

GACETA JUDICIAL



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

GACETA JUDICIAL

Director
Víctor Manuel Núñez
Ministro

Año 2011 – Número 3



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

INTERCONTINENTAL
E D I T O R A

Asunción, Paraguay

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

GACETA JUDICIAL N° 3

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

DIVISION DE INVESTIGACION, LEGISLACION Y PUBLICACIONES-CIEJ

DR. VICTOR MANUEL NUÑEZ RODRIGUEZ, Ministro Encargado.

ABOG. CARMEN MONTAÑA, Directora Dilp.

COORDINACIÓN GENERAL - GACETA JUDICIAL:

ABOG. SUSANA GÓMEZ FLEITAS

ABOG. NATALIA MARÍA MUÑOZ CARMÁN

EQUIPO DE ELABORACIÓN:

ABOG. SUSANA GÓMEZ FLEITAS

ABOG. NATALIA MARÍA MUÑOZ CARMÁN

JUAN PÁEZ ACOSTA

FREDY CAÑIZA

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

© **INTERCONTINENTAL EDITORA S. A.**

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

Fax: (595-21) 448 721

Pág. web: www.libreriaintercontinental.com.py

E-mail: agatti@libreriaintercontinental.com.py

Diagramación: Gilberto Riveros Arce

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

ISBN: 978-99967-25-20-3

PRÓLOGO

En esta nueva edición de la revista trimestral Gaceta Judicial, se insertan resoluciones seleccionadas a fin seguir cumpliendo con la finalidad investigativa y de difusión de obras con identidad nacional, con doctrina y jurisprudencia de la máxima instancia judicial en sus tres salas, así como de los diferentes fueros, en las distintas instancias de Apelación, presentamos el tercer número - año 2011.

Nos hallamos plenamente orgullosos al empezar a recibir en las ediciones de este año, doctrinas como jurisprudencias del interior del país, específicamente de Encarnación y Ciudad del Este; se han analizado fallos que interpretan y aplican Tratados internacionales ratificados por el Paraguay, como el *Protocolo de Las Leñas*, *Convenio de París* y la *Convención de Viena*.

Dentro del contenido general se tiene acceso a la lectura de varias resoluciones caracterizadas por la buena dialéctica jurídica, en todas las ramas del Derecho, con predominio de casos que atañen al Derecho Laboral como: El trabajo doméstico, antigüedad y la validez del contrato; Contrato de trabajo por plazo determinado, la calificación de Huelga, la figura de la Comisión, Competencia de los Juzgados Laborales en caso de ciudadanos trabajadores extranjeros diplomáticos.

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

Equipo de Coordinación
GACETA JUDICIAL

CONTENIDO

1. PRÓLOGO	7
2. INDICES	
Índice Temático	17
Índice por Tribunales	23
3. DOCTRINA	
– Responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas en el Paraguay, <i>por el Prof. Dr. Delio Vera Navarro</i>	29
4. JURISPRUDENCIA	
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA	
CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la Igualdad. IMPUESTO ALA RENTA. Ingresos gravados. Principio de la Territorialidad de la fuente de los ingresos. CSJ. Sala Penal. 31.08.10 (Ac. y Sent. N° 409)	39
DAÑOS Y PERJUICIOS. Admisibilidad y procedencia de la acción de daños y perjuicios. Daño Moral. Exoneración de responsabilidad. Responsabilidad contractual. OBLIGACIONES. Obligaciones determinadas o de resultado/ PRUEBA DE TESTIGOS. Apreciación de la Prueba Testimonial/ PRUEBA DOCUMENTAL. Eficacia probatoria de la prueba documental/ TRATADOS INTERNACIONALES. Aplicación/ PRUEBA. Carga de la prueba. CSJ. Sala Civil y Comercial. 08.10.10 (Ac. y Sent. N° 473)	46
CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Atribuciones de la Contraloría General de la República/ TRIBUNAL DE CUENTAS. Competencia. CSJ. Sala Constitucional. 03.11.10. (Ac. y Sent. N° 505)	59

