzada, al cual deberán remitirse los autos incidentales, debiendo el principal continuar su tramitación ante el Juzgado que sigue en el orden de Turno.

RECUSACIÓN. Recusación sin causa.

La recusación sin expresión de causa no impide (y, por tanto, permite) que la parte interesada pueda formular peticiones en relación al proceso principal e, incluso, urgir el pronunciamiento correspondiente. Los dos únicos casos en que una recusación sin causa puede provocar la suspensión del cómputo del plazo de la caducidad son: 1) Cuando el Juez recusado se separa y el siguiente Magistrado impugna la excusación o inhabilitación, circunstancia que impone la remisión del proceso a la Alzada; 2) Cuando el Juez recusado no se separa, rechaza la recusación y esta decisión es recurrida por el recusante, en cuyo caso, previa concesión de los recursos, los autos deben ser igualmente elevados al Tribunal Superior.

TApel. Civ. y Com. Primera Sala. 05-07-10. “Chaves Construcciones SAI c. Graciela Jovina Insfrán s. Preparación de Acción Ejecutiva” (A.I. N° 371)

Asunción, 05 de Julio de 2010.

VISTOS: Los recursos de apelación y nulidad interpuestos contra el A.I. N° 1202 del 31 de julio del 2006 (fs. 48), dictado por S.S. la Sra. Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de la Capital del Quinto Turno, y;

CONSIDERANDO:

Por el auto recurrido el Juzgado de Primera Instancia resolvió: “I- Declarar la Caducidad de la Instancia en los autos caratulados: “Chaves Construcciones S.A.I. C/ Graciela Jovina Insfran S/ Preparacion de Accion Ejecutiva”; II- Ordenar el levantamiento de las medidas cautelares decretadas en autos; III- Imponer las costas a la parte actora; IV- Anotar,...”. Contra la citada resolución se alza la parte recurrente en los términos del escrito de fs. 57 de autos.

Recurso de Nulidad. Opinión del magistrado Dr. Marcos Riera Hunter: La parte recurrente solicitó la declaración de nulidad por los fundamentos expresados en el escrito de expresión de agravios. No obstante, puede advertirse que tales argumentos no corresponden al recurso de nulidad, sino más bien al de apelación también deducido. En consecuencia, corresponde que el recurso de nulidad sea declarado desierto debiendo analizarse los argumentos de la parte recurrente al tratar la apelación interpuesta.

Opiniones de los magistrados Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos y Gerardo Báez Maiola: Manifiestan que se adhieren a la opinión vertida por el Magistrado Dr. Marcos Riera Hunter por compartir sus mismos fundamentos.

Recurso de Apelación. Opinión del magistrado Dr. Marcos Riera Hunter: Básicamente, sostiene la apelante que en el caso no se ha operado la caducidad de la instancia por cuanto que su parte ha presentado diversos escritos que han impulsado el curso del proceso, los cuales, manifiesta, han sido desglosados irregularmente del expediente por lo que se ha visto en la necesidad de agregar copias, las que hoy se encuentran agregadas a fs. 49 y 50 de estos autos.

Del estudio de las constancias del proceso surge que la última actuación que ha tenido la virtualidad de impulsar el juicio por sus cauces naturales es el escrito de fecha 24 de agosto del 2004, por el cual la parte demandada opuso contra el progreso de la ejecución la excepción de inhabilidad de título (véase el

cargo de fs. 32). Con posterioridad no se han cumplido actuaciones ni dictado resoluciones que hayan tenido la finalidad de instar el procedimiento, habiéndose operado la caducidad de la instancia en fecha 24 marzo del 2005. Posteriormente a esta fecha se presentó el escrito de fecha 26 de diciembre del 2005, por el cual la actora contestó la excepción opuesta por la parte demandada (fs. 41), pero luego de haberse operado la caducidad de la instancia en la fecha antes indicada.

Es necesario dejar constancia de que las actuaciones procesales que se han efectuado en estos autos entre el 24 de agosto del 2004 y el 24 de marzo del 2005 (fecha en que se operó la caducidad), relacionadas con las inhibiciones de los Jueces del Segundo, Tercero y Cuarto Turnos, y los trámites consiguientes (aceptación de la competencia por el Juzgado del Quinto Turno, notificación a las partes de la providencia de “hágase saber”, etc.) no tienen la virtualidad de provocar ni la interrupción del curso de la caducidad, ni la suspensión del plazo respectivo. En efecto, tales actuaciones no interrumpen el curso de la caducidad por cuanto no tienen ni siquiera la finalidad de hacer avanzar el proceso por sus etapas naturales. Tampoco suspenden el plazo de caducidad porque nada impide a las partes litigantes formular peticiones en relación a la causa o urgir el pronunciamiento correspondiente.

Si bien las recusaciones (con causa y sin expresión de causa) constituyen técnicamente incidentes del juicio principal, tales incidencias tienen trámites propios que no restringen la posibilidad jurídica o material de las partes de, como se dijo, urgir y formular peticiones. La recusación con expresión de causa contra un Juez de Primera Instancia provoca la formación de un incidente que debe ser resuelto por el Tribunal de Alzada al cual deberán remitirse los autos incidentales, debiendo el principal continuar su tramitación ante el Juzgado que sigue en el orden de Turno. Análogamente, la recusación sin expresión de causa no impide (y, por tanto, permite) que la parte interesada pueda formular peticiones en relación al proceso principal e, incluso, urgir el pronunciamiento correspondiente. Los dos únicos casos en que una recusación sin causa puede provocar la suspensión del cómputo del plazo de la caducidad son: 1) Cuando el juez recusado se separa y el siguiente Magistrado impugna la excusación o inhibición, circunstancia que impone la remisión del proceso a la Alzada; 2) Cuando el Juez recusado no se separa, rechaza la recusación y esta decisión es recurrida por el recusante, en cuyo caso, previa concesión de los recursos, los

autos deben ser igualmente elevados al Tribunal Superior. Pero, como se puede advertir, en tales casos la suspensión del plazo de la caducidad no es la consecuencia directa de la recusación sin expresión de causa, sino de la elevación de los autos al Tribunal de Apelación, remisión que provoca –necesariamente– la suspensión del citado plazo de caducidad.

Por lo demás, a lo expuesto, cabe agregar que, en el caso, los escritos que hoy se encuentran glosados a fs. 49 y 50 de autos que, según la parte apelante, impulsan la instancia y que han sido desglosados irregularmente del expediente, no tienen el efecto pretendido por la misma. En el escrito de fs. 49 la parte actora solicitó se corra traslado a su parte de la excepción opuesta por la parte demandada, y si bien por su naturaleza tal petición es de aquellas que pueden impulsar el proceso y, por tanto, interrumpir la caducidad, en este caso particular carece de ese efecto porque cuando se presentó –23 de junio del 2005– ya se había operado la caducidad de la instancia (24 de marzo del 2005). En cuanto al escrito de fs. 50, por el cual la parte actora se había notificado de la providencia de “hágase saber”, carece igualmente del efecto pretendido por aquella por dos razones: 1) Porque tal presentación hace relación con las actuaciones que han derivado de la recusación sin causa, respecto de las cuales ya se dijo anteriormente que no tienen la capacidad ni de interrumpir ni de suspender el curso de la caducidad; 2) Porque el citado escrito no tiene el cargo suscripto por el actuario o actuaria, sino, como surge del sello respectivo, por la oficial de secretaría, funcionaria que carece de la atribución necesaria para tal certificación (art. 186, inc. “b”, del COJ).

En consecuencia, por los fundamentos que han sido anotados, habiéndose operado en estos autos la caducidad de la instancia, corresponde que el Tribunal confirme, con costas, el auto apelado (que declara la caducidad de la instancia) por hallarse la decisión ajustada a Derecho.

Opinion del magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos: Manifiesta que se adhiere a la opinión vertida por el magistrado Dr. Marcos Riera Hunter por compartir sus mismos fundamentos.

Opinión del magistrado Gerardo Báez Maiola: Por el A.I. N° 1202, en fecha 31 de julio de 2006, el Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil y Comercial, Quinto Turno, declaró operada la caducidad de instancia con imposición de costas de conformidad al art. 200 CPC.

La parte actora sostiene que “... El Juzgador fue inducido a un error, puesto que entre la notificación del hágase saber la jueza, practicada en fecha

22 de diciembre de 2004 y la providencia de fecha 2 de febrero del 2006, por la que se tiene por contestado el traslado de la excepción opuesta hubieron otras actuaciones y providencias que fueron sustraídas maliciosamente por quien pudiera beneficiarse con la caducidad de instancia. Por lo que al dar me por notificada del A.I. N° 1202 me vi obligada a denunciar la sustracción de fojas del expediente y a agregar copias de los escritos presentados que se encontraban en mi poder y que tienen cargo del Juzgado firmados por el actuario judicial y la oficial de secretaría respectivamente, obrantes ahora en fs. 49 y 50 de autos.... Siendo estos los extremos no se cumplió el plazo de seis meses para que opere la caducidad de instancia en estos autos...” (sic).

Al evacuar memorial, la accionada sostiene por una parte, que “... lo correcto procesalmente es que la misma debió promover un incidente de nulidad de actuaciones en la instancia correspondiente, hoy no puede discutirse ese punto en esta instancia porque no es parte de la resolución apelada. Además, la hoja agregada a fojas 50 de autos, como puede verse, no fue firmada por el actuario Heriberto Lezcano, por lo que no tiene ningún valor procesal... el expediente en cuestión ha quedado paralizado por más de dos años, hoy ha vuelto a caducar, lo que demuestra la negligencia de la profesional, que hoy quiere acusar a cualquiera para salvar su propia irresponsabilidad...” (sic).

De la revisión de constancias procesales surge que a la demanda ejecutiva por cobro de Gs. 13.538.787 promovida ante el Juzgado de 2° Turno, la accionada a opuesto excepción de inhabilidad de título (fs. 28/32), recusando al mismo tiempo.

La citada recusación data del 24 de agosto de 2004. Por sucesivas inhibiciones (3° y 4° turnos), por proveído del 8 de octubre de 2004 (f. 34 vta.) se hace saber a las partes que la dirección del proceso queda a cargo del Juzgado Quinto Turno.

Es de capital importancia tener presente que a partir de esa fecha la notificación quedó a cargo de las partes instar el proceso, en el caso hacer notificación, lo cual se realiza el 22.XII.04 cuando es notificado el accionado, fs. 35.

En cuanto a la parte actora, por escrito de fs. 41/44, presentado el 26 de diciembre de 2005, su representante se da por notificada personalmente “... de la providencia por la que se me corre traslado de la excepción de inhabilidad de título...” (sic), lo cual provocó recurso de reposición de la accionada contra el proveído del 2 de febrero de 2006 que dio por contestado el traslado de la excep-

ción, alegando haber operado la caducidad de instancia, recurso que ha prosperado al dictarse el A.I. N° 1.202 del 31 de julio de 2006 (f.48).

Tomando como punto de partida el 8 de octubre de 2004, los seis meses referidos al art. 172 CPC y descontando enero por fería judicial, la caducidad operaría el 11 de mayo de 2005, a las 9:00 horas, razón por la que la notificación personal de la Abog. María Eugenia Lugo Espínola en fecha 2 de mayo de 2005 (f.50) reviste dos circunstancias procesales:

1ª. Está certificada por el Actuario Heriberto Lezcano y por lo tanto hace plena fé, pues no fue redargüida de falsedad (Arts. 383 y 385 CC).

2ª. No tiene efecto interruptivo porque no impulsa el proceso, dado que las partes no tienen facultad, a través de notificación de alterar voluntariamente los plazos procesales por ser estos de orden público.

De acuerdo a lo expuesto y de conformidad a los artículos 145 (los plazos procesales son perentorios e improrrogables) 172, 173 y 174 (término, cómputo e imposibilidad de subsanar por actuaciones o dictados posteriores) también del Código Procesal Civil, la resolución recurrida es conforme a derecho y por tanto debe ser confirmada, incluyendo la imposición de costas a la parte actora. 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: Marcos Riera Hunter, Gerardo Báez Maiola, Oscar Paiva Valdovinos.

Ante mí: María Teresa Cañete, Actuaría Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 428

MEDIDAS CAUTELARES. MARCA DE FÁBRICA.

La medida cautelar de suspensión de los efectos del registro y del uso de la marca fue correctamente denegada por la A-quo, fundado en que, el demandado, en la actualidad tiene la titularidad de la marca en nuestro país, y mientras siga teniendo la misma, deberá permitirle producir y comercializar productos

con la marca. Esa medida no puede ser aplicada, puesto que el registro, hasta la fecha, es legal y por tanto, no puede ser cercenado el derecho de uso del titular actual de la marca, mientras no se disponga, en su caso el cese del uso como consecuencia de la nulidad de la misma.

MEDIDAS CAUTELARES. MARCA DE FÁBRICA.

No corresponde –por el momento– decretar la medida cautelar de suspensión de los efectos del registro y del uso de la marca, tal como ha sido peticionado por la parte recurrente, por cuanto que de autos se desprende que el accionante no ha prestado todavía la caución real que fue ofrecida en el escrito de demanda como contracautela, cuyo monto deberá ser fijado oportunamente por el Juzgado de Primera Instancia en coherencia con la importancia de las medidas cautelares ya decretadas, y también en coherencia con la que solicita en esta instancia la parte apelante.

MEDIDAS CAUTELARES. Contracautela.

La contracautela, para que pueda otorgarse la medida cautelar respectiva, debe ser previa a la concesión de la medida precautoria y no posterior a la misma.

TApel. Civ. y Com. Primera Sala. 20-07-10. “Zoomp Cofeccoes Ltda. c. Alfredo Sosa y Miguel Angel Yulis s. Nulidad” (A.I. N° 428).

Asunción, 20 de julio de 2010.

VISTO: El recurso de apelación en subsidio interpuesto contra la providencia de fecha 6 de septiembre de 2002, dictada por la Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Cuarto Turno, y;

CONSIDERANDO:

Que la resolución recurrida dispuso: “...Bajo responsabilidad del solicitante, quien deberá prestar caución, decretase la prohibición de innovar y anotación de litis sobre el Registro N° 124.594 de fecha 20 de octubre de 1987 y su posterior renovación N° 195.070 de fecha 11 de julio de 1997, clase 25 de la marca “ZOOMP”. Líbrese oficio a la Dirección de la Propiedad Industrial del Ministerio de Industria y Comercio a fin de que tomen nota de las medidas cautelares decretadas sobre el Registro N° 124594 de fecha 20 de octubre de 1997, y su posterior renovación N° 195070 de fecha 11 de julio de 1997, clase 25 de la marca “ZOOMP”. De la suspensión solicitada, no ha lugar en razón de que los derechos del litigante se hallan resguardados con las medidas decretadas...”.

En cuanto al Recurso de Nulidad. Opinión del magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos: El recurrente no ha interpuesto el presente recurso, no obstante, en atención a lo dispuesto por el Art. 405 del C.P.C., debe analizarse si se encuentran reunidos los requisitos formales, en la resolución, para la validez de la misma, y en ese sentido, no se observan vicios en la forma y solemnidades, que pudiera obligar al Tribunal a declarar de oficio la nulidad de la resolución. Corresponde en consecuencia declarar desierto este recurso.

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

En cuanto al Recurso de Apelación. Opinión del magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos: El recurrente sostiene que la resolución en alzada le agravia porque el rechazo de la medida cautelar solicitada, posibilitaría a la demandada producir productos a los cuales se aplican la marca, lo que ocasionaría perjuicios a la parte accionante y confusión al público. Agrega que la medida cautelar aludida resulta relevante para los intereses de su parte pues, los efectos de una sentencia favorable a su pretensión, carecería de sentido si tuviera que esperar 4 ó 5 años para que recién en la sentencia se consagre tardíamente el cese del uso de la marca.

Del escrito de expresión de agravios, este Tribunal ha ordenado el traslado a la otra parte, quien lo contestó en el escrito obrante a fs. 356/359 de autos, en el que solicita el rechazo del presente recurso.

Analizada las constancias de autos como asimismo las argumentaciones de las partes, se tiene que el A-quo ha rechazado la medida cautelar prevista en el Art. 96 de la Ley de Marcas, fundado en que, con las demás medidas decretadas (anotación de litis y prohibición de innovar), se protegen los derechos del actor. Este en cambio, sostiene que la denegación de la medida, perjudica a su parte por dos motivos. Primero porque el hecho de permitir el uso de la marca, genera confusión en los consumidores y por ende, pérdidas económicas para el actor y segundo, que esperar a una sentencia favorable, no tendría sentido para la actora, por el tiempo que demora obtenerla.

La medida cautelar de suspensión de los efectos del registro y del uso de la marca fue correctamente denegada por la A-quo, fundado en que, el demandado, en la actualidad tiene la titularidad de la marca en nuestro país, y mientras

siga teniendo la misma, deberá permitírsele producir y comercializar productos con la marca. Esa medida no puede ser aplicada, puesto que el registro, hasta la fecha, es legal y por tanto, no puede ser cercenado el derecho de uso del titular actual de la marca, mientras no se disponga, en su caso el cese del uso como consecuencia de la nulidad de la misma.

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

Opinion del magistrado Dr. Marcos Riera Hunter: Sin perjuicio de los fundamentos expresados por el Conjuez preopinante, se estima que no corresponde –por el momento– decretar la medida cautelar de suspensión de los efectos del registro y del uso de la marca, tal como ha sido peticionado por la parte recurrente, por cuanto que de autos se desprende que el accionante no ha prestado todavía la caución real que fue ofrecida en el escrito de demanda como contracautela, cuyo monto deberá ser fijado oportunamente por el Juzgado de Primera Instancia en coherencia con la importancia de las medidas cautelares ya decretadas, y también en coherencia con la que solicita en esta instancia la parte apelante. La contracautela, para que pueda otorgarse la medida cautelar respectiva, debe ser previa a la concesión de la medida precautoria y no posterior a la misma.

Es por ello por lo que, teniendo en cuenta, por lo demás, que las medidas precautorias pueden ser solicitadas “antes de iniciar la acción, conjuntamente con ella, o con posterioridad a su inicio, corresponde que el Tribunal confirme, con costas, la providencia apelada en cuanto ha sido materia de recurso, sin perjuicio de que la parte interesada vuelva a solicitarla con posterioridad si así conviniere a sus derechos.

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, la providencia de fecha 6 de septiembre de 2002, dictada por la jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Cuarto Turno, en cuanto ha sido materia de recurso. Anotar, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia

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

Ante mí: Arnaldo Martínez Rozzano, Actuario Judicial.

AUTO INTERLOCUTORIO N° 434

RECURSO DE QUEJA.

Para la procedencia de la queja deben considerarse tres requisitos: 1) Que la resolución que se pretende impugnar sea recurrible; 2) Que los recursos interpuestos contra la misma hayan sido interpuestos en tiempo y forma, y; 3) Que la Queja interpuesta sea planteada dentro del plazo previsto en la Ley Procesal.

RECURSO DE REPOSICIÓN. Apelación en subsidio.

El art. 394 del Código Procesal Civil señala claramente que: “Podrá interponerse la apelación en subsidio juntamente con el recurso de reposición, para el caso que éste fuese denegado por entender el Juez o Tribunal que la reposición no es la vía procesal adecuada”; en autos, el A-quo entendió que la reposición era la vía adecuada para resolver la cuestión y se expidió sobre dicho recurso, rechazándola en virtud a lo dispuesto en el art. 253 del C.P.C., dejando sin efecto la apelación en subsidio.

PROCESO CIVIL Y COMERCIAL. Conclusión de la causa para definitiva.

Teniendo en cuenta que el recurrente debió solicitar al Juzgador la suspensión del término para alegar, a fin de incorporar las pruebas producidas fuera de término en el periodo probatorio, interponer los recursos de reposición y apelación en subsidio denegados por el inferior contra la providencia que ordenó el cierre probatorio, resulta absolutamente improcedente.

RECURSO DE REPOSICIÓN.

El hecho de que el juez de Primera Instancia haya denegado el recurso de reposición interpuesto contra una providencia que no es de mero trámite, luego de analizar el recurso en su aspecto de fondo, no significa –en modo alguno– que el recurso de apelación que hubiese sido interpuesto en forma subsidiaria sea improcedente por cuanto que, tratándose de providencias que no son de mero trámite, el Juzgado inferior no tiene facultades para analizar si la misma puede ser o no ser revocada.

RECURSO DE APELACIÓN. Facultades del Tribunal de Apelación.

Esta facultad (revocatoria eventual de una providencia que no es de mero trámite) es de competencia privativa del Tribunal de Apelación. En tales casos,

aun cuando el Juez de Primera Instancia haya denegado el recurso de reposición por razones de fondo, el recurso de apelación debe ser concedido (en la hipótesis de que hubiese sido interpuesto en tiempo y forma) para ser analizado y resuelto como corresponda por el Tribunal de Alzada. Una interpretación diferente a la ahora sostenida importaría violar el Derecho y permitir que el Juez de Primera Instancia (que no es competente para revocar una providencia que no es de mero trámite), resuelva la cuestión con un carácter de irrecurribilidad o ejecutoria que solamente puede ser admitido en los casos previstos en el artículo 390 del CPC (providencias de mero trámite y autos interlocutorios que no causan gravamen irreparable).

RECURSO DE ACLARATORIA.

Desde el momento en que no se pretende dejar meramente sin efecto la providencia recurrida (en la cual se ordenaron el cierre del periodo probatorio y la agregación de las pruebas producidas en atención al informe del actuario), sino lograr que, a las pruebas ya agregadas (que no se cuestionan), se incluya una o varias pruebas más, el recurso interpuesto, en rigor, no es el de reposición, sino en su caso el de aclaratoria (suplir omisiones), y así debió haber sido calificada iura novit curia por la Magistratura de la instancia anterior.

RECURSO DE REPOSICIÓN. Apelación en subsidio.

Para que el recurso de apelación en subsidio sea procedente se requiere que la resolución o providencia judicial recurrida por vía de tal recurso cause un perjuicio irreparable en los derechos del presunto afectado, extremo que no concurre en este caso particular porque la providencia recurrida no contiene decisión alguna por la cual se hubiese dispuesto no admitir, o rechazar, o excluir una prueba del litigante que hoy interpuesto el recurso de queja.

RESOLUCIÓN JUDICIAL. PROCESO CIVIL Y COMERCIAL. Conclusión de la causa para definitiva.

La providencia por la cual se ordeno el cierre del periodo probatorio y la agregación de las pruebas producidas en atención al informe del actuario no es apelable para el hoy quejoso porque no le causa agravio real, conforme los fundamentos antes expresados, razón por la cual no se encuentra legitimado para pretender su revocatoria por vía del recurso de apelación ante la Alzada

TApel. Civ. y Com. Primera Sala. 27-07-10. "Queja por apelación denegada interpuesta por Andino Agustín Caballero Cantero c. Compañía Paraguaya de Comunicaciones S.A. (COPACO S.A.) s. Indemnización de daño moral y otro" (A.I.N° 434)

Asunción, 27 de Julio de 2.010.

VISTO: El recurso de queja por apelación denegada interpuesto por el señor Andino Agustín Caballero Cantero y;

CONSIDERANDO:

Opinión de la magistrada Valentina Núñez González: Que, por el escrito de referencia, el mencionado profesional, concurre en queja por apelación denegada contra el A.I. N° 895 de fecha 24 de julio de 2009, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del 13° Turno.

Que, para la procedencia de la queja deben considerarse tres requisitos: 1) Que la resolución que se pretende impugnar sea recurrible; 2) Que los recursos interpuestos contra la misma hayan sido interpuestos en tiempo y forma, y; 3) Que la Queja interpuesta sea planteada dentro del plazo previsto en la Ley Procesal.

Que, en los autos principales que tenemos a la vista vemos que los recursos de reposición y apelación en subsidio fueron interpuestos contra la providencia de fecha 10 de junio de 2009 en la cual se ordenaron el cierre del periodo probatorio y la agregación de las pruebas producidas en atención al informe del actuario.

Que, el art. 394 del Código Procesal Civil señala claramente que: “Podrá interponerse la apelación en subsidio juntamente con el recurso de reposición, para el caso que éste fuese denegado por entender el Juez o Tribunal que la reposición no es la vía procesal adecuada”; en autos, el A-quo entendió que la reposición era la vía adecuada para resolver la cuestión y se expidió sobre dicho recurso, rechazándola en virtud a lo dispuesto en el art. 253 del C.P.C., dejando sin efecto la apelación en subsidio.

Que, teniendo en cuenta que el recurrente debió solicitar al Juzgador la suspensión del término para alegar, a fin de incorporar las pruebas producidas fuera de término en el periodo probatorio, interponer los recursos de reposición y apelación en subsidio denegados por el inferior, resulta absolutamente improcedente.

En consecuencia, corresponde rechazar el recurso de queja por recursos denegados planteados en autos.

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

Opinión del magistrado Dr. Marcos Riera Hunter: En reiterados precedentes jurisprudenciales esta Magistratura ha sostenido que el hecho de que el Juez de Primera Instancia haya denegado el recurso de reposición interpuesto contra una providencia que no es de mero trámite, luego de analizar el recurso en su aspecto de fondo, no significa –en modo alguno– que el recurso de apelación que hubiese sido interpuesto en forma subsidiaria sea improcedente por cuanto que, tratándose de providencias que no son de mero trámite, el Juzgado inferior no tiene facultades para analizar si la misma puede ser o no ser revocada. Esta facultad (revocatoria eventual de una providencia que no es de mero trámite) es de competencia privativa del Tribunal de Apelación. En tales casos, aun cuando el juez de Primera Instancia haya denegado el recurso de reposición por razones de fondo, el recurso de apelación debe ser concedido (en la hipótesis de que hubiese sido interpuesto en tiempo y forma) para ser analizado y resuelto como corresponda por el Tribunal de Alzada. Una interpretación diferente a la ahora sostenida importaría violar el Derecho y permitir que el Juez de Primera Instancia (que no es competente para revocar una providencia que NO ES de mero trámite), resuelva la cuestión con un carácter de irrecurribilidad o ejecutoria que solamente puede ser admitido en los casos previstos en el artículo 390 del CPC (providencias de mero trámite y autos interlocutorios que no causan gravamen irreparable).

En la especie, es precisamente lo que ha ocurrido. Se ha interpuesto contra una providencia que no es de mero trámite un (supuesto) recurso de reposición con apelación en subsidio. El Juzgado, en lugar de desestimar el (supuesto) recurso de reposición señalando que no es la vía procesal adecuada, concediendo eventualmente (si procediera) la apelación subsidiaria, rechazó el recurso de reposición por razones de fondo y, al propio tiempo denegó la apelación como una consecuencia directa del rechazo del pretendido recurso de reposición incurriéndose así en el error antes señalado. El Tribunal no puede entender que por haber desestimado el Juzgado el recurso de reposición por razones de fondo la apelación ya resulta improcedente puesto que, como se dijo, tratándose de providencias o resoluciones que no son de mero trámite el único órgano competente para decidir si las mismas deben ser revocadas o no es el Tribunal de Apelación, no pudiendo desestimarse, entonces, la queja fundado en que al haber estudiado el Juez la reposición en su aspecto de fondo, la apelación deviene ya improcedente.

Es por ello que corresponde la Magistratura analice la cuestión planteada conforme el esquema de interpretación que antecede. En tal sentido se advierte que el denominado “recurso de reposición” interpuesto por el quejoso, en realidad, no es tal por cuanto que el citado recurrente no ha interpuesto tal figura recursiva con la finalidad precisa y específica de dejar sin efecto la providencia del 10 de junio del 2010, sino para lograr que se incluya, como parte de las pruebas agregadas, otras probanzas en relación a sus derechos. Desde el momento en que no se pretende dejar meramente sin efecto la providencia recurrida, sino lograr que, a las pruebas ya agregadas (que no se cuestionan), se incluya una o varias pruebas más, el recurso interpuesto, en rigor, no es el de reposición, sino en su caso el de aclaratoria (suplir omisiones), y así debió haber sido calificada *iura novit curia* por la Magistratura de la instancia anterior.

Por otra parte, para que el recurso de apelación sea procedente se requiere que la resolución o providencia judicial recurrida por vía de tal recurso cause un perjuicio irreparable en los derechos del presunto afectado, extremo que no concurre en este caso particular porque la providencia del 10 de junio del 2010 no contiene decisión alguna por la cual se hubiese dispuesto no admitir, o rechazar, o excluir una prueba del litigante que hoy interpuesto el recurso de queja. Si tal providencia hubiera contenido una determinación semejante, entonces sí la resolución o providencia sería apelable ante la Alzada, por ocasionar gravamen irreparable. Pero, como se dijo, no existe una decisión semejante, de donde se infiere que al no existir agravio, la providencia del 10 de junio del 2010 es inapelable para el hoy recurrente. El interesado debió haber promovido, en su caso, el incidente de suspensión del plazo para alegar a los efectos consiguientes, cosa que no hizo. Tampoco interpuesto en forma clara la aclaratoria (suponiendo que lo único que deseaba era no excluir las pruebas ya agregadas, sino incluir algunas no incluidas) a fin de poder apelar, en su caso, la eventual denegatoria de la misma.

En conclusión, la providencia del 10 de junio del 2010 no es apelable para el hoy quejoso, porque no le causa agravio real, conforme los fundamentos antes expresados, razón por la cual no se encuentra legitimado para pretender su revocatoria por vía del recurso de apelación ante la Alzada.

En consecuencia, por las razones anotadas, corresponde desestimar el recurso de queja por recurso denegado interpuesto por el quejoso, por improcedente.

TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL

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

RESUELVE: Rechazar el recurso de queja por apelación denegada interpuesto por el señor Andino Caballero Cantero, contra el A.I. N° 895 de fecha 24 de julio de 2009, segundo apartado. Anotar, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

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

Ante mí: Arnaldo Martínez Rozzano. Actuario Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 435

CADUCIDAD DE INSTANCIA. RECONVENCIÓN.

Debe ser analizada la caducidad solo de la reconvencción, dado que estaba pendiente el traslado de la demanda reconvenccional, por lo que no puede ser tenido en cuenta la caducidad respecto de la demanda principal, dado que la carga de instar el procedimiento solo era posible para el reconviniente. No podía de ninguna manera, el actor de la demanda principal instar el proceso, por lo que ante dicha imposibilidad no correspondía la declaración de caducidad de la demanda principal.

TApel. Civ. y Com. Primera Sala. 27-07-10. "T. de J. A. S. c. C. G. D. F. s. Divorcio" (A.I.N° 435)

Asunción, 27 de julio de 2010.

VISTOS: Los recursos de apelación y nulidad interpuestos, contra el A.I. N° 2282 de fecha 16 de noviembre de 2006, dictado por la jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, del Sexto Turno, y;

CONSIDERANDO:

Que la resolución recurrida dispuso: "...I) Declarar operada la caducidad de la instancia en los autos caratulados T. d J. A. S. c/ C. G. D. F. s/ Divorcio. II) Ordenar el archivamiento de los autos, una vez firme la presente resolución. III) Imponer las costas a la parte actora...".

En cuanto al Recurso de Nulidad. Opinión del magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos: El recurrente ha desistido del Recurso de Nulidad, y no existiendo vicios formales que ameriten la declaración de nulidad de oficio, corresponde en consecuencia declarar desierto.

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

En cuanto al Recurso de Apelación. Opinión del magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos: El recurrente se agravia de la resolución objeto de recurso en razón de que, a su entender, el inferior no debía declarar la caducidad de estos autos a su respecto, dado que existiendo una demanda reconvenicional y estando pendiente el traslado de la misma a su parte, considera que debía ser declarada la caducidad respecto de la reconvenición y no de la demanda por el instaurada.

Del recurso predicho, se ha ordenado traslado a la adversa, quien lo contestó solicitando sea rechazada la petición del recurrente, sosteniendo que ambas partes se han presentado inactivas por lo que, a su entender, se dan los presupuestos para la declaración de la caducidad de todo el juicio.

En estos autos, fue declarada operada la caducidad de instancia, y en ese sentido, atendiendo las argumentaciones de las partes, como asimismo las constancias del presente juicio, este Miembro procede al análisis de la cuestión objeto de recurso de apelación, y en ese sentido, debe ser determinado si están dados los presupuestos exigidos por el 172 y sptes. del C.P.C. para que haya sido resuelta la caducidad, aunque primeramente, debe analizarse si la caducidad debe ser analizada respecto de la demanda principal o de la reconvenición que ha sido interpuesta en el presente juicio, dada que es posible su estudio de manera separada, por la autonomía de la demanda reconvenicional.

En dicho sentido, cabe señalar que debe ser analizada la caducidad solo de la reconvenición, dado que estaba pendiente el traslado de la demanda reconvenicional, por lo que no puede ser tenido en cuenta la caducidad respecto de la demanda principal, dado que la carga de instar el procedimiento solo era posible para el reconviniente. No podía de ninguna manera, el actor de la demanda principal instar el proceso, por lo que ante dicha imposibilidad no correspondía la declaración de caducidad de la demanda principal.

Seguidamente deben ser estudiados si están dados los presupuestos de la caducidad en la reconvención. Con respecto al primer presupuesto, que lo constituye la instancia, debe señalarse como obvia la respuesta, por lo que no será necesario explayarse sobre el mismo.

En cuanto al segundo, debe establecerse si verdaderamente ha existido inactividad. Al respecto debe dejarse sentado que la actuación que debe ser tomada como parámetro para la determinación de actos que signifiquen impulso procesal, lo constituye la providencia de fecha 10 de Noviembre del 2005. La parte actora de la demanda principal solicitó la caducidad, fundado en que a partir de la citada resolución no se ha instado el incidente en cuestión, extremo al que se adhiere la reconviniendo, con la aclaración de que la inactividad, a su entender, es perjudicial para ambos. Como se ha dejado sentado más arriba, la inactividad solo es respecto de la reconviniendo, dado que solo su parte podía impulsar el procedimiento.

Por último, se constata, que han transcurrido más de los seis meses requeridos para la declaración de caducidad. Es así que en estos autos puede ser declarada la caducidad respecto de la reconvención, dado que la omisión de hacer diligenciar el traslado de su demanda reconvencional debe entenderse como abandono de la misma por su parte y tal situación, el Art. 179 del C.P.C. sanciona con la caducidad. Por lo que corresponde la declaración de caducidad en la reconvención, desde el momento se han cumplido todos los presupuestos para la declaración de la misma.

En estas condiciones, este Miembro considera que el Interlocutorio recurrido debe ser revocado en todas sus partes, correspondiendo declarar la caducidad de la reconvención.

Opiniones de los magistrados Valentina Núñez González y Dr. Marcos Riera Hunter: Manifiestan que se adhieren a la opinión vertida por el 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. Revocar, con costas, el Auto Interlocutorio N° 2282 de fecha 16 de noviembre de 2006 en todas sus partes, conforme a los alcances establecidos en el exordio de la presente resolución. Anotar, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

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

Ante mí: Arnaldo Martínez Rozzano, Actuario Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 451

EXCUSACIÓN

Si bien es cierto que el art. 21 del CPC admite la posibilidad que existan otras causas que afecten el decoro y la delicadeza del magistrado para entender en la cuestión, esto no lo exime de justificar debidamente en qué consisten esos motivos, dado que la enumeración del art. 20 es enunciativa y no taxativa y por consiguiente, no basta la mera referencia a motivos de decoro y delicadeza para la inhibición sino que debe quedar claramente establecido en qué consisten esos motivos, porque de lo contrario nos encontramos ante una inhibición sin causa justificada.

TApel. Civ. y Com. Primera Sala. 30-07-10. César Luiz Quadri Santi c. Lucia Otilia Maidana Vda. De Shiguenaga s/ Interdicto de Recobrar la Posesión” (A.I. N° 451)

Asunción, 30 de julio de 2010.

Y VISTA: La impugnación formulada por el juez de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de la Niñez y Adolescencia de Lambaré, Abog. Isidoro Olazar Pozza, contra la inhibición del de igual clase y jurisdicción de J.A. Saldívar, Abog. Ramón A. Insfrán, y;

CONSIDERANDO:

Opinión de la magistrada Valentina Núñez González: QUE el mencionado magistrado impugna la inhibición del juez de J.A. Saldívar, alegando que el mismo no ha dado cumplimiento a precisas disposiciones del Código Procesal Civil, pues no ha expresado la causal de inhibición sobre la que funda su separación alegando solamente que lo hacía en virtud a lo dispuesto en el art. 21 del CPC.

QUE, al respecto cabe señalar que si bien es cierto que el art. 21 admite la posibilidad que existan otras causas que afecten el decoro y la delicadeza del

magistrado para entender en la cuestión, esto no lo exime de justificar debidamente en qué consisten esos motivos, dado que la enumeración del art. 20 es enunciativa y no taxativa y por consiguiente, no basta la mera referencia a motivos de decoro y delicadeza para la inhabilitación sino que debe quedar claramente establecido en qué consisten esos motivos, porque de lo contrario nos encontramos ante una inhabilitación sin causa justificada. A ello se suma la obligación prevista en la Ley 3579/09 que “Regula el Procedimiento para el enjuiciamiento y remoción de magistrados y deroga las leyes antecedentes” que en el art. 14 inciso r) considera causal de mal desempeño, “inhibirse de entender en casos de su competencia, sin causa justificada. Se tendrá como tal la inhabilitación que busque evadir la responsabilidad de entender en los juicios e investigaciones que le correspondiesen, y en consecuencia, hubiese sido rechazada por el órgano de Alzada o la Fiscalía General del Estado, cuando la causal alegada haya sido la de decoro y delicadeza, sin que ella se funde en hechos situaciones concretas que la motiven y se hayan expresado en la resolución respectiva...”.

Por todo lo señalado precedentemente, debe hacerse lugar a la impugnación promovida por el juez de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de la Niñez y Adolescencia de Lambaré, disponiendo la devolución de los autos al de igual clase y jurisdicción de J. Augusto Saldívar, Abog. Ramón A. Insfrán.

Opiniones de los magistrados Oscar Augusto Paiva Valdovinos y Dr. Marcos Riera Hunter: Manifiestan que se adhieren a la opinión vertida por la magistrada Valentina Núñez González 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: 1. Hacer lugar a la impugnación formulada por el juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, Laboral y de la Niñez y Adolescencia de Lambaré, Abog. Isidoro Olazar Pozza, contra la inhabilitación del de igual clase y jurisdicción de J. Augusto Saldívar, Abog. Ramón A. Insfrán, debiendo devolverse los autos al mismo a fin de que entienda en el presente juicio. 2. Anotar, registrar y remitir copia a la Corte Suprema de Justicia.

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

Ante mí: Arnaldo Martínez Rozzano, Actuario Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 469

REGULACIÓN DE HONORARIOS. POSESIÓN. Acción posesoria.

El recurso de nulidad no puede prosperar A) ... porque el mismo artículo 26, inc. c) determina el proceso a seguir en los casos en que el profesional considere que el valor fiscal ese inferior al real, a quien se faculta asignar una estimación a la que podría haberse opuesto el obligado, contestando el traslado, por lo que al no haberlo hecho consintió las actuaciones. B) ... porque si bien el art. 26, inc. c) determina como regla que es valor el que debe servir de parámetro para el evalúo del monto del juicio a los efectos regulatorios, admite como excepción que el profesional realice la estimación del valor que considera real, de la que se deberá correr traslado al obligado para que si se opone, se realice una pericia judicial. De las constancias de autos surge que se notificó a la accionada de la estimación practicada, sin que la misma haya formulado reparo alguno, lo que desde el punto de vista procesal, equivale a consentir lo actuado.

TApel. Civ. y Com. Primera Sala. 06-08-10. "Regulación de Honorarios profesionales de los abogados Ricardo Lugo Rodríguez y Zully de Lugo en: Cooperativa de Servicios 24 de Mayo Ltda. C. Arzobispado de Asunción s. Interdicto de Retener la posesión" (A.I. N° 469)

Asunción, 06 de Agosto de 2010.

VISTOS: Los recursos de apelación y nulidad interpuestos contra el A.I. N° 623 de fecha 29 de junio de 2006 (fs. 17), dictado por S.S. el Sr. juez de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de la Niñez y la Adolescencia de Lambaré, y;

CONSIDERANDO:

Que por el auto regulatorio en alzada, el Juez estableció en la suma de Gs. 19.360.000 los honorarios profesionales que, en forma conjunta, corresponde a los abogados Ricardo Lugo Rodríguez y Zully de Lugo. Contra dicho interlocutorio interpone recursos la parte demandada en los términos del escrito de fs. 24/25 de autos.

En cuanto al Recurso de Nulidad. Opinión del magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos: El apelante funda el recurso de nulidad en que el A-quo aprobó la tasación extrajudicial de la res litis presentada por la parte acto-

ra, y sobre ella justipreció la labor de los citados profesionales, apartándose del art. 26, inc. c) de la Ley 1376/88, que le imponía a tal efecto considerar el valor fiscal del inmueble, aun cuando la accionada no haya formulado oposición a la pericia que rola a fs. 2 de autos.

Consideramos que este recurso no puede prosperar A) ...porque el mismo artículo 26, inc. c) determina el proceso a seguir en los casos en que el profesional considere que el valor fiscal ese inferior al real, a quien se faculta asignar una estimación a la que podría haberse opuesto el obligado, contestando el traslado, por lo que al no haberlo hecho consintió las actuaciones. B) ...porque si bien el art. 26, inc. c) determina como regla que es valor el que debe servir de parámetro para el evalúo del monto del juicio a los efectos regulatorios, admite como excepción que el profesional realice la estimación del valor que considera real, de la que se deberá correr traslado al obligado para que si se opone, se realice una pericia judicial. De las constancias de autos surge que se notificó a la accionada (fs. 15) de la estimación practicada, sin que la misma haya formulado reparo alguno, lo que desde el punto de vista procesal, equivale a consentir lo actuado.

Corresponde, por tanto, rechazar este recurso, por no encontrar vicio capaz de ocasionar la nulidad del interlocutorio dictado por el juez de Primera Instancia.

Opiniones de los magistrados Dr. Valentina Núñez González y Raúl Gómez Frutos: Manifiestan que se adhieren a la opinión vertida por el magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos, por compartir sus mismos fundamentos.

En cuanto al Recurso de Apelación. Opinión Del Magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos: Por medio del recurso de Apelación también deducido, la abogada María Azucena Gómez de Carrillo ha sostenido que el porcentaje de 20% aplicado por el A-quo es exagerado y que además se halla desajustado al valor del inmueble al tiempo de la tramitación de juicio. Peticiona por tanto se retasen los honorarios, para cuyo justiprecio debe aplicarse el menor porcentaje establecido en la Ley. A los efectos del cálculo de los honorarios, debe tenerse en cuenta: a) el monto del asunto, que constituye el valor atribuido al inmueble (Gs. 121.000.000). Habiendo culminado el juicio principal con el dictamiento de la S.D. N° 313 del 02 de Junio de 2.004, corresponde la aplicación de los art. 39 de la ley de aranceles profesionales, por el cual los honorarios se fijarán en un 80% de lo que correspondería en juicio ordinario de acuerdo al valor de la cosa

JURISPRUDENCIA

sobre la que versa el juicio, es decir, en este caso, la cantidad de Gs. 96.800.000, que finalmente es el monto que servirá de base para el justiprecio de honorarios; 2) El rol de los Abogados, quienes han tomado intervención en el principal en sus respectivos caracteres de abogado y procurador de la parte actora; 3) La etapa que ha alcanzado el juicio principal (art. 27, inc. d) de la Ley 1376/88); 4) La complejidad y la importancia del trabajo profesional efectuado.

Por estas breves consideraciones, se puede afirmar que el fallo apelado se halla ajustado a derecho y por ello, debe ser confirmado, desde el momento que se ha aplicado lo previsto en la Ley 1376/88, Arts. 32 y 39.

Corresponde, por tanto, incursar la cuestión dentro de las previsiones del artículo 39, en concordancia con el artículo 32 de la Ley 1376/88, tal como ha procedido el Inferior, y en consecuencia confirmar los honorarios profesionales de los abogados Ricardo Lugo Rodríguez y Zully de Lugo.

Opiniones de los magistrados Dr. Valentina Núñez González y Raúl Gómez Frutos: Manifiestan que se adhieren a la opinión vertida por el 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. Retasar los honorarios profesionales de los abogados Ricardo Lugo Rodríguez y Zully de Lugo, dejándolos establecidos en la suma de Guaraníes Diez y ocho millones ciento cincuenta mil (Gs.18.150.000) más el 10% en concepto de I.V.A. que asciende a la suma Guaraníes Un millón ochocientos quince mil (Gs. 1.815.000). Anotar, registrar y remitir copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Raúl Gómez Frutos, Oscar A. Paiva Valdovinos, Valentina Núñez González.

Ante mí: Arnaldo Martínez Rozzano, Acuario Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 476

CADUCIDAD DE INSTANCIA. RECURSO DE APELACIÓN.

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. (Voto del Dr. Marcos Riera Hunter en la minoría)

CADUCIDAD DE INSTANCIA. RECURSO DE APELACIÓN.

El enunciado del artículo 178 del CPC que dice “La resolución sobre la caducidad será apelable”, debe interpretarse, 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 CPC), un simple razonamiento “a-contrario sensu” conduce a la elaboración de una norma tácita prohibitiva 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 del Dr. Marcos Riera Hunter en la minoría)

CADUCIDAD DE INSTANCIA.

La disposición contenida en el artículo 178 del CPC no distingue, o mejor dicho, no hace distinción alguna a los efectos de considerar recurrible o no el pronunciamiento del juzgador según éste, haya sido por el rechazo o por la admisibilidad de la caducidad de instancia. (Voto de la mayoría)

CADUCIDAD DE INSTANCIA. Procedencia de la caducidad de instancia.

La resolución del a-quo, en cualquiera de los sentidos que se hubiese pronunciado (rechazo o admisibilidad de la caducidad de la instancia), según su criterio único, puede causar agravios a cualquiera de las partes, como sería el caso de que el A-quo incurra en un error de apreciación en cuanto a las condiciones fácticas para la procedencia de la caducidad, como ser un mal computo o considerando como impulso procesal a alguna presentación o actuación que no es tal, rechazando la caducidad y privado de esta manera al afectado de la posibilidad de cuestionar este hecho en alzada. (Voto de la mayoría).

CADUCIDAD DE INSTANCIA. Presupuesto.

Los presupuestos para la viabilidad de la caducidad se encuentran dados en la existencia de instancia, sumado a la inactividad de las partes por el transcurso del plazo establecido en la norma procesal pertinente, sin que se encuentre dado alguna de las excepciones previstas en el Art. 176 de C.P.C.

CADUCIDAD DE INSTANCIA. Existencia de instancia.

En lo que se refiere al primer presupuesto (existencia de instancia), es decir la existencia de instancia, puede concluir que la misma no se encuentra presente, dado que la misma finaliza con el dictamiento de la sentencia. Posteriormente a la misma no se puede realizarse más nada, puesto que la competencia del Juez ha concluido y tan solo podrá realizarse los actos descriptos en el Art. 163 del C.P.C.

CADUCIDAD DE INSTANCIA. Inactividad de las partes.

En lo que respecta al segundo y tercer requisito (inactividad de las partes por el transcurso del plazo), ya no se hace necesario analizarla dado que, ante la ausencia, de uno de los requisitos imprescindibles para la declaración de la caducidad, se hace innecesario el análisis de los demás elementos, por lo que la resolución en alzada se encuentra conforme a derecho, debiendo ser confirmada, con costas, el auto en alzada.

TApel. Civ. y Com. Primera Sala. 09-08-10. “Banco Sudameris SAECA c Gregorio G. Giubi Romero y otro s. Ejecución prendaria y otros” (A.I. N° 476)

Asunción 09 de Agosto de 2010.

VISTOS: Los recursos de apelación y nulidad interpuestos contra el A.I. N° 1446 de fecha 06 de julio de 2006 (fs. 60), dictado por S.S. el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, del Séptimo Turno, y;

CONSIDERANDO:

Por el auto recurrido el Juez A-quo resolvió: “...No Hacer Lugar al pedido de caducidad de la instancia en los autos caratulados “Banco Sudameris S.A.E.C.A. C/ Gregorio G. Giubi Romero y Otro s/ Ejecución Prendaria y Otro s/ Ejecución Prendaria y Otro”, por improcedente. Anotar...”. Contra el mencionado Auto Interlocutorio, por el cual se rechaza el pedido de caducidad de la instancia, se alza la parte recurrente en los términos del escrito de fs. 62/63 de autos.

Cuestion Previa. 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 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 CPC dispone que “Se operará la caducidad de la instancia...”, el artículo 174 establece que “La caducidad se opera de derecho...”, el artículo 175 preceptúa “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 CPC 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 CPC dispone textualmente: “La resolución 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 CPC (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 CPC.

3) Porque debe tenerse en cuenta que solamente el auto que declara la caducidad de la instancia es susceptible de ocasionar agravios irreparables 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 CPC 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 CPC que dice “La resolución sobre la caducidad será apelable”, debe interpretarse, conforme los fundamen-

tos 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 CPC), un simple razonamiento “a-contrario sensu” conduce a la elaboración de una norma tácita prohibitiva 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. La construcción de esta norma prohibitiva tácita es posible porque a consecuencia de la interpretación sistemática del artículo 178 del CPC (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 CPC y del argumento a-contrario prohíbe o no 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.

En precedente anteriores se han sostenido que el auto que resuelve no hacer lugar al pedido de declaración de caducidad de instancia debe ser impugnado, en su caso, por la vía del recurso de reposición, puesto que al no ocasionar gravamen irreparable corresponde aplicar el mecanismo legislado en el art. 390 del C.P.C. (Criterio que ha sido expuesto en los Autos Interlocutorios N° 776 de fecha 30 de diciembre de 2005, A.I. N° 777 de fecha 30 de diciembre de 2005, A.I. N° 293 de fecha 30 de junio de 2006 y A.I. N° 418 de fecha 17 de agosto de 2007).

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.

Opinion del magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos: En el caso en estudio y planteada la cuestión previa, como facultad del Tribunal de analizar y estudiar si los recursos han sido bien concedidos.

Este conjuer considera en cuanto a la resolución en cuestión, por la cual se rechaza el pedido de caducidad de instancia por su improcedencia, que el Código Procesal Civil en su artículo 178, al referirse a la resolución que recaiga o resuelva el pedido o incidente de caducidad, dice: “La resolución que recaiga sobre la caducidad será apelable. En tercera Instancia será susceptible de reposición.”, resuelve la cuestión en cuanto a la recurribilidad de la dicha resolución.

Este conjuer ha venido sosteniendo en resoluciones anteriores, que la disposición contenida en el artículo citado precedentemente, no distingue, o mejor dicho, no hace distinción alguna a los efectos de considerar recurrible o no el pronunciamiento del Juzgador según éste, haya sido por el rechazo o por la admisibilidad de la caducidad de instancia.

El profesor Dr. Casco Pagano, en su conocida obra “Código Procesal Civil Comentado y Concordado”, página 329, Tomo I, señala al comentar el artículo 178, sobre la Apelabilidad: “Cualquiera sea el sentido del pronunciamiento judicial declarando o no la caducidad de la instancia será susceptible de apelación”.

Lo expuesto precedentemente, a más del texto claro de la ley en los artículos 174 y 178 del CPC ya citados, permite concluir que la resolución del a-quo, en cualquiera de los sentidos que se hubiese pronunciado, según su criterio único, puede causar agravios a cualquiera de las partes, como sería el caso de que el A-quo incurra en un error de apreciación en cuanto a las condiciones fácticas para la procedencia de la caducidad, como ser un mal computo o considerando como impulso procesal a alguna presentación o actuación que no es tal, rechazando la caducidad y privado de esta manera al afectado de la posibilidad de cuestionar este hecho en alzada.

Por lo que, este conjuer es de parecer que las resoluciones que recaigan sobre la caducidad son apelables y por tanto, el recurso ha sido bien concedido, permitiendo la doble instancia sobre todo, como este caso, cuando se hace presente la duda.

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

Recurso de Nulidad. Opinión del magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos: La parte recurrente ha desistido de este recurso, pero en razón de que el recurso de nulidad se encuentra implícito en el de apelación y en ese sentido debe analizarse el fallo de alzado en su aspecto formal y es así que, no se observan en el mismo, vicios o defectos de forma que obliguen al Tribunal a declarar de oficio la nulidad, por lo que corresponde declarar desierto el presente recurso.

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

Recurso de Apelación. Opinión del magistrado Dr. Oscar Paiva Valdovinos: El apelante se agravia de la resolución de alzada, fundado en que, a su entender, se habría equivocado al rechazar el pedido de caducidad invocando las disposiciones del Art. 176 del C.P.C., puesto que, señala el recurrente, el procedimiento no se encontraría en estado de ejecución o cumplimiento de sentencia. Agrega que su contraparte solo se ha notificado de la sentencia y que dicho acto no constituye impulso procesal. Finaliza diciendo que la caducidad opera, aun existiendo sentencia definitiva, cuando esta no se encuentra firme y ejecutoriada.

Corrido el traslado pertinente, la contraria, al momento de contestarla ha solicitado el rechazo del recurso de apelación, fundado en que no corresponde la declaración de la caducidad en razón de que no habría transcurrido el plazo de seis meses para la caducidad, y la imposibilidad de que se declare la caducidad después del dictamiento de la sentencia y que, no puede haber perención de la instancia en razón de lo dispuesto por el Art. 385 del C.P.C., que establece que la notificación se hará de oficio, entendiéndose que el acto de impulso procesal no solo incumbe a las partes.

Que analizadas las constancias de estos autos, se tiene que el objeto del presente recurso constituye el estudio sobre la validez del rechazo de la caducidad solicitada. Al respecto cabe señalar que los presupuestos para la viabilidad de la caducidad se encuentran dados en la existencia de instancia, sumado a la inactividad de las partes por el transcurso del plazo establecido en la norma

procesal pertinente, sin que se encuentre dada alguna de las excepciones previstas en el Art. 176 de C.P.C.

En lo que se refiere al primer presupuesto, es decir la existencia de instancia, puede concluir que la misma no se encuentra presente, dado que la misma finaliza con el dictamiento de la sentencia. Posteriormente a la misma no se puede realizarse mas nada, puesto que la competencia del Juez ha concluido y tan solo podrá realizarse los actos descriptos en el Art. 163 del C.P.C.

En lo que respecta al segundo y tercer requisito, ya no se hace necesario analizarla dado que, ante la ausencia, de uno de los requisitos imprescindibles para la declaración de la caducidad, se hace innecesario el análisis de los demás elementos, por lo que la resolución en alzada se encuentra conforme a derecho, debiendo ser confirmada, con costas, el auto en alzada.

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

RESUELVE: Declarar desierto el recurso de nulidad. Confirmar, con costas el A.I. N° 1446 de fecha 06 de julio de 2006, por los motivos expuestos en el considerando de la presente resolución. Anotar, registrar y remitir copia a la Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Oscar A. Paiva Valdovinos, Marcos Riera Hunter, Valentina Núñez Rodríguez.

Ante mí: Arnaldo Martínez Rozzano, Actuario Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 507

Cuestión debatida: La cuestión se centra en determinar si corresponde regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en la excepción de defecto legal planteada como de previo y especial pronunciamiento por la firma demandada, conforme lo reclama la parte condenada al pago o si corresponde diferir dicha regulación hasta tanto sea resuelta la cuestión principal y si el monto a ser tenido en cuenta es el total del reclamo o del 50% del mismo.

REGULACIÓN DE HONORARIOS.

El art. 28 de la Ley de Aranceles prevé que el profesional pueda solicitar la regulación de sus honorarios una vez cumplida la etapa pertinente sin que el

juicio estuviese finiquitado, que es la situación que se plantea. No se puede diferirse el cálculo so pretexto que el monto reclamado es unilateral o excesivo, pues no se puede coartar el derecho que tiene el profesional a percibir honorarios por el trabajo realizado.

REGULACIÓN DE HONORARIOS.

Ahora bien, con prudente criterio se establece que el cálculo de los honorarios profesionales solicitados antes que el juicio esté finiquitado debe realizarse sobre el 50% de los valores en juego con la posibilidad de regular complementariamente una vez determinados los valores exactos y el vencedor. Por otra parte, en caso que el profesional perciba proporcionalmente sus honorarios o prefiera exigirlos al término del juicio o de la causa, los valores deberán ajustarse al tiempo en que se los regula.

TApel. Civ. y Com. Primera Sala. 23-08-10. “Regulación de Honorarios Profesionales del Abog. Esteban Vicente Sarubbi Lutz en ITC SRL c. Helwett Packard Company CO (HP) s. Indemnización de daños y perjuicios” (A.I. N° 507)

Asunción, 23 de agosto de 2010.

Y VISTOS: los recursos de apelación y nulidad interpuestos por los Abogados Esteban Burt, en representación de la firma Hewelett Packard Company y Esteban Sarubbi, por sí, contra el A.I.N° 97 de fecha 16 de febrero de 2009 y contra el A.I.N° 354 de fecha 16 de marzo de 2009, dictada por la Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Quinto Turno, y;

CONSIDERANDO:

Que por el A.I. N° 97 del 17 de febrero de 2009, la A-quo había dispuesto. “1. Regular los honorarios profesionales del abogado Esteban Vicente Sarubbi Lutz por los trabajos realizados en “Informática, Tecnología Y Comunicación Sociedad de Responsabilidad Limitada (ITC S.R.L) c/ Hewelett Packard Company Co (HP) s/ Indemnización de Daños y Perjuicios por Incumplimiento Contractual” en el doble carácter de abogado procurador y patrocinante de la parte demandante gananciosa en la oposición realizada a la excepción de defecto legal opuesta por la parte demandada, dejándolos fijados en la suma de Dólares Americanos Treinta y Dos Mil (U\$S 32.000) y mas la suma de Dólares Americanos (tres mil doscientos (U\$S 3.200)en concepto de Impuesto al Valor Agregado”

gado (I.V.A) de conformidad a lo dispuesto en la Acordada N° 337 de fecha 242 de noviembre de 2004 de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia. 2. Anotar, registrar y remitir copia a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia. Por su parte en el A.I.N° 354 de fecha 16 de marzo de 2009 resolvió: “1. No Hacer Lugar al recurso de aclaratoria interpuesto por el abogado Esteban Vicente Sarubbi Lutz contra el A.I. N° 97 de fecha 16 de febrero de 2009, en base a las consideraciones expuestas en el exordio de la presente resolución.2. Anotar, registrar y remitir copia a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia”.

En cuanto a la Nulidad. Opinión de la magistrada Valentina Núñez González: Cabe señalar que el Abog. Esteban Burt, no ha fundado dicho recurso en forma expresa, solicitando en el petitorio del escrito presentado que se tenga por fundado el recurso de apelación, lo que importa un desistimiento tácito del de nulidad. Por su parte el Ab. Esteban Vicente Sarubbi Lutz, desistió expresamente del recurso. Tampoco se observan en la resolución recurrida, vicios de forma o solemnidades que ameriten el estudio de oficio por parte del Tribunal, debiendo en consecuencia declararse desierto el mismo.

Opiniones de los magistrados Raúl Gómez Frutos y Dr. Carmelo Castiglioni: Manifiestan que se adhieren a la opinión de la magistrada Valentina Núñez González por compartir sus mismos fundamentos.

En cuanto a la Apelación. Opinión de la magistrada Valentina Núñez González: A fs. 31/35 de autos obra el escrito de fundamentación de la parte representada por los abogados José Sosa Gustale y Esteban Burt, cuyos agravios se pueden resumir en lo siguiente: a) que la parte actora ha hecho una estimación unilateral en concepto de la indemnización pretendida que hasta tanto no sea establecida por sentencia, no puede ser tenido en cuenta, citando comentarios de la obra Honorarios de Abogados y Procuradores del Dr. José Raúl Torres Kirmsler ; b) que corresponde se difiera la regulación que corresponda hasta que se resuelva la cuestión en el juicio principal ; c) que en caso de considerarse oportuna la regulación debe estimarse tomando como base el 50% del monto reclamado, según el art. 28 de La Ley de Aranceles N° 1376/88, efectuando un cálculo estimativo de lo q criterio de los apelantes debería ser el monto a regular.

Corrido traslado a la otra parte, esta contesta en escrito que va de fs. 36/39 refutando los argumentos de la adversa y sosteniendo que el monto a ser tenido en cuenta es la totalidad del reclamado en el principal y que no corres-

ponde aplicar el 50% como sostiene la adversa, porque ello se configura cuando el juicio aún no está terminado, considerando el apelante que en el caso en estudio la excepción previa interpuesta ya ha agotado todas las etapas procesales y las instancias, por lo que debe considerarse como un juicio terminado y finiquitado, correspondiendo, reitera la regulación sobre la totalidad de la suma reclamada.

A su vez de fs. 41/44 obra el escrito de fundamentación de los recursos interpuestos por el Abog. Esteban Vicente Sarubbi Lutz, reclamando la modificación de las resoluciones recurridas, en el sentido de que la regulación sea efectuada teniendo en cuenta el monto reclamado en el principal, debiendo aplicarse lo dispuesto en el art. 32, 22, 25 de la Ley de Aranceles a tal efecto. Considera que la suma que corresponde de acuerdo a la aplicación de dichos artículos daría la suma de U\$S 60.535,40 (Sesenta mil quinientos treinta y cinco dólares con cuarenta centavos) por los trabajos realizados en Primera Instancia, en la excepción y no la suma de U\$S 32.000 que el regulara la Jueza sin aclarar si dicha suma era definitiva o provisoria. Concreta su planteamiento señalando que su parte se agravia por el monto regulado por la Jueza de inferior instancia en vista que la misma no ha establecido si la regulación realizada responde a la totalidad de los honorarios que corresponderían en la excepción o solo al 50%, solicitando que el Tribunal modifique la regulación recurrida, en el total señalado precedentemente y con carácter definitivo, de acuerdo al cálculo realizado por el mismo a fs. 43, adicionando el IVA correspondiente.

Entrando a analizar la cuestión sometida a estudio, nos encontramos ante una regulación de honorarios profesionales del Ab. Esteban Vicente Sarubbi Lutz, representante legal de la parte actora en el principal, por los trabajos realizados en Primera Instancia en la excepción de defecto legal promovida por la parte demandada la firma HP CO, en la que resultara ganancioso, habiéndose fijado en tal concepto la suma de U\$S 32.000 (Treinta y dos mil dólares americanos) mas el IVA correspondiente.

La cuestión se centra en determinar si corresponde regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en la excepción de defecto legal planteada como de previo y especial pronunciamiento por la firma Hewelett Packard Company, conforme lo reclama la parte condenada al pago o si corresponde diferir dicha regulación hasta tanto sea resuelta la cuestión principal y si el monto a ser tenido en cuenta es el total del reclamo o del 50% del mismo.

Al respecto debemos señalar que el art. 28 de la Ley de Aranceles estipula que: “los honorarios profesionales serán exigibles una vez que se hayan cumplido las etapas señaladas en el artículo precedente. En caso que el profesional solicite la regulación una vez cumplida la etapa pertinente sin que el juicio estuviere finiquitado, los jueces procederán a regularlos tomando como base el cincuenta por ciento de los valores correspondientes” en concordancia con el art. 27 precedente donde se señalan las diversas situaciones que puedan plantearse y tratándose de de procesos ordinarios en el inciso b) señala como etapas de los mismos 1. demanda, reconvencción y sus contestaciones; 2. etapa de pruebas; 3. alegato y trámites hasta la terminación del juicio en Primera instancia.

Por su parte, el art. 23 del mismo cuerpo legal, al referirse a las excepciones previas, estipula que las mismas se regularán como incidentes, pero si el progreso de ellas determinase la imposibilidad de promover idéntica acción, los honorarios del abogado del vencedor se regularán como si se tratase del a causa principal” y el art. 22 establece los parámetros a ser tenidos en cuenta para la regulación de honorarios tratándose de incidentes par lo que debe tenerse en cuenta a) el monto reclamado en el principal; b) la consecuencia inmediata o mediata que tendrán sobre el resultado del juicio principal; c) los elementos de apreciación señalados en el art 21. El monto regulado podrá llegar hasta el veinte y cinco por ciento de la suma que correspondería por igual concepto en la causa principal, pero en ningún caso será inferior a tres jornales.

De la armonización de estas disposiciones podrá determinarse si es correcta la forma de regular de la A-quo; si es viable la pretensión de la parte demandada o de la parte actora.

La firma ITC S.R.L. promueve demanda ordinaria de daños y perjuicios por incumplimiento contractual reclamando en tal concepto la suma de U\$S 1.614.278,68 (Un millón seiscientos catorce mil doscientos setenta y ocho dólares con sesenta y ocho centavos) que sería el monto reclamado en el principal; la regulación que se pretende corresponde a una excepción de defecto legal planteada como de previo y especial pronunciamiento, correspondiente a la etapa inicial del juicio; siendo una excepción debe regularse conforme lo dispone el art. 23 en concordancia con el art. 22 de la Ley de Aranceles.

El art. 28 de la Ley de Aranceles prevé que el profesional pueda solicitar la regulación de sus honorarios una vez cumplida la etapa pertinente sin que el juicio estuviese finiquitado, que es la situación que se plantea. Esta magistra-

tura considera que no puede diferirse el cálculo so pretexto que el monto reclamado es unilateral o excesivo, pues no se puede coartar el derecho que tiene el profesional a percibir honorarios por el trabajo realizado. Supongamos que a quien hoy solicita la regulación le sea revocado el poder en esta etapa, el mismo debería, con tal criterio, esperar al finiquito del juicio para poder percibir sus honorarios por los trabajos realizados prácticamente al inicio del mismo. ¿Cuánto tiempo debería esperar para tal efecto, atendiendo a la duración que suelen tener las demandas de daños y perjuicios?

Ahora bien, con prudente criterio se establece que el cálculo debe realizarse sobre el 50% de los valores en juego con la posibilidad de regular complementariamente una vez determinados los valores exactos y el vencedor. Por otra parte, en caso que el profesional perciba proporcionalmente sus honorarios o prefiera exigirlos al término del juicio o de la causa, los valores deberán ajustarse al tiempo en que se los regula.

De acuerdo a lo que hemos venido desarrollando, podemos concluir, que no corresponde diferir la regulación tal cual lo solicita la parte representante de HP Co.; tampoco corresponde efectuar los cálculos sobre la totalidad del monto reclamado en juicio como pretende el profesional regulante, sino sobre el 50% del valor y por último cabe definir los porcentajes a ser aplicados atendiendo a los cálculos efectuados por cada una de las partes.

Para ello, corresponde la aplicación de los porcentajes previstos en el art. 32 de la Ley de Aranceles en concordancia con los arts. 21, 22 y 23 del mismo cuerpo legal, y en tal sentido consideramos que atendiendo a los valores en juego y a la calidad e importancia de los trabajos realizados, puede estimarse en un 8 por ciento los honorarios para el patrocinante y en un 4 para el procurador, dando un total de 12%.

Dado que el recurrente reúne la doble calidad, corresponde aplicar sobre el 50% de la suma reclamada dicho porcentaje para determinar el valor estimativos de los honorarios de Primera instancia, lo que da: U\$S 807.139,34 por 12 % darían un total de U\$S 96.856,72 en el juicio principal. Aplicando a ello el 25% previsto para las excepciones, nos da la suma de U\$S 24.214,18 (Veinticuatro mil doscientos catorce dólares americanos con 18 centavos) revistiendo esta determinación el carácter de provisorio, debiendo una vez concluido el juicio y establecidas las cifras finales, solicitar la regulación complementaria. A esta cifra debe adicionarse el IVA correspondiente en un 10%.

Las costas deben imponerse en el orden causado habida cuenta que no han prosperado totalmente las pretensiones de las partes.

Opiniones de los magistrados Raúl Gómez Frutos y Dr. Carmelo Castiglioni: Manifiestan que se adhieren a la opinión de la magistrada Valentina Núñez González por compartir sus mismos fundamentos.

RESUELVE: 1. Declarar desierto el recurso de nulidad en relación al Abog. Esteban Burt y tener por desistido en relación al Abog. Esteban Vicente Sarubbi Lutz. 2. Retasar los honorarios profesionales del Abog. Esteban Vicente Sarubbi Lutz, por los trabajos realizados en Primera Instancia en el doble carácter de patrocinante y procurador, en la excepción de defecto legal en la que resultara ganancioso, dejándolos fijados en la suma de U\$S 24.214,18 (Veinticuatro mil doscientos catorce dólares americanos con 18 centavos) más el IVA correspondiente que asciende a la suma de U\$S 2.421 dólares (Dos mil cuatrocientos veintiún dólares americanos) o su equivalente en guaraníes al cambio vigente a la fecha de pago, revistiendo esta determinación el carácter de provisorio, debiendo una vez concluido el juicio y establecidas las cifras finales, solicitar la regulación complementaria. 3. Costas en el orden causado. 4. Anotar, registrar y remitir copia a la Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Carmelo Castiglioni, Valentina Núñez Rodríguez, Raúl Gómez Frutos.

Ante mí: Arnaldo Martínez Prieto, Actuario Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 567

Cuestión debatida: La cuestión de fondo traída a estudio de este Tribunal hace relación a una excepción de Prescripción planteada en estos autos. La cuestión se circunscribe esencialmente en determinar si ha transcurrido o no en este proceso el plazo para que opere la prescripción y, asimismo, la norma legal aplicable al presente caso.

CONTRATO. Nulidad del contrato. Modificación equitativa del contrato.

Si el Código Civil, en su art. 671, establece un plazo de dos años para que el lesionado ejerza la acción de nulidad del contrato o su modificación equitativa

correspondiente y, asimismo, impone la obligación de que la demanda sea notificada al demandado para que la misma no se vea afectada por la prescripción liberatoria, consecuentemente, no se puede encuadrar a este tipo de acciones en el artículo “659 inc. e” del Código Civil, tal como lo pretende el recurrente.

PRESCRIPCIÓN. Plazos para la prescripción.

El Código Civil estipula un plazo de dos años para que el lesionado pueda ejercer su derecho a reclamar la nulidad o modificación del contrato y que, si así lo hiciere, deberá notificar el inicio de la demanda al demandado para que de esta manera, no se vea afectado por la prescripción. A los efectos del cómputo, se debe establecer que el mismo debe ser computado desde la fecha en que el contrato fue celebrado.

PRESCRIPCIÓN. Suspensión de la prescripción.

El hecho de que el expediente en un momento fuera extraviado, no es un fundamento suficiente para sostener que el artículo a ser aplicado es el 643 del Código Civil (“...la suspensión de la prescripción, cuando por razón de fuerza o caso fortuito debidamente justificado...”) ya que, el mismo demandante, –antes de que su acción prescriba- admite que el expediente ha sido ubicado por lo que, solicita se dicte providencia y, posteriormente, presenta un escrito con el fin de ampliar su demanda inicial.

TApel. Civ. y Com. Primera Sala. 06-09-10. “Reconstitución del Expediente Raimundo Benítez c. Hernán Marcelino Sosa G. s. Modificación Equitativa de Contrato” (A.I. N° 567).

Asunción, 06 de setiembre de 2.010.

VISTOS: Los recursos de apelación y nulidad interpuestos por la parte demandada contra el Auto Interlocutorio N° 1175 de fecha 14 de junio de 2007, dictado por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Tercer Turno y;

CONSIDERANDO:

Que por el citado Auto Interlocutorio, el juez A-quo resolvió: “1) Hacer Lugar, con costas, a la excepción de prescripción interpuesta por el demandado Hernán Marcelino Sosa G. contra la demanda de modificación equitativa de contrato, promovida por el Sr. Raimundo Benítez, conforme a los fundamentos expuestos en el presente fallo 2) Desestimar la acción promovida por Raimundo Benítez contra Hernán Marcelino Sosa G., por improcedente...”.

En cuanto al recurso de nulidad. Opinión del magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos: El recurrente no ha fundamentado este recurso. Por otra parte no se observan vicios en la forma y solemnidades de la resolución que pudiera obligar al Tribunal a declarar de oficio la nulidad de la resolución. Corresponde en consecuencia declarar desierto este recurso.

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

En cuanto al Recurso de Apelación. Opinión del magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos: El representante de la parte demandada, el abogado Roberto Nuzzarello, funda sus agravios manifestando que, el fundamento esgrimido por el A-quo no se ajusta a las constancias de autos, a los hechos ni al derecho señalando que: “La norma legal que cita como sustento de su conclusión jamás puede ni debe encuadrarse dentro de este tipo de juicio ordinario, que tiene su propia regulación legal y taxativa dentro del Código Civil (Art. 671), “La misma providencia a que hace referencia al A-quo, ya fue dictada por el mismo fuera del plazo de dos años que el contabiliza arbitraria e ilegítimamente para hacer prescribir la acción... ..En consecuencia de ello esta acción a los efectos de la prescripción se reduce a una acción personal prevista en el Art. 659 inc. e del Código Civil”, “Asimismo, otro argumento contundente y sólido aun, para demostrar el agravio de mi parte, lo constituye el hecho que desde los arts. 659 al 668 del Código Civil, están tipificados taxativamente los plazos de prescripción y las acciones que prescriben dentro de estos plazos, no encontrándose el juicio de modificación equitativa de contrato dentro de estas acciones...”.

Sostiene asimismo que el A-quo ha ignorado el artículo 643 del Código Civil, ya que, a su criterio, por una razón no imputable a su parte, dicta la providencia después del plazo de dos años y que, utiliza el transcurso de ese tiempo para fundamentar el fallo hoy recurrido.

Que, a fs. 70 de autos, la parte actora contesta el traslado que le fuera corrido expresando que, el fallo apelado se encuentra ajustado a derecho porque, tratándose de un término de prescripción, no solo es necesario entablar la demanda sino que además, la misma debe ser notificada al demandado para tener efectos interruptivos. Por lo que, solicita la confirmación de la resolución recurrida.

La cuestión de fondo traída a estudio de este Tribunal hace relación a una excepción de Prescripción planteada en estos autos. La cuestión se circunscribe esencialmente en determinar si ha transcurrido o no en este proceso el plazo para que opere la prescripción y, asimismo, la norma legal aplicable al presente caso.

Como punto de partida, se debe precisar la norma legal aplicable al presente caso. El recurrente sostiene que, el artículo a ser aplicado es el 659 inciso “e” del Código Civil porque, su acción se reduce a una acción personal, en tanto que, el Inferior entendió que, a los efectos de la prescripción liberatoria, son aplicables los artículos 663, 634 y siguientes del citado cuerpo legal.

En este orden de las cosas, para realizar un análisis más detallado, se deben poner en relieve los artículos 671 del Código Civil que establece: “...podrá el lesionado, dentro de dos años, demandar la nulidad del contrato o su modificación equitativa...”, 647 que dispone: “La prescripción se interrumpe: a) por demanda notificada al deudor...” y, 659 inciso e) del Código Civil: “Prescriben por diez años:...e) todas las acciones que no tengan fijado otro plazo por la ley”.

De lo expuesto precedentemente se puede deducir que, si el Código de Forma, establece un plazo de dos años para que el lesionado ejerza la acción correspondiente y, asimismo, impone la obligación de que la demanda sea notificada al demandado para que la misma no se vea afectada por la prescripción liberatoria, consecuentemente, no se puede encuadrar a este tipo de acciones en el artículo “659 inc. e” del Código Civil, tal como lo pretende el recurrente.

Ahora bien, en razón a que ya se ha precisado la norma legal aplicable al presente caso (artículo 663 C.C.), corresponde estudiar si en autos ha operado o no la prescripción liberatoria.

Es así que, como se mencionó anteriormente, el Código Civil estipula un plazo de dos años para que el lesionado pueda ejercer su derecho a reclamar la nulidad o modificación del contrato y que, si así lo hiciere, deberá notificar el inicio de la demanda al demandado para que de esta manera, no se vea afectado por la prescripción.

De lo transcrito más arriba, a los efectos del cómputo, se debe establecer desde cuando debe computarse el plazo para la prescripción. Al respecto cabe apuntar que, el mismo debe ser computado desde la fecha en que el contrato fue celebrado.

Una vez determinado el momento desde el cual debe ser computado el plazo para la prescripción, debe realizarse el estudio en cuanto a si ha transcu-

rrido el plazo señalado en la norma para la interposición de la demanda, y si en el transcurso del mismo no existe algún hecho que suspenda o interrumpa el plazo.

Que, analizadas las constancias de estos autos se advierte que, en fecha 07 de abril de 2003, se celebró un contrato de Compraventa y Compromiso de Transferencia de un Inmueble entre el Sr. Raimundo Benítez y el Sr. Hernán Escobar de Benítez; en fecha 26 de agosto de 2004, el Abogado Víctor A. Bobadilla, en representación al Sr. Raimundo Benítez, promueve juicio de demanda ordinaria por modificación equitativa de contrato; en fecha 09 de diciembre de 2004, la parte actora solicita la búsqueda del presente expediente (fs. 16); en fecha 14 de febrero de 2005, la actora solicita se dicte providencia en razón a que el expediente ya fue encontrado (fs. 17); en fecha 06 de abril de 2005, la actora amplía los términos de su demanda (fs. 27/29).

El recurrente ha sostenido que, por una razón no imputable a su parte, el A-quo dicta la providencia después del plazo de dos años y que, utiliza el transcurso de ese tiempo para fundamentar el fallo hoy recurrido.

El hecho de que el expediente en un momento fuera extraviado, no es un fundamento suficiente para sostener que el artículo a ser aplicado es el 643 del Código Civil (“... la suspensión de la prescripción, cuando por razón de fuerza o caso fortuito debidamente justificado...”) ya que, el mismo demandante, en fecha 14 de febrero de 2005 –antes de que su acción prescriba– admite que el expediente ha sido ubicado por lo que, solicita se dicte providencia (fs. 17) y, posteriormente, en fecha 06 de abril de 2005, presenta un escrito con el fin de ampliar su demanda inicial. La providencia que dispuso el traslado es de fecha 29 de abril del 2.005, cuando ya se había operado la prescripción, la cual, a su vez fue notificada por cédula del 19 de septiembre del 2005 (fs. 30)

Además, es lógico que, si el Juzgado hubiera dictado la providencia en la fecha solicitada por el recurrente y éste la hubiera notificado, el mismo ya no tendría la posibilidad de ampliar los términos de su demanda inicial.

Finalmente, por todos los motivos expuestos precedentemente, el Interlocutorio recurrido se halla ajustado a derecho y corresponde su confirmación.

En cuanto a las costas, por aplicación del art. 203 corresponde imponerlas en este caso al apelante.

Opiniones de los magistrados Valentina Núñez González y Dr. Marcos Riera Hunter: Manifiestan que se adhieren a la opinión vertida por el Magistra-

do Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos, por compartir sus mismos fundamentos.

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

RESUELVE: Declarar desierto el recurso de nulidad. Confirmar, con costas, Auto Interlocutorio N° 1175 de fecha 14 de junio de 2007, dictado por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Tercer Turno. Anotar, registrar y remitir copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia.

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

Ante mí: Arnaldo Martínez Rozzano, Actuario Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 578

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

Corresponde reservar el 35% de los honorarios posibles en una sucesión para la primera etapa, y otros 35% para la segunda etapa, totalizando así el 70% de los honorarios posibles por trabajos en beneficio de la masa. Igualmente, corresponde reservar el 30% de los honorarios posibles restantes para la tercera etapa relacionada con los trabajos profesionales efectuados a favor de los intereses representados, es decir, las hijuelas”.

TApel. Civ. y Com. Primera Sala. 08-09-10. “Regulación de Honorarios profesionales de la abogada Valeria Insfran en los autos caratulados: Antonio Melgarejo s. Sucesión” (A.I. N° 578).

Asunción, 08 de septiembre de 2.010.

VISTOS: Los recursos de apelación y nulidad interpuestos contra el A.I. N° 2537 del 22 de diciembre del 2006 (fs. 61), dictado por S.S. el Sr. Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de la Capital del Sexto Turno, y;

CONSIDERANDO:

Por el auto recurrido el Juez de Primera Instancia resolvió: “Regular en la suma de Guaraníes cuatrocientos once millones, doscientos siete mil, ciento

noventa y nueve (Gs. 411.207.199) los honorarios profesionales de la Abog. Valeria Insfrán M., como patrocinante y procuradora por los trabajos realizados en favor de la masa de herederos y en favor de los intereses representados, de conformidad con el considerando de esta resolución; Establecer la suma de Guaraníes cuarenta y un millones, ciento veinte mil, setecientos veinte (Gs. 41.120.720), en concepto de impuesto al valor agregado; Anotar,...". Contra la citada resolución se alzan las partes recurrentes en los términos de los escritos de fs. 103 y 135 de estos autos.

Recurso de Nulidad. Opinión del magistrado Dr. Marcos Riera Hunter: La parte recurrente de fs. 103 desistió expresamente del recurso de nulidad. Por su lado, la recurrente de fs. 135 solicitó la nulidad parcial del auto regulatorio en el entendimiento de que el Juez a-quo habría dejado de fundar la resolución en cuanto a los trabajos profesionales que han sido cumplidos en relación a la segunda etapa del juicio sucesorio respectivo.

Sin embargo, la pretensión de la recurrente debe ser desestimada por la Magistratura por las siguientes razones: 1) Porque, en el caso, no podría afirmarse, al menos no en forma necesaria y rotunda que el Juez ha omitido toda consideración respecto de los trabajos correspondientes a la segunda etapa del sucesorio ya que en la resolución ha hecho alusión expresa a los trabajos que se han cumplido en dicha etapa y, además, ha mencionado a los abogados que han tenido intervención en la misma; 2) Porque, tal como se ha sostenido en un precedente anterior "la declaración de nulidad debe ser efectuada con carácter restrictivo, es decir, solamente cuando está conminada por la ley y cuando el vicio afecta o restringe el ejercicio del derecho de defensa en juicio, que es de rango constitucional. Pero, en este caso particular, si, como se dijo, la recurrente ha expresado sus agravios y ha efectuado crítica detallada a criterios que atribuye al Juez de Primera Instancia en relación a los puntos vinculados con el justiprecio de los honorarios en el juicio sucesorio principal concluyendo, finalmente, con el pedido de que se haga lugar al recurso de apelación interpuesto por su parte (fs. 131), ello evidencia que no ha llegado a sufrir detrimento en el ejercicio de defensa en juicio, elemento de juicio esencial que impide la declaración de nulidad del auto recurrido, más aun si se tiene en cuenta que, en las condiciones procesales de los autos, los agravios pueden ser estudiados y resueltos por medio de la apelación también deducida" (A.I. N° 414 del 22 de julio del 2009; TAPPEL en lo Civil y Comercial de la Capital, Primera Sala).

En la especie, se configura precisamente la misma situación procesal detallada en el precedente jurisprudencial que ha sido transcripto. La parte recurrente de fs. 135 no solamente ha podido expresar ampliamente sus agravios contra el auto regulatorio en alzada, sino que, además, ha señalado expresamente que, en defecto de la nulidad, el agravio “se subsane por medio del recurso de apelación”, lo que pone en evidencia que la pretensión de nulidad parcial deviene improcedente.

En consecuencia, por los fundamentos expresados, corresponde que el Tribunal tenga por desistido del recurso de nulidad a la parte recurrente de fs. 103, abogada María T. Gallardo de Kohn, y rechace el mismo recurso interpuesto por la recurrente de fs. 135, abogada Valeria Insfrán, por improcedente.

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

Recurso de Apelación. Opinión del magistrado Dr. Marcos Riera Hunter: El monto que debe servir de base a la Magistratura para efectuar el justiprecio es de Gs. 18.776.610.732. Teniendo en cuenta el elevado monto, debe aplicarse el mínimo porcentaje legal previsto en el artículo 32 de la Ley de Aranceles Profesionales, vale decir, el 5% en concepto de patrocinante, que arroja la suma de Gs. 938.830.536, y el 50% de este monto en concepto de procurador, Gs. 469.415.268. En consecuencia, los honorarios totales sujetos a distribución por los trabajos profesionales efectuados en el juicio sucesorio principal ascienden a la cantidad de guaraníes 1.408.245.804 (doble carácter).

En cuanto al esquema de distribución del total de honorarios posibles deben tenerse en cuenta las disposiciones de los artículos 27, 47, 48 y 49 de la ley de honorarios profesionales, en concordancia con las contenidas en los artículos 21, 25 y 32 de la misma ley especial. En tal sentido, y conforme el criterio ya asumido por el Tribunal en el precedente jurisprudencial antes anotado (A.I. N° 414, del 22 de julio del 2009), “El setenta por ciento de los honorarios posibles debe ser reservado para justipreciar y remunerar los trabajos efectuados a favor de la masa que se encuentran señalados en el artículo 48, inc. “a”, de la ley de honorarios, y que corresponden a la primera y a la segunda etapas del juicio sucesorio, conforme el artículo 27, inc. “a”, incs. 1 y 2 de la ley que rige la materia. A cada etapa corresponde atribuir el 35% de los honorarios posibles. Asimismo, el 30 por ciento de los honorarios restantes debe ser reservado para

justipreciar y remunerar los trabajos efectuados en favor de los intereses representados, conforme el artículo 48, inc. “b”, de la ley de honorarios, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 27, “a”, inc. 3 de la ley de la materia. En otras palabras: Corresponde reservar el 35% de los honorarios posibles para la primera etapa, y otros 35% para la segunda etapa, totalizando así el 70% de los honorarios posibles por trabajos en beneficio de la masa. Igualmente, corresponde reservar el 30% de los honorarios posibles restantes para la tercera etapa relacionada con los trabajos profesionales efectuados a favor de los intereses representados, es decir, las hijuelas”.

De acuerdo con lo dicho: 1) Corresponde atribuir a la primera etapa del sucesorio las siguientes sumas en concepto de honorarios posibles: Gs. 328.590.687, para el rol de patrocinante, y Gs. 164.295.343, para el rol de procurador. Total de honorarios posibles: Gs. 492.886.031; 2) Corresponde atribuir a la segunda etapa del sucesorio las siguientes sumas en concepto de honorarios posibles: Gs. 328.590.687, para el rol de patrocinante, y Gs. 164.295.343, para el rol de procurador: Total de honorarios posibles: Gs. 492.886.031; 3) Corresponde atribuir a la tercera etapa del sucesorio en concepto de honorarios posibles: Gs. 281.649.160, para el rol de patrocinante, y Gs. 140.824.580, para el rol de procurador. Total de honorarios posibles: Gs. 422.473.741.