CONTENIDO

TRIBUNAL DE CUENTAS. Competencia/ JUEZ INSTRUCTOR/ SUMARIO ADMINISTRATIVO. Indefensión. Principio Acusato- rio. CSJ. Sala Penal. 11.11.10 (Ac. y Sent. N° 543).....	69
CONTRATO. Exemptio non adimpleti contractus. Objeto del contrato/ COSTAS. Imposición de Costas/ MAGISTRADO. Competencia de los Magistrados. Deber de excusación/ PROCESO CIVIL Y COMERCIAL. Nulidad en el proceso civil y comercial/ SENTEN- CIA. Nulidad de sentencia. Vicios de la Sentencia. Abstención de la nulidad en caso de beneficio/ RECURSO DE NULIDAD. Proce- dencia del recurso de nulidad/ REENVÍO DE AUTOS. SEGU- RO. Interés asegurable. CSJ. Sala Civil y Comercial. 12.11.10 (Ac. y Sent. N° 547)	78
CONTRATO DE TRABAJO. Irrenunciabilidad de los derechos del trabajador/ JUBILACION. Jubilación automática de los funcio- narios públicos/ PODER JUDICIAL. Corte Suprema de Justicia. CSJ. Sala Constitucional. 03.12.10 (Ac. y Sent. N° 572)	94
TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL	
MEDIDAS CAUTELARES. Contracautela. Requisitos para la viabi- lidad de medidas cautelares/ PAGARE. Efectos del pagaré. T. de Apel. en lo Civ. y Com. Segunda Sala. 12.05.10 (A.I.N° 266) ...	104
ALIMENTOS. Proceso/ DERECHO A LA DEFENSA. Violación del derecho a la defensa en juicio/ INSTRUMENTOS PÚBLICOS. Constancia de vida y residencia. NOTIFICACIÓN. Notificación personal/ RECURSO DE NULIDAD. Procedencia del recurso de nulidad. T. de Apelación en lo Civil y Comercial. Segunda Sala. 07.06.10 (A.I.N° 329)	107
INCIDENTE. Incidente de nulidad. Procedencia/ JUICIO ORDINA- RIO. Juicios de menor cuantía. T. de Apelación en lo Civil y Co- mercial. Segunda Sala. 11.06.10 (A.I.N° 353)	111
RECURSO DE APELACIÓN. Forma de interponer el recurso de ape- lación/ COSTAS. Imposición de costas. En el allanamiento. T. de Apelación en lo Civil y Comercial. Segunda Sala. 07.07.10. (A.I.N° 403)	116

CONTENIDO

REGULACIÓN DE HONORARIOS. Base de cálculo para la regulación de honorarios/ SUCESION. T. de Apelación en lo Civil y Comercial. Segunda Sala. 08.09.10. (A.I. N° 585)	120
REGULACIÓN DE HONORARIOS. Base de cálculo para la regulación de honorarios/ DIVORCIO. T. de Apelación en lo Civil y Comercial. Segunda Sala. 08.09.10. (A.I. N° 586)	121
JUICIO ORDINARIO/ MEDIDAS CAUTELARES. Requisitos para la viabilidad de medidas cautelares/RECURSO DE APELACIÓN/ SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. Asamblea de accionistas de la SRL. T. de Apelación en lo Civil y Comercial. Segunda Sala. 08.10.10. (A.I. N° 681).....	124
HABEAS DATA. T. de Apelación en lo Civil y Comercial. Segunda Sala. 20.10.10. (A.I.N° 702).....	131
CADUCIDAD DE INSTANCIA. Procedencia de la caducidad/ RECURSO DE APELACIÓN.FUNCIONARIO PÚBLICO. Obligaciones del funcionario público/ EXPEDIENTE. T. de Apelación en lo Civil y Comercial. Segunda Sala. 20/10/2010 (A.I.N° 710)	133
MEDIDAS CAUTELARES/ TERCERÍA. Juicios en que procede la tercería. T. de Apelación en lo Civil y Comercial. Segunda Sala. 22/10/2010, (A.I.N° 713)	135
VICIOS REDHIBITORIOS. Prueba de los vicios redhibitorios/ PRESCRIPCIÓN. Interrupción de prescripción. de Apelación en lo Civil y Comercial. Segunda Sala. 02/12/2010 (A.I.N° 842)	139
REGULACIÓN DE HONORARIOS. Regulación de honorarios judiciales. T. de Apelación en lo Civil y Comercial. Segunda Sala. 02/12/2010 (A.I.N° 843).....	142
COSTAS. Imposición de costas. T. de Apelación en lo Civil y Comercial. Segunda Sala. 21/12/2010 (A.I.N° 899)	146
DEMANDA. Ampliación de la demanda. Traslado de la demanda. T. de Apelación en lo Civil y Comercial. Segunda Sala. 29/12/2010 (A.I.N° 913)	149
MATRIMONIO. Matrimonio extranjero/ DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL/ DIVORCIO. TApel. En lo Civ y Com. Segunda sala. 20.08.10. (Ac. y Sent. N° 84)	153