En la primera etapa del sucesorio han intervenido como apertores de la sucesión los abogados Carlos Víctor Kohn Benítez y María Trinidad Gallardo de Kohn como patrocinantes de Leona Duarte Vda. de Melgarejo, y también la abogada Valeria Insfrán como patrocinante de la heredera de Nilda Leona Melgarejo Garcete. A los efectos de la distribución de los honorarios entre los profesionales que han tenido intervención en esta etapa, el monto correspondiente a los patrocinantes, Gs. 328.590.687, debe dividirse entre todos los herederos de la sucesión (17 en total), para luego multiplicar el resultado por el número de herederos patrocinados por el o los abogados intervinientes. Efectuados los cálculos se obtiene la suma de Gs. 19.328.863 por cada heredero patrocinado, y como la abogada Valeria Insfrán patrocinó, como se dijo, a un solo heredero, le corresponde como tal dicha suma de dinero por sus actuaciones como patrocinante en la primera etapa del sucesorio. No obstante, no pasa desapercibido a la Magistratura que la otra parte apelante (María Trinidad Gallardo de Kohn) reconoció a la abogada V. Insfrán la suma de Gs. 41.073.835 como patrocinante, razón por la cual, como el Tribunal no puede retasar el

monto de los honorarios en una cantidad más baja que la admitida expresamente por la contraparte apelante, puesto que ello importaría quebrantar el principio de congruencia legislado en el artículo 15, inc. “b”, del CPC, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 420 del mismo cuerpo legal, no resta sino determinar dicha suma de dinero, Gs. 41.073.835, en concepto de honorarios profesionales de la abogada Valeria Insfrán por las actuaciones cumplidas como patrocinante en la primera etapa del sucesorio.

En la segunda etapa del juicio sucesorio principal todos los trabajos a favor de la masa (publicaciones de edictos, inventario, denuncia de bienes y trámites procesales relacionados con la administración de los bienes hereditarios, etc.) han sido cumplidos en forma equivalente por los abogados Carlos Víctor Kohn Benítez y María Trinidad Gallardo de Kohn, por una parte, y la abogada Valeria Insfrán, por otra parte, esta última en el doble carácter de patrocinante y procuradora. Por tanto, conforme el esquema de distribución de honorarios que ha sido anteriormente desarrollado, corresponde asignar a la abogada Valeria Insfrán la suma de Guaraníes 246.443.015, en el doble carácter de patrocinante y procuradora, es decir, el 50% del total que ha sido previsto para esta segunda etapa (Gs. 492.886.031).

Por último, en cuanto concierne a la tercera etapa del juicio sucesorio, correspondiente a la inscripción de las sentencias y las adjudicaciones, tal como se expresó en el A.I. N° 414, del 22 de julio del 2009, antes aludido, no se han efectuado tales trabajos de adjudicación, siendo las únicas adjudicaciones las efectuadas a favor de José D. Cardozo, con el patrocinio del abogado Bejarano (fs. 613, 668) y la efectuada a fs. 684 a favor de Rogelio J. Melgarejo. No obstante, como se anotó en el citado precedente, se advierte que los mencionados profesionales han tenido eficiente actuación relacionada con el acuerdo particionario suscripto por los herederos del sucesorio, el cual ha sido homologado por resolución de fs. 608 del juicio principal. Tales actuaciones se relacionan estrechamente con los trámites de adjudicación, razón por la cual resulta razonable atribuir a dichas actuaciones el 50% de los honorarios posibles de la tercera etapa. Teniendo en cuenta que los honorarios de esta etapa (30 por ciento del total de honorarios posibles) es de Gs. 281.649.160 (patrocinante), el 50% es de Gs. 140.824.580, cantidad ésta que, a su vez, debe ser dividida entre 17 herederos, lo que arroja la suma de guaraníes 8.283.798 que, a su vez, debe multiplicarse por el número de herederos (hijuelas) que representan los abogados inter-

vinientes en el juicio sucesorio principal. La abogada Valeria Insfrán ha representado a un sólo heredero por lo que, de acuerdo con lo expuesto, le corresponde la suma de Gs. 8.283.798 como patrocinante, más el 50%, Gs. 4.141.899, como procuradora, totalizando los honorarios para esta etapa la cantidad de Gs. 12.425.697. No obstante, cabe señalar que la otra parte recurrente (abogados Kohn) han admitido a favor de la abogada Valeria Insfrán en concepto de honorarios profesionales para esta etapa las sumas de Gs. 23.470.763 y Gs. 24.851.396, fs. 129, 130, 131, que totalizan la suma de Gs. 48.322.159. En consecuencia, por aplicación del principio de congruencia legislado en la norma del artículo 420 del CPC, corresponde justipreciar los honorarios de la peticionante en la suma indicada, Gs. 48.322.159 por las actuaciones cumplidas en la tercera etapa del sucesorio en el doble carácter de patrocinante y procuradora.

En síntesis, los honorarios de la abogada Valeria Insfrán por las actuaciones efectuadas en el sucesorio principal deben ser regulados conforme el siguiente detalle:

- 1) Primera etapa: Gs. 41.073.835.
- 2) Segunda etapa: Gs. 246.443.015.
- 3) Tercera etapa: Gs. 48.322.159.

Total de honorarios que corresponden a la citada profesional como patrocinante y procuradora: Gs. 335.839.000, más el diez por ciento, Gs. 33.583.900, en concepto de IVA. Corresponde, por tanto, que el Tribunal retase los honorarios de la citada profesional dejándolos establecidos en los montos precedentemente indicados.

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

Por tanto, en mérito a las consideraciones que anteceden, el Tribunal de Apelacion en lo Civil y Comercial de la Capital, Primera Sala;

RESUELVE: Tener a la abogada María Trinidad Gallardo de Kohn por desistida del recurso de nulidad.

Desestimar el recurso de nulidad interpuesto por la abogada Valeria Insfrán. Retasar los honorarios profesionales que le corresponden a la abogada Valeria Insfrán dejándolos establecidos en la suma total de Gs. 335.839.000, más la de Gs. 33.583.900 en concepto de IVA por las actuaciones cumplidas en los autos sucesorios como patrocinante y procuradora, conforme la discrimina-

ción efectuada en el cuerpo de la presente resolución en relación a los montos asignados a las etapas correspondientes al juicio sucesorio principal. Anotar, registrar y remitir copia a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

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

Ante mí: Arnaldo Martínez Rozzano, Actuario Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 587

REGISTRO DE LA PROPIEDAD. Anotación preventiva.

Revisando el Código de Organización Judicial tenemos que en el Capítulo I, Sección III, se regula lo referente a las anotaciones preventivas, observándose que el art. 294 establece sobre quienes pueden solicitarlo y en qué casos. En tal sentido y atendiendo que las actuaciones objeto de estudio se limitan al pedido de anotación preventiva de un contrato privado de compra venta a través de una orden judicial, consideramos que el inciso aplicable es el f) que estipula: “el que en cualquier caso tuviese derecho a exigir anotación preventiva, de acuerdo con las leyes, o en virtud de resolución judicial”.

REGISTRO DE LA PROPIEDAD. Anotación preventiva.

En razón que el objeto de la anotación solicitada es la de publicitar a terceros la existencia de una compraventa sobre un determinado inmueble y de esta manera proteger los derechos del comprador, puede equipararse a una medida cautelar de las llamadas innominadas, por no hallarse específicamente previstas en la ley, pero que no impiden que el órgano judicial se pronuncie al respecto como lo hace.

REGULACIÓN DE HONORARIOS. REGISTRO DE LA PROPIEDAD. Anotación preventiva.

La aplicación de los arts. 64 y 68 de la Ley de Aranceles realizados por la A-quo no serían los adecuados, porque no nos encontramos propiamente ante una actuación administrativa, sino judicial con características peculiares que la asemejarían a una medida cautelar siendo por consiguiente aplicable lo dispuesto en el art. 36 de la Ley de Aranceles y no el art. 32 como pretende el recurrente, porque no existe en este caso proceso alguno, es una presentación

unilateral, donde se verifica la procedencia del pedido derivada de la documentación presentada y se ordena la anotación requerida.

REGULACIÓN DE HONORARIOS. REGISTRO DE LA PROPIEDAD. Anotación preventiva.

Por sus características la medida que motiva el pedido de honorarios (anotación preventiva), es atípica. Puede equipararse a una medida cautelar, en cuanto a su objeto, sin embargo la protección obtenida a través de la anotación no se halla vinculada a litigio alguno, por consiguiente el objetivo principal de las medidas cautelares que es la de garantizar el cumplimiento de la resolución que recaiga en el litigio al que va vinculada no se configura.

Dada la situación que se plantea y a los términos en que se encuentra redactado el art. 36 de la Ley de Aranceles, estimo que lo apropiado al caso es aplicar el párrafo primero, última parte del mismo, en donde se establece que “en ningún caso los honorarios serán inferiores a cuatro jornales”.

REGISTRO DE LA PROPIEDAD. Anotación preventiva.

La figura de la anotación o inscripción preventiva de un contrato privado presenta una analogía esencial con la medida cautelar denominada “anotación preventiva de litis” por cuanto que ambas tienen elementos comunes que son jurídicamente relevantes. En efecto, 1) Ambas figuras son solicitadas y ordenadas por el Juzgado de Primera Instancia; 2) Ambas figuras se registran en la Dirección General de los Registros Públicos; 3) Ambas figuras tienen por finalidad la publicidad de las respectivas registraciones a fin de precautelar derechos patrimoniales de los interesados; y 4) Ambas figuras se decretan o se ordenan inaudita parte, sin audiencia de la contraria (en el caso de las anotaciones preventivas existen, a veces, partes contrarias a la solicitante, como ocurre con la anotación preventiva que se efectúa luego de la adjudicación en una subasta judicial). Por lo demás, en ambos casos concurre la misma razón jurídica para tratarlos y resolverlos del mismo modo puesto que, como se indicó, tienen por finalidad precautelar por la vía de la publicidad los derechos de los interesados en el dictamiento de tales medidas. (Voto del Dr. Marcos Riera Hunter en minoría)

REGULACIÓN DE HONORARIOS. REGISTRO DE LA PROPIEDAD. Anotación preventiva.

Considerando lo elevado del monto que sirve de base a la regulación y el carácter de patrocinante del abogado corresponde aplicar el mínimo porcentaje

legal (5 %), cuyo resultado debe ser dividido entre tres, siendo ésta la suma que le corresponde al referido profesional en concepto de honorarios profesionales, en moneda nacional de conformidad con el criterio legal que se desprende del art. 26 inc. “e”, de la Ley de honorarios profesionales 1376/88. (Voto del Dr. Marcos Riera Hunter en minoría).

TApel. Civ. y Com. Primera Sala. 13-09-10. “Regulación de Honorarios profesionales del abogado Juan Francisco Valdez en los autos: Alejandrino Ozuna Ramirez s. Inscripción Preventiva” (A.I.Nº 587)

Asunción, 13 de septiembre de 2010.

Y VISTOS: Los recursos de apelación y nulidad interpuestos por el Abog. Juan Francisco Valdez contra el A.I. Nº 1731 de fecha 4 de noviembre de 2008 dictado por la jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Décimo Turno, y;

CONSIDERANDO:

Que por la resolución recurrida, la A-quo había dispuesto: “Regular los honorarios profesionales del abogado Juan Francisco Valdez G. en la suma de Guaraníes tres millones noventa y seis mil cuatrocientos veinte (Gs. 3.096.420) por los trabajos realizados en el mencionado juicio en el carácter de abogado patrocinante, más la suma de Guaraníes trescientos nueve mil seiscientos cuarenta y dos (Gs. 309.642) en concepto de I.V.A. Anotar, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia”.

En cuanto a la Nulidad. Opinión de la magistrada Valentina Núñez González: El recurrente desistió expresamente del recurso, 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 lo que corresponde tener por desistido al recurrente en el recurso interpuesto.

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

En cuanto a la Apelación. Opinión de la magistrada Valentina Núñez González: Se agravia el recurrente, señalando que la A-quo ha utilizado para regular sus honorarios disposiciones de la Ley de Aranceles 1376/88, contenidas en los arts. 64 y 68 que a su criterio sin inadecuadas e inaplicables al caso,

considerando que lo aplicable es el art. 32 de la Ley de Aranceles. Efectúa luego la transcripción de citas y fallos jurisprudenciales en relación en relación al porcentaje aplicado y que los honorarios no fueron regulados en la misma moneda que fuera objeto del contrato de compra venta.

Concreta su planteamiento señalando que la actividad realizada por el mismo fue el patrocinio de la solicitud de inscripción preventiva planteada ante un Juez de Primera Instancia, que no se ha regulado los honorarios en forma porcentual, pues fue hecha en jornales y que no fue hecha la regulación en la moneda pactada en el contrato firmado.

Corrido traslado a la otra parte, esta contesta en escrito que va de fs.16/17 solicitando la confirmación de la resolución, luego de refutar los argumentos de la adversa.

Analizando la cuestión sometida a estudio se observa que lo solicitado es la inscripción preventiva de un contrato privado celebrado entre los Sres. Oscar Carísimo Netto y Alejandrino Ozuna, este último solicitante de la inscripción preventiva a su favor quien compareciera por derecho propio y bajo patrocinio del hoy recurrente.

Es necesario determinar en primer lugar la naturaleza de la presentación efectuada: inscripción preventiva, para así poder dilucidar si se encuentran correctamente regulado los honorarios profesionales solicitados.

Revisando el Código de Organización Judicial tenemos que en el Capítulo I, Sección III, se regula lo referente a las anotaciones preventivas, observándose que el art. 294 establece sobre quienes pueden solicitarlo y en qué casos. En tal sentido y atendiendo que las actuaciones objeto de estudio se limitan al pedido de anotación preventiva de un contrato privado de compra venta a través de una orden judicial, consideramos que el inciso aplicable es el f) que estipula: “el que en cualquier caso tuviese derecho a exigir anotación preventiva, de acuerdo con las leyes, o en virtud de resolución judicial”.

Con base a ello, y observando que el objeto de la anotación solicitada es la de publicitar a terceros la existencia de una compraventa sobre un determinado inmueble y de esta manera proteger los derechos del comprador, puede equipararse a una medida cautelar de las llamadas innominadas, por no hallarse específicamente previstas en la ley, pero que no impiden que el órgano judicial se pronuncie al respecto como lo hace.

En tal sentido, la aplicación de los arts. 64 y 68 de la Ley de Aranceles realizados por la A-quo no serían los adecuados, porque no nos encontramos

propiamente ante una actuación administrativa, sino judicial con características peculiares que la asemejarían a una medida cautelar siendo por consiguiente aplicable lo dispuesto en el art. 36 de la Ley de Aranceles y no el art. 32 como pretende el recurrente, porque no existe en este caso proceso alguno, es una presentación unilateral, donde se verifica la procedencia del pedido derivada de la documentación presentada y se ordena la anotación requerida.

Ahora bien, de la forma en que se encuentra redactado el artículo mencionado se infiere la existencia de un litigio, en concordancia con lo dispuesto en el art. 691 del CPC por lo que no reuniría los requisitos para su aplicación.

Hemos mencionado que por sus características la medida que motiva el pedido de honorarios, es atípica. Puede equipararse a una medida cautelar, en cuanto a su objeto, sin embargo la protección obtenida a través de la anotación no se halla vinculada a litigio alguno, por consiguiente el objetivo principal de las medidas cautelares que es la de garantizar el cumplimiento de la resolución que recaiga en el litigio al que va vinculada no se configura.

Dada la situación que se plantea y a los términos en que se encuentra redactado el art. 36 de la Ley de Aranceles, estimo que lo apropiado al caso es aplicar el párrafo primero, última parte del mismo, en donde se establece que “en ningún caso los honorarios serán inferiores a cuatro jornales”.

Ahora bien, la parte obligada al pago no ha recurrido de la resolución, y atendiendo a que el art. 64 prevé la posibilidad de regular en jornales, por el principio de la *reformatio in peius*, no es posible modificar el monto ya establecido por lo que corresponde confirmar la resolución recurrida, pero por los motivos expuestos en el considerando de la presente resolución y conforme a las disposiciones legales citadas. Las costas deben ser impuestas a la parte perdedora.

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

Opinión del magistrado Dr. Marcos Riera Hunter: El abogado Juan Francisco Valdéz solicita al Tribunal el justiprecio de los honorarios profesionales que le corresponden por la actuación cumplida en su carácter de patrocinante del Sr. Alejandrino Ozuna Ramírez quien solicitó, por sus propios derechos, la anotación preventiva de un contrato privado de compraventa del inmueble individualizado como Finca N° 209, del Distrito de Lima, cuyo precio de venta ha

sido acordado en la suma de \$ 750.000 (dólares americanos setecientos cincuenta mil). De las constancias de los autos principales se desprende el patrocinio del abogado Juan F. Valdéz, el dictamamiento de la providencia de fecha 30 de julio del 2008, del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil del Décimo Turno y el libramiento del oficio respectivo a la Dirección General de los Registros Públicos a los efectos de la toma de razón de la anotación preventiva.

La ley de honorarios profesionales N° 1376/88 no contiene disposición o norma alguna por la cual se determinan los criterios que deben ser tenidos en cuenta por los órganos jurisdiccionales para efectuar el justiprecio de los honorarios profesionales que corresponden al abogado que ha patrocinado o representado al interesado en el pedido de inscripción o anotación preventiva de un contrato privado de compraventa de inmueble. En otras palabras: tal figura no se encuentra legislada en la ley especial de honorarios profesionales, lo cual es indicativo de que, en el caso particular, se configura lo que técnicamente recibe el nombre de “laguna”, es decir, un vacío legal que impide al órgano jurisdiccional proceder a la aplicación directa de alguna norma que se encuentre expresamente formulada en la legislación aplicable a la materia (Ley N° 1376/88). No obstante, la laguna no puede impedir al órgano judicial la declaración del Derecho, es decir, no puede impedir en este caso la regulación de los honorarios profesionales los cuales deben ser estimados y, además, necesariamente calculados conforme un criterio legal derivado de una norma jurídica que deberá ser elaborada por la Magistratura conforme algunos de los procedimientos indicados en el artículo 6 del Código Civil (la analogía o, en su defecto, los Principios Generales del Derecho). En caso de laguna, por tanto, que es la situación configurada en estos autos, el Magistrado debe proceder a la integración del Derecho, creando la norma jurídica general aplicable al caso particular sujeto a decisión para así fallar la causa, pronunciando el Derecho de acuerdo con el Principio de Legalidad.

La analogía consiste en aplicar al caso no previsto por el legislador la misma solución jurídica que resulta aplicable legalmente al caso previsto expresamente por el legislador, siempre y cuando que entre el caso previsto y no previsto (lagunoso) existan elementos comunes jurídicamente relevantes y, además, la misma razón para resolverlos del mismo modo.

Se estima, en el caso, que la figura de la anotación o inscripción preventiva de un contrato privado presenta una analogía esencial con la medida cautelar

denominada “anotación preventiva de litis” por cuanto que ambas tienen elementos comunes que son jurídicamente relevantes. En efecto, 1) Ambas figuras son solicitadas y ordenadas por el Juzgado de Primera Instancia; 2) Ambas figuras se registran en la Dirección General de los Registros Públicos; 3) Ambas figuras tiene por finalidad la publicidad de las respectivas registraciones a fin de precautelar derechos patrimoniales de los interesados; y 4) Ambas figuras se decretan o se ordenan inaudita parte, sin audiencia de la contraria (en el caso de las anotaciones preventivas existen, a veces, partes contrarias a la solicitante, como ocurre con la anotación preventiva que se efectúa luego de la adjudicación en una subasta judicial). Por lo demás, en ambos casos concurre la misma razón jurídica para tratarlos y resolverlos del mismo modo puesto que, como se indicó, tienen por finalidad precautelar por la vía de la publicidad los derechos de los interesados en el dictamiento de tales medidas.

De acuerdo con lo expuesto, resulta, por tanto, aplicable por analogía la norma contenida en el artículo 36 de la ley de honorarios profesionales debiendo efectuarse el justiprecio de los honorarios profesionales del abogado Juan Francisco Valdéz conforme la normativa analógica y sobre la base del precio del inmueble que surge del contrato privado de compraventa, Gs. \$ 750.000, que, según la cotización del dólar, equivalen a la suma de Gs. 3.577.500.000. Sobre el punto, resulta apropiado señalar que la parte apelada, Alejandrino Ozuna, manifestó textualmente que “A los fines de una regulación justa no debe estimarse solamente el monto del pleito, sino también su resultado...” (fs. 16) con lo cual está reconociendo y admitiendo que a los efectos del justiprecio debe considerarse, entre otros elementos, el monto, o valor, o cuantía que al caso corresponda. Asimismo, la parte recurrida manifestó también en cuanto al resultado que “el pedido no obtuvo su fin que fue la inscripción preventiva, como consta en el informe del Registro que agregó, y que por negligencia propia del profesional pasó más de 5 años para realizar su pedido ante el Juzgado” (fs. 16). Sin embargo, no surgen de autos elementos de juicio que permitan verificar las afirmaciones de la parte recurrida, por lo que no resta a la Magistratura sino proceder a la regulación de honorarios profesionales con los elementos y constancias que se desprenden de los autos principales.

Considerando lo elevado del monto que sirve de base a la regulación y el carácter de patrocinante del abogado Juan Francisco Valdéz corresponde aplicar el mínimo porcentaje legal (5 %), cuyo resultado debe ser dividido entre tres,

lo que permite obtener la suma de Gs. 59.625.000, siendo ésta la suma que le corresponde al referido profesional en concepto de honorarios profesionales, en moneda nacional de conformidad con el criterio legal que se desprende del art. 26 inc. "e", de la Ley de honorarios profesionales 1376/88.

En consecuencia, por los fundamentos expresados, corresponde que el Tribunal retase los honorarios del abogado Juan Francisco Valdéz dejándolos establecidos en la suma de Gs. 59.625.000, más el 10 por ciento en concepto de IVA, por las actuaciones cumplidas como patrocinante en el juicio principal.

Por tanto, en mérito a las consideraciones que anteceden, El Tribunal de Apelacion en lo Civil Y Comercial Primera Sala, De La Capital;

RESUELVE: 1. Tener por desistido del recurso de nulidad interpuesto al recurrente Abog. Juan pablo Valdez. 2. Confirmar, con costas, la resolución recurrida. 3. Anotar, registrar y remitir copia a la Corte Suprema de Justicia.

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

Ante mí: Arnaldo Martínez Rozzano, Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 56

RECURSO DE NULIDAD. Procedencia del recurso de nulidad.

La recurrente al presentar su expresión de agravios no ha fundamentado sobre los vicios de los que adolecería dicha resolución, por lo que existe un desistimiento tácito del recurso. Por otra parte no observan en la resolución recurrida, vicios en la forma y solemnidades que ameriten el estudio de oficio por parte del Tribunal por lo que corresponde declarar desierto el recurso. (Voto de la Mayoría)

EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN. Excepción de previo y especial pronunciamiento.

La excepción de falta de acción que se opone como medio general de defensa (al contestar la demanda) constituye una cuestión que, en cuanto a su estudio, es independiente de la cuestión substantiva o de fondo que plantea la causa principal, y que, por tanto, debe ser resuelta primero y luego abordarse y resolverse la cuestión de fondo. (Voto del Dr. Marco Riera Hunter en minoría)

EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN. Excepción de previo y especial pronunciamiento.

Si el juez resuelve rechazar la falta de acción opuesta como medio general de defensa (por falta de legitimación activa o pasiva), ello implica necesariamente la admisión de la demanda promovida. Por el contrario, si el Juez resuelve hacer lugar a dicha excepción de falta de acción opuesta como medio general, ello implica necesariamente el rechazo o la desestimación de la demanda (Voto del Dr. Marco Riera Hunter en minoría).

EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN. Excepción de previo y especial pronunciamiento.

La falta de acción que se opone como medio general de defensa hace relación, no con la mera legitimación procesal, sino con la legitimación ad causam. (Voto del Dr. Marco Riera Hunter en minoría).

RECURSO DE NULIDAD.

Al detectarse la incoherencia o contradicción lógico-normativa no puede sino sostenerse la configuración de un notable vicio estructural o de forma en el pronunciamiento que, de acuerdo con el artículo 404 del CPC, provoca su invalidez. En consecuencia, por los fundamentos expresados, corresponde que el Tribunal declare la nulidad de la sentencia en grado de alzada. (Voto del Dr. Marco Riera Hunter en minoría).

PRUEBA DOCUMENTAL. Autenticidad de documento.

El art. 235 del CPC, establece que el silencio puede estimarse como reconocimiento de la verdad y en cuanto a los documentos se los tendrá por reconocidos o recibidos según el caso. Y el Art. 307 del mismo cuerpo legal, estipula que los documentos presentados en juicio por una de las partes y atribuidas a la otra, se tiene por auténticos, salvo impugnación y prueba en contrario, lo que no ha ocurrido. (Voto de la Mayoría).

MALA FE.

La mala fe debe ser demostrada aunque sea por indicios, dado que siendo un estado de ánimo, resulta difícil su probanza. La ley establece como regla la presunción de buena fe, la cual debe ser desvirtuada. (Voto de la Mayoría)

COMPRAVENTA. Nulidad de la compraventa.

La pretensión de la actora de obtener la nulidad del primer acto de transferencia resulta improcedente por cuanto que el acto en sí no resulta ilícito desde el momento en que la ley permite y valida los actos simulados siempre y

cuando los mismos no tengan un fin ilícito ni el objetivo de desconocer o perjudicar los derechos de terceros (art. 305 C.C.). (Voto de la Mayoría).

COMPRAVENTA.

El principio general de que “Nadie puede transmitir un derecho real más extenso que el que posee” encuentra su clara excepción en el adquirente que en su calidad de tercero ha adquirido el inmueble a título oneroso y de buena fe (presumida por la ley). (Voto de la Mayoría).

REIVINDICACIÓN. Acción reivindicatoria.

Desde el momento en que no se ha logrado la identificación del inmueble objeto de litis (reivindicación) en el sitio o lugar en el cual se encuentra asentado el terreno en cuestión, la pretensión reivindicatoria resulta por completo improcedente. (Voto de la Mayoría).

TApel. Civ. y Com. Primera Sala. 28-09-10. “Pedro Adorno y Rosa de Adorno c. Miguel Cáceres y German Bittar s. Nulidad de Acto Jurídico” (Ac. y Sent. N° 56).

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia recurrida?

En caso contrario, ¿se halla ajustada a derecho?

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

A la primera cuestión planteada la magistrada Valentina Núñez González dijo: La recurrente al presentar su expresión de agravios no ha fundamentado sobre los vicios de los que adolecería dicha resolución, por lo que existe un desistimiento tácito del recurso. Por otra parte no observan en la resolución recurrida, vicios en la forma y solemnidades que ameriten el estudio de oficio por parte del Tribunal por lo que corresponde declarar desierto el recurso. Así voto.

A su turno el magistrado Dr. Marcos Riera Hunter dijo: La parte recurrente no ha fundado el recurso de nulidad en forma discriminada y distinta del recurso de apelación también deducido, limitándose a fundar solamente este último, específicamente en relación a los apartados segundo y tercero de la sentencia recurrida cuya revocación por el Tribunal peticiona. La posición asumida por la parte recurrente en esta Alzada autorizaría, en principio, al Tribunal a declarar desierto el recurso de nulidad. Sin embargo, la Alzada tiene el

deber de analizar este recurso de oficio por aludir el mismo a cuestiones de orden público y por hallarse contenido, por lo demás, implícitamente en la apelación deducida.

De las constancias de autos se desprende que, por la sentencia en grado de recurso, el juez de Primera Instancia resolvió: 1) No hacer lugar, con costas, a la excepción de falta de acción que había sido opuesta por la parte codemandada, Sr. Germán H. Bittar, como medio general de defensa al contestar la demanda; 2) No hacer lugar, con costas, a la demanda por nulidad de acto jurídico promovida por la parte actora contra los demandados; 3) Hacer lugar, con costas, a la demanda de reivindicación promovida por el Sr. Germán H. Bittar Zaldívar contra los Sres. Pedro Adorno y Rosa Caro de Adorno en relación a la Finca N° 12.371, del Distrito de Santísima Trinidad, juicio respecto del cual, por A.I. N° 1395 del 5 de septiembre de 1997, dictado en los autos de reivindicación, se ordenó su acumulación a la demanda por nulidad de acto jurídico.

La parte demandada, representada por el abogado Fretes Zárate, había interpuesto los recursos de apelación y nulidad contra el apartado primero de la sentencia recurrida, por el cual el Juzgado había resuelto rechazar la falta de acción opuesta como medio general de defensa, pero, en esta instancia, ante la ausencia de fundamentación, se han declarado desiertos tales recursos conforme el auto de fs. 145 de estos autos. Por su parte, la demandante, representada por la abogada Adela Caro Brítez, había interpuesto los recursos de apelación y nulidad contra toda la sentencia, pero en esta instancia, al presentar la expresión de agravios a fs. 136, manifestó que solamente fundaba la apelación en relación a los apartados segundo y tercero de la sentencia recurrida, por los cuales se había resuelto desestimar la demanda de nulidad de acto jurídico y hacer lugar a la reivindicación de inmueble.

En las condiciones procesales que han sido anotadas, parecería, en principio, que el apartado primero de la sentencia recurrida (rechazo de la excepción de falta de acción como medio general de defensa) habría quedado firme. Sin embargo, la realidad jurídica y procesal es completamente distinta por las siguientes razones:

1) En primer lugar, porque constituye un craso error (muy frecuente en abogados y Jueces) el creer que la excepción de falta de acción que se opone como medio general de defensa (al contestar la demanda) constituye una cuestión que, en cuanto a su estudio, es independiente de la cuestión substantiva o de

fondo que plantea la causa principal, y que, por tanto, debe ser resuelta primero y luego abordarse y resolverse la cuestión de fondo. Por el contrario, la excepción de falta de acción (*sine actione agit*) que se opone – no como previa sino como medio general de defensa al contestar la demanda hace relación con la cuestión substantiva o de fondo que se plantea con motivo de la *litis contestatio*, no pudiendo separarse, por un lado, la falta de acción, y, por otro lado, la cuestión de fondo.

2) en segundo lugar, precisamente porque la excepción de falta de acción opuesta como medio general de defensa constituye la cuestión de fondo, los pronunciamientos que deber ser dictados se encuentran íntimamente relacionados sin posibilidad de separación, debiendo ser, por lo demás, coherentes entre sí. En otras palabras: si el Juez resuelve rechazar la falta de acción opuesta como medio general de defensa (por falta de legitimación activa o pasiva), ello implica necesariamente la admisión de la demanda promovida. Por el contrario, si el Juez resuelve hacer lugar a dicha excepción de falta de acción opuesta como medio general, ello implica necesariamente el rechazo o la desestimación de la demanda. Lo que no puede ocurrir (desde el punto de vista jurídico y lógico) es que el juez pueda rechazar la falta de acción y también rechazar la demanda, o bien hacer lugar a la falta de acción y también hacer lugar a la demanda por cuanto que, en ambos supuestos, se estarían pronunciando fallos jurídica y lógicamente contradictorios. En efecto, en el primer supuesto el rechazo de la falta de acción (que implica la admisión de la demanda) resultaría ser incompatible con la decisión de rechazar la demanda, y en el segundo supuesto la admisión de la falta de acción (que implica el rechazo de la demanda) resultaría ser incompatible con la decisión de admitir la demanda.

En el caso en estudio, como se ha dicho, el juez de Primera Instancia ha resuelto en el apartado primero de la sentencia recurrida no hacer lugar a la excepción de falta de acción opuesta por la demandada como medio general de defensa (al contestar la demanda), y en el apartado segundo del pronunciamiento que se analiza, en lugar de hacer lugar a la demanda (como hubiera sido lo correcto desde el punto de vista jurídico y lógico), resolvió no hacer lugar a la demanda por nulidad de acto jurídico incurriendo así en una gruesa e inadmisibles contradicción lógico-normativa puesto que, como se anotó anteriormente, el rechazo de la excepción de falta de acción opuesta como medio general implica necesariamente la admisión de la demanda. Si el juez de Primera Instancia

entendió que la demanda de nulidad de acto jurídico era improcedente según el Derecho debió, entonces, hacer lugar a la falta de acción opuesta como medio general y no rechazar, como lo hizo, tanto la falta de acción como la demanda puesto que, se reitera, tal excepción y la pretensión propiamente dicha no constituyen dos cuestiones distintas, separadas, o independientes al punto de que puedan resolverse de cualquier manera sin conexión alguna entre sí, sino que tanto la excepción y la pretensión principal configuran ambas la misma cuestión substantiva o de fondo que se plantea con motivo de la *litiscontestatio*. Ello es así porque la falta de acción que se opone como medio general de defensa hace relación, no con la mera legitimación procesal, sino con la legitimación *ad causam*.

Las consideraciones que preceden conducen a la conclusión de que el apartado primero de la resolución recurrida (rechazo de la excepción de falta de acción), al aludir a la cuestión de fondo y al hallarse íntimamente conexiónada con la decisión del segundo apartado por el cual se resolvió rechazar la demanda de nulidad de acto jurídico, no puede conceptuarse como que se encuentra firme al punto de que no pueda ser objeto de revisión por parte del Tribunal de Apelación. Constituyendo los apartados primero y segundo, en rigor, una sola decisión (cuestión de fondo) el Tribunal se encuentra en el deber de someterlos a revisión y, en tal sentido, al detectarse la incoherencia o contradicción lógico-normativa no puede sino sostenerse la configuración de un notable vicio estructural o de forma en el pronunciamiento que, de acuerdo con el artículo 404 del CPC, provoca su invalidez.

En consecuencia, por los fundamentos expresados, corresponde que el Tribunal declare la nulidad de los apartados primero y segundo de la sentencia en grado de alzada.

En cuanto el recurso de nulidad, hace relación con el apartado tercero de la sentencia recurrida (admisión de la reivindicación), no se advierten vicios o defectos que impongan al Tribunal el deber de declarar la nulidad del pronunciamiento, y como la parte recurrente no ha fundado este recurso corresponde que el mismo, en relación al citado apartado, sea declarado desierto. Así voto.

A su turno el magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos; manifiesta que se adhiere al voto de la Magistrada Valentina Núñez González por compartir sus mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada la magistrada Valentina Núñez González dijo: Que por la resolución recurrida, el inferior, ha resuelto: "...1) No hacer

lugar con costas, a la excepción de falta de acción deducida por la demandada, por improcedente. 2) No hacer lugar, con costas la demanda que por nulidad de acto jurídico promueve el señor Pedro Adorno Velásquez y la señora Rosa de Caro de Adorno contra los señores Miguel Ángel Cáceres y Germán Humberto Bittar Zaldivar, por improcedente. 3) Hacer Lugar, con costas, a la demanda que por reivindicación de inmueble promueve el Sr. Germán Humberto Bittar Zaldivar contra los señores Pedro Adorno y Rosa Ramona de Caro de Adorno, y en consecuencia, intimar a los demandados para que en el plazo de diez días de quedar firme esta resolución entreguen al actor, la posesión de la Finca N° 12371 del Distrito de Santísima Trinidad, inscrita en la Dirección de los registros Públicos bajo el N° 6 al folio 11 y siguientes del 1 de noviembre de 1995, bajo apercibimiento de que si así no lo hiciere se dispondrá el cumplimiento con ayuda de la fuerza pública...”.

Se agravia la recurrente contra la resolución antedicha, fundando el presente recurso en que el A-quo no habría tenido en cuenta el convenio realizado entre su parte y el Sr. Cáceres, que fuera materializado en la Escritura Pública N° 83 de fecha 9 de setiembre de 1993 y el contradocumento obrante a fs. 10 de autos, de los cuales surgirían que el dueño del inmueble era el menor Pedro Adorno de Caro.

Señala que la simulación se demostraría por el precio vil que además no fue pagado, afirmando, que como consecuencia de esto, el acto de compraventa fue a título gratuito.

Entiende la parte recurrente que la primera venta junto con el contradocumento, materializan una donación a favor del menor Pedro Adorno de Caro y que esto se encontraba oculto tras el nombre de Sr. Cáceres. Al tener supuestamente este carácter (gratuidad), por no haberse pagado el precio, se obtuvo una ventaja patrimonial que no le correspondía, preguntándose además la recurrente, del porque el A-quo no tuvo en cuenta la lesión para resolver el presente juicio, realizando algunas referencias a la supuesta lesión y que tienen que ver con la inexperiencia del Sr. Adorno.

Otra cuestión a la que hace alusión la recurrente, tiene que ver con la calificación de comprador de buena fe respecto del Sr. Bittar, cuestionando la afirmación realizada por el inferior, de que debía su parte controvertir la calificación de buena fe hecha, señalando un hecho que demostraría la mala fe del Sr. Bittar. Hace alusión, para sostener que el Sr. Bittar tuvo mala fe, la supuesta

visita que hiciera el Sr. Bittar al inmueble, tiempo antes de que se realizara la segunda venta. También, para demostrar la mala fe, relaciona el tiempo transcurrido entre cada uno de los actos cuya nulidad se demandó.

En lo que se refiere a la reivindicación señala que la accionante respecto de esta acción, no ha demostrado el extremo de propiedad, y que el Juez se basó en el título de propiedad, que es atacado de nulidad en el presente juicio, y en un recibo de pago de impuestos que no tendrían los elementos necesarios para su validez y que así mismo se apoya, para atender dicho extremo (propiedad), en el testimonio de personas que no conocían al Sr. Bittar.

Por su parte, el abogado Juan Vicente Fretes, en representación del Sr. Germán Bittar, al contestar el traslado correspondiente, solicita el rechazo del recurso de apelación fundado en que el apelante se basó en un contradocumento de carácter privado, que para su validez, debía ser reconocida las firmas en él contenidas, en juicio. Así mismo agrega que dicho contradocumento debió haber sido inscripto en la Dirección de los Registros Públicos sobre el inmueble de manera a surtir efectos contra terceros. Señala que la recurrente nunca demostró la vinculación entre los Sres. Miguel Cáceres y Germán Bittar. Otro extremo alegado para desvirtuar lo alegado por la recurrente, constituye el hecho de que cuando se realizó la constitución actuarial los Adorno refirieron que ellos son ocupantes del inmueble o sea nunca se presentaron como propietarios del inmueble. Agrega que la recurrente no ha demostrado los extremos necesarios para la configuración de la simulación, puesto que no ha demostrado el precio vil, puesto que no se ha realizado una tasación, la causa simulando y otros elementos que demuestren en forma palmaria que los actores jamás tuvieron la intención real de vender el inmueble. Por último, en lo que respecta a la reivindicación, considera que esta debe hacerse lugar, desde el momento en que es rechazada la demanda de nulidad de título, puesto que el Sr. Bittar sería el legítimo dueño del inmueble en cuestión, por haberlo adquirido a título oneroso y de quien figuraba como titular solicitando la confirmación de la resolución recurrida.

Entrando a analizar la cuestión sometida estudio nos encontramos ante una demanda de nulidad de acto jurídico promovida por los Sres. Pedro Adorno y Rosa de Adorno contra Miguel Ángel Cáceres Aguilera y Germán Humberto Bittar Zaldívar, a fin de obtener la anulación de las Escrituras Públicas N° 83 de fecha 9 de setiembre de 1993 pasada ante la escribana pública Carmen Graciela

Ricciardi y la Escritura N° 155 de fecha 21 de setiembre de 1995 pasada ante la escribana pública Guillermina Santiago de Enciso, que instrumentan las transferencias realizadas en relación a la Finca N° 12.371 del Distrito de Santísima Trinidad.

Analizadas las argumentaciones vertidas por las partes como asimismo las constancias de autos, se tiene que en el presente procedimiento existen tres pretensiones dos por nulidad de acto jurídico y una por reivindicación.

Ha sido entablada demanda de nulidad por simulación por parte de los Sres. Pedro Adorno y su esposa, contra los Sres. Miguel Cáceres y Germán Bittar. Entiende la parte actora, que la nulidad del acto de compraventa materializada en escritura pública N° 83, por la cual trasfiere el Sr. Adorno un inmueble de su propiedad al Sr. Miguel Cáceres, fundado en que dicho acto fue simulado para encubrir la donación que el Sr. Adorno pretendía hacer a su hijo de nombre Pedro Adorno de Caro, alegando como causa de la simulación, la intención de evitar problemas familiares derivadas de una anterior transferencia realizada por una de las hijas del Sr. Adorno, falsificando al firma de este para transferirse a su favor el inmueble y que luego de un trámite engorroso el mismo pudo recuperar el inmueble, si bien nunca perdió la posesión.

Con respecto a la segunda transferencia, señala que la nulidad de la misma tiene cabida en razón de la nulidad de la primera y de la mala fe del Sr. Bittar, demostrada en el conocimiento de este último de que el inmueble pertenecía a otras personas y de la supuesta connivencia entre este y el Sr. Cáceres.

La reivindicación demandada por el Sr. Bittar, que a su respecto, tiene su causa en el título de propiedad del mismo adquirido en compraventa materializada por escritura pública N°155, individualizada anteriormente, contra el Sr. Pedro Adorno en atención al carácter de ocupante de este último.

Con respecto de las nulidades pretendidas debe considerarse que existen elementos suficientes para considerar que respecto de la primera venta existió una simulación, puesto que el mismo está demostrado con la existencia de un contradocumento. Si bien la parte demandada cuestiona que no se haya hecho reconocimiento de firma, al respecto debe señalarse que el Sr. Miguel Ángel Cáceres Aguilera, fue demandado y debidamente notificado sin que en ningún momento se haya presentado a tomar intervención en el juicio. En tal sentido, el art. 235 del CPC establece que el silencio puede estimarse como reconocimiento de la verdad y en cuanto a los documentos se los tendrá por reconocidos

o recibidos según el caso. Y el art. 307 del mismo cuerpo legal, estipula que los documentos presentados en juicio por una de las partes y atribuidas a la otra, se tiene por auténticos, salvo impugnación y prueba en contrario, lo que no ha ocurrido. Con base a dichas disposiciones legales el cuestionamiento cae por su base, por consiguiente la procedencia de la acción es evidente y corresponde hacer lugar a la demanda en tal sentido.

Ahora bien, resulta que el inmueble fue transferido en dos oportunidades. La nulidad de la primera venta, implicaría la nulidad de la segunda en razón de que en esta última no habría causa válida. Pero la materialización de estas nulidades tendría un obstáculo, cual es la buena fe alegada por el Sr. Bittar. La mala fe debe ser demostrada aunque sea por indicios, dado que siendo un estado de ánimo, resulta difícil su probanza. La ley establece como regla la presunción de buena fe, la cual debe ser desvirtuada.- En tal sentido, la parte actora ha alegado situaciones que si bien no fueron objeto de una prueba directa, tampoco fueron negadas por la parte demandada, como la visita realizada por los demandados (corroborado por el testigo ofrecido por el Sr. Bittar en el juicio de reivindicación fs.60, declaración de Francisco Javier Figueredo Penayo y 62 de Ricardo Rafael Sanabria), a la casa haciéndose pasar por otra persona para que no se conozca su supuesta intención de compra o el tiempo transcurrido entre las ventas. Al respecto es dable señalar la carga procesal que pesa sobre el demandado en el sentido de la obligación que tiene de reconocer o negar categóricamente cada uno de los hechos expuestos en la demanda. De ahí, que el art. 235 del CPC señale “que 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”.

Estos indicios, se ven reforzados con el análisis de las pruebas ofrecidas por el demandado consistente en el juicio de reivindicación planteado contra los Sres. Adorno y las pruebas insertas en el mismo. Al analizar las documentales se observa que han sido agregadas las siguientes escrituras públicas: a) Transferencia del inmueble otorgado por el Sr. Pedro Adorno Velázquez a favor del Sr. Miguel A. Cáceres (fs. 6 y sgtes.); b) Préstamo con garantía hipotecaria otorgada por la Sra. Berta Marite Zaldívar Vda. De Bittar a favor del Sr. Miguel Angel Cáceres, en virtud de la cual el mismo hipoteca el inmueble objeto de la simulación. La escritura pública es la N° 57 pasada ante la escribana pública Guillermina Samaniego de García en fecha 6 de junio de 1995. La operación instrumen-

tada es un préstamo de Gs. 6.000.000 pagadero en el plazo de tres meses contados a partir de la fecha de la escritura a un interés del 1% mensual; c) Escritura Pública N° 155 del 21 de setiembre de 1995 pasada ante la misma Escribana por la que se transfiere el inmueble hipotecado a favor del Sr. Germán Humberto Bittar Zaldívar, cuyo parentesco con la acreedora no necesita ser demostrado, ya que fijan el mismo domicilio (República Dominicana 573) y el comprador tiene los mismos apellidos y consta a fs. 15 vlto, que el inmueble reconocía una hipoteca a favor de la Vda. De Bittar” el cual se canceló posteriormente” (¿?) (Cabe preguntarse, ¿cómo la escribana ya sabía de una cancelación posterior a la fecha de la transferencia?). Estas particularidades ya se habían hecho notar en la contestación de la demanda de reivindicación, formulada por los actores en el presente juicio. A ello podemos sumar que en la inspección realizada por el Actuario (fs. 25) este dejó constancia que fue atendido por los Sres. Pedro Adorno y Rosa Caro de Adorno quienes le manifestaron ser los ocupantes del inmueble en calidad de propietarios, habitando el mismo desde unos 18 años atrás, lo que coincide con los datos registrados en el título de transferencia del inmueble efectuado por los Adorno a favor de Cáceres (fs.7 vlto.) donde consta que los mismos habían adquirido el inmueble de la Sra. Agustina Rosalva Adorno de Argüello, según Escritura Pública N° 1 de fecha 2 de abril de 1982 así como las testificales realizadas en el juicio de reivindicación acumulado a estos autos, por vecinos antiguos de la zona(ver fs. 64,66 y 67) que se muestran con mayor consistencia.

Todo lo que se ha venido señalando constituyen una serie de indicios que nos lleva a presumir válidamente que pudo darse el caso que habiendo tomado el Sr. Cáceres el préstamo referenciado, hipotecando el inmueble ajeno, llegado el vencimiento del plazo otorgado, haya ofrecido transferir el mismo a fin de librarse de la deuda. El silencio mantenido a lo largo de todo el juicio, pese a estar debidamente notificado, aumenta esta certidumbre.

La actitud asumida desde el inicio por el demandado, es llamativa. Por todos los medios ha intentado impedir la tramitación del presente juicio mediante una serie de excepciones y recursos desprovistos de fundamentos válidos para su procedencia a lo que se suma el escaso interés demostrado para lograr el finiquito del juicio iniciado.

Conforme a lo que se ha venido relatando, es razonable considerar que también corresponde la anulación de la segunda escritura pública de transfe-

rencia, no solo porque se ha dispuesto la nulidad de la primera, sino porque existen serios indicios que no se ha obrado de buena fe como se sostuviera inicialmente.

Corresponde en consecuencia, confirmar el apartado primero de la resolución recurrida, dado que la misma no ha sido cuestionada por las partes. Revocar el apartado segundo y tercero de la misma, haciendo lugar a la demanda de nulidad de las Escrituras Públicas N° 83 de fecha 9 de setiembre de 1993 pasada ante al Escribana Pública Carmen Graciela Ricciardi y la Escritura N° 155 de fecha 21 de setiembre de 1995 pasada ante la Escribana Pública Guillermina Santiago de Enciso, que instrumentas las transferencias realizadas en relación a la Finca N° 12.371 del Distrito de Santísima Trinidad y desestimando la demanda de reivindicación promovida por el Sr. Germán Humberto Bittar Zaldívar contra los Sres. Adorno, sobre el mismo inmueble, imponiendo las costas a la parte perdidosa en ambas instancias. Así voto.

A su turno el magistrado Dr. Marcos Riera Hunter dijo: Dada la forma como ha sido resuelta la primera cuestión planteada, se hace innecesario el estudio de la segunda cuestión (apelación) en relación a los apartados primero y segundo de la sentencia recurrida, debiendo, luego de darse cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 406 del CPC, procederse a la revisión del apartado tercero (admisión de la reivindicación), que no ha sido anulado, por vía del recurso de apelación.

Y el magistrado Dr. Marcos Riera Hunter prosiguió diciendo: Habiéndose declarado la nulidad de los apartados primero y segundo de la sentencia recurrida por vicio de forma o estructural (contradicción lógico-normativa), corresponde que la Magistratura, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 406 del CPC, resuelva la cuestión de fondo y dicte, en consecuencia, la resolución que fuese pertinente en reemplazo de la que ha sido objeto de anulación.

La magistrada preopinante, al tratar de la apelación, ya efectuó una relación detallada de los hechos y circunstancias que han acaecido en estos autos, razón por la cual solamente cabe precisar algunos elementos de juicio objetivos que son necesarios para el estudio y la resolución de fondo en cuanto la cuestión se relaciona con la demanda de nulidad de acto jurídico.

Concretamente, la parte actora promovió demanda de nulidad de dos escrituras públicas de transferencia del mismo inmueble: la primera escritura, la N° 83 de fecha 9 de setiembre de 1993, por la cual el actor, Sr. Pedro Adorno,

con el consentimiento de la Sra. Rosa de Adorno, la codemandante, había transferido a favor del Sr. Miguel Cáceres Aguilera la Finca N° 12.371, del Distrito de Santísima Trinidad; la segunda escritura, la N° 155 de fecha 21 de septiembre de 1995, por la cual el Sr. Miguel Cáceres Aguilera transfirió al Sr. Germán Humberto Bittar la misma propiedad. La pretensión de nulidad se funda en que, luego de la primera transferencia, conforme se desprende del instrumento privado de fecha 16 de septiembre de 1993, el primer comprador del inmueble, Sr. Miguel Cáceres Aguilera, reconoció expresamente que el inmueble adquirido por medio de la escritura pública N° 83 del 9 de septiembre de 1993 “es de propiedad exclusiva del menor Pedro Adorno de Caro, con C.I. Policial N° 3.387.454, quien es representado por sus padres Pedro Adorno Velázquez y Rosa de Caro de Adorno, a quien llegado a la mayoría de edad procederá a la transferencia a su nombre del inmueble objeto de este contrato, en la primera intimación que me lo hicieren los padres. Asimismo, comprometo a mis herederos a reconocer al menor Pedro Adorno de Caro como único propietario del inmueble relacionado precedentemente” (fs. 10). A pesar de lo reconocido y del compromiso asumido en este contradocumento (cuya autenticidad debe admitirse por lo dispuesto en el artículo 307 del CPC, ya que se halla con firma atribuida al demandado Miguel Cáceres que ni siquiera concurrió a estar en juicio), éste transfirió el inmueble a una tercera persona (Sr. Bittar) por medio de la ya citada escritura N° 155 del 21 de septiembre de 1995.

A criterio de esta Magistratura la pretensión de la actora de obtener la nulidad del primer acto de transferencia (escritura N° 83 de fecha 9 de septiembre de 1993) resulta improcedente por cuanto que el acto en sí no resulta ilícito desde el momento en que la ley permite y valida los actos simulados siempre y cuando los mismos no tengan un fin ilícito ni el objetivo de desconocer o perjudicar los derechos de terceros (art. 305 C.C.). En la especie, la venta simulada efectuada por la parte actora a favor del Sr. Miguel Cáceres Aguilera no se encuentra afectada por ninguna ilicitud, y la circunstancia de que el comprador haya suscripto el contradocumento de fs. 10 reconociendo la simulación de la venta y asumiendo el compromiso de volver a transferir el predio a favor del hijo menor de la parte actora, a pedido de los padres, no significa, en modo alguno, que el acto de transferencia (venta simulada) se encuentra afectado por algún vicio de nulidad por cuanto que, se reitera, no existen en la especie vicios que pudieran comprometer la validez de la escritura pública N° 83/1.993. Por lo

demás, ningún tercero se ha presentado a promover la nulidad o la impugnación de la citada escritura de transferencia. El único que formuló tal pretensión fue la parte actora, que es la misma que admite expresamente haber suscripto voluntariamente tal escrituración en forma simulada debido a motivos o problemas de orden familiar.

En cuanto a la demanda de nulidad de la escritura translativa de dominio N° 155 de fecha 21 de septiembre de 1995, por la cual el Sr. Miguel Cáceres Aguilera transfirió el inmueble objeto de litis al codemandado, Sr. Germán Humberto Bittar, cabe señalar que el principio general del cual debe partirse para efectuar el análisis correspondiente es aquel que reza que “Nadie puede transmitir un derecho real más extenso que el que posee”. En tal sentido, el artículo 363 del Código Civil dispone textualmente que “Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble por una persona que ha llegado a ser propietaria en virtud del acto anulado, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del poseedor actual...”. En otras palabras, y por aplicación de la citada disposición legal, debe entenderse que si el Sr. Miguel Cáceres Aguilera hubiera adquirido el inmueble identificado como Finca N° 12.371, del Distrito de Santísima Trinidad, en virtud de un acto nulo o anulado, los derechos reales que el mismo hubiese transmitido a favor del Sr. Germán H. Bittar por escritura N° 155 del 21 de septiembre de 1.995, sobre el mismo inmueble, quedarían también sin ningún valor y, en consecuencia, podrían ser objeto de reclamo por los accionantes en este juicio (Pedro Adorno y Rosa Caro de Adorno).

Pero, como se desprende claramente de la presente fundamentación, la escritura pública N° 83 del 9 de septiembre de 1993 (venta simulada) no adolece de vicios de nulidad o de invalidez porque, conforme se anotó, la simulación constituye una figura prevista expresamente en la ley y resulta lícita siempre que no tenga por finalidad perjudicar los derechos de terceras personas. Como en este caso la citada escritura N° 83 del 9 de septiembre de 1993, por la cual se transfirió a nombre del Sr. Miguel Cáceres Aguilera la finca de referencia, no es nula, no puede de tal presupuesto desprenderse la conclusión de que la subsiguiente escrituración (N° 155 del 21 de septiembre de 1.995), por la cual se transfirió el predio a nombre del Sr. Germán Humberto Bittar, estuviese también afectada de nulidad o de invalidez. Concretamente: el señor Miguel Cáceres Aguilera adquirió válidamente (aunque en forma simulada) la Finca N°

12.371, del Distrito de Santísima Trinidad, razón por la cual, por lógica, el Sr. Germán Humberto Bittar, que adquirió el inmueble del Sr. Miguel Cáceres Aguilera, también la adquirió válidamente. Sobre el punto cabe agregar, además, que el Sr. Bittar es un tercero en la relación que contractualmente (incluido el contradocumento) vincula a la parte actora con el Sr. Miguel Cáceres Aguilera, razón por la cual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 717, del C.C., las convenciones entre éstos (los actores y el Sr. Cáceres Aguilera) no comprometen ni afectan los derechos de aquel (del Sr. Bittar). El incumplimiento del Sr. Miguel Cáceres en cuanto al compromiso asumido en el contradocumento tendrá, pues, que resolverse por otra vía.

La conclusión a la cual se ha arribado precedentemente solamente podría ser excepcionada si el tercer adquirente, Sr. Germán H. Bittar, hubiese adquirido el inmueble de referencia de mala fe. En efecto, el artículo 363 del C.C., antes citado, dispone en su parte final que “Los terceros podrán siempre ampararse en las reglas que protegen la buena fe en las transmisiones”, disposición que concuerda con los artículos 2408 y 2411 del Código Civil. El primero de ellos dispone, en su segunda parte, que la acción reivindicatoria “procederá también contra el poseedor actual que la obtuvo (la cosa) de un enajenante contra quien procedía dicha acción, salvo lo dispuesto en este código respecto de los adquirentes de derechos sobre inmuebles a título oneroso y de buena fe”. Por su parte, el segundo de los artículos citados establece, también en su segunda parte, que no son reivindicables “las cosas inmuebles de quien las haya adquirido de buena fe y a título oneroso”.

Supóngase, a modo de hipótesis, que la parte actora en este juicio, además de promover la demanda de nulidad de las escrituras públicas N° 83 del 9 de septiembre de 1993 y N° 155 del 21 de septiembre de 1995, hubiera promovido contra el codemandado, Sr. Germán Humberto Bittar una acción reivindicatoria del inmueble identificado como Finca N° 12.371, del Distrito de Santísima Trinidad. Tal acción reivindicatoria solamente podría prosperar si el presunto e hipotético reivindicado, Sr. Bittar, no fuese un adquirente de buena fe, sino de mala fe, es decir, si al tiempo de la adquisición del inmueble conociera o debiera conocer la ilegitimidad de su título (art. 1918, C.C.). Pero, como la mala fe no se presume, sino que, al contrario, lo que se presume es la buena fe (art. 1919, C.C.), es el accionante (el presunto reivindicante en la hipótesis que se desarrolla) el que debe probar la mala fe del tercer adquirente.

Precisamente, sobre el punto, refiere Borda, aludiendo a la salvedad contenida en el artículo 2408, última parte, del Código Civil, que “Esta salvedad es tan importante que prácticamente destruye los efectos de la regla “nemo plus iuris”. Sea el acto nulo o anulable, el tercero adquirente de buena fe y a título oneroso queda libre de la acción reivindicatoria. Destacamos las dos condiciones legales para detener la acción reivindicatoria: buena fe y título oneroso. Si el tercero no es de buena fe, si conocía el vicio del acto antecedente, si era cómplice de una maniobra para despojar de sus bienes al enajenante, no merece la protección del derecho. Pero como la buena fe se presume, corre a cargo de quien intenta la acción reivindicatoria demostrar la mala fe del reivindicado” (Guillermo A. Borda, Manual de Derechos Reales, Ed. Perrot, Bs. Aires, 1989, pag. 655).

En la especie, el tercer adquirente de la Finca N° 12.371, del Distrito de Santísima Trinidad, Sr. Germán Humberto Bittar, es un tercero que ha adquirido la propiedad del inmueble referido a título oneroso conforme se desprende de la escritura pública (copia) N° 155 del 21 de septiembre de 1995 (Gs. 13.000.000). La afirmación de la parte actora de que dicho precio ha sido vil o irrisorio no ha sido probada por medio de la prueba correspondiente (pericia de tasación), la cual no ha sido ni siquiera ofrecida y, por supuesto, menos aun producida.

Por otra parte, no se ha probado tampoco que el tercer adquirente del predio, Sr. Bittar, fuese de mala fe puesto que, al respecto, tampoco se han producido pruebas que permitan concluir o presumir tan importante elemento subjetivo. En este juicio de nulidad de acto jurídico no se han producido pruebas testificales. Ellas se han producido solamente en el juicio de reivindicación que promovió el mismo Sr. Bittar contra el Sr. Pedro Adorno y la Sra. de Adorno, que ha sido acumulado a estos autos. Pero, tampoco en el juicio de reivindicación se han producido pruebas que pudieran hacer presumir la mala fe del Sr. Bittar en la adquisición del inmueble que es objeto de reivindicación contra los actores. Los testigos que declararon en tal proceso reivindicatorio ni siquiera han sido preguntados acerca de la conducta o del comportamiento del Sr. Bittar en dicho sentido. Al contrario, conforme el pliego de fs. 58 del proceso reivindicatorio, al ser preguntados los testigos si sabían si el Sr. Bittar se constituyó en compañía del Sr. Miguel Cáceres Aguilera en el inmueble objeto de litis antes de la adquisición, y si sabían si en tal ocasión los demandados Pedro Adorno y Sra. Caro de Adorno cuestionaron su presencia en el sitio, respondieron que efectivamente el

Sr. Bittar se había constituido en el inmueble conjuntamente con el Sr. Miguel Cáceres Aguilera antes de la adquisición, pero que los Sres. Pedro Adorno y Sra. Caro de Adorno no formularon ningún cuestionamiento (fs. 60,62).

En consecuencia, desde el momento en que el Sr. Bittar es un tercero que en carácter de tal ha adquirido el inmueble ya identificado a título oneroso y de buena fe no podría prosperar contra él la acción reivindicatoria conforme la hipótesis que ha sido levantada. Y si tal acción reivindicatoria hipotética no podría prosperar, ello significa que el Derecho protege o ampara los derechos reales que el mismo, en las condiciones antes aludidas, ha adquirido por medio de la escritura pública N° 155 del 21 de septiembre de 1995 que, por lo dicho, no puede resultar afectada de nulidad o de invalidez. El principio general antes enunciado de que “Nadie puede transmitir un derecho real más extenso que el que posee” encuentra su clara excepción en el adquirente que en su calidad de tercero ha adquirido el inmueble a título oneroso y de buena fe (presumida por la ley), como es el caso del codemandado, Sr. Germán H. Bittar.

Es por los fundamentos que anteceden por los cuales se concluye que la pretensión de nulidad de acto jurídico promovida por la parte actora, concretamente la nulidad de las escrituras N° 83 del 9 de septiembre de 1.993, y N° 155 del 21 de septiembre de 1.995, deviene improcedente debiendo ser rechazada por la Magistratura, con imposición de las costas a la parte accionante.

En cuanto concierne a la demanda de reivindicación de inmueble, que ha sido promovida por el Sr. Germán H. Bittar contra los actores en este juicio y que ha sido rechazada por el juez de Primera Instancia en el apartado tercero de la sentencia recurrida, tal decisión, como se anotó anteriormente, debe ser revisada por la Magistratura de Alzada por la vía del recurso de apelación puesto que no ha sido declarada su nulidad como ha ocurrido, empero, respecto de la resolución adoptada por el inferior en los apartados primero y segundo de la sentencia en alzada.

En tal sentido, corresponde señalar, tal como ha sido sostenido en numerosos precedentes jurisprudenciales por esta Magistratura, que la pretensión reivindicatoria solamente puede ser admitida judicialmente cuando, en el caso particular y concreto, concurren una pluralidad de condiciones. Una de ellas es, precisamente, la identificación del inmueble objeto de litis y su ubicación en el terreno, es decir, la aplicación de los datos formales que se desprenden del título de propiedad en cuanto a dimensiones y linderos en concordancia con el predio

que es objeto de juicio. Para ello, el reivindicante debe indicar en el escrito inicial de demanda todos los datos relacionados con la identificación del inmueble en cuestión (número de Finca o Padrón, dimensiones, superficie, linderos, indicación del lugar, etc.), de tal modo que todos esos datos puedan ser posteriormente corroborados ya en el sitio o lugar en el cual se encuentra asentado el mismo inmueble. Ello es así porque la pretensión reivindicatoria recae sobre una cosa inmueble concreta que debe ser identificada también en concreto y no solamente en abstracto (en el título). Los datos denunciados o indicados por el reivindicante en el escrito de demanda deben ser posteriormente corroborados por el Juez de la causa por medio de la única prueba que habilita a la acreditación de tal extremo: la prueba de reconocimiento o de inspección ocular, que no puede ser substituida por instrumentos o declaraciones testificales, sino solamente, en el caso de que fuese necesario, por la prueba de mensura para aquellos supuestos en los cuales se discute una eventual superposición de inmuebles y se requiere la pericia técnica para determinar si, en el caso concreto, existe realmente superposición de inmuebles o no.

Pues bien: en el juicio de reivindicación de inmueble (Finca N° 12.371, del Distrito de Santísima Trinidad), no se han producido (ni ofrecido) ni la prueba de reconocimiento judicial, ni la prueba de mensura propiamente dicha, razón por la cual, si bien la parte accionante (el Sr. Bittar) ha indicado en el escrito inicial de demanda los datos destinados a la identificación del inmueble objeto de reivindicación, tales datos no han podido ser corroborados en el terreno mismo por, como se dijo, no haberse producido las probanzas destinadas a lograr tal acreditación. El acta de fs. 25 de estos autos, por el cual se hace constar la constitución del actuario en el predio antes referenciado en cumplimiento de la providencia de fecha 9 de mayo de 1996 (fs. 23), a fin de verificar los ocupantes existentes en el lugar y las mejoras introducidas, no tiene la virtualidad de suplir la omisión probatoria antes señalada por dos razones: 1) Porque tal constitución no ha sido cumplida por el Juez de la causa, sino por un funcionario judicial que no tiene la competencia para ello; 2) Porque en el acta de constitución no se ha dejado constancia de las dimensiones, linderos y superficie del terreno objeto de litis.

Desde el momento en que no se ha logrado la identificación del inmueble objeto de litis (reivindicación) en el sitio o lugar en el cual se encuentra asentado el terreno en cuestión, la pretensión reivindicatoria resulta por completo improcedente.

En consecuencia, por los fundamentos expresados, corresponde que el Tribunal resuelva:

1) Hacer lugar a la excepción de falta de acción opuesta por la parte code mandada, Germán Humberto Bittar, como medio general de defensa al contestar la demanda y, por consiguiente, desestimar la demanda promovida por Pedro Adorno y Rosa R. de Caro de Adorno por nulidad de acto jurídico contra los demandados, Sres. Miguel Cáceres Aguilera y Germán Humberto Bittar, por improcedente, con costas.

2) Revocar, con costas, el apartado tercero de la sentencia en alzada en cuanto resuelve hacer lugar a la demanda de reivindicación de inmueble promovida por el Sr. Germán Humberto Bittar contra los Sres. Pedro Adorno y Rosa Ramona de Caro de Adorno, desestimándose la pretensión reivindicatoria, con imposición de las costas al accionante.

En otro orden de cosas, atendiendo al Oficio N° 916 de fecha 20 de septiembre del 2010, remitido por el Sr. Presidente de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia a esta Magistratura (que ejerce actualmente la Presidencia del Tribunal de Apelación) con motivo del recurso de queja por retardo de justicia promovido por la abogada Elvira Quinteros de Melgarejo, este Magistrado juzga muy apropiado dejar constancia que todos estos autos (expedientes de nulidad de acto jurídico y de reivindicación, acumulados) han sido recibidos de la Magistrada que resultó sorteada como preopinante, el día viernes 24 de septiembre del 2010, entregándose este voto el día lunes 27 de septiembre del 2010, a fin de que los autos (con los dos votos o proyectos) sean entregados, a su vez, por secretaría, al tercer Miembro del Tribunal para que se imponga de su contenido y, previa votación del mismo, se proceda al dictamiento de la resolución o sentencia correspondiente. Así Voto.

A su turno, el magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos manifiesta que se adhiere al voto de la magistrada Valentina Núñez González por compartir sus mismos fundamentos.

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.

RESUELVE: 1. Declarar Desierto el recurso de nulidad. 2. Confirmar el apartado primero de la resolución recurrida, dado que la misma no ha sido cuestionada por las partes. 3.- Revocar el apartado segundo de la misma, hacien-

do lugar a la demanda de nulidad de las Escrituras Públicas N° 83 de fecha 9 de setiembre de 1993 pasada ante la escribana pública Carmen Graciela Ricciardi y la Escritura N° 155 de fecha 21 de setiembre de 1995 pasada ante la escribana pública Guillermina Santiago de Enciso, que instrumentas las transferencias realizadas en relación a la Finca N° 12.371 del Distrito de Santísima Trinidad, debiendo tomarse nota de la presente resolución ante la Dirección de los Registros Públicos, librándose el oficio pertinente. 4. Revocar el apartado tercero de la resolución, desestimando la demanda de reivindicación promovida por el Sr. Germán Humberto Bittar Zaldívar contra los Sres. Pedro Adorno y Rosac De Caro de Adorno, sobre el mismo inmueble. 5. Imponer las costas a la parte perdedora, en ambas instancias. 6. Anotar, registrar, notificar y remitir copia a la Corte Suprema de Justicia.

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

Ante mí: Arnaldo Martínez Prieto, Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 66

Cuestión debatida: Entrando a analizar la cuestión sometida a estudio, nos encontramos ante una preparación de acción ejecutiva para lograr el cobro de suma de guaraníes provenientes del uso de una tarjeta de crédito Mastercard emitido por la actora.

PRESCRIPCIÓN. Excepción de prescripción. TARJETA DE CRÉDITO.

A los efectos del plazo para la excepción de prescripción, lo que si podría considerarse como punto de partida sería la fecha del último estado de cuenta que registre operaciones realizadas por el demandado, a partir de la cual podría determinarse válidamente el tiempo transcurrido hasta la promoción de la demanda.

PRESCRIPCIÓN. Excepción de prescripción. TARJETA DE CRÉDITO.

En el caso se ha presentado un estado de cuenta que no registra operación alguna y al que se le ha atribuido una fecha y tampoco el excepcionante ha

demostrado de alguna manera que la prescripción se ha producido, careciendo de datos que nos permitan visualizar con meridiana claridad que la misma se ha producido, por consiguiente debe rechazarse la excepción de prescripción.

TARJETA DE CRÉDITO

Para el cobro de deudas de tarjetas de créditos ya se había señalado en un caso similar “... que basta con presentar: 1) el contrato o solicitud de crédito que contiene las condiciones generales de uso de la misma y donde obra la firma del usuario o deudor, 2) El extracto o resumen de cuentas donde figuran todas las operaciones o compras efectuadas por el usuario, más cargos financieros y las sumas de los cuales establecen la cantidad exigible, 3) La constancia de haber el usuario recibido el extracto y que no objetó el mismo dentro del plazo establecido en las condiciones generales, o bien la intimación a abonar el saldo adeudado, sin que el intimado responda, desconociendo la existencia de la calidad de usuario de la tarjeta (Ac. y Sent. N° 142, 10/09/2007, Sala 5) por considerar que compatibiliza los requisitos esenciales para la viabilidad de la preparación.

EXCEPCIÓN DE INHABILIDAD DE TÍTULO. TARJETA DE CRÉDITO.

En el caso es dable considerar que los instrumentos presentados no reúnen las características necesarias para viabilizar una preparación de acción ejecutiva, por lo que corresponde hacer lugar a la excepción de inhabilidad de título interpuesta y en consecuencia desestimar la ejecución promovida por la entidad bancaria para el cobro de tarjeta de crédito.

TApel. Civ. y Com. Primera Sala. 26-10-10. “Banco Continental SAECA c. Fernando Levi Bueno s. Cobro de Guaraníes” (Ac. y Sent. N° 66)

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 Gerardo Báez Maiola.

A la primera cuestión planteada la magistrada Valentina Núñez González dijo: El recurrente funda sus agravios señalando que la resolución recurrida fue dictada con vicio procesal. Sostiene que los documentos presentados y considerados por la A-quo de aquellos que traen aparejada ejecución no lo son de acuerdo a lo dispuesto en el art. 439 del CPC. Efectúa algunas consideraciones sobre

el valor del extracto de cuenta presentado así como de los restantes documentos agregados a autos, considerando que esto ameritaría la declaración de nulidad de la resolución. En la contestación del traslado a la otra parte, esta no efectúa consideraciones específicas en relación al recurso de nulidad planteado, sino efectúa una serie de generalizaciones que pueden aplicarse tanto para este recurso como para el otro.

Del análisis de los argumentos esgrimidos se observan que los cuestionamientos formulados pueden ser resueltos por la vía de la apelación, por lo que corresponde declarar desierto el recurso interpuesto por improcedente. Por otra parte, no se observan en la resolución recurrida vicios de forma o solemnidades que ameriten el estudio de oficio por parte del Tribunal. Así voto.

A sus turnos los magistrados Dr. Marcos Riera Hunter y Gerardo Báez Maiola: Manifiestan que se adhieren al voto de la magistrada Valentina Núñez González, por compartir sus mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada la magistrada Valentina Núñez González dijo: El contexto de la fundamentación guarda como señaláramos, relación con los argumentos utilizados en la nulidad. El recurrente reitera no adeudar el monto que se le reclama, cuestionando que la parte actora no ha presentado un solo documento con su firma que demuestre a cabalidad su obligación para con ella. Sostiene haber abonado la totalidad de la cuenta mantenida con la entidad emisora de la tarjeta. Agrega que la A-quo ha fundado su resolución diciendo que el demandado ha sido llamado a reconocer la deuda que consta en el documento de fs. 8, señalando que en dicho documento no obra firma suya alguna, requisito elemental para que exista un instrumento que habilite la acción ejecutiva.- Concluye diciendo que los documentos presentados por la parte actora no traen aparejada ejecución, lo que impide su reclamo por la vía ejecutiva. Continúa efectuando algunas precisiones en cuanto a lo resuelto en relación a la excepción de prescripción planteada. Reitera que a su criterio se encuentra prescripta la acción refiriéndose a los argumentos sostenidos en la interposición de la excepción y reproduciendo algunos artículos del Código Civil que hacen relación a la prescripción como algunas jurisprudencias, concluyendo igualmente que ha transcurrido el plazo con que contaba la actora para formular reclamación al respecto.

Corrido traslado a la otra parte, esta contesta en escrito que obra a fs. 113 de autos, y en apretada síntesis sostiene que la presente acción se basa en lo

dispuesto en el art. 448 del CPC, y en tal sentido se ha dictado resolución que hace efectivo el apercibimiento y se tiene por atribuida la deuda reclamada en autos a la parte demandada así los documentos agregados en autos y por auténticos los mismos, solicitando la confirmación de la resolución recurrida.

Entrando a analizar la cuestión sometida a estudio, nos encontramos ante una preparación de acción ejecutiva promovida por el Banco Continental S.A.E.C.A. contra Fernando Levi Bueno, para lograr el cobro de la suma de Guaraníes nueve millones veinte y un mil seiscientos siete (Gs. 9.021.607) provenientes del uso de una tarjeta de crédito Mastercard emitido por la actora.

La parte demandada ha opuesto las excepciones de inhabilidad de título y prescripción de la acción, por lo que a los efectos de un mejor ordenamiento, analizaremos previamente la excepción de prescripción porque de la procedencia o no de la misma dependerá la ejecución que se pretende.

En tal sentido, debemos señalar que el demandado sostiene que, tomando como base la fecha de recibo de la tarjeta a la de la promoción de la demanda, ha transcurrido con exceso el plazo de tres años, que considera sería prudente aplicar, tomando por analogía el plazo establecido en el art. 662, inciso 1 del CC. Sin embargo, esta tesitura importaría considerar que la tarjeta de crédito nunca fue usada, hecho este poco creíble desde el punto de vista que nadie solicitaría una tarjeta de crédito si no es para utilizarla. Lo que si podría considerarse como punto de partida sería la fecha del último estado de cuenta que registre operaciones realizadas por el demandado, a partir de la cual podría determinarse válidamente el tiempo transcurrido hasta la promoción de la demanda. Como este hecho no se da, pues se ha presentado un estado de cuenta que no registra operación alguna y al que se le ha atribuido una fecha y tampoco el excepcionante ha demostrado de alguna manera que la prescripción se ha producido, careciendo de datos que nos permitan visualizar con meridiana claridad que la misma se ha producido, por consiguiente debe confirmarse lo resuelto por la A quo en relación a esta excepción.

Establecida la inexistencia de la prescripción, corresponde analizar lo referente a la excepción de inhabilidad de título y al respecto debemos señalar que no existe un criterio uniforme aún, sobre cual debe ser la vía para intentar la ejecución de deudas provenientes del uso de tarjetas de crédito así como cuales deben ser los documentos que se acompañen para iniciar la acción.

En principio la tendencia predominante era la de considerar que las operaciones realizadas bajo este régimen, no podían ser reclamadas por la vía

ejecutiva sino la ordinaria, debiendo promoverse la demanda correspondiente con el acompañamiento del contrato suscrito, el extracto de cuenta y los cupones que justificaban las operaciones realizadas y registradas en dicho extracto. Otra corriente sostenía que ninguno de los documentos señalados tenían por sí fuerza ejecutiva y tampoco eran aptos para preparar la ejecución por esta vía por cuanto que su sola presentación y reconocimiento no prueba la existencia de crédito líquido y exigible así como también que la complejidad de la operación que se realiza no autoriza este trámite pues para requerir la confesión de deuda ésta debe presentar las características de ejecutoriedad.

Ahora bien, considerar solamente la vía ordinaria para el cobro de este tipo de deudas generaba un problema en cuanto al funcionamiento del sistema, que necesita el recupero a corto plazo a fin de poder seguir operando, lo cual no ocurre con las demandas ordinarias. De ahí que se buscó solucionar el inconveniente a través de una vía alternativa y surge entonces la admisión de la preparación de la vía ejecutiva, que fue recogida en la legislación argentina a través de la Ley N° 25.065 que aceptó así la tesis de la preparación de la vía ejecutiva. Este tendencia se ha trasladado al ámbito de nuestro país en donde en numerosos antecedentes jurisprudenciales (a falta de ley reglamentaria) ya se ha sustentado la tesis que es viable la preparación de la vía ejecutiva para este tipo de reclamos, aplicando los principios contenidos en el art. 443 del CPC, especialmente el contenido en el inciso a) de dicho artículo.

En tal sentido compartimos el criterio sustentado por el colega Dr. Juan Carlos Paredes Bordón, quien había señalado en un caso similar: “... que basta con presentar: 1) el contrato o solicitud de crédito que contiene las condiciones generales de uso de la misma y donde obra la firma del usuario o deudor, 2) El extracto o resumen de cuentas donde figuran todas las operaciones o compras efectuadas por el usuario, más cargos financieros y las sumas de los cuales establecen la cantidad exigible, 3) La constancia de haber el usuario recibido el extracto y que no objetó el mismo dentro del plazo establecido en las condiciones generales, o bien la intimación a abonar el saldo adeudado, sin que el intimado responda, desconociendo la existencia de la calidad de usuario de la tarjeta (Ac. y Sent. N° 142, 10/09/2007, Sala 5) por considerar que compatibiliza los requisitos esenciales para la viabilidad de la preparación.

Con base en lo que hemos venido desarrollando corresponde analizar el caso sometido a estudio a los efectos de establecer si se han cumplidos los requisitos que esta magistrada considera necesarios para el efecto.

La actora en estos autos, ha presentado como base de su ejecución los siguientes documentos: “ a) Un estado de cuenta (fs. 8 de autos) donde no constan los antecedentes de las operaciones que hayan servido de base para establecer el monto que se reclama, simplemente se establece una cifra sin respaldo alguno, mencionándose en el casillero que corresponde a la fecha del estado de cuenta 26/04/02, el límite y saldo anterior, sin otros datos como ser interés, interés moratorio, gastos financieros, etc. y en el talón de pago como fecha de vencimiento para el pago 13/12/2001. b) un recibo de tarjeta para un principal y un adicional firmados (fs.9) y c) una solicitud de tarjeta de crédito, donde constan datos personales del solicitante y al final antes de la firma del mismo una leyenda que dice: “ Por al presente solicito al emisión de una tarjeta de crédito de ese banco a mi nombre, condicionada a vuestra previa conformidad... El otorgamiento eventual de la tarjeta de crédito solicitada y su uso posterior estarán sujetos en un todo a los términos y condiciones indicados en el reverso posterior de esta solicitud y a cuya observación y cumplimiento me obligo formalmente”, documento este que no ha sido acompañado.

Vemos entonces que el estado de cuenta registra solamente una cifra convencional que es la atribuida como deuda al demandado, sin que consten las operaciones que sirvieran de base para la determinación de dicho monto por lo que no se adecuaría a un estándar mínimo que correspondería a este tipo de documentación conforme lo establecía la Resolución 6/1996 del BCP que reglamentaba las emisiones y operaciones de tarjetas de crédito del Sistema Financiero, vigente en la época en que se presentó esta demanda al establecer en el inciso 15) lo siguiente: “Sistema Operativo 15) El Emisor pondrá a disposición del titular de la tarjeta su estado de cuenta, señalando el monto de cada compra de bienes, pagos de servicios, retiro de dinero en efectivo y demás cargos establecidos en el contrato” disposición esta que se reproduce nuevamente en la Resolución 5/2007 vigente en la actualidad donde se transcribe el mismo inciso y a continuación se detalla con mas precisión la información que debe contener el extracto.

No se ha acompañado tampoco constancia alguna que la misma haya sido recepcionada por el demandado y que no la haya impugnado o por lo menos intimado a su pago, para dejar establecido que no ha existido impugnación al respecto. Y por último, no se ha presentado el contrato al que hemos hecho referencia. Solo se ha presentado una solicitud de crédito, pero no el contrato

que es el instrumento que fija la relación entre las partes y estipula las condiciones en que se desenvolverá dicha relación, estableciendo derechos y obligaciones.

De acuerdo a lo que hemos venido señalando es dable considerar que los instrumentos presentados no reúnen las características necesarias para viabilizar una preparación de acción ejecutiva, por lo que corresponde hacer lugar a la excepción de inhabilidad de título interpuesta y en consecuencia desestimar la ejecución promovida por el Banco Continental S.A.E.C.A contra Fernando Levi Bueno, debiendo revocarse el apartado primero, en cuanto desestimo la excepción de inhabilidad de título y el apartado segundo en su totalidad. Las costas deberán ser impuestas a la perdidosa en ambas instancias. Así voto.

A su turno el magistrado Dr. Marcos Riera Hunter: Manifiesta que se adhiere al voto de la magistrada Valentina Núñez González, por compartir sus mismos fundamentos.

A su turno el magistrado Gerardo Báez Maiola dijo: Nuestra legislación positiva, en lo que guarda relación a la tarjeta de crédito no es suficiente para abarcar las complejas y variadas circunstancias que emergen de su uso. Y precisamente por ello, no es fácil solucionar los cuestionamientos que son formulados, razón entonces por la que, en un buen número, la jurisprudencia lejos está de ser uniforme, empezando por el medio procesal que se debe reclamar el pago porque, para unos, es la vía ejecutiva y para otros, solamente la ordinaria es la propia del reclamo. Fácilmente comprensible resulta entonces el por qué cabe, nuestros juzgados y tribunales tengan que apoyar sus decisiones acudiendo a doctrinas y jurisprudencias no nacionales.

Superado el primer escollo, ya por considerar como hábil la vía ejecutiva, se presenta el asunto relativo al plazo para ejercer la acción de regreso a fin de que la acción no prescriba, razón por la que también se recurre por analogía, a la prescripción de las acciones de otros títulos de crédito.

Como consecuencia de esta situación, en casos similares en que me cupo intervenir, al estudiar el nexo jurídico entre las partes, o sea el contrato celebrado entre la otorgante de la tarjeta y el usuario, he observado que básicamente, las condiciones resultan muy rígidas para el deudor y absolutamente favorables para el otorgante del crédito; en otros términos, se tratan de cláusulas leoninas. Precisamente, una de ellas consiste en establecer la vía ejecutiva para el cobro en caso de incumplimiento. Otra, por la que si bien el acreedor está obligado al

envío de resúmenes de cuenta y cupones en determinados plazos, no obstante, la omisión queda salvada si el usuario no formula reclamación dentro de un determinado tiempo, v. gr. "... XX enviará un resumen mensual al socio XX Titular y su importe será pagadero al vencimiento en donde XX indique. Al falta de vencimiento expreso, este operará tácitamente a los siete días de la fecha de emisión del resumen..." (sic).

En este aspecto, hay que partir de que este tipo de convención es de orden civil y, por tanto, afecta solamente al interés particular; por ello las partes están a lo que prescribe el art. 715 del Código Civil (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 virtuales comprendidas).

Pero este caso presenta como característica particular, que la parte actora, que reclama pago de supuesta deuda, no ha presentado el contrato en donde comprobar bajo qué condiciones, razón entonces por la que indefectiblemente, solamente quedan las fuentes legales pertinentes y principalmente el art. 443 inc. a) CPC y la Resolución N° 6/96 del Banco Central del Paraguay, aspectos que fueron abordados y resueltos con notable suficiencia por la Honorable Valentina Núñez, por lo que adhiero in totum a la decisión de: a) rechazar la excepción de prescripción; b) declarar inhábil el título con que se reclama la deuda. Así voto.

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

RESUELVE: 1. Declarar Desierto el recurso de nulidad interpuesto por el Abog. Fernando Levi Bueno, por improcedente. 2. Confirmar el apartado primero de la resolución en cuanto rechaza la excepción de prescripción. 3. Revocar el apartado primero de la resolución en cuanto rechaza la excepción de inhabilidad de título, debiendo hacerse lugar a la misma por los motivos expuestos en el considerando de la resolución. 4.- Revocar el apartado segundo de la resolución recurrida, debiendo Desestimarse la ejecución promovida por el Banco Continental S.A.E.C.A., contra Fernando Levi Bueno para el cobro de la suma de Guaraníes nueve millones veinte un mil seiscientos siete (Gs. 9.021.607) más intereses, costos y costas del juicio. 5. Imponer las costas en ambas instancias, a la perdidosa. 6.- Anotar, registrar y remitir copia a la Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Gerardo Baez Maiola, Marcos Riera Hunter, Valentina Núñez González.

Ante mí: Arnaldo Martínez Rozzano, Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 71

PROCESO CIVIL Y COMERCIAL. Llamamiento de autos para sentencia.

El artículo 383 del Código Procesal Civil atribuye al llamamiento de autos para sentencia el efecto preclusorio del proceso. En consecuencia, desde el dictado de esta providencia las partes no podrán presentar mas escritos, salvo urgimientos.

EXCUSACIÓN. Forma y tiempo de la excusación.

Desde el dictado de la providencia de llamamiento de autos para sentencia las partes no podrán presentar mas escritos, salvo urgimientos, esta consideración impide atender los escritos presentados con posterioridad, entre los cuales se incluye, un pedido de excusación formulado por los representantes del Ministerio de Hacienda contra el Magistrado Preopinante, el que, por lo demás, no pasa de ser una presentación estéril por su manifiesta extemporaneidad, de conformidad al artículo 27 del C.P.C. y a mas de no tratarse de una recusación con causa, es obvio que la excusación es privativa del Juzgador.

MANDATO. ABOGADO. Abogados Fiscales.

El poder general no es más que un instrumento que contiene el mandato para intervenir en juicio. Este mandato, en el caso de los abogados fiscales, se encuentra inmerso en la Ley Orgánica del Ministerio de Hacienda, específicamente, en el artículo 28 de la Ley 109/91 que dispone, en lo pertinente: "...los Abogados Fiscales son competentes para intervenir en los procesos judiciales en que el Ministerio o el Estado fuese parte, sea como actor o como demandado,...".

PERSONAS. Personas Jurídicas.

Las entidades que no tienen la calidad de personas no pueden, estar en juicio para promover demandas ni para contestarlas puesto que, tales entidades no son sujetos de Derecho. En la especie, resulta muy claro que el Ministerio de Hacienda no es una persona física, y tampoco puede ser conceptuada como

una persona jurídica por cuanto que los Ministerios del Poder Ejecutivo no figuran en la enumeración taxativa o limitativa que efectúa el artículo 91 del C.C. (Voto del Dr. Marcos Riera Hunter en minoría).

ABOGACÍA DEL TESORO.

Toda la normativa legal que con anterioridad a la Constitución de 1992 atribuía competencia a la Abogacía del Tesoro del Ministerio de Hacienda y a sus abogados fiscales para intervenir en juicio, en nombre del Estado, para el cobro de sumas de dineros por diversos conceptos, ha quedado derogada tácitamente con la entrada en vigencia del artículo 246 de la Constitución de 1992, que atribuye dicha competencia al Procurador General de la República, competencia que, obviamente, no puede ser modificada por la ley secundaria, que se encuentra en grado de prelación inferior a la Ley Fundamental de la República. (Voto del Dr. Marcos Riera Hunter en minoría).

TApel. Civ. y Com. Primera Sala. 03-11-10. “Ministerio de Hacienda c. Inmobiliaria y Cerámica Tobatí S.A. s. Ejecución Hipotecaria” (Ac. y Sent. N° 71)

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia recurrida?

En caso contrario, ¿es ella justa?

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

A la primera cuestión planteada el magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos dijo: La recurrente no fundó el recurso de nulidad, y como no se observan vicios formales en la sentencia en revisión que motiven la declaración de nulidad de oficio, corresponde declarar desierto el recurso que nos ocupa. Así voto.

A sus turnos los magistrados Valentina Núñez González y Dr. Marcos Riera Hunter: Manifiestan que se adhieren al voto del Magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos, por compartir sus mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada el magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos dijo: Con la S.D. N° 116 del 27 de febrero de 2004, dictada por el Juez en lo Civil y Comercial del Octavo Turno de la Capital, Secretaría N° 15, se resolvió: “1) Rechazar, con costas, las excepciones de falta de personería, inhabilidad de título y de nulidad opuestas por la parte demandada Inmobiliaria y

Cerámica Tobatí S.A., por las razones apuntadas más arriba. 2) Llevar adelante la ejecución hipotecaria promovida por Ministerio de Hacienda en contra de Inmobiliaria y Cerámica Tobatí S.A. hasta que el deudor haga íntegro pago del capital reclamado Dólares Americanos Doscientos Cincuenta Mil (U\$S 250.000.), mas sus intereses, costos y costas del presente juicio. 3) Anotar, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia”.

Contra esta sentencia se alzó la abogada María Elizabeth Galeano, representante convencional de la parte ejecutada, Inmobiliaria y Cerámica Tobatí S.A., y expresó agravios en los términos del escrito glosado a fojas 93/94 de autos. En esta ocasión sostuvo, en lo medular, que el fallo impugnado es injusto puesto que el A-quo no tuvo en consideración que el nombramiento de los abogados fiscales por el Poder Ejecutivo no constituye un mandato que los faculte a intervenir en juicio. En cuanto a la inhabilidad de título –falta de acción- la apelante sostuvo que tratándose el endosante de una persona jurídica, es menester que la firma esté debidamente identificada de manera tal a que se pueda inferir que el firmante está autorizado para el acto, cuestión que el A-quo pasó por alto para resolver el rechazo de esta excepción. La apelante finaliza su presentación solicitando la revocación del fallo en revisión.

Los abogados fiscales Walter Canclini y Hugo A. Campos Lozano, representantes del Ministerio de Hacienda, con el patrocinio del Abogado Raúl F. Sapena Giménez, contestaron los agravios esgrimidos por la recurrente diciendo que la Ley 109/91 los legitima expresamente para estar en juicio representando los intereses del Ministerio de Hacienda. Con respecto a la excepción de inhabilidad de título –falta de acción–, sostienen que la misma es improcedente en atención a que el ejecutado reconoció expresamente la deuda reclamada, a lo que le agrega que el endoso se realizó cumpliendo con las formalidades exigidas para el acto.

Antes de adentrarnos al estudio de la justicia del fallo, conviene señalar que el artículo 383 del Código Procesal Civil atribuye al llamamiento de autos para sentencia el efecto preclusorio del proceso. En consecuencia, desde el dictado de esta providencia las partes no podrán presentar mas escritos, salvo urgimientos.

Esta consideración impide atender los escritos presentados con posterioridad al llamamiento de autos para sentencia, entre los cuales se incluye, un pedido de excusación formulado por los representantes del Ministerio de Ha-

cienda contra el magistrado preopinante, el que, por lo demás, no pasa de ser una presentación estéril por su manifiesta extemporaneidad, de conformidad al artículo 27 del C.P.C. y a más de no tratarse de una recusación con causa, es obvio que la excusación es privativa del juzgador.

En las condiciones apuntadas, teniendo a la vista las constancias procesales y corresponde pasar al estudio de la cuestión planteada y de lo resuelto en el Primer Grado de Conocimiento.

La excepción de falta de personería fue rechazada por el A-quo al considerar que los abogados fiscales del Ministerio de Hacienda se encuentra facultados para intervenir en juicio, representando los intereses del Ministerio de Hacienda. La apelante criticó esta opinión diciendo que la condición de abogados fiscales no reemplaza el poder general para asuntos administrativos y judiciales, mediante el cual se debe justificar la intervención en juicio.

Con relación a esta cuestión, debemos hacer notar que el poder general no es más que un instrumento que contiene el mandato para intervenir en juicio. Este mandato, en el caso de los abogados fiscales, se encuentra inmerso en la Ley Orgánica del Ministerio de Hacienda, específicamente, en el artículo 28 de la Ley 109/91 que dispone, en lo pertinente: "...los Abogados Fiscales son competentes para intervenir en los procesos judiciales en que el Ministerio o el Estado fuese parte, sea como actor o como demandado,...".

La norma citada allana toda duda con respecto a la legitimidad de los abogados fiscales para intervenir en juicio en representación del Ministerio de Hacienda, puesto que el mandato está dado por la propia ley aunque no haya sido instrumentado en un poder general para asuntos administrativos y judiciales, el que, en estas condiciones, resulta innecesario.

Con estas consideraciones entendemos que el rechazo de la excepción de falta de personería se encuentra ajustado a derecho, por lo que debe ser confirmado.

En cuanto a la excepción de inhabilidad de título, fundada en la falta de legitimatio ad causam por la forma en que se formalizó el endoso de los títulos circulatorios, cabe referir que el ejecutado no negó el crédito que se le reclama, situación que torna improcedente a la excepción que nos ocupa.

A esto se debe agregar que el endoso de los títulos de créditos presentados a ejecución fue inscripto en los Registros Públicos, con lo que el acto impugnado adquirió publicidad; y, además, el ejecutante agregó una nota -fs. 81- que nos

señala que Inmobiliaria y Cerámica Tobatí S.A. reconoció, expresamente, el crédito reclamado por el Ministerio de Hacienda. Esta nota, ciertamente, fue incorporada al juicio de manera irregular por lo que en principio no podría ser considerada, sin embargo se advierte que el reconocimiento conciente de la verdad objetiva viene a robustecer la posición con respecto al rechazo de la excepción de inhabilidad de título.

Finalmente, resta referir que la apelante no criticó el rechazo de la excepción de nulidad, por lo que esta decisión quedó consentida.

Por tanto, por las consideraciones expuestas, soy del parecer que el fallo en revisión es justo y lógico por lo que debe ser confirmado. Las costas, de conformidad al artículo 203 inc. a), y al Art. 192 del C.P.C., deberán ser soportadas por el apelante. Así voto.

A su turno, la magistrada Valentina Núñez González: Manifiesta que se adhiere al voto del magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos, por compartir sus mismos fundamentos.

A su turno el magistrado Dr. Marcos Riera Hunter Dijo: Cabe destacar, en primer término, que la parte recurrente no ha efectuado la crítica razonada de la sentencia en grado de alzada en cuanto la resolución recurrida resuelve desestimar la excepción de nulidad opuesta por la parte demandada, omitiéndose así dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 419 del CPC. En efecto, la parte recurrente, en el escrito de fs. 93, se refirió única y exclusivamente a las excepciones de falta de personería y de inhabilidad de título por falta de acción, pero, se reitera, no se ha referido en absoluto a la desestimación de la excepción de nulidad cuyo rechazo ha sido, por tanto, consentido.

En consecuencia, corresponde que el Tribunal declare desierto el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia en alzada en cuanto la misma resuelve desestimar la excepción de nulidad opuesta por la parte demandada contra la ejecución.

En cuanto a la excepción de falta de personería, esta Magistratura se adhiere a los fundamentos y a la decisión que, a dicho respecto, han sido sostenidos por el Conjuez preopinante.

Por último, y en cuanto concierne a la excepción de inhabilidad de título por falta de acción la cuestión se torna completamente distinta. En efecto, en reiterados precedentes jurisprudenciales esta Magistratura ha sostenido que solamente los sujetos de Derecho, es decir, las personas (físicas o jurídicas)

tienen la capacidad para estar en juicio como partes actoras o como partes demandadas. Las entidades que no tienen la calidad de personas no pueden, obviamente, estar en juicio para promover demandas ni para contestarlas puesto que, se reitera, tales entidades no son sujetos de Derecho. En la especie, resulta muy claro que el Ministerio de Hacienda no es una persona física, y tampoco puede ser conceptuada como una persona jurídica por cuanto que los Ministerios del Poder Ejecutivo no figuran en la enumeración taxativa o limitativa que efectúa el artículo 91 del C.C. Por lo demás, se desprende de las constancias de los autos que la presente ejecución hipotecaria fue promovida en el mes de febrero del 2003 (fs. 67, vlt.a.), cuando los abogados fiscales del Ministerio de Hacienda perdieron la competencia legal para estar en juicio (como actores o demandados) por la entrada en vigencia de la Constitución de 1992, en cuyo artículo 246 se establece que la competencia para representar a la República en todos los asuntos patrimoniales de su interés, judiciales o extrajudiciales, corresponde a la Procuraduría General de la República. En otras palabras: toda la normativa legal que con anterioridad a la Constitución de 1992 atribuía competencia a la Abogacía del Tesoro del Ministerio de Hacienda y a sus Abogados Fiscales para intervenir en juicio, en nombre del Estado, para el cobro de sumas de dineros por diversos conceptos, ha quedado derogada tácitamente con la entrada en vigencia del artículo 246 de la Constitución de 1992, que atribuye dicha competencia al Procurador General de la República, competencia que, obviamente, no puede ser modificada por la ley secundaria, que se encuentra en grado de prelación inferior a la Ley Fundamental de la República.

Es verdad que la Ley de Adecuación Tributaria N° 2421/2004 atribuye a la Abogacía del Tesoro y a sus abogados fiscales competencia para representar al Estado paraguayo en juicios destinados a obtener el cobro de créditos fiscales, pero, al respecto, cabe señalar dos extremos: 1) Que tal normativa debe ser juzgada de inconstitucional, y es por ello, precisamente, por lo que en un caso anterior el Tribunal, con el voto de esta Magistratura, recurrió a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de acuerdo con el art. 18, inc. "a", del C.P.C., conforme el A.I. N° 166 de fecha 27 del mes de abril del año 2010; 2) Que la situación que acaece en el caso particular en estudio es diferente y, por tanto, no impone a la Magistratura transitar por el procedimiento de la consulta que previene el artículo 18, inc. "a", del CPC, por cuanto que, en la especie, la suma de dinero que se pretende ejecutar no proviene de créditos fiscales, sino de un

préstamo hipotecario otorgado a la parte demandada por el Banco Nacional de Trabajadores instrumentado en pagarés hipotecarios cuyos endosos fueron, por lo demás, cuestionados por la parte ejecutada.

La excepción de inhabilidad de título que ha sido opuesta por la parte demandada contra el progreso de la presente ejecución hipotecaria constituye una defensa que resulta procedente no sólo cuando se reclama una suma de dinero que no se asienta en un documento público, o cuando se reclama una suma de dinero que no es líquida o determinada, o cuando la obligación no es exigible por hallarse sujeta a plazo o condición, sino que también es procedente cuando no concurre en el caso particular y concreto la legitimación activa o pasiva necesaria para la promoción de la pretensión ejecutiva.

Pues bien: desde el momento en que un ente no es sujeto de Derecho porque no es persona, el mismo no se encuentra legitimado para estar en ningún juicio, ni como parte actora, ni como parte demandada, y, por ende, tampoco se encuentra legitimado para intervenir en ningún caso particular. En la especie, como se dijo, el Ministerio de Hacienda no es persona (ni física ni jurídica), no tiene capacidad de sujeto de Derecho para estar en ningún juicio y, por supuesto, tampoco en este juicio ejecutivo hipotecario puesto que su condición de Secretaría de Estado o de Cartera Ministerial dependiente del Poder Ejecutivo no lo habilita (ni siquiera lo puede el mismo Poder Ejecutivo) a tal intervención. Todas las cuestiones de índole patrimonial que interesan al Estado Paraguayo, en sede judicial o extrajudicial, son de la competencia exclusiva de la Procuraduría General de la República que es la que, a través de su titular, el Procurador General de la República, debe intervenir para representar al Estado en los litigios que se tramitan ante los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial. Por lo dicho, existe en el caso inhabilidad de título por falta de legitimación activa (falta de acción) en la parte ejecutante, el Ministerio de Hacienda, que no puede representar al Estado en el presente juicio, ni en ningún juicio o proceso que se ventila en sede judicial.

Por lo demás, cabe agregar que el documento que ha sido presentado por el Ministerio de Hacienda, y agregado a fs. 81 de autos (la foliatura es incorrecta porque en el presente expediente existen dos foliaturas: la primera, que se inicia al principio del expediente hasta la foja 81, y la otra que vuelve a comenzar, luego de la foja 81, con la foliatura 1 hasta llegar la foja 124) no puede ser considerado por la Magistratura por las siguientes razones: 1) Porque ha sido

agregado extemporáneamente, luego de haberse llamado autos para sentencia en la instancia inferior; 2) Porque no ha sido agregado a los autos; 3) Porque la providencia que recayó con motivo de tal presentación, fs. 83, vlta., por la cual se tuvo presente el urgimiento presentado, es inválida por carecer dicha providencia de la fecha, elemento forma esencial exigido por el artículo 156 del CPC. En tal sentido, no puede compartirse, en absoluto, el criterio sostenido por el Conjuetz preopinante cuando, a pesar de reconocer que dicha pieza instrumental ha sido “incorporada al juicio de manera irregular, por lo que en principio no podría ser considerada”, manifiesta no obstante que “el reconocimiento conciente de la verdad objetiva viene a robustecer la posición con respecto al rechazo de la excepción de inhabilidad de título”. La aspiración de los órganos jurisdiccionales de obtener la “verdad objetiva” no puede consolidarse en contra de lo preceptuado por la ley. Por consiguiente, el documento agregado en la (errónea) foja 81 no tiene la virtualidad de modificar el criterio sostenido por esta Magistratura en cuanto a que, en el caso, existe una falta de acción por falta de legitimación activa en el ejecutante, extremo que torna procedente a la excepción de inhabilidad de título opuesta por la parte demandada contra la ejecución.

En consecuencia, por los fundamentos expresados, corresponde que el Tribunal resuelva:

1) Declarar desierto el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia recurrida en cuanto la misma resuelve desestimar la excepción de nulidad opuesta por la parte demandada. 2) Confirmar la sentencia apelada en cuanto la misma resuelve desestimar la excepción de falta de personería opuesta por la parte ejecutada. 3) Revocar, con costas, la sentencia en grado de alzada en cuanto la misma resuelve desestimar la excepción de inhabilidad de título opuesta por la parte accionada, admitiéndose dicha excepción y desestimándose, en consecuencia, la ejecución promovida por el Ministerio de Hacienda contra la firma Inmobiliaria y Cerámica Tobati S.A. Así Voto.

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

RESUELVE: Declarar Desierto el recurso de nulidad. Confirmar la S.D. N° 116 del 27 de febrero de 2004, dictada por el juez en lo Civil y Comercial del Octavo Turno de la Capital, por los argumentos expuestos en el exordio de la

presente resolución. Imponer las costas a la parte apelante. Anotar, registrar, y remitir una copia a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

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

Ante mí: Arnaldo Martínez Rozzano, Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 72

Cuestión debatida: Del análisis y estudio de las constancias de autos y de las pretensiones de las partes, corresponde revisar el fallo apelado y principalmente, analizar en forma puntual si la Póliza de Seguro de Caucción, constituye o no un título ejecutivo en las condiciones en que se pretende hacer valer en el marco del presente juicio.

SEGURO. Denuncia del siniestro. Plazo en el contrato de seguro.

Tanto el art. 158 de C.C. y la póliza de seguro estipula que ocurrido el siniestro, la asegurada por imperio de la ley, debió comunicar el acaecimiento del mismo en el plazo de 72 horas, so pena de perder el derecho a ser indemnizado, en el caso, no se ha realizado dentro del plazo acordado, conforme a las probanzas realizadas, en autos. Es decir, tan solo por ese requerimiento, la asegurada ha perdido su derecho a cobrar indemnización, pues omitió cumplir con la obligación legal y contractual, (de comunicar el siniestro), lo cual trae aparejada la pérdida del derecho a indemnización por parte de la demandada.

SEGURO. Póliza. JUCIO EJECUTIVO. Título ejecutivo.

El contrato de seguro, instrumentado por una póliza de caución, no es un título ejecutivo. Esta afirmación, a criterio de esta Magistratura, se deduce en razón que el mismo es un documento complejo, del cual derivan derechos y obligaciones para las partes, debiendo ser ventilados o tramitados por el juicio pertinente.

SEGURO. Póliza.

El Contrato de Seguro es un instituto regulado específicamente en la legislación civil vigente, lo que naturalmente lo excluye de las posibilidades y condiciones del art. 448 CPC.

TApel. Civ. y Com. Primera Sala. 04-11-10. "Comisión Nacional de Juegos

de Azar c. El Sol del Paraguay S.A. de Seguros y Reaseguros s. Acción Preparatoria de Juicio Ejecutivo” (Ac. y Sent. N° 72).

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?

En su caso, ¿se dictó conforme a Derecho?

Practicado el sorteo de ley, este, arrojó el siguiente orden de votación: Preopinante, el magistrado Dr. Linneo Ynsfran Saldívar, Eusebio Melgarejo Coronel y Arnaldo Martínez Prieto.

A la primera cuestion planteada el magistrado Dr. Linneo Ynsfran Saldívar dijo: El recurrente no ha fundamentado el recurso de nulidad. Ante ello la ley procesal indica que de oficio debe analizar el Tribunal si el fallo no adolece de alguna de las causas que le hagan nulo. Sin embargo del estudio del mismo surge que no se observan defectos de formas o solemnidades que obliguen al Tribunal a decretar la nulidad de oficio. En consecuencia, corresponde declarar desierto el recurso de nulidad. Así voto.

A su turno el magistrado Dr. Eusebio Melgarejo Coronel: Manifiesta que se adhiere al voto del Magistrado Dr. Linneo Insfrán Saldívar por compartir sus mismos fundamentos.

A su turno el magistrado Dr. Arnaldo Martínez Prieto dijo: Se recurre la S.D. N° 992 del 16 de Diciembre de 2.009, la que ha resuelto acoger un planteamiento excepcional de inhabilidad de título opuesto por la demandada, rechazando, en consecuencia, la ejecución intentada.

Cuestión previa: El recurrente no ha planteado la nulidad del fallo en Alzada por lo que no corresponde considerarlo, salvo que exista vicio que lo amerite, que no es el caso. Consecuentemente la parte resolutive no debe expedirse sobre el punto por lo que debo disentir con el colega preopinante sobre el particular. Así voto.

A la segunda cuestión planteada el Dr. Linneo Ynsfrán Saldívar, dijo: Por la sentencia apelada N° 992, de fecha 16 de diciembre de 2.009, la A-Quo resolvió: “I-) Hacer Lugar, con costas, la excepción de inhabilidad de título opuesta por la parte demandada El Sol del Paraguay S.A. de Seguros, y en consecuencia rechazar la presente ejecución, de conformidad al exordio de la presente resolución. II) Levantar, las medidas cautelares decretadas en autos, por las razones que emite en el Considerando del fallo agregado a fs 170/171 de autos.

Contra dicha sentencia definitiva se alza la parte actora expresando sus agravios ante este Tribunal y agregados a fs. 176/197 de autos. Los fundamen-

tos de los mismos se pueden resumir como sigue: a) Que la S.D. N° 992 de fecha 16 de diciembre de 2.009 es arbitraria, ilegal e injusta; b) Que la Juzgadora ha sido parcialista y no ha realizado un estudio pormenorizado de los títulos adjuntados en autos; c) Que las Pólizas de Caucción al haber sido reconocidas las firmas son títulos ejecutivos; y d) En conclusión, alega que la reclamación obligacional dirigida en contra de El Sol del Paraguay es legítima. Pide finalmente la revocación del fallo apelado, con costas.

El representante convencional de la firma demandada, El Sol Del Paraguay S.A. Compañía de Seguros y Reaseguros, al contestar el traslado corrídole, que los agravios expuestos son los mismos argumentos expuestos en la instancia Inferior que, fueron desestimados por parte de la Juez inferior. Prosigue expresando en su escrito de contestación que básicamente el título base de la presente acción es insuficiente para ser reclamado por esta vía, dado que al haber una ley especial que le provea de ejecutividad, el mismo no constituye título ejecutivo. Además, menciona que el reconocimiento de la firma, jamás puede importar darle ejecutividad al título, y menos a una póliza de seguros. Finalmente, solicita la confirmación del fallo apelado in totum, con costas.

Del análisis y estudio de las constancias de autos y de las pretensiones de las partes, corresponde revisar el fallo apelado y principalmente, analizar en forma puntual si la Póliza de Seguro de Caucción, obrante a fs. 23/28, constituye o no un título ejecutivo en las condiciones en que se pretende hacer valer en el marco del presente juicio.

El contrato de seguro es un contrato previsto en el Código Civil Paraguayo. Así tenemos que de la lectura del Art. 1.546 del citado cuerpo legal, encontramos que dispone lo siguiente: “Por contrato de seguro el asegurador se obliga mediante una prima, a indemnizar el daño causado por un acontecimiento incierto, o a suministrar una prestación al producirse un evento relacionado con la vida humana. Puede tener por objeto toda clase de riesgos si existe interés asegurable, salvo prohibición expresa de la ley...”.

Siendo de esa manera, se puede afirmar que, la póliza de seguro garantiza un eventual daño causado por un acontecimiento incierto, o al producirse un evento relacionado con la vida humana. Ahora bien, en estos autos se tiene que, la Comisión Nacional de Juegos De Azar (CONAJZAR) reclama por la vía de la preparación de acción ejecutiva, la suma de Gs. 1.617.981.636, proponiendo como documento base de la reclamación una póliza de seguro adjuntada y agregada a fs. 23/28 de autos.

Como se expresara más arriba, esta Magistratura sostiene el parecer para que surja la obligación de pagar por parte de la Empresa Aseguradora, debe ocurrir necesariamente el siniestro. De los términos del contrato, en este caso, podríamos afirmar que se habría configurado un “incumplimiento” por parte del tomador.

En el fallo dictado en la instancia inferior, encontramos que la Juzgadora ha apuntado concretamente que el seguro tomado en el caso en particular funciona de la siguiente manera: 1) La firma Casinos Entertainment S.A. y la Comisión Nacional de Juegos de Azar (CONAJZAR) han suscrito un contrato de explotación de casino, conforme a la Ley N° 1016/97. 2) En ocasión a la firma del contrato de explotación de casino, la administración exigió –por ser requisito sustancial de contratación- una póliza de fiel cumplimiento de contrato. 3) La compañía de Seguros, El Sol Del Paraguay S.A. compañía de seguros y reaseguros, emitió la póliza de seguros a favor de la firma Comisión Nacional De Juegos De Azar (CONAJZAR), a los efectos de garantizar el fiel cumplimiento del contrato mantenido entre los contratantes.

De acuerdo a lo expuesto, para esta Magistratura la obligación principal se circunscribe en un contrato de explotación de casino (o de prórroga, fs. 15/22), habiéndosele asignado un canon de Gs. 252.729.982.-, en forma mensual. Ante el incumplimiento citado, se produce la vigencia o el acontecimiento previsto en el contrato y la firma aseguradora subsidiariamente debería abonar la suma comprometida, en lugar de la obligada principal, siempre y cuando se cumplan con las exigencias legales previstas en la ley. Es más, aparte de lo expuesto tenemos que la ocurrencia del siniestro trae aparejada una serie de condicionamientos para la beneficiaria, a los efectos de que la obligada subsidiaria, entre o se ubique en lugar de la obligada principal (Tomadora del seguro). A los efectos de determinar si el fallo se ajusta a derecho considera este Tribunal de fundamental importancia analizar la fecha de la ocurrencia de la cesación del pago, por parte de la firma Casinos Entertainment S.A., a la Comisión Nacional De Juego De Azar (CONAJZAR), obligación principal del presente proceso.

Según se desprende de la documentación acompañada en la instancia pertinente por parte del accionante, y en particular de la intimación de fecha 13 de marzo de 2009 (fs. 33 de autos), la primera cuota caída, se ha dado en el mes de mayo de 2.008. Es decir, a partir de esa fecha se produce el “siniestro”, de acuerdo al contrato de seguro adjuntado, que como se ha visto, necesariamente

debe comprender un hecho futuro e incierto, que de cumplirse hará eventualmente nacer la obligación de pagar.

En el fallo apelado, lo señaló la inferior, que tanto el Art. 1589 del C.C.P. como la póliza de caución en su cláusula quinta (fs. 26), establecen que ocurrido el siniestro, la asegurada CONAJZAR, por imperio de la ley, debió comunicar el acaecimiento del mismo en el plazo de 72 horas (tres días), so pena de perder el derecho a ser indemnizado (art.1.590 CCP). Así tenemos que, la primera falta de pago del canon mensual se produjo en el mes de mayo de 2008 y recién en el 04 de Marzo de 2009, luego de que se acumularan más de tres cuotas o canon impagos, se comunicó por nota el siniestro (denuncia) a la demandada aseguradora que se produjo el “siniestro asegurado” mediante la póliza que garantizaba subsidiariamente la cesación de pagos, por parte de la obligada al pago del canon.

Tenemos entonces que este Tribunal puede afirmar que la citada exigencia, no se ha realizado dentro del plazo acordado, conforme a las probanzas realizadas, en autos. Es decir, tan solo por ese requerimiento, la Comisión Nacional de Juegos de Azar (CONAJZAR) ha perdido su derecho a cobrar indemnización, pues omitió cumplir con la obligación legal y contractual, (de comunicar el siniestro), lo cual tal como lo dice la inferior trae aparejada la pérdida del derecho a indemnización por parte de la demandada.

No podemos admitir que los beneficiarios/asegurados comuniquen el siniestro a la firma aseguradora fuera del plazo acordado, teniendo en cuenta que la comunicación inmediata, hace posible a las Empresas Aseguradoras realizar el pago de una suma debida, al ser esta una obligación subsidiaria.

Finalmente, corresponde analizar, si la Póliza de Caución puede o no ser recurrida por la vía ejecutiva, o a través de la preparación de acción ejecutiva. De acuerdo a lo expuesto la presente acción es improcedente, y corresponde ser confirmado en todas sus partes, por la causal de realizarse la denuncia extemporáneamente. Estamos convencidos, además, que el contrato de seguro, instrumentado por una Póliza de Caución, no es un título ejecutivo. Esta afirmación, a criterio de esta Magistratura, se deduce en razón que el mismo es un documento complejo, del cual derivan derechos y obligaciones para las partes, debiendo ser ventilados o tramitados por el juicio pertinente.

Por tanto, en conclusión, al comprobarse que en esta instancia no se aportó ningún elemento nuevo de valoración que hagan posible la revocatoria de la

decisión reiteramos que corresponde que el fallo recurrido, por hallarse ajustado a derecho, debe ser confirmado, imponiendo las cosas a la parte apelante, de acuerdo a lo que disponen los artículos 192 y 203 del CPC. Así voto.

A su turno el magistrado Dr. Eusebio Melgarejo Coronel: Manifiesta que se adhiere al voto del Magistrado Dr. Linneo Insfrán Saldívar por compartir sus mismos fundamentos.

A su turno, el magistrado Dr. Arnaldo Martínez Prieto dijo: De inicio veamos los puntos en que la ad quo ha basado su determinación de rechazar la defensa propuesta. 1) Que la póliza de seguro de caución, al no hallarse determinada en el art. 448 CPC no es título ejecutivo, aunque se haya reconocido la signación inserta en la misma. Y esto así, por no ser la demandada partícipe principal de la relación obligacional, sino mera expedidora de una instrumento caucional en su condición de aseguradora. Esto indica que la obligación de la demandada queda sujeta a la existencia de un siniestro sobre el tomador del seguro para que su responsabilidad quede habilitada; y 2) Extemporaneidad en la denuncia del siniestro.

Sobre ambos particulares debemos señalar que, en efecto, el instrumento presentado para su ejecución carece de los mínimos presupuestos para ser tenido por tal, siendo el principal la imposibilidad evidente de someterse a su literalidad ya que posee condiciones propias de un proceso ordinario de largo aliento más que de la sumariedad de un proceso ejecutivo. Por otro lado, el Contrato de Seguro es un instituto regulado específicamente en la legislación civil vigente, lo que naturalmente lo excluye de las posibilidades y condiciones del art. 448 CPC. En cuanto a la segunda circunstancia apuntada, propia, como dijéramos, de un contrato especial, lo ubica aún más lejos de la posibilidad intentada por la parte actora, pues impone un breve lapso para denunciar el acontecimiento generador, lapso este, huelga señalarlo que no se ha cumplido y que se erige como *condictio sine qua nom* para su validez. Debemos reiterar entonces que dichas circunstancias omiten al instrumento de que se trata de la calidad de ejecutivo o apto para preparar dicha vía y no solo por la violación al principio emblemático de la ejecutividad contenido en el art. 465 CPC que incluye como condición intrínseca la inexistencia de condición alguna en razón que ella implica demostración de su cumplimiento, lo cual desnaturaliza la concepción de sumariedad a que se somete este tipo de conflictos. En dicho marco nos dice Donato, Jorge –Juicio Ejecutivo, Editorial Universidad, Bs. As. 1993, pág. 63–

cuando se refiere a la validez y eficacia del título como requisito de la pretensión ejecutiva: "...en el juicio ejecutivo, la eventual materia litigiosa no se ... halla representada por el "derecho" y sus connotaciones del "ser", "validez" o "eficacia", sino y nada más que la validez y eficacia del "título" (documento) en cuya virtud se ha promovido...". Ahora bien, forzando las diversas interpretaciones de las condiciones a que deben someterse los instrumentos que podrían aparejar ejecución, si la obligación contenida en el mismo fuese condicional y esta fuera reconocida como cumplida, podría, reiteramos, sujetarse a ciertos parámetros propios del caso, empero –precisamente- la dicha condición determinante para la admisión del título ejecutivo ha sido invocada como incumplida, por lo que fuerza es que nos adhiramos en dicha conclusión a la mantenida por el miembro preopinante. Otro argumento que trae el recurrente se refiere a que el reconocimiento de la firma implica la del contenido del documento. Es este un criterio general que escapa a los márgenes del contrato de seguro puntualmente legislado con diversas cualidades propias que lo diferencian de la generalidad, entre las que precisamente se ubican las normas relativas a la denuncia del siniestro en tiempo y forma y las condiciones posteriores que son su natural consecuencia. Ante dichas circunstancias la recurrida debe ser confirmada, con costas. Así voto.

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

RESUELVE: 1) Tener Por Desistido, el recurso de nulidad interpuesto.2) Confirmar, con costas, la S.D. N° 992 de fecha 16 de Diciembre de 2009, por las razones dadas en el exordio de este fallo.3) Anotar, registrar y remitir copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Linneo Ynsfrán Saldívar, Arnaldo Martínez Prieto, Eusebio Melgarejo.

Ante mí: Arnaldo Martínez Rozzano, Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 73

EXCEPCIÓN DE LITISPENDENCIA.

En el caso, los accionados, al oponer excepciones, plantearon, en primer término la excepción de litis pendencia; y en un plano subsidiario las excepciones de prescripción e inhabilidad de título. La forma de oponerse estas excepciones nos parece acertada desde que la excepción de litis pendencia, de resultar procedente se constituiría en un obstáculo procesal para la procedencia de las demás defensas articuladas.

EXCEPCIÓN DE LITISPENDENCIA.

En el caso, en lo que respecta al objeto en la excepción de litispendencia, se advierte que en el primer juicio se reclamó la suma de Gs. 10.396.178., en tanto que en este juicio el monto de la demanda asciende a Gs. 24.023.739. Esta diferencia, en principio indica la inexistencia de la identidad en el objeto. Sin embargo, el artículo 68 de la Ley 1229/86 autorizaba a la entidad financiera a autogenerar el “Certificado de Estado de Deuda” incluyendo, además del capital, “los intereses comunes y punitivos” con lo cual se explica la diferencia del monto reclamado en ambos juicios, por lo que resulta una obviedad que los intereses generados entre la primera y la segunda demanda fueron agregados al capital al generarse el nuevo certificado de estado de cuentas, la excepción de litis pendencia, en estas condiciones, deviene procedente.

EXCEPCIÓN DE LITISPENDENCIA.

Habiendo procedido la excepción de litis pendencia, las demás excepciones no podrían ser objeto de pronunciamiento por parte de este Tribunal. Y ello es así, puesto que la excepción de litis pendencia se erige en un obstáculo de procedibilidad, que no solamente impide al juez pronunciarse sobre la procedencia de la ejecución pretendida y las excepciones deducidas en la misma, sino que además obsta a que se formule consideraciones en torno a estos puntos. Una solución contraria vulneraría la competencia del juez natural quien entiende o entendió en el primer juicio en función al cual se produce el estado de litis pendencia.

EXPEDIENTE.

La pérdida, extravío o sustracción de un expediente judicial no puede fundar la promoción de un nuevo juicio puesto que, en tal caso, se configuran los presupuestos que permiten oponer, como en este caso, la excepción de litispendencia.

TApel. Civ. y Com. Primera Sala. 05-11-10. “Banco Nacional de Trabajadores (en quiebra) c. Widilfo Marcial Rolon Gonzalez y otros s. Acción Ejecutiva” (Ac. y Sent. N° 73).

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia recurrida?

En caso contrario, ¿es ella justa?

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

A la primera cuestión planteada El magistrado Oscar Augusto Paiva Valdovinos dijo: El recurrente no ha fundado este recurso, y como no se observan vicios en la resolución recurrida que ameriten la declaración de nulidad de oficio, corresponde que este recurso sea declarado desierto. Así voto.

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

A la segunda cuestión planteada, el magistrado Oscar Augusto Paiva Valdovinos dijo: con la S.D. N°: 16 del 11 de febrero de 2008, el juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Tercer Turno de la Capital, Secretaría N° 5, resolvió: “I- No Hacer Lugar, con costas, a las Excepciones de Litispendencia, Prescripción e Inhabilidad de Título, opuestas por el Abog. Teodoro Méndez, en representación de la parte demandada, por improcedentes. II- Llevar Adelante la ejecución que promueve el Banco Nacional de Trabajadores (En Quiebra) contra los Sres. Widilfo Marcial Rolón e Ignacia Ibarra de Rolón, hasta que la acreedora se haga íntegro pago del capital reclamado, más intereses, costos y costas del juicio...”.

Contra la referida sentencia se alza el abogado Teodoro Méndez Rodríguez, representante convencional de Widilfo Marcial Rolón e Ignacia Ibarra de Rolón, quien expresó agravios en los términos del escrito agregado a fojas 50/51 de autos. El recurrente cuestionó el fallo diciendo que: (1) el A-quo, al rechazar la excepción de litis pendencia, incurrió en un error de apreciación y valoración de las pruebas, puesto que, conforme lo informa la Actuaría, las copias presentadas por el mismo fueron autenticadas por en Secretaría, omitiéndose, únicamente, el sellado de las mismas. Agrega que existe plena identidad de sujetos, objeto, y causa entre el juicio que nos ocupa y el caratulado “Reconstitución del

Expediente: Banco Nacional de Trabajadores C/ Widilfo Marcial Rolón e Ignacia Ibarra de Rolón S/ Juicio Ejecutivo”; y que el ejecutante admitió, expresamente, la existencia de este último juicio; (2) en cuanto al rechazo de la excepción de prescripción, el apelante sostuvo que el A-quo no advirtió que la obligación reclamada fue instrumentada en un pagaré cuyo vencimiento se produjo el 10 de julio de 1.993, por lo que, incluso, en la primera acción intentada la obligación ya se encontraba prescrita; y (3) finalmente, con respecto al rechazo de la excepción de inhabilidad de título, el recurrente nos refiere que el certificado de deuda debió ser refrendado por el Presidente y el Gerente de la Entidad Bancaria, puesto que la obligación reclamada venció antes de la declaración de quiebra. Con estos argumentos, el apelante peticiona la revocación del fallo en revisión.

La abogada Olivia Melgarejo C., representante convencional del Banco Nacional de Trabajadores (en quiebra), se presentó en esta Instancia a controvertir los agravios expuestos por el apelante. En lo medular, sostuvo que el recurrente autenticó las copias presentadas por el mismo tardíamente, luego de que en esta contienda se haya dictado sentencia definitiva, y que la supuesta confesión de parte no lo eximía de probar el hecho alegado. La contestataria agrega que el Certificado de Deuda presentado a ejecución cumple con todas las formalidades legales. Culmina su presentación solicitando la confirmación de la sentencia en revisión.

Antes de entrar al estudio de las cuestiones planteadas, se debe precisar que los accionados, al oponer excepciones, plantearon, en primer término la excepción de litis pendencia; y en un plano subsidiario las excepciones de prescripción e inhabilidad de título. La forma de oponerse estas excepciones nos parece acertada desde que la excepción de litis pendencia, de resultar procedente se constituiría en un obstáculo procesal para la procedencia de las demás defensas articuladas.

Coherente con estas consideraciones, se analizará, en primer término las críticas vertidas por el apelante con respecto a los argumentos que motivaron al Juzgador Inferior para resolver el rechazo de la excepción de litis pendencia.

Del estudio de las constancias en autos, se puede inferir que el A-quo rechazó esta defensa por considerar que las instrumentales presentadas por los accionados no podrían ser validadas como elementos probatorios por tratarse de copias simples.

Sin embargo, a instancia de los ejecutados, se generó un informe refrendado por la Actuaría en el que se hace notar al Juez que las copias agregadas a fojas 25 al 29 fueron autenticadas por el Oficial de Secretaría. Al peticionar este informe, el recurrente explicó que las copias agregadas fueron autenticadas, pero que en esa ocasión se omitió el sellado de las mismas con la inscripción “es copia fiel del original”.

Tampoco se puede descartar el argumento de que el ejecutante, al contestar la excepción de litis pendencia, no negó la existencia de un juicio anterior, simplemente, se limitó a decir que se trata de un juicio iniciado hace seis años, y que las copias presentadas por los excepcionantes no podrían ser consideradas en el fallo por la falta de autenticación de las mismas. Es decir, se reconoció la existencia del primer juicio.

En estas condiciones se puede concluir que, el Juez Inferior basó su fallo en una premisa falsa, lo que quedó demostrado con el informe elevado por la Actuaría y consolidado con la posición procesal del actor al contestar la excepción.

Entonces, para discernir la procedencia de la excepción de litis pendencia debemos incorporar al análisis las instrumentales agregadas a fojas 25 al 29.

Estos elementos probatorios nos dan cuenta de que el Banco Nacional de Trabajadores ya había iniciado un juicio ejecutivo contra los demandados en este juicio. También se puede concluir que el crédito reclamado deriva del préstamo N° 00100324/1, que es la misma operación que fundó la expedición del certificado de deuda presentado por el actor en este juicio.

Esta puntualización indica que entre ambos juicios existe identidad de sujetos, activa y pasivamente, e identidad de causa.

Ahora bien, en lo que respecta al objeto, se advierte que en el primer juicio se reclamó la suma de Gs. 10.396.178., en tanto que en este juicio el monto de la demanda asciende a Gs. 24.023.739. Esta diferencia, en principio indica la inexistencia de la identidad en el objeto.

Sin embargo, se debe hacer notar que el artículo 68 de la Ley 1229/86 autorizaba a la entidad financiera a autogenerar el “Certificado de Estado de Deuda” incluyendo, además del capital, “los intereses comunes y punitivos”.

Esta disposición legal explica la diferencia del monto reclamado en ambos juicios, puesto que la primera demanda se inició el 14 de setiembre de 2.001 y la segunda el 13 de diciembre de 2.006, por lo que resulta una obviedad que los intereses generados entre la primera y la segunda demanda fueron agregados al capital al generarse el nuevo certificado de estado de cuentas.

Con estas consideraciones y razones precedentes, se puede concluir que, la identidad del objeto también está configurada en el caso que se nos plantea.

En este estado de cosas, el razonamiento expuesto indica y permite concluir que, el caso planteado presenta identidad de sujetos, objeto y causa con respecto al juicio caratulado: “Reconstitución del Expediente: Banco Nacional de Trabajadores C/ Widilfo Marcial Rolón e Ignacia Ibarra de Rolón S/ Juicio Ejecutivo”, tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Sexto Turno de la Capital.

La excepción de litis pendencia, en estas condiciones, deviene procedente.

Dado el sentido de la conclusión que se adopta con respecto a la excepción de litis pendencia, las demás excepciones no podrían ser objeto de pronunciamiento por parte de este Tribunal. Y ello es así, puesto que la excepción de litis pendencia se erige en un obstáculo de procedibilidad, que no solamente impide al juez pronunciarse sobre la procedencia de la ejecución pretendida y las excepciones deducidas en la misma, sino que además obsta a que se formule consideraciones en torno a estos puntos. Una solución contraria vulneraría la competencia del juez natural quien entiende o entendió en el primer juicio en función al cual se produce el estado de litis pendencia.

En consecuencia, la sentencia en revisión debe ser revocada a los efectos de dar lugar a la excepción de litis pendencia. Asimismo, se debe dejar sin efecto lo resuelto en torno a las excepciones de prescripción, inhabilidad de título, y la procedencia de la presente ejecución. Se itera, porque estas cuestiones deberán ser resueltas por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Sexto Turno de la Capital. En cuanto a las costas del juicio, de conformidad al artículo 192 y 203 inc. b) del C.P.C., las mismas deberán ser soportadas por la parte actora. Así voto.

A su turno, la magistrada Valentina Núñez González; manifiesta que se adhiere al voto del Magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos por compartir sus mismos fundamentos.

A su turno el Magistrado Dr. Marcos Riera Hunter dijo: Corresponde, en primer término, dejar constancia –para lo que hubiere lugar– que estos autos fueron recibidos en el Despacho Judicial de esta Magistratura, por primera vez, el día 28 de octubre del año 2010, despachándose y entregándose de vuelta a la Secretaría del Tribunal al día siguiente, 29 de octubre del año 2010.

En segundo lugar, y en cuanto hace a la cuestión planteada y propuesta a consideración de esta Alzada, cabe anotar que la parte demandada ha opuesto

contra el progreso de la ejecución las excepciones de litispendencia, prescripción e inhabilidad de título, estas dos últimas en forma subsidiaria, defensas que fueron desestimadas por el Juzgado de Primera Instancia en la sentencia que hoy es objeto de recurso, por la cual, además, se dispuso llevar adelante la ejecución. La primera de las defensas que deben ser objeto de análisis es la litispendencia por cuanto que, de prosperar la misma, se tornaría imposible jurídicamente que el Tribunal pudiera proceder al estudio de las demás (prescripción e inhabilidad de título) por cuanto que si lo hiciera estaría ingresando en el terreno de análisis que correspondería al órgano jurisdiccional competente para entender y decidir en el otro juicio ejecutivo pendiente.

En tal sentido, se estima que la excepción de de litispendencia debe ser acogida favorablemente por el Tribunal fundamentalmente por cuanto que la parte demandante, al contestar dicha excepción, manifestó expresamente que el juicio ejecutivo anterior invocado por los demandados tiene existencia real al decir que “Se trata de una reconstitución del año 2003, que hoy está extraviada” (fs. 38). Esta manifestación, tal como lo ha sostenido la parte demandada en esta instancia tiene el efecto de una auténtica y verdadera confesión espontánea que en juicio hace plena prueba, conforme lo dispuesto en el artículo 302, del CPC. El extravío de un expediente no autoriza absolutamente a promover nuevamente otro juicio contra el mismo demandado por la misma causa y por el mismo objeto, puesto que lo que en rigor corresponde es proceder a la reconstitución de los autos, conforme lo dispone el artículo 120 del CPC. Si, por ventura, se extraviaran los mismos autos ya reconstituidos, ello tampoco autoriza al actor o ejecutante a promover otro juicio nuevo, sino que, en tal supuesto, tendrá que proceder a la reconstitución de los autos de reconstitución, procedimiento peculiar que no tiene forma de ser obviado. Lo importante es entender que la pérdida, extravío o sustracción de un expediente judicial no puede fundar la promoción de un nuevo juicio puesto que, en tal caso, se configuran los presupuestos que permiten oponer, como en este caso, la excepción de litispendencia.

A todo lo dicho, es necesario agregar que la triple identidad que funda la figura de la litispendencia (objeto, sujeto y causa) concurre en el caso en estudio, conforme los fundamentos del Conjuez preopinante que, al respecto, ha sido suficientemente explícito, y a los cuales se hace remisión.

Siendo la excepción de litispendencia procedente, no corresponde el estudio de las demás excepciones opuestas por la parte demandada por las razones

que antes han sido expresadas, más aun si se tiene en cuenta que la propia parte accionada manifestó en el escrito de excepciones que las defensas de prescripción y de inhabilidad de título eran opuestas en forma subsidiaria, (fs. 31), es decir, solamente en el supuesto de que la Magistratura rechazara la excepción de litispendencia. Admitida esta última defensa, debe rechazarse la ejecución y ordenarse el archivo del expediente.

En consecuencia, por los fundamentos expresados, corresponde que el Tribunal resuelva revocar, con costas, la sentencia en grado de alzada en cuanto resuelve rechazar la excepción de litispendencia opuesta por la parte demandada y llevar adelante la ejecución, admitiéndose dicha excepción y, por ende, desestimándose la ejecución. Así voto.

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

RESUELVE: Declarar desierto el recurso de nulidad. Revocar, la S.D. N° 16 del 11 de febrero de 2008, emanada del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Tercer Turno de la Capital, Secretaría N° 5 y, en consecuencia, hacer lugar a la excepción de litis pendencia deducida por los demandados; y dejar sin efectos los demás puntos del fallo recurrido. Imponer las costas de ambas instancias a la parte actora. Anotar, registrar y remitir copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia.

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

Ante mí: Arnaldo Martínez Rozzano, Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 87

COMPRAVENTA. Obligaciones del comprador y del vendedor.

El art. 737 del CC:” la compra venta tiene por objeto la transferencia de la propiedad de una cosa, u otro derecho patrimonial por un precio en dinero que debe pagar el comprador” y en otros artículos (739, 742,757, siguientes y concordantes) se establece lo que esta prohibido realizar, las obligaciones de vendedor y comprador, pero no se observa disposición alguna, que obligue al vendedor a

estar informando al comprador del universo de posibilidades que pueden abrirse según el destino que el comprador vaya a darle al inmueble.

COMPRAVENTA. Obligaciones del comprador y del vendedor.

El vendedor oferta la mercadería e informa del precio y es el comprador quien deberá munirse, de acuerdo a la intención que tiene respecto del inmueble, de la información necesaria respecto a las obligaciones que deberá cumplir en caso de realizar una actividad determinada.

COMPRAVENTA. Obligaciones del comprador y del vendedor.

Bajo ningún punto de vista y aún cuando el vendedor haya tenido conocimiento con anterioridad de la existencia de determinadas disposiciones municipales que pueden afectar al inmueble en caso de determinados emprendimientos, puede admitirse que el mismo esté obligado a proporcionar esta información como parte de la negociación y mucho menos que esto pueda hacerlo incurrir en algún tipo de responsabilidad.

COMPRAVENTA. Obligaciones del comprador y del vendedor.

El inmueble fue ofertado en las condiciones que se encontraba, pero bajo ningún punto de vista se le puede imponer al vendedor la obligación de informar al comprador de la infinita gama de posibilidades que puedan darse según el destino que se le atribuirá al bien y que finalmente, entra en el campo de lo subjetivo.

COMPRAVENTA. Obligaciones del comprador y del vendedor.

Las disposiciones legales (leyes, ordenanzas, etc.) son concebidas con un carácter general. Solo son aplicables cuando se produce el evento que motiva su existencia. En este caso, cesión por vía de expropiación o cesión gratuita de una fracción del inmueble para calle, por haberse solicitado un fraccionamiento, Esta condición no estaba dada al momento de cerrarse la negociación, la decisión fue posterior, y recién ahí, ingresa el comprador a la franja de obligados al cumplimiento de la ordenanza municipal.

COMPRAVENTA. Obligaciones del comprador y del vendedor.

Aún habiéndose probado que la accionada haya conocido qué habría hecho la actora con el inmueble ello sería irrelevante a criterio de este Juzgado, pues por los derechos propios del dominus (usar, abusar y disponer de la cosa) el mismo podría haber variado su decisión al respecto en cualquier momento..." y evidentemente la compra le era beneficiosa pues aún con la merma sufrida, la demandante claramente señala en la ampliación de la demanda, que no tiene interés en anular el contrato.

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA.

El art. 2402 del CC menciona que el enriquecimiento sin causa representa un instrumento de defensa residual y subsidiario a favor de uno, que habiendo sufrido un daño, no puede poner en ejercicio otra acción para hacerse indemnizar por el perjuicio sufrido”. Esto no significa que se reemplace una acción existente y que no fuera ejercida en tiempo oportuno, por la de enriquecimiento sin causa, sino que se la usa cuando no existe acción alguna aplicable, situación esta que no se da en el caso en estudio, donde la propia demandante reconoce que tenía a su favor otras acciones que no fueron utilizadas en tiempo oportuno.

MAGISTRADO. Facultades del magistrado.

Aun cuando la parte accionante manifestare expresamente que promueve una determinada acción, tal calificación no obliga a la Magistratura Judicial quien, conforme el principio *iura novit curia* legislado expresamente en la disposición legal antes invocada, puede tipificar, calificar o categorizar libremente la pretensión conforme con el Derecho a fin de resolver en consecuencia la cuestión planteada según los presupuestos legales propios de la acción promovida.

COMPRAVENTA. Obligaciones del comprador y del vendedor.

En el caso en estudio, no es discutible que la parte demandada se ha abstenido de poner a conocimiento de la parte actora y compradora del inmueble la situación que le afectaba, pero en modo alguno podría sostenerse que la accionada ha incurrido en omisión dolosa al no suministrar tal información por la simple razón de que la accionada, en cuanto vendedora del inmueble, ninguna obligación legal tenía de advertir o informar al accionante, en cuanto comprador del predio, acerca de la realidad legal que afectaba a la cosa objeto de compraventa.

TApel. Civ. y Com. Primera Sala. 06-12-10. “Nicolás González Oddone SAECA c. Aníbal Raúl Cazal y otros s. enriquecimiento sin causa/cobro de guaraníes ordinario (Ac. y Sent. N° 87)

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?

En caso contrario, ¿se halla ajustada a derecho?

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

A La primera cuestión planteada la magistrada Valentina Núñez González dijo: El recurrente ha desistido expresamente del recurso, por considerar que los agravios pueden ser reparados por la vía de la apelación. Por otra parte, no se observan en la resolución recurrida, vicios de forma o solemnidades que ameriten el estudio de oficio por parte del Tribunal, debiendo en consecuencia tenerlo por desistido del recurso. Así voto.

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

A la segunda cuestión planteada la magistrada Valentina Núñez González dijo: El recurrente efectúa inicialmente un resumen de las causas que motivaron la interposición de la demanda y los fundamentos en que se basaron la misma. A continuación pasa a fundar los agravios que le causan la sentencia recurrida. En tal sentido, señala que la sentencia recurrida adolece de vicios in indicando, pues no fueron tenidos en cuenta los hechos y elementos probatorios agregados al proceso, aplicándose equivocadamente el derecho. Argumenta que el A-quo al rechazar la demanda de enriquecimiento sin causa le ha privado injustamente a su representado de la última posibilidad que tenía de ver restituido a su patrimonio el monto que sin causa legal ha sido percibido y retenido por los demandados.

Señala que el A-quo ha tenido una apreciación equivocada, al considerar que el inmueble ha sido transferido en su totalidad, ya que no tuvo en cuenta lo que es el quid de la cuestión: que los demandados tenían previo conocimiento de que su parte nunca podría hacer uso de la superficie de 1354 m² del inmueble y sin embargo tasaron y pusieron precio a la propiedad incluyendo dicha superficie.

Sostiene que los vendedores nunca advirtieron de esa situación a los compradores, pues de ser así afectaría al precio acordado por metro cuadrado o al perfeccionamiento del contrato, mencionando un párrafo del considerando donde el A-quo señala que “de acuerdo a la conducta observada por nuestra sociedad, es usual en la misma que cuando una persona vende un bien a otro, lo que ésta haga con dicho bien adquirido, deja de ser de su incumbencia o interés del vendedor. Esto es casi una obviedad...” agregando al respecto, que también resulta una obviedad, que cualquier persona acordará diferente el precio de un inmueble del cual no podrá disponer en su totalidad, es decir, negociará por

menos y también constituyen una obviedad que es deber de todo vendedor informar en las etapas previas a la contratación acerca de las circunstancias del objeto de la compraventa que pudieran incidir en el precio.

Cuestiona igualmente el criterio sostenido por el A-quo, que la obligación de transferir parte del inmueble se hizo efectiva cuando NGO SAECA decidió el fraccionamiento del inmuebles y es irrelevante que la demandada haya tenido conocimiento previo de la obligación de transferir parte del inmueble a la Municipalidad. Sostiene que de las documentales de fs. 11 a 13 se evidencia que la trama vial y el retiro para la Municipalidad ya ha sido determinado anteriormente a la adquisición del inmueble. Sostiene que no es posible pretender que alguien adquiera y realice inversiones en un inmueble ubicado en una zona residencial y no realice actividades acordes a la naturaleza de dicha zona vale decir loteamientos o conjuntos residenciales. Reitera que la obligación ya pesaba sobre el inmueble y el área a ser destinada para calle ya estaba trazada de antemano continúa diciendo que para darle uso al inmueble adquirido su representada debía destinar una gran área para vía pública, habiendo los demandados omitido brindar esta información para perfeccionar el contrato.

Continúa sus agravios mencionado que el A-quo también ha incurrido en error al afirmar que no existe nexo entre el empobrecimiento de NGO SAECA y el enriquecimiento de los demandados, pues considera que el nexo negado por el Juez se encuentra precisamente en el pago a los demandados de los U\$S 35 por metro cuadrado de una superficie de 1354 m² que debían ser cedidos a la Municipalidad y que no serían utilizados por mi mandante y de los que los demandados omitieron informar al comprador.

Cuestiona igualmente que el A-quo haya considerado a la acción de enriquecimiento sin causa como una acción subsidiaria, al sostener que su parte tenía a disposición la acción de restitución proporcional del precio de venta (art. 748 CC) y en su caso, la acción de dolo incidental (art. 291CC) razón por la cual y en virtud de lo dispuesto en el art. 1818 del CC, la acción de enriquecimiento sin causa no es viable dado su carácter subsidiario. Al respecto menciona que al momento de la promoción de la demanda su parte ya no tenía a disposición ninguna de las acciones citadas por el A-quo razón por la cual considera que es viable la de enriquecimiento sin causa establecida como extrema defensa de quien haya experimentado un empobrecimiento injusto.

Por último se refiere a los honorarios profesionales justipreciados por el A-quo solicitando el reajuste de los mismos ya que si cabe la revocación de la

resolución correspondería a su parte la totalidad y al representante de la adversa solo el 50% de los mismos.

Corrido traslado a la otra parte, esta contesta en escrito obrante de fs. 285/298, refutando los argumentos mencionados por el apelante, mencionando que NGO SAECA recibió la totalidad de la superficie obrante en los títulos de propiedad y que el hecho de que después de la venta, en ejercicio de su pleno y legítimo derecho de dueño del inmueble haya decidido implementar un fraccionamiento del inmueble no es un hecho que se pueda imputar al anterior propietario.

Reitera que la parte actora recibió la totalidad de la superficie vendida y que la alegada fracción de terreno para cesión gratuita a la Municipalidad de Asunción, no era una situación preexistente a la transferencia realizada.

Respecto a la pretensión del apelante que sus mandantes tenían la obligación de poner a conocimiento de los compradores la posibilidad que se daría en caso de realizar un fraccionamiento o un loteamiento, comparte el criterio del juez en considerar irrelevante esta cuestión. Efectúa una serie de consideraciones relativas a la causa y sostiene que si no se hubiese loteado no hubiese surgido la obligación legal de ceder esa parte de terreno. Agrega en cuanto a la inexistencia del nexo, que con muy buen criterio el A-quo ha considerado que no existe nexo directo destacando inclusive, el propio reconocimiento de la parte actora, cuando afirmó que tal empobrecimiento se habría producido recién después de haber adoptado la decisión de lotear o partir el inmueble.

Señala igualmente que, en el hipotético caso de existir enriquecimiento sin causa, existían dos posibilidades de encarar un emprendimiento como el que la actora señala, que le produjo la pérdida. Hacer un loteamiento o un conjunto residencial o condominio (a lo que se refiere el pedido de informe del demandado), en el primer caso si debe cederse a título gratuito en el segundo caso se encuentra prevista la expropiación, con lo que corresponde que la Municipalidad abone por el valor expropiado menos el valor de la plusvalía que adquiere el inmueble.

Prosigue con algunas consideraciones relacionadas a la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento sin causa, transcribe doctrina y concluye señalando que los agravios de la parte apelante carecen de la entidad suficiente como para provocar la revocatoria de la resolución. En cuanto a los agravios esgrimidos respecto a la regulación de honorarios, señala que los mismos no reúnen los

requisitos exigidos por la ley, pues no se expresa agravio alguno y que por consiguiente debe declararse desierto el mismo.

En la misma presentación el recurrente desiste expresamente de los recursos de apelación y nulidad interpuestos contra la resolución objeto de estudio, habiéndose hecho lugar a lo solicitado en el A.I. N° 307 del 9 de junio de 2009 (fs. 299).

Entrando a analizar la cuestión, nos encontramos ante una demanda ordinaria por enriquecimiento sin causa y cobro de la suma de U\$S 47.390 (Cuarenta y siete mil trescientos noventa dólares) promovida por la firma Nicolás González Oddone S.A.E.C.A. contra los Sres. Aníbal Raúl Casal Casal y Eva Vargas de Casal, suma esta que forma parte de una mayor abonada por la empresa demandante por la compra de la Finca N° 4414 con Cta. Cte. Catastral N° 15-1395-07. Alega la actora que existió un desplazamiento patrimonial injustificado a su costa, al verse obligada a transferir a la Municipalidad de Asunción una superficie de 1354 m² para calle, al encarar un emprendimiento inmobiliario en el mismo.

De la lectura de la resolución cuestionada, los antecedentes del caso y los agravios del apelante podemos concluir lo siguiente:

Los hoy demandados, Sres. Casal, pusieron a la venta un inmueble individualizado como Finca N° 4414, Cta. Cte. Catastral N° 15-1395-07 con una superficie de 6.256 metros y 2351 cm², a un precio de U\$S 35 dólares el metro cuadrado, sin que existiese gravamen alguno sobre la misma conforme se desprende de la copia del certificado de condiciones de dominio obrante a fs.71/73.

El inmueble fue adquirido en estas condiciones por la empresa Nicolás González Oddone S.A.E.C.A, abonando la suma de U\$S 220.000, siendo retenida por la misma, conforme contrato obrante a fs. 22/23, la suma de U\$S 3325 a las resultas del problema generado por una ocupación precaria que afectaba un superficie de 95 m².

Esta operación fue plasmada en la Escritura Pública N° 50 de fecha 31 de diciembre de 2004, pasada ante el escribano Público Raúl Alberto Casablanca Rodríguez, sin que en el contenido de la misma, se visualice cual sería el destino a darse al inmueble así adquirido (fs. 18 y sgtes; 183/192) inscrita como Finca N° 8414 del Distrito de Santísima Trinidad, bajo el N° 5 y al folio 21 y sgtes. del 28 de febrero de 2005.

Hasta aquí no existe inconveniente alguno. Existe una oferta de venta, una aceptación por parte del comprador, sin cuestionamiento alguno, salvo lo

referente a la fracción que afecta 95 m² del inmueble ocupado por intrusos, cuyo equivalente fue retenido por el comprador a las resultas del desalojo de los mismos.

Con posterioridad a todo lo señalado, la empresa Nicolás González Oddone SAECA. decide efectuar en el inmueble adquirido, un emprendimiento inmobiliario (fraccionamiento) presentando la correspondiente solicitud, agregándose a los autos copia del expediente administrativo tramitado ante la Municipalidad de Asunción (fs. 98/197).

De las actuaciones obrantes en dicho expediente administrativo y de las inspecciones realizadas en campo y gabinete se desprenden que el inmueble contaba con las dimensiones señaladas en el título de transferencia (fs. 121/122). De manera que los vendedores transfirieron el inmueble con la superficie ofertada. Al respecto al contestar la primera posición el representante de la empresa demandante sobre la superficie y si se efectuó alguna mensura judicial, señaló que era verdad y que no se hizo mensura judicial alguna y a la segunda posición que las dimensiones que se atribuyen al inmueble figuraban en el título (fs. 87). De manera que no existía reclamación alguna (salvo los 95 m²).

Alega el apelante que los vendedores estaban obligados de advertir al comprador de una posible merma en la superficie en caso de darse la situación de destinar el inmueble a algún emprendimiento inmobiliario y que de haberlo hecho, distinta hubiesen sido las negociaciones.

Al respecto cabe mencionar lo que estipula el art. 737 del CC: “la compra venta tiene por objeto la transferencia de la propiedad de una cosa, u otro derecho patrimonial por un precio en dinero que debe pagar el comprador” y en otros artículos (739, 742, 757, siguientes y concordantes) se establece lo que esta prohibido realizar, las obligaciones de vendedor y comprador, pero no se observa disposición alguna, que obligue al vendedor a estar informando al comprador del universo de posibilidades que pueden abrirse según el destino que el comprador vaya a darle al inmueble.

El vendedor oferta la mercadería e informa del precio y es el comprador quien deberá munirse, de acuerdo a la intención que tiene respecto del inmueble, de la información necesaria respecto a las obligaciones que deberá cumplir en caso de realizar una actividad determinada. Bajo ningún punto de vista y aún, cuando el vendedor haya tenido conocimiento con anterioridad, de la exis-

tencia de determinadas disposiciones municipales que pueden afectar al inmueble en caso de determinados emprendimientos, puede admitirse que el mismo esté obligado a proporcionar esta información como parte de la negociación y mucho menos que esto pueda hacerlo incurrir en algún tipo de responsabilidad.

En tal sentido, resulta hasta irreverente con relación a la investidura del magistrado actuante, la forma en que se refiere el apelante, al párrafo de la sentencia donde el mismo señalara: “de acuerdo a la conducta observada por nuestra sociedad, es usual en la misma que cuando una persona vende un bien a otro, lo que ésta haga con dicho bien adquirido, deja de ser de su incumbencia o interés del vendedor. Esto es casi una obviedad...”, agregando al respecto, que también resulta una obviedad, que cualquier persona acordará diferente precio de un inmueble del cual no podrá disponer en su totalidad, es decir, negociará por menos y también constituyen una obviedad que es deber de todo vendedor informar en las etapas previas a la contratación acerca de las circunstancias del objeto de la compraventa que pudieran incidir en el precio.

Comparto lo señalado por el A-quo, pues hecha la oferta y aceptada por el comprador, transferido el bien, deja de ser de incumbencia del vendedor lo que haga el comprador de lo comprado. Y realmente resulta también una obviedad, que quien va a comprar un inmueble con una intención determinada, debería informarse acabadamente de los riesgos que asume al hacer la operación y tomar la decisión adecuada a sus intereses y no pretender transferir esta responsabilidad al vendedor, atribuyéndole una supuesta obligación no prevista en la ley.

Con semejante criterio, no podría realizarse con cierta tranquilidad y garantía, ninguna operación comercial, pues siempre existiría el riesgo a futuro, que el comprador pueda plantear demandas como la que nos ocupa.

Cabe mencionar al respecto lo dispuesto en el art. 761 del CC que estipula: “Los provechos y los riesgos de la cosa pasan al comprador desde la conclusión del contrato, salvo los casos en que la adquisición del derecho no se produzca por efectos exclusivos de la convención”.

Reiteramos, el inmueble fue ofertado en las condiciones que se encontraba, pero bajo ningún punto de vista se le puede imponer al vendedor la obligación de informar al comprador de la infinita gama de posibilidades que puedan darse según el destino que se le atribuirá al bien y que finalmente, entra en el campo

de lo subjetivo. El mismo no puede a cada potencial comprador estar diciéndole: mire si usted hace un loteamiento le afecta tal disposición, si hace un fraccionamiento esta otra, si es un complejo residencial tal otra o entrando en el campo del absurdo, en caso de existir una hipotética disposición que determine que una finca que tiene una determinada superficie está obligada a plantar x porcentaje del inmueble con arbolitos de tayi, imponerle la obligación de advertirlo también, so pena de incurrir en responsabilidad por ello.

Las disposiciones legales (leyes, ordenanzas, etc.) son concebidas con un carácter general. Solo son aplicables cuando se produce el evento que motiva su existencia. En este caso, cesión por vía de expropiación o cesión gratuita de una fracción del inmueble para calle, por haberse solicitado un fraccionamiento, Esta condición no estaba dada al momento de cerrarse la negociación, la decisión fue posterior, y recién ahí, ingresa el comprador a la franja de obligados al cumplimiento de la ordenanza municipal. Si el inmueble permanecía intacto, sin fraccionamiento alguno, tal cual fue ofertado, no le sería aplicable la disposición legal y no se hubiese producido la cesión de la superficie cuyo precio hoy reclama.

Resulta poco creíble que una empresa con una trayectoria de tanto tiempo en el ámbito comercial, no haya tomado las precauciones del caso, para contar con información apropiada sobre el inmueble atendiendo a la aplicación que podría darle a futuro. Por ello también comparto lo señalado por el A-quo que aún habiéndose probado que la accionada haya conocido qué habría hecho la actora con el inmueble ello sería irrelevante a criterio de este Juzgado, pues por los derechos propios del dominus (usar, abusar y disponer de la cosa) el mismo podría haber variado su decisión al respecto en cualquier momento..." y evidentemente la compra le era beneficiosa pues aún con la merma sufrida, la demandante claramente señala en la ampliación de la demanda, que no tiene interés en anular el contrato.

Sostiene también el apelante, no estar de acuerdo con lo expresado por el Juez respecto a la inexistencia de nexo alguno entre el empobrecimiento de NGO SAECA y el enriquecimiento de los demandados. Considera que el nexo se encuentra en la omisión de comunicar todas las circunstancias por ellos conocidas acerca del inmueble y tasar incluyendo la superficie destinada, a su criterio a trama vial.

Consideramos que este punto, ya ha sido debatido anteriormente quedando establecido que no existe la tal obligación por parte de los vendedores de

informar sobre hipotéticas situaciones que pueden darse respecto al inmueble según el destino que se le pretenda dar.

De manera que habiéndose ofertado el inmueble en las condiciones en que se encontraba, y recibiendo la parte actora, a cambio del pago del precio la superficie que figura en el título de propiedad, no puede hablarse de que exista nexo con el supuesto empobrecimiento que reclama hoy la parte actora. Las circunstancias posteriores que devinieron como consecuencia de decisiones adoptadas por Nicolás González Oddone SAECA en ejercicio de su calidad de propietaria, no pueden ser imputables a los vendedores, ya que no consta que ellos hayan ofertado el bien para destinarlo a loteamiento o fraccionamiento, como gancho para la venta sino ofrecieron la finca lisa y llanamente en las condiciones que se encontraba.

El supuesto empobrecimiento se produce recién después de haber adoptado la decisión de fraccionar el bien, anteriormente no existía, estando conforme con la transacción la parte actora pues, se reitera, en la ampliación de la demanda la misma aclara que no tienen intención de anular la compraventa, lo que daría la pauta, que aún con la merma, la propiedad del inmueble le reditúa beneficios, por consiguiente no puede hablarse de empobrecimiento, porque de lo contrario se hubiese buscado la recuperación total de lo pagado.

En cuanto a la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento sin causa, el art. 1818 del CC es claro. Como lo señalara el A-quo, la actora ha tenido a su disposición otras acciones para reclamar el supuesto perjuicio sufrido y ésta así lo ha reconocido. El art. 2402 del CC menciona que el enriquecimiento sin causa representa un instrumento de defensa residual y subsidiario a favor de uno, que habiendo sufrido un daño, no puede poner en ejercicio otra acción para hacerse indemnizar por el perjuicio sufrido”.Esto no significa que se reemplace una acción existente y que no fuera ejercida en tiempo oportuno, por la de enriquecimiento sin causa, sino que se la usa cuando no existe acción alguna aplicable, situación esta que no se dá en el caso en estudio, donde la propia demandante reconoce que tenía a su favor otras acciones que no fueron utilizadas en tiempo oportuno.

De todo lo que se ha venido mencionando, se llega a la conclusión que la resolución recurrida debe ser confirmada en su apartado primero.

En cuanto a la apelación de los honorarios que fueran fijados por el A-quo, hemos visto que los supuesto agravios contra el mismo, no son tales, pues no se

efectúa un análisis razonado de los fundamentos tenidos en cuenta por el A-quo y de los montos regulados, simplemente se limita a solicitar que si cabe la revocatoria se realicen los ajustes correspondientes a fin de que el 100% le corresponda al recurrente y el 50% a la adversa.

Dada la forma en que está concebido, no reuniendo los requisitos del art. 419 del CPC, corresponde declarar desierto el recurso.

Corresponde imponer las costas a la parte perdedora, de conformidad al principio consagrado en el art. 192 en concordancia con el art. 203, inciso a) del Código de Procedimientos Civiles y Comerciales. Así voto.

A su turno el magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos: Manifiesta que se adhiere al voto de la Magistrada Valentina Núñez González, por compartir sus mismos fundamentos.

Asu turno el Magistrado Dr. Marcos Riera Hunter Dijo: De las constancias de estos autos se desprende que la parte actora promovió contra la demandada una acción ordinaria que denominó de “enriquecimiento ilegítimo” con la finalidad de obtener la restitución de una suma de dinero que equivale a una fracción o superficie de terreno que debía integrar la totalidad de la superficie del predio adquirido por aquella en diciembre del año 2.004, fracción respecto de la cual –dice– no ha podido adquirir en realidad porque la misma debía cederse gratuitamente a la Municipalidad en cumplimiento de disposiciones legales que regulan las operaciones de fraccionamiento o loteamiento de inmuebles. Alega que la parte vendedora del inmueble, hoy parte demandada, sabía y tenía pleno conocimiento de tal situación legal que pesaba sobre el citado predio y, sin embargo, a pesar de ello “decidieron indebidamente cobrar toda la suma en lugar de restar lo que no correspondía. No vendieron todo, pero cobraron por el todo. Enriquecimiento indebido patet” (fs. 31).

En primer término, resulta necesario anotar que si bien la parte accionante ha calificado la demanda promovida como de “enriquecimiento indebido”, la Magistratura no se encuentra obligada por las calificaciones que hacen las partes teniendo facultades legales explícitas para calificar o categorizar la pretensión libremente, conforme con el Derecho, y con prescindencia absoluta del criterio jurídico de las partes litigantes a dicho respecto, procediendo en consecuencia *Iura Novit Curia*. En tal sentido, el artículo 159, inc. “e”, del CPC, establece que la sentencia definitiva deberá contener la decisión expresa, positiva y precisa, de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio, “ca-

lificadas según correspondiere por la ley”. En otras palabras: aun cuando la parte accionante manifestare expresamente que promueve una determinada acción, tal calificación no obliga a la Magistratura Judicial quien, conforme el principio *Iura Novit Curia* legislado expresamente en la disposición legal antes invocada, puede tipificar, calificar o categorizar libremente la pretensión conforme con el Derecho a fin de resolver en consecuencia la cuestión planteada según los presupuestos legales propios de la acción promovida.

En la especie, y a criterio de esta Magistratura, la demanda que en realidad ha sido promovida por la parte accionante no es la de enriquecimiento indebido, como ha sido señalado en el escrito inicial, sino la acción de indemnización o resarcimiento de perjuicio provocado por dolo incidental, conforme las disposiciones contenidas en los artículos 290 y 291 del Código Civil.

En efecto, debe tenerse en cuenta que la parte actora atribuye a la demandada haber tenido conocimiento cabal y pleno de una situación legal que afectaba al inmueble que ha sido objeto de compraventa entre ambos contratantes, consistente en la necesidad de transferir gratuitamente a la Municipalidad una superficie en cumplimiento de disposiciones que regulan los loteamientos y fraccionamientos de inmuebles, conocimiento que –según la parte demandante– era previo al acto de la transferencia del inmueble y que el vendedor se guardó muy bien en informar a la parte compradora (hoy la accionante). Asimismo, la parte actora, al tiempo de sostener que pagó para adquirir la totalidad del terreno cuando en realidad estaba adquiriendo una superficie menor, invocó también la mala fe de la parte vendedora (hoy parte demandada) invocando para ello el artículo 1.819 del C.C. Por último, ya en el escrito de alegatos, sostuvo que los demandados no advirtieron a su parte (la actora) acerca de la circunstancia legal que, ya con anterioridad a la escrituración de compraventa, pesaba sobre el inmueble concluyendo que “de realizarse la advertencia, lógicamente afectaría al precio acordado por cada metro cuadrado o al perfeccionamiento del Contrato” (fs. 259/260).

Resulta claro, por tanto, que la demanda se funda básicamente en la mala fe, o dolo, en el que habría incurrido la parte demandada quien, al no advertir o avisar a la parte compradora acerca de la situación que afectaba legalmente al predio objeto del contrato, habría OMITIDO informar o poner a conocimiento del comprador una circunstancia importante que, de haberse tenido conocimiento previo, hubiera provocado –dice– la modificación de los términos del

contrato, o, incluso su perfeccionamiento. Respecto de lo último, resulta dudoso porque en el escrito de demanda la actora manifestó textualmente que “mi parte no pretende la anulación ni mucho menos del contrato de compraventa celebrado con los demandados, sino demostrar que los mismos se enriquecieron injustificadamente, pues sólo correspondía el pago de lo efectivamente transferido” (fs. 31).

Así, pues, lo que la parte actora imputa a la parte demandada es el dolo incidental en cuanto habría omitido advertir, avisar, informar, o poner a la parte compradora en conocimiento de la situación legal del predio objeto del contrato en el supuesto de querer efectuarse actos de loteamiento.

De acuerdo con el artículo 290 del C.C., “Acción dolosa para conseguir la ejecución de un acto es toda aserción falsa, o disimulación de lo verdadero, cualquier astucia, artificio o maquinación que se emplee con ese fin. Las reglas se aplicarán igualmente a las omisiones dolosas”. A su vez, el artículo 291, parte final, del C.C. dispone “El dolo incidental sólo obligará al resarcimiento del perjuicio”.

Esta Magistratura no tiene dudas de que, tal como lo afirma la parte demandante, la parte demandada tenía pleno conocimiento de la obligación que tiene el propietario del inmueble de transferir gratuitamente a la Municipalidad una superficie por imperio de las normas legales en materia de fraccionamiento de predios. Tampoco tiene dudas de que tal conocimiento por parte de la demandada era anterior o previo al acto de transferencia. Así se desprende del documento agregado a fs. 209 de autos del cual surge que en fecha 18 de agosto del 2.004 (antes del acto translativo de dominio que se efectuó en diciembre del 2.004) el Sr. Aníbal Casal, en su condición de propietario del predio adquirido luego por la parte actora, consultó a la Municipalidad de la Capital acerca de datos relacionados con el citado inmueble puesto que estaba “considerando el eventual desarrollo de un Conjunto Residencial (Condominio) puesto que en el título de propiedad figuraba un pasaje perpendicular a la Avda. Primer Presidente como “reserva del anterior propietario”. Tampoco se tienen dudas de que la parte demandada no informó o no manifestó al comprador del predio (la parte actora) acerca de tal circunstancia.

Ahora bien: es necesario y esencial para la suerte del presente juicio distinguir claramente dos conceptos que inicialmente pueden aparecer como idénticos o equivalentes, pero que en realidad no lo son: una cosa es abstenerse de

hacer algo, y otra muy distinta es omitir la ejecución de un hecho o una conducta determinada. No es lo mismo la abstención que la omisión. En el primer caso, simplemente se deja de hacer algo, en el segundo, se deja de hacer algo a lo cual se está obligado de hacer pudiendo hacerse. La abstención simple no genera consecuencias por no constituir un acto ilícito, a diferencia de la omisión que sí puede generar consecuencias legales si se acredita que el hecho omitido podía ejecutarse y que no fue ejecutado con intención por parte del obligado a tal cumplimiento que, en tales circunstancias, incurre en el denominado “dolo por omisión”.

En el caso en estudio, no es discutible que la parte demandada se ha abstenido de poner a conocimiento de la parte actora y compradora del inmueble la situación que le afectaba, pero en modo alguno podría sostenerse que la accionada ha incurrido en omisión dolosa al no suministrar tal información por la simple razón de que la accionada, en cuanto vendedora del inmueble, ninguna obligación legal tenía de advertir o informar al accionante, en cuanto comprador del predio, acerca de la realidad legal que afectaba a la cosa objeto de compraventa. Déjase en claro que lo que se afirma es que la accionada no tenía obligación legal, no se alude al deber moral o ético, campo en el cual no podría ingresarse sin desvirtuar la naturaleza del enfoque que necesariamente acota el desempeño funcional de los órganos jurisdiccionales. Tampoco podría afirmarse, en el caso, que en el acto de transferencia propiamente dicho ha existido mala fe por parte de la vendedora porque, en rigor, lo que se ha transferido a la parte hoy accionante no es una fracción o superficie menor a la que ha sido estipulada o pactada por los contratantes, sino la totalidad de lo convenido. Que una parte de la superficie total deba ser luego transferida a la Municipalidad para cumplimentar obligaciones legales por parte de quien fuese el propietario que tuviese, además, la intención de efectuar operaciones de fraccionamiento o loteamientos en el inmueble, no implica mala fe en el acto de transferencia hasta el punto de configurar el dolo incidental por omisión al cual se ha aludido anteriormente. No concurren, en la especie, los presupuestos de los artículos 696, 744, 748, del C.C., ni violación de los arts. 759 y 760, del mismo cuerpo legal.

En consecuencia, por los fundamentos expresados, no resta al Tribunal sino confirmar, con costas, el apartado primero de la sentencia en alzada (por el cual se resuelve desestimar la demanda) y declarar desierto el recurso de apelación en relación a los apartados segundo y tercero de la resolución recurrida

(que regulan los honorarios de los abogados intervinientes) por incumplimiento de la carga procesal legislada en el artículo 419 del CPC. Así voto.

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

RESUELVE: 1. Tener por desistido al Abog. Rubén Maciel Guerreño del recurso de nulidad interpuesto. 2. Confirmar el apartado primero de la resolución recurrida. 3. Declarar desierto el recurso de apelación en lo que respecta a la a los apartados segundo y tercero, referente a la regulación de honorarios profesionales. 4. Imponer las costas a la parte perdedora. 5. Anotar, registrar y remitir copia a la Corte Suprema de Justicia.

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

Ante mí: Arnaldo Martínez Rozzano, Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 90

MARCA DE FÁBRICA. Confusión.

Al análisis de las marcas en pugna, resulta que existe un gran peligro de asociación y alto riesgo de confundibilidad entre la marca registrada por la parte recurrente y las marcas registradas por BAYER AG, dicho análisis debe realizarse con rigor en razón a que estamos frente a productos de la clase 5, productos medicinales cuya ingestión equivocada puede producir efectos nocivos en la salud del consumidor como consecuencia más grave y secundariamente perjudicar comercialmente a los propietarios de la marca cuyo producto se quiso adquirir.

MARCA DE FÁBRICA. Confusión.

El espíritu de la Ley de Marcas busca proteger los esfuerzos del titular de una marca por preservar y mejorar la calidad de los productos y servicios que ofrecen; y al mismo tiempo permite al consumidor obtener lo que busca, sin dificultades en el momento de la elección. Esta protección solo se hace posible cuando existe un nivel de distinción que permita identificar a cada producto o servicio por su marca, sin riesgos de confusión para el consumidor y sin riesgos de aprovechamiento entre competidores.

MARCA DE FÁBRICA. Oposición al registro de una marca.

Existiendo identidad entre las marcas y siendo notoria la prioridad de la actora, por haber probado su mayor derecho en cuanto a registros anteriores y a sus esfuerzos en invertir para la difusión de sus marcas a nivel nacional, considero que la decisión contenida en el fallo impugnado es justa y lógica por lo que debe ser hacerse lugar a la demanda por nulidad de registro.

MARCA DE FÁBRICA. Confusión.

Entre las marcas que se analizan existe enorme similitud fonética que induce a la confundibilidad atendiendo especialmente a la partícula “PIRINA”, que se encuentra en ambas marcas. Lo que destaca de las marcas “PIRINACE” y “ASPIRINA” es, precisamente, la citada partícula que fonéticamente induce al público consumidor a asimilar ambos productos que, por lo demás, designan productos de la misma clase (Nº 5), específicamente analgésicos o calmantes.

MALA FE.

“En cuanto a la mala fe, existe dolo cuando el comportamiento asumido es intencional y, en materia marcaria, cuando el que ha registrado una marca confundible con otra anterior, reconocidamente notoria en el país del registro, haya sabido o debido saber que dicha marca o una partícula importante de la misma pertenecía a un tercero” (Ac. y Sent. Nº 80 del 20 de agosto del 2.003).

TApel. Civ. y Com. Primera Sala. 13-12-10. “Bayer AG c. Jose Ruoti M. y Compañía SC s. Nulidad de Registro de Marcas” (Ac. y Sent. Nº 90).

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia recurrida?

En caso contrario, ¿es ella justa?

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

A la primera cuestión planteada El magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos dijo: La recurrente no fundamentó el presente recurso. Por otra parte, no se observan en la resolución, vicios de forma que pudieran ameritar la declaración oficiosa de nulidad. Por tanto, este recurso debe ser declarado desierto. Así voto.

A sus turnos, los magistrados Valentina Núñez González y Dr. Marcos Riera Hunter: Manifiestan que se adhieren al voto del magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos, por compartir sus mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada el magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos Dijo: Por la S.D. apelada, la jueza de Primera Instancia resolvió: "... Hacer Lugar, a la presente demanda que 'promueve la firma Bayer AG contra José Ruoti M. y Compañía S.C. por nulidad del registro de marca N° 300.003 del 29 de junio del 2007, clase 05, correspondiente a la marca Farmapirina, registrada a nombre de la demandada, declarando en consecuencia la extinción de la misma. Librar los oficios correspondientes a la Dirección de la Propiedad Industrial, una vez firme la presente resolución, para su toma de razón correspondiente. Imponer las costas a la perdidosa...".

La recurrente, Abog. Ada Nelly Torres, en representación de la firma demandada, se agravia contra la sentencia apelada, fundada en que no ha tenido en cuenta las pruebas producidas por su parte durante el periodo probatorio, limitándose a transcribir artículos de la ley de marcas y el Convenio de París, sin realizar ningún tipo de análisis respecto a las normas transcritas. Agrega que la A-Quo basó la sentencia hoy recurrida única y exclusivamente en la presencia del vocablo Pirina en la marca debidamente registrada por su representada, sin tener en cuenta de manera alguna que este vocablo es de uso común para la clase 5, en la cual se encuentran registradas las marcas en pugna. Por esta razón el vocablo Pirina no puede ser considerado como elemento suficiente para determinar la nulidad de un registro de marca obtenido conforme a la ley. Señala que el análisis de las marcas en cuestión debió realizarse a las luces de todas las pruebas ofrecidas y producidas por las partes en el momento procesal oportuno, sin embargo, la inferior se limitó a un cotejo marcario fragmentando la marca registrada por su principal y desdoblándola en dos partes, considerando que, conforme lo sostiene la doctrina, avalada por una jurisprudencia constante y uniforme, el cotejo entre dos marcas debe ser hecho tal cual el consumidor las encontrará en el mercado, que en este caso, está dada por el vocablo "Farmapirina", y por tanto, debe ser analizada como tal. Sin embargo, apunta, la A-quo ha basado la sentencia hoy recurrida, en el análisis del término "Pirina", siendo esta una interpretación subjetiva utilizada a favor de los intereses de la actora, la firma Bayer AG, violando el principio de congruencia al no valorar las pruebas ofrecidas en autos".