CONTENIDO

RENDICIÓN DE CUENTAS. Obligación de rendir cuentas/ TUTELA. De la jurisdicción y competencia en la tutela. De las obligaciones y funciones del tutor.TApel. En lo Civ y Com. Segunda sala. 21.09.10. (Ac. y Sent. N° 93)	155
INCIDENTE. Incidente de nulidad. Prueba. T. de Apel. Civ. y Com.. Cuarta Sala. 21.07.10 (A. I. N° 543)	158
REGULACIÓN DE HONORARIOS/ DIVORCIO.T. de Apel. Civ. y Com.. Cuarta Sala. 09.08.10. (A. I. N° 598)	163
REGULACIÓN DE HONORARIOS/ DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL. T. de Apel. Civ. y Com. Cuarta Sala. 09.08.10. (A. I. N° 599)	167
NOTIFICACIÓN. Nulidad de la notificación/ INCIDENTE. Incidente de nulidad. PROCESO. Actos procesales. T. de Apel. Civ. y Com. Cuarta Sala.17.08.10 (A.I. N° 618)	171
PRESCRIPCIÓN. Plazos para la prescripción/ DAÑOS Y PERJUICIOS. Accidente de tránsito/ ACCIÓN. Acción civil. T. de Apel. Civ. y Com. Cuarta Sala. 19.08.10. (A.I. N° 629)	177
CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derechos humanos/ DAÑOS Y PERJUICIOS/ Responsabilidad del Estado/ EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN. T. de Apel. Civ. y Com. Cuarta Sala.19.08.10. (A.I.N° 633)	182
PROCESO. Actos procesales.T. de Apel. Civ. y Com., Cuarta Sala. 20.08.10 (A.I.N° 636)	197
CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derechos humanos. Interpretación constitucional/ DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad del Estado. Responsabilidad contractual/ . EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN. Procedencia de la excepción de falta de acción/ PRESCRIPCIÓN. Excepción de prescripción. T. de Apel. Civ. y Com. Cuarta Sala.20.08.10. (A.I.N° 637)	204
EXCEPCIÓN DE DEFECTO LEGAL/ EXCEPCIÓN. Procedimiento de la excepción/ MANDATO. Representación procesal/ SENTENCIA. Nulidad de sentencia. T. de Apel. Civ. y Com. Cuarta Sala. 19.02.10. (Ac. y Sent. N° 3)	223