Afirma el recurrente que en la resolución recurrida la A-quo señala como fundamento legal a la Ley de Marcas 1294/98 y específicamente el Art. 2° que tipifica las causales de irregistrabilidad marcaria y que sin embargo, dichas

prohibiciones no resultan aplicables al caso de autos ya que la marca registrada por mi principal no induce en forma directa ni indirecta a confusión con las marcas de propiedad de la actora y tampoco se trata de una marca que implique un signo contrario a la ley, al orden público, a la moral y a las buenas costumbres. La sola presencia de caracteres comunes en la marca de mi principal y las de la actora no puede implicar la imposibilidad total de coexistencia entre ellas.

Más adelante agrega que, tal como se evidencia en autos en la etapa procesal correspondiente se han presentado los informes remitidos por la Dirección de la Propiedad Industrial respecto a los registros de la marca Eximpirina, Termopirina, Actipirina, Supopirinalasca. Conteniendo estos registros al término de uso común “Pirina” en sus estructuras las argumentaciones esgrimidas en la sentencia recurrida no tienen asidero legal alguno. Recalcamos que la actora no puede pretender tener un Derecho Exclusivo en relación a un vocablo de uso común para la clase 5.

Por otro lado, refiere que el Tribunal de Cuentas, en el proceso administrativo, sí supo valorar y precisar el carácter de uso común del vocablo Pirina, haciendo lugar a la acción contencioso-administrativa promovida por mi mandante. Contrariamente la A-quo confundió el vocablo de uso común con la palabra Aspirina que se halla presente en todas las marcas registradas por la parte actora, Bayer AG”.

Así también señala que no existe fundamentación válida para argumentar competencia desleal al haber obtenido en forma totalmente lícita el registro de su marca “Farmapirina”, dado que, si los registros de terceros citados precedentemente, no han disminuido la capacidad distintiva ni han inducido a confusión al consumidor respecto a las marcas de la actora como tampoco representan actos de competencia desleal para la actora, no existe razonamiento lógico para señalar que si lo haría el registro de la marca cuestionada.

Precisa el recurrente que el A-quo no ha realizado un análisis para determinar la supuesta ausencia de los requisitos de novedad y originalidad necesarias, considerando que la marca Farmapirina, ha cumplido todos los requisitos legales para obtener el registro correspondiente.

La parte actora, por medio de su representante, el abogado Wilfrido Fernández, se presentó a contestar el traslado y solicitó el rechazo del presente recurso, fundado en los siguientes extremos: 1) Que su mandante ataca de nulidad de la marca Farmapirina porque considera que la marca nunca debió

ser registrada en virtud del artículo 2° de la Ley de Marcas; que se reserva el derecho de accionar eventualmente contra los titulares de otros registros que contengan el vocablo “Pirina” y; que constan en los antecedentes administrativos que desde un principio defendió los intereses propios que le asisten según la Ley de Marcas y la doctrina. 2) Que del análisis minucioso surge claramente la extrema semejanza entre las marcas en litigio. 3) Que, la denominación Farma es de carácter genérica en la clase internacional 5, por lo que mal puede apropiarse la adversa de un término que es a todas luces genérico. 4) Que, la marca Aspirina de su mandante goza de notoriedad tanto en el mercado paraguayo como en el mercado mundial, siendo comercializada desde hace más de cien años. Al contestarlo concluye su escrito solicitando la confirmación del fallo apelado.

Analizadas las constancias de autos como asimismo las manifestaciones de las partes, se tiene que la parte actora, Bayer AG, entabla demanda por nulidad de registro de la marca Farmapirina, a la otra José Ruoti M. y compañía S.C., por ser la misma propietaria de dicha marca en este país conforme lo ha demostrado con las instrumentales agregadas a estos autos. Se discute si la utilización de la desinencia Pirina en la marca Farmapirina, registrada bajo el N° 300.003 es suficiente para anular dicho registro.

La Ley de Marcas, en su Art. 2° establece claramente que: “No podrán registrarse como marcas: a) los signos o medios distintivos contrarios a la ley, al orden público, a la moral y a las buenas costumbres y aquellos que puedan inducir a engaño o confusión respecto a la procedencia, el modo de fabricación, las características o la aptitud y finalidad del empleo de los productos o servicios de que se trate; ... f) los signos idénticos o similares a una marca registrada o solicitada con anterioridad por un tercero, para los mismos productos o servicios, o para productos o servicios diferentes cuando pudieran causar riesgo de confusión o asociación con esa marca; g) que los signos que constituyan una reproducción, imitación, traducción, transliteración o transcripción total o parcial de un signo distintivo, idéntico o similar, notoriamente conocido en el sector pertinente del público, que pertenece a un tercero, cualesquiera que sean los productos o servicios a los que se apliquen el signo, cuando su uso o registro fueran susceptibles de causar confusión o un riesgo de asociación con ese tercero, o signifiquen un aprovechamiento de la notoriedad del signo o la dilución de su fuerza distintiva, cualquiera sea la manera o medio por el cual se hubiese hecho conocido el signo...”.

Entrando al análisis de la marca en cuestión, tenemos que “Farmapirina” no goza de los requisitos de novedosidad y originalidad requeridas para el registro de una marca, por un lado, la raíz Farma puede ser considerada como genérica para los productos de la clase 5, ya que hablamos justamente de productos farmacéuticos; y por el otro, la marca registrada incluye el vocablo Pirina de innegable notoriedad en el mercado de productos farmacéuticos cuyos registros pertenecen a la firma Bayer AG.

Al análisis de las marcas en pugna, resulta que existe un gran peligro de asociación y alto riesgo de confundibilidad entre la marca registrada por la parte recurrente y las marcas registradas por Bayer AG, dicho análisis debe realizarse con rigor en razón a que estamos frente a productos de la clase 5, productos medicinales cuya ingestión equivocada puede producir efectos nocivos en la salud del consumidor como consecuencia más grave y secundariamente perjudicar comercialmente a los propietarios de la marca cuyo producto se quiso adquirir.

De autos se desprende que la firma Bayer AG es propietaria de la marca Aspirina desde hace más de cien años en el mundo y comercializada en Paraguay desde el año 1936, la parte demandada así lo ha reconocido a fs. 128 de autos, sin embargo la firma José Ruoti M. y Compañía S.C. inscribió la marca Farmapirina en el año 2007 en nuestro país. Es claro que la fama y notoriedad de la firma Bayer AG, así como de las marcas de sus productos, sobretodo los que se identifican con el vocablo Pirina, superan ampliamente a la de la demandada, dándose inclusive un intento de apropiación de esta fama y notoriedad de marcas ya reconocidas en el mercado local.

Que, el espíritu de la Ley de Marcas busca proteger los esfuerzos del titular de una marca por preservar y mejorar la calidad de los productos y servicios que ofrecen; y al mismo tiempo permite al consumidor obtener lo que busca, sin dificultades en el momento de la elección. Esta protección solo se hace posible cuando existe un nivel de distinción que permita identificar a cada producto o servicio por su marca, sin riesgos de confusión para el consumidor y sin riesgos de aprovechamiento entre competidores.

En suma, existiendo identidad entre las marcas y siendo notoria la prioridad de la actora, por haber probado su mayor derecho en cuanto a registros anteriores y a sus esfuerzos en invertir para la difusión de sus marcas a nivel nacional, considero que la decisión contenida en el fallo impugnado es justa y lógica por lo que debe ser confirmada.

En cuanto a las costas de esta instancia, de conformidad al artículo 203 inc. a) del CPC, corresponde imponerlas al apelante.

Por tanto, este conjuer, por las consideraciones expuestas, considera que el fallo recurrido debe ser confirmado, en todos sus puntos, con costas. Así voto.

A su turno, la magistrada Valentina Núñez González: Manifiesta que se adhiere al voto del magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos, por compartir sus mismos fundamentos.

A su turno el magistrado Dr. Marcos Riera Hunter dijo: En un precedente jurisprudencial este mismo Tribunal ya se ha pronunciado sobre la pretensión de nulidad de marca promovida por la parte actora contra otro demandado en un juicio en el cual se analizó y se reconoció el carácter notorio de la marca “Aspirina” y, en particular, la relevancia de la partícula “Pirina”.

En efecto, en tal precedente esta Magistratura sostuvo que “... se estima que no pueden existir dudas de que la marca “Aspirina”, de propiedad de la actora, constituye una marca decididamente reconocida como notoria y, por tanto, conocida por la totalidad o casi la totalidad del público, que asocia inmediatamente dicha marca con el producto calmante o analgésico de dolores y malestares en general, sean consumidores o no. Por lo demás, esta notoriedad existe en el Paraguay, que es el país en donde se reclama protección legal...De inicio se advierte que entre las marcas que se analizan existe enorme similitud fonética, como lo señaló acertadamente el juez de Primera Instancia, similitud que induce a la confundibilidad atendiendo especialmente a la partícula “Pirina”, que se encuentra en ambas marcas. Lo que destaca de las marcas “Pirinace” y “Aspirina” es, precisamente, la citada partícula que fonéticamente induce al público consumidor a asimilar ambos productos que, por lo demás, designan productos de la misma clase (N° 5), específicamente analgésicos o calmantes. No puede compartirse en este caso la posición de la demandada y apelante cuando sostiene que existe mayor confundibilidad entre las marcas cuando coinciden las primeras sílabas de las mismas (factor tópic), señalando que “las marcas hoy enfrentadas PIRInace y ASPiрина vienen coexistiendo pacíficamente desde hace tanto tiempo” (fs. 227). Como se dijo, la partícula Pirina destaca en ambas marcas (aspirina – pirinace) de tal modo que la identidad en tal partícula torna a ambas en confundibles desde el punto de vista fonético” (Acuerdo y Sentencia N° 80 del 20 de agosto del 2003; Tapel en lo Civil y Comercial de la Capital, Primera Sala).

En el caso que hoy se encuentra en estudio ante el Tribunal de Apelación se plantea una situación extremadamente semejante por cuanto que la actora, propietaria de la marca “Aspirina”, promueve la nulidad de la marca de la demandada que ha sido inscripta con la denominación “Farmapirina”, ambas inscriptas en la clase N° 5. Esta Magistratura no tiene dudas de que entre ambas marcas, precisamente a causa de la presencia en ambas de la partícula “Pirina”, existe confundibilidad concurrendo, por ende, el requisito básico que torna procedente la demanda de la accionante cuya marca –de carácter reconocidamente notorio– no permite la coexistencia con la marca de la demandada. En este sentido, también se ha sostenido en el precedente antes invocado que “en cuanto a la mala fe, existe dolo cuando el comportamiento asumido es intencional y, en materia marcaria, cuando el que ha registrado una marca confundible con otra anterior, reconocidamente notoria en el país del registro, haya sabido o debido saber que dicha marca o una partícula importante de la misma pertenecía a un tercero” (Ac. y Sent. N° 80 del 20 de agosto del 2003).

En consecuencia, por los fundamentos expresados, corresponde que el Tribunal confirme, con costas, la sentencia apelada (que hace lugar con costas a la demanda de nulidad de marca) por hallarse la misma ajustada a Derecho. Asi Voto.

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

RESUELVE: Declarar desierto el recurso de nulidad. Confirmar, con costas, la S.D. N° 165 del 03 de abril de 2009, dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Décimo Turno, Sec. N° 20, por los argumentos expuestos en el considerando de esta resolución. Anotar, registrar, y remitir una copia a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

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

Ante mí: Arnaldo Martínez Rozzano, Actuario judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 395

PRUEBA DOCUMENTAL. Redargución de falsedad.

La redargución de falsedad tiene el objeto de atacar la validez de instrumento público (Art. 383 CCP) y para su procedencia es necesario demostrar con pruebas fehacientes la falsedad que se invoca.

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

La inviolabilidad del derecho a la defensa en juicio exige que se otorgue a las partes la oportunidad de probar y alegar un resguardo de sus derechos, pero si dicha oportunidad no es utilizada por negligencia imputable al interesado sólo él debe cargar con las consecuencias» (CSJ Ac. y Sent. N° 107/ 1998).

TApel. Civ. y Com. Segunda Sala. 30-06-2010. “María Clementina Mongelós de Maíz c/ José María Alvarenga c/ Dora C. Rojas y Otro s/ Nulidad de Acto Jurídico”. (A.I.N° 395).

Asunción, 30 de junio de 2010

VISTO: El incidente de nulidad de actuaciones deducido por la parte actora, a fs. 99 a 102, y

CONSIDERANDO:

Que, la incidentista solicita la nulidad de la cédula de notificación de fecha 9 de marzo de 2006 (f. 97) y redarguye de falsedad dicho instrumento sosteniendo que “... el estudio jurídico en el que fijó domicilio procesal, como todos los días se encontraba abierto y en forma continuada desde las 8hs a las 20hs el día 9 de marzo de 2006 (día en que fue diligenciada supuestamente la cédula de notificación), jamás pudo haber sido adherida a puerta alguna...” (sic). Además invoca como perjuicio principal la indefensión, el haber perdido la oportunidad de fundamentar los recursos interpuestos.

Al contestar el traslado (fs. 104/108), el Abog. Santiago Jure (representante del demandado José María Alvarenga) manifestó que el ujier notificador cumplió con todos los requisitos establecidos en la ley al practicar la cédula de notificación redargüida de falsa y por esta razón, su contenido hace plena fe.

De constancias de autos se tiene que la cédula de notificación obrante a f. 97 fue diligenciada en el domicilio procesal constituido por la parte actora y con las formalidades propias de este tipo de documento.

Asimismo es importante enfatizar que la redargución de falsedad tiene el objeto de atacar la validez de instrumento público (Art. 383 CCP) y para su procedencia es necesario demostrar con pruebas fehacientes la falsedad que se invoca y en este sentido, el incidentista no diligenció las pruebas ofrecidas tendientes a demostrar las alegaciones fácticas formuladas, limitándose a afirmar que no recibió la cédula de notificación como justificativo de la indefensión. Precisamente es por eso que en caso similar, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha dicho: “La inviolabilidad del derecho a la defensa en juicio exige que se otorgue a las partes la oportunidad de probar y alegar un resguardo de sus derechos, pero si dicha oportunidad no es utilizada por negligencia imputable al interesado sólo él debe cargar con las consecuencias (Ac. y Sent. N 107 del 13 de mayo de 1998, La Ley, Revista Jurídica Paraguaya N° 7, pag.759, 1998).

A tenor de lo expuesto, corresponde rechazar el presente incidente de nulidad con imposición de costas a la perdidosa de conformidad a lo dispuesto en el artículo 192 del CPC.

Por tanto, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Segunda Sala
RESUELVE:

Rechazar el incidente de nulidad interpuesto por la parte actora, por improcedente.

Imponer las costas a la parte actora. Anotar, registrar y remitir copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia.

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

Ante mí: María Teresa Cañete, Actuaría Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 78

Cuestión debatida: Se trata aquí de dilucidar la procedencia de una acción de reivindicación incoada contra quien aparece también como titular registral de la cosa que se pretende reivindicar.

USUCAPIÓN.

La usucapión puede plantearse, ya como pretensión principal, ya como defensa ante una acción.

USUCAPIÓN. Título para la usucapión.

El título justo, por su parte, es aquel que tiene por objeto transmitir un derecho de propiedad, estando revestido de las solemnidades exigidas para su validez, sin consideración a la condición de la persona de quien emana.

USUCAPIÓN. Cómputo del plazo en la usucapión.

Si bien el inicio de la posesión tuvo lugar durante la vigencia del Código Civil de Vélez Sársfield, el plazo a computarse para establecer la procedencia de la usucapión no es el de 30 años establecido en el art. 4015 de dicho Código, sino el de 20 años establecido en el art. 1989 del Código Civil Paraguayo actualmente vigente, ya que el art. 656, de aplicación supletoria de lo dispuesto por el art. 1992 del mismo cuerpo legal, por lo que se ha de aplicar el plazo de 20 años para que opere la prescripción adquisitiva de dominio establecido en el art. 1989 del C.C.

REIVINDICACIÓN.

La presente acción ha sido instaurada lisa y llanamente por reivindicación. Las condiciones esenciales para la viabilidad de la reivindicación –de conformidad al ordenamiento positivo vigente– pueden resumirse en: 1. Que el actor tenga el derecho de propiedad sobre el bien reclamado; 2. Que la cosa objeto de la reivindicación tenga el carácter de “singular”, es decir, “sea individualizable o identificable”; y, 3. Que la posesión del bien reclamado esté a cargo de quien no es titular del derecho. (Voto de la Dra. Neri Villalba en Minoría)

SENTENCIA. Vicios de la sentencia.

Al no haberse planteado la acción de la nulidad del título dominial invocado por la demandada, como así habiéndose omitido el debate sobre el derecho de las partes, la sentencia recurrida deviene ilegítima e injusta, ilógica e irracional, configurando posibles lesiones a principios o cláusulas de la ley fundamental, como ser el debido proceso, indefensión, propiedad. (Voto de la Dra. Neri Villalba en Minoría)

SENTENCIA ARBITRARIA.

En la doctrina, la jurisprudencia pacífica y permanente en concordancia con el ordenamiento jurídico positivo, el principio dispositivo de las partes, queda vedado los Juzgadores extralimitarse en ventilar cuestiones ajenas a la traba de la litis, so pena de incurrir en arbitrariedad. De lo contrario, y si se tocara pretensiones ajenas a la cuestión concreta planteada, atentariamos en contra del derecho de la defensa, principio consagrado constitucionalmente. En

consecuencia, así corresponde rechazar la demanda de reivindicación. (Voto de la Dra. Neri Villalba en Minoría).

TApel. Civ. y Com. Tercera Sala. 21-07-10. María Corina Torres Vda. De Rosado c. Eusebia cañete Vda. de Mereles s. Reivindicación de inmueble” (Ac. Y Sent. N° 78)

CUESTIONES:

¿Es Nula la Sentencia Apelada?

En su caso, ¿se dictó conforme a Derecho?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: Martínez Prieto, Buongermini Palumbo y Villalba Fernández.

A la Primera cuestión planteada el Dr. Arnaldo Martínez Prieto dijo: El recurrente desiste expresamente del presente recurso, y dado que no se advierte en la sentencia recurrida vicios que ameriten la declaración oficiosa de la nulidad, corresponde tener por desistido al recurrente del presente recurso.

A sus Turnos, los Dres. Buongermini Palumbo y Villalba Fernández, manifestaron votar en idéntico sentido.

A la segunda cuestión planteada, el Dr. Arnaldo Martínez prieto prosiguió diciendo: Por la sentencia apelada N° 760 de fecha 05 de diciembre de 2006 el a quo resolvió: “1) Hacer Lugar, a la demanda de reivindicación de la fracción señalada en el considerando de la presente resolución, promovida por la Sra. María Corina Torres Vda. de Rosado contra la Sra. Eusebia Cañete Vda. de Mereles, y en consecuencia disponer la entrega de la fracción demandada a la accionante en el plazo de diez días hábiles de quedar firme y ejecutoriada la presente resolución bajo apercibimiento de procederse al desalojo de la fracción señalada. 2) Imponer las Costas, a la parte perdedora. 3) Anotar...” (sic)(fs. 248).

De dicha sentencia recurre la parte demandada y presenta su escrito de expresión de agravios, que obra a fs. 286/289 y manifiesta que el inferior ha cometido un error al hacer lugar a la presente demanda considerando que existen dos inmuebles superpuestos, con dos títulos de dominio, instrumentados en documentos públicos y debidamente inscriptos en la Dirección General de los Registros Públicos. Sostiene que la parte actora es titular del dominio de la Finca N° 714 del Distrito de Santísima Trinidad y su parte es en la actualidad titular del dominio de las Fincas N° 15.938, N° 2010 y 894, todas del Distrito de Santísima Trinidad. Arguye que el objeto de la litis recae sobre una superposición de títulos existente entre la finca de la parte actora y la finca N° 15.938

perteneciente a su parte. Aduce que la posesión que ostenta su parte del inmueble es legítima y en virtud de un documento público y debidamente inscripto, lo cual lo torna válido y oponible a terceros. Dice que coexistiendo dos títulos de dominio expedidos con las formalidades de la ley, y debidamente inscriptos, uno de ellos necesariamente debe ser anulado puesto que de otra manera se arribaría a un escándalo jurídico. Relata que el título que ostenta su parte se halla refrendado no sólo por su instrumentación, sino a través del informe agregado a fs. 128/135 de autos, donde la antigua propietaria de la Finca N° 15.938 agrega los antecedentes de la misma y donde consta que su padre ha adquirido onerosamente la finca hoy reivindicada con todas las formalidades de la ley. Expresa que la parte actora reconoce expresamente la existencia de una superposición de títulos y que igualmente el inferior acepta la existencia del título de propiedad de su parte. Manifiesta que de todo lo dicho surge el error del inferior al haber dictado una sentencia haciendo lugar a la reivindicación de un inmueble legítimamente adquirido por su parte ya que ha omitido tener en cuenta las probanzas arrimadas en autos así como las testificales ofrecida por su parte. Sostiene que en autos se ha comprobado fehacientemente no sólo la posesión y el dominio legítimo del inmueble, sino que la posesión de su parte data de una mayor antigüedad que la de la parte actora. En virtud de estos argumentos solicita la revocación de la sentencia apelada.

Corrido el traslado a la contraria, la misma lo contesta en los términos de su presentación de fs. 290/291. Manifiesta que de la lectura de la resolución recurrida surge que el inferior hace una extensa referencia a los instrumentos públicos como a las pruebas ofrecidas. Sostiene que de los informes periciales de los tres peritos nombrados en juicio surge la existencia de un faltante de 1.12 metros en la línea 5-1 del plano ya que dicha línea según los títulos debe medir 43.30 metros y mide solamente 42.18. Arguye que es bien ilustrativo el plano de fs. 188 donde se aprecia el faltante de 59 metros cuadrados, excedente en la propiedad de la demandada. Por todo ello solicita se confirme la sentencia recurrida.

Se trata aquí de dilucidar la procedencia de una acción de reivindicación incoada contra quien aparece también como titular registral de la cosa que se pretende reivindicar.

Ante la existencia de una superposición de títulos en una porción del inmueble -objeto de la reivindicación-, se deben analizar los títulos presentados en

juicio, de conformidad con el art. 2425 y 2426 del Cód. Civ., para luego decidir o no la restitución, según las reglas de la reivindicación contenidas en los arts. 2407 y sgtes del Cód. Civ.

Analizaremos primeramente el título de cada uno de los contendientes. En cuanto a la parte demandada, tenemos que en escritura pública N° 274 de fecha 10 de noviembre de 1986 consta la compra que la misma realizara a la Municipalidad de Asunción de la Finca N° 8097 del Distrito de Santísima Trinidad con una superficie de 195,1676 metros cuadrados. Luego, en cuanto a la parte actora, tenemos que en la escritura pública N° 235 de fecha 28 de octubre de 1988 consta la compra que la misma realizara a Efigenio Moliner de la Finca N° 714 del Distrito de Santísima Trinidad con una superficie de 599,4885 metros cuadrados, por lo que analizadas las documentales agregadas por las partes, se trata de títulos emanados de personas distintas, ambos inscriptos.

Pasemos entonces a analizar el historial de los títulos de propiedad presentados. Conforme se aprecia claramente en el dictamen pericial presentado por los tres peritos obrantes a fs. 113/118, 155 bis/166 y 196/201 en el historial de los títulos de propiedad, las Fincas N° 714 y 894 –actualmente perteneciente a la parte actora y demandada respectivamente–, eran originalmente de doña Josefa Antonia León de Díaz, quien lo adquiriera del Estado paraguayo en fecha 26 de julio de 1883 y a quien le sucedieron sus hijos María Josefina Díaz León de Benza, Concepción de Mercedes Díaz León de Bernabé, Edelmiro Ernesto Díaz León y Carlos Ismael Díaz León, este último por ampliación de la sentencia declaratoria de herederos conforme consta en la toma de razón de la finca N° 714. De dicha toma de razón (fs. 317/318) surge que ambas fincas (714 y 894) eran una sola y que lindaba al Norte con la calle Granada, actualmente calle Quito con 37 metros, al Sur con una calle sin nombre, hoy calle Sargento Claudio Morel con 50 varas, al Este lindaba con terreno Municipal y al Oeste con la calle Caridad, hoy calle Dr. Antonio Sosa con una superficie total de 1850 varas cuadradas, es decir, 1292,65 metros cuadrados. Según surge de esta descripción, el terreno Municipal no tenía salida a la calle Dr. Antonio Sosa sino que lindaba en su totalidad, al Oeste, con la Finca 714.

De la Finca 714 se desprenden la N° 8940 y la N° 2010, según veremos a continuación. Según consta en la escritura pública de fecha 16 de diciembre de 1940, la Sra. Del Rosario Montiel adquirió la Finca inscripta como N° 894 de la Sra. Catalina Piccoli de Pappalardo en fecha 22 de junio de 1927 que a su vez

adquiriera de doña Josefa Antonia León de Díaz, como vimos, propietaria originaria de todo el terreno. La Sra. Del Rosario Montiel vendió esta finca al Sr. Epifanio Mereles en fecha 16 de diciembre de 1940. Según la escritura pública mencionada obrante a fs. 26/28, la Finca N° 894 lindaba al Norte con la Finca N° 714 propiedad entonces de doña Josefa Antonia León de Díaz y medía 8 metros y lindaba, al Sur, también con 8 metros, con una calle sin nombre, hoy calle Sargento Claudio Morel, al Este, lindaba con el terreno de doña Josefa Antonia León de Díaz y medía 21 metros y al Oeste con la calle Caridad, hoy Dr. Antonio Sosa, también con 21 metros. Tenía una superficie de 250 varas cuadradas, es decir, 174 metros cuadrados.

Luego, la señora María Josefina Díaz León de Benza, heredera de doña Josefa Antonia León de Díaz, por escritura pública N° 67 de fecha 3 de julio de 1950, vende una fracción de la finca N° 714 al señor Epifanio Mereles (fs. 22/25) que fuera inscrita como finca N° 2010 del Distrito de Santísima Trinidad que lindaba al Sur con la calle Sargento Claudio Morel y medía 23 metros con 38 centímetros, al Norte con el resto de la propiedad de los vendedores, es decir, lindaba con la propiedad de la Sra. Ma. Josefina Díaz León de Benza y medía 21 metros con 65 centímetros, al Este con un terreno municipal y al Oeste con derechos del comprador, es decir, con la Finca 894 que adquirió de la Sra. Del Rosario Montiel como lo explicáramos en el párrafo anterior. Tenía una superficie total de 506 metros con 17 centímetros cuadrados.

En cuanto a la Finca N° 714, según consta en la primera toma de razón de dicha finca obrante a fs. 319/320, en fecha 19 de julio de 1954 doña María Josefina Díaz León de Benza vendió a doña Amanda Martínez el resto de la finca 714 con las siguientes dimensiones y linderos: al Oeste sobre la calle Caridad, hoy Dr. Antonio Sosa y mide 51 metros con 65 centímetros, al Este, con igual dimensión linda con derechos Municipales, al Norte mide 32 metros y linda con la calle Granada, hoy Quito y al Sur mide 23 metros con 38 centímetros y linda con derechos de Epifanio Mereles con una superficie total de 599 metros con 4885 centímetros cuadrados. La segunda inscripción de la Finca N° 714 data del 3 de abril del año 1964 (fs. 321/322) por la compra que le hiciera la Sra. Julia María Sotera Vda. de Céspedes a doña Amanda Martínez con las mismas medidas, linderos y superficie que la anterior. La tercera inscripción de la Finca 714 data del 22 de junio de 1966 (fs. 323/325) por la compra que le hicieran Eusebio Pintos y Pedro Cañete a Julia María Sotera Vda. de Céspedes

con las mismas medidas, linderos y superficie que la anterior. La cuarta inscripción de la Finca 714 data del 14 de diciembre de 1976 (fs. 325 vlta./327) por la compra que le hiciera Marco Antonio Elizeche a Eusebio Pintos con las mismas medidas, linderos y superficie que la anterior. La quinta inscripción de la Finca 714 data del 12 de enero de 1977 (fs. 327/328) por la compra que le hiciera Patricia Gamarra Vda. de Villalba a Marco Antonio Elizeche con las mismas medidas, linderos y superficie que la anterior. La sexta inscripción de la Finca 714 data del 20 de julio de 1982 (fs. 328 vlta./329) por la compra que le hiciera Efigenio Molinier a Patricia Gamarra Vda. de Villalba con las mismas medidas, linderos y superficie que la anterior. La séptima inscripción de la Finca 714 data del 28 de noviembre de 1988 (fs. 331) por la compra que le hiciera María Corina Torres Vda. de Rosado a Efigenio Molinier con las mismas medidas, linderos y superficie que la anterior.

Tenemos entonces, que la Finca N° 714 siempre lindó al sur con las Fincas 894 y 2010. Nunca lindó con derechos fiscales. Y esto debe destacarse: Nunca, a lo largo de la historia tanto de la Finca N° 714 como de las Fincas 894 y 2010, el lado sur de la primera finca limitó con las otras dos, por lo que es imposible que entre aquéllas esté la Finca N° 15938 perteneciente a la Municipalidad que posteriormente adquirió la demandada.

Pero he aquí que, la porción faltante a la finca N° 714 según las tres pericias es precisamente la dimensión de la porción de la finca N° 15938 que se encuentra entre la Finca N° 714 y las Fincas N° 894 y 2010. Y esto es así, porque el límite sur de la finca N° 714 aparece siendo ahora la Finca N° 15938. Aquí está el quid de la cuestión debatida: El límite sur de la Finca N° 714, aparece, de la noche a la mañana y sin justificación, lindando con un terreno municipal y que ésta vendió a la parte demandada; cuando que siempre lindó con las Fincas 894 y 2010.

A esta conclusión se llega, con convencimiento absoluto, con la pericia practicada en autos y con el historial de las Fincas en cuestión agregadas luego del dictado de la medida de mejor proveer (fs. 308/336). Si recordamos la superficie total de la Finca N° 714, la misma era de 599,4885 m₂. Y de las pericias realizadas en autos surge que actualmente la superficie de dicha Finca es de 532 m₂, existiendo un faltante de 66 m₂. Luego, tenemos que la porción de la Finca N° 15938 que se encuentra actualmente lindando con la parte sur de la Finca N° 714 tiene una superficie de 52 m², ocupada actualmente por la parte demandada.

De hecho, si analizamos el antecedente de la porción de la Finca N° 15938 que vendiera la Municipalidad a la parte demandada, tenemos que la misma nace con la inscripción que hiciera la demandada de la compra que la misma le hiciera a la Municipalidad, en pocas palabras no tiene antecedentes. Luego, analizada la primera inscripción de la Finca N° 8097 (fs. 177/178), antecedente de la Finca N° 15938, surge claramente que ésta última no procede de una mayor porción perteneciente al Municipio como erróneamente se señala en el documento de transferencia de dominio a la demandada. Ésta inscripción es la copia de una sentencia de mensura que se hiciera en un juzgado de primera instancia, pero como es sabido, el juicio de mensura no es atributivo de propiedad. Ello también se demuestra con el plano proveído por la propia Municipalidad obrante a fs. 192 de autos.

Entonces, queda absolutamente claro que es materialmente imposible que la Finca N° 15938 tenga salida a la calle Dr. Antonio Sosa, porque la Finca N° 714 siempre lindó con las Fincas N° 894 y 2010. Terreno que, como lo vimos, correspondió siempre a la parte actora. El cotejo de la pericia con el historial de los títulos de propiedad de las Fincas N° 714, 894, 2010 y 15938 demuestra, sin lugar a dudas, que la extensión de la Finca N° 15938 nunca alcanzó a la calle Antonio Sosa, sino a derechos de la parte actora.

Por ende, el título del actor llega hasta los límites de las Fincas N° 894 y 2010, derechos que fueron transferidos al demandado por la Municipalidad. Entonces, queda claro que estos derechos fueron transferidos a non domino. En síntesis, la superficie de la Finca N° 15938 del distrito de Santísima Trinidad tiene una porción que no corresponde a derechos fiscales, y que se superpone sobre el título de la finca N° 714.

Sobre esta porción, pues, entraría a regir la disposición de los arts. 2425 y 2426 del Cód. Civ. Es decir, correspondería la verificación y eventual aplicación de las normas relativas al conflicto de títulos en la reivindicación. Empero, el demandado, al tiempo de contestar la demanda, interpuso una defensa de vital gravitancia, que incide profundamente en la apreciación de los hechos. En efecto, a fs. 36 dijo textualmente: “Esto significa que a más de titular del dominio de la ex fracción Municipal, la Sra. Eusebia Cañete Vda. de Mereles, ya ejercía la posesión pública y pacífica, que después de muchos años y con un título de propiedad, supuestamente de extensión superior a la delimitación efectuada por la actora, mal puede ser reivindicado” (fs. 36). Es decir, esto es claramente

encuadrable bajo la figura de la usucapión, lo que se reitera en esta alzada invocando la posesión (fs. 288 último párrafo).

Se alega, pues, la usucapión como defensa. No se reconviene pretendiendo la declaración de usucapión, pero sí se la opone como defensa, invocando el hecho de la posesión de conformidad al art. 1990 del Cód. Civ. En efecto, la usucapión puede plantearse, ya como pretensión principal, ya como defensa ante una acción. Así también lo ha entendido la doctrina y la jurisprudencia: “Como es sabido, la usucapión se hace valer judicialmente a través de dos vías procesales distintas, para cuya admisibilidad son también diferentes los requisitos instrumentales que se deben cumplimentar a raíz de su invocación. Estas dos vías procesales son: la demanda, incluida la reconvencional, para obtener un título en sentido instrumental a cuyo efecto se intenta la acción declarativa de prescripción adquisitiva de la Ley 14.159 (con las modificaciones del decreto-ley 5756/58), y la excepción o defensa de prescripción adquisitiva opuesta para evitar la desposesión en el juicio de reivindicación (Areán “Juicio de usucapión” p. 68/69)”. “La exclusividad de la vía procesal del juicio de usucapión para hacer valer la prescripción adquisitiva, no es exacta, porque el demandado en un juicio de reivindicación puede enervar el progreso de la acción oponiendo la excepción de prescripción adquisitiva y probando en el seno del proceso que cumplió con los extremos que, conforme al Código Civil, condicionan la adquisición del dominio por usucapión. La circunstancia de que el Código de procedimiento incluya, entre los procesos declarativos especiales el juicio de usucapión (arts. 780 y sgtes.), no afecta la posibilidad de que siempre dispone el interesado para hacer valer la usucapión producida a su favor en el marco del juicio de reivindicación (Sentencia N° 75 - 04/07/2000 “Colazo, Antolín Salustiano del Corazón de Jesús c/ Nicolás Raymonda - Reivindicación - Recurso de Casación” - Vocales: Ferrer - Segin - Kaller Orchansky”.

Tenemos entonces que la demandada opone como defensa la usucapión. Ahora bien, esta usucapión no puede ser invocada por el hecho de la posesión de conformidad con los requisitos temporales de la existencia de un justo título. No debe confundirse éste con la figura del título putativo, que en esencia se entiende como aquél en el cual el poseedor tiene razones suficientes para creer en la existencia de un título a su favor o para extender su título a la cosa poseída. El título justo, por su parte, es aquél que tiene por objeto transmitir un derecho de propiedad, estando revestido de las solemnidades exigidas para su validez, sin

consideración a la condición de la persona de quien emana. Así pues, se concluye que el art. 1990 del Cód. Civ. no es aplicable al caso ya que esta norma exige, amén de la posesión, un justo título, y la demandada Eusebia Cañete Vda. de Mereles, no ostenta un justo título sino un título putativo. En efecto, la finca adquirida por la demandada fue creada por la Municipalidad a objeto de la venta –como ya lo dijéramos en el estudio del historial de las fincas en cuestión–, por lo que aquí se aplica el art. 1997 del Cód. Civ. que establece que: “Aunque la nulidad del título sea meramente relativa al adquirente de la cosa, no podrá éste usucapir contra terceros ni contra aquellos de quienes emana el título”. Diferente hubiese sido el caso en que el título hubiere circulado, con lo cual operaría el saneamiento establecido en el art. 2408 del Cód. Civ.

En consecuencia, no podemos sino aplicar el art. 1989 del Cód. Civ. y contar el plazo de veinte años a partir de la adquisición del inmueble de la Municipalidad. Ello es así ya que si bien la demandada manifiesta que la misma ya poseía el inmueble antes de la compra que le hiciera del mismo a la Municipalidad, la demandada no poseía dicho inmueble con animus domini, justamente porque reconocía en otro la titularidad al haber adquirido onerosamente la porción de la finca reivindicada. Recién a partir de la compra que la demandada le hiciera a la Municipalidad, la misma posee dicho inmueble con carácter de dueña. Pero, como el título que ostenta es meramente putativo, debemos contar el plazo de veinte años establecido en el art. 1989 del Cód. Civ. y no el de la usucapión corta de diez años establecido en el art. 1990 del Cód. Civ.

De esta manera, la posesión a título de dueño comenzó en el año 1986, año de la transferencia de la propiedad a favor de Eusebia Cañete Vda. de Mereles. Cabe apuntar que si bien el inicio de la posesión tuvo lugar durante la vigencia del Código Civil de Vélez Sársfield, el plazo a computarse para establecer la procedencia de la usucapión no es el de 30 años establecido en el art. 4015 de dicho código sino el de 20 años establecido en el art. 1989 del Código Civil Paraguayo actualmente vigente, ya que el art. 656 de dicha normativa establece: “Las prescripciones iniciadas o cumplidas bajo el imperio de leyes anteriores quedarán sujetas a ellas, salvo que las disposiciones de este Código fueren más favorables”, de aplicación supletoria de lo dispuesto por el art. 1992 del mismo cuerpo legal que establece: Las causas que obstan, suspenden o interrumpen la prescripción, también son aplicables a la usucapión, así como al poseedor se extiende lo dispuesto respecto del deudor”, por lo que se ha de aplicar el plazo de

20 años para que opere la prescripción adquisitiva de dominio establecido en el art. 1989 del Cód. Civ.

Tenemos entonces, que la posesión a título de dueño arrancó desde el año 1986. La presente demanda de reivindicación, conforme al cargo de fs. 12, fue iniciada el 22 de agosto de 2000, lo que quiere decir que la pretensión reivindicatoria se produjo con anterioridad al efecto adquisitivo de la posesión por veinte años, específicamente invocado por el demandado como medio de defensa.

Por ende, la defensa opuesta no es pertinente y no permite repeler la acción de reivindicación, por lo que corresponde estudiar las reglas de la misma.

Hemos dicho que la demandada ostenta un título putativo, ya que, del análisis de los títulos de propiedad de ambas partes surge que la Municipalidad ha transferido un inmueble a non domino a aquélla. Además también se advierte que la demandada fue parte del acto que produjo su título en tales condiciones que no eran atributivas de dominio, y por ende en total conocimiento del vicio señalado supra. Debemos aclarar que el art. 2411 del Cód. Civ. impide la acción directa de reivindicación contra los adquirentes a título oneroso y buena fe; y el accionante debe transitar primeramente por la vía de la nulidad del título para proceder a la reivindicación. Pero aquí la situación jurídica de la demandada no se inscribe en este supuesto, ya que lejos de ser tercero, fue parte del acto, es decir, del contrato de compraventa con la Municipalidad y por ende no puede alegar desconocer que la Municipalidad estaba vendiendo una porción del inmueble de su propiedad, mayor que su superficie real. Ello surge patente en los antecedentes dominiales de la Finca N° 15.938 obrantes a fs. 178/179 de autos. En efecto, del antecedente de la finca N° 15.938 puede advertirse que la misma no procede de una mayor porción, sino que simplemente procede de un juicio de mensura, el cual no es de ninguna manera atributivo de la propiedad. Es importante aclarar aquí que si bien se presume la regularidad de los actos administrativos, la buena fe del adquirente se ve claramente subvertida cuando el mismo se encuentra ante circunstancias de irregularidad ostensible, o cuando menos de insuficiente explicitación de la ilación en las transmisiones y las titularidades. No se puede, por otra parte, alegar desconocimiento de todo ello, por cuanto la demandada fue parte de la transferencia y además al momento de realizarla ha tenido que tener a la vista el antecedente dominial del bien que le fue transferido. Se presume pues, el conocimiento por parte del mismo que dicha finca no provenía de una mayor porción. Vemos así que el art. 2411 resulta inaplicable a su situación.

Se llega, así, a la conclusión de la procedencia de la reivindicación, por lo que la sentencia apelada debe ser confirmada en consecuencia.

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.

A su turno la Dra. Buongermi Palumbo manifiesta que se adhiere al voto del miembro preopinante.

Opinión del Dr. Neri Villalba Fernández: Disiento respetuosamente con el colega magistrado preopinante Dr. Martínez Prieto y de la Dra. Buongermi Palumbo, quien adhiere a su voto, en cuanto a la confirmación de la S.D. N° 760 de fecha 05 de diciembre de 2.006, por los siguientes motivos:

Cabe apuntar que la presente acción se ha instaurado por la Sra. María Corina Torres Vda. de Rosado en contra de la Sra. Eusebia Cañete Vda. de Mereles, reclamando la reivindicación de inmueble, que pesa sobre la Finca N° 894 del Distrito de Santísima Trinidad, propiedad de la accionada. En el marco de la presente contienda procesal, el A-Quo ha dictado la S.D. N° 760 de fecha 05 de diciembre de 2.006, donde ha resuelto hacer lugar a la demanda de reivindicación ordenando la entrega de la fracción reclamada a la demandada, en un plazo no mayor a los diez días hábiles de quedar firme la resolución recurrida.

La parte recurrente, se agravia en contra de la resolución apelada, alegando básicamente y como exégesis del fundamento de su defensa que el A-Quo ha ignorado la existencia de una escritura pública de dominio expedida por la Dirección General de los Registros Públicos. Sigue manifestando que sobre el supuesto excedente existe una superposición de títulos con lo cual necesariamente uno de los títulos existentes debe ser anulado para ser viable la reivindicación.

La parte apelada por su parte alega, que la resolución recurrida fundada es mas habiendo valorado las pruebas ofrecidas por las partes, concluyendo que los testigos fueron contestes, concordantes y uniformes. Asimismo, manifiesta que a través de la mensura realizada por la accionante, y al no mencionar oposición por la parte de la accionada, la misma ha consentido la realización de la medición correspondiente. Continúa esgrimiendo que la pericia realizada en el marco del juicio de reivindicación ha arrojado un excedente de 59 metros cuadrados, a favor de su representada.

Estando así entonces planteada la discusión sobre la viabilidad o no de la acción de reivindicación presentada sobre una porción del inmueble individua-

lizado como Finca N° 894 del Distrito de Santísima Trinidad, corresponde en consecuencia analizar puntualmente las posiciones de las partes, como así la razonabilidad de la sentencia recurrida.

La recurrente es titular del dominio de la Finca N° 714 del Distrito de Santísima Trinidad. La demandada es titular de las Fincas N° 894 del Distrito de Santísima Trinidad y Finca N° 15.938 del Distrito de Santísima Trinidad. Los citados instrumentos públicos se encuentran adjuntos al expediente, como así fueron refrendados por el pedid del folio real adjuntado a fs. 308/336.

Cabe destacar, según las probanzas de autos, que la controversia o el meollo de la cuestión, se circunscribe sobre una porción de inmueble que asciende a 59 metros cuadrados lindan puntualmente con la calle Dr. Antonio Sosa. Dicha extensión, según la posición del demandante la ocupa legítimamente la demandada, habiéndolo anexado a su inmueble en forma arbitraria. Por otro lado, la demandada alega que su posesión proviene única y exclusivamente del título dominial de propiedad expedido por la Dirección del Registro de la Propiedad, el cual difiere de la Finca N° 894 de Santísima Trinidad; es decir, la misma alega la existencia de otro inmueble individualizado como Finca N° 15.938. Para una mejor ilustración, conviene retraerse a fs. 188 de autos, donde el Perito designado por el Juzgado como tercero, planifica la ubicación de los inmuebles con sus respectivas mediciones.

En dicha ocasión, y si bien la posición no es unánime, el perito tercero ha manifestado explícitamente cuanto sigue: “Que resulta materialmente imposible que la Finca N° 15.938 con Cuenta Corriente Ctral. N° 15-0164-09 posea frente al Oeste sobre la calle Dr. Antonio Sosa”.

Llama la atención los antecedentes consignados en el título dominial individualizado como Finca N° 15.938 adjuntado a fs. 309 vlt. que reza expresamente en forma sintética: “Al norte forma una quebrada de dos Fincas, el primero mide 23,30 m., y la segunda mide 20,00 m. y lindan con derechos de Pintos, al sur mide 32,69 m. y linda con derechos de Epifanio Mereles, al Este mide 21,10m. y linda con derechos de la Parroquia la Trinidad, y al Oeste mide 3,1/5m. y linda con la calle Antonio Sosa...” (Sic. título dominial).

En ese sentido, cabe afirmar que la posesión de la Sra. Eusebia Cañete vda. de Mereles es legítima, y es ostensible que el título dominial que ostenta la misma según sus propios términos posee salida a la calle Dr. Antonio Sosa.

En dicho orden, no podemos dejar de admitir que en la presente controver-

sia, existe una superposición de títulos, específicamente sobre las Fincas N° 714, 894 y 15.938 todas del Distrito de Santísima Trinidad.

La presente acción ha sido instaurada lisa y llanamente por reivindicación. Las condiciones esenciales para la viabilidad de la reivindicación –de conformidad al ordenamiento positivo vigente– pueden resumirse en: 1. Que el actor tenga el derecho de propiedad sobre el bien reclamado; 2. Que la cosa objeto de la reivindicación tenga el carácter de “singular”, es decir, “sea individualizable o identificable”; y, 3. Que la posesión del bien reclamado esté a cargo de quien no es titular del derecho.

En el caso en particular planteado, tanto la actora como la demandada poseen títulos dominiales expedidos con todas las formalidades legales, debidamente inscriptos ante la Dirección General de los Registros Públicos.

Soy del parecer que, siendo así, la reivindicación planteada deviene improcedente, ya que la individualización de la cosa debe ser indubitable, es decir, no debe existir derecho alguno de tercero sobre la cosa reivindicada. En el caso de autos, existe una superposición de títulos, y necesariamente uno de ellos debe ser anulado. El A-Quo, como así la apelada, han desconocido por completo la existencia del título dominial de la Finca N° 15.938, el cual sin duda alguna se halla superpuesto con la extensión de la Finca N° 714.

En conclusión, y al no haberse planteado la acción de la nulidad del título dominial invocado por la demandada, como así habiéndose omitido el debate sobre el derecho de las partes, la sentencia recurrida deviene ilegítima e injusta, ilógica e irracional, configurando posibles lesiones a principios o cláusulas de la ley fundamental, como ser el debido proceso, indefensión, propiedad. Por las razones expuestas, debo necesariamente sostener que no cabe otra vía que votar por la revocación de la S.D. N° 760 de fecha 05 de diciembre de 2006, rechazando la acción de reivindicación por no reunir o configurar las exigencias legales para su viabilidad.

En la hipótesis contraria, sumado a lo ya expuesto, la resolución recurrida configura la arbitrariedad y extra-petición, puesto que en momento alguno se ha trabado la litis sobre la nulidad, como mejor derecho de las partes.

Que, en la doctrina, la jurisprudencia pacífica y permanente en concordancia con el ordenamiento jurídico positivo, el principio dispositivo de las partes, queda vedado los Juzgadores extralimitarse en ventilar cuestiones ajenas a la traba de la litis, so pena de incurrir en arbitrariedad. De lo contrario, y si se

tocara pretensiones ajenas a la cuestión concreta planteada, atentáramos – reitero– en contra del derecho de la defensa, principio consagrado constitucionalmente. En consecuencia, así corresponde la revocación de la sentencia recurrida en todas sus partes, y así voto.

Con lo que terminó el acto, firmando los Sres. Miembros de conformidad y quedando acordada la sentencia que sigue a continuación, todo por ante mí, de lo que certifico.

Visto: El mérito que ofrece el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala;

RESUELVE:

Tener por desistido al recurrente del recurso de nulidad. Confirmar la sentencia apelada. Imponer las costas a la perdedora. Anótese, regístrese, y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: María Mercedes Buongermini Palumbo, Arnaldo Martínez Prieto, Neri E. Villalba F.

Ante mí: Pablo Costantini, Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 79

Cuestión debatida: En autos se discute la acción de indemnización de daños y perjuicios proveniente de un accidente de tránsito. El actor se agravia primariamente de la legitimación de las partes para ser actor y demandado, así como la imputación de la culpa a la parte demandada. También se agravia de cuestiones como la idoneidad de testigos y la confesión ficta que serán analizadas primeramente.

PRUEBA DE CONFESIÓN.

El hecho de que se declare la confesión ficta del demandado, no implica que automáticamente el demandado sea culpable del ilícito, sino que la confesión ficta debe ser apreciada juntamente con las demás pruebas, de conformidad con el primer párrafo del art. 302 del Cód. Proc. Civ.

PRUEBA DE CONFESIÓN. Pliego de posiciones.

En el caso consta el pliego de posiciones presentado por la parte actora para la absolución de posiciones del demandado, pero dicho sobre se encuentra

cerrado, por lo que al no haberse abierto aunque sea en el instante antes de dictarse la sentencia, no puede tenerse por confeso al demandado por no saberse el contenido de dicho pliego.

PRUEBA DE TESTIGOS. Tacha de testigos.

Si bien el apelante intenta descalificar la idoneidad del testigo, no lo hizo en el plazo y forma requerido por el art. 342 del Cód. Proc. Civ. Entonces, como el demandado ha consentido la proposición y el diligenciamiento de la prueba, no habiéndolas impugnado en tiempo y forma, las cuestiones relativas de la idoneidad del testigo o los términos de su declaración ya no pueden ser válidamente objetadas en alzada, pues se ha operado la preclusión de estos asuntos y ya solo queda que el juzgador aprecie las circunstancias o los motivos que corroboren, disminuyan o invaliden la fuerza probatoria de la deposición de los testigos, según las reglas de la sana crítica.

DAÑOS Y PERJUICIOS.

Para la procedencia de una demanda por indemnización de daños y perjuicios proveniente de hechos ilícitos se requiere la concurrencia de un ilícito, la existencia de daño, la imputabilidad y el nexo causal entre el hecho y el perjuicio.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Accidente de tránsito.

En lo que respecta a la titularidad del vehículo, es sabido que la titularidad del derecho propietario de los vehículos intervinientes en un accidente de tránsito escapa a la posibilidad de ser probado por otro medio que no sea la inscripción en el Registro del instrumento público respectivo.

DOMINIO. Prueba de dominio

Es oportuno señalar que el actor, si bien afirma en la absolución de posiciones ser titular de dominio del automotor dañado, ello no es suficiente para acreditar el derecho real de dominio.

DAÑOS Y PERJUICIOS.

El art. 1835 del Código Civil autoriza a reclamar daños y perjuicios, no solo al dueño de la cosa, sino también a quien detenta la posesión de ella.

POSESIÓN. Obligaciones y derechos de la posesión.

Si las partes invocan erradamente el carácter o título de propietario, pero de la relación de hechos en la demanda surge que el demandante es poseedor, por aplicación del principio *iura novit curia*, se incursan los hechos y circunstancias referidas en la normativa que corresponda.

POSESIÓN. Obligaciones y derechos de la posesión.

La parte actora era usuaria del vehículo en cuestión. Tal carácter le habilita suficientemente para solicitar daños y perjuicios por virtud de un ilícito dañoso, en el marco de dicha situación jurídica.

MUNICIPALIDAD. Resoluciones. PREJUZGAMIENTO.

La resolución municipal de faltas no constituye prejudicialidad respecto de los factores supra mencionados, y que es facultad del órgano jurisdiccional examinar ex novo la ocurrencia, pertinencia y fundabilidad de los mismos, sin perjuicio de considerar el juzgamiento administrativo como un indicio o una prueba más entre las rendidas en juicio legal.

MUNICIPALIDAD. Sanciones municipales.

Al producirse una infracción de las reglas de tránsito como para evitar la colisión y la ocurrencia del accidente, debemos entender que quien produce dicha infracción no obró con la diligencia debida y la prudencia exigida en las normas de la circulación vehicular.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Culpa.

La culpabilidad debe ser atribuida al dueño de la cosa inanimada, es decir a la parte demandada en autos con la respectiva obligación de indemnizar.

MUNICIPALIDAD. Sanciones municipales.

Respecto de la antijuridicidad del hecho, el Cód. Civil en su art. 1834 establece que los actos voluntarios tienen el carácter de ilícito cuando fuesen prohibidos por las leyes, ordenanzas municipales u otras disposiciones dictadas por autoridad competente., habiéndose efectuado una maniobra de freno repentino, perdiendo el control del vehículo, génesis aparente del siniestro. De esta manera, se ha trasgredido el Reglamento General de Tránsito –Ordenanza N° 21/94 de la Junta Municipal de Asunción– en su art. 88

DAÑOS Y PERJUICIOS. Indemnización por daños y perjuicios. Obstrucción al resarcimiento por daños en accidente de tránsito.

El actor, al no ser propietario del vehículo frente a terceros al momento del accidente, no es la persona facultada para pretender plenamente y con todos sus efectos la indemnidad de los daños materiales ocurridos a la cosa y en la cosa.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño emergente. PRUEBA DOCUMENTAL. Eficacia de prueba documental.

El daño emergente de las reparaciones surge de la sumatoria de los presupuestos y facturas que se adjuntan. Referente a éstos, hay que decir desde ya

que dichos documentos son instrumentos privados provenientes de terceros, por lo que debieron ser reconocidos mediante la forma establecida para la prueba testifical, conforme lo establece el art. 307 in fine del Cod. Proc. Civ. para su idoneidad probatoria. Tal reconocimiento no fue efectuado. Sin embargo, como ya nos hemos referido con anterioridad, el actor no es propietario del vehículo dañado, en consecuencia, la falta de legitimación activa impide a éste reclamarlos en carácter de propietario.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Lucro cesante.

En autos no se han arrimado pruebas concretas del tiempo que efectivamente irrogó la reparación de tales daños. Por las fotografías y la factura presentadas al precisar las partes del auto que requerían ser reparadas o cambiadas, como son el guardabarro delantero derecho, espejo, antena, faro señalero, etc., se podría cuantificar el tiempo que el vehículo habría de permanecer en el taller, conforme el art. 452 del Código Civil.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño moral.

En presencia de daños exclusivamente materiales, la configuración del daño moral no puede ser meramente presumida en casos como este, en el cual no existen lesiones personales, sino pérdidas materiales; en tales casos el daño moral debe ser debidamente probado, al no existir perjuicio en la integridad física o psicológica, o de la vida de relación de la parte actora.

TApel. Civ. y Com. Tercera Sala. 17-08-10. “Serafin Ortiz Santander c. Fabio Ruperto Martinetti González s. Daños y Perjuicios por responsabilidad extracontractual” (Ac. y Sent. N° 79)

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes;

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?

En su caso, ¿se dictó conforme a derecho?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: Martínez Prieto, Buongermini P, y Villalba Fernández.

A la Primera cuestión planteada, el Dr. Martínez Prieto dijo: Examinados estos autos, se advierte que las alegaciones del recurrente, son meras transcripciones de los agravios realizados en la apelación y se refieren en realidad a errores in iudicando, que deben ser atendidos en la apelación. Ahora bien, existen dos agravios que deben ser tratadas en la nulidad por tratarse de vicios aparentemente in procedendo.

El recurrente afirma que solicitó al inferior que declare litigante de mala fe al actor, sin embargo afirma que el a quo omitió resolver dicho pedido. En cuanto al pedido, si el demandado lo había solicitado y el a quo no trató en la sentencia dicho pedido, la omisión debía ser subsanada por el recurso de aclaratoria y no por la vía de apelación. Como se trata de una cuestión accesoria, la falta de pronunciamiento acerca de las mismas no provoca defectos formales que acarrearían la nulidad. Entonces las partes debieron interponer el recurso pertinente, para obtener una decisión respecto de ellas. Al no haberlo hecho así se encuentran consentidas y preclusa la etapa respectiva.

Así también, la parte demandada alega que las documentales de fs. 7 a 21 no contaban con el sello y firma del actuario y que recién fueron puestos al remitirse el expediente, por lo que no pueden tenerse en cuenta. Esto debía ser tratado en la instancia inferior, y el demandado debía haber impugnado dichos hechos en la etapa pertinente. Y además, no tiene la suficiente relevancia para provocar una declaración de nulidad; su eficacia probatoria es materia de valoración que se hace de las mismas en relación con el fondo del asunto.

Por lo demás, como no se advierten en el auto recurrido, vicios o defectos que autoricen a declarar de oficio la nulidad del mismo, el recurso debe ser desestimado.

A sus turnos, los Dres. Buongermini Palumbo y Villalba Fernández, manifiestan que votan en igual sentido.

A la segunda cuestión planteada, el Dr. Martínez Prieto Prosiguió, diciendo: Por la sentencia apelada N° 346 de fecha 20 de mayo de 2009 el a quo resolvió: “Tener por confeso al demandado Fabio Ruperto Martinetti González, sobre la base del pliego de posiciones agregados a fs. 69 y que fuera presentado en sobre cerrado por la parte actora. Hacer Lugar, con costas, a la presente demanda promovida por el señor Serafin Ortiz Santander, contra el señor Fabio Ruperto Martinetti González por indemnización de Daños y Perjuicios y ejecutoriada que fuere la presente resolución, se condene al demandado a pagar la suma de Guaraníes cinco millones novecientos veintiocho mil quinientos ochenta (Gs. 5.928.580) más sus intereses legales del 2,5% desde la iniciación del juicio hasta el día de su efectivo pago. Anotar...” (fs. 143 vlta.).

De dicha sentencia recurre la parte demandada y presenta su escrito de expresión de agravios, que obra a fs. 150/159. Manifiesta al respecto que desde el inicio del juicio la parte actora no ha demostrado la titularidad del vehículo

objeto del accidente ni tampoco del vehículo Volvo o el semi-remolque Krone, pues el actor ni siquiera solicitó al Registro General de la Propiedad si quien era propietario de dichos vehículos. Agrega que el demandado no es propietario del camión Volvo o del semi-remolque pues éste había vendido antes de la fecha del accidente a la firma Providencia S.R.L. por contrato privado de fecha 9 de febrero de 2006 pasado ante la Esc. Lilian Noemí Silva, agregando que dicho documento es un instrumento público y en ningún momento ha sido redargüido de falsedad, agregando que no existe instrumento probatorio arrimado por la parte actora que acredite que el demandado sea el propietario del camión o del semi-remolque. Menciona que en el contrato de compraventa, en su cláusula quinta dice: “la responsabilidad civil y/o penal emergente del uso y la tenencia del rodado de referencia será en lo sucesivo exclusivamente a la firma compradora (Providencia S.R.L.)”. Así mismo manifiesta que las documentales a fs. 7, 8, 9, 12 a la 21 no contaban con el sello y firma del actuario, sino que fueron autenticadas recién antes de remitir el expediente a la Cámara de Apelaciones, por lo que carecen de validez por ser fotocopias simples, por ende no podían ser tomadas en cuenta por el inferior y sólo las instrumentales presentadas al iniciar la demanda (fs. 1 a 4) son las que tienen validez. También agrega que a fs. 47 consta una hoja hecha a computadora donde menciona los datos del propietario, la cual incluso es completada luego con bolígrafo, sin firma de ningún responsable, sin estar autenticado por el actuario ni indica el lugar donde fue expedido, por consiguiente, concluye que el inferior no pudo darle a este instrumento más valor que un contrato redactado por escribano. En cuanto al accidente, manifiesta que por las fotografías a fs. 10 y 11, así como de las testificales de José Luis Martínez y Jorge Lámelas Arias se demuestra que fue la parte actora quien embistió por la parte trasera del semi-remolque, pues si era el camión quien embestia al automóvil Hyundai, los daños serían por atrás, además la misma parte presenta un presupuesto de fluido de freno, por lo que se puede concluir que la misma circulaba sin freno. Sostiene también que a fs. 51 consta la resolución por la cual el inferior no hace lugar a la excepción de incompetencia y falta de acción, basándose en una copia simple sin firma o autenticación a fs. 47 y no admitiendo como válido un contrato privado redactado por escribana pública, demostrando el a quo una parcialidad manifiesta, agregando que si la excepción no era manifiesta, el mismo debía, conforme al art. 224 del Cod. Proc. Civil, considerarla en la sentencia definitiva, lo cual no ocurrió. Arguye que a fs.

60 consta que el vehículo tipo carreta marca Krone, se encuentra inscripto definitivamente a favor del titular Providencia S.R.L., el cual tuvo entrada en fecha 24 de agosto de 2006 y el accidente donde estuvo involucrado fue el 26 de agosto de 2006, demostrando que el demandado ya había realizado la transacción antes del accidente. Así también manifiesta que a fs. 87/94 se encuentran los oficios al Registro del Automotor donde consta que el Sr. Fabio Ruperto Martinetti vendió y transfirió el camión marca Volvo y el semi-remolque marca Krone a Providencia S.R.L. También se agravia de la calidad de los testigos presentados por el actor, aduciendo que uno de ellos es el hijo del actor, por lo tanto su testimonio no podía ser tenido en cuenta por el inferior, y agrega que los demás testigos presentados por éste en ningún momento dicen quien es el conductor del Hyundai o del camión Volvo. Manifiesta que solicitaron al inferior que declare al actor como litigante de mala fe por haber alterado los hechos, pues a fs. 103 se nota que tiene por debajo escrito el número 45, mientras que el nuevo oficio a fs. 77 no fue diligenciado, pero el juzgado hizo caso omiso al pedido, por lo que reitera ante la Cámara que se sirva expedirse sobre el pedido. Menciona que a fs. 102 se encuentra la absolución de posiciones del Sr. Ortiz, y éste, en la tercera pregunta, al ser preguntado si él no era propietario del vehículo Hyundai respondió que si lo era, y al ser preguntado si el vehículo pertenecía al Sr. Ricardo Villalba, dijo que no, y sin embargo el mismo no agregó en autos documento alguno que demuestre su titularidad. Además, en la quinta pregunta de la absolución fue preguntado si el vehículo Hyundai perteneciente al Sr. Ricardo Villalba Santacruz sólo sufrió desperfectos en la parte delantera, a la cual el actor respondió que si, agregando que también sufrió desperfectos en la parte delantera y puertas, por lo que se demostró que el señor Ricardo Villalba era el propietario del vehículo. Así también menciona que a fs. 95 a 98 se libra oficio a la Directora Nacional del Registro del Automotor y en el informe a fs. 97 consta que el automóvil marca Hyundai Tipo Accent GLS con matrícula N° ACJ 053 pertenece al Sr. Ricardo Villalba Santacruz por ende, el actor no es titular de la acción para poder reclamar daños y perjuicios. Arguye que se le tuvo por confeso al demandado sin siquiera abrir el pliego de posiciones, por lo que no se lo puede tener por confeso sin saber que dice ni sobre que base. Por último solicita que la sentencia recurrida sea rechazada.

La Abog. Catalina Aguilar García contesta los agravios en su escrito de fs. 161/162 aduciendo que la parte demandada ataca hechos como la no demostra-

ción de la titularidad de los vehículos involucrados en el accidente, que ya fueron objeto de estudio anteriormente por parte del inferior a raíz de la excepción planteada por éste y resuelta por A.I. N° 966 de fecha 21 de junio de 2007, en la cual se resolvió no hacer lugar a la excepción de incompetencia de jurisdicción y falta de acción por improcedente, el cual ha quedado firme y ejecutoriada a la fecha, por lo que ya no merece estudio. Arguye que el demandado en su escrito de agravios menciona que la parte actora fue quien “embistió no por el camión Volvo pero si por el semi-remolque en la parte trasera” lo cual manifiesta que es falso y ello ha quedado demostrado en autos en las denuncias policiales (fs. 5 y 6), las fotografías (fs. 10 y 11), la resolución del Juzgado de Faltas de la Ciudad de Villa Elisa (fs. 12) y los testigos presentados a fs. 74, 75 y 76. Por tanto, concluye que en autos ha quedado demostrado el hecho, la culpa, el daño y el monto del perjuicio, por lo que concluye que la misma se halla ajustada a derecho por lo que solicita que la misma sea confirmada.

En autos se discute la acción de indemnización de daños y perjuicios proveniente de un accidente de tránsito.

El actor se agravia primariamente de la legitimación de las partes para ser actor y demandado, así como la imputación de la culpa a la parte demandada. También se agravia de cuestiones como la idoneidad de testigos y la confesión ficta que serán analizadas primeramente.

Como primer punto estimamos conveniente examinar los agravios del apelante respecto a la confesión ficta que fue reconocida en la sentencia recurrida. El apelante alega que no puede tenerse por confeso al demandado si el pliego de posiciones presentado por la parte actora no fue abierto, por lo que no se puede tener por confeso al Sr. Martinetti de lo que no se sabe que contiene el pliego. En primer término, debemos aclarar que el hecho de que se declare la confesión ficta del demandado, no implica que automáticamente el demandado sea culpable del ilícito, sino que la confesión ficta debe ser apreciada juntamente con las demás pruebas, de conformidad con el primer párrafo del art. 302 del Cód. Proc. Civ. Ahora bien, a fs. 69 consta el pliego de posiciones presentados por la parte actora para la absolución de posiciones del Sr. Ruperto Martinetti. Efectivamente, como aduce el apelante, dicho sobre se encuentra cerrado, por lo que al no haberse abierto el sobre aunque sea en el instante antes de dictarse la sentencia, no puede tenerse por confeso al demandado por no saberse el contenido de dicho pliego. En consecuencia, corresponde revocar el primer apartado de la resolución recurrida.

También se agravia de uno de los testigos presentados por la parte actora, pues se trata de uno de los hijos del propio actor. Aquí debe advertirse que si bien el apelante intenta descalificar la idoneidad del testigo, no lo hizo en el plazo y forma requerido por el art. 342 del Cód. Proc. Civ. Entonces, como el demandado ha consentido la proposición y el diligenciamiento de la prueba, no habiéndolas impugnado en tiempo y forma, las cuestiones relativas de la idoneidad del testigo o los términos de su declaración ya no pueden ser válidamente objetadas en alzada, pues se ha operado la preclusión de estos asuntos y ya solo queda que el juzgador aprecie las circunstancias o los motivos que corroboren, disminuyan o invaliden la fuerza probatoria de la deposición de los testigos, según las reglas de la sana crítica.

Ahora pasaremos a analizar la procedencia o no de la demanda de daños y perjuicios. No hacemos sino reiterar cosa sabida cuando decimos que para la procedencia de una demanda por indemnización de daños y perjuicios proveniente de hechos ilícitos se requiere la concurrencia de un ilícito, la existencia de daño, la imputabilidad y el nexos causal entre el hecho y el perjuicio.

Hemos de empezar por lo primero, pues, antes de analizar los elementos requeridos para la indemnización de daños y perjuicios, conviene examinar la presunta falta de legitimación tanto activa como pasiva.

La falta de legitimación activa, alega el demandado, estaría fundada en la circunstancia de que la parte actora no es propietaria del vehículo y por ende no está habilitada para reclamar daños y perjuicios. En cuanto a la legitimación pasiva, sostiene que el demandado no sería el propietario del rodado, ya que el Sr. Fabio Martinetti habría vendido ya en fecha 9 de febrero de 2006 por contrato privado el camión Volvo y el semi-remolque Krone con certificación de las firmas a la empresa Providencia S.R.L., motivo por el cual —entiende el apelante— él se vería exento de responsabilidad.

El demandado, ya en la instancia inferior, planteó la excepción de falta de acción pasiva como de previo y especial pronunciamiento, en base a esta circunstancia arriba referida, de la falta de titularidad del accionado en el bien generador del siniestro. Ello fue resuelto por A.I. N° 966 de fecha 21 de junio de 2007, donde no hizo lugar a dicha excepción por improcedente. A este punto conviene aclarar que el inferior no la rechaza por el hecho de no ser manifiesta, sino por improcedente, por lo que la obligación del juez de volver a considerarla en la sentencia definitiva conforme el art. 224, inc. c) no se aplica, como arguye

el apelante, dado que su rechazo no obedece a razones de procedimiento, sino de fondo. La decisión respectiva fue notificada a la parte demandada en fecha 9 de octubre de 2007, dicha parte no ha apelado, en consecuencia, ha quedado firme y pasada en autoridad de cosa juzgada. El demandado debía haber impugnado dicha resolución, pero, al no haberse apelado, este Tribunal no puede modificar lo ya pasado en autoridad de cosa juzgada.

Ahora bien, en cuanto a la legitimación activa, se advierte que en dicha resolución no se indica en qué calidad actúa el actor, simplemente se limita a decir que el actor es titular del derecho a reclamar, no por ser propietario del vehículo, sino por el daño sufrido consecuencia del choque ocurrido. Pasaremos entonces a analizar dicha circunstancia.

En lo que respecta a la titularidad del vehículo, es sabido que la titularidad del derecho propietario de los vehículos intervinientes en un accidente de tránsito escapa a la posibilidad de ser probado por otro medio que no sea la inscripción en el Registro del instrumento público respectivo.

De las constancias de autos surge que el actor al tiempo de producirse el siniestro, 26 de agosto de 2006, no tenía, frente a terceros, calidad de titular del dominio sobre el rodado en cuestión, puesto que a fs. 97/98 consta el informe emitido por la Dirección del Registro del Automotor en fecha 21 de diciembre de 2007 donde consta que el automóvil marca Hyundai, modelo Accent GLS con matrícula N° ACJ 053, se halla inscripto a nombre del Sr. Ricardo Santacruz Villalba desde el año 2001.

Aquí es oportuno señalar que el actor, si bien afirma en la absolución de posiciones ser titular de dominio del automotor dañado, ello no es suficiente para acreditar el derecho real de dominio. En efecto, la prueba confesoria consiste en “la declaración que hace una parte respecto de la verdad de hechos pasados, relativos a su actuación personal, desfavorables para ella y favorables para la otra parte” (Palacio, Lino E., Manual de Derecho Procesal Civil, 18° Ed., Abeledo-Perrot, Bs. As. 2004, pág. 450). Pero volvemos a aclarar, la misma debe versar sobre hechos, y no sobre el derecho. Así Palacio señala: “Si bien, el juez debe aceptar los términos de la confesión, no pudiendo realizar actividad alguna que comporte una verificación de su exactitud, ello es solamente en lo que concierne a la materialidad de los hechos sobre los cuales recae la declaración, mas no respecto de la calificación jurídica que a esos hechos asigna el confesante. De lo contrario, daríase el contrasentido de que el juez tuviese que admitir, inclu-

sive, consecuencias jurídicas no previstas o prohibidas por el ordenamiento legal a que debe atenderse”. Lo que sí puede deducirse de las documentaciones de marras es que el Sr. Serafin Ortiz Santander era usuario del vehículo. Al respecto el art. 1835 del Código Civil autoriza a reclamar daños y perjuicios, no solo al dueño de la cosa, sino también a quien detenta la posesión de ella. Esta Tercera Sala del Tribunal, en reiterada jurisprudencia ha entendido que si las partes invocan erradamente el carácter o título de propietario, pero de la relación de hechos en la demanda surge que el demandante es poseedor, por aplicación del principio *iura novit curia*, se incursan los hechos y circunstancias referidas en la normativa que corresponda. Sin embargo, para que el Juzgador pueda aplicar el principio enunciado, la calidad de poseedor debe surgir de la exposición de hechos alegados por el actor, que sería tan solo reinterpretada por el órgano jurisdiccional. Veamos a continuación la calidad del actor en la cosa y su relación con ella.

Del escrito de demanda (fs. 22/25), como del oficio del Registro del Automotor a fs. 97 se puede cotejar que el actor presenta hechos que sustentarían su calidad de poseedor del vehículo chocado y que tales hechos son alegados por aquélla en su reclamo indemnizatorio.

En efecto, a fs. 23 del escrito de demanda, se lee: “... yo utilizo el vehículo para trasladarme a un lugar y otro debido al tipo de trabajo que realizo, así como para mis actividades de esparcimiento y la privación del uso del mismo ha significado a mi persona erogaciones de gastos extras que anteriormente no tenía, como tener que pagar servicios de taxímetros para trasladarme a los diferentes lugares donde desarrollo mis actividades todos los días para cumplir a cabalidad con todos mis compromisos...” (sic). Ello nos indica que el actor era, cuando menos, usuario del vehículo, calidad ésta que, a diferencia del dominio no fue objetada por la otra parte, y se refuerza con la circunstancia de que al tiempo del siniestro se encontraba empleando la cosa personalmente. En virtud a lo expuesto *ut supra* y en concordancia con las constancias de autos se colige que al momento del siniestro, en efecto, la parte actora era usuaria del vehículo en cuestión. Tal carácter le habilita suficientemente para solicitar daños y perjuicios por virtud de un ilícito dañoso, en el marco de dicha situación jurídica.

Seguidamente pasaremos al estudio de cada uno de los extremos mencionados anteriormente. Así pues, para establecer la procedencia de la presente demanda debemos considerar si la misma proviene de un hecho que está en

contravención con alguna disposición legal. Es decir, algún hecho antijurídico. En segundo lugar, hemos de examinar a quién atribuir la responsabilidad y culpa del accidente ocurrido, elemento que resulta clave para la resolución del conflicto. Finalmente analizaremos el daño causado y si el mismo fue consecuencia del siniestro al que hace alusión.

Antes de empezar a analizar tales puntos, diremos que la resolución municipal de faltas no constituye prejudicialidad respecto de los factores supra mencionados, y que es facultad del órgano jurisdiccional examinar ex novo la ocurrencia, pertinencia y fundabilidad de los mismos, sin perjuicio de considerar el juzgamiento administrativo como un indicio o una prueba más entre las rendidas en juicio legal.

Pasaremos ahora a analizar el elemento de la culpabilidad en el accidente. Como es frecuente en este tipo de demandas, las partes sostienen respecto de la culpa del accidente posturas diametralmente distintas. En estos términos, tenemos versiones inconclusas y contradictorias sobre la forma en que se dieron los acontecimientos. Los hechos están narrados en el acta de denuncia de ambas partes (fs. 5/6 y fs. 29), en los escritos de promoción (fs. 22/25) y contestación de la demanda (fs. 37/43), y en las testificales presentadas por el actor de los Sres. Héctor Ortiz Fretes, Luis Alberto Duarte Mora, Sergio Antonio Ayala Cevallos, y las testificales presentadas por el demandado, los Sres. José Luis Martínez Galeano y David Jorge Lamelas Arias. Todos estos relatos concuerdan en que el siniestro ocurrió en fecha 26 de agosto de 2006, siendo un día lluvioso, aproximadamente entre las 7:00 y 7:30 hs. en la Ruta Acceso Sur, entre un vehículo marca Hyundai tipo Accent GLS con chapa N° ACJ 053, y un camión marca Volvo tipo 340 con chapa N° AKV 432 con carreta modelo Krone con chapa N° AKV 434; el primero, conducido por el Sr. Serafín Ortiz Santander, y el segundo por el Sr. Jesús Cardozo Miranda. Ambos circulaban por la citada ruta en dirección a la Ciudad de Ñemby, en las inmediaciones del puente Arroyo Seco. Ahora bien, a partir de ese momento tenemos versiones contradictorias. La parte actora alega que circulaba por el carril izquierdo, el cual al llegar a las inmediaciones del puente Arroyo Seco, paró la marcha de su rodado al divisar varios vehículos estacionados en la calzada a raíz de un accidente ocurrido en el lugar. Agrega que al detenerse en la calzada, a su izquierda, en el carril derecho, estaba un ómnibus de la Línea 15. Afirma que en ese ínterin vino un camión Volvo con un semi-remolque por el carril derecho de la ruta, al mando del Sr.

Jesús Cardozo Miranda, quien al percatarse de los autos detenidos, trató de frenar pero al estar el asfalto mojado por ser un día lluvioso no pudo detener por completo la marcha del vehículo, pasando por el medio, chocando en la parte izquierda al ómnibus de la Línea 15 que se encontraba en el carril derecho y a la vez la parte derecha del automóvil del actor que se encontraba en el carril izquierdo. La versión de la parte demandada, por otro lado, no resulta clara. En la contestación de la demanda (fs. 37) se limita a negar los hechos alegados por el actor, arguyendo que “lo más probable que haya ocurrido es que el señor Serafin Ortiz no tomó las precauciones necesarias y haya chocado con los vehículos accidentados o chocado por la parte trasera del semi-remolque”, ya en su escrito de agravios a fs. 151 señala que “la parte actora fue quien embistió no por el camión Volvo pero si por el semi-remolque en la parte trasera”; sin embargo, como prueba documental presenta la denuncia policial (fs. 29) realizada por el conductor del camión Volvo, el Sr. Cardozo, donde el mismo alega que conducía un camión Volvo con carreta semi-remolque a nombre de Fabio Ruperto Martineti González, y que éste transitaba por el carril derecho de la ruta Acceso Sur y que antes de llegar a la calle “Trauma” (sic. del parte a fs. 29) divisó que un ómnibus, una camioneta y un automóvil realizaron una frenada repentina, y que ello le motivó a éste a frenar también, pero que no pudo detener por completo la marcha del vehículo que manejaba porque la pista se encontraba húmeda, por lo que fue a chocar contra los mismos que iban frente a su rodado. Así también, se contradicen las testificales presentadas por éste, en cuanto el Sr. José Luis Martínez Galeano (fs. 85) –uno de los propietarios de la firma Providencia S.R.L, como alega el demandado en su contestación de la demanda a fs. 38– alega que él venía en otro camión y que hubo en la ruta un accidente entre un camión de la firma Pechugón y un automóvil desconocido, después vio que “estaba el camión Volvo, y que tuvo un accidente con un ómnibus de la Línea 15 y este auto que venía a gran velocidad le chocó por detrás”; luego agrega que “el camión de la firma Pechugón tratando de no chocar de frente volcó, y el auto Hyundai, choca contra los autos detenidos a causa de otro accidente”. Así, dicha testifical trae a duda ciertas cuestiones, pues en la primera parte de su relato dice que el camión Volvo tuvo un accidente con el ómnibus de la Línea 15 y que luego el automóvil –hemos de suponer que se trata del actor– choca por detrás al camión Volvo. Jamás dice que choca contra el semi-remolque como alega el demandado en su escrito de contestación, alegato y expresión de agravios. Lue-

go el mismo testigo agrega que el auto Hyundai choca contra “los autos” detenidos a causa de otro accidente; es decir, se contradice, en una parte alega que el automóvil del actor choca a más de un vehículo y luego que sólo choca al camión Volvo. En cuanto al testigo David Jorge Lamelas Arias, éste alega que “hubo un accidente primero y el camión quedo parado en la calzada, entonces el Hyundai que venía, no pudo frenar porque era un día lluvioso y chocó por detrás al camión” (fs. 86). Así éste se contradice con el primer testigo, pues el Sr. Lamelas en ningún momento menciona que previamente el camión Volvo tuvo un accidente con el ómnibus de la Línea 15, como mencionó el Sr. Martínez, sino que alega que el camión “quedo parado en la calzada”, afirmando que el automóvil Hyundai “choco por detrás al camión”, una vez más este no hace mención al semi-remolque.

El demandado alega que fue el actor quien embistió por el semi-remolque, sin embargo la parte no presenta probanzas que sustenten tal alegación, pues no presenta fotografías que demuestren daños al semi-remolque, sino por el contrario, sus propias testificales dicen que el automóvil Hyundai chocó al camión Volvo, e incluso, a fs. 29 presenta la propia parte demandada el acta policial donde se consignan que se dañó al radiador, capó, parabrisas, cubierta delantera, faro y señaleros del camión Volvo. Amén de ello, y de modo meramente referencial debemos considerar que la propia parte demandada presenta la denuncia del conductor donde éste reconoce que él, al mando del camión Volvo, es quien realiza una frenada repentina chocando a un automóvil, un ómnibus de la Línea 15 y una camioneta.

Dentro de estas versiones paradójicas veamos, entonces, lo que surge de ellas. En primer lugar, resulta obvio, del análisis de las fotografías a fs. 10 y 11 del automóvil partícipe de la colisión, que el impacto se produjo en el costado derecho del Hyundai, y aunque el demandado alega que éste chocó contra el semi-remolque, la parte no presenta pruebas, e incluso como dijimos, los propios testigos presentados alegan que el automóvil Hyundai choca contra el camión y no contra el semi-remolque. Más aún, resulta evidente, al apreciar las tomas, que el golpe no interesó frontalmente al vehículo Hyundai, sino que resultó con rastros de la colisión exclusivamente en su costado derecho. Así se aprecia que el Hyundai (fs. 11), tiene el lado derecho impactado, mientras que el paragolpes metálico si bien se encuentra descuadrado y con el señalero roto, no indica rastro de colisión en el resto del frente del automóvil, más bien el impacto se

encuentra de costado, próximo al guardabarro delantero derecho. Por ende, una primera conclusión, bastante segura, es que el impacto no se produjo con todo el frente, sino que la colisión interesó solamente el costado derecho del Hyundai, por lo que resulta más probable que este haya sido el embestido y no el embistiente. Así pues, sustentado el hecho en la propia declaración en sede administrativa del chofer del camión Volvo –que se toma como referencia adicional-, y en la presunción de culpa contra el conductor que embiste a otro con la parte delantera de su coche, sea en la parte trasera o en el costado del otro, resulta claro que fue el camión Volvo quien chocó al automóvil Hyundai.

Para distinguir cuál de los conductores es el culpable del hecho debemos remitirnos nuevamente al orden de los hechos y obviamente a la posible inobservancia de las normas de tránsito. En tal sentido, hemos concluido que se ha trasgredido el Reglamento General de Tránsito en lo que se refiere a que el conductor del camión Volvo en todo momento debió conducir a una velocidad prudente, mantenerse atento a las condiciones del tránsito y conservar el control del rodado, más aun en un día lluvioso como ambas partes han alegado. El incumplimiento de la norma tiene una relación directa con la culpabilidad que estamos analizando. Ello es así porque al producirse una infracción de las reglas de tránsito como para evitar la colisión y la ocurrencia del accidente, debemos entender que quien produce dicha infracción no obró con la diligencia debida y la prudencia exigida en las normas de la circulación vehicular. Salvo que se demuestre alguna circunstancia eximente, cosa que no se ha producido aquí. Así pues, se concluye que la imprudencia del conductor del vehículo Volvo con chapa N° AKV 432 atribuye a éste la culpabilidad por el siniestro ocurrido. Si se hubiesen respetado las reglas de tránsito, que precisamente están ancladas en un actuar prudente, hay probabilidad sustancial de que accidente no hubiera sucedido.

El análisis de los hechos expuesto anteriormente nos ha llevado a deducir que la irregular maniobra causante del impacto la produjo el conductor del camión Volvo, quien es dependiente de la empresa Providencia S.R.L., según alegó el demandado, sustentado en la testifical del Sr. Martínez. Ahora bien, el Sr. Ruperto Martinetti era titular registral del vehículo a la fecha del accidente. Ante esta circunstancia, y como la responsabilidad del dueño o guardián de la cosa está prevista en el art. 1.847 del Código Civil, así como también la culpa in vigilando e in eligendo del art. 1.842 del Código Civil respecto de aquel a quien

confió la custodia de la cosa, lo cual surge de la propia aseveración de haber suscrito un contrato privado y haber entregado el vehículo en consecuencia. Surge así que la culpabilidad debe ser atribuida al dueño de la cosa inanimada, es decir a la parte demandada en autos con la respectiva obligación de indemnizar.

En cuanto a la mención que hace el recurrente de la cláusula quinta obrante en el contrato de compraventa, donde se advierte que Providencia S.R.L desde la fecha del contrato –9 de febrero de 2006– es responsable de la responsabilidad civil o penal emergente del uso y tenencia del rodado, es sabido que el contrato de compraventa es traslativo de dominio entre las partes del contrato, empero si dicho acto versa sobre bienes registrables, sólo tiene efecto respecto de terceros a partir de la inscripción en el Registro del instrumento público respectivo. En consecuencia, las cláusulas de dicho contrato no pueden oponerse a un tercero, como sería en este caso el actor, que no tuvo intervención en dicho acto jurídico, en virtud de lo dispuesto en el art. 717 del Cod. Civ.

Respecto de la antijuridicidad del hecho, el Cód. Civil en su art. 1834 establece que los actos voluntarios tienen el carácter de ilícito cuando fuesen prohibidos por las leyes, ordenanzas municipales u otras disposiciones dictadas por autoridad competente. Como hemos acordado más arriba, se ha efectuado una maniobra de freno repentino, perdiendo el control del vehículo, génesis aparente del siniestro. De esta manera, se ha trasgredido el Reglamento General de Tránsito –Ordenanza N° 21/94 de la Junta Municipal de Asunción– en su art. 88 ya que en el mismo se establece que “todo conductor deberá mantener el control de su vehículo durante la circulación y conducirlo conforme a las normas de seguridad, determinadas en este Reglamento, sin que motivo alguno justifique el desconocimiento o incumplimiento de ellas. Asimismo, los conductores están obligados a mantenerse atentos a las condiciones del tránsito del momento. Cualquier maniobra que vaya a realizar debe ser advertida previamente y efectuarse con precaución”. Se infiere del relato de los hechos que por la forma en que se produjo el choque, el camión conducido por el Sr. Jesús Cardozo al momento de transitar por la ruta de Acceso Sur y ser un día lluvioso, no tomó las precauciones debidas, por lo que hubiera podido prevenir la colisión adoptando las medidas oportunas para evitarla. Así pues, con el acontecer de un accidente de tránsito y la trasgresión de la norma municipal citada tenemos un acto ilícito perpetrado.

Finalmente analizaremos los daños y el nexo causal. Para estudiar la cuestión respecto de los daños ocasionados hemos de remitirnos al material probatorio agregado por ambas partes. En la transcripción de la denuncia hecha por el demandante (fs. 6) se contiene una relación de daños producidos en el automóvil marca Hyundai tipo Accent GLS, chapa N° ACJ 053, hecha por el propio demandante. Estas alusiones, al ser manifestaciones de parte y no constataciones directas del oficial público, no hacen plena fe. Pero a fs. 10/11 de autos constan también las instrumentales fotográficas donde se ven los daños en la parte derecha del automóvil de la parte actora, que coinciden con dicho relato. Así como de lo antedicho notamos que existieron daños ocasionados, claramente también concluimos que los mismos se han producido como consecuencia del accidente debatido en autos. Esto es así porque los daños alegados y probados coinciden con la mecánica lógica de la colisión y de los hechos tenidos como probados. De modo que, tenemos por sucedidos ciertos daños conexos con el hecho ilícito. Ahora procederemos a establecer su entidad y valuación, es decir, cuáles corresponden al nexo causal y su estimación monetaria.