CONTENIDO

COSTAS. En el allanamiento. T. de Apel. Civ. y Com. Cuarta Sala. 09.04.10 (Ac. y Sent. N° 29)	230
EXCEPCIÓN. Procedimiento de la excepción/ EXCEPCIÓN DE PAGO. T. de Apel. Civ. y Com. Cuarta Sala. 14.04.10 (Ac. y Sent. N° 35)	233
DERECHO DE MARCAS. Renovación de la inscripción. Registro de marcas. Marca registrada en el exterior/ CONVENIO DE PARÍS. T. de Apel. Civ. y Com. Cuarta Sala. 14.04.10 (Ac. y Sent. N° 36)	239
DERECHO DE MARCAS. Marca registrada en el exterior/ CONVENIO DE PARÍS. T. de Apel. Civ. y Com. Cuarta Sala. 27.04.10 (Ac. y Sent. N° 41)	243
 TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO LABORAL	
CONTRATO DE TRABAJO. Indemnización. Despido. Trib. de Apel. en lo Lab., Primera Sala, 11.05.11. (Ac. y Sent. N° 31)	251
CONTRATO DE TRABAJO. Prueba del contrato de trabajo. Por plazo determinado/ CONTRATO INDEFINIDO. Trib. de Apel. en lo Lab., Primera Sala, 18.05.11. (Ac. y Sent. N° 33)	255
PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. Efectos de la invalidación del antecedente del acto administrativo/ RECURSO DE NULIDAD. Recurso de nulidad contra la sentencia definitiva/ SUMARIO ADMINISTRATIVO. Defensa del sumariado. Trib. de Apel. En lo Lab., Primera Sala, 27.05.11 (Ac. y Sent. N° 43)	259
CONTRATO DE TRABAJO. Prueba del contrato de trabajo. Antigüedad. Trabajador doméstico. Trib. de Apel. en lo Lab., Primera Sala, 17.06.11 (Ac. y Sent. N° 51)	266
CONTRATO DE TRABAJO. Trabajador doméstico. Carga de la prueba. Legislación aplicable al contrato de trabajo. Trib. de Apel. en lo Lab., Primera Sala, 27.06.11. (Ac. y Sent. N° 61)	270
CONTRATO DE TRABAJO. Remuneración. Indemnización. Despido. Trib. de Apel. en lo Lab., Primera Sala, 29.06.11 (Ac. y Sent. N° 63)	274
CONTRATO DE TRABAJO. Despido. Horario de trabajo. Trib. de Apel. en lo Lab., Primera Sala, 05.07.11 (Ac. y Sent. N° 65)	281

CONTENIDO

PODER EJECUTIVO. Procurador General de la República/ CONTRATO DE TRABAJO. Despido/ BIENES PRIVADOS DEL ESTADO. Trib. de Apel. en lo Lab., Primera Sala, 18.07.11 (Ac. y Sent. N° 71)	286
CONTRATO DE TRABAJO. Huelgas y otros conflictos colectivos de trabajo/ HUELGA. Calificación de la huelga. Declaración de ilegalidad de la huelga. Finalidad de la huelga. Justificación de la medida de huelga. Requisitos de la huelga. Trib. de Apel. en lo Lab., Segunda Sala, 16.02.11 (Ac. y Sent. N° 04)	288
REGULACION DE HONORARIOS. Regulación de honorarios extra-judiciales. Trib. de Apel. en lo Lab., Segunda Sala, 16.03.11 (Ac. y Sent. N° 28).....	305
SEGURIDAD SOCIAL. Instituto de Previsión Social/ JUBILACIÓN. Derecho en expectativa. Cómputo. Trib. de Apel. en lo Lab., Segunda Sala, 17.03.11 (Ac. y Sent. N° 31)	309
AGENTES DIPLOMÁTICOS/ CONTRATO DE TRABAJO. Despido. Horario de trabajo. Indemnización. Estabilidad laboral. Horario de trabajo. Preaviso/ CONVENCIÓN DE VIENA/ ESTADO DE DERECHO/ EXCEPCIÓN DE INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN. Trib. de Apel. en lo Lab., Segunda Sala, 28.03.11 (Ac. y Sent. N° 36)	313
CONTRATO DE TRABAJO. Horas extras. Trabajo nocturno. Presunción a favor del trabajador. Jornada de trabajo. Trib. de Apel. en lo Lab., Segunda Sala, 31.03.11 (Ac. y Sent. N° 43)	332
CONTRATO DE TRABAJO. Despido. Prueba del contrato de trabajo. Indemnización. Reingreso o reincorporación del trabajador. Trib. de Apel. en lo Lab., Segunda Sala, 31.03.11 (Ac. y Sent. N° 45)	337
CONTRATO DE TRABAJO. Estabilidad laboral. Presunción a favor del trabajador. Relación laboral/ HECHOS NUEVOS. RECURSO DE NULIDAD. Procedencia Del recurso de nulidad. Trib. de Apel. En lo Lab., Segunda Sala, 27.04.11 (Ac. y Sent. N° 50) ..	347

CONTENIDO

CIRCUNSCRIPCIONES JUDICIALES

ALTO PARANÁ

**TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL, COMERCIAL,
LABORAL Y PENAL**

DERECHO DE MARCAS/ EXCEPCIÓN DE ARRAIGO/ PROTOCO-
LO DE LAS LEÑAS/ SEGURIDAD JURÍDICA. Trib. de Apel. en
lo Civ., Com., Lab., Penal, Primera Sala, de la Circunscripción
Judicial de Alta Paraná. 16.09.11 (A.I.Nº 357)

363

INDICE TEMATICO

- ACCIÓN, 177
 - Acción civil, 177
- AGENTES DIPLOMATICOS, 315, 316, 317
- ALIMENTOS, 107
 - Proceso, 107
- BIENES PRIVADOS DEL ESTADO, 286
- CADUCIDAD DE INSTANCIA, 133
 - Procedencia de la caducidad, 133
- CONSTITUCION DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY, 39, 182, 183, 201, 202, 203
 - Derecho a la Igualdad, 39
 - Derechos humanos, 182, 183, 201, 202
 - Interpretación constitucional, 201, 203
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, 59, 60
 - Atribuciones de la Contraloría General de la República, 59, 60
- CONTRATO, 80, 81
 - Expeptio non adimpleti contractus, 80, 81
 - Objeto del contrato, 81
- CONTRATO DE TRABAJO, 94, 251, 255, 266, 270, 274, 275, 281, 286, 288, 314, 317, 318, 332, 333, 337, 338, 339, 348
 - Antigüedad, 266
 - Carga de la prueba, 270
 - Despido, 251, 275, 281, 286, 317, 318, 337, 338
 - Estabilidad laboral, 314, 348
 - Horario de trabajo, 281, 314, 317
 - Horas extras, 332, 333

ÍNDICE TEMÁTICO

- Huelgas y otros conflictos colectivos de trabajo, 288
- Indemnización, 251, 318, 338
- Irrenunciabilidad de los derechos del trabajador, 94
- Jornada de trabajo, 332
- Legislación aplicable al contrato de trabajo, 270
- Por plazo determinado, 255
- Preaviso, 314
- Presunción a favor del trabajador, 332, 348
- Prueba del contrato de trabajo, 255, 266, 338
- Reingreso o reincorporación del trabajador,
- Relación laboral, 348
- Remuneración, 274
- Trabajador doméstico, 266, 270
- Trabajo nocturno, 332, 333
- CONTRATO INDEFINIDO, 255
- CONVENCIÓN DE VIENA, 315, 316
- CONVENIO DE PARÍS, 239, 243, 244
- COSTAS, 80, 116, 146, 230
 - En el allanamiento, 116, 230
 - Imposición de costas, 80, 116, 146
- DAÑOS Y PERJUICIOS, 46, 47, 177, 182, 183, 184, 201, 202, 203, 204
 - Accidente de tránsito, 177
 - Admisibilidad y procedencia de la acción de daños y perjuicios, 46
 - Daño Moral, 47
 - Exoneración de responsabilidad, 47
 - Responsabilidad contractual, 46, 204
 - Responsabilidad del Estado, 182, 183, 184, 201, 202, 203, 204
- DEMANDA, 149
 - Ampliación de la demanda, 149
 - Traslado de la demanda, 149
- DERECHO A LA DEFENSA, 107
 - Violación del derecho a la defensa en juicio, 107
- DERECHO DE MARCAS, 239, 243, 244, 364
 - Marca registrada en el exterior, 239, 243, 244
 - Registro de marcas, 239