Examinados estos autos se advierte que la parte actora pretende que le sean indemnizados los rubros de daño emergente (G. 5.750.990), lucro cesante (G. 4.666.666), privación de uso (G. 3.600.000) y daño moral (G. 2.000.000). Analizaremos cada rubro por separado en cuanto a su procedencia y su quantum.

Como el accionante no ha probado la propiedad sobre el rodado, la legitimación activa del mismo para pretender sumas de dinero resulta restringida en cuanto a los rubros a que ésta está habilitado a reclamar. Es decir, el Sr. Serafín Ortiz por su carácter de usuario sólo tiene aptitud para reclamar una parte de los rubros, que son aquellos en los cuales éste sufrió el real perjuicio en su persona o en su propio patrimonio, en la medida en que sufrió un menoscabo en el marco de la calidad que le habilita a accionar, esto es, de usuario del rodado. En efecto, el Sr. Serafín Ortiz –al no ser propietario frente a terceros al momento del accidente– no es la persona facultada para pretender plenamente y con todos sus efectos la indemnidad de los daños materiales ocurridos a la cosa y en la cosa.

A fs. 23/24, la parte actora cuantifica el daño sufrido a raíz del siniestro, lo que nos permite discriminar cuáles son aquellos montos en que el actor no puede invocar para sí –como ya lo hemos establecido– haberlos sufrido: se trata

de los perjuicios que hacen relación con el dominio sobre el vehículo; como sería el daño emergente de las reparaciones. Así, tenemos que éste constituye un rubro no reclamable por el Sr. Ortiz; el costo de reparación del automóvil corresponde al propietario; puede, sí, hacerlo respecto del perjuicio sufrido por la imposibilidad de uso del mismo –según lo expuesto ut supra– lo cual no se asimila ni identifica con las reparaciones.

Obiter diremos que el daño emergente de las reparaciones, alega el actor, surge de la sumatoria de los presupuestos y facturas que se adjuntan a fs. 13/16. Referente a éstos, hay que decir desde ya que dichos documentos son instrumentos privados provenientes de terceros, por lo que debieron ser reconocidos mediante la forma establecida para la prueba testifical, conforme lo establece el art. 307 in fine del Cod. Proc. Civ. para su idoneidad probatoria. Tal reconocimiento no fue efectuado. Sin embargo, como ya nos hemos referido con anterioridad, el actor no es propietario del vehículo dañado, en consecuencia, la falta de legitimación activa impide a éste reclamarlos en carácter de propietario.

En cuanto al lucro cesante el actor alega que debido a los trámites en la Comisaría y Municipalidad de Villa Elisa, debió ausentarse diez días de su lugar de trabajo, lo que correspondería la suma G. 4.666.666, más el tiempo que dure el presente juicio. Así también, el reclamo de la suma G. 1.822.410 en concepto de privación de uso, lo que erróneamente se calificó como daño emergente. El lucro cesante tiene una definición muy precisa en derecho: es la privación de ganancias esperadas. Para acreditar este extremo se requiere de la demostración de una actividad lucrativa cuyo ejercicio le ha sido privado al damnificado como consecuencia del ilícito. Esta actividad lucrativa estaría probada con el contrato de prestación de servicios a fs. 17/21 y a fs. 9 una fotocopia simple de la declaración jurada de I.V.A. del mes de agosto de 2006. El contrato de trabajo avala que el mismo presta servicios a una empresa denominada “Kopolar Refrescos S.A.”, y conforme la cláusula primera del contrato, su servicio consiste en la provisión de personal tercerizado para dicha empresa para servir de apoyo en diferentes actividades no inherentes ni conexas a la explotación principal. Agrega, que, conforme con la cláusula cuarta, el costo de su servicio es el 1,60% del salario de cada trabajador a plazo indeterminado y 1,53% del salario asignado al trabajador a plazo determinado. Aunque dicha actividad lucrativa se halle acreditada, el actor no ha presentado probanzas como certificados o testigos que justifiquen el hecho que el mismo se haya au-

sentado diez días al lugar de trabajo como alega, o que haya tenido que cumplir un horario en la empresa “Kopolar Refrescos S.A.”, pues el contrato agregado, se trata de una simple prestación de servicios, que más parece de intermediación, y donde no se indica si el actor debía estar presente todos los días en el local de la empresa o cumplir un horario. Aún sin este elemento tampoco pudo probar que el hecho de haber sufrido un accidente de tránsito y ser privado de su vehículo haya tenido una relación directa con el cumplimiento efectivo de la prestación de sus servicios. El mismo no demostró que el vehículo haya sido un instrumento indispensable para la realización de su trabajo, más aun cuando el valor de su trabajo consiste en un porcentaje del sueldo de cada empleado tercerizado que provea a una empresa, por ende, el hecho de que el mismo haya tenido que realizar trámites en la Comisaría y Municipalidad de Villa Elisa no aparenta tener relación directa con una privación de un beneficio económico, o por lo menos, no ha logrado demostrarlo. En consecuencia, el lucro cesante, con sustento en que la actora haya dejado de trabajar como consecuencia del accidente, no se halla demostrado.

En cuanto a la privación de uso, el actor sostiene que al no tener disponible el uso del vehículo tuvo que solventar servicios de taxímetro por treinta días, los que calcula en una suma de G. 120.000 por día, lo que mensualmente implica la suma reclamada más arriba. Ahora bien, en razón de la privación de uso, correspondería fijar un monto indemnizatorio, ya que hemos establecido que el actor era el usuario del automóvil. El tiempo de privación se tendría que estimar en base al tiempo que el vehículo, de acuerdo con las partes reparadas y cambiadas conforme con los daños que se observan en los instrumentos gráficos, habría tenido que permanecer en el taller. Se colige, por las pruebas aportadas en autos, que el vehículo en cuestión no ha sufrido daños severos a su integridad como consecuencia del impacto, y que lo inmovilizarían para el uso. No obstante, la reparación de los daños materiales al vehículo debió tomar un lapso de inmovilización de uso, que impidió el disfrute del mismo. Esos días de no uso deberían ser indemnizados al actor en su calidad de usuario del vehículo siniestrado. Ahora bien, en autos no se han arrimado pruebas concretas del tiempo que efectivamente irrogó la reparación de tales daños. Por las fotografías presentadas a fs. 10 y 11 y por la factura presentada a fs. 15, al precisar las partes del auto que requerían ser reparadas o cambiadas, como son el guardabarro delantero derecho, espejo, antena, faro señalero, etc., se podría cuantificar el

tiempo que el vehículo habría de permanecer en el taller, conforme el art. 452 del Código Civil. Este Tribunal considera que dada la entidad del daño sufrido, diez días serían suficientes para que dichos daños pudieran ser reparados. Si se tuviera necesidad de un plazo mayor, el actor debió probar las circunstancias excepcionales que provocaran o determinaran la prolongación del plazo. Como esto no se demostró, tenemos que estar a un plazo ordinario y razonable acorde a los daños. En estas condiciones, resulta razonable fijar en concepto de lucro cesante el monto de G. 1.200.000 por diez días de privación de uso.

En cuanto a lo reclamado en concepto de daño moral, el actor reclama la suma de G. 2.000.000, aduciendo que la privación de uso del automóvil afecta el ritmo normal de quien tiene derecho a usarlo, privándolo de posibilidades de esparcimiento y causando disgusto en el mismo. Ahora bien, ha sido establecido reiteradamente que el daño moral consiste en todo perjuicio causado a una persona en sus afecciones o en su integridad psíquica. Más precisamente es toda lesión a las esferas espirituales del ser humano, importa el daño psíquico, el estético, el daño a la vida de relación, en síntesis es toda modificación disvaliosa del espíritu susceptible de causar una perturbación en él. El mismo se presume solamente en casos de daño físico u otros de entidad suficiente para provocar una lesión a esferas superiores a las puramente materiales. En presencia de daños exclusivamente materiales, la configuración del daño moral no puede ser meramente presumida en casos como este, en el cual no existen lesiones personales, sino pérdidas materiales; en tales casos el daño moral debe ser debidamente probado, al no existir perjuicio en la integridad física o psicológica, o de la vida de relación de la parte actora. En efecto se debe señalar y demostrar la aflicción que eventualmente pueda derivarse de la pérdida o deterioro de un vehículo y acreditar el concreto sufrimiento, desprestigio social o aflicción en el espíritu sufrida por esta causa. Los daños patrimoniales sufridos, que si bien pudieron haber provocado incomodidad en el traslado, ciertamente no ocasionaron padecimiento, pesar o dolencia que constituyan en sí lesiones graves o permanentes en los sentimientos o afecciones morales de una persona que ameriten una reparación pecuniaria. Evidentemente en autos, la prueba del daño moral no se produjo en lo más mínimo, por lo que no podemos sino desestimar el rubro en concepto de daño moral.

Concluimos así, que el demandado debe pagar la suma de G. 1.200.000 (un millón doscientos mil guaraníes) en concepto de indemnización de daños y perjuicios a la parte actora. En este tenor debe ser modificada la sentencia.

JURISPRUDENCIA

En suma, la sentencia debe ser modificada, debiendo revocarse el apartado primero por las razones ya apuntadas supra y estableciendo en su apartado segundo que se hace lugar a la demanda de indemnización de daños y perjuicios por el Sr. Serafín Ortiz Santander contra el Sr. Fabio Ruperto Martinetti condenando al demandado a pagar la suma de un millón doscientos mil guaraníes (G. 1.200.000), más un interés del 2,5% mensual a ser calculado desde el inicio de la demanda hasta el momento del efectivo pago, el cual no ha sido cuestionado.

Las costas deben ser impuestas proporcionalmente, existiendo vencimientos recíprocos a las pretensiones de las partes. Así corresponde imponerlas en un 80% a la parte actora y en un 20% a la parte demandada.

A sus turnos los Dres. Villalba Fernández y Martínez Prieto, manifiestan 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.

VISTO: El mérito que ofrece el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala,

RESUELVE: Desestimar el recurso de nulidad interpuesto. Revocar la primera parte de la sentencia recurrida. Modificar la sentencia recurrida, condenando a la Sr. Fabio Ruperto Martinetti González a pagar al Sr. Serafín Ortiz Santander la suma de un millón doscientos mil guaraníes (G. 1.200.000), más un interés del 2,5% mensual a ser calculado desde el inicio de la demanda hasta el momento del efectivo pago, conforme a lo expuesto en el exordio de esta resolución. Imponer las costas proporcionalmente en un 80% a la actora y un 20% a la demandada.

Anótese, regístrese, y remítase copia a la Excma. Corte suprema de Justicia.

Magistrados: María Mercedes Buongermini Palumbo, Arnaldo Martínez Prieto, Neri E. Villalba F.

Ante mí: Pablo Costantini, Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 91

Cuestión debatida: Se trata aquí de determinar la procedencia de la culpabilidad en una demanda de divorcio, como única cuestión planteada a recurso. La disolución misma del vínculo no ha sido objeto de cuestionamiento.

DIVORCIO. Causas de divorcio. Abandono.

En cuanto al abandono, este se entiende como la supresión de la vida en común, mediante el alejamiento o la expulsión del cónyuge del domicilio conyugal, sin que existan causas que justifiquen dicha conducta.

DIVORCIO. Causas de divorcio. Abandono.

Se ha considerado abandono a la abdicación, dejación o desatención imputable de cualquier deber conyugal que los esposos están obligados a cumplir. Para otro sector el abandono importa siempre la dejación de la convivencia o comunidad de techo y lecho.

DIVORCIO. Causas de divorcio. Injuria grave.

La omisión de cumplimiento de las obligaciones materiales representaría entonces una violación al deber de asistencia y, por ende, configuraría la causal injuria grave. En este mismo orden se incluirían la falta de contribución al sostenimiento económico del hogar, la omisión de obtenerlos por su holgazanería, etc

RECURSO DE APELACIÓN. Facultades del Tribunal de Apelación.

La errónea enunciación de la causal de divorcio no importaría su desestimación, habida cuenta que en materia de derecho rige en los litigios el principio *iura novit curia*. De modo que el Tribunal siempre estaría autorizado a recalificar el encuadre jurídico de las causales invocadas siendo el demandado el cónyuge que materializó el alejamiento del domicilio conyugal u hogar común, a él le toca demostrar que tal alejamiento fue justificado, y que por ende la causal de divorcio no se configura.

VIOLENCIA FAMILIAR. Acta de denuncia. POLICÍA NACIONAL.

Parte policial.

El acta de denuncia es una manifestación unilateral del denunciante, hoy demandado; constituye a lo sumo un indicio, pero éste debe ser confrontado con los hechos y su verosimilitud, especialmente en lo que hace a las configuraciones que puede adoptar la violencia doméstica, y debe ser sostenido con pruebas.

DIVORCIO. Causas de divorcio. Abandono.

El abandono se configura con la dejación voluntaria e injustificada del hogar conyugal. La manutención o no de las cargas del hogar entraría en otra categoría separada, que puede o no sumarse al abandono, y que como vemos los autores encuadran en malos tratos.

DIVORCIO. Causas de divorcio. Abandono.

El rol de madre es solo una de las muchas facetas de una persona, cuyo bienestar como ser humano necesariamente se ancla en su individualidad, y no en su instrumentación en función de otros. De modo que sustentar a los hijos no quiere decir sustentar a la cónyuge, concubina o pareja.

CEDAW. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY.

Derechos humanos.

El juzgamiento respecto de esta obligación de sustento ha de verse separadamente de los hijos y considerando al cónyuge o la cónyuge como una persona con necesidades propias, como no puede ser de otro modo. Una conclusión contraria llevaría a producir discriminaciones que están expresamente previstas por nuestro plexo normativo y que han sido sancionadas con instrumentos internacionales suscritos y ratificados por nuestro país, como el Convenio CEDAW, Protocolo Facultativo CEDAW y la Convención de Belem do Pará.

TApel. Civ. y Com. Tercera Sala. 16-09-10. “J. G. E. V. de B.c. M.A. B. M. s. Divorcio a Petición de Una sola de las partes” (Ac. y Sent. N° 91).

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes;

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?

En su caso, ¿se dictó conforme a derecho?

Practicado el sorteo de ley, resultó el siguiente orden de votación: Buongermini Palumbo, Martínez Prieto y Villalba Fernández.

A la primera cuestión planteada la Dra. Buongermini Palumbo dijo: Aunque se hace alusión a este recurso, no se han indicado concretos agravios basados en vicios determinados que pudieran sustentar esta pretensión. La alegación genérica de nulidad, sin especificar un defecto estructural en el fallo, o en el procedimiento precedente no es suficiente fundamentación del recurso. Por ende, no advirtiéndose otros vicios o defectos que autoricen a un pronunciamiento oficioso, el recurso debe ser declarado desierto.

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

A la segunda cuestión planteada, la Dra. María Mercedes Buongermini Palumbo prosiguió diciendo: Por la sentencia apelada N° 598 de fecha 28 de agosto de 2009 el a quo resolvió: “Hacer Lugar, con costas, a la presente demanda promovida por J. G. E. V. D. B. contra M. A. B. M., y en consecuencia, declarar divorciados a los referidos cónyuges, por culpa de el esposo, habilitando a los mismos a contraer nuevas nupcias, conforme con lo prescripto por la Ley N° 45/91. Disponer la inscripción de esta Sentencia en el Registro del Estado Civil de las Personas una vez ejecutoriada la misma, y al efecto, líbrese oficio. Anotar, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia” (sic.) (fs. 119).

De dicha sentencia recurre la abogada de la parte demandada y presenta su escrito de expresión de agravios, que obra a fs. 128/130. Manifiesta al respecto que la sentencia recurrida no se halla ajustada a derecho por el hecho de que la misma al hacer lugar a la presente demanda, declara divorciados a los Sres. J. G. E. V.d. B. y M. A. B. M., por culpa de su mandante, lo cual a todas luces es arbitrario e injusto. Sostiene que la inferior no tuvo en cuenta varias instrumentales presentadas por su parte, fundamentalmente la instrumental firmada por ambos cónyuges en la que se demuestra que los mismos tenían la intención de divorciarse. Dice además que de las instrumentales ofrecidas por su parte surge que no existen probanzas del abandono voluntario y malicioso de su representada. Finalmente manifiesta que atendiendo a las opiniones doctrinarias, jurisprudenciales y legales que rigen la materia de estudio, podrá determinar que la sentencia recurrida no se halla ajustada a derecho en cuanto a la culpabilidad del Sr. M. A. B. M., debiendo declarar el divorcio por culpa de ambos cónyuges imponiendo las costas en el orden causado.

La parte contraria contesta el memorial en los términos del escrito de fs. 131/132 y expone los argumentos señalados a continuación. En primer lugar manifiesta que el Sr. M. A. B. M. abandonó el hogar matrimonial interrumpiendo voluntaria e unilateralmente la cohabitación, dejando en estado de indefensión a su familia. Dice además que solo volvía a la casa los días miércoles y/o sábados para maltratarla a ella y a su hija, lo cual se halla probado a fs. 16, y en virtud del acta del Juzgado de Paz de Capiatá. En segundo lugar, señala que de la demostración de los hechos se resolvió la sentencia de divorcio declarando culpable al Sr. M. A. B. en virtud de la causal prevista en el art. 4 inc. f) de la Ley

45/91. Finalmente solicita se confirme la sentencia recurrida, con expresa condena en costas al demandado.

A fs. 133 de autos la agente fiscal interviniente, Sarita González de Fretes presenta su dictamen N° 618 de fecha 24 de mayo de 2010. Manifiesta que habiéndose expedido sobre el fondo de la cuestión en el dictamen N° 460 de fecha 22 de abril de 2009, se ratifica en todos los términos del mismo, salvo mejor parecer.

Se trata aquí de determinar la procedencia de la culpabilidad en una demanda de divorcio, como única cuestión planteada a recurso. La disolución misma del vínculo no ha sido objeto de cuestionamiento.

La demandante ha alegado en esta demanda de divorcio la culpa del demandado, aduciendo dos causales: primeramente el abandono voluntario y malicioso; y luego, en una adicción de hechos nuevos, los malos tratos. Aquí hay que precisar que el incidente de hechos nuevos, por el cual se incorporó esta última causal fue sustanciado y admitido en la baja instancia, y la resolución que así lo resolvió quedó firme y ejecutoriada. De modo pues que este Tribunal ya no puede examinar la pertinencia de dicha admisión, y se debe limitar al simple examen de dichos hechos y de su relevancia para decidir la cuestión aquí propuesta. Los agravios vertidos en el susodicho punto por el demandado son extemporáneos y no pueden ser ya ahora considerados.

En cuanto a la culpabilidad de la disolución del matrimonio, encontramos que el recurrente demandado hace manifestaciones contradictorias en su escrito de agravios. Así, a fs. 130, párrafo primero afirma que es la demandante la que tiene culpabilidad en el divorcio: “(...) ha dictado sentencia definitiva sin tener en cuenta las pruebas ofrecidas por la parte demandada; quien no tiene culpabilidad alguna (...)”, y luego solicita la declaración de culpa concurrente, tanto en el cuerpo de su escrito, como en el petitorio: “(...) pues en un divorcio, sabido es, ambos son culpables, y así deberá declararlo (...)” y “...esta representación solicita la modificación de la S.D. N° 598 de fecha 28 de agosto del 2009; debiendo declarar el divorcio por culpa de ambos cónyuges, y las costas en el orden causado, por ajustarse así en derecho.”(fs. 129 y 130 respectivamente). Y además decimos que imprecisa, porque pese a que solicita la declaración de culpabilidad conjunta de la demandada, no alude en esta alzada a ninguna causa concreta o específica por la cual deba imputársela a la cónyuge accionante. En su escrito solo se limita a decir que: “(...) La Aquo no consideró lo manifes-

tado por mi parte, debiendo llevar el Juicio en forma justa y tener en consideración las pruebas instrumentales ofrecidas por mi parte, mas bien se aboco en considerar las pruebas ofrecidas por la parte actora (...).

Así pues, resulta dificultoso poder establecer a qué hechos ha de relacionarse la calificación que pretende. No obstante esto, hemos de pasar al análisis de la imputación de culpa que se le ha atribuido al demandado.

Como hemos visto, se le ha imputado abandono y malos tratos. Hemos de considerar estas dos causales a la luz de los hechos probados.

En cuanto al abandono, este se entiende como la supresión de la vida en común, mediante el alejamiento o la expulsión del cónyuge del domicilio conyugal, sin que existan causas que justifiquen dicha conducta. Por otra parte, también se ha considerado abandono a la abdicación, dejación o desatención imputable de cualquier deber conyugal que los esposos están obligados a cumplir. Para otro sector el abandono importa siempre la dejación de la convivencia o comunidad de techo y lecho. La omisión de cumplimiento de las obligaciones materiales representaría entonces una violación al deber de asistencia y, por ende, configuraría la causal injuria grave. En este mismo orden se incluirían la falta de contribución al sostenimiento económico del hogar, la omisión de obtenerlos por su holgazanería, etc. Asimismo también representa injuria grave el incumplimiento de asistencia moral o abandono moral (Belluscio, Augusto César; “Manual de Derecho de Familia”, Tomo 1, Ed. Astrea, págs. 456-57). Se hacen estas precisiones porque la causal invocada de abandono se ha sostenido en este caso en el retiro del marido del hogar conyugal, en tanto que la defensa de éste se ha basado en la continuidad del sostenimiento económico del hogar familiar. Aquí debemos hacer algunas precisiones. La errónea enunciación de la causal no importaría su desestimación, habida cuenta que en materia de derecho rige en los litigios el principio *iura novit curia*. De modo que el Tribunal siempre estaría autorizado a recalificar el encuadre jurídico de las causales invocadas.

Ahora bien, la demandante ha alegado alejamiento del marido del hogar conyugal. Y éste no ha negado tal alejamiento. Las testificales rendidas en autos (fs. 107/109) también lo corroboran. Así pues, debemos tener por cierta la separación. Ahora bien, siendo el demandado el cónyuge que materializó el alejamiento del domicilio conyugal u hogar común, a él le toca demostrar que tal alejamiento fue justificado, y que por ende la causal de divorcio no se configura.

Pero en estos autos el demandado no ha producido ninguna prueba convincente en este sentido. El acta de denuncia de fs. 58 refiere una denuncia de malos tratos o violencia doméstica aparentemente verbal, pero de parte de una hija mayor de edad. Dicha denuncia es una manifestación unilateral del denunciante, hoy demandado; constituye a lo sumo un indicio, pero éste debe ser confrontado con los hechos y su verosimilitud, especialmente en lo que hace a las configuraciones que puede adoptar la violencia doméstica, y debe ser sostenido con pruebas. En efecto, es sabido que el fenómeno de la violencia doméstica e intrafamiliar se da en el marco de relaciones de poder dentro de la familia o del hogar familiar. Estas relaciones no son fortuitas y obedecen a un patrón de conducta bien conocido y descrito por la ciencia. Las relaciones de poder se entablan entre sujetos que tienen ascendencia sobre otros o dependencia de otros a raíz de su condición o situación, vgr. los menores de edad respecto de sus padres, las mujeres en general respecto de sus cónyuges, concubinos o parejas, los adultos mayores respecto de sus cuidadores o guardadores, etc. Esto se halla sostenido por abundante literatura y estadísticas. Luego, no se entiende que una persona mayor de edad, varón, no incapaz, con aparente independencia económica y disponibilidad de su propia vida –tanto como para mudar de domicilio– se encuentre en razón de dependencia de alguna clase respecto de una hija, cuyos estudios –según sus propios dichos– aparentemente financia. Ello podría ser excepcionalmente posible, pero como no es la regla, se debe demostrar que existe la tal dependencia o ascendencia, la cual debe ser de tal entidad como para obligarle a abandonar su propia casa. Ninguna prueba se ha producido en tal sentido.

Luego debemos decir que el abandono se configura con la dejación voluntaria e injustificada del hogar conyugal. La manutención o no de las cargas del hogar entraría en otra categoría separada, que puede o no sumarse al abandono, y que como vemos los autores encuadran en malos tratos. Pero aún colocados en esta última hipótesis se deben hacer algunas puntualizaciones. Primeramente que el actor pretende probar su no abandono de obligaciones económicas respecto de su cónyuge con la aportación de gastos para la formación escolar y académica de los hijos. Si bien es cierto que esta es una carga que pesa sobre los progenitores, y por ende una preocupación principal para la madre, en modo alguno puede considerarse que ello de por sí constituye sustento para ella. Considerar esta tesitura sería una forma rampante de discriminación bajo la

forma de familismo. En efecto, esta forma de discriminación supone o da por sentado que lo que es beneficio para el colectivo de la familia –especialmente para los hijos– es automáticamente beneficio para la mujer, identificando a la mujer únicamente con su rol de madre y su bienestar con el bienestar de los hijos. Ello no es así. El rol de madre es solo una de las muchas facetas de una persona, cuyo bienestar como ser humano necesariamente se ancla en su individualidad, y no en su instrumentación en función de otros. De modo que sustentar a los hijos no quiere decir sustentar a la cónyuge, concubina o pareja. El juzgamiento respecto de esta obligación de sustento ha de verse separadamente de los hijos y considerando al cónyuge o la cónyuge como una persona con necesidades propias, como no puede ser de otro modo. Una conclusión contraria llevaría a producir discriminaciones que están expresamente previstas por nuestro plexo normativo y que han sido sancionadas con instrumentos internacionales suscritos y ratificados por nuestro país, como el Convenio CEDAW, Protocolo Facultativo CEDAW y la Convención de Belem do Pará.

Asimismo, se observa que entre las instrumentales presentadas por el demandado reconviniendo se encuentran facturas del suministro de energía eléctrica (fs. 89/91). Se entiende que el demandado intenta probar a través de ellas el cumplimiento de ciertas cargas de manutención relativas al hogar común, como lo es el pago del consumo de energía eléctrica –lo cual sin duda beneficia a todos los habitantes del mismo–; sin embargo, según estas facturas el pago del suministro entró en mora, y de los comprobantes de pago agregados por el propio demandado, tales deudas fueron satisfechas recién después de entablada la demanda de divorcio, como surge de una simple comprobación de las fechas respectivas (fs. 88 y 91).

Así pues, y en vista de todas las consideraciones que anteceden, no cabe sino concluir que el demandado reconviniendo es a quien se debe imputar la culpa en la disolución del vínculo. La sentencia que así lo declara debe ser confirmada.

En cuanto a las costas corresponde su imposición a la parte perdidosa, de conformidad con lo establecido en el art. 203 del Cod. Proc. Civ.

A sus Turnos los Dres. Martínez Prieto y Villalba Fernández, 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.

VISTO: El mérito que ofrece el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala,

RESUELVE:

Declarar desierto el recurso de nulidad. Confirmar la sentencia apelada. Imponer las costas la perdidosa.

Anotar, registrar, y remitir copia a la Excma. Corte suprema de Justicia.

Magistrados: María Mercedes Buongermini Palumbo, Arnaldo Martínez Prieto, Neri E. Villalba F.

Ante mí: Pablo Costantini, Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA Nº 93

Cuestión debatida: Se discute aquí la procedencia de una excepción de litispendencia opuesta por la demandada así como de la acción de desalojo intentada contra los ocupantes de un bien inmueble. En efecto, el actor aduce la calidad de propietario y locador de un inmueble, frente a quien niega el carácter de locataria y alega ser poseedora del mismo.

EXCEPCIÓN DE LITISPENDENCIA

Procede la litispendencia cuando se estén promoviendo dos demandas de desalojo con los mismos actores y demandados y en cuanto al mismo inmueble.

EXCEPCIÓN DE LITISPENDENCIA.

Lo que aquí existe es una posible conexidad o litispendencia impropia, entendida ésta como vinculación de las causas tramitadas, pero que no impide el dictado de sentencia de desalojo, puesto que la causa de la demanda es diferente. La identidad de causa, en un juicio de desalojo, está dada por otro juicio de desalojo idéntico. La promoción de un juicio de nulidad de escritura pública puede vincularse fácticamente, pero jurídicamente los derechos debatidos son distintos y así deben ser mantenidos.

DESALOJO.

La demanda de desalojo puede ser intentada por el propietario, por el usufructuario, por el usuario o por todo aquel que tenga un derecho de uso, goce o disfrute del inmueble.

DESALOJO. Procedencia del desalojo.

El presupuesto necesario para el desalojo es que exista por parte del actor un derecho personal a exigir al demandado la devolución de la cosa; no el derecho real oponible erga omnes de someter la cosa a su disposición. En consecuencia, la discusión que en vez de referirse a la obligación del demandado de restituir la cosa, se basa en el dominio y la posesión, es materia, ajena al juicio de desalojo, y propia, en cambio, de las acciones posesorias y petitorias.

DESALOJO. Derecho de posesión o dominio.

Los defectos que pudiera tener el título de dominio del actor no pueden ser discutidos en el juicio de desalojo, y la nulidad del mismo debe ventilarse en un juicio ordinario. Mientras no exista una decisión que lo declare nulo debe considerarse como título perfecto.

DESALOJO. Derecho de posesión o dominio.

La mera alegación del carácter de poseedor no puede paralizar la acción de desalojo, por lo mismo que no se puede intervertir solo verbis imperio, la calidad en la que se ha ingresado a la cosa y en la que uno se mantiene al tiempo de la demanda.

POSESIÓN. Actos posesorios.

El hecho de que el titular del servicio público no se haya cambiado al actual propietario no implica que la supuesta venta nunca se realizó –como alega la demandada- sino solo son tramites que valen, en principio, como meros actos de administración.

POSESIÓN. Actos posesorios. LOCACIÓN. Prueba de la locación.

Esto no acredita en modo alguno la posesión pretendida, ya que la sola circunstancia de ser consumidor de agua o electricidad no es acto posesorio, y muy por el contrario es típico y propio de quien usa el inmueble, por ejemplo a título de locación, que es precisamente la relación que invoca el demandante. Por consiguiente, estas pruebas no permiten demostrar que la supuesta mejora se haya realizado ni, mucho menos, la posesión sobre el inmueble.

DESALOJO. Procedencia del desalojo.

Es común acoger que el desalojo puede ser enervado con la manifestación de ser poseedor, empero esta situación debe ser cierta y posible para evitar que se convierta en una herramienta dilatoria. La mera invocación del derecho no es suficiente, debe surgir de hechos concretos relacionados y acreditados en el momento procesal oportuno.

CONCUBINATO.

La relación concubinaria está asimilada en sus efectos patrimoniales al matrimonio, conforme las disposiciones de la Ley 1/92.

TApel. Civ. y Com. Tercera Sala. 20-09-10. “Lucio Ramón Zorrilla c. Vicente Zorrilla Duarte s. desalojo” (Ac. y Sent. N° 93).

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes;

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?

En su caso, ¿se dictó conforme a derecho?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: Martínez Prieto, Villalba y Buongermini P.

A la primera cuestión planteada, el Dr. Martínez Prieto dijo: La Sra. Bernarda Rotela desistió expresamente del recurso de nulidad por ella interpuesto; y dado que no se advierten en el auto recurrido, vicios o defectos que autoricen a declarar de oficio su nulidad, debe tenérselo por desistido.

A sus Turnos el Dr. Villalba y la Dra. Buongermini manifestaron que votan en el mismo sentido.

A la segunda cuestión planteada, el Dr. Martínez Prieto prosiguió diciendo: Por la sentencia apelada N° 1578 de fecha 29 de diciembre de 2009 la a quo resolvió: “Rechazar, con costas, a la excepción de litispendencia opuesta por la demandada Sra. Bernarda Rotela Cabañas, por los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. Hacer Lugar, con costas, a la presente demanda que por desalojo de inmueble promoviera Lucio Ramón Zorrilla, Contra Vicente Zorrilla Duarte, Bernarda Rotela Cabañas, Lucila Zorrilla Rotela, Antonia Zorrilla Rotela, José Roman Zorrilla Rotela, Angela Zorrilla Rotela, José Elias Zorrilla Rotela, Vicente David Zorrilla Rotela, y en consecuencia, emplazar a los demandados para que en el perentorio término de diez días abandonen el inmueble individualizado como Finca N° 9221, con Cta. Cte. Ctral. N° 27-0138-03, del Distrito de Fernando de la Mora, inscrita en la Dirección General de los Registros Públicos bajo el N° 2, al folio 5 y sgtes. del año 2007, ubicado en la calle San Francisco 641 c/ Soldado Ovelar, Zona Sur, de la ciudad de Fernando de la Mora, bajo apercibimiento de que si así no lo hiciere en forma voluntaria el Juzgado dispondrá el lanzamiento por medio de la fuerza pública. Notificar Anotar...” (sic.) (fs. 58).

De dicha sentencia recurre la parte demandada y presenta su escrito de expresión de agravios, que obra a fs. 61/65. Manifiesta al respecto que su parte se agravia contra la citada resolución declarando que la a quo rechazó la excepción de litispendencia alegando que la demandada, para sustentar dicha excepción, se refirió a un juicio ordinario donde se tramitarían cuestiones como la eficacia de la escritura traslativa de dominio y contrato de locación que son cuestiones posesorias que no guardan relación con el fin que persigue el juicio de desalojo. Sin embargo, la demandada arguye que justamente lo que ella busca es enervar el título en el cual se sustenta la demanda de desalojo, pues es evidente que del título presentado por el actor no puede surgir de él la calidad indiscutible de propietario como pretende darle la inferior. Sostiene que ella probó plenamente la existencia de esa demanda adjuntando el escrito donde consta la presentación en mesa de entrada del Poder Judicial y que no fue cuestionado por la parte actora. Dice también que la a quo alegó como sustento de su fallo que los demandados reconocieron que el actor obtuvo en compraventa el inmueble y que éste volvió a darlo en locación al Sr. Vicente Zorrilla, demostrando con esto que, al reconocer la propiedad en otra persona, se colocaron en condición de ocupantes precarios. Sin embargo, la demandada alega que ellos no conocían de la compraventa ni de la existencia del contrato de locación, y esto se colige claramente de su escrito de contestación de la demanda a fs. 32/33, así como sustentan también los testigos. Se agravia, además, porque la inferior no tuvo en cuenta que la misma ejerce el carácter de poseedora del inmueble hace más de 25 años, conforme las testificales presentadas, ni tampoco tuvo en cuenta las facturas por servicios públicos presentadas que todavía continúan a nombre de su marido Vicente Zorrilla, agregando que se halla plenamente demostrado que la misma es poseedora del inmueble y no ocupante precaria o locataria. Además sostiene que el contrato de locación se hizo después de que el Sr. Vicente Zorrilla haya abandonado el inmueble, y que la inferior no pudo tomar la confesión ficta de él como fundamento para el desalojo. Dice a continuación que prueba del contubernio entre Lucio Zorrilla y Vicente Zorrilla es que el abogado que tiene el actor en este juicio es el mismo que representó al Sr. Vicente Zorrilla en otros juicios que ella iniciara contra él, como son el de prestación alimentaria y matrimonio aparente. Por último, solicita que la resolución sea revocada por el Tribunal con imposición de costas.

La parte contraria contesta dichos agravios en su escrito obrante a fs. 64/65 manifestando que su calidad de propietario se demuestra con el título de

propiedad, y que el mismo hace uso de la legitimación activa que la ley le otorga para demandar en virtud del incumplimiento del contrato de locación firmado con el Sr. Vicente Zorrilla Duarte. Agrega que la segunda cláusula del contrato determina que la falta de pago de dos meses de alquiler le da el derecho al locatario a rescindir el contrato y solicitar la desocupación del inmueble. Cita el art. 1954 del Cód. Civ. y jurisprudencia que sustentan dicha legitimación. Finalmente apunta que la resolución recurrida se encuentra ajustada a derecho por lo que solicita la confirmación de la misma en todos sus términos y con costas.

Se discute aquí la procedencia de una excepción de litispendencia opuesta por la demandada así como de la acción de desalojo intentada contra los ocupantes de un bien inmueble. En efecto, el actor aduce la calidad de propietario y locador de un inmueble, frente a quien niega el carácter de locataria y alega ser poseedora del mismo.

En primer término, se debe analizar la excepción de litispendencia opuesta por la demandada así como la pertinencia o no del rechazo de la misma. En este sentido, es sabido que la litispendencia requiere la identidad de sujetos, objeto y causa. Esta concepción, aplicada al desalojo, nos indica, en forma sencilla, que procede la litispendencia cuando se estén promoviendo dos demandas de desalojo con los mismos actores y demandados y en cuanto al mismo inmueble.

Esta no es la situación que se presenta en autos. La litispendencia se refiere aquí a la tramitación de un juicio caratulado: “Bernarda Rotela Cabañas y Otros c/ Lucio Ramón Zorrilla s/ Nulidad de Acto Jurídico y Otros”. Como se aprecia, no existe identidad de sujetos en la misma posición procesal, puesto que los aquí demandados son allí actores, y mucho menos existe identidad de causa, porque lo reclamado en uno es el desalojo de un inmueble y en otro una nulidad de escritura pública.

Lo que aquí existe es una posible conexidad o litispendencia impropia, entendida ésta como vinculación de las causas tramitadas, pero que no impide el dictado de sentencia de desalojo, puesto que la causa de la demanda es diferente. La identidad de causa, en un juicio de desalojo, está dada por otro juicio de desalojo idéntico. La promoción de un juicio de nulidad de escritura pública puede vincularse fácticamente, pero jurídicamente los derechos debatidos son distintos y así deben ser mantenidos. Es evidente que no puede haber acumulación de pretensiones ya que las mismas son tramitadas por vías procesales de

distinto tenor –sumario y ordinario-. Por lo expuesto, corresponde confirmar la resolución de primera instancia en el apartado que resuelve no hacer lugar a la excepción de litispendencia.

Resuelta la excepción, corresponde ahora estudiar el desalojo promovido por el Sr. Lucio Ramón Zorrilla. Revisadas las actuaciones, en efecto, se advierte que el mismo ha demandado el desalojo del Sr. Vicente Zorrilla Duarte, así como de los Sres. Bernarda Rotela Cabañas, Lucila Zorrilla Rotela, Antonia Zorrilla Rotela, José Roman Zorrilla Rotela, Angela Zorrilla Rotela, José Elias Zorrilla Rotela y Vicente David Zorrilla Rotela del inmueble individualizado como Finca N° 9221 del Distrito de Fernando de la Mora, fundado en su carácter de propietario y en la rescisión del contrato de alquiler del inmueble demandado por falta de pago de más de dos meses de alquiler.

El principal demandado –Vicente Zorrilla– no contestó la demanda, intervinendo la Sra. Bernarda Rotela Cabañas por derecho propio y en representación de sus tres hijos menores. Alega que la misma no es inquilina u ocupante precaria sino poseedora de la cosa cuyo desalojo se pretende, agregando que la misma es concubina del anterior propietario y co-demandado –Vicente Zorrilla–, y vive en el inmueble con los seis hijos que tienen ambos desde hace más de 30 años, agregando que éste vendió el inmueble que pertenecía a ambos –pues alega que el mismo es un bien ganancial– a su sobrino, el Sr. Lucio Zorrilla.

Sabido es que la demanda de desalojo procede contra el locatario, sublocatario o cualquier intruso ocupante precario y todo aquel que tenga la obligación cierta de restituir la cosa a quien se la demanda por virtud de esta acción. Luego debemos hacer alusión a una cuestión que hace a la legitimación activa de la parte actora. La demanda de desalojo puede ser intentada por el propietario, por el usufructuario, por el usuario o por todo aquel que tenga un derecho de uso, goce o disfrute del inmueble. El presupuesto necesario es que exista por parte del actor un derecho personal a exigir al demandado la devolución de la cosa; no el derecho real oponible erga omnes de someter la cosa a su disposición. En consecuencia, la discusión que en vez de referirse a la obligación del demandado de restituir la cosa, se basa en el dominio y la posesión, es materia, ajena al juicio de desalojo, y propia, en cambio, de las acciones posesorias y petitorias.

En autos, el actor ha presentado a fs. 3/4 la escritura pública de compra-venta del inmueble, acreditando de esta manera fehaciente su legitimación para plantear esta acción. Ante este hecho la apelante alega que la misma ha

iniciado un juicio de nulidad de escritura pública, y en consecuencia la calidad de propietario del actor se halla enervada. Ahora bien, dicho juicio todavía no fue resuelto, sólo hay constancias de que se presentó la demanda en mesa de entrada en fecha posterior a esta demanda, no hay constancias que se haya notificado la demanda o se haya contestado. Así también, sabido es que la validez del título invocado por el propietario se presume y su nulidad debe ser probada en juicio ordinario. Así también, el accionante puede ser dueño de la cosa o puede no serlo, pero eso no puede limitar sus derechos como locador, ya que como tal no pide ni reclama la posesión de la cosa, sino que busca lograr la restitución del inmueble de quien se halla obligado a la restitución. En consecuencia, los defectos que pudiera tener el título de dominio del actor no pueden ser discutidos en el juicio de desalojo, y la nulidad del mismo debe ventilarse en un juicio ordinario. Mientras no exista una decisión que lo declare nulo debe considerarse como título perfecto. Así también lo respalda la jurisprudencia “El juicio de desalojo no puede paralizarse alegando que el propietario demandante adquirió el dominio mediante un acto viciado de nulidad por desconocimiento del derecho preferencial del inquilino para comprar el departamento, pues por la índole sumaria del proceso y por la finalidad que en él se persigue no es admisible discutir el dominio ni la posesión del bien material del litigio” (Ac. y Sent., 1958, VII, p. 767, Ac. 1354”).

Dicho esto pasaremos al estudio de la cuestión de fondo. Se debe señalar, como ya se ha hecho en innumerables oportunidades, que la demanda de desalojo es de naturaleza y carácter personal, no real; esto es, no es apta para reclamar la reivindicación de cosas del poder de terceros. Es una acción personal que sólo permite exigir la restitución de cosas a sujetos contractualmente obligados a ello o a personas que reconocen expresa o tácitamente su obligación de restituir, o dicho reconocimiento es presumido o tenido por implícito por la ley, por el carácter precario de su ocupación. Así, en el caso en autos, el actor alega que la obligación de restituir en la demandada reside en el contrato de locación suscripto entre el Sr. Lucio Zorrilla y el Sr. Vicente Zorrilla y del cual se adeudan alquileres. Así se infiere que el actor no esta intentado una acción real, emanada del derecho de propiedad, sino que lo basa en la obligación personal del demandado de restituirlo como locatario. La defensa aducida por la demandada es la de ser poseedora de la cosa animus domini, alegando ser poseedora hace 30 años y tener un vinculo con el anterior titular registral. Sostiene que el

Sr. Vicente Zorrilla firmó ese contrato en total desconocimiento de ella y su familia y además alega que a la fecha de la suscripción del contrato, el mismo ya no se hallaba viviendo en el hogar, pues este había abandonado la casa donde ambos vivían y la cual ahora se reclama.

Ahora pasaremos a analizar la situación de los demandados. Es esencial pues, determinar en el presente caso, de qué tipo de ocupación se trata: si de una precaria o una verdaderamente posesoria. En principio, quien alega los hechos en los que pretende fundar su acción está obligado a demostrarlos, sin embargo, para la demanda de desalojo, la jurisprudencia ha establecido de un tiempo a esta parte, que la mera alegación del carácter de poseedor no puede paralizar la acción de desalojo, por lo mismo que no se puede intervertir solo verbis imperio, la calidad en la que se ha ingresado a la cosa y en la que uno se mantiene al tiempo de la demanda. Es por tal motivo que la jurisprudencia ha exigido al demandado, sobre la base de los principio de las cargas probatorias dinámicas, que demuestre aunque sea prima facie el carácter de su ocupación en la cosa. De este modo, el análisis de las constancias y probanzas de autos en tal sentido se constituye en elemento esencial para resolver la causa. Examinados estos autos se advierte que se han realizado pocas diligencias probatorias destinadas a demostrar el carácter posesorio de la ocupación de los demandados. En este sentido la parte demandada se ha limitado a la presentación de testificales a los efectos de demostrar sus pretensiones. Todas las testificales presentadas están de acuerdo que la ahora demandada vivió en el inmueble con su pareja –titular registral del inmueble– y sus hijos hace aproximadamente 27 o 28 años y que éste ya no vive en la casa hace aproximadamente 3 años. Así también, la demandada alega en escrito de contestación que juntos adquirieron el terreno, sosteniendo que “empezamos la construcción en el cual ambas personas hemos aportado nuestros recursos en todo este tiempo para que nuestra familia tenga un techo...”. Dicho extremo no fue corroborado por los testigos, no se prueba que la demandada haya construido la casa, y aquellos se limitan a establecer un periodo de tiempo de convivencia de la pareja y el plazo de duración de dicha unión. Si bien la demandada pretende justificar su calidad de poseedora con la presentación de documentos, como los comprobante de pago de servicios públicos y testificales, la demandada no logró demostrar con otras pruebas la antigüedad de su posesión o la comprobación de alguna mejora introducida en el inmueble a lo largo de tantos años de posesión, como podrían ser facturas o fotografías que

podieran demostrar que en dicho predio existan actos posesorios por parte de la demandada. Así tampoco hubo una inspección judicial que pudiera acreditar actos de larga data o plantaciones, edificaciones materiales y otras a efectos de una mayor comodidad para su familia. Finalmente, en cuanto a las boletas de pago de ESSAP y ANDE a fs. 20/28 solo demuestran que el demandado Vicente Zorrilla es consumidor de un proveedor de agua y energía eléctrica. El hecho de que el titular de ese servicio no se haya cambiado al actual propietario no implica que la supuesta venta nunca se realizó –como alega la demandada- sino solo son tramites que valen, en principio, como meros actos de administración. Esto no acredita en modo alguno la posesión pretendida, ya que la sola circunstancia de ser consumidor de agua o electricidad no es acto posesorio, y muy por el contrario es típico y propio de quien usa el inmueble, por ejemplo a título de locación, que es precisamente la relación que invoca el demandante. Por consiguiente, estas pruebas no permiten demostrar que la supuesta mejora se haya realizado ni, mucho menos, la posesión sobre el inmueble.

Ahora bien, conforme la escritura publica a fs. 3/4 de autos, el inmueble fue adquirido por el Sr. Vicente Zorrilla en el año 1977, y luego vendido al Sr. Lucio Ramón Zorrilla en el año 2007. En la contestación de la demanda, la Sra. Bernarda Rotela sostiene que vive en concubinato con el Sr. Vicente Zorrilla “hace más de 30 años” agregando que juntos adquirieron la propiedad en el año 1977. Los testigos que presentó la misma alegan que el Sr. Vicente Zorrilla y la Sra. Bernarda Rotela están juntos desde hace 27 o 28 años, es decir, por una simple aplicación aritmética de dichos años al año que se declaró la testifical –agosto de 2009–, arroja el año 1981. Así también, la propia demandada presenta a fs. 19 su cédula de identidad, donde consta que la misma nació en fecha 11 de junio de 1965, es decir, la misma tenía 12 años cuando el inmueble fue adquirido por el Sr. Vicente Zorrilla. Esto agregado a la circunstancia de que la misma no presenta sentencia que le reconozca como concubina, hace que el hecho alegado por la misma -de ser co-propietaria del inmueble por su calidad de conviviente con derechos sobre la res litis- resulte totalmente inadmisibile.

Si la misma pretende ser considerada como poseedora, la misma debía demostrar el cambio de esta calidad o interversión de la relación posesoria –ambigua en grado sumo– de la ocupación, que requiere el artículo 1921 del Código Civil. Nadie puede cambiar por su sola voluntad, ni por el mero transcurso del tiempo, la calidad en virtud de la cual posee u ocupa un inmueble deter-

minado. Por ello preceptúa dicho artículo: “El que ha comenzado a poseer por otro, se presume que continúa poseyendo por el mismo título, mientras no se pruebe lo contrario”. Aquí no solo no ha mediado prueba alguna que desvirtúe la calidad originaria de la ocupación, sino que mucho menos ha habido siquiera un asomo de los actos de interversión que dicho artículo refiere.

En otro orden de apreciaciones, debemos señalar que es común acoger que el desalojo puede ser enervado con la manifestación de ser poseedor, empero esta situación debe ser cierta y posible para evitar que se convierta en una herramienta dilatoria. La mera invocación del derecho no es suficiente, debe surgir de hechos concretos relacionados y acreditados en el momento procesal oportuno. En consecuencia, la Sra. Bernarda Rotela no ha probado la realización de actos posesorios en calidad de poseedora o la titularidad del inmueble en cuestión, y ante la acreditación por parte del actor de su titularidad y la legitimidad de su pretensión conforme al título de transferencia del inmueble así como el contrato de locación, el desalojo es procedente y la sentencia que así lo declara debe ser confirmada, sin perjuicio de que en el juicio ordinario correspondiente demuestre que entre ambos existía un matrimonio aparente y que la finca de que se trata fue adquirida por ambos.

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 el art. 193 del Cód. Procesal Civil.

A su turno el Dr. Villalba, manifestó que se adhiere al voto del preopinante.

Opinión de la Dra. Buongermini Palumbo: Esta Magistratura coincide con el resultado final alcanzado por el preopinante, y se adhiere al sentido del voto expresado, pero estima pertinente hacer algunas puntualizaciones adicionales.

Aquí debemos recordar que la relación concubinaria está asimilada en sus efectos patrimoniales al matrimonio, conforme las disposiciones de la Ley 1/92. Esta vinculación da por resultado la formación de un patrimonio ganancial sobre el cual se configura una comunidad actual de la cual son cotitulares ambos concubinos. Como es sabido, este es un patrimonio de afectación, dirigido a la satisfacción de las necesidades de la convivencia. Los bienes propios de cada cónyuge o de cada concubino no pertenecen a este patrimonio común. Ahora bien, dentro de estas relaciones interpersonales, se debe establecer cuál es la situación real de los bienes inmuebles propios respecto del otro cónyuge o concubino, cuando aquellos constituyen el asiento del hogar común o de conviven-

cia. Si bien es cierto que en tales casos el otro conviviente no tiene derechos de dominio, tampoco se puede decir que se trate de un precarista o mucho menos de un intruso; la situación es la de una persona con derecho a habitación, que no tiene plazo, pero está vinculada causalmente con la relación familiar –conyugal o concubinaria–. En tales condiciones no cabe un desalojo incoado contra el cónyuge o concubino, en tanto y en cuanto todas las demás relaciones de derecho –incluidas las cuestiones patrimoniales_ hayan sido clarificadas entre las partes.

En primer lugar se debe determinar de qué clase de bien se trata, propio o ganancial. La demandada alega que tendría o habría tenido una relación concubinaria con el vendedor del inmueble y si bien no se señala ni se adjunta ningún expediente que acredite o donde se intente debatir o acreditar esta calidad, sin embargo ella no es negada ni por el codemandado ni por su pariente comprador desalojante, ninguno de ellos niega esta vinculación, ni que el inmueble que se pretende desalojar haya constituido el asiento del hogar común. Por lo demás la relación concubinaria está dada por el simple hecho de la cohabitación y la existencia de hijos en común, hecho éste que está probado por los certificados de nacimiento obrantes a fs. 29/31.

Ahora bien, no surge claramente de autos cuándo se habría iniciado el concubinato, y aunque dada la edad acreditada de la demandada (fs. 19) y que al tiempo de adquisición del bien debía tener escasa edad –año 1977–, no obstante la misma era suficiente según la legislación vigente en aquél tiempo para contraer matrimonio y por ende para ser concubina. Pero no se demostró ni sumariamente que esta circunstancia estuviera dada al tiempo de la adquisición del bien por su concubino. Luego, también es incierto si la venta al hoy demandante se produjo durante o después de finalizada la unión concubinaria. Y para más datos, de la escritura pertinente surge que el actor comprador tomó posesión de la cosa vendida; la demandada ha alegado la nulidad de esta transferencia, pero no por simulación, sino por lesión, implícitando con ello que da por verdadera la relación negocial que originó el dominio del actor.

Así pues, ante la escasa o nula aportación de datos por parte de la demandada y de la paupérrima situación probatoria respecto de sus defensas, no cabe considerarla frente al actor adquirente como poseedora ni como usuaria con derecho a mantenerse en la cosa.

En consecuencia corresponde confirmar la sentencia apelada. En cuanto a

las costas, las mismas deben ser impuestas por su orden, por haber merecido interpretación jurisdiccional. Es mi Voto.

Con lo que terminó el acto, firmando los Sres. Miembros de conformidad y quedando acordada la sentencia que sigue a continuación, todo por ante mí, de lo que certifico.

VISTO: El mérito que ofrece el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo civil y comercial, Tercera sala,

RESUELVE: Tener por desistido al recurrente del recurso de nulidad por el interpuesto. Confirmar el fallo apelado. Imponer las costas por su orden. Anótese, regístrese, y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: María Mercedes Buongermini, Arnaldo Martínez Prieto, Neri Villalba F.

Ante mí: Pablo Costantini, Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 7

Cuestión debatida: En autos se trata de establecer la procedencia de una demanda de rescisión de contrato e indemnización de daños y perjuicios iniciada por la firma Dyalco S.A. en contra de la Municipalidad de Asunción. Asimismo, ha sido planteada la reconvencción por parte de la Municipalidad, en la cual ésta solicita también la resolución y reclama el resarcimiento de daños y perjuicios contra la parte actora, Dyalco S.A.

CONTRATO. Efectos del contrato.

El contrato constituye una de las varias fuentes de obligaciones, del cual surge un acuerdo de voluntades de las partes a los efectos de producir efectos jurídicos.

MUNICIPALIDAD. Contratación municipal.

La naturaleza del presente contrato adquiere una cierta particularidad dado que en calidad de parte del mismo intervino un ente público, como lo es la Municipalidad de Asunción. Tal circunstancia implica la existencia de una previa y pública licitación al contrato propiamente dicho, para la cual se establecieron bases y condiciones generales –de carácter vinculante– que regirían al posterior contrato del servicio requerido, una vez concluido el concurso.

PACTO COMISORIO.

Estipulado la figura del pacto comisorio expreso, entendido tal como la cláusula que faculta a la parte cumplidora del contrato a exigir su resolución de la que no lo cumpliera. Reviste la calidad de “expreso”, puesto que se encuentra insertado como cláusula del contrato por las partes, a diferencia del pacto comisorio tácito, previsto en la ley para suplir el eventual vacío contractual (Art. 725 Cód. Civil).

CONTRATO. Resolución del contrato.

El incumplimiento del contrato faculta a la parte no responsable de él a pedir su resolución, además de los daños y perjuicios que aquél pudo haber acarreado. Ahora bien, la cuestión consiste en juzgar al cumplimiento defectuoso o deficiente del contrato como equivalente al incumplimiento determinante y suficiente para la resolución del mismo. Se establece en el art. 724 del Cód. Civil que, en cuanto a contratos, es improcedente su resolución si el incumplimiento de una de las partes reviste escasa importancia y no compromete el interés de la otra.

PRUEBA DE TESTIGOS. Tacha de testigos.

Los testigos declararon ser fiscalizadores de la Dirección del Medio Ambiente de la Municipalidad de Asunción, y considerando la afirmación de ser nombrado por resolución de la Junta Municipal como encargado de la fiscalización del servicio prestado, y siendo ambos funcionarios de la parte accionada, es factible tener sus testimonios como verdaderos y convincentes a fin de tener una idea cierta del estado en que se encontraban los lugares de ejecución de los trabajos, así como del servicio prestado por la empresa contratada.

PRUEBA DE TESTIGOS. Tacha de testigos.

En mérito de las cláusulas contractuales señaladas queda entonces razonablemente claro que es la Dirección de Medio Ambiente la dependencia responsable de la fiscalización y el control de las zonas de ejecución de los trabajos; los informes emanados de aquélla debemos tomarlos como suficientemente idóneos y fehacientes a los efectos de determinar la calidad del servicio prestado. Por consiguiente, las declaraciones del propio director del medio ambiente, la del arquitecto adquieren fuerza probatoria suficiente para desacreditar el alegado cumplimiento defectuoso o deficiente de la firma contratista.

MUNICIPALIDAD. Contratación municipal

La suspensión de los trabajos es imputable a la Municipalidad de Asunción, la indemnización estipulada y reclamada en este rubro es procedente.

Para la estimación del monto es necesario partir del “valor de los trabajos, a precios básicos”, tal como lo estipula el pliego.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Gastos improductivos.

Los daños de la suspensión son aquellos originados en el período en que la ejecución de los trabajos se encontraba suspendida, tal es el caso de los gastos improductivos.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño emergente. Lucro cesante.

Los daños de la resolución del contrato son aquellos consecuentes con la terminación de la relación contractual, e imputables a la parte que dio lugar a dicha terminación –en relación de sinalagma, la parte incumpliente–, y que usualmente se resumen en el daño emergente y el lucro cesante.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Lucro cesante.

En términos generales podemos decir que el pago del personal contratado constituye uno de los gastos corrientes de cualquier empresa, de tal modo que pese a la eventual inexistencia de clientes con quienes contratar o trabajos que ejecutar, la firma debe cargar con los salarios del personal contratado; es el denominado “riesgo empresa”.

CONTRATO. Resolución del contrato.

El capital no es sino uno de los factores de producción de una empresa y por lo tanto son inherentes a su existencia. De modo pues que, tal como lo hemos señalado *supra*, para que los gastos corrientes de los factores de producción de una empresa sean resarcibles, es necesario demostrar que ellos se han generado directa y exclusivamente con el resuelto contrato.

TApel. Civ. y Com. Tercera Sala. 14-02-11. “Compulsas del Expte.: Reconstitución del Exp. Dyalco S.A. c. Municipalidad de Asunción s. Rescisión de contrato” (Ac. y Sent. N° 7)

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes;

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?

En su caso, ¿se dictó conforme a Derecho?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: Villalba Fernández, Buongermini Palumbo y Martínez Prieto.

A la primera cuestión planteada el Dr. Neri E. Villalba Fernández dijo: La parte recurrente al no haber fundado este recurso interpuesto, y siendo los

agravios vertidos por la misma en sustento de este recurso pudiendo ser resuelto por vía de la apelación también ejercitada, debiendo por ende ser declarado desierto al no haberse constatado en la resolución examinada vicios u omisiones procesales de naturaleza solemne o formal que autoricen a éste Tribunal a una declaración de nulidad de oficio, conforme lo establecen los Arts. 15 inc. b), 113 y 404 del Código Procesal Civil.

Opinión de la Dra. Buongermi Palumbo, dijo, de la nulidad: El recurrente no fundamentó el recurso de nulidad por el interpuesto; 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 su turno el Dr. Martínez Prieto, manifiesta: Que se adhiere al voto precedente.

A la segunda cuestión planteada, el Dr. Villalba Fernández prosiguió diciendo: Por la sentencia apelada N° 855 de fecha 26 de noviembre de 2007, la instancia anterior resolvió: “I.- No hacer lugar a la demanda de rescisión de contrato e indemnización de daños y perjuicios interpuesta por la firma Dyalco S.A. en contra de la Municipalidad de Asunción, por improcedente, de conformidad a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. II.- No hacer lugar a la demanda reconventional por rescisión de contrato e indemnización de daños y perjuicios interpuesta por la Municipalidad de Asunción en contra de la firma Dyalco S.A., por improcedente de conformidad a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. III.- Imponer las costas en el orden causado. IV.- Anotar...” (fs. 452/456).

De dicha sentencia recurre la parte actora y presenta su escrito de expresión de agravios, que obra a fs. 463/466, manifestando su desacuerdo con la sentencia pronunciada por el *a-quo*. Contra ella argumenta, que la instancia inferior no ha considerado los hechos probados por la firma actora, ya que, los testigos de la demandada han comparecido evasivamente a la pregunta sobre supuestas denuncias del mal servicio en la limpieza de las plazas. Mientras que, los testigos de su parte han manifestado afirmativamente que la firma actora ha cumplido fehacientemente con los servicios contratados. Que, esos elementos la instancia inferior lo ha mencionado en su resolución pero no lo ha tomado en cuenta en el juzgamiento. Manifiesta, que el Juzgado ha desvalorado ciertos instrumentos pero se sustenta en ellos para mencionar ciertas denuncias en contra de la firma actora. También cuestiona ciertos instrumentos agregados en

el expediente. Alega que el Juzgado se ha contradicho al afirmar que ambas partes no han podido probar el incumplimiento del contrato, sin considerar lo manifestado por los testigos. Y, menciona ciertas anormalidades procesales incurridas. Termina su exposición con la formulación del petitorio de rigor.

La contraparte contesta el traslado de los agravios de la parte actora fundando la defensa de la sentencia recurrida en los siguientes argumentos. Pide que el Tribunal revoque la sentencia en la parte que no hace lugar a la demanda reconventional y sobre esta pretensión argumenta en su escrito. Concluye su contestación, formulando el petitorio correspondiente.

Primeramente y por corresponder así en derecho, corresponde declarar desierta la contestación de la parte demandada (Municipalidad de Asunción) del recurso interpuesto de la parte actora. Es así que, conforme lo establece el Art. 419 del Código Procesal Civil, las partes tienen la carga de argumentar razonadamente el cuestionamiento y la defensa de la resolución recurrida. En ese orden, la representante convencional de la Municipalidad de Asunción, en su escrito no ha manifestado ningún argumento de defensa de la sentencia pronunciada por el Juzgado en cuanto no hace lugar a la demanda de rescisión de contrato e indemnización de daños y perjuicios promovido por la firma Dyalco Sociedad Anónima. Más bien, sí ha manifestado su agravio en contra del fallo en cuanto rechaza la demanda reconventional presentada por su parte, sin que la misma haya interpuesto recurso en contra de la sentencia en esa parte de la resolutive, deviniendo así improcedente este ejercicio.

Ahora, atendiendo al recurso de apelación fundado por la parte actora y de las constancias de autos a los efectos del reexamen de la sentencia en alzada, de debe partir de los elementos objetivos que hacen al agravio de la recurrente. Esto son: 1) Las pruebas testificales y; 2) las pruebas instrumentales.

En cuanto a la prueba testifical, que según la recurrente no ha sido valorada idóneamente por el Juzgado, este elemento probatorio está integrado por las manifestaciones de los testigos, señores: Emilio Aranda Agüero, Pedro Ramón Oviedo Zayas, Afloricio Olmedo Pérez, Felipe Alvarenga, Antonio Coscia Centurión y Carlos Galarza Jara.

En cuanto al testigo, Emilio Aranda Agüero, en su comparecencia ha dicho que el trabajo de la contratista era deficiente, pero que nunca había denunciado tal hecho. El testigo Pedro Ramón Oviedo Zayas, éste ha declarado que recibía quejas del mal servicio de la firma Dyalco, pero nunca había denunciado por

escrito estas anomalías, pero sí verbalmente a una funcionaria de la Municipalidad de nombre Bernardita Alvarenga. También ha dicho que él servía de nexo entre las comisiones vecinales y las dependencias de la Municipalidad. Y ha aclarado que él no tenía conocimiento del funcionario autorizado para la vigilancia del fiel cumplimiento del contrato. Por su parte, el testigo Afloricio Olmedo Pérez ha declarado que, en su función de chofer del ente municipal él se encargaba de retirar las basuras existentes en las plazas y que los primeros tiempos la firma encargada de la limpieza retiraba las basuras, pero luego fue la Municipalidad quien lo hacía. El testigo Felipe Alvarenga manifiesta que él se encargaba de fiscalizar las plazas a cargo de la firma contratista para la limpieza, por orden de su superior, ya que existían denuncias del mal estado de estas en cuanto a la limpieza y las basuras que se juntaban. Mientras que el testigo Antonio Coscia Centurion ha declarado que él era el único designado para la fiscalización de los trabajos de limpiezas de las plazas por la parte de la firma Dyalco y que nunca recibió denuncia en contra del servicio y que siempre la firma actora ha cumplido con lo contratado. Y el último testigo ha dicho que, como jefe de la Dirección de Medio Ambiente de la Municipalidad, él era encargado de la vigilancia de los trabajos de mantenimiento de las plazas por parte de la firma y que nunca se recibió denuncia alguna en contra del servicio. Él encargaba de fiscalizar en el lugar los trabajos y siempre fueron realizados correctamente.

En cuanto a las pruebas instrumentales que constan en el expediente, éstas no aclaran con suficiencia el cumplimiento o incumplimiento del contrato entre las partes. Si bien existen memorandos de supuestas quejas del mal servicio por parte de la firma Dyalco, el ente municipal, ante tales denuncias no ha ejercitado su derecho conforme a las cláusulas del contrato de prestación de servicio, lo cual desmerita el valor instrumental de tales denuncias.

En cuanto al análisis de las pruebas testificales, lo concreto es que, de los testigos que han declarado, solo dos tienen la virtualidad de estar acreditados para la vigilancia del fiel cumplimiento del servicio de mantenimiento de las plazas. Uno—Antonio Coscia Centurión—por tratarse del funcionario municipal autorizado legalmente para la fiscalización de los trabajos de mantenimiento, y el otro, el señor Carlos Galarza Jara, por ser la autoridad de la Dirección de Medio Ambiente del ente municipal, autorizado por resolución municipal. Los cuales han manifestado que los trabajos realizados por la firma actora no tenían

reparo alguno en la calidad del servicio brindado. Lo concreto es que, ante lo constatado por los otros funcionarios de rango inferior y no autorizados para la fiscalización y ante las denuncias, la autoridad municipal debió recurrir ante los funcionarios que debidamente se encontraban autorizados, lo cual no fue así, porque este extremo no consta en el juicio.

Entonces, queda la duda del mal cumplimiento del contrato por parte de la firma Dyalco, ya que el ente municipal no ha ejercitado sus derechos que le otorga el contrato celebrado entre las partes y las instrumentales que ha arriado al juicio no reúnen las condiciones procesales para su idoneidad y los testigos que ha ofrecido se desvanecen en sus manifestaciones ante la declaración de otros con más autoridad.

En conclusión, de todo el criterio expuesto precedentemente por este Miembro corresponde revocar parcialmente la sentencia apelada, en el primer párrafo de la resolutive, haciendo lugar a la demanda de rescisión de contrato e indemnización de daños y perjuicios a favor de la firma Dyalco S.A. en contra de la Municipalidad de Asunción, condenando a la demandada al pago de Gs. 16.687.728, el producto del monto básico mensual hasta la finalización del contrato. En cuanto, a los otros rubros demandados, éstos no se encuentran suficientemente acreditados en el proceso, no correspondiendo así su imputación.

En cuanto a las costas ellas deberán ser impuestas en el orden causado.

Opinión de la Dra. Buongermini Palumbo, dijo: Apelación: En autos se trata de establecer la procedencia de una demanda de rescisión de contrato e indemnización de daños y perjuicios iniciada por la firma Dyalco S.A. en contra de la Municipalidad de Asunción. Asimismo, ha sido planteada la reconvencción por parte de la Municipalidad, en la cual ésta solicita también la resolución y reclama el resarcimiento de daños y perjuicios contra la parte actora, Dyalco S.A. Sin embargo, debemos sentar la base de nuestro análisis y enfocarnos únicamente en la demanda promovida por la parte actora, ya que la reconvencción ha sido rechazada en la instancia inferior, y no ha sido objeto de apelación por la reconviniente. Una vez aclarado esto, pasaremos al estudio de la acción planteada, para determinar la procedencia o no de la misma.

La relación contractual de la parte actora y demandada tiene su origen en la licitación pública N° 08/96 (fs. 26/47) efectuada para la contratación del servicio de mantenimiento de plazas y parques. A raíz del citado concurso se formalizó posteriormente el contrato entre la firma Dyalco S.A. y la Municipalidad de

Asunción de fecha 10 de diciembre de 1996 (fs. 60/66), cuya resolución se pretende. Esencialmente, de lo manifestado por la firma demandante (promoción de la demanda, fs. 104/107), la acción tiene como argumento la suspensión de los trabajos dispuesta unilateralmente por la Municipalidad de Asunción mediante un telegrama colacionado remitido a la firma contratista en fecha 15 de febrero de 1999 (fs. 67), en el que se comunicó dicha suspensión. Señala también la demandante que la suspensión solicitada por la Municipalidad contravino lo establecido en el pliego de bases y condiciones generales –fuente del contrato posteriormente suscripto– puesto que el ente público no le notificó su decisión de suspender los trabajos con la convenida anticipación de cuarenta y ocho horas. Luego la demandante sostiene que al cabo de sesenta días de operada la suspensión aludida nació su derecho de exigir la resolución del contrato y la indemnización correspondiente. La firma demandante aduce que todo ello se basa en lo estipulado en el pliego de bases y condiciones de la licitación y el consiguiente contrato concertado entre las partes hoy litigantes. Culmina exigiendo el resarcimiento de los daños y perjuicios en dos rubros distintos: gastos improductivos –que habrían sido pactados en el contrato– y el lucro cesante, lo que en total asciende a una pretensión de G. 211.167.356.

Por el otro lado, al contestar la demanda (fs. 137/147) la representante de la Municipalidad de Asunción manifiesta que la suspensión de los trabajos se debió al incumplimiento de la firma Dyalco S.A., en relación con la calidad del servicio ofrecido, el cual, según el ente municipal, era deficiente. Afirmo que la situación ya había sido objeto de informes anteriores en los que se manifestaba que el trabajo de la contratista no era satisfactorio, y que por ello se optó por la suspensión de las tareas objeto del contrato, en virtud de la reserva establecida para ese efecto a favor de la Municipalidad. En síntesis, sostiene que debido al previo incumplimiento de la firma Dyalco S.A. en cuanto a la prestación pactada, según las bases y condiciones, así como lo establecido en el contrato, la suspensión de los trabajos no le es imputable a su parte, mucho menos las indemnizaciones reclamadas.

Así entonces, en primer término podemos decir que la discusión se centra en determinar si la suspensión de los trabajos –y la no reanudación de los mismos–, por parte de la Municipalidad, es atribuible a ésta como incumplimiento del contrato y causal de resolución del mismo o, si por el contrario, la citada suspensión le es imputable a la firma Dyalco S.A., por el alegado deficien-

te desempeño en el cumplimiento del servicio prestado. En el primer supuesto estaríamos ante un incumplimiento contractual de la parte demandada y en el segundo, por el contrario, de la parte actora. Luego de dirimida tal cuestión, determinaríamos si corresponde o no el resarcimiento de daños y perjuicios que se hubiesen producido en consecuencia.

Como es bien sabido, el contrato constituye una de las varias fuentes de obligaciones, del cual surge un acuerdo de voluntades de las partes a los efectos de producir efectos jurídicos. La regla fundamental de las relaciones contractuales, en lo referente a sus efectos, está normada en el art. 715 del Cód. Civil que reza: “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”. El convenio contractual origina obligaciones conforme con lo expresado y plasmado por las partes, las cuales deben ser cumplidas. Ante una hipótesis opuesta, vale decir, el incumplimiento de lo pactado, la norma prevé –siempre que se trate de contratos bilaterales– la posibilidad de exigir al incumplidor su ejecución, su resolución, o bien ambas cosas, con los daños y perjuicios correspondientes (art. 725 del Cód. Civil). Amén la consideración de tales normas, la solución sobre la cuestión debatida necesariamente atenderá a lo pactado y acordado por las partes intervinientes en el contrato suscrito, para determinar si existió o no algún incumplimiento que genere la posible resolución del mismo.

Resulta oportuno mencionar, por su lado, que la naturaleza del presente contrato adquiere una cierta particularidad dado que en calidad de parte del mismo intervino un ente público, como lo es la Municipalidad de Asunción. Tal circunstancia implica la existencia de una previa y pública licitación al contrato propiamente dicho, para la cual se establecieron bases y condiciones generales –de carácter vinculante– que regirían al posterior contrato del servicio requerido, una vez concluido el concurso. En efecto, se desprende del propio pliego de bases y condiciones obrante a fs. 26/59 que su objeto es “...establecer las condiciones generales, legales y administrativas que regirán el contrato de prestación de servicios, a los efectos de llevar a cabo su ejecución...” (fs. 45). Entonces, pues, no solo el contrato sino también el pliego de bases y condiciones forma parte del acuerdo y éste debe asimismo ser incluido, considerado y analizado como instrumento reglamentario para definir los derechos y obligaciones que se originaron en la relación jurídica de los contratantes.

En primer lugar entonces procederemos al examen de lo estipulado en el contrato en cuestión, considerando lo alegado y señalado por las partes en la presente demanda. Así también se hará el análisis de lo establecido en el pliego de bases y condiciones, el cual, repetimos, tiene carácter vinculante entre la administración y la entidad contratante.

Por un lado, como ya lo hemos expuesto *ut supra*, la parte demandante funda su derecho de resolver el contrato en el hecho de que la suspensión de trabajos –sin el aviso anticipado de cuarenta y ocho horas– ordenada por la Municipalidad de Asunción, se extendió por el período de sesenta días. Tanto el pliego de bases y condiciones como el contrato mismo aluden a tales circunstancias. El primero, en su artículo trigésimo tercero (fs. 51), referente a la suspensión de los trabajos, en el numeral 1º, establece que la Municipalidad se reserva el derecho de ordenar la suspensión de cualquier tarea objeto del contrato, o su paralización, con una anticipación de cuarenta y ocho horas notificada al contratista. En el mismo artículo en el numeral 4º, sin embargo, se estipularon como derechos del contratista que el mismo podría solicitar la reanudación de los trabajos si la suspensión fuese por un período consecutivo de treinta días (párrafo segundo). Y, en el caso en que concurriesen otros treinta días de suspensión –totalizando sesenta días corridos– “...el contratista podrá considerar la suspensión como desistimiento de la Municipalidad en cuanto a la prosecución del Contrato...” (párrafo tercero). No obstante ello, en la última línea del mismo párrafo se sienta como condición general que tal desistimiento no puede ser considerado en los casos en que la suspensión se haya producido por faltas debidas al contratista. Las citadas disposiciones concuerdan con el artículo cuadragésimo segundo, numeral 2º, del pliego de bases y condiciones (fs. 58) y la cláusula décimo séptima del contrato, los cuales facultan al contratista a resolver del contrato ante la suspensión prolongada por el plazo de sesenta días.

Notamos así que las disposiciones acordadas conceden una indiscutible facultad a favor de la firma contratista: la potestad de resolver el contrato cuando los trabajos o tareas –que fueran objeto del mismo– se suspendieran por un ininterrumpido plazo de sesenta días. Esto, siempre y cuando dicha suspensión no fuere imputable al contratista por alguna falta cometida. Se desprende de lo estipulado la figura del pacto comisorio expreso, entendido tal como la cláusula que faculta a la parte cumplidora del contrato a exigir su resolución de la que no lo cumpliera. Reviste la calidad de “expreso”, puesto que se encuentra

insertado como cláusula del contrato por las partes, a diferencia del pacto comisorio tácito, previsto en la ley para suplir el eventual vacío contractual (Art. 725 Cód. Civil).

En estas circunstancias, pues, la posibilidad de resolver el contrato se limita a una condición, que no haya habido incumplimiento –como causante decisivo para la suspensión– por parte de la firma contratista. Justamente, la defensa de la parte demandada para desestimar la acción promovida surge del supuesto incumplimiento imputable a la firma accionante. En efecto, como ya lo hemos expuesto más arriba, la parte accionada responde la demanda básicamente alegando que el servicio prestado por la firma contratada era deficiente, no era satisfactorio y que los trabajos no se efectuaron óptimamente. Todo ello, manifiesta, derivó en la suspensión de los trabajos ordenada por la Municipalidad, en facultad de la reserva pactada. La defensa de la parte demandada se resume fundamentalmente en el cumplimiento defectuoso de la prestación para la que fuera contratada la firma Dyalco S.A. A este respecto –cumplimiento defectuoso- cabe realizar algunas consideraciones generales en materia de contratos, previas al *quid* del debate.

Bien sabido es que el incumplimiento del contrato faculta a la parte no responsable de él a pedir su resolución, además de los daños y perjuicios que aquél pudo haber acarreado. Ahora bien, la cuestión consiste en juzgar al cumplimiento defectuoso o deficiente del contrato como equivalente al incumplimiento determinante y suficiente para la resolución del mismo. Se establece en el art. 724 del Cód. Civil que, en cuanto a contratos, es improcedente su resolución si el incumplimiento de una de las partes reviste escasa importancia y no compromete el interés de la otra. Interpretada la citada norma a *contrario sensu*, lógicamente podemos inferir que si el incumplimiento de una parte es importante y además compromete al interés de la otra, es suficiente para la fundabilidad de la acción resolutoria. Siguiendo este razonamiento, lo mismo sucedería en relación con cumplimientos defectuosos, es decir, influirían en la resolución del contrato siempre que revistan la importancia debida y afecten el interés de la parte cumplidora.

Volviendo específicamente al caso que nos compete, la deficiencia en el cumplimiento de la prestación, argumento señalado por la parte demandada para sustentar la suspensión ordenada por su parte –y desacreditar así la facultad de resolver el contrato de la actora–, hace alusión a la prestación que fuera

objeto del contrato, vale decir, al servicio de mantenimiento y conservación de plazas y parques. Ciertamente podemos decir que tal supuesto incumplimiento reviste una notoria importancia, en atención a que está estrechamente vinculado con el objeto principal del acto jurídico, lo cual, lógicamente, afecta el interés de las partes.

Consecuentemente, el cumplimiento deficiente o defectuoso de esta prestación, que es principal, de tenerse certeza de que el mismo efectivamente haya ocurrido, adquiriría suma relevancia en la presente acción de resolución.

Recordemos nuevamente que la condición para la procedencia –por parte de la contratista– de la resolución del contrato, en aplicación del artículo trigésimo tercero del pliego de bases y condiciones, concordante con el artículo cuadragésimo segundo, numeral 2º, del mismo pliego, y la cláusula décimo séptima del contrato, consiste en que la suspensión de los trabajos no se haya producido por faltas del contratista. Por consiguiente, de constatarse las “faltas” alegadas por la Municipalidad, imputables a la contratista respecto del cumplimiento del contrato, la resolución de éste no procedería.

En este orden de cosas, de lo razonado hasta aquí, podemos deducir que la solución del debate está precisamente en determinar si el cuestionado cumplimiento de la firma demandante ha sido realmente defectuoso o deficiente, lo que importaría el incumplimiento de la prestación principal de servicio acordada, en cuyo caso la resolución reclamada no tendría éxito, por ser la suspensión ordenada por la Municipalidad imputable a la incumplidora. En caso contrario, la firma Dyalco S.A. estaría facultada a exigir la resolución promovida, en mérito de lo estipulado por las partes contratantes.

El *quid* del litigio reside en lo cuestionado por la accionada, el servicio prestado por la firma contratista, en consecuencia, corresponde centrarnos en él y en el material probatorio a él referido a los efectos de esclarecer la controversia sobre tal hecho, la prestación que fuera reputada de defectuosa e ineficiente.

De la revisión de las pruebas arrimadas por las partes notamos que éstas, principalmente, guardan relación con el hecho controversial que se debate, vale decir, la calidad del servicio de Dyalco S.A. en ejecución de los trabajos, en donde, justamente, se centra la cuestión. Dichas pruebas analizaremos sucesivamente a continuación.

En primer lugar, obran a fs. 114 y 115 instrumentales agregadas por la parte demandada en la que se constatan informes sobre el mantenimiento de

plazas. El informe de fs. 114 data de fecha 07 de diciembre de 1998, dirigido al “Lic. Víctor Domínguez, director de Medio Ambiente” del que se desprende, a pesar de la escasísima legibilidad de la copia, un resumen del trabajo de mantenimiento de varias plazas a cargo de la firma contratada. Dicho resumen apunta a un defectuoso desempeño en el mantenimiento de algunas de plazas, mientras que sobre otras se advirtió su buen estado. Al pie del informe, sin embargo, consta la firma del responsable pero sin aclaración o sello alguno que conduzca a determinar el origen o la proveniencia del informe, es decir, la dependencia de la cual emanó la instrumental. Ello resta considerable eficacia probatoria a tal documento. Luego, a fs. 115 obra también otro informe, de fecha 25 de febrero de 1999 dirigido a la “Lic. María E. de Sborosvky, Coord. Dpto. Espacios Verdes”, por medio del cual se relatan condiciones pésimas en el mantenimiento de las plazas, así como un deficiente servicio de limpieza, entre otros. El informe está firmado por “Emilio Aranda A., Jefe de Unidad de Obras Civiles” como se desprende de la firma y sello adjuntados al pie de la nota. Fácilmente podemos decir aquí que el dato que desacredita la fuerza probatoria de esta instrumental reside en la fecha en que fue realizada –25 de febrero de 1999–, la cual ya es posterior a la fecha de suspensión de los trabajos –15 de febrero de 1999–, tal como consta en el colacionado de fs. 67, además de ser un hecho admitido por el ente demandado. En tal sentido, en el contexto que se encuadra el presente litigio, el informe carece de relevancia puesto que poco influye el estado y las condiciones en que se encontraban las plazas o parques luego de la suspensión de los trabajos, cuya ejecución ya no estaba a cargo de la contratada.

Por otro lado fueron agregadas varias instrumentales por la parte actora: primero consta un informe de fecha 19 de marzo de 1998 (fs. 148) dirigido al Director de Medio Ambiente, remitido por “Sergio López, Jefe de Unidad de Mantenimiento”, que denota que las plazas cuyos servicios de mantenimiento se habían tercerizado se encuentran en buenas condiciones. En segundo lugar obra un gran número de instrumentales del mismo tenor, reiterados memorandos de distintas fechas, todos ellos emanados por el “Arq. Antonio Coscia, Unidad Técnica de Áreas Verdes” y dirigidos a la Dirección de Medio Ambiente (fs. 149/152, 183, 184, 195, 196, 204, 212, 213, 225, 226, 232, 233, 244, 248/250, 260, 261, 265, 266, 273, 274). Tales instrumentales traducen un periódico control de dependientes de la Municipalidad en cuanto a la ejecución de los trabajos en las

plazas, y, en algunos casos, recomiendan el correspondiente pago por los servicios prestados. Es de destacar que en los ante mencionados informes se comunica a la Dirección de Medio Ambiente de la Municipalidad que los lugares de mantenimiento y conservación se encontraban en buen estado y que los trabajos se ejecutaban regularmente. Inclusive consta en el de fecha 04 de noviembre de 1998 que Dyalco "... hasta la fecha, ha venido realizando tareas de manera eficaz..." (fs. 150). Merece cercana atención asimismo el de fecha 15 de febrero de 1999 –fecha de suspensión de los trabajos– del cual se desprende que las plazas se hallaban en excelente estado de conservación (fs. 152). A estas instrumentales nos referiremos más adelante al tratarlas conjuntamente con la audiencia de reconocimiento de firma y las testificales formuladas.

Fueron también agregadas con las instrumentales recientemente mencionadas varias órdenes de servicio mediante las cuales la empresa Dyalco S.A. detallaba a la Municipalidad de Asunción el presupuesto y los lugares de ejecución de los trabajos. Si bien dichos documentos demuestran la regularidad y periodicidad con que las labores se llevaban adelante, no se especifica o demuestra en ellos la calidad del servicio prestado, que hace al punto álgido de la cuestión debatida, por lo tanto no nos detendremos en su examen.

Siguiendo con el análisis de los documentos probatorios, se advierten varias fotografías agregadas por ambas partes en estos autos. De lo alegado respecto de las imágenes se desprende que por un lado unas, las agregadas por la parte actora (fs. 153/182), demostrarían la buena calidad del servicio prestado y las óptimas condiciones en que se encontraban los lugares de ejecución de los trabajos y por el contrario, las añadidas por la parte demandada (fs. 119/130) probarían el defectuoso y deficiente desempeño de la firma Dyalco S.A. Ahora bien, en este menester resulta oportuno mencionar que estos autos han pasado por un proceso de reconstitución, lo que implica el extravío del expediente original y la posterior agregación de copias de las instrumentales y fojas originales. El problema radica aquí en que las copias de las fotografías agregadas exponen imágenes difusas e indefinidas de las que no se puede constatar lo afirmado por las partes ni en un sentido ni en otro. Por tanto, la vaguedad de las imágenes les sustrae fuerza probatoria y las torna ineficaces a tal efecto.

Por último nos resta analizar las audiencias llevadas adelante en el período probatorio. La parte demandada ha ofrecido cuatro testigos: Emilio Argüello (fs. 347), Pedro Oviedo (fs. 349) Aflorcio Olmedo (fs. 350) y Felipe Alvarenga (fs.

363). Además de ello, la absolución de posiciones del representante de la firma demandante (fs. 356).

Primeramente nos referiremos a las testificales. Aquí cabe apuntar como cuestión previa que los testigos ofrecidos son todos empleados de la Municipalidad, es decir, se encuentran comprendidos dentro de las generales de la ley previstas exclusivamente para el caso de declaraciones testificales (art. 328 Cód. Proc. Civ.). En este sentido, si bien la relación de dependencia de todos los testigos ofrecidos no necesariamente conlleva a desmeritar sus declaraciones, resta convicción a la prueba. No obstante ello, debemos igualmente analizar lo manifestado por aquéllos para determinar su relevancia en el juicio.

En términos generales podemos notar que los testigos concuerdan con que el mantenimiento y la conservación de las plazas eran ineficientes y hubo defectos en el servicio prestado, advertido ello por el estado en que se encontraban aquéllas. Según sus expresiones, les consta lo manifestado personalmente, por fiscalizaciones, controles y/o trabajos realizados en los lugares de trabajo fijados en el contrato, y, en el caso del Sr. Pedro Ramón Oviedo Zayas, también a través de quejas por parte de las residentes de las zonas respectivas. Ahora bien, dentro del cargo que cada uno manifestó desempeñar en la Municipalidad surgen dudas respecto de la relevancia de sus testimonios. Así pues, el Sr. Emilio Argüello dijo trabajar –al momento de notar los trabajos ineficaces– en el Departamento de Espacios Verdes, donde tenía a su cargo el mantenimiento de plazas y parques. Por su parte el Sr. Pedro Ramón Zayas expresó ser encargado de la Zona B del Departamento de Espacios Verdes dependiente de la Dirección de Obras, y que servía de nexo entre las comisiones vecinales y el Departamento de Espacios Verdes y recibía los reclamos. Luego el Sr. Aflorcio Olmedo Pérez dijo ser el chofer del Departamento de Espacios Verdes y que sus superiores les encomendaban a él y demás funcionarios a retirar la basura de las plazas. En último lugar, el Sr. Felipe Alvarenga señaló ser fiscalizador de plazas y parques, que a través de la ingeniera Mabel de López llevaba adelante la fiscalización de las plazas tercerizadas una vez que se produjeron las quejas sobre éstas, ya que según el testigo antes de los reclamos tenía impedida la fiscalización de las mismas. Así pues, de lo manifestado por los testigos notamos que cada uno de ellos cumplía un cargo diferente dentro de la Municipalidad, y no obstante ello, uniformemente todos aluden cumplir similares funciones: el control, el mantenimiento y la conservación de las plazas y parques. No se concibe de las decla-

raciones una idea clara sobre la función que correspondía a cada uno en cuanto a las plazas y parques, más aún relacionando el cargo que desempeñan con el trabajo que manifestaron les fue encargado. Tal es el caso del Sr. Aflorcio Olmedo Pérez quien dijo ser el chofer del Departamento de Espacios Verdes y a su vez expresó también le correspondía retirar basuras de varias plazas de la ciudad, lo cual razonablemente no concuerda con la función de conductor que alegó tener. Por otro lado todos los testigos, con excepción del Sr. Felipe Alvarenga, dieron una respuesta negativa a la pregunta ampliatoria formulada por el representante convencional de la parte actora respecto de si fueron nombrados como nexos entre la firma Dyalco S.A. y la Municipalidad de Asunción para fiscalizaciones de los lugares de trabajo, en virtud del contrato suscrito. El Sr. Felipe Alvarenga por el contrario, declaró ser fiscalizador de plazas y que su superior le ordenó el control sobre las plazas a cargo de Dyalco S.A. porque existían quejas sobre ellas. Sin embargo tampoco ha manifestado específicamente, dentro de la Municipalidad, para cuál dependencia, dirección o departamento se desempeña, lo que resulta confuso e incierto. Debemos advertir en relación con las testificales, que no consta en estos autos documento alguno que sustente las declaraciones efectuadas por los testigos, es decir, alguna instrumental o prueba similar que respalde sus declaraciones; tales como constancias escritas sobre los reclamos supuestamente recibidos por los dependientes de la Municipalidad, informes de sus alegadas actuaciones, rendidos sobre el defectuoso estado de las plazas, etc. Únicamente obran las instrumentales de la parte demandada a las que ya nos hemos referido supra.

Por tales circunstancias, vemos que las declaraciones testificales formuladas avalan solo débilmente el extremo que fuera alegado por la parte demandada, aunque, de todas maneras, debemos seguir con el análisis del material probatorio para extraer así una conclusión fidedigna.

La absolución de posiciones del representante de la firma demandante obra a fs. 356/357. En ésta el Abog. Alcides Delagrancia González, en nombre de la firma Dyalco S.A., contestó las posiciones que le fueran interrogadas. Del examen de la confesoria no se puede extraer ningún dato de real relevancia para la solución del caso, ya que el absolvente se atiene a desacreditar el supuesto incumplimiento de su mandante, aclarando que se cumplieron todas las obligaciones establecidas en el contrato.

Seguidamente procederemos al examen de las testificales ofrecidas por la parte actora, así como también al del reconocimiento de firma de fs. 371.

A fs. 372 obra la testifical del arquitecto Antonio Coscia Centurión, dependiente de la Municipalidad de Asunción, la que, contrariando las testificales de los demás funcionarios del mismo ente público, manifiesta que la firma Dyalco S.A. sí cumplió con todas sus obligaciones, de forma óptima. Además afirmó que las fiscalizaciones de los servicios prestados por Dyalco S.A. fueron aprobadas por su óptima calidad. Al responder la pregunta ampliatoria formulada por la representante de la Municipalidad referente a su nombramiento como fiscalizador para controlar la calidad del servicio de la contratista –misma pregunta que los funcionarios antemencionados respondieron de manera negativa– respondió que el ing. Galarza, de la Dirección de Medio Ambiente lo nombró como tal, aclarando que era él el único fiscal de las plazas tercerizadas. Esta declaración necesariamente se vincula con la del ingeniero Carlos Alberto Galarza, también dependiente de la Municipalidad de Asunción, en razón de que aquél, según el anterior testimonio, autorizó al arquitecto Coscia para fiscalizar las plazas y parques a cargo de la firma demandante. En efecto, ante la interrogante concerniente a tal nombramiento, el testigo –Ing. Galarza– afirmó haber autorizado, en carácter de Director de Medio Ambiente, al arquitecto Antonio Coscia para emitir órdenes de trabajo y fiscalización para su aprobación de los servicios prestados. Más aún, afirma que él fue nombrado como encargado de la fiscalización del servicio objeto del contrato, mediante resolución de la Junta Municipal, y en calidad de encargado de la fiscalización facultó a Antonio Coscia como fiscalizador. (fs. 373). De esta manera, las testimoniales ofrecidas por la parte actora, de propios dependientes de la Municipalidad de Asunción, afirmaron que la calidad de los servicios prestados no sufrió deficiencia alguna, al menos alguna que nos lleve a concebir concluyentemente que el cumplimiento del contrato fue defectuoso. Ambos testigos declararon ser fiscalizadores de la Dirección del Medio Ambiente de la Municipalidad de Asunción, y considerando la afirmación del ing. Galarza de ser nombrado por resolución de la Junta Municipal como encargado de la fiscalización del servicio prestado, y siendo ambos funcionarios de la parte accionada, es factible tener sus testimonios como verdaderos y convincentes a fin de tener una idea cierta del estado en que se encontraban los lugares de ejecución de los trabajos, así como del servicio prestado por la empresa contratada. Mayor convicción adquiere la declaración del Arq. Antonio Coscia tras reconocer como suyas las firmas de los memorandos presentados por la firma accionante (fs. 371), donde se constatan también las

buenas condiciones y una responsable ejecución de los servicios, como lo expusimos más arriba.

Ahora bien, no obstante lo expuesto hasta aquí, se suscita una verdadera contradicción de hechos entre lo declarado por los dependientes de la Municipalidad de Asunción, ya que como vimos algunos –los ofrecidos por la parte demandada– señalan las defectuosas condiciones en que se encontraban las plazas y el deficiente cumplimiento del servicio ejecutado, y otros –los ofrecidos por la parte actora– señalan lo contrario. A pesar de lo que ya señalamos en relación con las testificales ofrecidas en el presente juicio, su idoneidad y eficacia probatoria, debemos remitirnos a la ley orgánica municipal para determinar a quién o a qué dependencia corresponde efectivamente la tarea de fiscalización, control y mantenimiento de las plazas y los parques del municipio.

El pliego de bases y condiciones, al igual que el contrato suscrito, se remontan al año 1996, por lo que la ley “Orgánica Municipal” aplicable al caso es la 1.294/87 que regía en ese tiempo. La precitada norma en lo referente a la competencia de los municipios, y, para la organización y distribución de funciones, detalla “comisiones asesoras permanentes” tales como: a) legislación; b) hacienda y presupuesto; c) obras públicas y servicios; d) planificación y urbanística; e) higiene, salubridad y servicio social; f) educación, cultura, deporte y turismo; g) Recursos naturales y medio ambiente; h) moralidad y espectáculos públicos; i) Seguridad y tránsito (art. 33). En el art. 34 luego la ley aclara que la Junta Municipal podrá fusionar las comisiones asesoras permanentes, crear o designar comisiones especiales, cuando así lo estime necesario para el cumplimiento de funciones. Amén de ello, se constata que la clasificación señalada es meramente enunciativa y no taxativa, pasible de sufrir modificaciones cuando la Junta Municipal así lo disponga. Seguidamente se establecen los deberes y atribuciones de la Junta en relación con la planificación física y urbanística (art. 41), dentro de los cuales se encuentra el de “...dictar normas relativas a la...conservación de parques, plazas...municipales...”. Así, correspondería a la comisión de “planificación física y urbanística” reglamentar las normas referentes a la conservación de parques y plazas, al igual que nombrar los responsables fiscalizadores. Empero, repetimos, la clasificación dispuesta en la orgánica es simplemente enunciativa y está sujeta a modificaciones.

De todas maneras, en estos autos no consta resolución municipal alguna que justifique y determine a qué dependencia o a quién se atribuye la fiscaliza-

ción general de parques y plazas del municipio de Asunción, mucho menos la de aquéllos cuyo mantenimiento y conservación recaían sobre la firma Dyalco S.A. En consecuencia, debemos remitirnos a lo acordado por las partes en el contrato en cuestión, en el cual expresamente se estableció un órgano para el efecto. En el artículo vigésimo noveno del pliego de bases y condiciones, numeral 3° (fs. 48), consta el procedimiento concertado por las partes en el caso de “trabajos mal ejecutados”, dicho artículo textualmente dispone: “Cuando en el curso de la realización del servicio la inspección considera que un trabajo es defectuoso, ordenará al contratista su corrección y fijará un plazo para llevarlo a cabo.” Así, ante un eventual mal desempeño del servicio por parte de la firma contratista se estipuló el modo corregir el defecto, fijando un plazo para dicho proceder, previa orden de la “inspección”; esta última, entendida como una dependencia de la Municipalidad encargada de inspeccionar la ejecución de los trabajos. En efecto, el mismo pliego en su artículo cuadragésimo, numeral 1° (fs. 54), establece que la Municipalidad ejercerá sobre la contratista un estricto control de la calidad de los servicios prestados, a través de un órgano de control, encargado de la “...supervisión, inspección y auditoria de los servicios del Contratista...”. La misma disposición contractual agrega más adelante que el mismo “órgano de control” será el nexo de las relaciones entre la Municipalidad y el contratista. (fs. 55, párrafo primero). Luego, en la cláusula décimo primera (fs. 63) del propio contrato se estipuló que el control de la calidad del servicio prestado por la contratista sería fiscalizado por la Municipalidad a través de un “...Órgano de Control, dependiente de la Dirección de Medio Ambiente y cuyos miembros serán designados por la misma...”, y mediante el mismo órgano también se desarrollarían las relaciones entre la Municipalidad y el contratista.

En mérito de las cláusulas contractuales señaladas queda entonces razonablemente claro que es la Dirección de Medio Ambiente la dependencia responsable de la fiscalización y el control de las zonas de ejecución de los trabajos; los informes emanados de aquélla debemos tomarlos como suficientemente idóneos y fehacientes a los efectos de determinar la calidad del servicio prestado. Por consiguiente, las declaraciones del propio director del medio ambiente Ing. Galarza, la del arquitecto Antonio Coscia –quien emitió los memorandos agregados en autos–, adquieren fuerza probatoria suficiente para desacreditar el alegado cumplimiento defectuoso o deficiente de la firma contratista.

En este orden de cosas, la suspensión *sine die* de los trabajos –y la no reanudación ulterior de los mismos– ordenada por la Municipalidad de Asun-

ción es un incumplimiento contractual imputable a la misma, suficiente para proceder a la terminación del contrato por la vía resolutoria, con las consecuencias de responsabilidad que de este hecho se derivan.

Finalmente, lo que restaría definir es el *quantum* indemnizatorio. La firma Dyalco S.A. en su escrito de promoción de la demandada reclama el monto de G. 211.167.356, del que se desprenden los rubros mencionados por la peticionante: gastos improductivos G. 16.687.728; salarios a trabajadores contratados G. 76.887.720; pago de créditos solicitados por la incorporación de equipamiento para la recolección de residuos G. 26.096.580; lucro cesante G. 50.000.000.

Haremos alusión primeramente a los gastos improductivos. Éstos se encuentran considerados en el pliego de bases y condiciones de la licitación realizada por el ente público demandado. En efecto, en el artículo trigésimo tercero, referente a la suspensión de los trabajos, numeral 3º, se acordó la indemnización de los gastos improductivos que la firma contratista demostrare haber sufrido como consecuencia de la suspensión de los trabajos por parte de la Municipalidad, siempre que la suspensión no tenga como causa actos o negligencia imputables a la primera (fs. 51). El límite fijado para el resarcimiento del mencionado rubro es un monto no superior al diez por ciento del valor de los trabajos, a precios básicos, por el período de suspensión señalado. Como hemos concluido supra que la suspensión de los trabajos es imputable a la Municipalidad de Asunción, la indemnización estipulada y reclamada en este rubro es procedente. Para la estimación del monto es necesario partir del “valor de los trabajos, a precios básicos”, tal como lo estipula el pliego. Como sustento probatorio del valor de los trabajos se han agregado varias facturas de pago emitidas mensualmente por la firma Dyalco S.A. a la Municipalidad de Asunción, todas ellas por el monto de G. 16.876.728 (fs. 68/73), expedidas al final de cada mes. En dichas facturas se detalla el tipo de servicio que fuera abonado, que guarda relación con el objeto del presente contrato. Razonablemente entonces podemos inferir que dicho monto corresponde al pago mensual que realizaba el ente público a la firma contratista por la ejecución de los servicios. Recordemos que según lo estipulado por las partes contratantes, el límite del monto indemnizatorio es el diez por ciento sobre el valor de los trabajos, entonces, en base a G. 16.876.728 mensual, sería G. 1.687.672. Ésta suma debe ser multiplicada por el período de tiempo en que los trabajos se encontraban suspendidos. Se entiende que ello debe ser así porque el artículo sobre los gastos improductivos establecido en el

pliego de bases y condiciones claramente dispone que tal resarcimiento se refiere únicamente al tiempo de suspensión de las tareas. Así entonces, el plazo de suspensión de los trabajos empieza el 15 de febrero de 1999 (fs. 67) y culmina con la voluntad de resolver el contrato por parte de la firma Dyalco S.A., comunicada a la Municipalidad de Asunción mediante cédula de notificación de fecha 12 de octubre de 1999 (fs. 109). Se entiende, pues, que con la voluntad de resolver el contrato concluye el período de suspensión, tras exteriorizar la firma contratista su intención de finiquitar el contrato. El plazo antedicho, entre la suspensión y la terminación definitiva de la relación contractual arroja un total de siete meses y veintisiete días de suspensión de trabajos. Tal período de tiempo, a G. 1.687.672 mensuales, da la suma de G. 13.332.608,8 en concepto de gastos improductivos.

Conviene aquí hacer una aclaración relevante para la determinación de los rubros indemnizatorios. Se distinguen dos tipos de daños vinculados con las particularidades y circunstancias del caso; a saber: los daños de la suspensión y los daños de la resolución del contrato. Ciertamente podemos decir que los daños de la suspensión son aquellos originados en el período en que la ejecución de los trabajos se encontraba suspendida, tal es el caso de los gastos improductivos recientemente analizados. Por su parte, los daños de la resolución del contrato son aquellos consecuentes con la terminación de la relación contractual, e imputables a la parte que dio lugar a dicha terminación –en relación de sinalagma, la parte incumpliente–, y que usualmente se resumen en el daño emergente y el lucro cesante. A su estudio y pertinencia nos abocaremos a continuación.

En cuanto al rubro reclamado como pago de salarios de trabajadores contratados para los servicios, considerados como daños de la resolución del contrato, han sido agregados a estos autos doce contratos individuales de trabajo con los cuales se demuestra que la firma Dyalco S.A. ha efectivamente contratado personal. Así pues, a fs. 81/92 obran los citados contratos, en los que se puntualiza el monto del sueldo, el plazo y el objeto de los mismos. Notamos que el plazo, así como el objeto de los contratos individuales, aparentemente está vinculado con los del contrato suscrito por las partes litigantes. Se acordó como fecha de terminación el 10 de diciembre de 1999 y como tipo de servicio el de “mantenimiento de plazas de Asunción”. El pago de salarios, al ser una erogación, solo se podría enmarcar dentro del rubro de daño emergente (art. 450 del Cód. Civ.).

Sabido es que el daño emergente es el valor de la pérdida sufrida. Es decir, la disminución patrimonial ocasionada a raíz del hecho sindicado como perjudicial. Ahora bien, para determinar la procedencia de dicho resarcimiento es menester hacer algunas consideraciones. El perjuicio aquí consistiría en el menoscabo patrimonial sufrido por la empresa contratista configurado en el pago de salarios a los empleados contratados para la ejecución de los servicios. Así, el resarcimiento pretendido entonces es la erogación pecuniaria, en concepto de salarios, por el tiempo en que el contrato fue suspendido y hasta la estipulada terminación del mismo. En términos generales podemos decir que el pago del personal contratado constituye uno de los gastos corrientes de cualquier empresa, de tal modo que pese a la eventual inexistencia de clientes con quienes contratar o trabajos que ejecutar, la firma debe cargar con los salarios del personal contratado; es el denominado “riesgo empresa”. No obstante ello, tal erogación –pago de salarios del personal– se constituiría en un daño emergente para la contraparte de la incumplidora si la empresa reclamante probase que la contratación del personal se realizó exclusiva y únicamente para la ejecución del contrato en cuestión, lo que sí sería una pérdida consecuente con el incumplimiento del contrato. Entonces, demostrar el nexo causal entre la contratación de los empleados y el cuya indemnización aquí se reclama contrato resulta determinante. En ese menester, se debería también sostener y sustentar que la Municipalidad era el único cliente de la empresa Dyalco S.A., y ello no por las circunstancias del mero azar, sino por pacto entre las partes; la estipulación de exclusividad con la consiguiente imposibilidad de contratar con cualquier otro cliente, impediría diluir el “riesgo empresa” y obviamente serviría de suficiente fundamento de causalidad de los gastos del personal contratado. O bien se debería demostrar que la contratación de cierto personal suplementario se hizo por requerimiento exclusivo de la cocontratante, Municipalidad de Asunción. En síntesis, sin la debida probanza de una circunstancia excepcional, como las apuntadas, la Municipalidad de Asunción estaría cargando con el mencionado “riesgo empresa” de la firma Dyalco S.A., lo que sería inadmisibles. De las constancias de autos notamos que el mentado extremo no ha sido fehacientemente probado, es decir, del material probatorio no se aprecia una vinculación cierta y directa entre la contratación del personal y el contrato debatido en autos. La pretensión en estas circunstancias resulta improcedente.

El pago de créditos por su parte, al igual que el pago de salarios, debe ser, si acaso, incluido dentro del rubro de daño emergente. Entendidos como gastos

de provisión de capital, sin embargo, los pagos de créditos corren la misma suerte que los analizados gastos de recursos humanos. El capital no es sino uno de los factores de producción de una empresa y por lo tanto son inherentes a su existencia. De modo pues que, tal como lo hemos señalado *supra*, para que los gastos corrientes de los factores de producción de una empresa sean resarcibles, es necesario demostrar que ellos se han generado directa y exclusivamente con el resuelto contrato. Como no se han adjuntado pruebas suficientes para sustentar dicho extremo, no corresponde su inclusión dentro del monto indemnizatorio.

Por último, en concepto de lucro cesante (art. 450 del Cód. Civil), entendido también como daño consecuente de la resolución del contrato, se ha pretendido la suma de G. 50.000.000. En lo referente a este rubro se produce una situación particular, cuyo análisis no podemos obviar. El pliego de bases y condiciones, en su artículo cuadragésimo segundo, numeral 2º, establece textualmente que: “El contratista no tendrá derecho a reclamar lucro cesante si la Municipalidad desistiera de la realización de los trabajos.” Cabe señalar, una vez más, que ha sido la Municipalidad quien ha desistido de la realización de los trabajos a través de la suspensión, la cual importa una causal imputable a su parte para la resolución del contrato, tal cual ya lo hemos expuesto. No obstante, la firma Dyalco S.A. –en virtud del citado artículo– ha renunciado su derecho de pretender el lucro cesante ante el eventual supuesto en que la Municipalidad desistiese o suspendiese la ejecución de los trabajos, lo que, ciertamente, ha ocurrido. La empresa demandante en ningún momento ha impugnado u objetado esta cláusula en particular –por ninguno de los medios que el derecho pone a disposición de los contratantes–, con lo que la estipulación quedó plenamente consentida y conserva su vigencia y eficacia entre las partes. Consecuentemente, el monto reclamado en concepto de lucro cesante debe ser desestimado.

En este orden de cosas, se concluye que el monto indemnizatorio total a ser pagado debe fijarse en la suma de G. 13.332.608,8.

En definitiva, en mérito de las consideraciones expuestas ut *supra*, no queda más que revocar parcialmente la resolución recurrida, en el primer y tercer apartado de la parte resolutive, haciendo lugar a la presente demanda y condenando a la Municipalidad de Asunción al pago de G. 13.332.608,8.

En cuanto a las costas, corresponde imponerlas proporcionalmente en 93,7% a la parte actora y 6,3% a la parte demandada de conformidad con los arts. 195 y 203 inc. c) del Cód. Proc. Civ.

A su turno el Dr. Martínez prieto, dijo: Que se adhiere al voto de la magistrada que antecede con sus mismos fundamentos.

Con lo que terminó el acto, firmando los Sres. Miembros de conformidad y quedando acordada la sentencia que sigue a continuación, todo por ante mí, de lo que certifico.

Visto: por el mérito que ofrece el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala;

RESUELVE:

Declarar desierto el recurso de nulidad. Revocar parcialmente la sentencia recurrida, en el primer y tercer apartado de la resolutive, haciendo lugar a la demanda de rescisión de contrato e indemnización de daños y perjuicios promovida por la firma Dyalco S.A. en contra de la Municipalidad de Asunción y condenando a la demandada al pago de G. 13.332.608,8. Imponer las costas proporcionalmente en 93,7% a la parte actora y 6,3% a la parte demandada. Anótese, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

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

Ante mí: Pablo Costantini, Actuarial Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA Nº 8

ALIMENTOS. Proceso.

El procedimiento de prestación de alimentos en el sistema procesal civil tiene una expresa y especial regulación en el libro IV título IV, que claramente se aparta del procedimiento ordinario, y por supuesto nada tiene que ver con el procedimiento especial regulado en la jurisdicción de la niñez y la adolescencia.

ALIMENTOS. Proceso.

El hecho de que la conciliación es una facultad se advierte claramente en el operador deóntico “podrá” que la norma emplea y que sin duda significa que el juez está habilitado a decidir si hará o no uso de dicha posibilidad.

ALIMENTOS. Beneficio de alimentos.

La demandante acreditada su condición de salud con las instrumentales agregadas, elementos más que suficientes para constatar la condición de salud alegada por la accionante.

ALIMENTOS. Beneficio de alimentos.

Quien demanda prestación de alimentos no necesita declararse incapaz de derecho, basta solo acreditar su necesidad para proveerse y tener derecho a la protección de quien está en el grado más próximo de parentesco.

ALIMENTOS. Beneficio de alimentos.

La mayoría de edad no es impedimento para reclamar la prestación de alimentos, conforme así lo establece el Código Civil Paraguayo.

TApel. Civ. y Com. Tercera Sala. 14-02-11. “A.F. M. B. c. I. G. S. s. Prestación de Alimentos” (Ac. y Sent. N° 8).

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes;

CUESTIONES:

¿Es nula la Sentencia Apelada?

¿En su caso, se dicto conforme a Derecho?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: Villalba Fernández, Buongermi Palumbo y Martínez Prieto.

A la primera cuestión planteada El Dr. Neri E. Villalba Fernández, dijo: La parte recurrente en su escrito argumenta este recurso al sostener que el a quo transgredió claras disposiciones legales de fondo y forma, como así también, principios procesales que hacen al juzgamiento. Al respecto de la nulidad ésta representación ha venido pronunciándose repetidas veces, sobre este efecto jurídico consecuencia del vicio incurrido en un acto procesal –como en este caso, de decisión–, y a fin de reforzar el criterio de este Miembro cabe hacer la siguiente reflexión. Así, cuando el juzgador, en el acto procesal de decisión, violenta los principios doctrinales y cae en vicios *in procedendo*, dicha acción u omisión afecta directamente al derecho a la tutela judicial efectiva o que es decir, al derecho a la defensa. Siendo entonces, la indefensión el efecto que produce el deficiente ejercicio del acto procesal de decisión, tal violación del derecho a la defensa debe ser, además de formal, material. Es decir: a) que produzca un perjuicio a la parte que lo sufre; b) que tal situación no haya sido producida por culpa imputable a la misma; c) que haya sido denunciada y; d) que no haya sido la parte damnificada repuesta en su derecho vulnerado. La doctrina advierte sobre los actos nulos, diciendo que “no existe la nulidad por la nulidad misma...”, es decir, que el acto para ser declarada su nulidad debe afectar necesariamente el derecho a la defensa –causar indefensión, allí donde existe indefen-

sión, existe nulidad y viceversa. Bajo aquellos presupuestos condicionantes y de los elementos agregados en autos, no se observan elementos condicionantes que fueren una declaración de nulidad. Por tanto siendo los agravios invocados por la recurrente servir de sustento para este medio recursivo pudiendo ser resuelto por vía de la apelación, ya que toda declaración de nulidad por regla desvalora el Derecho, debiendo ser el último recurso cuando no exista modo alguno de subsanarlo. En consecuencia, es criterio de este miembro preopinante que el recurso debe ser declarado desierto, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 419 del Código Procesal Civil.

Opinión de la Dra. Buongermini Palumbo, dijo: De la nulidad: Se funda promiscuamente el recurso de nulidad con el de apelación. No obstante, se pueden sacar en claro del escrito de agravios, dos fundamentos respecto de vicios procesales.

El primero, el haberse empleado el procedimiento de juicio sumario en vez del ordinario para tramitar esta causa. No sólo que los asuntos relativos al procedimiento debieron ser planteados y decididos en la instancia inferior so riesgo de quedar reclusa la cuestión, sino que además el procedimiento de prestación de alimentos en el sistema procesal civil tiene una expresa y especial regulación en el libro IV, título IV, que claramente se aparta del procedimiento ordinario, y por supuesto nada tiene que ver con el procedimiento especial regulado en la jurisdicción de la niñez y la adolescencia. Por lo tanto este agravio es absolutamente inconducente.

En segundo lugar, el recurrente afirma que el juez debió, antes de dar curso al conflicto, llamar a las partes a una conciliación, conforme con el art. 15 de Cód. Proc. Civ. y por tratarse de un asunto de familia. A este argumento se aplica idéntica solución que al argumento anterior en cuanto a la preclusión respecto de los actos y modos empleados en la instancia inferior y no debidamente impugnados. Pero además de ello, lo cual sería de por sí suficiente para rechazar este alegato, el recurrente parece no distinguir entre deberes y facultades de los magistrados. Mientras que en los primeros el magistrado debe actuar imperativamente, según el mandato legal, en los segundos se trata de una opción que la ley le da y que el magistrado puede ejercer con razonable y prudente arbitrio. El hecho de que la conciliación es una facultad se advierte claramente en el operador deóntico “podrá” que la norma emplea y que sin duda significa que el juez está habilitado a decidir si hará o no uso de dicha posibili-

dad. Así pues, este agravio también puede ser desestimado. No advirtiéndose en la sentencia recurrida, vicios o defectos que autoricen a declarar de oficio su nulidad, el recurso debe ser desestimado.

A su turno el Dr. Martínez prieto, manifiesta: Que se adhiere al voto precedente.

A la segunda cuestión planteada, El Dr. Villalba Fernández prosiguió diciendo: Por la sentencia apelada N° 955 de fecha 30 de diciembre de 2009, la instancia anterior resolvió: “1.- Hacer Lugar a la demanda promovida por la señorita A. F. G. B. contra el señor I. G. B. y en consecuencia establecer en concepto de cuota alimenticia la cantidad de Guaraníes un millón seiscientos mil (Gs.1.600.000) mensuales, desde la fecha de esta sentencia y en la forma indicada en el exordio de esta resolución, por mes adelantado y conforme al Art. 256 del C.C. 2.- Establecer y ordenar el pago de Guaraníes veintiocho millones ochocientos mil (Gs. 28.800.000), así como también la suma de Guaraníes un millón novecientos mil (Gs. 1.900.000) a cargo del señor I. G. S. y a favor de la señorita F. G. B., conforme lo expresado en el exordio de la presente resolución. 3.- Anotar...”. Y, por la S.D. N° 64 de fecha 15 de febrero de 2010, la judicatura dictó: 1) Hacer Lugar parcialmente al recurso deducido en contra de la S.D. N° 955 de fecha 30 de diciembre de 2010, y en consecuencia, Imponer las costas a la parte demandada. 2) Anotar...”.

De dicha sentencia recurre la parte demandada y presenta su escrito de expresión de agravios, que obra a fs. 61/62, manifestando su desacuerdo con la sentencia pronunciada por el a quo. Contra ella argumenta, que la enfermedad que alega la parte actora, el juzgado debió solicitar al médico forense del Poder Judicial una pericia para constatar la condición de salud de la demandante. Dice, que su parte nunca le ha negado alimentos a su hija y que recién se enteró del problema de salud cuando fue notificada de la demanda. La accionante debió acreditar su incapacidad para estar en juicio y solicitar alimentos. Que su hija es mayor de edad y no tiene derecho a reclamar prestación alimenticia. Termina su exposición con la formulación del petitorio de rigor.

La contraparte, contesta el traslado de los agravios de la parte demandada fundando la defensa de la sentencia recurrida en los siguientes argumentos. Se agravia del argumento de incapacidad y alega que su parte se encuentra en pleno uso de sus derechos. Dice, que su padre nunca le ha ofrecido ayuda alguna. Manifiesta que la pretensión de la contraparte de realizar una pericia medica

no se ajusta a la ley. Y, siendo el demandado profesional médico debía conocer la situación de salud de su hija. Concluye su contestación, formulando el petitorio correspondiente.

De las constancias de autos, y a los efectos del reexamen de la sentencia en alzada, se debe partir del análisis de los argumentos que expone la parte recurrente para sustentar la apelación interpuesta. Así, se refiere a: 1) La enfermedad que alega su hija, el juzgado debió constatar por medio de un examen médico del médico forense del Poder Judicial; 2) Que nunca le ha negado a su hija asistencia alimentaria y que recién se enteró de su situación cuando fue notificado del juicio; 3) Que su hija previamente debió acreditar judicialmente su incapacidad para ejercitar sus derechos y poder ser asistida con la prestación y; 4) Que su hija es mayor de edad.

Con respecto primer punto, la demandante a acreditado su condición de salud con las instrumentales que obran a fs. 06/09, 28, 29 y 33 de autos. Elementos más que suficientes para constatar la condición de salud alegada por la accionante. Por otro lado, el demandado debió cuestionar en la instancia inferior las pruebas presentadas por la adversa por medio del incidente y los recursos idóneos, cosa que, no lo ha ejercitado, imposibilitándose así toda discusión sobre la condición de salud de la demandante, por el principio de preclusión de las etapas procesales. Ello, sin perjuicio que conforme consta en el proceso el demandado es profesional médico, teniendo así una condición especial en su persona, lo cual hace que se invierta la carga de la prueba con respecto a la salud de su hija, a más que como padre tiene la obligación moral de estar en conocimiento de la vida de su hija.

En cuanto al segundo punto, el argumento expuesto es contradictorio con la posición que asume el demandado en esta instancia. Puesto que, si su intención nunca fue negarle asistencia a su hija, mal entonces recurriría la sentencia hoy en revisión. Demostrando con ello que el accionado no tiene la voluntad de prestarle alimentos a su hija y necesita la fuerza coactiva del Estado para cumplir con su obligación de padre. Que también queda demostrado con esta posición el poco interés de su parte en el devenir de su hija.

En cuanto se refiere al tercer punto, quien demanda prestación de alimentos no necesita declararse incapaz de derecho, basta solo acreditar su necesidad para proveerse y tener derecho a la protección de quien está en el grado más próximo de parentesco.

Y por último, con respecto al punto cuarto, la mayoría de edad no es impedimento para reclamar la prestación de alimentos, conforme así lo establece el Código Civil Paraguayo.

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

En cuanto a las costas ellas deberán ser impuestas a la parte perdedora de conformidad a lo dispuesto en el Art. 203 del Código Procesal Civil.

Opinión de la Dra. Buongermini Palumbo, dijo, apelación: Me adhiero in totum a las consideraciones del preopinante con las cuales coincido.

A su turno el Dr. Martínez Prieto, dijo: Que se adhiere a la opinión precedente.

Con lo que terminó el acto, firmando los Sres. Miembros de conformidad y quedando acordada la sentencia que sigue a continuación, todo por ante mí, de lo que certifico.

VISTO: por el mérito que ofrece el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala;

RESUELVE: Desestimar el recurso de nulidad. Confirmar en todas sus partes la sentencia apelada. Imponer las costas a la perdedora. Anótese, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

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

Ante mí: Pablo Costantini, Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 12

Cuestión debatida: Se trata de establecer la procedencia de una demanda de indemnización de daños y perjuicios derivada de una relación de naturaleza contractual.

DAÑOS Y PERJUICIOS.

Para determinar la procedencia de una acción de esta índole –resarcimiento de daños y perjuicios emanados de un contrato– es ineludible el análisis sucesivo de los requisitos tales como: el incumplimiento, el factor de atribución –culpabilidad–, el daño causado y el nexa causal entre el incumplimiento y el daño.

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

El principio de bilateralidad es aquel que refiere a la participación activa de ambas partes del litigio, el derecho a la defensa, común en el caso de la parte demandada. Así, constituiría un error aquel proceso en el que no se haya dado intervención o participación suficiente a alguna de las partes litigantes, lo que influye determinadamente en los derechos de la parte “omitida”.

MANDATO. ABOGADO.

Estamos, pues, ante un contrato de mandato profesional de abogado, el cual si bien se incluye dentro de la institución del mandato, importa cierta especialidad. Tal es así que el mandato abogadil se rige, además de las normas de fondo del Cód. Civil, por el Cód. Proc. Civil, el Cód. de Organización Judicial y la Ley de Honorarios Profesionales de Abogados. Requisito esencial de este tipo de mandato es el acto de apoderamiento, y el instrumento que lo acredita es el poder,

MANDATO. Obligaciones del mandante.

La omisión de los actos procesales necesarios, o al menos suficientes, para proseguir el trámite no puede sino significar una conducta negligente cuando es el letrado el responsable de que ello no ocurra. Este tipo de consecuencias en el ejercicio de la actividad profesional es, *per se*, una diligencia desidiosa que obliga a considerar que ha habido un incumplimiento contractual.

CADUCIDAD DE INSTANCIA. ABOGADO.

La caducidad de la instancia, como excepcional vía de extinción de un juicio, hace presumir un grado de culpabilidad y descuido importante. Más aún considerando que el letrado, responsable de llevar adelante el juicio, facultado y apto para conocer la normativa procesal, entiende que fácilmente se pudo evitar este resultado, por la simple realización de un acto procesal válido.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Culpa. ABOGADO.

La acción de inconstitucionalidad no puede ser asimilada a algún tipo de recurso, los cuales potencialmente sí podrían considerarse como la vía ordinaria para la reparación de algún error en el que haya podido incurrir el juez de la instancia inferior. Sin embargo del examen de estos autos surge que la resolución de primera instancia por la cual se declara operada la caducidad, fue confirmada, excluyendo la posibilidad de interponer algún nuevo recurso, por lo cual no resulta un argumento válido y suficiente para evadir la responsabilidad

el hecho de haber promovido la acción de inconstitucionalidad y posteriormente apartarse del procedimiento por la revocación del mandato. La culpa por el comportamiento negligente ya estaba configurada antes de la promoción de la acción ante la Corte Suprema de Justicia.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Lucro cesante.

En cuanto al lucro cesante tropezamos con que la indemnización, en esencia, es siempre reparatoria y no remuneratoria, no puede considerarse con carácter de lucrativa. Así pues, debemos descartar también esta posibilidad.

CADUCIDAD DE INSTANCIA. DAÑOS Y PERJUICIOS.

Resulta inadmisibles considerar, sin más, que la pretensión original del actor en el juicio caducado es el monto del perjuicio en ésta, pues, ello equivaldría, como vimos, a convertir a los demandados en obligados solidarios del demandado o los demandados en el litigio, lo cual es a todas luces improcedente, habida cuenta, como ya se dijera, que la solidaridad solo puede provenir de fuente voluntaria o de la ley.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Chance.

Al faltar un mínimo aporte probatorio respecto del grado de chance, que al menos permita inferir las probabilidades de éxito de la demanda caduca y de su entidad; se hace inaplicable el art. 452 del Cód. Civil, que permite al juez su estimación. No queda más que desestimar el rubro reclamado.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad civil

A falta de un requisito esencial para la configuración de la responsabilidad civil, cual es la entidad del daño y su valuación, es criterio de esta inteligencia que la demanda no puede proceder. En consecuencia, la sentencia debe ser confirmada.

TApel. Civ. Y Com. Tercera Sala. 18-02-11. “Ali Husein Harb c. Graciela Edith Benítez de Dávalos y otro s. Indemnización de daños y perjuicios” (Ac. y Sent. N° 12)

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes;

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?

En su caso, ¿se dictó conforme a derecho?.

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: Buonghermini Palumbo, Martínez Prieto y Villalba Fernández.

A la primera cuestión planteada la Dra. María Mercedes Buonghermini Palumbo dijo: La Abog. Rumelia Espínola Benítez presenta su escrito de expresión de agravios a fs. 272/277 de autos. Fundamenta promiscuamente ambos recursos. Respecto de los argumentos, destacables, referentes al campo de nulidad, manifiesta que la resolución se ha dictado en violación de los principios previstos en el art. 15 inc. b) y c) del Cód. Proc. Civ., ya que no ha sido sustentada con argumentos legales emanados del expediente ni ha sido fundada en la ley de fondo, sosteniendo la supuesta trasgresión al principio de congruencia. También alega que el *a quo* trató exclusivamente la propuesta de los demandados y no así las de su parte, violando los principios de bilateralidad e igualdad en el proceso.

La contestación del traslado obra a fs. 279/286. En ésta los demandados manifiestan, en lo referente al recurso aquí estudiado, que en la resolución recurrida no se observan vicios de fondo como para que sea declarada la nulidad. Expresamente refutan los argumentos vertidos por el recurrente tras negar que se haya violado el principio de congruencia o de bilateralidad e igualdad del proceso. Asimismo, objetan que la alegación de que el fallo no está sustentado en argumentos legales. Seguidamente afirma que el *a quo* sí trató y analizó todos los puntos expuestos por las partes y las pruebas ofrecidas en el proceso, en contraposición a las afirmaciones del apelante. Más adelante arguye que los fundamentos señalados por la parte contraria no se encuadran dentro de los vicios procesales. Finalmente afirma que la resolución no adolece de ningún vicio formal para la declaración de nulidad de la misma. Solicita se rechace el recurso interpuesto.

El art. 404 del Cód. Proc. Civ. reza: “El recurso de nulidad se da contra las resoluciones dictadas con violación de la forma o solemnidades que prescriben las leyes”.

Básicamente los agravios expuestos por el nulidicente se resumen en dos argumentos importantes: por un lado manifiesta que el juez inferior violó las disposiciones contenidas en los incisos b) y c) del art. 15 del Cód. Proc. Civ.; y por el otro que el *a quo* únicamente estudió y consideró las pretensiones de su contraparte, violando el principio de bilateralidad procesal.

Del examen de la sentencia recurrida notamos que en ella el magistrado de primera instancia ha fundado su decisión considerando los hechos relatados en el proceso y de conformidad con la legislación aplicable y pertinente al caso. Si

bien esta sede no tiene por objeto el juzgamiento y valoración de la argumentación utilizada, sí corresponde el análisis de la forma y las solemnidades de la resolución, además de su estructuración lógica. Amén de ello, es dable sostener que el *a quo* ha construido su fallo lógica y argumentativamente, sin incurrir en vicios de incongruencia u omisiones en cuanto a las leyes de fondo, como lo alega el recurrente. Un somero examen de la sentencia es suficiente para asumir esta posición.

La violación del principio de bilateralidad se funda en que el juez inferior no consideró las propuestas de su parte sino solamente las de la parte demandada. Aquí conviene hacer una aclaración conceptual. El principio de bilateralidad es aquel que refiere a la participación activa de ambas partes del litigio, el derecho a la defensa, común en el caso de la parte demandada. Así, constituiría un error aquél proceso en el que no se haya dado intervención o participación suficiente a alguna de las partes litigantes, lo que influye determinadamente en los derechos de la parte “omitida”. Aquí, sin embargo, el nulidicente pretende fundamentar la violación de dicho principio basado en la falta de consideración de sus pretensiones y propuestas. Estos argumentos directamente aluden a errores de juzgamiento, pues, se ataca una supuesta parcialidad, criticando la fundamentación del juez y la convicción con la que finalmente ha decidido el sentido del fallo. Repetimos que esta sede –nulidad- únicamente examina la estructuración de la sentencia y si ella ha reunido las solemnidades de forma prescriptas por las leyes. En consecuencia, el argumento utilizado por el recurrente, improcedente dentro del campo de nulidad, a lo sumo, podría ser estudiado en la apelación.

Por las razones expuestas, el recurso de nulidad interpuesto debe ser desestimado.

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

A la segunda cuestión planteada la Dra. María Mercedes Buongermini Palumbo dijo: Por la sentencia apelada N° 45 de fecha 12 de febrero de 2010 el *a-quo* resolvió: “Rechazar, con costas, la demanda de indemnización promovida por Ali Hussein Harb contra Graciela Edith Benítez De Dávalos y José María Dávalos Alfaro. Notificar...” (sic) (fs. 249/264).

La parte apelante presenta su escrito de expresión de agravios a fs. 272/277. En relación con el recurso de apelación y las cuestiones de fondo manifiesta

que el juez inferior se detuvo a mencionar los actos procesales del juicio en el cual se declaró la caducidad y no estudió el fondo de la cuestión planteada en este proceso. Arguye que el *a-quo* fundamentó erróneamente el fallo recurrido al mencionar que no se configuró la responsabilidad de los demandados y al aducir que debieron esperar a que la Corte se expidiera sobre la acción de inconstitucionalidad para ello. Al respecto señala que, en virtud del art. 179 del Cód. Proc. Civ., con la resolución en segunda instancia del juicio caduco, la sentencia recurrida pasó a la autoridad de “cosa juzgada”. Agrega que a raíz de esto se origina el derecho al reclamo resarcitorio, por la forma en que concluyó el juicio en cuestión. Bajo el mismo fundamento rebate el argumento expuesto por el *a quo* de que la responsabilidad de los demandados no quedó perfeccionada porque fue revocado, antes del pronunciamiento de la Corte, el poder que les fue conferido en un principio. Continúa objetando la alusión a la que hizo el juez inferior respecto de los hechos y el material probatorio, manifestando que ni la negligencia ni la vinculación entre el daño y el acto ejecutado por los demandados fueron acreditados. Concluye afirmando que existió un perjuicio cierto y presente, que fuera demostrado en el proceso, concretado con el fracaso de las actuaciones procesales de los demandados. Solicita sea revocada la resolución recurrida, con costas.

La parte contraria contesta el memorial con la presentación de fs. 279/286. Manifiesta que el *a-quo*, contraponiéndose a lo argumentado por el apelante, sí analizó la responsabilidad en el ejercicio de la profesión. Señalan que las resoluciones fueron recurridas en tiempo y forma, con lo que se llegó a promover la acción de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia. Mencionan también la revocación de su mandato por parte del actor, que fuera anterior a la culminación del proceso de inconstitucionalidad, la cual, aducen, pudo haber prosperado. Luego, niega que las resoluciones citadas hayan pasado a ser cosa juzgada al momento de incoarse la acción ante la Corte. Sostienen seguidamente que al revocárseles el poder durante la acción de inconstitucionalidad, se los privó de la oportunidad de demostrar la arbitrariedad de las resoluciones recurridas. Prosigue su exposición de argumentos alegando que, como lo sostuvo también el *a-quo*, el actor no demostró la responsabilidad ni el daño causado. Finalmente considera que el recurso de apelación interpuesto no fue suficientemente fundado y por ello, aduce, el mismo debe declararse desierto. Finalmente solicita la confirmación del fallo recurrido.

Se trata de establecer la procedencia de una demanda de indemnización de daños y perjuicios derivada de una relación de naturaleza contractual.

Recordemos que para determinar la procedencia de una acción de esta índole –resarcimiento de daños y perjuicios emanados de un contrato– es ineludible el análisis sucesivo de los requisitos tales como: el incumplimiento, el factor de atribución –culpabilidad–, el daño causado y el nexo causal entre el incumplimiento y el daño.

Iniciaremos el estudio con el primer requisito exigido: el incumplimiento. Nos encontramos aquí ante un reclamo indemnizatorio fundado en la mala praxis abogadil. De ello surgiría que la relación jurídica demandante demandado se originó en el contrato de los servicios profesionales de los señores José María Dávalos Alfaro y Graciela Edith Benítez por parte del señor Ali Hussein Harb. Éste atribuye a aquéllos la responsabilidad por la caducidad que fuera declarada en el juicio: “Ali Hussein Harb c/ Compañía Ideal S.A. de Seguros y Reaseguros s/ cumplimiento de contrato y pago de indemnización”. Los demandantes califican la actuación de dichos profesionales como negligente tras la omisión de los actos procesales idóneos, tendientes a la prosecución del proceso, cuya dañosa consecuencia es la extinción de la causa por la anormal vía de la caducidad de la instancia.

Corresponde ocuparnos de la relación jurídica configurada entre las partes del litigio. La relación establecida entre las partes del presente juicio es de servicios profesionales de abogado, naturalmente contractual, que, por cierto, reúne un conjunto de caracteres tanto del mandato así como de la prestación de servicios. En este sentido, podría contratarse a un abogado para llevar adelante un juicio como representante, en la primera hipótesis; o contratarlo para un simple asesoramiento, en la segunda. En este particular caso el contrato objeto de controversia supondría un mandato, entendido éste como el encargo de realizar actos materiales o jurídicos para el mandante, por el mandatario. Reza la primera parte del art. 880 del Cód. Civil: “Por el contrato de mandato una persona acepta de otra poder para representarla en el manejo de sus intereses o en la ejecución de ciertos actos...”.

El demandante aquí alega haber otorgado poder a los profesionales Graciela Edith Benítez de Dávalos y José María Dávalos para la promoción de la demanda citada supra. Como vemos, el acto encargado implica el desempeño profesional dentro del marco de un juicio. Estamos, pues, ante un contrato de

mandato profesional de abogado, el cual si bien se incluye dentro de la institución del mandato, importa cierta especialidad. Tal es así que el mandato abogadil se rige, además de las normas de fondo del Cód. Civil, por el Cód. Proc. Civil, el Cód. de Organización Judicial y la Ley de Honorarios Profesionales de Abogados. Requisito esencial de este tipo de mandato es el acto de apoderamiento, y el instrumento que lo acredita es el poder, obrante en este caso a fs. 11/13. Además, la parte contraria no contradujo la relación jurídica con el demandante. Ante estas circunstancias entonces la existencia del mandato entre ambas partes queda fuera de controversia.

Resta definir si existió o no incumplimiento por parte de los mandatarios. Como ya lo señaláramos anteriormente, el señor Alí Hussein Harb atribuye a sus antiguos representantes la culpa por la caducidad del juicio para el que fueron contratados. Conceptualmente es sabido que la caducidad es la culminación del litigio causada por la inactividad procesal de la parte a quien corresponde impulsarla. La omisión de los actos procesales necesarios, o al menos suficientes, para proseguir el trámite no puede sino significar una conducta negligente cuando es el letrado el responsable de que ello no ocurra. Este tipo de consecuencias en el ejercicio de la actividad profesional es, per se, una diligencia desidiosa que obliga a considerar que ha habido un incumplimiento contractual.

Concatenado con el primer requisito analizado se encuentra el segundo, el factor de atribución, vale decir, la culpabilidad. Debemos examinar si de las circunstancias y pruebas surge que la caducidad del juicio es un hecho directamente imputable a los profesionales demandados o no. Si bien, como ya fue señalado recientemente, la perención de la instancia supone una conducta negligente e imprudente por parte de los mandatarios, ello no excluye totalmente alguna circunstancia relevante y excusable que pudo haber incidido en la extinción de la causa. De las constancias de estos autos surge que la caducidad de la instancia efectivamente ocurrió, fue resuelta en primera instancia y posteriormente confirmada en segunda instancia. No obstante, al rebatir los fundamentos esgrimidos por la parte actora, los demandados, ya en la instancia inferior y nuevamente en alzada, respaldan su defensa principalmente bajo un argumento: que ante la Corte Suprema de Justicia promovieron una acción de inconstitucionalidad en contra de las dos resoluciones dictadas –caducidad y su confirmación–, y que antes de concluir tal procedimiento, que pudo haber retro-

traído el efecto perentorio de la causa, su mandante –hoy actor– les revocó el poder conferido en un principio. Alegan que como consecuencia de esto último debieron apartarse del proceso y dejaron el mismo en plena responsabilidad del señor Hussein. Mediante el argumento señalado, los demandados entienden que con un posible fallo favorable en la acción de inconstitucionalidad ambas resoluciones hubiesen perdido su efecto, con lo que se retomaría el proceso para el que fueran contratados, pero con la revocación del poder por parte de su mandante, fue él quien los liberó de la responsabilidad de las consecuencias sobrevivientes.

Es importante recalcar aquí, como ya lo hemos apuntado líneas más arriba, que la caducidad de la instancia, como excepcional vía de extinción de un juicio, hace presumir un grado de culpabilidad y descuido importante. Más aún considerando que el letrado, responsable de llevar adelante el juicio, facultado y apto para conocer la normativa procesal, entiende que fácilmente se pudo evitar este resultado, por la simple realización de un acto procesal válido. A lo que alude con esto es la falta o quiebre del nexo causal entre el actuar de los demandados y el daño. Pero la conducta en sí, que mira a la situación subjetiva del agente es difícilmente excusable, atendiendo las circunstancias del caso y la misma naturaleza de la obligación, que requiere de una permanente y constante diligencia en el impulso procesal, la que cuando es omitida, merece la clasificación de culpable (art. 421 del Cód. Civil). Tampoco se ha invocado ninguna circunstancia o causal exonerativa, como ser el casus.

Finalmente, el argumento sostenido por los demandados respecto de la acción de inconstitucionalidad y el mandato inconcluso debido a la revocación del poder de su mandante, como factor de quiebre del nexo causal, no es del todo convincente. Aparentemente los demandados confunden recursos con procedimientos especiales. Aquí conviene remitirnos a la normativa procesal a los efectos de dejar claramente sentado el razonamiento de esta inteligencia. Bien sabido es que dentro de los procesos judiciales –ordinarios o especiales–, las resoluciones recaídas en ellos son recurribles por los distintos recursos disponibles (Libro II, Título IV, Cód. Proc. Civ.), siempre que reúnan las condiciones para el efecto. Ahora bien, muy diferente de los recursos, los cuales forman parte del mismo proceso en el cual se interponen, son los juicios de procedimientos especiales, como ciertamente lo es la acción de inconstitucionalidad. La diferencia obviamente es genérica, ya que mientras unos son recursos, los otros son

procedimientos. Ello no puede prestarse a muchas confusiones. Sin embargo, lo que sí podría ofrecer dudas es el hecho de que dichos juicios especiales estén estrechamente vinculados con otros. Aunque esto suceda, como ocurre en estos autos, ambos procesos –ya sea una acción de inconstitucionalidad o acción autónoma de nulidad en su caso– son totalmente independientes. Lo que significa que a pesar de la posible vinculación y conexidad que pueda darse entre dos procesos, no se desvirtúa la independencia procesal de cada uno.

En conclusión, la acción de inconstitucionalidad no puede ser asimilada a algún tipo de recurso, los cuales potencialmente sí podrían considerarse como la vía ordinaria para la reparación de algún error en el que haya podido incurrir el juez de la instancia inferior. Sin embargo del examen de estos autos surge que la resolución de primera instancia por la cual se declara operada la caducidad, fue confirmada, excluyendo la posibilidad de interponer algún nuevo recurso. Por otro lado, la acción de inconstitucionalidad promovida por los demandados, a pesar de que impugne las resoluciones antemencionadas, constituye un proceso totalmente independiente de aquél en el cual ellas se dictaron. Por lo tanto, no resulta un argumento válido y suficiente para evadir la responsabilidad el hecho de haber promovido la acción de inconstitucionalidad y posteriormente apartarse del procedimiento por la revocación del mandato. La culpa por el comportamiento negligente ya estaba configurada antes de la promoción de la acción ante la Corte Suprema de Justicia.

Seguidamente pasaremos al análisis referente al tercer elemento de la responsabilidad civil: el daño. Al respecto el demandante alega que el juicio caduco le privó de las ganancias que pudo haber obtenido como resultado favorable del mismo. En este sentido, reclama la suma de G. 990.000.000, monto total que fuera pretendido en el juicio extinguido.

Es imperativo conjugar aquí, junto con el daño señalado por el demandante, el cuarto elemento de la responsabilidad civil, cual es el nexo causal entre el incumplimiento y el daño.

En este elemento analizaremos la vinculación que existe entre el incumplimiento y el daño, es decir, la posibilidad de que este último derive del incumplimiento atribuido a la parte demandante, conforme con las normas de causalidad consagradas en nuestro sistema civil. En caso contrario el resarcimiento del perjuicio no sería exigible. En efecto, si bien hemos atribuido ya a los demandados el haber incumplido el contrato de mandato, además de la culpabilidad,

resta definir si el daño señalado por el accionante emana o no de esta falta contractual, vale decir, la relación causal entre ambos. El resarcimiento reclamado proviene del monto del juicio caduco, precisamente, se pretende la suma total del mismo. Es aquí donde se produce una ruptura vincular entre el incumplimiento y el daño aludido. En efecto, resulta erróneo estimar como daño – derivado del incumplimiento del contrato– el monto total del juicio caduco. Ello es así porque dentro del marco de un juicio surge siempre un margen porcentual de riesgo, es decir, así como hay chances de victoria, también las hay de derrota. Existe siempre un grado de probabilidad según las circunstancias conexas y particulares de cada litigio, que aumenta o disminuye las probabilidades del resultado. Consecuentemente, deviene improcedente y hasta antojadizo considerar que el éxito total de un litigio ante un órgano jurisdiccional sea una necesidad en todos los casos litigiosos. Cae de suyo que esta conclusión contrariaría al curso natural y ordinario de las cosas, mencionado en el art. 1857 del Cód. Civ., que es la norma central que regula nuestro sistema de causalidad. Lo contrario supondría convertir al letrado en un obligado solidario de las prestaciones pretendidas en un cierto juicio, lo cual no es admisible, habida cuenta que la solidaridad pasiva solo puede provenir de la ley –que no contempla este supuesto concreto– o de la voluntad del obligado.

Así conforme a nuestro derecho, es dable entender entonces que no existe nexo causal entre el daño reclamado –la prestación originalmente pretendida en el juicio caduco– y el presente incumplimiento imputado a los demandados. Sin embargo, el mismo accionante señala también que la caducidad del juicio –responsabilidad de los profesionales– le produjo la pérdida de beneficios que “hubiese podido” obtener, de salir victorioso del litigio. Este tipo de daño posee caracteres singulares, los cuales estudiaremos a continuación.

En primer lugar es conveniente encuadrar la indemnización exigida y determinar así al rubro que corresponde. En un primer intento de enmarcarlo dentro del daño emergente, entendido como una disminución del patrimonio ya existente en el orbe económico de la víctima, el valor de la pérdida sufrida, tenemos que un derecho litigioso a una reparación aún no es derecho declarado. Amén de ello, no forma parte del activo patrimonial del sujeto. Luego, en cuanto al lucro cesante tropezamos con que la indemnización, en esencia, es siempre reparatoria y no remuneratoria, no puede considerarse con carácter de lucrati-va. Así pues, debemos descartar también esta posibilidad.

Ahora bien, el daño reclamado se encasilla dentro de una “posibilidad vencida” de percibir una indemnización. Ello indudablemente tiene un contenido y valor económicos. Se considera vencida la posibilidad puesto que el juicio que hubiese producido el resarcimiento ha caducado, extinguiéndose no solo la causa sino también las probabilidades de reparación derivadas de aquélla; es un daño cierto, llamado pérdida de chance. Como vemos, el nexo causal entre este tipo de daño y el incumplimiento es notorio, a diferencia del anterior análisis, aquí hablamos de las probabilidades de victoria –caídas por cierto- derivadas directamente de la falta contractual, y no del total del juicio caduco, ya desestimado. El perjuicio real del demandante es la chance de éxito, y no el éxito mismo.

Ahora bien, hemos de decir que la señalada posibilidad no es cierta en el sentido de la seguridad de su ocurrencia, sino que es meramente posible o, a lo sumo, probable. Es así que la cuantificación de este singular tipo de daño está basada en el cálculo de probabilidades, cuyos parámetros deben ser definidos y probados por quien reclama la indemnización. En el caso de autos, lo que debería establecerse es el porcentaje de éxito que tenía el demandante en su acción primigenia, al momento de declararse la caducidad de la instancia, y su consiguiente valuación. El modo de determinar la chance es definirla de conformidad con las reales y actuales –en ese tiempo- posibilidades del pretendiente, considerando las circunstancias específicas del caso: personas, tiempo, lugar, etc. Estos datos u otros tipos de probanzas no han sido ofrecidos por el reclamante.

Resulta inadmisibile, a los efectos de fijar el grado de probabilidades de éxito o de recabar datos relevantes, rehacer un estudio de la causa ya perimida, puesto que ello significaría el juzgamiento indirecto de la misma. También resulta inadmisibile considerar, sin más, que la pretensión original del actor en el juicio caducado es el monto del perjuicio en ésta, pues, ello equivaldría, como vimos, a convertir a los demandados en obligados solidarios del demandado o los demandados en el litigio, lo cual es a todas luces improcedente, habida cuenta, como ya se dijera, que la solidaridad solo puede provenir de fuente voluntaria o de la ley.

Entonces, al faltar un mínimo aporte probatorio respecto del grado de chance, que al menos permita inferir las probabilidades de éxito de la demanda caduca y de su entidad; se hace inaplicable el art. 452 del Cód. Civil, que permite al juez su estimación. No queda más que desestimar el rubro reclamado.

Se ha dicho que el perjuicio es o deber ser cierto, pero aún así aquí se encuentra indefinido. Tras la desestimación de la pérdida de chance por la falta de pruebas que demuestren el porcentaje de triunfo de la causa extinguida, a lo sumo podrían considerarse como resarcibles las costas originadas en ella. Sin embargo, este rubro tampoco ha sido probado, ni siquiera ha sido reclamado por la parte apelante.

En este orden de cosas entonces, a falta de un requisito esencial para la configuración de la responsabilidad civil, cual es la entidad del daño y su valuación, es criterio de esta inteligencia que la demanda no puede proceder. En consecuencia, la sentencia debe ser confirmada.

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

Asus turnos los Dres. Villalba Fernández y Martínez Prieto manifestaron que votan en idéntico 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.

VISTO: El mérito que ofrece el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala;

RESUELVE: Desestimar el recurso de nulidad interpuesto. Confirmar la sentencia apelada. Imponer las costas a la perdedora.

Anótese, regístrese, y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: María Mercedes Buongermi, Arnaldo Martínez Prieto, Neri Villalba F.

Ante mí: Pablo Costantini, Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 15

USUCAPIÓN. Requisitos.

Para que pueda tutelarse la usucapión, el usucapiente debe poseer la cosa en forma estable, pacífica, pública y con ánimo de dueño.

POSESIÓN. Poseedor precario.

La posesión solo puede ser probada por hechos de su ejercicio y nunca por un derecho. Por principio general, la posesión siempre es precaria porque trata básicamente de un hecho, incluso para el propietario de la cosa, conforme así lo dicta el art. 1940 del CCP.

POSESIÓN. Prueba de la posesión.

En todos los casos, la posesión debe probarse por hechos, tal y como, en este caso se encuentra acreditada por parte de la actora. Lo cual hace indubitable su posesión estable, pacífica, pública y con animus domini, reuniendo así, los presupuestos para la prescripción adquisitiva de la res litis (voto de la minoría).

USUCAPIÓN.

La usucapión también llamada prescripción adquisitiva, es un modo de adquirir la propiedad de bienes inmuebles mediante la posesión ininterrumpida durante el tiempo fijado en la ley para el efecto.

USUCAPIÓN.

Nuestra legislación civil distingue dos tipos de usucapión, a saber: la usucapión larga y la usucapión corta. La primera exige como requisitos la posesión ininterrumpida, sin oposición, durante veinte años, sin distinción de ausente y presentes (art. 1989). La segunda requiere la posesión continua durante diez años, pero con buena fe y justo título (art. 1990) El elemento común de ambas es que la posesión debe ser a título dueño, pública, pacífica y además excluyente de toda otra pretensión posesoria o dominial.

USUCAPIÓN. SUCESIÓN.

A quien sucede al causante en los derechos posesorios sobre el inmueble, se le transmite también el plazo prescripcional ya cumplido por el fallecido.

USUCAPIÓN. Justo título.

Para la usucapión de diez años, la posesión continúa debe estar acompañada de un justo título y de buena fe del poseedor. Este último requisito origina la diferenciación existente entre ambos institutos, pues, ante una sucesión de posesiones, los caracteres de la posesión del causante se transmiten, idénticamente, a los herederos (art. 1913)

USUCAPIÓN. SUCESIÓN.

Ante una accesión de posesiones, lo que supone sucesores particulares, se prescinde de la buena o mala fe del causante, adquiriendo mayor relevancia aquí la buena fe del sucesor.

USUCAPIÓN. Cómputo del plazo en la usucapión.

La usucapión de veinte años prevista en nuestra legislación, que es la que reclama el actor, no exige el requisito de la buena fe; entonces, la diferencias señaladas supra entre ambas calidades de posesiones son irrelevantes para este caso. Ante estas circunstancias, aquí la distinción entre la sucesión y accesión sería meramente nominal, pues, ya sean herederos universales o singulares, la única exigencia es la posesión ininterrumpida por el plazo legal.

USUCAPIÓN. Título de la usucapión.

Para la hipótesis de una sucesión de posesión, de sucesores universales, es suficiente al declaratoria de herederos, la cual acredita judicialmente el haber sido nombrado como sucesor del causante, con los derechos inherentes.

SUCESIÓN. Cesión de derechos hereditarios.

En el caso de accesión de posesión, es necesario justificar el vínculo existente con el sucesor singular, por un acto jurídico reconocido y amparado por el derecho.

USUCAPIÓN. Prueba de la usucapión.

Tratándose de tenencias originadas en razón de relaciones familiares, como en este caso la sobrina del demandado, a quienes se permite el uso y goce de la cosa en atención de dicho parentesco, la situación de mera tenedora del beneficiario le colocaría en una posición que no es apta para la adquisición del dominio.

POSESIÓN. Prueba de la posesión. USUCAPIÓN. Requisitos. Procedencia de la usucapión.

Carecen de la entidad posesoria suficiente aquellos que han ingresado a la cosa por razones de cortesía o generosidad de los titulares dominiales, quienes, a falta de intervención suficiente han de considerarse siempre sujetos u obligados a restitución frente al propietario.

TApel. Civ. y Com. Tercera Sala. 10-03-11. “María Teresa Nunes Palacios c. Víctor Ceferino Palacios Gil s. Usucapión” (Ac. y Sent. N° 15)

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. Neri E. Villalba Fernández, dijo: La recurrentes al no haber fundado este recurso interpuesto, y siendo, los agravios vertidos por los mismos en sustento de éste recurso pudiendo ser resuelto por vía de la apelación también ejercitada, debiendo por ende ser declarado desierto al no haberse constatado en la resolución examinada vicios u omisiones procesales de naturaleza solemne o formal que autoricen a éste Tribunal a una declaración de nulidad de oficio, conforme lo establecen los Arts. 15 inc. b), 113 y 404 del Código Procesal Civil.

Opinión de la Dra. Buongermini Palumbo, dijo: De la nulidad: La recurrente no fundamentó el recurso de nulidad interpuesto; y dado que no se advierten en la sentencia recurrida, vicios o defectos que autoricen a declarar de oficio su nulidad, el recurso debe ser declarado desierto.

A su turno el Dr. Martínez prieto, manifiesta: Que se adhiere al voto precedente.

A la segunda cuestión planteada, el Dr. Villalba Fernández prosiguió diciendo: Por la sentencia apelada N° 128 de fecha 05 de marzo de 2010, la instancia anterior resolvió: “1.- Hacer Lugar, a la presente demanda que por usucapión promueve la señora Maria Teresa Nunes Palacios, en causa propia, contra el señor Víctor Ceferino Gill, sobre el inmueble individualizado como Finca N° 4233 del Distrito de Encarnación, con Cta. Cte. Ctral. N° 10-147-20, y en consecuencia, ordenar la cancelación de la inscripción del citado inmueble a nombre del demandado Victor Ceferino Palacios Gill y la reinscripción del mencionado inmueble a favor de la señora Maria Teresa Nunes Palacios librando oficio a la Dirección General de los Registros Públicos para su toma de razón e inscripción, una vez ejecutoriada la presente resolución. II. Imponer las costas al demandado IIIAnotese...” (fs. 220/222).

De dicha sentencia recurre la parte actora y presenta su escrito de expresión de agravios, que obra a fs. 228/231, manifestando su desacuerdo con la sentencia pronunciada por el a-quo. Contra ella argumenta, que la instancia inferior al momento de dictar sentencia no ha considerado todos los elementos arrimados por su parte al juicio. Es así, que el juzgado no ha tomado en consideración los presupuestos para la usucapión, la posesión y el animus domini,

ya que entre las partes existe un vínculo de parentesco. Dice, que los testigos declarantes no reúnen las condiciones de idoneidad, estado comprendido en las generales de la ley. Además, la actora ha tramitado los impuestos a nombre del demandado, reconociendo en otro la titularidad del inmueble. La actora ha ingresado al inmueble con consentimiento de su dueño, teniendo el mismo carácter precario que su madre que ha ingresado al inmueble con consentimiento de su propietario. Termina su exposición con la formulación del petitorio de rigor.

La contraparte, contesta el traslado de los agravios de la parte actora fundando la defensa de la sentencia recurrida en los siguientes argumentos. Rechaza los agravios de la apelante, por cuanto considera, que la instancia inferior ha dictado su resolución conforme a Derecho. Así es que sostiene, que la parte contraria ha consentido todo lo actuado en la instancia inferior. Así, se ha probado la posesión con animus domini, publica, pacífica y estable por más de 20 años y ha venido pagando los impuestos referente al inmueble. Dice que ha probado que su posesión se encuentra unida a la de su madre y los testigos ha manifestado en juicio su conocimiento de la posesión de su parte. Concluye su contestación, formulando el petitorio correspondiente.

De las constancias de autos, y a los efectos del reexamen de la sentencia de la prescripción adquisitiva. Es así, que el Art.1989 del Código Civil Paraguayo dispone que: "El que poseyere ininterrumpidamente un inmueble durante veinte años sin oposición y sin distinción entre presentes y ausentes, adquiere el dominio de él sin necesidad de título ni de buena fe, la que en este caso se presume. Podrá pedir el Juez que así lo declare por sentencia, la que servirá de título de propiedad para su inscripción en el Registro de Inmuebles." Es decir, para que pueda tutelarse la usucapión, el usucapiente debe poseer la cosa en forma estable, pacífica, pública y con animo de dueño.

En este caso, conforme se acredita con las constancias de autos, la actora ha venido poseyendo el inmueble en cuestión por más de veinte años, conforme así lo acreditan las instrumentales agregadas al expediente y las testificales producidas.

Al respecto, la parte recurrente ha alegado que la actora ha poseído el inmueble reconociendo en el demandado su título de propietario y la misma madre de la usucapiente ya había ingresado con el mismo reconocimiento, siendo así, su posesión precaria.

En ese sentido, cabe aclarar ciertos puntos al respecto. Primero, si la posesión era derivada, la misma parte demandada lo tuvo que haber probado y la misma ley civil permite unir la posesión del usucapiente al de su autor, aunque este sea de mala fe, conforme así lo determina el Art. 1991 de Código Civil Paraguayo. Por otro lado, la posesión de buena fe o legítima. Pro tanto, no debe olvidarse que la posesión solo puede ser probada por hechos de su ejercicio y nunca por un derecho. Por principio general, la posesión siempre es precaria porque trata básicamente de un hecho, incluso para el propietario de la cosa, conforme así lo dicta el Art.1940 del Código Civil Paraguayo. En todos los casos, la posesión debe probarse por hechos, tal y como, en este caso se encuentra acreditada por parte de la actora. Lo cual hace indubitable su posesión estable, pacífica, pública y con *animus domini*, reuniendo así, los presupuestos para la prescripción adquisitiva de la res litis.

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

En cuanto a las costas ellas deberán ser impuestas a las partes perdedoras de conformidad a lo dispuesto en el Art.203 del Código Procesal Civil.

Opinión de la Dra. Buonghermini Palumbo, dijo: De la Apelación: Se trata de establecer la procedencia de un juicio de usucapion. En primer lugar conviene recordar que la usucapión, también llamada prescripción adquisitiva, es un modo de adquirir la propiedad de bienes inmuebles mediante la posesión ininterrumpida durante el tiempo fijado en la ley para el efecto. De este concepto surgen los dos elementos principales para establecer el dominio por prescripción; la posesión y la duración. No obstante, dependiendo del caso, estos elementos encuentran condiciones diferentes, también indispensables para la procedencia de la acción.

Nuestra legislación civil distingue dos tipos de usucapión, a saber: la usucapión larga y la usucapión corta. La primera exige como requisitos la posesión ininterrumpida, sin oposición durante veinte años, sin distinción entre ausentes y presentes (art.1989). La segunda requiere la posesión continua durante diez años, pero con buena fe y justo título (art.1990). El elemento común en ambas es que la posesión debe ser a título de dueño, pública, pacífica y además excluyente de toda otra pretensión posesoria o dominial.

En el caso de autos, la recurrente promueve la demanda de usucapión afirmando que viene ocupando el inmueble pretendido con *animus domini* por

más de veinte años. Agrega además que prosigue la posesión ininterrumpida de su madre María Zulmira Palacios Gill. Así pues, de los relatos de la demandante vemos que la posesión ininterrumpida surgiría de la continuación de la posesión de la madre. Esta circunstancia, aunque no es mencionada por la accionante, desprende dos hipótesis facticas. En primer lugar, dado que la señora María Zulmira Palacios Gill –madre de la demandante– ha fallecido, conforme consta en el certificado de defunción de fs. 56, podría existir el caso de una sucesión de posesiones. En efecto, ello ocurre cuando la posesión *animus domini* fuera iniciada por un sujeto, quien tras su deceso, transmite a su sucesores universales –judicialmente declarados– por herencia los derechos posesorios sobre el inmueble, con similares caracteres. Así, a quien sucede al causante en los derechos posesorios sobre el inmueble, se le trasmite también el plazo prescripcional ya cumplido por el fallecido.

La segunda hipótesis supone el caso de accesión de posesiones. Si bien esta es una institución análoga a la primera mencionada, en razón de que también se continúa el plazo del anterior poseedor, la accesión de posesiones se configura entre el poseedor y su sucesor a título particular.

De lo hasta aquí expuesto tenemos que el caso planteado se encuadraría, bien como sucesión de posesiones, correspondiente a los sucesores universales, o bien como accesión de posesiones, de sucesores particulares. La diferencia esencial radica en la calidad de la sucesión de posesiones exige requisitos distintos para tener efecto. Como lo señaláramos, para la usucapión de diez años, la posesión continua debe estar acompañada por un justo título y de buena fe del poseedor. Este último requisito origina la diferenciación existente entre ambos institutos, pues, ante una sucesión de posesiones, los caracteres de posesión del causante se transmite, idénticamente, a los herederos (art. 1913). Al respecto sostiene Salvat: ...“Todo depende, pues, del carácter de la posesión del causante, con prescindencia del carácter de la posesión del sucesor...”, luego agrega: “No son dos posesiones diferentes que se unen, es una sola y misma posesión, la posesión del difunto, que continúa el sucesor... Se trata... de la continuación por el sucesor de la prescripción iniciada por el causante, hasta completar el término legal necesario”(Salvat, Raymundo M., “Tratado de Derecho Civil Argentino - Derechos Reales II”, 5ª edición, Tipográfica Editora Argentina S.A., Buenos Aires, 1962, pág. 259). Por otro lado, ante una accesión de posesiones, lo que supone sucesores particulares, se prescinde de la buena o mala fe del causante,

adquiriendo mayor relevancia aquí la buena fe del sucesor. El mismo autor señala que... “la ley, al considerar con toda independencia la posesión del sucesor a título singular y la del autor, tiene en cuenta que aquel no es el continuador de la personal de este, el sucesor tiene, sin duda, un derecho que emana del autor, pero es un derecho propio...”, añade así que “no se le podría oponer la mala fe del autor para combatir su buena fe...”. (Salvat, Raymundo M., “Tratado de Derecho Civil Argentino - Derechos Reales II”, 5ª edición, Tipográfica Editora Argentina S.A., Buenos Aires 1962, pág. 260).

La usucapión de veinte años prevista en nuestra legislación, que es la que reclama el actor, no exige requisito de buena fe, entonces, las diferencias señaladas supra entre ambas calidades de posesiones son irrelevantes para este caso. Ante estas circunstancias, aquí la distinción entre la sucesión y la accesión sería meramente nominal, pues, ya sean herederos universales o singulares, la única exigencia es la posesión ininterrumpida por el plazo legal.

La actora aduce una posesión por más de veinte años, además de mencionar la posesión de su madre por cuarenta años. Así las cosas es dable concluir que la pretensión se basa en la usucapión larga. En tal sentido, solo es menester demostrar la posesión continua e ininterrumpida, prescindiendo de la buena fe.

Ahora bien, la demandante alega proseguir a la posesión de su madre. Para dar curso a la continuación de las posesiones alegadas, debe haber, necesariamente un vínculo entre causante y sucesora. Para la hipótesis de una sucesión de posesiones, de sucesores universales, es suficiente la declaratoria de herederos, la cual acredita judicialmente el haber sido nombrado como sucesor del causante, con los derechos inherentes. En el caso de accesión de posesiones, es necesario justificar el vínculo existente con el sucesor singular, por un acto jurídico reconocido y amparado por el derecho vgr. Cesión de derechos posesorios sobre el inmueble. “...a los efectos de que esa unión de posesiones pueda tener lugar, es indispensable que entre ellas exista un vínculo de derechos...si esta condición falta, la accesión o unión de las posesiones no puede tener lugar, porque el simple usurpador no puede invocar para prescribir sino su propia posesión..” (Salvat, Raymundo M., “Tratado de Derecho Civil Argentino - Derechos Reales II”, 5ª edición, Tipográfica Editora Argentina S.A., Buenos Aires, 1962, pag. 268).

De las constancias de autos, sin embargo, se desprende la falta de material probatorio que justifique la existencia de un vínculo de derecho entre la señora

María Teresa Nunes Palacios y el señor Víctor Severino Palacios Gill, para poder relacionar ambas posesiones y adquirir la propiedad del inmueble por usucapión. En efecto, ni se ha acompañado una declaratoria de herederos, ni tampoco otro acto o negocio jurídico que justifique la transmisión inter vivos.

Es importante agregar que el demandado, quien recurrió la sentencia en debate, sostiene en la expresión de agravios presentada que existe una relación de parentesco entre el y la demandada. Alega que son parientes, tío y sobrina, y que la madre de la demandada era su hermana, razón por la cual las dejó habitar en su inmueble.

La actora nada dijo de estas alegaciones, limitándose a guardar silencio, en especial frente a las instrumentales de fs. 06, 33 y 56. De modo que ante esta conjunción de factores –las instrumentales y el silencio de la demandante– debemos tener como existente la relación de parentesco alegada.

Ya se tiene dicho en anterior jurisprudencia que, tratándose de tenencias originadas en razón de relaciones familiares, como en este caso la sobrina del demandado, a quienes se permite el uso y goce de la cosa en atención de dicho parentesco, la situación de mera tenedora del beneficiario le colocaría en una posición que no es apta para la adquisición de dominio. En efecto, la actora dice ser poseedora. La relación de parentesco permite hacer verosímil el modo de ingreso de la accionante a la cosa, es esta calidad la que prevalece y continúa a lo largo de la relación del sujeto con la cosa, lo que no puede variar por simples dichos. Para darse una verdadera posesión en estas condiciones, debería producirse una intervención del título que excluyera en forma eficaz, completa y pública al propietario, sin que pueda tener la más mínima duda respecto del desplazamiento de la posesión.

Este Tribunal ya ha sostenido en fallos anteriores la misma postura, apuntando que carecen de la entidad posesoria suficiente aquellos que han ingresado a la cosa por razones de cortesía o generosidad de los titulares dominiales, quienes a falta de intervención suficiente han de considerarse siempre sujetos u obligados a restitución frente al propietario.

En conclusión, no se ha demostrado el vínculo legal que demuestre la unión de posesiones, así como tampoco se han reunido los requisitos necesarios para usucapir, en especial el referido a la calidad poseedora con ánimo de dueña. La demanda debe ser rechazada, la sentencia revocada en consecuencia.

Las costas deben imponerse a la parte perdedora, de conformidad con el art. 203 del Cod.proc Civil.

A su turno, el Dr. Martínez Prieto dijo: Que se adhiere al voto de la magistrada que le antecede con sus mismos fundamentos.

Con lo que terminó el acto, firmando los Sres. Miembros de conformidad y quedando acordada la sentencia que sigue a continuación, todo por ante mí de lo que certifico.

VISTO: Por el merito que ofrece el Acuerdo procedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera sala:

RESUELVE:

Declarar desierto el recurso de nulidad. Revocar la sentencia recurrida. Imponer las costas a la perdedora. Anótese, regístrese y remítase copia a la Exma Corte Suprema de Justicia.

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

Ante mí: Pablo Costantini, Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 16

Cuestión debatida: Se trata de establecer la procedencia del recurso de apelación incoado contra una sentencia que ordena la prestación de alimentos.

ALIMENTOS.

El art. 256 del Cód. Civ. establece el objeto de la obligación de prestar alimentos que nace del parentesco, cual es el de proveer lo necesario para la subsistencia, habitación y vestido, así como lo indispensable para la asistencia de las enfermedades.

ALIMENTOS. Beneficiario de alimentos.

Tratándose de hijos menores de edad la obligación de prestar alimentos cesa automáticamente al llegar éstos a la mayoría de edad, salvo que se trate de enfermos o discapaces. Ello es así ya que siendo un requisito esencial para la procedencia de la demanda la imposibilidad del que solicita los alimentos de proporcionárselos por sí mismo –art. 257– es lógico que los enfermos y discapaces se encuentran en dicha circunstancia

ALIMENTOS. Beneficiario de alimentos.

La alimentada fue sometida al análisis de un médico psiquiatra con la asistencia del Ministerio Público y la Defensora de Incapaces Mayores de Edad

en el que el psiquiatra sugirió al juez que la misma sea considerada como discapacitada mental, el cual es un cuadro irreversible, atendiendo a los signos que presentaba al momento del análisis. Esta prueba hace plena fe del estado mental de la alimentada, ya que fue realizada en el marco de un juicio en presencia del juez, de la defensora de Incapaces Mayores de Edad, del Ministerio Público y del médico forense designado por el Juzgado para tal efecto y es suficiente a los fines de solicitar la asistencia alimentaria.

ALIMENTOS. Beneficiario de alimentos.

A los efectos de establecer la asistencia alimenticia, se debe analizar la situación en la que se encuentra tanto el que debe recibir la prestación como el que la debe otorgar, de manera a evitar que en el intento de solventar la manutención de unos se altere a su vez la manutención de otros que también necesitan asistencia.

ALIMENTOS. Cuota de alimentos.

Es obvio que una persona con capacidades diferenciadas, como lo es la alimentada, requiere cuidados específicos que incrementan el coste de su manutención de modo que, visto desde esta perspectiva, la suma resulta hasta exigua, en consecuencia, el monto asignado por el inferior, que asciende al 25% sobre sus haberes jubilatorios, se encuentra ajustada a derecho y corresponde que sea confirmada.

TApel. Civ. y Com. Tercera Sala. 16-03-11. "Compulsas del expediente: I. G. S. de L. c. J. M. P.s s. Prestación de Alimentos" (Ac. y Sent. N° 16)

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes;

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?

En su caso, ¿se dictó conforme a derecho?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: Martínez Prieto, Buongermini Palumbo y Villalba Fernández.

A la primera cuestión planteada el Dr. Arnaldo Martínez Prieto dijo: Los agravios vertidos por el recurrente en sustento del presente recurso refieren a errores in iudicando y no in procedendo, por lo que los mismos serán tratados en el recurso de apelación. En consecuencia, no advirtiéndose vicios que ameriten la declaración oficiosa de la nulidad, corresponde desestimar el presente recurso.

A sus turnos los Dres. Buongermini Palumbo y Villalba Fernández, manifestaron que votan en idéntico sentido.

A la segunda cuestión planteada, el Dr. Arnaldo Martínez Prieto prosiguió diciendo: Por la sentencia apelada N° 861 de fecha 19 de diciembre de 2006 el a-quo resolvió: “Hacer Lugar a la demanda sobre prestación de alimentos promovida por la Señora I. G. S. de L. en representación de su hija incapaz, I. G. M. S., contra el Sr. J. M. P., y en consecuencia fijar provisoriamente en la suma de Guaraníes novecientos noventa y seis mil ciento setenta y nueve (G. 996.179) el quantum mensual que el demandado deberá pasar a la actora por mensualidades adelantadas desde el mes de abril del año 2005. Ordenar la apertura de una cuenta corriente judicial en el Banco Nacional de Fomento, a nombre del presente juicio y a la orden de la actora del Juzgado. Imponer las costas al accionado. Regular los honorarios profesionales de la Abogada B. R. M.r en su carácter de apoderada y patrocinante de la actora, dejándolos fijados en la suma de Guaraníes un millón setecientos noventa y tres mil ciento veintitrés (G. 1.793.123). Anótese...” (fs. 38 vlt.).

De dicha sentencia recurre la parte demandada y presenta su escrito de expresión de agravios, que obra a fs. 59/61. Manifiesta al respecto que la sentencia se basa en los términos de un documento que no contiene la firma de persona alguna, por lo que es inhábil para generar efecto jurídico alguno y mucho menos obligarlo al pago de una prestación indebida. Sostiene que su parte siempre ha atendido a su hija cuando era menor de edad, pese a que su sueldo era bastante exiguo, debiendo además atender con el citado salario a sus otros hijos y esposa. Arguye que el porcentaje del 50% sobre sus haberes jubilatorios es excesivo y confiscatorio ya que el art. 1° de la Ley 1493/2000 que modifica el art. 716 del Cód. Proc. Civ. dispone que no se trabará embargo sobre las pensiones sino hasta un 25%. Por todo ello solicita se revoque la sentencia recurrida.

Corrido el traslado, la parte actora lo contesta en los términos del escrito obrante a fs. 67/69. Manifiesta que la sentencia del inferior se basa en el A.I. N° 326 de fecha 20 de marzo de 2005 obrante a fs. 8 y el informe de fs. 6/7. Sostiene que Ingrid Giselle Meza Sosa fue considerada insana por el psiquiatra forense Dr. Roque Vallejos, con la participación de la defensora de Incapaces Mayores y representante del Ministerio Público. Arguye que la condena fijada por el inferior constituye el 25% de sus haberes jubilatorios y no el 50%, como alude el apelante. Concluye solicitando se confirme la sentencia en todas sus partes.

Se trata de establecer la procedencia del recurso de apelación incoado contra una sentencia que ordena la prestación de alimentos a favor de I. G. M. S..

El art. 256 del Cód. Civ. establece el objeto de la obligación de prestar alimentos que nace del parentesco, cual es el de proveer lo necesario para la subsistencia, habitación y vestido, así como lo indispensable para la asistencia de las enfermedades. Tratándose de hijos menores de edad la obligación de prestar alimentos cesa automáticamente al llegar éstos a la mayoría de edad, salvo que se trate de enfermos o discapaces. Ello es así ya que siendo un requisito esencial para la procedencia de la demanda la imposibilidad del que solicita los alimentos de proporcionárselos por sí mismo –art. 257– es lógico que los enfermos y discapaces se encuentran en dicha circunstancia.

Es precisamente bajo esta circunstancia que la parte actora se presenta en representación de I. G. M. S. a solicitar la prestación de alimentos por parte de su padre el Sr. J. M. P., por lo que habrá que analizar si el presente caso se encuadra dentro del art. 257 del Cód. Civ.

Analizadas las constancias de autos surge que la Sra. I. G. S. de L. ha solicitado judicialmente la declaración de insanía de su hija Ingrid G. M. S. y por A.I. N° 326 de fecha 30 de marzo de 2005 el juez de la causa admitió dicha demanda y la designó como curadora provisional –fs. 9–. En el cuerpo de dicha resolución surge que la Srta. Ingrid G. M. S. fue sometida al análisis de un médico psiquiatra con la asistencia del Ministerio Público y la defensora de Incapaces Mayores de Edad en el que el psiquiatra sugirió al juez que la misma sea considerada como discapacitada mental, el cual es un cuadro irreversible, atendiendo a los signos que presentaba al momento del análisis. Esta prueba hace plena fe del estado mental de la Srta. Ingrid G. M.S., ya que fue realizada en el marco de un juicio en presencia del juez, de la defensora de Incapaces Mayores de Edad, del Ministerio Público y del médico forense designado por el Juzgado para tal efecto y es suficiente a los fines de solicitar la asistencia alimentaria.