ÍNDICE TEMÁTICO

- Renovación de la inscripción, 239
- DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL, 153, 167
- DIVORCIO, 121, 153, 163, 164
- ESTADO DE DERECHO,
- EXCEPCIÓN, 223, 233
 - Procedimiento de la excepción, 223, 233
- EXCEPCIÓN DE ARRAIGO, 363, 364
- EXCEPCIÓN DE DEFECTO LEGAL, 223
- EXCEPCION DE FALTA DE ACCIÓN, 184, 202, 203
 - Procedencia de la excepción de falta de acción, 202, 203
- EXCEPCIÓN DE INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN, 314, 315, 316, 317
- EXCEPCIÓN DE PAGO, 234
- EXPEDIENTE, 133
- FUNCIONARIO PÚBLICO, 133
- Obligaciones del funcionario público, 133
- HABEAS DATA, 131
- HECHOS NUEVOS, 348
- HUELGA, 288, 289, 290
 - Calificación de la huelga, 288
 - Declaración de ilegalidad de la huelga, 289, 290
 - Finalidad de la huelga, 289
 - Justificación de la medida de huelga, 289
 - Requisitos de la huelga, 289
- IMPUESTO A LA RENTA, 39
 - Ingresos gravados, 39
 - Principio de la Territorialidad de la fuente de los ingresos, 39
- INCIDENTE, 111, 112, 158, 171, 172
 - Incidente de nulidad, 111, 112, 158, 171, 172
 - Procedencia, 111
 - Prueba, 158
- INSTRUMENTOS PÚBLICOS, 107
 - Constancia de vida y residencia, 107
- JUBILACIÓN, 94, 95, 309
 - Cómputo, 309
 - Derecho en expectativa, 309

ÍNDICE TEMÁTICO

- Jubilación automática de los funcionarios públicos, 94, 95
- JUEZ INSTRUCTOR, 69, 70
- JUICIO ORDINARIO, 111, 124
 - Juicios de menor cuantía, 111
- MAGISTRADO, 79, 80
 - Competencia de los Magistrados, 79, 80
 - Deber de excusación, 80
- MANDATO, 223
 - Representación procesal, 223
- MATRIMONIO, 153
 - Matrimonio extranjero, 153
- MEDIDAS CAUTELARES, 101, 102, 124, 125, 135
 - Contracautela, 101
 - Requisitos para la viabilidad de medidas cautelares, 101, 102, 124, 125
- NOTIFICACIÓN, 107, 171
 - Notificación personal, 107
 - Nulidad de la notificación, 171
- OBIGACIONES, 46, 47
 - Obligaciones determinadas o de resultado, 46, 47
- PAGARÉ 101, 102
 - Efectos del pagaré, 102
- PODER EJECUTIVO, 286
 - Procurador General de la República, 286
- PODER JUDICIAL, 95
 - Corte Suprema de Justicia, 95
- PRESCRIPCIÓN, 139, 177, 202, 204
 - Excepción de prescripción, 202, 204
 - Interrupción de prescripción, 139
 - Plazos para la prescripción, 177
- PROCESO, 171, 172, 197
 - Actos procesales, 171, 172, 197
- PROCESO CIVIL Y COMERCIAL, 80
 - Nulidad en el proceso civil y comercial, 80
- PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, 259
 - Efectos de la invalidación del antecedente del acto administrativo, 259

ÍNDICE TEMÁTICO

- PROTOCOLO DE LAS LEÑAS, 363, 364
- PRUEBA, 47
 - Carga de la prueba, 47
- PRUEBA DE TESTIGOS, 46
 - Apreciación de la Prueba Testimonial, 46
- PRUEBA DOCUMENTAL, 46, 47
 - Eficacia probatoria de la prueba documental, 46, 47
- RECURSO DE APELACIÓN, 116, 124, 133
 - Forma de interponer el recurso de apelación, 116
- RECURSO DE NULIDAD, 79, 107, 260, 347, 348
 - Procedencia del recurso de nulidad, 79, 107, 347, 348
 - Recurso de nulidad contra la sentencia definitiva, 260
- REENVÍO DE AUTOS, 80
- REGULACIÓN DE HONORARIOS, 120, 121, 142, 143, 163, 164, 167, 305
 - Base de cálculo para la regulación de honorarios, 120, 121
 - Regulación de honorarios extrajudiciales, 305
 - Regulación de honorarios judiciales, 142, 143
- RENDICIÓN DE CUENTAS, 155
 - Obligación de rendir cuentas, 155
- SEGURIDAD JURÍDICA, 363
- SEGURIDAD SOCIAL, 309
 - Instituto de Previsión Social, 309
- SEGURO, 81
 - Interés asegurable, 81
- SENTENCIA, 79, 80, 223
 - Abstención de la nulidad en caso de beneficio, 79
 - Nulidad de sentencia, 79, 80, 223
 - Vicios de la Sentencia, 79, 80
- SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA, 125
 - Asamblea de accionistas de la SRL, 125
- SUCESIÓN, 120
- SUMARIO ADMINISTRATIVO, 69, 70, 260
 - Defensa del sumariado, 260
 - Indefensión, 69, 70
 - Principio Acusatorio, 69, 70

ÍNDICE TEMÁTICO

TERCERÍA, 135

Juicios en que procede la tercería, 135

TRATADOS INTERNACIONALES,

Aplicación,

TRIBUNAL DE CUENTAS, 59, 60, 69

Competencia, 59, 60, 69

TUTELA, 155

De la jurisdicción y competencia en la tutela, 155

De las obligaciones y funciones del tutor, 155

VICIOS REDHIBITORIOS, 139

Prueba de los vicios redhibitorios, 139

ÍNDICE POR TRIBUNALES

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sala Civil Y Comercial

- 08.10.10. “Estela Myrian Quiroga c/ Censer S.R.L. s/ Indemnización de daños y perjuicios”. (Ac. y Sent.Nº 473) 46
- 12.11.10. “Mario Víctor Raúl Dolsa Ocampos c. Aseguradora del Este de Seguros y Reaseguros s. Demanda Ordinaria por Incumplimiento de contrato e Indemnización de daños y perjuicios”. (Ac. y Sent. Nº 547) 78

Sala Constitucional

- 03-11-10. “Acción de Inconstitucionalidad: Felipe Ramón Huerta Delgado y Andresa Rojas De Canclini c/ Arts. 1, 2 y 3 de la Ley Nº 2248/2003 Del 09/10/2003, “Que Modifica El Art. 30 de la Ley Nº 879 - Código De Organización Judicial”. Año: 2004 – Nº 362. (Ac. y Sent. Nº 505) 59
- 03-12-10. “Acción De Inconstitucionalidad: “Elida Romero de Bogado C/Art. 9º de la Ley Nº 2345/2003 y Resolución Nº 2898 del 18/11/2008”. Año: 2009 – Nº 434. (Ac. y Sent.Nº 572) 94

Sala Penal

- 31-08-10. “3M Uruguay S.A. Sucursal Paraguay c/Resolución Nº 699 de fecha 16 de agosto de 2.005, dictada por el Viceministro De Tributación” (Ac. y Sent.Nº 409) 39
- 11-11-10. “Nery Alberto Zorrilla c/ Resolución Nº 55 de fecha 26 de Octubre de 2004 del Juzgado de Instrucción y la Resolución de