En cuanto al informe de la psicóloga María Selva F. de Palacios, el examen de la misma resulta irrelevante a los efectos de la procedencia de la presente demanda, dado que el mismo análisis ya fue realizado en el marco de un juicio y por un profesional designado por el propio juez que decidió respecto de la insanía de la Srta. Ingrid G. M. S.. En consecuencia, se concluye que la parte

actora se encuadra dentro del art. 257 del Cód. Civ. por lo que la demanda de prestación de alimentos es procedente.

En lo referente al quantum de la prestación, el recurrente manifiesta que el monto asignado por el inferior resulta excesivo. A los efectos de establecerlas, se debe analizar la situación en la que se encuentra tanto el que debe recibir la prestación como el que la debe otorgar, de manera a evitar que en el intento de solventar la manutención de unos se altere a su vez la manutención de otros que también necesitan asistencia.

De las constancias de autos surge que la parte demandada recibe en concepto de jubilación la suma de G. 3.984.717 y que además el mismo tiene otros cinco hijos cuyos certificados de nacimiento obran a fs. 41/45 de autos. Analizados dichos certificados surge que todos los hijos del demandado ya son mayores de edad, por lo que la obligación de prestar alimentos a estos cinco hijos, que no se encuentran en la misma circunstancia que la accionante, ha cesado. Es obvio que una persona con capacidades diferenciadas como lo es la alimentada requiere cuidados específicos que incrementan el coste de su manutención de modo que, visto desde esta perspectiva, la suma resulta hasta exigua.

En consecuencia, el monto asignado por el inferior, que asciende a la suma de G. 996.179, es decir, un 25% sobre sus haberes jubilatorios, se encuentra ajustada a derecho y corresponde que sea confirmada.

En cuanto a las costas corresponde su imposición al perdedoso, de conformidad con lo establecido en el art. 203 del Cód. Proc. Civ.

A sus turnos los Dres. Buongermini Palumbo y Villalba Fernández, manifestaron que votaban 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.

VISTO: El mérito que ofrece el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala;

RESUELVE: Desestimar el recurso de nulidad. Confirmar la sentencia recurrida. Imponer las costas a la perdedosa. Anótese, regístrese, y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: María Mercedes Buongermini P., Arnaldo Martínez Prieto, Neri E. Villalba F.

Ante mí: Pablo Costantini, Actuario Judicial.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 17

Cuestión debatida: En autos se discute acerca de la procedencia de la presente regulación de honorarios por trabajos realizados en sede extrajudicial.

REGULACIÓN DE HONORARIOS. Regulación de honorarios extrajudiciales.

La cuestión a ser dilucidada en alzada versa sobre el monto regulado por los trabajos realizados en sede extrajudicial. Esta es la única cuestión que ha sido objeto de agravios por el apelante, por lo que solo respecto de ella se abre la instancia recursiva, a tenor de lo establecido en el art. 420 del Cód. Proc. Civ. Como la sentencia fue recurrida por ambas partes, este Tribunal está facultado a la retasa en más o en menos de los honorarios.

REGULACIÓN DE HONORARIOS. Regulación de honorarios extrajudiciales.

La ley de aranceles prevé el procedimiento para la regulación de honorarios devengados por trabajos extrajudiciales en su artículo 30. No se trata, pues, de cuestiones accesorias a un proceso judicial; sino de una pretensión promovida para obtener la declaración del derecho a la percepción de honorarios.

REGULACIÓN DE HONORARIOS. Regulación de honorarios extrajudiciales.

Del propio escrito de demanda surge que al profesional abogado le fueron solicitados sus servicios a los efectos de procurar para el demandado la salida de la sociedad a la que pertenece, ya sea por liquidación o por compra directa de las acciones que corresponden al 20% del capital social. Asimismo, de los documentos citados no surge que tal cometido se haya conseguido, es decir, no consta que el demandado haya recibido, ya sea en bienes o en efectivo, el valor correspondiente al 20% de las acciones. Lo que sí surge evidente es la relación profesional resultante de la expedición del Poder y de las notas cursadas entre las partes lo cual revela solo eso, una relación profesional que no ha arrojado el resultado esperado por el mandante.

REGULACION DE HONORARIOS. Base del cálculo para la regulación de honorarios.

El recurrente ha desplegado labores tendientes a la concreción de su cometido, como ser el intercambio de notas con la ganadera y obtuvo una propuesta por parte de ésta respecto de la forma de liquidación de las acciones que posee

su cliente, estas actuaciones se encuadran dentro del art. 73 inc. 3 de la Ley 1376/88, es decir, el asesoramiento a clientes para la realización de actos jurídicos –en el entendido de que se trataría de una serie de actos jurídicos tendientes a la separación del socio–. Este inciso prevé un mínimo de 15 jornales para el profesional en el carácter de procurador

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

La pretensión del profesional que sus honorarios sean regulados en base al 20% del valor de los bienes de la sociedad mandante y luego aplicar los porcentajes establecidos en el art. 32 de la ley arancelaria es completamente improcedente, debido a que no existe constancia alguna en autos que acredite que el profesional ha culminado con éxito las labores a favor de su mandante

TApel. Civ. y Com. Tercera Sala. 16-03-11. “Rubén Darío Frutos Ortiz c. Julio César Palacios Barriocanal s. Regulación de Honorarios Extrajudiciales” (Ac. y Sent. Nº 17)

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?

En su caso, ¿se dictó conforme a derecho?

Practicando el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: Villalba Fernández, Buongermini Palumbo y Martínez Prieto.

A la primera cuestión planteada el Dr. Villalba Fernández, dijo: La recurrente, abogada Norma Zelaya, en su escrito argumenta este recurso, al sostener que el *a-quo* transgredió claras disposiciones legales de fondo y forma, como así también, principios procesales que hacen al juzgamiento. Al respecto de la nulidad ésta representación ha venido pronunciándose repetidas veces, sobre este efecto jurídico consecuencia del vicio incurrido en un acto procesal -como en este caso, de decisión-, y a fin de reforzar el criterio de este Miembro cabe hacer la siguiente reflexión. Así, cuando el Juzgador, en el acto procesal de decisión, violenta los principios doctrinales y cae en vicios *in procedendo* o *in iudicando*, dicha acción u omisión afecta directamente al derecho a la tutela judicial efectiva o que es decir, al derecho a la defensa. Siendo entonces, la indefensión el efecto que produce el deficiente ejercicio del acto procesal de decisión, tal violación del derecho a la defensa debe ser, además de formal, material. Es decir: a)

que produzca un perjuicio a la parte que lo sufre; b) que tal situación no haya sido producida por culpa imputable a la misma; c) que haya sido denunciada y; d) que no haya sido la parte damnificada repuesta en su derecho vulnerado. La doctrina advierte sobre los actos nulos, diciendo que “no existe la nulidad por la nulidad misma...”, es decir, que el acto para ser declarada su nulidad debe afectar necesariamente el derecho a la defensa –causar indefensión–, allí donde existe indefensión, existe nulidad y viceversa. Bajo aquellos presupuestos condicionantes y de los elementos agregados en autos, se observa que el agravio invocado por la recurrente hace referencia a la decisión de la instancia anterior de regular los honorarios profesionales del abogado Rubén Darío Frutos Ortiz. A ese respecto, del análisis del fallo pronunciado por el Juzgado se observa que tal resolución no reúne los vicios condicionantes formales exigidos por el Principio de Congruencia. Por tanto, siendo los agravios vertidos por la recurrente servir de sustento para este medio recursivo pudiendo ser resuelto por vía de la apelación, ya que toda declaración de nulidad por regla desvalora el Derecho, debiendo ser el último recurso cuando no exista modo alguno de subsanarlo. Por su parte el accionante no ha fundado este recurso, correspondiendo así sea declarado desierto por los mismos fundamentos expuestos en el presente párrafo. En consecuencia, es criterio de éste preopinante que el recurso debe ser declarado desierto de conformidad a lo dispuesto en el Art. 419 del Código Procesal Civil.

Opinión de la Dra. Buongermini Palumbo, dijo; Nulidad: Los agravios de la Abog. Norma Zelaya refieren a errores *in iudicando* y no *in procedendo* de la resolución recurrida, los que serán estudiados en el recurso de apelación también interpuesto.

Por su parte, el Abog. Rubén Darío Frutos Ortiz no ha fundado el presente recurso.

En consecuencia, no advirtiéndose errores que ameriten la declaración oficiosa de la nulidad de la sentencia recurrida, corresponde desestimar el recurso de nulidad interpuesto por la Abog. Norma Zelaya y declarar desierto el recurso interpuesto por el Abog. Rubén Darío Frutos.

A su turno el Dr. Martínez prieto, manifiesta; Que se adhiere al voto precedente.

A la segunda cuestión planteada, el Dr. Villalba Fernández, dijo: Por la Sentencia apelada N° 1024 de fecha 03 de diciembre de 2009, la instancia ante-

rior resolvió: “Hacer Lugar a la demanda de regulación de honorarios extrajudiciales promovida por el abogado Rubén Darío Frutos contra el Sr. Julio César Palacios Barriocanal y, en consecuencia, condenar al demandado al pago por los trabajos, arreglos y gestiones extrajudiciales efectuados en beneficio del mismo, dejándolos fijados en la suma de guaraníes doscientos millones setecientos treinta y nueve mil (Gs. 200.739.000), más 10% en concepto de I.V.A., en atención a las consideraciones expuestas en el exordio de la presente resolución. Costas a la perdidosa. Anotar...” (fs. 304/309 y vlt.).

De dicha sentencia recurren las partes, actora y la demandada, quien presenta, en primer lugar, su escrito de expresión de agravios, que obra a fs 328/348. Expone, que el monto regulado es exagerado y apartado del derecho, por cuanto, no ha existido actuación extrajudicial, sino, una simple participación ocasional. Sostiene que el Juzgado se ha preenunciado conforme a la pretensión de la adversa sin considerar los elementos de prueba obrantes en el juicio. Aduce, que la presente demanda fue presentada como una acción ordinaria y su parte ha reconvenido sin que el Juzgado se haya pronunciado. Menciona una serie de actos procesales referentes a la etapa probatoria, los cuales considera ejercitados en contra de lo dispuesto en la ley. Afirma, que el a-quo no ha valorado las cláusulas del poder que acredita la intervención del abogado afectado. Alega, que el abogado afectado ha basado su demanda en actuaciones no cumplidas por él y no existe prueba alguna que acredite su intervención y, si lo haya ejercitado, lo hizo fuera de las cláusulas del mandato. Dice, que el monto base tomado por el juzgado es irreal, por cuanto solo correspondería la cantidad de Gs. 480.000.000 y los honorarios no más de Gs. 31.200.000. Y sostiene, que la instancia inferior ha tenido que aplicar el Art. 5° de la Ley N° 1376/88. Termina su exposición con la formulación del petitorio de rigor.

La contraparte, contesta el traslado de los agravios de la adversa, fundando la defensa de la sentencia recurrida en los siguientes argumentos. No corresponde la aplicación del Art. 5° de la Ley N° 1376/88 porque sus actuaciones no fueron en juicio. La adversa no ha contestado en tiempo y forma la demanda promovida. La nulidad invocada es inexistente por no violar ninguna disposición legal. Las alegaciones expuestas por la contraparte tuvieron que ser ejercitados en el estadio procesal pertinente y el monto base obra en autos por un informe remitido por la Ganadera Caradayty S.A. Concluye su contestación, formulando el petitorio correspondiente.

En cuanto al recurso de apelación interpuesto por la parte actora, este presenta su escrito que obra a fs. 351/352. Manifiesta, que dentro del marco porcentual del Art. 32 de la ley arancelaria, con arreglo al Art. 73, el porcentaje a ser aplicado es del 7.5%, debiendo corresponder la cantidad de Gs. 240.887.250. Solicitando así la retasa del monto regulado en la resolución recurrida.

Corrido el traslado a la adversa, la contesta a fs. 358/364. Manifiesta en su escrito los mismos argumentos ejercitados en la fundamentación de los recursos interpuestos. Solicitando la declaración de nulidad de la sentencia o la revocación de la misma.

De las constancias de autos, y a los efectos del reexamen de la sentencia en alzada, se debe partir del análisis del monto regulado en primera instancia de Gs. 200.739.000.

En ese sentido, la parte demandada se agravia de la cantidad regulada por considerar que no ha existido trabajos extrajudiciales por parte del abogado Rubén Darío Frutos Ortiz; Que el juzgado no ha valorado los elementos de prueba que obran en el juicio; Que se ha violentado el derecho a la defensa de su parte; Que el monto base tomado en consideración no es el real, y que, en defecto, la instancia inferior debió aplicar el Art. 5° de la ley de honorarios.

Por otro lado, el accionante sostiene que la regulación dictada se ajusta a derecho y las alegaciones de la adversa son improcedentes y extemporáneas, por no haber contestado la demanda en tiempo y forma; que el Juzgado le ha dado toda la intervención a la contraria sin conculcar su derecho a la defensa; que el monto base es resultante del informe que obra en autos remitido por la firma ganadera; y que el Art. 5° es inaplicable por no ser su actuación judicial.

En primer lugar, en cuanto a las alegaciones de la parte demandada, de la violación del derecho a la defensa, se observa que a fs. 51/58 la parte demandada ha presentado su escrito de contestación de demanda y reconvenido en contra del accionante. Lo cual, al haber presentado fuera del plazo, acusara su rebeldía y decaído así su derecho para hacerlo, dictado por A.I. N° 2396 de fecha 20 de diciembre de 2006. Resolución que fuera recurrida ante esta instancia y confirmada por A.I. N° 762 de fecha 18 de setiembre de 2007, dictado por este Tribunal.

Entonces, ante esta situación procesal señalada en el párrafo anterior, mal podría la parte accionada alegar indefensión en el proceso, ya que, no se observa en autos ninguna omisión por parte del juzgado que pudiera inferir un vicio *in*

procedendo que causaría la nulidad del fallo pronunciado, tal y como, este Miembro preopinante lo ha expuesto en el capítulo de la nulidad. Ello sin perjuicio, que el mismo Art. 235 inc. a) del Código Procesal Civil, dispone el reconocimiento tácito de las alegaciones de la parte actora por el silencio de la parte demandada.

Al respecto, los mismos argumentos que hoy la parte demandada expone ante esta Cámara *per se* es extemporáneo e improcedente. Porque hacen cuestiones que tuvieron su ámbito de debate en la instancia inferior y sobre estos actos procesales el Juzgado ha dictado su sentencia: Lo que es más, la parte accionada se empeña en darle a este juicio un tratamiento procesal diferente del dispuesto en la Ley N° 1376/88, pretendiendo sustanciarlo por las reglas del conocimiento ordinario, siendo esto, a todas luces, abiertamente improcedente.

Por lo expuesto, los argumentos que hacen a cuestiones ya debatidas en la instancia inferior y hoy traídas nuevamente a esta instancia deben ser desestimados por su notoria improcedencia y extemporaneidad.

Ahora bien, en lo que se refiere a las actuaciones extrajudiciales del abogado Rubén Darío Frutos Ortiz. Esta se sustenta en el poder general otorgado por el señor Julio César Palacios Barriocanal a favor del abogado Rubén Darío Frutos Ortiz y otros profesionales. Al respecto y en base a las manifestaciones de la parte demandada, corresponde precisar que el mandato otorgado es con carácter general y no especial. En el cual, especifica gestiones referentes a negociación con relación a reparación del daño causados en la Ganadera Carandayty S.A. y negociación de venta de acciones. Pero ni aunque sea se puede hablar de cláusula especial. Sin perjuicio, que si fuese así, no significa que nos encontramos ante un poder especial. Tan solo, con cláusula especial, que tiene su aplicación en el Art. 884 del Código Civil Paraguayo.

En cuanto, a las actuaciones extrajudiciales del abogado afectado, estas se acreditan en el juicio en la nota de fs. 10 de autos, en el cual, el poderdante y demandado comunica a la firma Carandayty S.A., su decisión de apartarse de la sociedad y donde el mandante afirma que por gestión del abogado Rubén Darío Frutos Ortiz se ha acordado la negociación del 20% de las acciones del paquete accionario. También, la escritura de acta notarial de fs. 21/24, por el cual se intima al apoderado del señor Julio César Palacios Barriocanal a la prosecución de las negociaciones especificadas en el poder general de fs. 06/09. El telegrama de fs. 25, que el abogado accionante le comunica a su representado

del acta notarial de intimación. Todos estos elementos y más los producidos en el transcurso del juicio acreditan suficientemente la actuación extrajudicial del abogado Rubén Darío Frutos Ortiz.

En relación, hasta aquí de lo mencionado en el párrafo anterior prueba la relación existente entre el profesional solicitante de la regulación de sus honorarios y la parte demandada. Pero, a los efectos de justipreciar el monto de los honorarios y sobre que base se debe determinar si efectivamente ha concluido la labor del profesional para el cual fue contratado. Al respecto, de las constancias de autos se concluye que la pretensión de la parte demandada se refiere a la venta de las acciones pertenecientes a la firma Ganadera Carandayty S.A., para lo cual, el abogado Rubén Darío Frutos Ortiz debía procurar la negociación y efectivización de tales acciones, que en el expediente no consta que la parte demandada haya percibido el monto producto de la venta de las acciones. Es decir, el servicio que debía prestar el profesional y para el cual fue contrato no ha llegado a su culminación.

En lo referente, al cálculo del monto regulatorio de los honorarios, el juzgado ha tomado como base la suma de Gs. 3.211.830.000, que significa el 20% del total del activo de la firma Ganadera Carandayty S.A. de Gs. 16.059.150.000. Esto es así, porque el abogado Rubén Darío Frutos Ortiz ha recibido mandato para la negociación del 20% del paquete accionario, que conforma el activo de la sociedad. Pero, como se halla fundado en el párrafo anterior la parte demandada no ha percibido monto alguno producto de la venta de las acciones, tal y como, no existe acreditación alguna en autos. Lo cual nos lleva a la conclusión que el profesional no ha concluido su labor por el cual fue contratado, consistente en la venta de las acciones y la percepción del producto.

De esas consideraciones surge que, la actuación extrajudicial ejercitada por el profesional se enmarca dentro de las disposiciones del Art. 73 inc. 3) de la Ley N° 1376/88 con arreglo a lo establecido en el Art. 30 de la misma disposición legal. Así el Art. 73 en su inciso 3) prevé un mínimo de quince jornales. Pero atendiendo que las actuaciones del abogado Rubén Darío Frutos Ortiz no solo se limitaron a simple asesoramiento a la parte demandada, faltando si la conclusión de su labor consistente en la efectivización del precio de la venta de las acciones corresponde elevar ese mínimo a treinta jornales mínimos que corresponde a la cantidad de Gs. 1.507.470, en concepto de regulación de honorarios extrajudiciales del abogado Rubén Darío Frutos Ortiz, más la suma de Gs. 150.747 en concepto de Impuesto al Valor Agregado (I.V.A.).

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

En conclusión la resolución recurrida debe ser modificada de conformidad a lo expuesto en los párrafos precedentes.

Opinión de la Dra. Buongermini Palumbo, dijo; Apelación: En autos se discute acerca de la procedencia de la presente regulación de honorarios por trabajos realizados en sede extrajudicial.

La cuestión a ser dilucidada en alzada versa sobre el monto regulado por los trabajos realizados en sede extrajudicial. Esta es la única cuestión que ha sido objeto de agravios por el apelante, por lo que solo respecto de ella se abre la instancia recursiva, a tenor de lo establecido en el art. 420 del Cód. Proc. Civ. Como la sentencia fue recurrida por ambas partes, este Tribunal está facultado a la retasa en más o en menos de los honorarios.

La ley de aranceles prevé el procedimiento para la regulación de honorarios devengados por trabajos extrajudiciales en su artículo 30. No se trata, pues, de cuestiones accesorias a un proceso judicial, sino de una pretensión promovida para obtener la declaración del derecho a la percepción de honorarios.

El recurrente basa su pretensión en un poder general para asuntos judiciales y administrativos que le hubiera otorgado el demandado con una cláusula especial “para iniciar y proseguir negociaciones con relación a la reparación de daños causados en Ganadera Carandaty S.A, por el Dr. Celso Muxfeldt y/o negociación para venta de acciones (20%) veinte por ciento, que el poderdante posee en la respectiva sociedad” y en una serie de notas intercambiadas por la Ganadera Carandaty, las partes en juicio a los efectos de llegar a un acuerdo respecto de las compras de las acciones que posee el demandado correspondiente al 20% del capital social. Estas son las constancias que obran en autos y que autorizan la regulación de honorarios.

La parte demandada manifiesta que su parte no ha obtenido ningún beneficio de las actuaciones realizadas por el profesional y que su trabajo no ha sido más que ocasional. Corresponde, pues, analizar las constancias de autos a los efectos de determinar el tipo de trabajo realizado por el actor.

A fs. 6/9 obra el poder general para asuntos judiciales y administrativos que hubiera sido otorgado por el demandado al actor en fecha 13 de enero de 2006. En dicho poder consta el mandato otorgado al profesional para la realización de distintas actuaciones judiciales y además una mención expresa respecto

de la voluntad del mandante de que el mandatario realice negociaciones con relación a la reparación de daños causados en Ganadera Carandaty S.A, por el Dr. Celso Muxfeldt y/o negociación para venta de acciones (20%) veinte por ciento que el poderdante posee en la respectiva sociedad. Luego, se establece que en caso de producirse interés en la compra de las acciones que el demandado posee en la sociedad, deberá mediar por escrito la aceptación del Sr. Julio César Barriocanal en cuanto a la forma, manera condiciones, montos y plazos. Este mandato fue revocado por el poderdante en fecha 20 de febrero de 2006 según consta en la escritura pública N° 3 obrante a fs. 43/46 Luego, a fs. 10 obra una nota emitida por ambas partes en fecha 9 de febrero de 2006 que es dirigida al presidente de Carandaty S.A. donde el demandado comunica a la sociedad su decisión de apartarse de la misma, sea por partición y liquidación de bienes o por compra directa en efectivo del paquete accionario que le corresponde que es del 20%. A fs. 11 obra la contestación de la nota mencionada de fecha 10 de febrero de 2006 donde el Sr. Celso Muxfeldt realiza una oferta al demandado respecto de la compra del paquete accionario. Posteriormente, en fecha 22 de febrero de 2006, el escribano Fabio Ubaldo Quiñónez se constituyó en el estudio jurídico del Abog. Rubén Darío Frutos Ortiz a los efectos de comunicarle que en el asiento de su notaría se encuentran a disposición del Sr. Julio César Palacios las acciones de Ganadera Carandaty S.A. correspondientes a la diferencia del ajuste de su porcentaje accionario del 20% conforme con el aumento del capital original de G. 500.000.000 a la suma de 4.000.000.000, el cual se integró de G. 2.900.000.000 según lo dispuesto por el juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Sexto Turno.

Del relato que antecede y del propio escrito de demanda surge que el profesional abogado le fueron solicitados sus servicios a los efectos de procurar para el demandado la salida de la sociedad a la que pertenece ya sea por liquidación o por compra directa de las acciones que corresponden al 20% del capital social. Asimismo, de los documentos citados no surge que tal cometido se haya conseguido, es decir, no consta que el demandado haya recibido, ya sea en bienes o en efectivo, el valor correspondiente al 20% de las acciones. Lo que sí surge evidente es la relación profesional resultante de la expedición del poder y de las notas cursadas entre las partes, lo cual revela solo eso, una relación profesional que no ha arrojado el resultado esperado por el mandante.

Pero, como el recurrente ha desplegado labores tendientes a la concreción

de su cometido, como ser el intercambio de notas con la ganadera y obtuvo una propuesta por parte de ésta respecto de la forma de liquidación de las acciones que posee su cliente, estas actuaciones se encuadran dentro del art. 73 inc. 3 de la ley 1376/88, es decir, el asesoramiento a clientes para la realización de actos jurídicos -en el entendido de que se trataría de una serie de actos jurídicos tendientes a la separación del socio-. Este inciso prevé un mínimo de 15 jornales para el profesional en el carácter de procurador. Siendo que el profesional ha avanzado en la efectivización de las acciones de su cliente pero sin resultado efectivo, corresponde el justiprecio de sus honorarios profesionales en 30 jornales que asciende a la suma de G. 1.507.470. Es importante aclarar en este punto que la pretensión del profesional que sus honorarios sean regulados en base al 20% del valor de los bienes de la Ganadera Carandaty S.A. y luego aplicar los porcentajes establecidos en el art. 32 de la ley arancelaria es completamente improcedente, debido a que no existe constancia alguna en autos que acredite que el profesional ha culminado con éxito las labores a favor de su mandante.

Por los fundamentos expuestos y en virtud de las disposiciones citadas, soy de parecer que la sentencia apelada debe ser modificada en el sentido de regular los honorarios profesionales del Abg. Rubén Darío Frutos en la suma de G. 1.507.470 por los trabajos realizados extrajudicialmente.

En cuanto a las costas, corresponde su imposición a la parte perdedora, de conformidad con lo establecido en el art. 203 del Cód. Proc. Civ. Voto en tal sentido.

A su turno el Dr. Martínez Prieto, dijo: Que adhiere su voto al de la magistrada que le antecede con sus mismos fundamentos.

Con lo que terminó el acto, firmando los Sres. Miembros de conformidad y quedando acordada la sentencia que sigue a continuación, todo por ante mí, de lo que certifico.

VISTO: Por el mérito que ofrece el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala;

RESUELVE: Desestimar el recurso de nulidad interpuesto por la Abog. Norma Zelaya, y declarar desierto el recurso interpuesto por el Abog. Rubén Darío Frutos.

Modificar la resolución recurrida, en el sentido de regular los honorarios profesionales del abogado Rubén Darío Frutos Ortiz, en la suma de G. 1.507.470 por los trabajos realizados extrajudicialmente. Imponer las costas a la parte

perdidos. Anótese, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

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

Ante mí: Pablo Costantini, Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 18

Cuestión debatida: se trata de establecer la procedencia de una demanda de reivindicación de cosa mueble registrable.

REINVINDICACIÓN. Procedimiento para la reivindicación.

En cuanto al pago de tributos –impuestos, tasas o de otra especie– ya se tiene dicho que ello inhibe el trámite, pero que no impide ni invalida el dictado de la sentencia. Por lo tanto, si pese a la deficiencia tributaria el proceso tuvo curso, haciendo que la virtud obstativa de la norma respectiva quede inane, no por ello se invalidan las actuaciones procesales, cuya eficacia es independiente de ese hecho.

REIVINDICACIÓN. Requisitos.

Toda demanda de reivindicación se asienta en dos presupuestos básicos: la existencia de la titularidad de dominio en el actor y la posesión injusta o ilegítima de la cosa en el demandado. Así surge de la norma respectiva, art. 2408 del Cód. Civ.

CONTRATO. Resolución del contrato.

Recuérdese que el incumplimiento no es impedimento de la validez de un contrato, ni tampoco de su vigencia. Es recién con la resolución contractual que el incumplimiento adquiere relevancia respecto de las prestaciones ya hechas por las partes en virtud del contrato. Desde la resolución la causa justificativa de la posesión deviene inane y nace en cabeza del poseedor la obligación de restituir.

CONTRATO. Resolución del contrato.

En estos autos no se advierte que el actor haya procedido a resolver el contrato ni judicial ni extrajudicialmente, con lo cual la fuerza obligatoria del contrato se mantiene inalterada hasta su terminación.

CONTRATO. Resolución del contrato. REIVINDICACIÓN.

La mera circunstancia de que se haya producido una causal de extinción por resolución no extingue automáticamente el contrato; la resolución debe ser pedida y comunicada a la otra parte. La demanda aquí instaurada solo ha pretendido reivindicación, más no resolución contractual. No habiéndose eliminado la causa que ha dado lugar a la posesión, ésta no deviene ilegítima ni injusta. La reivindicación no es procedente.

TApel. Civ. y Com. Tercera Sala. 22-03-11. “Bernardo Ayala Díaz c. Juan Ramón Cabral s. Reivindicación de cosa mueble y otros” (Ac. y Sent. N° 18).

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes;

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?

En su caso, ¿se dictó conforme a derecho?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: Buongermini Palumbo, Villalba Fernández y Martínez Prieto.

A la primera cuestión planteada la Dra. Buongermini Palumbo, dijo: El señor Juan Ramón Cabral Miranda, bajo patrocinio de abogado, fundamenta el recurso de nulidad en los términos del escrito de fs. 46/48 de autos, alegando que la sentencia dictada por el a quo adolece de nulidad a razón de que –primer argumento–, la sentencia recurrida fue dictada pese a que el proceso se hallaba caduco, en la inteligencia de que la caducidad de instancia opera de derecho una vez cumplido el plazo de inactividad, y que no puede cubrirse con diligencias o actos procesales posteriores a este vencimiento, en atención a lo dispuesto en el art. 174 del Cód. Proc. Civ. Como segundo argumento de la nulidad señala como vicio error in procedendo, considerando que el a quo permite el desarrollo del proceso hasta el dictamiento de la sentencia definitiva sin que se haya hecho pago de la tasa judicial, contraviniendo las disposiciones de la Ley N° 669/95 que modifica la Ley N° 284/71, de tasas judiciales

La nulidad se basa sustancialmente en que el proceso ya se hallaba caducado cuando se dictó sentencia.

Examinados los autos, se advierte a fs.36 el pedido de caducidad de instancia propuesto por la parte demandada. Este pedido fue rechazado por A.I. N° 153 de fecha 25 de febrero de 2008. Este auto no fue recurrido por ninguna de las partes, por tanto quedó firme y pasó en autoridad de cosa juzgada, y constituye

una verdad procesal, independientemente y a despecho de toda otra consideración. De modo que no existe mérito para declarar la nulidad por esta causa.

En cuanto al pago de tributos –impuestos, tasas o de otra especie– ya se tiene dicho que ello inhibe el trámite, pero que no impide ni invalida el dictado de la sentencia. Por lo tanto, si pese a la deficiencia tributaria el proceso tuvo curso, haciendo que la virtud obstativa de la norma respectiva quede inane, no por ello se invalidan las actuaciones procesales, cuya eficacia es independiente de ese hecho.

No existiendo otros vicios o defectos que ameriten la declaración de oficio de la nulidad en los términos que autorizan los arts. 111 y 404 del Código Procesal Civil.

Voto, pues, por desestimar el recurso de nulidad interpuesto por el demandado.

Asus turnos los Dres. Villalba Fernández y Martínez Prieto, manifestaron que votan en idéntico sentido.

A la segunda cuestión planteada, la Dra. María Mercedes Buongermini Palumbo prosiguió diciendo: Por la sentencia apelada la S.D. N° 153 de fecha 24 de marzo 2008 el *a-quo* resolvió: “I-Hacer lugar, con costas, a la demanda que por reivindicación de bien inmueble promueve el señor Bernardo Ayala Díaz contra del señor Juan Ramón Cabral Miranda, individualizado como automotor de la marca Toyota, tipo Corona Sedan, año 1980, con motor N° 2T-4279780, Chasis N° TT133000592, inscripto en el Registro General de la Propiedad, Sección Automotores “A”, al folio 13875 y sgtes. De 1996, de propiedad del actor. II. Anotar...”. (fs.39.). De dicha sentencia recurre la parte demandada presentando su escrito de expresión de agravios, que obra a fs.146/48. Manifiesta textualmente que: “...el juez a-quo en el considerando de su sentencia que el recibo redargüido de falso por mi parte, es un (...) instrumento que prueba plena fe, al no haberse negado la firma puesta por el demandado. Sin embargo, en mi escrito de contestación he negado todos los hechos alegados por la parte demandante, expresando clara y puntualmente “que” hechos sí reconozco y entre ellos no figura, el reconocimiento de firma aludido” (sic). Manifiesta que ninguna de las partes en el juicio han diligenciado pruebas, mas que las adjuntadas en los escritos de demanda y contestación, en las que obran documentales, en las que se aprecian que el actor a vendido al demandado por contrato privado con certificación de firma el vehiculo en cuestión, no habiéndose negada esa situación por el actor, ni pretendida su anulación.

Corrido traslado a la parte adversa, la misma contesta en los términos del escrito de fs. 50/51, solicitando su confirmación. Señala el actor primeramente citando el art. 419 del Cód. Proc. Civ. y doctrina sobre el mismo, de considerar desiertos los recursos interpuestos en atención a que existen meritos suficientes para ello. Manifiesta que el recibo al que refiere el apelante, no fue negado por este ni atacado de falso, considerado de esta manera por el inferior. Manifiesta que en el presente proceso se ha probado su dominio y titularidad registral del automotor, con la escritura agregada, justificando de esta manera el reclamo por reivindicación y la obligación del demandado a restituirlo.

Se trata de establecer la procedencia de una demanda de reivindicación de cosa mueble registrable.

Toda demanda de reivindicación se asienta en dos presupuestos básicos: la existencia de la titularidad de dominio en el actor y la posesión injusta o ilegítima de la cosa en el demandado. Así surge de la norma respectiva, art. 2408 del Cód. Civ.

En cuanto a lo primero, tenemos que el actor acompaña un título de dominio que tiene inscripción registral (fs.1/4).

En cuanto a la posesión injusta o ilegítima, se advierte que el demandante ha celebrado un contrato de compraventa por instrumento privado con el demandado. La existencia de este contrato, obrante a fs. 14/16 de autos, no ha sido desconocida por el actor, ni ha sido impugnado, salvo en lo que respecta a la cláusula que da cuenta del pago total del precio de compraventa. Además las firmas del citado instrumento han sido certificadas por notario público. En dicho contrato se consigna que el Sr. Bernardo Ayala Díaz hoy demandante hace entrega voluntaria de la posesión del rodado vendido al Sr. Juan Ramón Cabral Miranda, aquí demandado. La entrega en posesión encuentra su causa precisamente en el contrato de compraventa, por tanto mal puede hablarse de posesión ilegítima o injusta en el demandado sobre el automotor reivindicado.

Meramente obiter, hay que decir que nuestro sistema de transmisión de dominio es el contractual al modelo italiano. En este modelo, el solo contrato opera la traslación del dominio inter partes, siempre que se trate de un contrato celebrado con las formalidades legales –que en el caso es la escritura pública, art. 700 del Cód. Civ.– y el tipo de contrato tenga por finalidad la traslación de dominio –como la compraventa, la permuta, etc.–. El contrato arrimado a autos tiene claramente un tipo traslativo, pero no está otorgado en escritura pública.

Ello no empece a considerar que la posesión adquirida en base al mismo es legítima, ya que la posesión no exige el requisito formal de la escrituración en el acto jurídico que es su basamento o causa.

Tampoco es obstáculo la alegación de que se trataría de un contrato de permuta y no de compraventa, ni que el tal contrato –ya compraventa, ya permuta– haya sido incumplido por el demandado. Recuérdese que el incumplimiento no es impedimento de la validez de un contrato, ni tampoco de su vigencia. Es recién con la resolución contractual que el incumplimiento adquiere relevancia respecto de las prestaciones ya hechas por las partes en virtud del contrato. Desde la resolución la causa justificativa de la posesión deviene inane y nace en cabeza del poseedor la obligación de restituir.

En estos autos no se advierte que el actor haya procedido a resolver el contrato ni judicial ni extrajudicialmente, con lo cual la fuerza obligatoria del contrato se mantiene inalterada hasta su terminación. La mera circunstancia de que se haya producido una causal de extinción por resolución no extingue automáticamente el contrato; la resolución debe ser pedida y comunicada a la otra parte. La demanda aquí instaurada solo ha pretendido reivindicación, más no resolución contractual. No habiéndose eliminado la causa que ha dado lugar a la posesión, ésta no deviene ilegítima ni injusta. La reivindicación no es procedente. La sentencia debe ser revocada.

En cuanto a las costas, las mismas deben ser impuestas a la parte perdedora de conformidad con el art. 192 y art. 203 del Cód. Proc. Civ., en ambas instancias.

Asus turnos los Dres. Villalba Fernández y Martínez Prieto, manifestaron que votan en idéntico 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.

VISTO: El mérito que ofrece el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala;

RESUELVE: Desestimar el recurso de nulidad, de conformidad con los términos expuestos en el exordio de la presente resolución. Revocar la sentencia apelada, en consecuencia, rechazar la demanda de reivindicación promovida por el Sr. Bernardo Ayala contra el señor Juan Cabral, de conformidad con los términos expuestos en el exordio de la presente resolución. Imponer las costas

a la parte perdidosa, en ambas instancias. Anótese, regístrese, y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

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

Ante mí: Pablo Costantini, Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA Nº 61

Cuestión Debatida: Indemnización solicitada por un sujeto al haber sido demandado por una entidad bancaria por deuda con tarjeta de crédito de su ex esposa, sin pertenecer tal deuda al demandado, ni en calidad de codeudor; figurando en Informconf como moroso.

RECURSO DE NULIDAD. Procedencia del recurso de nulidad. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.

Es sabido que el recurso de nulidad es procedente cuando se detectan vicios extrínsecos e intrínsecos del fallo.

RECURSO DE NULIDAD. Procedencia del recurso de nulidad. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.

Puede ser declarada la nulidad cuando el fallo es incongruente. Se considera como tal, cuando se parte de premisas erradas y, obviamente, se arriba a conclusiones equivocadas. También puede ser tenido como incongruente, cuando el juez falla sobre algo no petitionado en la demanda pues éste debe resolver necesariamente sobre todos los hechos aducidos (art. 15 del C.P.C.)

RECURSO DE NULIDAD. Procedencia del recurso de nulidad. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.

El que las excepciones no formen parte del objeto esencial del proceso no tiene por qué significar su exclusión del objeto de la decisión. Por ello la omisión de pronunciamiento implica violación al derecho a la defensa e incumplimiento a la orden imperativa de pronunciamiento por parte del juez, trayendo aparejada la sanción de nulidad de la resolución.

TARJETA DE CRÉDITO. Obligaciones.

Se considera que existió culpa de la entidad bancaria al haber demandado al ex marido entendiendo erróneamente que el cambio de situación jurídica

(divorcio) del actor, no implica rescisión del contrato de tarjeta de crédito conservando las responsabilidades y obligaciones emergentes. Esto sería acertado si el demandado firmaba como co-deudor de su ex esposa, pero solo lo firmó como cónyuge en virtud de que en ese entonces seguía vigente la comunidad de gananciales.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Pérdida de chance.

Reparación por la pérdida de ciertas posibilidades de ganancias o de evitación de un beneficio o por frustración de una cierta ayuda futura y asistencia y sostén. Es un daño actual resarcible cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que resulta frustrada por culpa del responsable.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Pérdida de chance. Prueba de daños y perjuicios.

Si el perjuicio consiste en la pérdida de chance, es necesaria la prueba del daño cierto, mediante la acabada demostración de que por causa del pretendido responsable se produjo la frustración de un proyecto en curso de ejecución.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Lucro Cesante.

Consiste en la frustración de una ganancia o de la utilidad que ha dejado de percibir, sea la víctima de un delito o un acreedor de una obligación por el incumplimiento de lo acordado.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Lucro Cesante.

Este daño patrimonial para que sea resarcible debe cumplir con una serie de requisitos: a) Cierto, ya sea actual o futuro. Cierto es opuesto a eventual o hipotético. La existencia debe ser constatada para poder condenarse al pago de indemnización. Futuro, no realizado aun al momento del hecho o aun al momento de la sentencia. b) Subsistente, no debe haber desaparecido en el momento de ser resarcido. c) Personal, nadie puede pretender ser indemnizado por un daño sufrido por otro.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño moral.

Podemos definir como la lesión en los sentimientos que determinan dolor o sufrimiento físico, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas, y en general toda clase de sufrimiento que no se puede apreciar en dinero.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño moral.

Para fijar el quantum indemnizatorio debe atenderse a la naturaleza y gravedad de la cuestión, las afecciones provocadas, su entidad y extensión, siempre considerando las condiciones personales de la víctima. a través de un

criterio de valor subjetivo, encauzado por una sana valoración se debe concluir con una reparación en dinero que resultará insuficiente en relación a los valores lesionados o cercenados, pero al no existir otro medio dentro de las humanas posibilidades, la justicia debe materializar en dinero el resarcimiento, que cumple una función de satisfacción frente al sufrimiento

DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño moral.

Tenemos dos aspectos a cubrir a) cuando hablamos de daño moral este debe consistir en una alteración negativa o disvaliosa del orden extrapatrimonial, psíquico o espiritual del individuo, no del orden material y b) dentro de este marco hay que considerar la trascendencia de la supuesta lesión, su valor y posibilidad final sobre la eventual víctima, considerando su particularidades personales.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Pérdida de chance.

Pérdida o frustración de una expectativa o probabilidad de ganancias futuras... dicha hipótesis de daño futuro y calidad material es resarcible, siempre que el reclamante invoque y demuestre el nexo causal entre el hecho y la probabilidad futura de obtención del lucro o evitación del perjuicio.

TApel. Civ. y Com. Quinta Sala. 11-06-11. "Rubén Gustavo Servián Campos c. Citibank N.A. s. Indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad contractual" (Ac. y Sent. N° 61).

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes;

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?

En su caso, ¿se dictó conforme a derecho?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: Ynsfrán Saldívar, Martínez Prieto, Báez Maiola.

A la primera cuestión: El magistrado Linneo Ynsfrán Saldívar dijo: Este recurso fue interpuesto y fundamentado por el recurrente, conforme a los términos expuestos en el escrito de agravios agregado a estos autos (ver fs. 815/824).

Es sabido que el recurso de nulidad es procedente cuando se detectan vicios extrínsecos e intrínsecos del fallo. Asimismo, puede ser declarada la nulidad cuando el fallo es incongruente. Se considera como tal, cuando se parte de premisas erradas y, obviamente, se arriba a conclusiones equivocadas. También puede ser tenido como incongruente, cuando el juez falla sobre algo no peticio-

nado en la demanda, pues éste debe resolver necesariamente sobre todos los hechos aducidos (art. 15 del C.P.C.)

Es justamente este último motivo el que entendemos se dio en este caso, debido a que la empresa demandada ha solicitado el rechazo de la demanda conforme a los hechos que se mencionan en la sentencia de recurso, pero también asienta su defensa en la excepción de prescripción, la cual, si bien es tratada dentro del cuerpo de la resolución, no integra la parte resolutive.

La prescripción de la acción es una cuestión que fue articulada por la parte demandada como excepción y que debió ser resuelta expresamente, por cuanto que sólo la parte dispositiva de una sentencia contiene los pronunciamientos que son recurribles y con fuerza de cosa juzgada. El resto de las consideraciones que se exponen en la sentencia se puede concebir sólo como motivación del fallo judicial pero no es objeto de recurso.

Podría ocurrir que realmente haya prescripción de la acción, pero que, por ejemplo, en el caso de autos, el Tribunal al estudiar la cuestión de fondo resuelva la revocatoria del fallo. Esa revocación se limitará a la defensa de fondo, no a la excepción, lo cual dejaría a la parte demandada en evidente inferioridad, rompiéndose el principio de igualdad, dado que ya no tendría la defensa que justamente le podría brindar el triunfo de su posición puesto que el Tribunal no tendría facultades para estudiar algo que no ha sido objeto de recurso porque justamente no integró la decisión.

El hecho que haya triunfado en la instancia previa la defensa de fondo del demandado, no elimina el vicio de incongruencia en que incurre la sentencia que ha dejado de ocuparse de la excepción al preterir la petición. El que las excepciones no formen parte del objeto esencial del proceso no tiene por qué significar su exclusión del objeto de la decisión. Por ello, la omisión de pronunciamiento sobre la excepción deducida por la parte demandada, implica una violación que hiere al mismo derecho de defensa de la parte reclamante y que se enmarca en un incumplimiento de los Art. 15 inc “d”, 159 inc “c” y “e” del C.P.C., que ordenan imperativamente que el Juez debe pronunciarse necesariamente sobre todo lo que sea objeto de petición, y que, conforme a esa primera norma citada, el incumplimiento a este deber, trae aparejada la sanción de nulidad de la resolución.

Consecuentemente, al comprobarse la falencia indicada párrafos arriba en el decisorio, corresponde declarar nulo el fallo recurrido.

A sus turnos los magistrados Martínez Prieto y Báez Maiola, dijeron: Que votan en idéntico sentido.

A la segunda cuestión el magistrado Ynsfrán Saldívar expresó: Dada la forma como fue resuelta la primera cuestión y conforme al art. 406 del C.P.C., corresponde que esta Alzada estudie y se pronuncie sobre el fondo de la cuestión.

En ese sentido, corresponde avocarnos primeramente al estudio de la excepción de prescripción que fue estudiado pero no resuelto por el inferior al momento de dictar su sentencia, razón por la cual se anulo la misma. Ahora bien, tal como lo señalara oportunamente el a-quo, el planteamiento prescripcional debe ser rechazado, ya que la opción del aquí demandado en formular la presente demanda inicia su computo a partir del conocimiento que el mismo tenga del hecho dañoso. Esta circunstancia debe ser considerada conforme a la norma contenida en el Art. 663 inc. f) que le confiere el lapso de dos años.

Debemos señalar que la presente es una acción ordinaria que reclama efectos resarcitorios por los daños y perjuicios surgidos de un juicio ejecutivo. El cómputo de marras, entonces, debe ser iniciado a partir de la conclusión del mismo y del conocimiento que el actor tuvo de sus efectos gravosos, obviamente no desde el conocimiento que el mismo tuvo de su promoción, pues entonces dichos efectos no existían, por lo que mal podría reclamarlos.

A la vista de los autos caratulados: “Citibank N.A. / Mastercard c/ Myrian de Servián y Rubén Servián S/ Preparación de Acción Ejecutiva”, fuente de los daños reclamados en autos, notamos que a fs. 56 se ha dictado el A.I. N° 780 del 31 de mayo de 2005, en virtud del cual se operó la caducidad del mismo, modo este anormal de culminación del proceso por falta de actividad de parte del interesado, ordenándose a la vez el archivamiento de los autos de referencia, no constando actividad recursiva contra el mismo por lo que accedió en autoridad de *rei iudicata*. De esta forma, como dijéramos, aún sin constar fecha de anoticiamiento personal del actor de estos actuados, la misma necesariamente debe ser posterior a ella, por lo que, de conformidad con el cargo inserto a fs. 317 de estos autos (21 de setiembre del 2005), no ha transcurrido el plazo establecido en el art. 663 inc. f) y, consecuentemente, esta acción no viene en tiempo propio, por lo que la defensa de prescripción debe ser desestimada y así se resuelve.

Sobre el punto de la cuestión corresponde señalar que en este tipo de demandas, el juez debe recurrir a las pruebas aportadas por las partes para determinar “la culpa” o mejor el grado de culpabilidad atribuido a la demanda-

da. Indudablemente cobra trascendencia la noción de “pruebas”, dada por Caravantes, que dice: “por prueba se entiende, la averiguación que se hace en juicio de alguna cosa dudosa, o bien la producción de los actos o elementos de convicción que somete el litigante, en la forma que la ley previene, ante el juez que conoce el litigio y que son propios, según derecho, para justificar la verdad de los hechos alegados en el pleito”.

En estos autos el actor demandó al Citibank N.A. por indemnización de daños y perjuicios como consecuencia de una demanda de preparación de juicio ejecutivo que se encuentra anexada a este juicio, que promoviera la citada entidad bancaria contra el mismo y su ex esposa Myrian de Servián por la deuda de la tarjeta Mastercard, según los términos del escrito de demanda agregado a fs. 303/317. Obviamente, el juzgador debe, prima facie, determinar la culpabilidad que se le atribuye a la entidad bancaria mencionada líneas arriba con lo cual queda expedita la vía para solicitar el resarcimiento de los daños y perjuicios.

Conforme a lo transcripto, todo fallo en juicios sobre esta naturaleza debe estar sustentado en la correcta valoración de las pruebas, sobre todo aquellas arrojadas por las partes al juicio y de las cuales extraerá su conclusión o convencimiento, constituyendo esto una opinión objetiva del juzgador. La doctrina, la jurisprudencia e incluso la ley son remisas en aceptar fallos basados en la opinión subjetiva del juez, donde éste para arribar a la conclusión utiliza sus sentidos, su inteligencia y luego de realizar un razonamiento lógico dicta sentencia basado en su convencimiento personal. Para nosotros, la prueba es un acto o una serie de actos procesales que se utilizan para convencer al juez sobre los hechos denunciados. Es decir, tiene la finalidad de producir un efecto psicológico importante en el convencimiento del juez sobre la verdad de los hechos propuestos y darle los motivos valederos en los cuales fundará su resolución.

Pues bien, para nosotros en el fallo el inferior no realizó un estudio pormenorizado de las probanzas rendidas en autos durante la etapa probatoria. Por ello, creemos que el juez llega a la conclusión de que la demandada no es la culpable, y por tanto rechazó la acción entablada por la parte actora, situación que esta magistratura no comparte y entiende que esta acción debió ser acogida favorablemente por los motivos que de hecho y de derecho se exponen a continuación.

Habríamos mencionado párrafos arriba que esta acción o demanda tuvo su origen en el juicio en que por acción ejecutiva fueron demandados el Sr. Rubén

Servián y su ex esposa Myriam de Servián por el no pago del monto adeudado a la tarjeta Mastercard, por el Banco Citibank N.A. Ahora bien, esta acción ocasionó un perjuicio al actor Sr. Rubén Servián, razón por la cual entabló la presente demanda objeto de estudio. Pues bien, el motivo principal expuesto por el actor radica en que el Citibank N.A., lo habría demandado por el uso de la mencionada tarjeta como co-deudor de su ex esposa, habiendo de por medio una resolución de separación de bienes y de divorcio que le fuera comunicada al banco, por lo que sostiene que no debió ser demandado en dicho juicio ejecutivo, y dado que este hecho no se dio, su nombre pasó a figurar en el sistema Inforcomf, como demandado y, por ende, en carácter de moroso por no cumplir con las obligaciones asumidas (fs. 563/565, Tomo III), por lo que no pudo concretar operaciones comerciales, tanto de importación como exportación, ya que este se dedica al rubro del comercio con su empresa para el efecto denominada Systems & Devices Deport Import & Export, como así también incurrió en gastos de medicamentos y tratamiento, ya que esta situación alteró su estado de salud, originando un daño moral por las situaciones que tuvo que pasar, solicitando por este juicio el resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados por la susodicha demanda ejecutiva, todo esto se desprende de su escrito de iniciación de la acción obrante a fs. 303/317 del Tomo II, acompañando para el efecto las instrumentales pertinentes.

Párrafos arriba expusimos que uno de los fundamentos por el cual el a-quo rechazó la demanda se basa en que por más que esté demostrado el divorcio y la separación de bienes debidamente inscrita en el registro respectivo, el actor Sr. Rubén Servián debió previamente rescindir el contrato de tarjeta de crédito con su ex esposa, porque, según el inferior, sigue asumiendo las responsabilidades y obligaciones que emergen de dicho contrato. Concordaríamos con este argumento si es que se daba esa situación o hecho, pero tal cosa no se dio, y en ese sentido, tenemos como primer punto que en el contrato bancario respectivo, el Sr. Rubén Servián firma como cónyuge, (ver fs. 9), evidentemente esto deviene por el carácter de los bienes que había entre los ex cónyuges en ese momento, cual era el de la comunidad de bienes, por lo que necesariamente éste tenía que firmar dicho contrato para que en el caso de incumplimiento de la esposa (Myriam de Servián), el Sr. Rubén Servián tuviese que hacerse cargo de lo adeudado. Como segundo punto tenemos los documentos que respaldan el cambio de la situación jurídica del Sr. Rubén Servián, es decir, la sentencia de divorcio y de

la disolución y liquidación de la sociedad conyugal agregados a fs. 57/58 de autos del Tomo I, este hecho resulta trascendental para el presente caso, debido a que el Citibank N.A. inició la acción ejecutiva en fecha 14 de noviembre del 2002, en tanto que la resolución por el cual se resuelve el divorcio vincular es de fecha 4 de mayo del 2001 (ver fs. 57, Tomo I) y el de la disolución y liquidación de la sociedad conyugal debidamente inscripta en el registro respectivo es de fecha 1° de diciembre del 2000. Estos documentos fueron remitidos al banco demandado para su toma de razón por el actor. Atendiendo a esto, éste solicita la anulación de sus tarjetas de créditos en donde figura como titular, como así también en donde figuraba como cónyuge de su ex esposa.

El hecho expuesto párrafos arriba denota una negligencia por parte del Citibank N.A., habida cuenta que teniendo conocimiento de la nueva situación jurídica del Sr. Rubén Servián igualmente procedió a demandarlo como co-deudor de la Sra. Myriam de Servián, es más, un hecho importante constatado por esta magistratura radica en que la numeración de la tarjeta de crédito que se demanda en el juicio ejecutivo no corresponde a los de las tarjetas adjuntadas por el Sr. Rubén Servián como medio de pruebas en el presente juicio (ver fs. 59/60 del Tomo I). Asimismo, esta Superioridad entiende que el Banco demandado debió entablar la demanda ejecutiva o, mejor dicho, procesalmente lo correcto sería que el Banco se presentara a reconocer su crédito en el juicio de la disolución y liquidación de la sociedad conyugal dentro del plazo establecido por la norma, situación que tampoco se constató en autos.

En conclusión, por lo precedentemente expuesto, consideramos que existió culpa por parte de la entidad bancaria, la cual, teniendo conocimiento del cambio de la situación jurídica del Sr. Rubén Servián, procedió a incluirlo en la demanda de juicio ejecutivo, exponiendo como motivo en su escrito de contestación de demanda que dicho cambio de situación jurídica del actor no implica la rescisión del contrato de tarjeta de crédito, por lo que el mismo conserva las responsabilidades y obligaciones emergentes de la susodicha tarjeta. En efecto, y tal como lo habríamos expuesto párrafos arriba, el hecho mencionado tanto por el inferior como el banco demandado sería acertado si el Sr. Servián firmaba como co-deudor de su ex-esposa, en este caso seguiría con las obligaciones emergentes del contrato por más que esté divorciado y disuelta su comunidad conyugal. Pero en este caso la situación es totalmente distinta, debido a que en el contrato de tarjeta de crédito que se reclama en el juicio ejecutivo, el Sr. Rubén

Servián firmó como cónyuge, evidentemente porque en ese momento la comunidad de gananciales seguía vigente, y, como es sabido, por la característica de este tipo de régimen de bienes, éste tenía la obligación de firmar dicho contrato para que su ex esposa, Sra. Myriam Bernal Aquino, pueda acceder a la tarjeta de crédito Mastercad.

Se advierte en estos autos que el Banco demandado otorgó nueva tarjeta de crédito a la ex esposa del actor con posterioridad a la toma de razón de la sentencia de divorcio y separación y liquidación de la sociedad conyugal. También que la deuda que se demandó se generó con la nueva tarjeta otorgada a la ex cónyuge y que las demás tarjetas fueron anuladas y canceladas (pagadas). Asimismo, consta en autos que el Banco demandado fue intimado a presentar el supuesto nuevo contrato por el que se libró la nueva tarjeta a nombre de la ex-esposa del actor y no lo presentó nunca, no pudiendo acreditarse el contrato base en virtud del cual se otorgó la tarjeta Mastercard.

En base a lo explicitado, no compartimos el parecer del inferior, en el sentido de rechazar la presente acción de daños y perjuicios al no atribuirle la culpabilidad a la parte demandada, en ese sentido, reiteramos que debido a las constancias y pruebas rendidas en el presente juicio, ésta, es decir, Citibank N.A., debe ser considerada como la responsable de los daños y perjuicios sufridos por el actor, por lo que, conforme a las pruebas rendidas, el acto dañoso ocurrió y este debe ser resarcido de manera justa al Sr. Rubén Servián.

Por otra parte, no es ocioso señalar que el Banco Citibank N.A. Suc. Asunción, en este juicio se ha limitado a intentar oponer la prescripción de la acción, no habiendo generado pruebas que demuestren su derecho a considerar al señor Servián (actor) como obligado a abonarle sumas de dinero para desvirtuar las pretensiones y pruebas presentadas y producidas por el demandante. Tampoco han sido redargüidas de falsas ni tachadas las declaraciones y testificales presentadas en autos por el actor.

Atribuida la culpabilidad, corresponde entrar a analizar los rubros reclamados por el actor. Ahora bien, nos hallamos en un típico caso de responsabilidad civil que media entre la indemnización por lucro cesante y la indemnización por pérdida de chance. La doctrina denomina pérdida de chance o pérdida de ganancia a una categoría autónoma de daños resarcibles, que participa según los casos, del concepto de “daño emergente” y “lucro cesante”, y consiste en la reparación por la pérdida de ciertas posibilidades de ganancias o de evitación de

un beneficio o por frustración de una cierta ayuda futura en algunos casos, y de asistencia y sostén en otros. La pérdida de chance es daño actual resarcible cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que resulta frustrada por culpa del responsable. La pérdida de las posibilidades o chances es un daño indemnizable. Si la posibilidad frustrada era muy vaga o dudosa, el daño sería eventual o hipotético. Pero si esa posibilidad estaba bastante fundada, el daño aparece como daño cierto. Si el perjuicio consiste en la pérdida de chance, es necesaria la prueba del daño cierto, mediante la acabada demostración de que por causa del pretendido responsable se produjo la frustración de un proyecto en curso de ejecución.

En el presente caso, consideramos que ha quedado ampliamente demostrado que el actor tenía posibilidades ciertas, concretas y serias de una compra de un bien inmueble, como así también de operaciones comerciales de importación y exportación, y de compras de equipos relacionados a su profesión de médico, que han quedado truncadas por culpa de la demanda de juicio ejecutivo que había iniciado el banco demandado, al haberlo incluido como moroso en el sistema Inforcomf, habiendo documentos e instrumentos que respaldan dichas situaciones y que se encuentran agregados a fs. 213/296 del Tomo II, no habiendo sido impugnados o redargüidos de falsos por el Citibank N.A., por lo que hacen plena fe en este caso, por tanto puede considerarse que debe existir una indemnización por pérdida de chance pero con aspectos de lucro cesante. Es importante recalcar lo que dispone el Art. 1856 del Código Civil que dice: "... El obligado a indemnizar el daño que le sea imputable resarcirá todas las consecuencias inmediatas, y las mediatas previsibles, o las normales según el curso natural y ordinario de las cosas, pero no las causales, salvo que éstas deriven de un delito y debieran resultar según las miras que el agente tuvo al ejecutar...". Así mismo consideramos trascendente lo que establece el segundo párrafo del Art. 1859 del mismo cuerpo legal y dice: "... Si la aptitud de trabajo del damnificado resultare anulada o perjudicada, o le sobreviniere un aumento de sus necesidades, la indemnización comprenderá este daño y consistirá en una renta en dinero...".

Como se sabe, el lucro cesante consiste en la frustración de una ganancia o de la utilidad que haya dejado de percibir, sea la víctima de un delito o un acreedor de una obligación por el incumplimiento de lo acordado. Este daño patrimonial para que sea realmente resarcible debe cumplir con una serie de

requisitos que vamos a nombrar y explicar brevemente; a saber: a) En primer término podemos decir que el daño a reparar tiene que ser cierto, ya sea actual o futuro. □ □ ¿Qué quiere decir cierto? □ Cierto es opuesto a eventual o hipotético. La existencia debe ser constatada para poder condenarse al pago de la indemnización. □ Puede ser un daño futuro, es decir, no realizado aún al momento del hecho o aún al momento de la sentencia. b) A continuación tenemos que el daño tiene que ser subsistente, □ es decir que no debe haber desaparecido en el momento en que debe ser resarcido. c) Como tercer requisito decimos que el daño debe ser propio de quien lo reclama es decir, personal. Nadie puede pretender ser indemnizado de un daño sufrido por otro. El daño personal puede ser directo o indirecto. Es directo el que se produce cuando el acto lesivo recae sobre la persona o bienes del damnificado, que es a la vez víctima del hecho, y es indirecto cuando □ el acto atacó los bienes o la persona de la víctima y se refleja en el patrimonio de otro que resulta damnificado. □ En efecto, consideramos del análisis y constancias de estos autos, que el actor Sr. Rubén Servián arrió pruebas, instrumentos y documentos que demuestran fehacientemente el daño invocado por el mismo en su escrito de demanda, es decir, en estos autos están demostrados los perjuicios ocasionados, con lo cual concluimos que el daño material global debe ser establecido, en la suma de Ciento cincuenta mil Dólares Americanos (U\$S.150.000).

Pasemos a analizar, ahora, □ la otra clase de daño resarcible. El que sigue es el daño moral. □ ¿Qué es el daño moral? □ Para algunos autores, si la lesión afecta la integridad corporal o la salud de las personas, el daño es moral y en ningún caso patrimonial, porque los bienes atacados son inmateriales. Sin embargo, la mayoría de la doctrina (opinión de los juristas) radica la distinción sobre los resultados o consecuencias de la acción antijurídica: □ si ésta ocasiona un □ menoscabo en el patrimonio, afectando su actual composición o sus posibilidades futuras, el daño es material o patrimonial. Si, en cambio, no afecta al patrimonio pero lesiona los sentimientos de la víctima, existe daño moral y no patrimonial. Podemos definir el daño moral como la lesión en los sentimientos que determinan dolor o sufrimiento físico, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas, y en general toda clase de sufrimiento que no se puede apreciar en dinero.

La cuestión a definir versa sobre el quantum indemnizatorio. Para fijar el mismo, debe atenderse a la naturaleza y gravedad de la cuestión, las afecciones

espirituales o morales provocadas, su entidad y extensión, siempre considerando las condiciones personales de la víctima. De la conjugación de estos puntos, a través de un criterio de valor subjetivo, encauzado por una sana valoración se debe concluir con una reparación en dinero, que resultará siempre insuficiente en relación a los valores lesionados o cercenados, pero al no existir otro medio dentro de las humanas posibilidades, la justicia debe materializar en dinero el resarcimiento, que cumple una función de satisfacción frente al sufrimiento. En virtud a los postulados mencionados, consideramos que dicho rubro debe ser establecido en la suma de Noventa y cinco mil dólares americanos (U\$S. 95.000)

Conforme a las explicitaciones formuladas, corresponde hacer lugar a la demanda de indemnización de daños y perjuicios promovida por el Sr. Rubén Gustavo Servián, y en consecuencia condenar al Citibank N.A. al pago de la suma de doscientos cuarenta y cinco mil dólares americanos en concepto de daños y perjuicios total.

En cuanto a las costas, de conformidad al principio establecido en el art. 192 del CPC, serán a cargo de la perdedora.

A la segunda cuestión el magistrado Arnaldo Martínez Prieto, dijo: Me adhiero puntualmente a las convicciones del colega preopinante, no obstante lo cual, a mero abundamiento, deseo agregar cuanto sigue:

Se halla admitida la relación comercial existente entre las partes, circunstancia formal que nos impone verificar los extremos de responsabilidad que surgen de la misma de manera tal a ubicar el reclamo en su justa proyección jurídica.

Señala el escrito de demanda de fs. 303/17 que la relación referida se inició en el año 1996, cuando la demandada concedió al actor, en calidad de titular, dos tarjetas de créditos "... aclarándose que previamente había firmado solo como cónyuge co-deudor y no como adicional...". Igual temperamento se habría usado con su ex esposa, quien también accedió a la calidad de titular de ambas tarjetas, debido a la solvencia del actor, su entonces marido. Ambos pares de tarjetas de crédito fueron –de una u otra forma– canceladas oportunamente, concluyendo de esta forma el relacionamiento inicial entre las partes.

A partir de entonces es cuando realmente se genera el hecho motivador del conflicto que estudiamos. En efecto, a la vista de los autos: "Citibank N.A. Suc. Asunción – Mastercard c/ Myriam de Servián y Rubén Servián s/ Prep. Acc. Ejecutiva" notamos que a fs. 6 se remite el telegrama N° 08605 a Myriam Bernal

(de Servián) en fecha 28/02/2002 reclamando el pago de una deuda originada en el uso de la tarjeta Mastercard N° 5412-9910-8264-6200, agregando a fs. 7 un instrumento que refiere a la citada demandada como titular de la tarjeta N° 5412-9900-8264-6004 en fecha 15/04/98 y a fs. 8 su inmediato antecedente que son las referencias personales de los entonces cónyuges, trámite culminado en 20/08/96 y que habilita la tarjeta con terminación N° ...6004 arriba detallada, según surge de los guarismos inscriptos bajo el rótulo para uso interno. Los instrumentos agregados a fs. 10/12 dicen, también, relación con esta última tarjeta. No obstante, debemos señalar que en el escrito promocional discurre una situación no ajustada a la realidad, cuando el representante de la actora refiere que el contrato del 19 de agosto de 1996 es “por el uso de la tarjeta N° 5412-9910-8264-6200” cuando ha quedado demostrado que dichos instrumentos correspondían a la habilitación de la tarjeta N° 5412-9900-8264-6004 por propio asiento del mismo.

Que los citados esposos se encuentran vincularmente divorciados por S.D. N° 289 del 4 de Mayo de 2001 –fs. 57 y vlto.– y han inscripto la disolución de la sociedad conyugal que los unía el 27 de marzo de 2001, según surge de fs. 58 y vlto., por disposición del A.I. N° 2449 del 1 de diciembre de 2000.

El 20 de enero de 2000 –fs. 60– la Sra. Myriam Bernal reintegra (devuelve) la tarjeta MC N° 5412991082646002 y a fs. 61 se solicita por la misma la anulación de la MC N° 5412991082646101, mientras que a fs. 64 el 21 de dichos ctes. se hace lo propio respecto de la tarjeta de crédito V N° 4110301082646200.

De esta manera tenemos que la Sra. Myriam Bernal, entonces de Servián, ha obtenido el uso de los instrumentos en cuestión en razón de la solvencia demostrada por su esposo, el aquí actor, desprendiéndose de las mismas en el mes de enero del año 2000, pero obteniendo otras, supuestamente dada la solvencia de quien ya entonces fuera su ex marido y en virtud de cuyas deudas fue injustamente demandado con los consiguientes perjuicios aquí demandados.

De todo lo aquí expuesto, surge la existencia de algunas circunstancias que deben ser puntualmente demostradas para que –en su caso– podamos habilitar el segundo tramo del estudio acerca de la procedencia o no de la recurrida y que referiría exclusivamente a los rubros reclamados.

Concretamente son tres los aspectos que debemos verificar, a saber: 1) Si la condición de divorciados era conocida por el banco administrador de las tarjetas y verificador de la solvencia de los interesados en contar con las mismas,

2) Si dichas tarjetas han sido las que generaron la demanda caducada y consiguiente perjuicios demandados.

1) A fs. 57 y 58 de autos se agregan fotocopias autenticadas del A.I. N°2449 del 1 de diciembre de 2000, en virtud del cual se tiene por iniciado el juicio de Disolución y Liquidación de la Sociedad Conyugal y la S.D. N° 289 del 4 de mayo de 2001, que decreta el Divorcio Vincular de los Sres. Myrian Bernal Aquino y Rubén Gustavo Servián Campos, resoluciones ambas expedidas por el Juzgado en lo Civil y Comercial del 3er. Turno. A fs. 66 obra fotocopia autenticada del contrato de tarjeta de crédito suscripto por el Citibank con el Sr. Servián, de donde surge en forma clara que el mismo es divorciado, pues así se señala en el formulario pertinente y al dorso del mismo quienes lo suscriben son sus padres. El espacio reservado para la firma del cónyuge, por el motivo señalado, se encuentra vacío. A fs. 73, rola un oficio del 19 de septiembre de 2002 dirigido al Comité de Crédito del Citibank en el que consta su recepción en dicha fecha, suscribiendo un Sr. Miguel A. Villalba, con C.I. 2.162.823, y otro Sr. Miguel Sorrentino, cuyo sello determina que el mismo se desempeña en “Cobranzas”, obviamente del Comité de Créditos del Citibank, porque a dicha institución va dirigido el legajo con todo su contenido fue receptado en dicha fecha. Notamos entonces que en la misma fecha se actualizan los datos del Sr. Servián y se toma noticia de su estado civil, cual es el de divorciado. Debe notarse, asimismo, que el legajo en cuestión, que solo lleva constancia de recepción en el primer folio, consta además de los recaudos exigidos para dar curso a la petición de renegociación de deuda, cerrándose la presentación con copia del interlocutorio que declara la disolución de la sociedad conyugal. Esto afirmamos a partir que de fs. 73 a 76, en la medida que se obtenía fotocopia de los folios de dicha presentación, en la parte inferior de cada foja se repetía la de la última cuyo instrumento era de mayor tamaño; o sea obvio es que dicha resolución formó parte del legajo, por lo que a partir de dicha fecha la institución bancaria ha quedado anoticiada de dicha variación en el estado civil del actor. A partir de entonces se solicita el:

2) bloqueo de las tarjetas y la renegociación de la deuda; circunstancia que nos indica, al admitirse tales circunstancias, que el actor, a partir de entonces carecía de tarjetas vigentes de la entidad en cuestión.

3) A la vista de los autos en que se asienta la demanda por cobro de guaraníes, notamos que los antecedentes de la tarjeta cuya ejecución se plantea son de la época en que el actor se encontraba casado (20/VIII/96), cuyos ocho guaris-

mos finales eran 8264.6004, mientras que del detalle del instrumento que se ejecuta surge que estamos tratando la tarjeta MC N° 5412.9910.8264.6200, cuya fecha de mora es febrero/marzo de 2002. En estas condiciones, no podemos dejar de entender que las tarjetas que se ejecutan son distintas a las obtenidas con la manifestación de bienes del aquí actor y con posterioridad a su estado de divorciado. Surge palmario, entonces que, inadvertidamente –o no–, la entidad bancaria utilizó documentos anteriores y no vigentes para extender tarjetas a una persona que había mudado de condición y quien ya carecía del respaldo económico inicial. En definitiva, dichos instrumentos no incluyen responsabilidad alguna para el actor, ya que es de todos sabido que una circunstancia, aún de menor trascendencia económica que la ruptura de un vínculo conyugal y consiguiente liquidación de la sociedad que de ella nace, es motivo más que suficiente para que cualquier administradora de tarjetas de crédito cancele el servicio, sin considerar circunstancias personales actuales del obligado.

La circunstancia apuntada en cuanto a la situación del estado civil de las partes es asentada en el escrito de responde y desde luego no resulta admisible –desde el punto de conveniencia de la administradora– que se expidan tarjetas en las condiciones apuntadas, por lo que resulta obvio que otras y posteriores han sido las tarjetas ejecutadas, careciendo de importancia investigar acerca de las condiciones o motivaciones existentes para dicha concesión.

En otro orden de consideraciones debemos señalar que ha quedado instrumentalmente probado que el actor ha sido involucrado innecesariamente en una operación de tarjeta de crédito conferida a su ex esposa y respecto de cuya cobertura se generó una deuda que fue reclamada ante la instancia judicial al mismo, cuando ya este se había divorciado de aquella, habiéndose comunicado dicho extremo a la entidad bancaria en cuestión oportunamente. Esta demanda –por preparación de acción ejecutiva– corre por cuerda de estos actuados y de la misma se desprende que ha caducado en virtud del tiempo de inactividad así declarado por A.I. N° 780 del 31 de mayo de 2005. Los instrumentos que así lo comprueban se hallan todos con debida certificación de autenticidad y no han sido contradichos con efectividad tal que imponga su invalencia.

De esta manera queda absolutamente clara la irresponsable conducta de la demandada al preferir cohonder la fama del actor, antes que procurar los medios para una adecuada y breve investigación burocrática que lo lleve a asumir el error y evitar las consiguientes consecuencias actuales.

Hasta aquí, entonces, la consideración de los aspectos fácticos básicos que involucrarían la responsabilidad de la demandada, por lo que corresponde investigar acerca de los daños sufridos por el actor y donde se basaría la imposición dineraria consiguiente.

En cuanto al Daño Moral: El maestro De Gásperi en su Anteproyecto consideraba al daño moral como una cuestión escabrosa y esto es así, para abreviar las consideraciones, pues no se han definido los contornos de la figura, la cual se difumina en criterios maleables y hasta insustanciales que podrían ser aplicables a cualquier situación donde se origine alguna insatisfacción de la índole que fuere. Nuestra norma en verdad, lejos de acotar el instituto, lo ensancha ilimitadamente –V. art. 1835; 2º pár.– por lo que ha sido obra y preocupación de la doctrina y la jurisprudencia tratar de estructurarlo sobre bases más ciertas y firmes, so color de convertirse en un rubro de expolio más que de resarcimiento, sometido siempre al albur de la clásica postura de plantearlo “por si acaso”.

No obstante dicha ductilidad en el manejo de las determinaciones que identifican el fenómeno, la buena doctrina ha debido elaborar su radio de alcance para hacer más razonable el manejo de la situación.

De esta forma, en brevísima síntesis podemos señalar que lo que se ha tenido en consideración para la elaboración de parámetros aplicables son las afrentas que producen dolor, sean estas de orden físico como espiritual, que ha padecido o padece la víctima, de las que podrían surgir –o no– y en este caso se ubicarían en un grupo distinto a la pérdida de los disfrutes cotidianos, que si bien parecieran de efectos baladíes, son aquellos que con el tiempo y en el conjunto minan la calidad de vida del afectado. Por otra parte se halla el menoscabo estético, que si bien puede no comprometer la salud propiamente física, incide sobre la composición estética que surge de parámetros generalmente aceptados en la sociedad de que se trate, para por último localizarse respecto del sufrimiento que opera sobre personas vinculadas a la víctima de la agresión.

En otro orden corresponde señalar que el concepto tradicionalmente utilizado para el caso: “toda alteración disvaliosa del bienestar psicofísico de una persona, provocada por una acción atribuible a otra” (Mosset Iturraspe y otros - Stiglitz y Gandolfo de Stiglitz en la obra de estos últimos: “Resarcimiento del Daño Moral”, Editorial Juris–. Santa Fe, Argentina, 2000), tampoco resulta de mucha utilidad a la hora de precisar su campo de ubicación y consiguiente

aplicación. Estos autores citados recogen las posturas doctrinarias sobre el particular, concluyendo que existen “cuatro posturas principales” –pág. 3/4–, siendo la primera la que resarce un daño no patrimonial, la segunda, la lesión debe ser contra derechos de carácter personalísimo, la tercera que considera al interés no patrimonial y la cuarta cuando el daño o lesión se configura sobre derechos de naturaleza espiritual.

En verdad que todo o cualquier evento puede causar en el individuo una situación de tristeza, angustia, menoscabo u otro fenómeno de cualidades negativas en el orden espiritual o psíquico, más aun cuando el efecto se ha dado por culpa o negligencia de terceros y que se hubiese podido evitar. Ahora bien, lo que corresponde, más que a nadie al órgano jurisdiccional, es observar, determinar y valorar la entidad cuantitativa del hecho denunciado como generador del daño causado que se pretende resarcir con el concepto de marras. Admitir per se cualquier efecto como resarcible en este campo, multiplicaría hasta el infinito las posibilidades y no solo cualquier circunstancia justificaría el reclamo, sino que también toda persona, cualquiera sea su actividad en la sociedad, se ubicaría como una víctima potencial y propicia a sufrir una demanda de este tipo.

En conclusión, entonces, tenemos dos aspectos que cubrir: a) cuando hablamos de daño moral este debe consistir en una alteración negativa o disvaliosa del orden extrapatrimonial, psíquico o espiritual del individuo, no del orden material; y b) dentro de este marco hay que considerar la trascendencia de la supuesta lesión, su valor y posibilidad final sobre la eventual víctima, considerando sus particularidades personales.

Veamos entonces cuál es la circunstancia generadora del daño pretendido, a los efectos de incluirlo en el marco moral referido.

En cuanto a la existencia de dolencias y/o malestares físicos y síquicos relacionados con la grave calificación de moroso, no podemos sino admitirla, ya que las condiciones emocionales de las personas, más aún cuando son sometidas a extremos de injusticia temporalmente insolubles y extendidas en el tiempo, genera en el físico de la víctima somatizaciones que, naturalmente, inciden disvaliosamente en sus relaciones habituales, sea cual fuere el ámbito de su desempeño hasta el punto de originar severas alteraciones y desordenes en su desempeño habitual. Este es el marco del perjuicio emocional, moral o espiritual a que se refiere la inmensa doctrina y jurisprudencia cuando refiere al daño de este tipo, por lo que a la vista y apreciación de lo alegado y probado correspon-

de la imposición de una carga indemnizatoria a favor del actor. Debemos señalar en este punto que nos llama poderosamente la atención la conducta cuasi dolosa de la institución demandada quien debió poseer toda la documentación presentada en autos y no obstante omitió enmendar lo que habría sido producto de una ligereza o de una mera determinación involuntaria, posibilitando con ello que la causa multiplique en el tiempo sus efectos negativos y ubicando las irregularidades, en el plano de lo irreversible dado su innecesario trámite e inversión de tiempo. Esto, efectivamente tiene su costo que debe ser asumido por quien ha generado la situación.

En cuanto a las dolencias en sí, el actor ha referido puntualmente la sobrevenida de cuadros de hipertensión cuyo tratamiento debe hacerse de por vida, considerando que la causada es de carácter permanente. Dicha dolencia se encuentra certificada por facultativo a fs. 174 y respecto de la misma debemos señalar que, efectivamente, es una afección grave, ya que en casos fatales no viene precedida de síntomas puntuales, bien reconocidos o tratables, pues de inmediato desencadena en infartos de distinta gravedad, accidentes cerebrovasculares o meras insuficiencias cardíacas que, a su vez, pueden reiterarse en cualquiera de sus variantes. Dicho de otra manera, dicha afectación impone una convivencia regular y armónica, ya que cualquier exceso o desatención en la medicación puede concluir en situaciones lamentables, por lo que debe ser de atención permanente y regular, lo cual supone una carga cotidiana que atender con el consiguiente peligro de que en muchos casos, y aún pese a los cuidados, sobrevienen extremos irreversibles.

Las sumas de dinero no son más que un paliativo a favor de la víctima y un correctivo ejemplificador para el causante del daño, el mismo fue causado y no puede volverse atrás, teniendo en cuenta la condición de comerciante del actor, quien para su diario manejo en dicha calidad, la inscripción del dato calificador de moroso indudablemente ha significado para el mismo una gran angustia, ni comparable con la comercial que solo involucra bienes materiales que, más allá de la injusticia de que se es víctima, pueden ser recuperados en el futuro.

Esta circunstancia resulta de suma trascendencia si tomamos en cuenta la actividad principal del actor, quien para el ejercicio de la misma debe hallarse en pleno goce de su integridad física y mental, máxime en atención a la juventud y a los años que tiene por delante en dicha actividad profesional. Esta sola eventualidad genera en el ánimo de quien fuera una suma de angustias que,

como se sabe, no pueden ser evitadas con dinero, pero funge de particular aliciente a la hora de asumir la atención de la dolencia. Consecuentemente, este rubro se halla suficientemente justificado por lo que debemos conferir con la prudencia del caso determinada suma que se estima en ochenta y cinco mil dólares (U\$S. 85.0000).

En cuanto a la pérdida de chance –del francés: suerte o fortuna– conviene señalar que la misma implica “...la” “pérdida o frustración de una expectativa o probabilidad” “de” ganancias futuras. Ello acontece cuando existe la “razonabilidad o fundabilidad de lograr una ventaja o” “evitar una pérdida... Posibilidad de un beneficio” “probable, futuro, que integra las facultades de actuar del sujeto en cuyo favor la esperanza existe. Una entidad “autónoma, económica y jurídicamente valuable, un bien” “patrimonial al cual la lesión produce un perjuicio sub” “especie de daño emergente, actual y resarcible” (Conf. Prevot; Juan Manuel y Chaia; Rubén Alberto: “Pérdidas de chance de curación”, Astrea; Bs. As. 2007).

Este marco doctrinal se ajusta estrechamente a los demás pedimentos formulados por el actor, los cuales suponen pérdidas materiales que pudieron ser evitadas en tanto y en cuanto la demandada, oportunamente, se hubiere avenido a enmendar el mayúsculo error promocionado. En efecto, ha quedado fehacientemente demostrada la condición del actor como profesional en ejercicio de la medicina y a la vez como comerciante importador de insumos relacionados con su profesión antedicha. La afectación, en su salud e incidencia en su calidad de profesional de la medicina ya hemos referido en el párrafo precedente y a lo segundo debemos sumar –además– la eventual pérdida de ganancias materiales con la referida actividad comercial. Asimismo, consta en autos la posibilidad cierta que el mismo tuviera para obtener por compra un inmueble en condiciones ventajosas para el mismo, quien achaca a la entidad demandada la imposibilidad de perfeccionar dicha operación, en razón que para ello debía contar con un crédito de la institución bancaria que adquiriera los activos de la accionada, la cual, naturalmente, al verificar el estado de moroso del actor, se excusó de concederlo hasta la solución del conflicto.

Hallamos de importancia formular un breve ex cursus sobre el particular. En efecto, no es difícil hallar en nuestro medio intentos de instrumentar a la Justicia aprovechando una situación desdolorosa y/o gravosa real para cargar sobre terceros responsabilidades inexistentes, para cuyo efecto se fraguan docu-

mentos o validan situaciones de manera a conformar visos de realidad y legalidad con el fin de obtener de terceros, beneficios indebidos. Este extremo podría darse —o no— en el presente caso, por lo que aguardo que el resultado jurídico que surja de la presente causa, coincida con la verdad real de los hechos acontecidos.

Más allá de las especulaciones que surgen de que ambas circunstancias gravosas hayan sido temporáneamente coincidentes —lo que nos ubicaría en el párrafo precedente— pasaremos a develar la situación a partir de los elementos arrimados al proceso en relación al punto, no sin antes recordar que dicha hipótesis de daño futuro y calidad material es resarcible, siempre que el reclamante invoque y demuestre el nexo causal entre el hecho y la probabilidad futura de obtención del lucro o evitación del perjuicio.

El actor asienta la posibilidad que habría tenido para obtener por compra un inmueble en ventajosas e inmejorables condiciones.

Veamos:

Sobre el inmueble: Los hechos expuestos radican en a) la adquisición de un inmueble ubicado en Mme. Lynch esq. Calle A del barrio Villa Aurelia, Dto. de La Recoleta. Sobre esta eventual operación obra a fs. 213 de autos una fotocopia certificada de autenticidad del telegrama N° 07931 del 28/04/05 remitida al actor por el Lic. Aparicio Roldán Espinoza, de cuyo texto surge que éste daba por concluida la intención de realizar una operación de compra de un inmueble con el actor en razón de la imposibilidad de obtenerse la suficiente provisión dineraria de Interbanco para cumplimentar la contraprestación. Dicha imposibilidad se debería a la existencia de informes confidenciales que sometían al Sr. Servián a un juicio por preparación de acción ejecutiva.

A fs. siguiente corre otro instrumento de las mismas características formales que el anterior, de donde surge que la citada casa bancaria comunica al actor la imposibilidad de la concesión de un préstamo en razón de la existencia de la demanda con Citibank, surgiendo aparente relación por el tema tratado y las fechas de ambos al igual que el de fs. 215, también de marzo de 2005 y que sería el origen de la operación en cuestión. A fs. 216 quedó agregada la Carta Oferta que sería el inicio de la operación truncada. Estas operaciones se verificaron entre el 16 de marzo y el 13 de abril de 2005.

Esta señalada circunstancia nos impone la certitud requerida, a lo cual se debe agregar a los efectos de conferir mayor consistencia que si bien no se ha señalado que la adquisición del inmueble tenía por objeto la reventa para lucrar con

la diferencia, lo que ha quedado claro y con ello surge el perjuicio es que dicho inmueble sería el asiento de las oficinas del actor, quien, como ha quedado demostrado para dicho efecto locaba un inmueble. O sea a la ventajosa operación sustentada por el dominio de un bien adquirido en condiciones provechosas, se adiciona el beneficio de evitar la oblación del canon arrendatario.

Implementos para el ejercicio de la medicina. En su condición de comerciante en la rama de la importación, quedó trunco un proyecto de importación de implementos para el ejercicio de la medicina, cuyo detalle e individualización se asienta en los instrumentos de fs. 223/235. Debemos señalar que solo el primero de ellos se encuentra certificado de autenticidad, los demás son meras fotocopias simples y algunos se encuentran en lengua extranjera, por lo que su validez formal se encuentra sumamente desmedrada. Esta circunstancia se ha dado en el lapso que va desde el 28 de julio de 2004 7, 11, 23, 31 de marzo 05 22 30 de junio del 2005.

En procesos de reclamos indemnizatorios existen elementos que deben ponerse a la vista más allá del mero perjuicio ya demostrado. En efecto, el nexo entre las partes, uno de ellos, surge con absoluta nitidez a partir de la primera intervención de ambas partes, en especial de la demandada que no niega –y aún admite expresamente– las circunstancias fácticas que envuelven el caso. En cuanto al factor de atribución, otro de tales elementos, ha quedado sentado que los indebida de la demandada, ya que fue la misma quien –oportunamente– debió zanjar la inconveniencia generadora del perjuicio demostrado. Finalmente para que quede configurada la determinación resarcitoria debemos incluir entre los requerimientos expuestos el de la antijuridicidad de la conducta, ya que a partir de dicha calidad, en conjunto con los demás elementos previstos, queda configurada la responsabilidad de la demandada.

En lo que refiere a la pérdida de chance por no haber concluido la operación inmobiliaria, debemos señalar que la circunstancia que el actor no haya expuesto que el fundo en cuestión sería nuevamente vendido, como elemento este determinante de la eventual ganancia, disentimos con dicho postulado, pues la ganancia se materializa no solo con dinero efectivo, sino también con la adquisición de un bien en condiciones favorables, ya que dicha favorabilidad es lo que permite que con el tiempo, en el caso de querer disponer del bien, con la plusvalía, pueda disponerse de mayor liberalidad para generar una oferta favorable al interesado en adquirirlo. Esto es lo que debemos entender como pérdida de

chance o beneficios eventuales de futuridad cierta, ya que el bien inmobiliario es un valor comercial de alta estima en el mercado que regularmente se acrecienta sin necesidad de mayor inversión.

Esta operación inmobiliaria se ha visto frustrada por la condición de morosidad injustamente impuesta por la demandada en cabeza del actor. No es menos cierto –sin embargo– que la concesión de dicho crédito también se encontraba sujeto a condiciones relacionadas con la capacidad del actor, lo cual a la vista de lo expuesto en autos habría reunido las mismas, máxime si se considera que el objeto de la operación habría sido un inmueble que de por sí representa una garantía al posibilitar sobre el mismo un gravamen real hipotecario. En dicho marco de consideraciones tenemos a la vista –instrumentadamente– las condiciones de productividad profesional y comercial del actor perfectamente conocidas por la demandada desde que ha manejado las mismas, precisamente por las circunstancias que se debaten en este proceso.

Los documentos relacionados con esta operación obran en autos y ninguno de ellos fue, ni material ni ideológicamente contradicho lo que, si bien no nos impone la obligación de acogerlos en la medida de la petición, sí nos persuade acerca de los hechos y del valor que se podría conferir a la frustración de la misma. De esta forma consideramos adecuado desde el punto de vista material se imponga a la demandada una suma indemnizatoria de 40.000 U\$A.

En lo que refiere a la afección arterial (reclamo por salud), debemos señalar que tal como se refiere a fs. 711, no es dable incluir toda la responsabilidad de la misma en la demandada, ya que la dolencia en cuestión puede ser causada por otras circunstancias. Lo que no dudamos es que en una persona de las condiciones del actor, profesional médico de alta especialización y comerciante –surge esta situación de la mayoría de los instrumentos que refieren a dicha actividad– la dolencia ha podido con absoluta certeza acrecentar su incidencia y con seguridad generar mayor efecto, por lo que no dudamos en trasladar dicha responsabilidad en la institución demandada, considerando apropiado como monto resarcitorio en el que se incluye en forma global los medicamentos consumidos por el actor en su tratamiento específico para afección, que desde luego se hallan probados y no desvirtuados por la demandada que, debe justipreciarse en forma global, prudentemente, en la suma de U\$A 70.000.

A su turno, el magistrado Gerardo Báez Maiola dijo: Que por sus motivos adhiero a la conclusión de los honorables preopinantes, cuyos fundamentos

resultan irrefutables doctrinaria y normativamente y, por tanto, ambas opiniones se complementan mutuamente, razón que me exonera de agregamiento alguno. Opino sí, en lo que respecta al monto de lo que se va indemnizar adhiriendo a la suma que propone el Dr. Arnaldo Martínez Prieto.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los señores miembros de conformidad, todo por ante mí que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue de inmediato.

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Quinta Sala;

RESUELVE: 1) Anular la S.D. N° 01 de fecha 01 de Febrero del 2008, de conformidad a las razones dadas en el exordio del presente fallo. 2) Hacer lugar, con costas, a la demanda de indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad contractual promovida por el Sr. Rubén Gustavo Servián Campos contra el Citibank N.A. y, en consecuencia, condenar a la demandada al pago de la suma de dólares americanos ciento noventa y cinco mil (U\$\$ 195.0000) por las razones y con los alcances dados en el exordio de este fallo. 3) Anotar, registrar, notificar y enviar copia a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Arnaldo Martínez Prieto, Gerardo Báez Maiola, Linneo Insfrán Saldívar.

Ante mí: Federico Millar Tellechea, Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 16

Cuestión debatida: Focalizando la litis tenemos que el debate versa sobre el nombre comercial. En el Derecho Comercial el nombre es la designación que se utiliza respecto de una actividad económica, para distinguirla. Los derechos respecto del nombre comercial se adquieren a base de su uso, y normalmente están limitados a las actividades y zonas en las que tal designación o nombre comercial es conocido.

MARCA DE FÁBRICA. Confusión.

Las consecuencias, que produce un nombre comercial semejante u otro existente en el mercado induce a la confusión con un nombre comercial ya

conocido en la sociedad. Ante esto el propietario, le asiste el derecho de accionar ante los estrados judiciales, a los efectos de petitionar el cese del uso indebido del nombre comercial.

MARCA DE FÁBRICA. Confusión. Prueba de uso de una marca.

En el presente juicio, durante la etapa probatoria pertinente, la parte actora demostró por medios idóneos que el uso del nombre comercial es anterior al utilizado por la parte demandada, así mismo, conforme a los documentos que obran en este juicio, ambos nombres pueden ser catalogados como iguales o similares, lo que podría conducir a la confusión del nombre lo cual ocasiona perjuicios al derecho dominial.

DESISTIMIENTO. MARCA DE FÁBRICA. Abandono de la solicitud de registro.

El desistimiento fue expreso, sin condición ni formulación de reserva, a diferencia de la oposición, que sí hizo reserva de derecho a ejercer en el futuro. Esto por una parte; por la otra, tal desistimiento es un claro reconocimiento de que la pretendida inscripción o registro obviamente tenía suficiente apariencia para crear confusión en cuanto a la individualización y diferenciación entre ambas entidades educativas. (Voto del Dr. Gerardo Báez Maiola por su propio fundamento).

DESISTIMIENTO. MARCA DE FÁBRICA. Abandono de la solicitud de registro.

El desistimiento de la inscripción del registro de marca en sede administrativa, constituye confesión extrajudicial para nuestro ordenamiento procesal al consagrar la teoría de los actor propios, llamada también teoría de la conducta en el art. 276 CPC cuando dice que “Reviste carácter de confesión la manifestación de una parte de ser cierto un hecho contrario a su interés y favorable a la otra. Ella puede ser judicial o extrajudicial...”. (Voto del Dr. Gerardo Báez Maiola por su propio fundamento).

MARCA DE FÁBRICA. Oposición al registro de una marca.

No puede pretenderse que los nombres genéricos sean objetos de apropiación por la vía del nombre comercial o de la marca, puesto que la misma ley lo prohíbe en cuanto a marca y no lo hace en cuanto al nombre comercial en razón de que esta no es objeto de inscripción como derecho intelectual. (Voto del Dr. Carmelo Castiglioni en minoría).

MARCA DE FÁBRICA. Confusión.

Nuestro idioma es el español y el guaraní y, entonces, fonéticamente las denominaciones en inglés de “AMERICAN COLLEGE” y de “THE AMERICAN SCHOOL OF ASUNCION” suenan diferentes y no pueden ser objeto de confusión, pero los usuarios de los servicios de educación que conocen el idioma inglés tampoco lo pueden confundir, porque uno es más extenso en la expresión que el otro, y, por otro lado, al carecer uno de ellos de la expresión “OF ASUNCION” ya hace una gran diferencia entre ambas denominaciones, considerando que la denominación utilizada por el demandado no contiene esa expresión. (Voto del Dr. Carmelo Castiglioni en minoría).

DERECHO DE MARCA. Notoriedad.

Es el nombre comercial completo lo que debe tenerse en cuenta para establecer si existe coincidencia o no y el hecho de que uno de ellos carezca de la expresión “OF ASUNCION”, ya lo hace notoriamente diferente. No puede decirse que existe coincidencia comparando las partes del nombre, sino que ello debe surgir de la denominación completa, cosa que no ocurre en autos. Y más que nada porque las expresiones son diferentes no solo fonéticamente en inglés y en castellano, sino también en el significado de Collage y School. (Voto del Dr. Carmelo Castiglioni en minoría).

MARCA DE FÁBRICA. Nombre comercial.

Corresponde utilizar analógicamente para el nombre comercial la distinción utilizada para la marca débil y la marca fuerte. En la marca evocativa se constituye el nombre para señalar la propiedad o característica del servicio o el producto, como en este caso es Collage y School y la misma constituye un marca débil, pues la fortaleza para distinguir ambas denominaciones es ínfima y, por ello, no puede constituir objeto de propiedad exclusiva, por esa sola razón, pues la fortaleza para realizar la distinción es tan insignificante no es suficientemente fuerte para crear la diferencia como marca fuerte y para decir que alguien es propietaria de una denominación, por la fortaleza de la diferencia. (Voto del Dr. Carmelo Castiglioni en minoría).

MARCA DE FÁBRICA. Nombre comercial.

La palabra “americano” tiene más una denominación geográfica que un nombre comercial y ni el demandante y ni el demandado no pueden apropiarse de ella. Además la palabra “Collage”, en inglés es equivalente a institución superior, a diferencia de “School” que en uno de sus significados evoca la ense-

ñanza primaria. Expuestas estas razones, considero que no se puede prohibir el uso de una denominación genérica sin alterar la libertad de expresión, pues la misma no puede ser objeto de apropiación para prohibir su uso. (Voto del Dr. Carmelo Castiglioni en minoría).

COMPETENCIA. Competencia desleal.

En cuanto a la competencia desleal, no fue demostrada la deslealtad en el sentido del ejercicio abusivo en beneficio propio, en razón de que no puede ser objeto de deslealtad lo que es legal (Voto del Dr. Carmelo Castiglioni en minoría).

COMPETENCIA. Competencia desleal.

La competencia desleal debe significar un provecho económico a favor del que supuestamente mal utiliza en desmedro del que se cree con derecho a la marca o al nombre comercial y, para ello, debió demostrarse la merma en la cantidad de alumno como un perjuicio y eso no fue demostrado. Por otro lado un nombre genérico que crea una cuestión dudosa en cuanto a si su uso es desleal, no puede fundar la declaración de competencia desleal, precisamente porque es una duda. (Voto del Dr. Carmelo Castiglioni en minoría).

TApel. Civ. y Com. Quinta Sala. 18-02-11. “The American School of Asunción (El Colegio Americano de Asunción) c. Instituto de capacitación empresarial (INCADE) y otros s. cese de uso indebido y otro” (Ac. y Sent. N° 16).

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes;

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?

En su caso, ¿se dictó conforme a derecho?

Practicado el sorteo de ley, resultó el siguiente orden de votación: Ynsfrán Saldívar, Ortiz Pierpaoli y Castiglioni.

A la primera cuestión, el magistrado Ynsfrán Saldívar dijo: Este recurso no fue interpuesto por el recurrente, sin embargo fue concedido por la inferior por providencia de fecha 28 de febrero de 2008 (ver fs. 428). Por esta circunstancia debe ser declarado mal concedido el recurso interpuesto. Es mi voto.

A su turno el magistrado Carmelo Castiglioni, dijo: Adhiero plenamente el voto del Prof. Dr. Linneo Ynsfrán Saldívar, que me precediera en el estudio y, por tanto, voto en el mismo sentido y alcance expresado por el mismo, en cuanto al recurso de nulidad.

A su turno, en disidencia, el magistrado Gerardo Báez Maiola, dijo: si bien el recurrente no interpuso el recurso de nulidad y sin embargo fue concedido, a mi entender no por ello el recurso deba ser declarado como mal concedido. Fundo mi interpretación en lo que dispone el art. 405 CPC que considera implícito el recurso de nulidad en el de apelación. Precisamente, debido a la citada norma legal, aun cuando no se haya expresamente interpuesto el recurso de nulidad, nada obsta para que en alzada, quien se ve agraviado por lo dispuesto en la resolución del a-quo la cuestione por vía de este recurso. Además, la nulidad puede ser declarada aun de oficio.

De acuerdo a lo expuesto, a la primera cuestión, la parte resolutive debiera decir “No habiendo interposición de recurso y no advirtiéndose vicio que obligue al Ad Quem a la declaración de oficio, no corresponde pronunciamiento alguno sobre esta primera cuestión”. Así voto.

A la segunda cuestión el magistrado Ynsfrán Saldívar dijo: El fallo recurrido, resolvió hacer lugar a la demanda promovida por The American School Of Asunción contra el Instituto de Desarrollo Empresarial (INCADE), Universidad Americana y Andrés Benko, y en consecuencia, ordenó el cese del uso de la denominación “American College”. Así mismo, declaró acto de competencia desleal, conforme a los argumentos dados por la inferior en el considerando del fallo obrante a fs. 415/423 de autos.

Las partes presentaron los escritos de expresión de agravios a fs. 434/443 y de contestación a fs. 445/453, respectivamente. En el primero, la representante convencional de la parte demanda Abog. Victor Abente Stewart expone los motivos por los cuales considera que el fallo recurrido debe ser revocado. El representante convencional de la parte actora, abogado Hugo R. Mersán, al contestar al apelante emite los fundamentos por los cuales solicita la confirmación del fallo. Esta magistratura, teniendo en cuenta estos fundamentos, debe evaluar el razonamiento jurídico emitido en el fallo a los efectos de determinar si fue dictado conforme a derecho.

Focalizando la litis, tenemos que el debate versa sobre el nombre comercial. En el Derecho Comercial el nombre es la designación que se utiliza respecto de una actividad económica, para distinguirla. Los derechos respecto del nombre comercial se adquieren a base de su uso, y normalmente están limitados a las actividades y zonas en las que tal designación o nombre comercial es conocido. Es importante también mencionar que la ley le faculta al titular del nom-

bre comercial a iniciar las acciones correspondientes a los efectos de petitionar el cese por el uso indebido e injustificado del nombre comercial por terceros, situación que hoy nos toca analizar y estudiar en esta instancia.

Los fundamentos principales emitidos, referente al cese del nombre comercial, por la jueza en el Considerando de la resolución apelada (ver fs. 415/423 de autos), reza: "...Que el uso en el mismo sector del mercado de la denominación utilizada por los demandados, "American College", para hacer referencia a una institución educativa que ofrece servicio de enseñanza bilingüe de los idiomas inglés y español, es muy posterior a la ya conocida en el mercado "American School of Asunción", la cual ofrece iguales servicios, con anterioridad en nuestro país, que por otro lado el uso y difusión masiva que se hizo de la nueva institución, con la denominación indicada, en los medios de comunicación y su publicidad trae como consecuencia la confusión y el riesgo de asociación en cuanto a la procedencia de los servicios, como a la calidad de los mismos, sin mencionar el aprovechamiento del prestigio del nombre de quién impuso primeramente esta denominación como nombre comercial el eventual perjuicio económico para la parte afectada y para el consumidor finalmente. Que siendo confundibles los nombres comerciales de las instituciones mencionadas, las cuales se dedican a prestar los mismos servicios, para el mismo segmento en el mercado nacional, constituye finalmente un menoscabo al derecho de propiedad exclusiva del nombre comercial de la demandante, y, corresponde así hacer lugar a la petición de ésta de cese de uso por parte de los demandados, Instituto de Capacitación y Desarrollo Empresarial (INCADE), Universidad Americana y Andres Benko, de la denominación compuesta "American College" y la prohibición de repetirla en un futuro ...". Como se observa en base a esta opinión la aquo consideró como viable la acción planteada por la parte actora, en sentido de ordenar el cese del uso de la denominación "American College". a la parte demandada.

La problemática sobre el nombre comercial es una realidad sobre todo cuando existen nombres comerciales semejantes. Sin dudas, esto produce perjuicios, para el derecho dominial. Las consecuencias, que produce un nombre comercial semejante u otro existente en el mercado induce a la confusión con un nombre comercial ya conocido en la sociedad. Ante esto, al propietario le asiste el derecho de accionar ante los estrados judiciales, a los efectos de petitionar el cese del uso indebido del nombre comercial. En el presente juicio, la parte acto-

ra, The American School of Asunción (El Colegio Americano de Asunción), demandó a la Institución de Capacitación y Desarrollo Empresarial (INCADE), a la Universidad Americana y al Sr. Andrés José Benko K., el cese de uso indebido de nombre comercial, y también por competencia desleal. Ello se planteó, pues se alega que la utilización del nombre comercial, por parte de la demandada, de determinarse la semejanza, constituiría violación comercial por considerar este hecho como una infracción a un derecho de exclusiva propiedad, conforme lo manifiesta en el escrito de demanda.

La razón o el motivo que dio lugar a la promoción de esta acción, es el uso del nombre comercial “American College”, por parte de la demandada, dado que también el nombre comercial es utilizado por la parte actora es similar. Es más, otro hecho trascendental es que la parte demandada comenzó a utilizar el nombre en el comercio en el rubro de la educación y cuando solicita la inscripción como registro de marca con la denominación “American School” ante la Dirección de la Propiedad Industrial del Ministerio de Justicia, en fecha 3 de abril del 2000, teniendo en cuenta que el nombre comercial “Colegio Americano o The American School”, es también una institución educativa y comenzó a operar con este nombre comercial por Resolución N° 284 de fecha 23 de julio de 1959, dictada por el Ministerio de Educación y Culto.

En este tipo de demandas, sobre cese indebido de nombre comercial, cobran trascendencia las pruebas rendidas en el proceso. El juez debe analizar éstas puntiliosamente para llegar a determinar si corresponde o no el cese del nombre comercial, Falcón dice: “Prueba es la actividad que desarrollan las partes para llevar al juez la convicción de la verdad de una afirmación o para fijarla a los efectos del proceso. Es decir, es una actividad procesal destinada a dar certeza al juzgador sobre los hechos litigiosos indispensable para fundar la sentencia”.

En el presente juicio, durante la etapa probatoria pertinente, la parte actora demostró por medios idóneos que el uso del nombre comercial es anterior al utilizado por la parte demandada, Así mismo, conforme a los documentos que obran en este juicio, ambos nombres pueden ser catalogados como iguales o similares, lo que podría conducir a la confusión del nombre lo cual ocasiona perjuicios al derecho dominial. Es oportuno, igualmente, mencionar lo establece de la Ley 1294/98, que dice, Art. 75: “El derecho exclusivo sobre un nombre comercial se adquiere por su primer uso público en el comercio. No es necesario

el registro del nombre comercial para ejercer los derechos acordados por esta ley...”. Así mismo el Art. 76 dice: “...El titular de un nombre comercial tendrá el derecho de impedir el uso en el comercio de un signo idéntico al nombre comercial protegido, o un signo semejante cuando ello fuese susceptible de causar confusión o un riesgo de asociación con la empresa del titular o con sus productos o servicios, o pudiera causar al titular un daño económico o comercial injusto por razón de un aprovechamiento indebido del prestigio del nombre o de la empresa del titula...”.

En lo que respecta a la competencia desleal, la inferior al resolver éste sostuvo en el Considerando lo siguiente: “... Que, en el sector de comercio nacional en el cual compiten ambas instituciones, y dentro del cual como ha quedado, la actora ha utilizado anteriormente su nombre comercial para hacer referencia a lo que es, una institución de enseñanza educativa tal como se la conoce, la utilización de la designación “American College” posterior, por tanto es confundible y trae consigo el riesgo de asociación respecto de la providencia de los servicios que brinda, y riesgo de asociación respecto a la empresa que los brinda. Por lo tanto el uso de tal denominación por parte de los demandados, constituye un acto contrario a la buena práctica comercial, pues no se trata únicamente de que la existencia de “American College” implique un aprovechamiento de la reputación de una institución educativa anterior, ni una desviación de la clientela de la institución “The American School of Asunción, en su provecho, sino también del riesgo que ello ocurra...”.

De las constancias de este proceso se tiene que la actora, conforme a los instrumentos agregados en autos acreditó que ha utilizado el nombre comercial individualizado como “ El Colegio Americano de Asunción” o The American School of Asunción” desde el año 1959 en el mercado educativo, siendo este nombre comercial conocido en el ámbito público, por lo que, conforme la nuestra legislación marcaria, esta tiene la exclusividad del citado nombre, razón por la cual consideramos que la actitud de la parte demanda en el sentido de que al inscribir en el registro respectivo el nombre de “American College” y su utilización en el rubro de la educación, ofreciendo similares servicios puede constituirse como competencia desleal, razón por la cual la decisión de la inferior en este punto debe ser considerada como acertada.

A mayor abundamiento, trascibimos lo que dispone la Ley N° 1034/83 (Del Comerciante) Art. 108, que dice: “... Sin perjuicios de lo que dispongan las

normas especiales sobre marcas, patentes y otros derechos análogos, no están permitidos y se consideran actos de competencia desleal, entre otros, los que se enuncian a continuación: a) Usar nombres o signos distintivos que puedan causar confusión con los legítimamente usados por otros; b) Imitar los productos de un competidor, o realizar por cualquier otro medio actos susceptibles de crear confusión con los productos o con la actividad de aquél...”. Así mismo, nuestra legislación marcaria en la Ley N° 124/98 en su Art. 81 dispone: “... Constituye, entre otros, actos de competencia desleal: a) los actos susceptibles de causar confusión o un riesgo de asociación con respecto a los productos, los servicios, la empresa o el establecimiento ajenos...”.

Conforme a lo que dispone la ley, la legislación vigente, la doctrina y la jurisprudencia vigente, debemos concordar que la decisión de la inferior es correcta y por estas razones corresponde confirmar in totum el fallo apelado al constatar que el mismo se ajusta a las reglas lógicas y jurídicas. Costas a la perdedora. Es mi voto.

A su turno, el magistrado Carmelo Castiglioni, dijo: Que por la S.D. N° 974 de fecha 04 de diciembre de 2007, el Juzgado en lo Civil y Comercial del Décimo Turno, de esta Capital, por la cual se hace lugar a la demanda promovida en el sentido de prohibir el uso de la denominación de “American College” y su utilización en el futuro por parte de la demandada en estos autos. También declara la existencia de la competencia desleal por el uso de la denominación “American College” y le impone las costas a la demandada y ordena la remisión de la S.D. al Ministerio de Educación y Cultura.

La parte actora ha demandado por considerar que la denominación “American College” utilizada por los demandados constituye una violación al nombre comercial de “The American School Of Asunción” y que esa utilización constituye una competencia desleal.

Que el agravio del apelante, entre otros, se basa en que la denominación es genérica y que los nombres genéricos no pueden ser objeto de nombre comercial o, por lo menos, que nadie puede apropiarse de los mismos.

Efectivamente los nombres genéricos, como Paraguay, u otros no pueden ser objeto de apropiación por la vía de la marca o del nombre comercial. No puede pretenderse que los nombres genéricos sean objetos de apropiación por la vía del nombre comercial o de la marca, puesto que la misma ley lo prohíbe en cuanto a marca y no lo hace en cuanto al nombre comercial en razón de que esta

no es objeto de inscripción como derecho intelectual. Por otro lado debemos tener en cuenta que nuestro idioma es el español y el guaraní y, entonces, fonéticamente las denominaciones en inglés de “American College” y De “The American School Of Asunción” suenan diferentes y no pueden ser objeto de confusión, pero los usuarios de los servicios de educación que conocen el idioma inglés, tampoco lo pueden confundir porque uno es más extenso en la expresión que el otro, y, por otro lado, al carecer uno de ellos de la expresión “Of Asunción” ya hace una gran diferencia entre ambas denominaciones, considerando que la denominación utilizada por el demandado no contiene esa expresión. Es el nombre comercial completo lo que debe tenerse en cuenta para establecer si existe coincidencia o no y el hecho de que uno de ellos carezca de la expresión “Of Asunción”, ya lo hace notoriamente diferente. No puede decirse que existe coincidencia comparando las partes del nombre sino que ello debe surgir de la denominación completa, cosa que no ocurre en autos. Y, más que nada porque las expresiones son diferentes no solo fonéticamente en inglés y en castellano y sino también en el significado de College y School.

Por otro lado, corresponde utilizar analógicamente para el nombre comercial la distinción utilizada para la marca débil y la marca fuerte. En la marca evocativa se constituye el nombre para señalar la propiedad o característica del servicio o el producto, como en este caso es College y School y la misma constituye un marca débil, pues la fortaleza para distinguir ambas denominaciones es ínfima y, por ello no puede constituir objeto de propiedad exclusiva, por esa sola razón, pues la fortaleza para realizar la distinción es tan insignificante no es suficientemente fuerte para crear la diferencia como marca fuerte y para decir que alguien es propietaria de una denominación, por la fortaleza de la diferencia. Además, la palabra “americano” tiene es más una denominación geográfica que un nombre comercial y ni el demandante y ni el demandado no pueden apropiarse de ella. Además la palabra “College”, en inglés es equivalente a institución superior, a diferencia de “School” que en uno de sus significados evoca la enseñanza primaria. Expuestas estas razones, considero que no se puede prohibir el uso de una denominación genérica sin alterar la libertad de expresión, pues la misma no puede ser objeto de apropiación para prohibir su uso.

Por otra parte, no cabe la demanda promovida por The American School contra Universidad Americana y Andrés Benko, en razón de que la misma

actora reconoce que la propietaria del nombre comercial es Instituto de Desarrollo Empresarial (INCADE), y no aquellos. El que usa la marca “American College es esta última y no la Universidad Americana que es independiente a American College que pertenece a la Incade. El Acta de Fundación de Incade, como una asociación civil sin fines de lucro demuestra que tiene personería propia (fs. 206 al 216 vto), y como tal es diferente a Andrés Benko y a Universidad Americana, y, por tanto, la demanda en contra de éstos es también improcedente, pues no está demostrado que American College les pertenezcan y no tienen por qué responder por ésta.

En cuanto a la competencia desleal, no fue demostrada la deslealtad en el sentido del ejercicio abusivo en beneficio propio, en razón de que no puede ser objeto de deslealtad lo que es legal. Si concluimos en la primera parte del razonamiento que no constituye uso indebido, por lógica consecuencia tampoco puede haber deslealtad, como competencia comercial. Por otra parte no se demostró que el uso de ese nombre comercial aprovechara a la demandada y ocasionara al demandante perjuicio en la cantidad de alumnos a partir del uso de dicho nombre American College. La competencia desleal debe significar un provecho económico a favor del que supuestamente mal utiliza en desmedro del que se cree con derecho a la marca o al nombre comercial y, para ello, debió demostrarse la merma en la cantidad de alumno como un perjuicio y eso no fue demostrado. Por otro lado un nombre genérico que crea una cuestión dudosa en cuanto a si su uso es desleal, no puede fundar la declaración de competencia desleal, precisamente por que es una duda. Por lo expresado voto por la revocatoria total de la S.D. 947 de fecha 04 de diciembre de 2007 y, en su lugar, disponer que no corresponde hacer lugar a la demanda promovida por The American School contra Instituto de Desarrollo Empresarial (INCADE), Universidad Americana, y Andres Benko.

Costas en el orden causado para ambas partes en ambas instancia, pues al decirse que es dudosa su utilización, entonces, también para demandar también debe tener el mismo carácter, por lo que las costas no pueden ser absorbida por una sola de las partes. Es mi voto.

A su turno el magistrado Gerardo Báez Maiola dijo: como se tiene dicho, la S.D. N° 947 del 4 de diciembre de 2007 (fs. 415/423) resolvió “1. Hacer lugar a la demanda promovida por The American School of Asunción contra Instituto de Desarrollo Empresarial (INCADE), Universidad Americana y Andrés Benko y,

en consecuencia, ordenar el cese del uso de la denominación American College por parte de éstos, así como la prohibición de su utilización en el futuro por los motivos expuestos en el exordio de la presente resolución. 2. Declarar acto de competencia desleal la utilización de la denominación American College por parte de los demandados, por los motivos expuestos en el exordio de la presente resolución y prohibir su reiteración en el futuro. 3. Imponer las costas a la perdedora. 4. Remitir copia de la presente resolución al Ministerio de Educación y Culto y al Ministerio de Industria y Comercio, Dirección de la Propiedad Industrial. 5. Anotar...”.

Tal decisión agravia a la parte recurrente sosteniendo que “... El vocablo American oAmericano es una indicación geográfica de uso general que no puede ser objeto de una apropiación por una sola persona. El Colegio Americano de Asunción pretende ser el único y exclusivo dueño de la palabra American o Americano, no admite el uso y registro de American College, a pesar de la enorme cantidad de instituciones académicas que usan esa misma expresión....Que, como hemos señalado con anterioridad, los elementos American School o College son de uso común y, por tanto, no pueden ser objeto de monopolización por una sola persona...”. Agrega además, que si hubiere duda sobre si hay o nó similitud tal que lleve confusión, respecto a los nombres de los centros educativos, tal apariencia, que son denominadas marcas evocativas, son consideradas por la jurisprudencia como marcas débiles, citando al efecto un fallo del Supremo Tribunal que dijo “Cuando el término que identifica una marca constituye un elemento marcario débil, nadie puede pretender el monopolio de la misma e invocarse privilegio sobre ella...”. Pone también de resalto que la actora no ha justificado el perjuicio económico que por haya sufrido en sus ingresos en la prestación del servicio de enseñanza secundaria, trayendo a cita la expresión de Jorge Otamendi en su obra “Derecho de Marcas”, ed. 1989: “La coexistencia de la marca aparente con marcas de terceros con las que guarda con la opuesta, ha sido un argumento usual para demostrar la inconfundibilidad”.

Al finalizar el memorial, por las razones expuestas en él, la sentencia objeto de recurso tiene que ser revocada porque reconoce que el actor pudo tener razones suficientes para creerse titular de derecho y por tanto, las costas, en base a lo que establece el art. 193 CPC, tienen que ser impuestas en el orden causado.

La propuesta, desde esa perspectiva tendría sustento suficiente tanto por las citas doctrinarias como de los fallos porque el elemento subjetivo prima para resolver si lo cuestionado crear o no confusión para el tomador del producto o servicio respecto a un emblema, logotipo frase, expresión, etc. Pero esta interpretación es una actividad exclusivamente del intelecto y por tanto no hay reglas fijas que puedan constituir parámetros suficientemente rígidos a seguir. Y esto es así porque el efecto de la publicidad, bajo la forma que sea, no es el mismo para todos los individuos, incluyendo a los juzgadores, pues para unos puede que haya abuso en la denominación de un producto o servicio ya registrados, mientras que para otros la diferenciación es suficiente para no confundirlos. En los argumentos expuestos en el memorial dice el recurrente que no puede haber propiedad de palabras de uso frecuente. Pero ocurre que de constancias obrantes en autos a fs. 122/ 126 obra la oposición que en sede administrativa formulara The American School of Asunción respecto a la solicitud de inscripción de marca solicitada por el Instituto de Capacitación y Desarrollo Empresarial (INCADE) bajo denominación de American School, Clase 41, entrada N°7.398 de fecha 3 de abril de 2000.

La oposición prosperó porque Andres J. Benko (uno de los codemandados) por presentación del 22 de marzo de 2001 manifestó a dicho ente: “Que vengo a desistir de la solicitud de registro de la marca arriba individualizada” (sic), refiriéndose en forma expresa al Acta N° 7398/00.

En relación a dicha inscripción fallida, el representante convencional para la audiencia de prueba confesoria de INCADE , f. 380 T. II, textualmente en la cuarta posición, dijo: “Que sí, es cierto que al momento de solicitar el registro de la marca existía el Colegio Americano de Asunción o The American School of Asunción, pero aclaro que consideramos oportuno como signo distintivo las siglas del Instituto para diferenciar suficientemente de la otra institución referida; agrego también que existen numerosas instituciones dedicadas a la enseñanza y formación de personas que conllevan la denominación American o Americana”.

En primer lugar, el desistimiento fue expreso, sin condición ni formulación de reserva a diferencia de la oposición que sí hizo reserva de derecho a ejercer en el futuro. Esto por una parte; por la otra, tal desistimiento es un claro reconocimiento de que la pretendida inscripción o registro obviamente tenía suficiente apariencia para crear confusión en cuanto a la individualización y diferenciación entre ambas entidades educativas.

Este comportamiento en sede administrativa, constituye confesión extrajudicial para nuestro ordenamiento positivo procesal al consagrar la teoría de los actos propios, llamada también teoría de la conducta en el art. 276 CPC cuando dice que: “Reviste carácter de confesión la manifestación de una parte de ser cierto un hecho contrario a su interés y favorable a la otra. Ella puede ser judicial o extrajudicial...”.

Entre aquella actitud de aceptación a la oposición y la asumida ante la demanda hay, sin duda, abierta contradicción, debiendo prevalecer la expresión que ha sido espontánea y no la derivada siguiendo un plan estratégico de defensa procesal. Además, hay que considerar que el valor de la confesoria, sea expresa, ficta o extrajudicial resulta al relacionarla con las demás pruebas por aplicación al principio de la sana crítica. Precisamente, la sana crítica, tomada como el razonamiento basado en circunstancias probadas busca, a través del análisis de la conducta humana, la verdad objetiva, meta final obligatoria a la que tiene que llegar el juzgador.

Tan importante resulta para la justicia el obrar del hombre en relación a los efectos jurídicos de su actitud que ha merecido, el reconocimiento del derecho, calificando al instituto bajo la denominación de Teoría de los Actos Propios o Teoría de la Conducta Previa, tal como a ella se refiere en forma clara y brillante Federico Berro en “La relevancia jurídica de la conducta anterior” (Ediciones Jurídicas A. Fernández, Montevideo, República Oriental del Uruguay), poniendo en resalto la figura en cuanto tiene en cuenta básicamente la buena fe (La regla que se encuentra en la base de esta construcción jurisprudencial y doctrinaria ha sido resumida en diversos aforismos. Díez Picazo nos recuerda al Digesto –fragmento tomado de Ulpiano– donde la, máxima se expresaba como *adversas factuum suum..movere controver- rsiam prohibetur*-. Luego, entre los brocardos de Azo, se lo encuentra redactado como *venire contra factum proprium nulli conceditur*. En la jurisprudencia actual se siguen usando versiones similares tales como *venire contra factum proprium non valet*, cuyo sentido nos adelanta el contenido de la regla...” (sic).

El citado autor uruguayo, también reseña la importancia del instituto en la jurisprudencia de los tribunales argentinos, tanto es así que ha sido tema de grandes doctrinarios como también de congresos y seminarios de derecho, tal como las IX Jornadas de Derecho Civil celebrada en Mar del Plata en noviembre de 1983, donde se concluyó (La Ley, T. 1985 A, pág. 1.000), (entre otras consideraciones), se concluyó que:

“Dicha regla encuentra fundamento en la buena fe objetiva, en la doctrina de la apariencia y en otros institutos jurídicos de cuño semejante.

“Los requisitos de aplicación son los siguientes: a) una situación jurídica preexistente, b) una conducta del sujeto jurídicamente relevante y eficaz que suscite en la otra parte una expectativa seria de comportamiento futuro; c) una pretensión contradictoria con dicha conducta, atribuible al mismo sujeto...” (sic, op.cit.)

De acuerdo a lo expuesto y poniendo énfasis en lo que dice el Código Civil en su artículo 372, “Los derechos deben ser ejercidos de buena fe...”, se impone la confirmatoria del fallo apelado.

En cuanto a las costas, que el recurrente dice tienen que ser impuestas en el orden causado, no procede porque en primer lugar no hay mérito que justifique la aplicación del art. 193 CPC y en segundo lugar, expresamente la perdedora ha protestado costas (f. 322) debiéndose en consecuencia aplicar la regla general del art. 192 CPC. Así también voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los señores Miembros de conformidad, todo por ante mí que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue de inmediato.

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Quinta Sala; RESUELVE: 1) Declarar mal Concedido el recurso de nulidad interpuesto. 2) Confirmar, con costas, la S.D. N° 947 de fecha 04 de diciembre del 2007 por las razones y con los alcances dados en el exordio de este fallo. 3) Anotar, registrar, notificar y enviar copia a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Gerardo Baez Maiola, Carmelo Castiglioni, Linneo Ynsfrán Saldívar.

Ante mí: Federico Miller Tellechea, Actuario Judicial.

TRIBUNAL DE APELACIÓN DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

ACUERDO Y SENTENCIA N° 172

DEMANDA. Contestación de la demanda. LEGITIMACIÓN.

La presente demanda incoada contra el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social fue mal planteada. En efecto, la demanda debió entablarse directamente contra el Estado Paraguayo ya que el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social no es un ente autónomo sino una dependencia estatal y, en tales condiciones, carecía de legitimación pasiva para contestar la demanda.

PODER EJECUTIVO. Procuraduría General de la República.

La Procuraduría General de la República, en el ejercicio que constitucionalmente le corresponde en representación del Estado Paraguayo (art. 246, numeral 1 de la C.N.) es la instancia que dio la solución al problema suscitado en autos haciendo posible que el Estado asuma su responsabilidad subsidiaria en la materia tal como lo estatuye el artículo 54 de la Constitución Nacional y otras normas de convenios internacionales y del Código de la Niñez y Adolescencia que hacen referencia a la misma cuestión.

TApel. Niñez y Adolescencia. 14-09-10. “L. C. C. V. s. Medida cautelar” (Ac. y Sent. N° 172).

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia recurrida?

Caso contrario, ¿es justa?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: Dr. Silvio Rodríguez, Dra. Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón y la Dra. Mirtha González de Caballero.

A la primera cuestión planteada el preopinante Dr. Silvio Rodríguez dijo:

La recurrente ha fundado promiscuamente los recursos interpuestos y, por consiguiente, a tenor de lo dispuesto en el artículo 419 del C.P.C. y no observándose vicios que ameriten un pronunciamiento oficioso del Tribunal sobre esta cuestión, corresponde declarar desierto el recurso de nulidad.

A su turno, las Dras. Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón y Mirtha González de Caballero manifestaron que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada el preopinante dr. Silvio Rodríguez dijo:

En la sentencia recurrida el Juzgado resolvió cuanto sigue: “1) No hacer lugar al cambio de carátula solicitado en autos, por los motivos expuestos en el exordio de la presente resolución. 2) Disponer el finiquito y archivamiento del presente juicio. 3) Notifíquese a las partes intervinientes” (fls. 270/275).

Contra esta sentencia se alza la profesional Mercedes Britez Sullow de Buzó, representante convencional de la señora A. V. y en lo medular de su expresión de agravios dijo que se agravia contra la sentencia recurrida porque la A-quo no hizo un análisis profundo de las pretensiones, tampoco fueron debatidas y no se adoptó ninguna medida para garantizar el derecho del niño L. C. C., específicamente al derecho de un acceso gratuito a servicios de cuidados para su salud y, por ende, a una mejor calidad de vida, y que en todo el proceso desde el inicio de las pretensiones, o sea los derechos reclamados por el niño con capacidades diferentes con la siguiente patología: retardo mental, trastorno de conducta, epilepsia, retraso psicomotor y visión subnormal, nunca ha sido debatida y no se abrió la causa a prueba, a pesar de que el Juzgado fijó la audiencia de conciliación para las partes. Culminó peticionando peticionando la revocación de la sentencia en revisión ordenando al Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social que cumpla el rol que le corresponde y dé una respuesta a la rehabilitación y mejor calidad de vida del niño L. C. (fls. 277/283).

Antecedentes del caso. En fecha 1 de octubre de 2007, la señora A.V., en representación de su hijo L. C. C. V., promovió demanda contra el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, a fin de que se adopten medidas de carácter urgente para que el niño L. C. sea atendido y medicado por los problemas mentales que le aqueja, debiendo hacerse cargo el Estado Paraguayo de los costos a través del Ministerio de Salud. Se peticionó que ínterin se sustancie la presente causa, al niño se le hagan todos los estudios neurológicos correspondientes y

análisis. Asimismo, se le provea a la madre de un móvil a fin de que la misma pueda 3 veces a la semana visitar a su hijo y acompañarle al INPRO para su estimulación y los fines de semana el niño pueda ir a su casa a fin de compartir con sus hermanos. Por otra parte, que se le dé asistencia odontológica y la alimentación adecuada a la necesidad del mismo (fls. 8/16). Posteriormente, se solicitó el cambio del nombre del objeto de la demanda, solicitando que quede como “L. C. C. V. S/ Derecho a la Salud” (fl. 27). Por proveído de fecha 1 de noviembre de 2007 se tuvo por iniciado el presente juicio y se libró oficio a la INPRO a fin de que provean de un móvil para que el menor L. C. C. pueda trasladarse 3 veces por semana del pequeño Cotolengo al INPRO a fin de realizarse sus estudios neurológicos, análisis, estimulación y atención odontológica (fl. 29).

En fecha 31 de diciembre de 2007, se presentó ante el Juzgado el profesional Rodrigo Brusquetti, representante convencional del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, solicitando el rechazo de la demanda (fl. 51/52). Por proveído de fecha 2 de enero de 2008, el Juzgado fijó audiencia de conciliación para las partes (fl. 53). En la citada audiencia el representante del Ministerio de Salud Pública solicitó al Juzgado el rechazo de la demanda en atención a que la institución brinda atención integral conforme a la patología que padece el niño L. C., consistente en atención neurológica, psicología, psiquiatría, pediatría, nutricional y odontología, respecto al pedido de asignar un personal que se encargue de la recreación del niño de forma a evitar que siga atado, se solicitó un plazo para responder a esta petición (fl. 57). Esto significa que al proceso se le imprimió los trámites previstos en el Procedimiento General.

Seguidamente, en fecha 16 de enero de 2008, se presentó ante el Juzgado la señora A. V. a solicitar con carácter urgente un odontólogo que realice un examen bucal y odontograma completo al niño L. C. para que puedan realizarle el tratamiento adecuado (fl. 65/66). Ante esta petición, por proveído de fecha 18 de enero de 2008, el Juzgado ofició al Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social para que en el plazo de tres horas designe a un odontólogo infantil para el niño L. C. internado en el Hogar Pequeño Cotolengo (fl. 71). Luego, por nota de fecha 25 de enero de 2008, el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social informó cuanto sigue: “... Un cuadro de retraso mental y alteración de conducta, además de otras patológicas, por lo cual el examen clínico odontológico se realizo con dificultad, observándose una hipertrofia gingival exacerbada (agrandamiento

gingival) probablemente debido a la medicación anticonvulsionante que recibe el paciente. No se observó clínicamente la presencia de infección dentaria aguda ni de fistulas. Debido al estado sistémico del niño, es imposible realizar un tratamiento sin sedación, es decir, cualquier procedimiento deberá realizarse bajo anestesia general...” (fl. 77).

Asimismo, la coordinadora médica de la INPRO informó que el paciente L. C. V. tiene diagnóstico de retardo mental de autismo, el paciente reside en el Hogar Pequeño Cottolengo Don Orión, en el mismo hogar recibe atención de un equipo multidisciplinario: psiquiatría, pediatría, fisioterapia, enfermería y trabajo social. Se considera conveniente realizar dicho tratamiento en el hogar donde reside el paciente, por lo que no sería necesario el traslado del paciente del Hogar a esta institución las 3 veces por semana, ya que por su patología cada traslado implica mayor riesgo físico, dadas las dificultades para su traslado por las características de su afección (fl. 86). Posteriormente, luego de una seguidilla de excusaciones de las juezas de la Niñez y la Adolescencia de la Capital, se realizó otra audiencia entre las partes en la que se resolvió otorgar al Ministerio de Salud el plazo de diez días hábiles a los efectos de presentar la propuesta oficial por parte de dicha institución y suspender el plazo procesal del presente juicio en virtud de las disposiciones previstas en el artículo 152 del C.P.C. (fl. 130).

En fecha dos de diciembre de 2008, la profesional Mercedes Brítez de Buzó solicitó la prosecución de la presente causa, alegando que el Ministerio no presentó ninguna propuesta en el plazo acordado (fl. 132), peticionando al Juzgado ante esta situación diversos informes. En el informe de la casa de abrigo Pequeño Cottolengo se explicó que el joven Luis Carlos ha evolucionado favorablemente, responde a los estímulos de comunidad y tiene control diario en forma y hora de los medicamentos que el joven consume e higiene bucal cepillado tres veces al día. Al joven le visita cada tres meses el médico especialista en odontopediatría y el doctor Portillo y acude para su tratamiento de fisioterapia, neurología y pediatría a la INPRO (fl. 141/161).

Asimismo, la odontóloga Mirtha Espinola Duarte informó que el aspecto clínico, así como bucodental del niño, se encuentra muy mejorado, tiene su tratamiento diario y cada un mes es evaluado en la parte médica y cada tres meses en lo atinente a su salud bucodental. Hemos encontrado que en cada una de las atenciones y evaluaciones practicadas el Hogar Pequeño Cottolengo siem-

pre se encuentra en condiciones óptimas de higiene edilicia y las personas albergadas en él reflejan este cuidado no solo higiénico, sino amoroso y diferencial para todos, reinando en el sitio una atmósfera de paz, a pesar de la problemática que se maneja con mucha prudencia (fl. 225).

La defensora de la Niñez y la Adolescencia, Abog. Diana Gloria Ruiz de Negraes, recomendó el cambio de la carátula solicitado y consecuentemente dar intervención al procurador general del Estado a fin de encontrar una respuesta que haga realidad el compromiso asumido con relación a la protección del niño y cuidados necesarios para su bienestar (fl. 261). Por su parte, el Abog. Abraham Ricardo Franco Galeano, procurador delegado de la República, sugirió que el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, conjuntamente con la Secretaría de la Niñez y la Adolescencia, deberán formular políticas y programas para la atención y protección de niños u adolescentes que no cuenten con los medios económicos para que en forma privada puedan acceder a su rehabilitación necesaria (fls. 263/267), dictándose finalmente la sentencia objeto de recurso.

Conclusiones. Debe convenirse, en primer lugar que la presente demanda incoada contra el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social fue mal planteada (fls. 11/19). En efecto, la demanda debió entablarse directamente contra el Estado Paraguayo, ya que el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social no es un ente autónomo, sino una dependencia estatal y, en tales condiciones, carecía de legitimación pasiva para contestar la demanda. Esta es la razón por la cual la accionante, señora A. V. no podía tener contraparte en este juicio, careciendo de relevancia la contestación del profesional Rodrigo Irún Brusquetti en representación del M.S.P. y B.S. y la pretensión del rechazo de la acción iniciada por la accionante (fls. 51/52), así como intrascendente la audiencia de conciliación en la que el nombrado profesional solicitó un plazo prudencial para que el Ministerio se haga cargo de que el niño L. C. C. V. reciba todas las atenciones y medidas solicitadas por la accionante en la mentada audiencia (fl. 57).

Es por esta sencilla razón es que el procurador delegado de la República, Abog. Abraham Ricardo Franco Galeano, que debería de haber actuado como un eventual contraparte de la accionante, en la vista corrídole, luego de exponer una serie de artículos de la Constitución Nacional, de la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención del Pacto de San José de Costa Rica, el Pro-

toloco adicional a la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, algunas ya citadas por la demandante, llegó a la siguiente conclusión: “Por lo que el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, conjuntamente con la Secretaría de la Niñez y la Adolescencia, deberán formular políticas y programas para la atención y protección de niños y adolescentes que requieran atención como L. C. C. V.; de manera a evitar que niños y adolescentes que no cuenten con los medios económicos para que en forma privada puedan acceder a su rehabilitación necesaria, pueda ser garantizado el acceso a la atención médica especializada a través de las instituciones estatales, cumpliendo así con las funciones para las que fueron creadas y evitar así además que el Estado Paraguayo pueda ser objeto de demandas internacionales por violaciones a los derechos fundamentales del ser humano”. En su petitorio final dispuso cuanto sigue: “Ordenar al Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, en conjunción con la Secretaría de la Niñez y la Adolescencia, a que adopten las medidas necesarias a fin de que el niño L. C. C. V. reciba los tratamientos, medicamentos y alimentación necesarias. Recomendar que dichas Secretarías del Estado garanticen el acceso a la atención médica especializada a través de las instituciones estatales, a niños y adolescentes que no cuenten con los medios económicos para que en forma privada puedan acceder a su rehabilitación” (fls. 263/267).

Curiosamente, estas mismas expresiones fueron repetidas al contestar el traslado corrídole en esta Instancia (fls. 295/298). De modo que, si la demanda hubiera sido planteada correctamente y se diese cumplimiento a lo ordenado por el procurador general de la República, se hubiera podido evitar la judicialización de un problema social. En este sentido, si bien es cierto que según las constancias del expediente el niño L. C. C. V. ha recibido determinadas atenciones en diferentes instituciones, al asumir la Procuraduría General de la República un posición que responde a la asumida por la parte apelante, soy de parecer que el cambio de carátula del expediente en nada incidiría sobre el fondo de la cuestión y, consiguientemente, el Apartado 1° de la sentencia recurrida amerita ser confirmada. En cuanto al Apartado 2°, el mismo debe ser modificado del siguiente modo: “Dese cumplimiento al mandato proveniente de la Procuraduría General de la República”. De esta forma, ante una eventual ejecución de sentencia, la representante convencional de la accionante tiene todo el derecho de petitionar al Estado aquellas medidas precisas que el niño aún necesita, dada la gravedad de su enfermedad, ya sea desde la perspectiva

administrativa y, en su caso, volviendo a recurrir en sede jurisdiccional. En síntesis, la Procuraduría General de la República, en el ejercicio que constitucionalmente le corresponde en representación del Estado Paraguayo (art. 246, Numeral 1 de la C.N.), es la instancia que dio la solución al problema suscitado en autos haciendo posible que el estado asuma su responsabilidad subsidiaria en la materia tal como lo estatuye el artículo 54 del Constitucional Nacional y otras normas de convenios internacionales y del Código de la Niñez y la Adolescencia que hacen referencia a la misma cuestión. Es mi voto.

A su turno, las Dras. Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón y Mirtha González de Caballero 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: declarar desierto el recurso de nulidad. Confirmar el Apartado 1° de la sentencia recurrida. Modificar el Apartado 2° de la misma sentencia que queda redactado como sigue: Dése Cumplimiento al mandato proveniente de la Procuraduría General de la República. Anótese, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Manuel Silvio Rodríguez, Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón, Mirtha González de Caballero.

Ante mí: María E. Galeano, Actuaría Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 229

RECURSO DE APELACIÓN. Concesión del recurso de apelación.

El régimen de convivencia con fines de radicación, como el caso de autos, al concederse la apelación la misma debe otorgarse con efecto suspensivo, pues, implica, una variación del status quo de las niñas en cuestión tal como lo establece el artículo 180 1er párrafo del C.N. y A.

VENIA JUDICIAL. RECURSO DE APELACIÓN. Concesión del recurso de apelación.

Los juicios en los cuales se solicita la autorización para viajar con fines de radicación, también la apelación debe ser concedida con efecto suspensivo, tal

como este tribunal lo ha resuelto en numerosos precedentes por no ser aplicable para estos casos el art. 101 del C.N. y A.

VENIA JUDICIAL. RECURSO DE APELACIÓN. Concesión del recurso de apelación.

Infortunadamente en la Instancia en Grado Inferior ni en ésta, el nombrado profesional no solicitó la modificación en la forma de concesión del recurso de apelación. De modo que con relación a esa cuestión, la responsabilidad es suya.

VENIA JUDICIAL. Venia para viajar con fines de radicación.

Carece de sentido que en la sentencia recurrida se autorice a viajar a las niñas por el plazo de un año y, al mismo, autorizar al padre a gestionar los trámites para la radicación de las mismas en Canadá. En otros términos, las niñas ya quedarán definitivamente en el mencionado país, por lo que corresponde revocar el tercer apartado autorizando simplemente la venia para viajar con fines de radicación.

PATRIA POTESTAD. Régimen de visita.

De acuerdo al principio Iura Novit Curiae, este Tribunal tiene atribución de llenar esta laguna estableciendo un régimen de relacionamiento.

TApel. Niñez y Adolescencia. 25-11-10. “A. J. M. F. y otra s. Régimen de Convivencia” (Ac. y Sent. N° 229)

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

CUESTIÓN:

¿Se halla ajustado a derecho la sentencia recurrida?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: Dr. Silvio Rodríguez, Dr. Arnaldo Samuel Aguirre Ayala y Dra. Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón.

A la única cuestión planteada el preopinante dr. Silvio Rodríguez dijo:

En la sentencia recurrida el Juzgado resolvió: “1) Hacer lugar, a la presente demanda de Régimen de Convivencia promovida por el Sr. P. M., en relación a sus hijas las niñas A. J. y R. K. M. F., contra la Sra. G. F. E., conforme a las condiciones y alcances transcrito en el exordio de la presente resolución. 2) Otorgar la convivencia de las niñas A. J. y R. K. M. F. a favor del progenitor, señor P. M. F. la correspondiente autorización, a fin de que puedan viajar a Quebec, Canadá, en compañía de su padre, el señor P. M. por el plazo de un (1) año a partir de la firma de la presente resolución, tiempo en el cual deberá

gestionar ante autoridad competente la radicación solicitada. 3) Autorizar al señor P. M. a gestionar ante las autoridades pertinentes de la República de Canadá la radicación de sus hijas A. J. y R. K. M. F., en dicho país” (fls. 145/152).

En realidad, estoy tentado en declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por el profesional Edgar Taboada Insfrán, quien con el patrocinio del Abog. Álvaro Arias, en representación de la señora G. F., interpuso el recurso de apelación contra la sentencia más arriba transcripta ya que, en puridad, su expresión de agravios no constituye una crítica razonada de la resolución (fls. 156/159). No obstante, por la importancia del caso me permitiré analizar las constancias de autos para concluir que la decisión asumida por la A-quo se halla ajustada a derecho, al margen del escrito de responde del profesional Luis Ayala Burgos, representante convencional del señor P. M., quien pidió la confirmación de la sentencia en revisión (fls. 163/165).

Este juicio tuvo su inicio con el A.I. N° 12 del 15 de enero de 2010, resolución en la cual el Juzgado dispuso cuanto sigue: “Ordenar, como medida eminentemente cautelar y de urgencia la permanencia de las niñas A. J. y R. K. M. F. con su padre, el señor P. M. hasta tanto se resuelva la denuncia realizada ante la Unidad Penal N° 3 de la Fiscalía de Fernando de la Mora” (fl. 4). Sobre la base de esta resolución, que no fue apelada, el señor P. M. inició el juicio de convivencia contra la señora G. F. E. el 1 de febrero de 2010 con relación a las niñas A. J. y R. K. M. F. (fls. 5/9). A la sazón, las nombradas niñas contaban con 3 y 5 años, respectivamente (fls. 2/3).

En el relatorio de la demanda se adujo que el señor P. M. se encontraba viviendo en Canadá por motivos laborales y venía al país dos veces al año por espacio de 30 días para relacionarse con sus hijas y la madre, aparte de la comunicación vía internet con las mismas y remesaba dinero para la manutención familiar en atención a que la madre no trabajaba para dedicarse exclusivamente al cuidado de las niñas. Los motivos de la convivencia solicitada y con fines de radicación, en apretada síntesis, es que la madre llevaba una vida promiscua, desatendiendo a sus hijas y teniendo relaciones sexuales con el hombre de turno en el domicilio familiar, saliendo de noche y volviendo a las 5:00 de la madrugada, quedando las hijas al cuidado de sus tíos, uno menor de edad y el otro con problemas de salud. Como consecuencia de esta actitud de la accionada, su pudo comprobar en el Departamento de Victimología del Ministerio Público, que las niñas se encontraban con desnutrición proteica, falta de

atención médica y que inclusive una de ellas no contaba con el control pediátrico exigido por el Ministerio de Salud Pública. En síntesis, que la señora G. F. E. hacía su vida con excesos que iban en detrimento directo del cuidado que debían recibir sus hijas en todos los sentidos.

En la contestación de la demanda, si bien se negaron los hechos alegados por el actor y el contenido de la Carpeta Fiscal e incluso, que la accionada petitionó al Juzgado como medida cautelar la inscripción de sus hijas al Centro Educativo Conexión Kids de la Zona Norte de Fernando de la Mora y que probaría con testigos las falsas aseveraciones contenidas en la demanda y en la Carpeta Fiscal (fls. 13/15), lo cierto y concreto es que durante la tramitación del juicio no ofreció ni produjo ninguna prueba y tampoco pidió un régimen de relacionamiento con sus hijas.

Pero toda relación de pareja tiene que tener un inicio, en la Carpeta Fiscal (glosado por cuerda separada a estos autos), el señor P. M. refirió lo que sigue: “Hace 7 años que estamos juntos, la conocí a través de un anuncio de periódico que decía: busco extranjero para divertirnos juntos y pasarla bien, llamamos con un amigo solicitando una chica para cada uno y una de ellas era G., la madre de mis hijas; ella a eso se dedicaba. Iniciamos la relación y luego quedó embarazada de R., compré una casa donde vive ella con mis hijas. Yo vivo en Canadá, vengo cada 6 meses, en mayo del 2009, antes de volver a mi país, le deje 24 millones para sus gastos como siempre lo hago, en agosto me vuelve a pedir que le envíe el dinero y me amenaza que si no lo hago le mataría a las niñas y luego se suicida; no sé que hace con el dinero; sale todas las noches, va a fiestas, y deja solas a las niñas con su tío P. y a veces con la empleada M. Volví en diciembre del 2009 para las fiestas y es ahí donde la empleada me comentó la situación en la que viven las niñas, mencionando que el tío P. manosea y maltrata a mis hijas; que G. se emborracha, trae hombres a la casa con los que tiene relaciones sexuales frente a mis hijas, pega mucho a las nenas, no las alimenta bien. Su hermano menor A., quien vivía también en la casa, traía amigos menores que se dejaba tocar por estos frente a las niñas, además tiene varios antecedentes de aprehensión por conducir ebria y con las menores. La condición de las niñas es deplorable, ya que no tienen ropa y están con piojos. A mí me preocupa mucho esta situación porque si no fuera por la empleada no sé qué sería de mis hijas, ya que están en riesgo que les ocurra algo peor porque no tienen de parte de la madre el cuidado adecuado. Al enterarme de todo esto salgo de la casa fines de diciem-

bre, luego de unos días retiro a las niñas de la casa. Hice denuncia con la intención que la justicia intervenga otorgándome la tenencia definitiva de mis hijas o una familia amiga que pueda brindarles protección y cuidado que necesitan” (fl. 45).

Por su parte la madre dijo: “El papá de mis hijas vino a pasar las fiestas con nosotros después de siete meses y un día discutimos y se fue de la casa, el 5 de enero de 2010 me llama y dice que quiere ver a las nenas y con la excusa las llevó y no me las quiso devolver, yo no entendía lo que estaba pasando, hasta que el 8 de enero recibo la citación de la Fiscalía. Yo le traje a vivir conmigo a mi hermano P., para que nos haga compañía, porque mi marido casi no está y mi hermano A. vino por un tiempo porque está estudiando, y nunca mi hermano P. se queda solo con las nenas, porque solo habla guaraní y mis hijas no le entienden; cuando voy a salir de noche, le pago un extra a la empleada para que se quede. Me voy a veces a la discoteca, pero es mentira que hago fiestas con hombres en la casa, solo a veces fiestitas familiares donde vienen mis hermanos con sus hijos, nunca entraron en mi casa hombres extraños en la casa y no tengo amigas ni amigos, porque tengo marido celoso, no niego que a veces tomo bebidas alcohólicas, pero solo una vez me atajaron en la calle por conducir ebria”.

El señor P. M. tiene 58 años, la señora G. F. 28 años y las niñas A. J. tiene actualmente 4 años y R. K. tiene 6 años. Y bueno, la diferencia de edades, en especial cuando el padre vive en el extranjero siendo sus venidas al Paraguay en forma esporádica, explica pero no justifica la vida que la madre siguió llevando descuidando a sus hijas en las atenciones que éstas merecen. Prueba de ello es que el diagnóstico médico de R. K. expresa que la misma tiene Anemia Parásito Nutricional, Avitaminosis y A. J. presenta el mismo cuadro clínico, con el agregado de Desnutrición de grado 1 (fls. 16 y18).

Engarzado a estas consideraciones, la empleada M. quien relató lo que sigue: “Empecé a trabajar con esta familia en febrero del 2009 de lunes a sábado con retiro. Es un infierno esa casa, la Sra. Gladys grita, se plaguea, tira y rompe cosas cuando está nerviosa; ella me dijo desde que entré: lo que ves te callas si quieres mantener tu sueldo. Yo no le conocía al Sr. P. porque vienen cada 6 meses y ahora pude contarle. Un sábado se hizo una fiestita de día, la Sra. se tira en la pileta de las criaturas, el hermano A. les trae a los muchachitos que son vecinos, se emborrachan y los tipos empiezan a tocarle todo a ella. A veces la Sra. llega a la mañana toda golpeada, sin poder caminar y dice que no sabe lo que le

pasó, ni donde amaneció. Según R., el tío P. y la mamá salen a la fiesta y ellas quedan solas por las noches, la mamá llega borracha con 3 ó 4 hombres; la mamá le dice a las nenas que todos los hombres que llegan a la casa son tíos, y ella después me cuentan que: tío hizo así con mamá (gesticulando el acto sexual por la pared), R. se sube encima de A. y comienza a hacer movimientos sexuales; anteriormente la señora me pedía que me quede con las niñas a la noche, pero después disminuyó. Estando borracha, la Sra. me dijo que le va a matar a sus hijas y después se va a matar ella. El tío P., según cuenta R., le toca el pecho y vientre; entre las dos nenas comentan que el tío P. tiene un bicho grande, refiriéndose a su órgano genital. El tío P. aparentemente no está bien de la cabeza, siempre está con miedo, no puede escuchar el timbre porque se desespera, tiene antecedentes de haber sido drogadicto. En 2 ó 3 oportunidades le llevé a las nenas a la escuela y la profesora Alicia me preguntó qué pasa con ellas porque vienen y se quejan de su mamá, que toma, rompe el vidrio, teléfono y además cuentan que le pegan con cable, le tira zapatillas, porque la mamá quiere dormir de día y ellas quieren mimarse, y les echa de ahí. En la escuela hay psicóloga y había sido ya eran tratadas. Amí me preocupa mucho las niñas porque su mamá no se ocupa de ellas, de su alimentación, ni sabe lo que hacen sus hijas, no les lleva al médico y sus tíos y hombres que llegan a la casa son un peligro para ellas; a veces cuando llega la mañana a la casa veo que las niñas amanecen en la pieza de su tío P., ellas dicen mi mamá ya está otra vez borracha. Algunas veces R. llora y dice: nadie me quiere. A. tiene miedo, no quiere que nadie le bese ni que se le acerque. No salen mucho, ven todo el día la tele y cuando juegan, especialmente R. para de jugar y piensa lejos, se pone seria y dice: ella no me quiere. La señora es muy irritable con el marido, le trata como basura. El señor ya sabía todo porque puso investigador, solo le faltaban pruebas. Yo dejé de trabajar allí últimamente ya no me pagaba, pero más porque ya no aguantaba ver todo esto” (fl.42).

En el expediente principal, se constatan las declaraciones de los testigos M. M. V., C. E. C. E. y el señor F G., celebrados en fecha 20 de mayo del 2010 (fls. 120/122). Estas afirmaciones hechas por los testigos en el juicio principal coinciden plenamente con los resultados de la investigación seguida en sede penal y le dan mayor consistencia, razón por la cual la convivencia de las niñas A. J. y R. K. M. F. a favor del progenitor, señor P. M., se encuentra ajustada a derecho.

Conviene puntualizar también que desde el dictamiento de la medida cau-

telar en el que se otorgaba la permanencia de las niñas con el progenitor, éste ha inscripto a sus hijas en la Escuela Privada Subvencionada San Gerardo, R. K. fue matriculada en el pre escolar y A. J. en el pre- jardín (fl. 118). Asimismo, ha contratado a la Empresa Medicina Empresarial Paraguaya, con cobertura internacional, para que sus niñas puedan ser asistidas en caso de enfermedad (fl. 70/76) y mientras dejaba a sus hijas al cuidado de un matrimonio amigo, los señores F. C. y G. A., éste estaba hospedado en un hotel, pues, para las niñas no era un lugar apropiado vivir en un hotel. Sin embargo, en todo este tiempo, la progenitora nunca ha solicitado ni siquiera un régimen de relacionamiento judicial.

Al constituirse la trabajadora social en la casa de la señora G. F., la misma dijo que tiene 27 años, soltera y de nivel de escolaridad primaria completo (6° grado). En cuanto a sus actividades de distracción manifestó que asiste con regularidad a un gimnasio denominado Aéreo Gym, también frecuenta lugares nocturnos (discotecas), pero no en forma asidua y que en esas ocasiones las niñas permanecen al cuidado de la empleada doméstica. Al solicitársele la libreta de vacunación de sus hijas, la misma dijo que se encontraban en la institución educativa y cuando se indaga sobre si planea proyectarse laboralmente, que le permita sustentarse ella y sus hijas, dijo que para eso está el papá. ... Se observa falta de orden en el ambiente. La señora G. menciona hechos de robos, por ese motivo la vivienda se encuentra con escasos muebles y electrodomésticos... Los vecinos del lugar coincidieron en afirmar que la señora G. F. lleva una vida desordenada, expresan que sale casi todas las noches, regresa a la mañana siguiente tomada, si no tiene empleada sale igual y les dejaba encerradas a las dos nenas” (fl. 125/126).

Es de advertir, que según manifestaciones del señor P. M. a la trabajadora social, que es padre de una adolescente de una anterior relación, quien asiste al último semestre de la etapa secundaria y la misma L. M. vive con él en Canadá. Dijo también que está próximo a jubilarse y entonces dispondrá de todo su tiempo para dedicarse al cuidado y atención personal de sus hijas R. K. y A. J., ya que las mismas ya habrían permanecido un tiempo en ese país con él en años anteriores. Cuenta con los servicios de una niñera, pero también la niñera que cuida a sus hijas acá en Paraguay viajará con ellos por espacio de seis meses y también, ya previo el contrato, de una psicóloga infantil para realizar un acompañamiento de sus hijas debido a los cambios que pueden suscitarse en sus vidas. (fl. 113).

Consideraciones finales: Me permito hacer notar al Juzgado que el régimen de convivencia con fines de radicación, como el caso de autos, al concederse la apelación la misma debe otorgarse con efecto suspensivo, pues, implica una variación del status quo de las niñas en cuestión tal como lo establece el artículo 180 –1er. párrafo– del C.N. y A. Por otra parte, los juicios en los cuales se solicita la autorización para viajar con fines de radicación, también la apelación debe ser concedida con efecto suspensivo, tal como este Tribunal lo ha resuelto en numerosos precedentes, por no ser aplicable para estos casos el artículo 101 del C.N. y A. Este desliz incurrido por el Juzgado dio lugar a que el señor P. M. ya haya viajado al Canadá con sus hijas, según lo dejó de manifiesto el profesional Edgar Taboada Insfrán, representante convencional de la accionada, después de expresar sus agravios (fl. 160). Infortunadamente, en la Instancia en Grado Inferior ni en ésta, el nombrado profesional no solicitó la modificación en la forma de concesión del recurso de apelación. De modo que con relación a esta cuestión, la responsabilidad es suya.

Por otra parte, carece de sentido que en la sentencia recurrida se autorice a viajar a las niñas A. J. y R. K. M. F. por el plazo de un año y, al mismo tiempo, autorizar al padre a gestionar los trámites para la radicación de las niñas en Canadá. En otros términos, las niñas ya quedarán definitivamente en el mencionado país, por lo que corresponde revocar el tercer apartado de la sentencia en revisión, autorizando simplemente la venia para viajar con fines de radicación.

Finalmente, como se dejó en el vacío un régimen de relacionamiento con la madre de las niñas, sin interesar la forma de vida de aquella, sus hijas tienen que tener la posibilidad de relacionarse de algún modo con la señora G. F. E., ya que la convivencia otorgada al padre no le priva a la madre del ejercicio de la patria potestad, según nuestra legislación, por supuesto. En este sentido, de acuerdo al principio *Iura Novit Curiae*, este Tribunal tiene la atribución de llenar esta laguna estableciendo un régimen de relacionamiento que será el siguiente: “El señor P. M. permitirá una fluida comunicación de sus hijas con la madre, la señora G. F. E., vía telefónica o internet, tal como el actor lo hacía anteriormente”. De esta manera, quizás la progenitora reencauce su vida y, posteriormente, logre ver a sus hijas por lo menos una vez al año. Es posible, pensando positivamente, que lo que se inició como una simple aventura y que dio a luz a dos hijas, en el futuro se traduzca en un relacionamiento estable entre madre e hijas.

JURISPRUDENCIA

Sobre la base de estas consideraciones y esperando que las críticas a la parte resolutive de la sentencia en revisión sean bien recibidas por la A-quo, doy mi voto por la confirmación de la sentencia ya analizada e imponerse las costas a la parte apelante de acuerdo al principio general contemplado en el artículo 192 del C.P.C. y a lo dispuesto en el artículo 203 inc. "a" del citado cuerpo legal.

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:

Confirmar los apartados primero, segundo cuarto y quinto de la S.D. N° 287 de fecha 5 de noviembre de 2010 dictada por el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia del Segundo Turno de San Lorenzo en el sentido y alcance expuestos en el exordio de la presente resolución. Revocar el tercer apartado de la misma sentencia en el sentido y alcance expuesto exordio de la presente resolución. Establecer como régimen de relacionamiento provisorio entre la señora G. F. E. y sus hijas A. J. y R. K. M. F. de acuerdo a la siguiente modalidad: El señor P. M. permitirá una fluida comunicación de sus hijas con la madre, la señora G. F. E., vía telefónica o internet, tal como el actor los hacía anteriormente. Para el cumplimiento de esta disposición el Juzgado se dignará librar exhorto por las vías correspondientes al señor P. M. Imponer las costas de esta Instancia a la parte apelante.

Magistrados: Manuel Silvio Rodríguez, Arnaldo Samuel Aguirre, Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón.

Ante mí: María E. Galeano O.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 23

RESTITUCIÓN. Restitución Internacional de menores.

Del contexto de las normas, referente a la Autoridad Central, el art. 11 de la ley N° 9832/96 establece que las autoridades judiciales o administrativas, como es en este caso, de los Estados Contratantes, actuarán con urgencia en los procedimientos para la restitución de los menores. En este orden, el art. 7, inc. "f" del Convenio señala, entre otras atribuciones, que las Autoridades Centrales están facultadas a incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de conseguir la restitución del menor.

RESTITUCIÓN. Restitución Internacional de menores.

Carece de fundamentación el escrito presentado por el nulidicente, que no le fue notificado a su mandante de la promoción de la demanda de restitución y las actuaciones del proceso, puesto que la representante del Centro de Adopciones tomó conocimiento de todas las actuaciones, ya que ella misma protagonizó la demanda de restitución internacional, a la que se opuso la madre biológica de los menores.

RESTITUCIÓN. Restitución Internacional de menores.

A tenor de esta contestación, la oposición para retornar proviene de los menores, por cuyo motivo, es gravitante en la solución de la litis la opinión de los mismos, que debe ser valorada según la edad y grado de madurez.

RESTITUCIÓN. Restitución Internacional de menores. Excepción.

El art. 13 de la ley N° 9832/96 establece las excepciones para obnubilar el mencionado art. 3°. El penúltimo párrafo establece, sin descartar lo que también dispone en el último párrafo, la preeminencia a la opinión del menor, cuando se comprueba que se opone a la restitución, habiendo alcanzado éste una edad y grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta su voluntad.

MENORES. Restitución de menores. Opinión del niño.

Juzgamos la madurez psicológica de los menores, trayendo a colación el art. 41, inc. "e" de la Ley 1136 de Adopciones, donde se establece como presupuesto para dar andamio a una adopción, a que el niño preste su consentimiento como acto formal y debe hacerlo ante el Juez desde los doce años. La edad señalada por esta normativa, nos anuncia que para nuestra legislación positiva y dentro del principio de la autonomía progresiva de la voluntad, la opinión del niño tiene trascendencia jurídica, y en tal sentido, debemos proyectar a la res-

titución que estamos juzgando. Es por ello, que consideramos que estos menores tienen edad y madurez para escucharlos y dar cabida a sus pretensiones, con lo cual se cumple la excepción prevista para no dar andamio a la restitución internacional.

TApel. Niñez y Adolescencia. 28-02-11. “Restitución Internacional de los niños: A. L. M. B.-J. y E. F. B. –J. (Via autoridad central belga)” (Ac. y Sent. N° 23)

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia recurrida?

En caso contrario, ¿es justa?

Practicado el sorteo de ley, resultó el siguiente orden de votación: Arnaldo Samuel Aguirre, Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón, y Silvio Rodríguez.

A la primera cuestión planteada, el miembro preopinante dijo: El abogado Hipólito Humberto R. Velázquez Gaete, representante convencional del señor J. L. B., en el escrito de fs. 560/563, fundamenta la nulidad interpuesta, expresando, en lo medular, que nunca se le notificó a su representado de alguna providencia o resolución dictada por el Juzgado en el presente juicio, lo cual le causa un evidente perjuicio, ya que al no notificársele de la iniciación del proceso, se le ha privado de su derecho constitucional y legal de poder ejercer la defensa, y así poder ofrecer y producir pruebas, y a su vez, poder controlar las pruebas ofrecidas y producidas por la parte contraria.

El presente juicio se tramitó conforme a la Ley N° 983/96 “Que Aprueba El Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”. En virtud de esta ley, la Autoridad Central de nuestro país –Centro de Adopciones– dependiente de la Secretaría Nacional de la Niñez y la Adolescencia, imprimió las diligencias necesarias para obtener la restitución de los menores A. L. M. B.-J. y E. F. B.-J. a su padre, el señor J. L. B. Del contexto de las normas, referente a la Autoridad Central, el art. 11 establece que las autoridades judiciales o administrativas, como es en este caso, de los Estados Contratantes, actuarán con urgencia en los procedimientos para la restitución de los menores. En este orden, el art. 7, inc. “f” del Convenio señala, entre otras atribuciones, que las Autoridades Centrales están facultadas a incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de conseguir la restitución del menor. Es exactamente lo que ocurrió en el caso de autos. Recepcionado que fuere el pedido de restitución internacional, que el padre de los

menores efectuó ante la Autoridad Central Belga, ésta trasladó la causa a nuestra Autoridad Central, asumiendo la representación la abogada Diana Maki Samaniego Yamamoto, fs. 230/233 “Presentar Pedido de Restitución Internacional”. Por proveído del 03 de agosto de 2009, fs. 234, el Juzgado tuvo por incoado el procedimiento judicial y reconoció la personería de la citada profesional. Todas estas actuaciones, condice con el art. 28 del instrumento internacional de referencia, porque a fs. 29 consta la traducción del Poder otorgado por el Señor J. L.B. a la Autoridad Central o cualquier persona autorizada por ésta, el cual autoriza a dicha institución a adoptar en su nombre cualesquiera medidas adecuadas a los efectos de lograr: el restablecimiento del derecho de custodia y el regreso de los menores; el libre ejercicio y la organización del derecho de visita. Entonces, carece de fundamentación el escrito presentado por el nulidicente, que no le fue notificado a su mandante de la promoción de la demanda de restitución y las actuaciones del proceso, puesto que la representante del Centro de Adopciones tomó conocimiento de todas las actuaciones, ya que ella misma protagonizó la demanda de restitución internacional, a la que se opuso la madre biológica de los menores, señora M. L. J. E. y/o L. E. C.

En concreto, sin temor a equívocos, no puede sostenerse válidamente que hubo indefensión, que de haber ocurrido, era obvio la declaración de la nulidad de la sentencia impugnada.

Por los motivos señalados, el recurso de nulidad debe ser desestimado. Es mi voto.

Asus turnos, los miembros Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón, y Silvio Rodríguez, manifiestan que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada, el miembro preopinante dijo:

Por la sentencia recurrida, el Juzgado rechazó el pedido de restitución internacional solicitado por la Autoridad Central Belga, ante el requerimiento formulado por el señor J. B.-J., en relación al adolescente A. L. M. B.-J. y a la niña E. F. B.-J. Asimismo, impuso las costas en el orden causado.

El abogado Hipólito Humberto R. Velázquez Gaete, representante convencional del Señor J. L. B., fundamenta la apelación en el extenso escrito presentado a fs. 563/572, alegando, entre otras cuestiones, cuanto sigue: “...está totalmente probado en autos conforme a los instrumentos públicos acompañados con el pedido de restitución, que los menores hijos de mi mandante Alex Luis Mo-

rongo Beaven Justice y Emma Florence Beaven Justice, fueron trasladados desde Bélgica al Paraguay por su madre María Laura Justice Escobar o María Laura Escobar Caballero, en forma totalmente ilícita sin el conocimiento ni el consentimiento de su padre el señor J. L. B. y que los retiene también en forma ilícita e ilegal en el Paraguay...” “...para el Juzgado de Primera Instancia estos hechos están plenamente acreditados en estos autos, en base a las instrumentales acompañadas con el pedido de restitución internacional formulado por la Abogada Diana Maki Samaniego Yamamoto en representación de la Secretaría Nacional de la Niñez y la Adolescencia...” “...Antes del traslado y retención ilícitos de los menores por parte de la madre en mayo de 2009, fueron dictadas una serie de sentencias de los tribunales belgas sobre este tema que se hallan agregadas a fs. 49 al 120 de autos (Tomo I), la más reciente de febrero de 2009, que confirman el régimen de custodia compartida de los menores a la vista de todos los elementos disponibles...” “...el tribunal belga había encargado un informe psicológico extenso y detallado a la Lic. en Psicología Sra. Rosalind Notrica...” “...la psicóloga, como consta en su informe, se entrevistó en repetidas ocasiones con las dos partes, con los menores, a solas y acompañados, con otros miembros de la familia, incluso con los abuelos de los menores, y con personal de la escuela. Debe pues considerarse una pieza clave en toda la discusión, al ser un informe imparcial y contrastado, a diferencia de los dos informes realizados en Paraguay...” “...La Sra. E. C. o J. E. repite ante la jueza paraguaya una serie de afirmaciones falsas y altamente injuriosas contra mi representado, sobre un supuesto maltrato a sus hijos, afirmaciones que ya había hecho ante los jueces belgas, quienes las desestimaron apreciando su falta de credibilidad. Las mismas afirmaciones se habían hecho igualmente a la psicóloga belga, quien también observó la falta de credibilidad de éstas en su informe, y estimó que los niños no hacían sino repetir lo que la madre les había pedido que dijeran. El informe de la psicóloga belga es tajante sobre el asunto, especialmente en cuanto se refiere a las presiones a las que se ve sometido Alex por parte de su madre, y conviene leerlo en su totalidad...” “...De ello se debe concluir que los signos de “perturbación emocional” que la relata la psicóloga paraguaya Sra. Lides Leiva son el resultado de las presiones que Alex sufre por parte de su madre y de su entorno desde su traslado y retención ilícitos en el Paraguay...” “...La Sra. Jueza de 1ª Instancia de la Niñez y la Adolescencia del Segundo Turno del Paraguay, invoca en su sentencia el Artículo 13 del Convenio de La

Haya. Pues bien, este artículo debe leerse en su totalidad, incluyendo el último párrafo...”. “...Como se desprende del informe psicológico y de las sentencias judiciales presentadas por la Autoridad Central belga, es más que cuestionable que los menores hayan “alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones”, y las afirmaciones que hacen evidentemente no son sino una “retransmisión” de lo que les indica la madre...”. Por los fundamentos expuestos, solicita se ordene la inmediata restitución internacional de los menores A.L. M. B.-J. y E. F. B.-J..

Las abogadas C. H. C. de S. y S.E. G. F., representantes convencionales de la señora M. L. J. E. y/o M. L. E. C., contestan los agravios del apelante y solicitan la confirmación de la sentencia recurrida, fs. 577/578.

Hemos dicho, al tratar de la nulidad, que el sub juez se ha tramitado conforme a la Ley 983/96 “Que aprueba el convenio sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”. La representante del Centro de Adopciones, Autoridad Central en esta materia, presentó el escrito de restitución de los menores ya referidos a fs. 230/233, acompañando toda la documentación requerida para ese efecto. El Juzgado, por proveído del 03 de agosto de 2009 (fs. 234), tuvo por iniciado el juicio, emplazando a la señora M. L. E. C. o M. L. J. E. para que conteste el presente pedido de restitución de sus hijos. A fs. 434/441, se presentó la abogada Celia Capurro de Sacco, en representación de la demandada. Reconoce expresamente que su conferente trasladó al Paraguay a sus hijos A. L. M. B.-J. y E. F. B.-J., sin conocimiento y consentimiento del padre, oponiéndose a la restitución, porque estos menores no quieren volver a enfrentar situaciones de abuso emocional, psíquico y físico que ejerciera el progenitor sobre los mismos. Todos los años vienen a nuestro país, y es aquí donde ellos se sustraen de los difíciles momentos que día a día tienen que enfrentar cuando están con el padre. Ellos se sienten en un ambiente saludable, libre de tensiones. Mejores y mayores explicaciones podrán ser dadas por los propios adolescentes ante el Juzgado.

A tenor de esta contestación, la oposición para retornar proviene de los menores, por cuyo motivo, es gravitante en la solución de la litis la opinión de los mismos, que debe ser valorada según la edad y grado de madurez.

Si nos atenemos exclusivamente al art. 3º del mencionado instrumento normativo internacional, no cabe dudas que se trataría de una retención ilegal realizada por la madre de los menores, puesto que, tanto el accionante como la

accionada, tienen la custodia compartida de sus hijos, según constancia de autos. Es más, la propia parte demandada, a través de su representante convencional, reconoció esta situación antijurídica. Desde esta perspectiva, no cabe otra opción sino tener que ordenar la restitución internacional impetrada. Pero, la pregunta es, y de fundamental importancia, si trata o no de una retención ilegítima, si la norma que hemos citado queda eclipsada por otras que contiene la Ley N° 983/96.

Veamos. El art. 13 de la citada ley establece las excepciones para obnubilar el mencionado art. 3. El penúltimo párrafo establece, sin descartar lo que también dispone en el último párrafo, la preeminencia a la opinión del menor, cuando se comprueba que se opone a la restitución, habiendo alcanzado éste una edad y grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta su voluntad. Siguiendo esta dirección que impone la restitución internacional, a fs. 460, se le escuchó al adolescente A. L. M. B.-J., niño aún en aquel entonces. En esa oportunidad, manifestó su deseo de permanecer en el Paraguay con su madre, su familia materna y sus hermanas E. y M.. No desea volver, porque acá se siente seguro y protegido. En Bélgica sentía miedo casi siempre, porque cuando vivía con su padre, éste le pegaba a él y a su hermana. Aclaró que debían permanecer una semana con su madre y otra con su padre. Eso no le gustaba, pues la vida con su padre no era agradable, sino todo lo contrario. Además de pegarle, le insultaba. A fs. 459, la niña E. F. B.-J. fue escuchada por el Juzgado. Dijo que vivía una semana con su madre y otra semana con su padre. Agregó que tanto ella como su hermano no querían ir con su padre. El motivo era que él les trataba mal, les pegaba cuando se enojaba y también les amenazaba que si no iban con su padre, su madre podría ir presa. Dijo que su padre tomaba bebidas alcohólicas y que cuando se emborrachaba era agresivo con ella. Manifestó que tanto ella como su hermano no quieren regresar. Se sienten bien en el Paraguay con su familia materna, desean permanecer en el país y seguir asistiendo al colegio (Santa Ana) donde tienen sus amigos. La audiencia a estos menores fue realizada el 7 de septiembre de 2009.

Teniendo en cuenta la fecha en que se realizaron esas audiencias, y la edad de ellos, este Tribunal consideró conveniente convocarlos de nuevo para oír sus opiniones, de conformidad al art. 3° del C.N. y A., en concordancia con el art. 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño, que consagra la doctrina de protección integral. Esta decisión del Tribunal, de escuchar nuevamente a estos

menores, ha sido al sólo efecto de determinar si se reiteran en la negativa de retornar a Bélgica con su padre. Nótese, que A. L. M. cumplió a la fecha 15 años y E. F. 12 años, y sus opiniones abren una brecha para aclarar la situación de ellos, cuyo interés superior siempre habrá de ser el bienestar general. Cualquier situación que obstaculice seriamente este derecho debe ser desbrozado, y allanado el camino para brindarles tranquilidad en todos los sentidos, ya que se trata de personas en desarrollo. A fs. 588, el Tribunal escuchó al adolescente A. L. M. B.-J., de 15 años de edad. En la ocasión, se le interrogó si quiere retornar con su padre. Dijo que no, alegando como motivo que se encuentra muy feliz con su mamá y que cuando vivía con su padre, éste le maltrataba física y psicológicamente. Nunca se sintió seguro con su padre, quien con frecuencia le golpeaba. Desea permanecer con su madre. Expresó que está estudiando en el Colegio Marcel Pagnol. A fs. 589, fue escuchada la niña F. B.-J., de 12 años de edad. Preguntada si desea retornar con su padre, respondió negativamente, por el motivo de que su padre le amenazaba y castigaba. Está muy contenta en el Paraguay con su mamá, su familia materna y sus amigos. Dijo que asiste al Colegio Marcel Pagnol.

Las declaraciones de estos menores nos indican, con meridiana claridad, que no quieren retornar a Bélgica. Ambos se encuentran a gusto en nuestro país. ¿Qué relevancia puede tener esta reiteración en nuestro derecho? De acuerdo a la edad y grado de madurez, adquiere preponderancia. Juzgamos la madurez psicológica de ambos, trayendo a colación el art. 41, inc. “e” de la Ley 1136 de Adopciones, donde se establece como presupuesto para dar andamio a una adopción, a que el niño preste su consentimiento como acto formal y debe hacerlo ante el Juez desde los doce años. La edad señalada por esta normativa, nos anuncia que para nuestra legislación positiva y dentro del principio de la autonomía progresiva de la voluntad, la opinión del niño tiene trascendencia jurídica, y en tal sentido, debemos proyectar a la restitución que estamos juzgando. Es por ello, que consideramos que estos menores tienen edad y madurez para escucharlos y dar cabida a sus pretensiones.

Entonces, se cumple acabadamente la excepción prevista más arriba para no dar andamio a la restitución de los citados menores y así confirmar la sentencia recurrida, con costas, en esta instancia, al apelante, de conformidad al art. 203 inc. “a” del C.P.C. Es mi voto.

Asus turnos, los miembros Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón, y Silvio

JURISPRUDENCIA

Rodríguez, manifiestan que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Señores Miembros, todo por ante mí que certifico, quedando acordada la Sentencia que inmediatamente sigue:

VISTOS: Los méritos del acuerdo que antecede y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación de la Niñez y la Adolescencia:

RESUELVE: No hacer lugar al recurso de nulidad. Confirmar la sentencia recurrida. Imponer las costas, en esta instancia, al apelante. Anótese, regístrese, notifíquese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Arnaldo Samuel Aguirre, Fulvia Núñez de Vera y Aragón, Manuel Silvio Rodríguez.

Ante mí: María E. Galeano O.