ÍNDICE POR TRIBUNALES

fecha 30 de marzo del 2005 de la Dirección General de Asesoría Jurídica Del M.E.C.”(Ac. y Sent. N° 543)	69
TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL	
Segunda sala	
12-05-10. “Eurico Morais Torres c/ Pablo Gonzalez y Otros s/ Nulidad” (A.I. N° 266)	101
07-06-10. “De las Nieves Delfin de Ledesma c/ Eduardo Ledesma s/ Prestación De Alimentos” (A.I. N° 329)	107
11-06-10. “Construcciones Y Viviendas Paraguayas S.A. c/ Francisco Antonio Agüero Barboza s/ Demanda Ordinaria de Cobro de Guaranies” (A. I. N° 353)	111
07-07-10. “ATS S.R.L c/ Anibal Hermosa S/ Rendicion de Cuenta” (A. I. N° 403)	116
08-09-10. “R.H.P. de los abogados Raul Darío Valdovinos y Umberto Duarte Carvallo en los autos: Roberto Adrián Brizuela Valinotti s/ Sucesión”. (A.I. N° 585)	120
08-09-10. “ R.H.P. del Abog. Ubaldo López G. en los autos Ana B. Servin c/ Ramón A. Paniagua s/ Divorcio” (A.I. N° 586)	121
08-10-10. “Empresa De Transporte y Turismo Lago Ypacaraí SRL c/ Teodoro Riveros Cuellar y otros s/ Nulidad de Asamblea” (A.I. N° 681)	124
20-10-10. “RHP del Abog. Alcibiades Rodas L. en el expediente: Carolina Elizabeth Rodas R. c/ INFORCONF s/ Habeas Data” (A.I. N° 702)	131
20-10-10. “Antonio Francisco Scavone Oddone c/ La Belén S.A S/ Acción Prep. de Juicio Ejecutivo” (A.I. N° 710)	133
22-10-10. “Tercería de dominio promovida por Marisol Carrillo Rabakman En: ASAFRIN SAC/ Víctor Tabakman Marino y Otros S/ Acción Ejecutiva” (A.I. N° 713)	135
02-12-10. “María Liz Barrios Benítez C/ Eduardo Moacir Delfino Gomez s/ indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad contractual y otros” (A.I. N° 842)	139
02-12-10. “Reg. Prof. Abog. Carlos Cálcena Rojas y Víctor Cabrera en Juan Constantino Calcena Van Der Schraft s/ Sucesión” (A.I. N° 843)	142

ÍNDICE POR TRIBUNALES

21-12-10, “Teofilo Fuentes Suligoy S/ Regulación de Honorarios Extrajudiciales” (A. I. N° 899)	146
29-12-10. “Milciades Sánchez Rodríguez c/ Elsa Gamarra Arguello y Nidia Maldonado Benítez S/ Indemnización Por Daños y Perjuicios” (A.I. N° 913)	149
20-08-10. Randall James Murdoch c. Gloria Azucena Carron s. Disolución de la Sociedad Conyugal. (Ac. y Sent. N° 84)	153
21-09-10. María B. Ojeda Duarte c. María R. Ojeda Otto de Meza s. Rendición de cuentas (Ac. y Sent. N° 93)	155
Cuarta Sala	
21-07-10 “Banco de la Nación Argentina c/ Marizza María Monserrat Balbiani Cañete s/ Ejecución Hipotecaria” (A.I. N° 543)	158
09-08-10“Regulacion de Honorarios Profesionales de la abogada Daysi González en los autos “Elsa Delvalle Fermanelli de Conde c/ Jorge Eduardo Conde s/ Divorcio Vincular” (A. I. N° 598)	163
09-08-10“Regulacion de Honorarios Profesionales de la Abogada Daysi González en los autos “Elsa Delvalle Fermanelli de Conde c/ Jorge Eduardo Conde s/ Disolución y Liquidación de la Sociedad Conyugal” (A. I. N° 599)	167
17-08-10 “Agapito Solís s/ Sucesión” (A.I. N° 618)	171
19-08-10 “María Angélica Luparello Martínez C/ Bepasa S.R.L S/ Indemnización de Daños y Perjuicios Por Responsabilidad Extracontractual” (A.I. N° 629)	177
19-08-10. “Derlis Benítez c. Estado Paraguayo s/ Indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual / Indemnización de daño” (A.I. N° 633)	182
20-08-10. “Salvador Enrique Paredes Garcia c. Loreni Clemente Soccol y otros s. Acción Preparatoria de Juicio Ejecutivo” (A.I. N° 636)	197
20-08-10. “Carlos Américo Villagra Decoud y otros c. Estado Paraguayo s. Indemnización de daños y perjuicios por Responsabilidad extracontractual/Indemnización de daño” (A.I. N° 637)	201
19-02-10. “Osvaldo Pablo Casal c. Dionisio Ortega y otros s. Repudio de Paternidad de obra y Reg. De Honorarios” (Ac. y Sent. N° 3)	223

ÍNDICE POR TRIBUNALES

09-04-10. “Compulsas del Expte. E. G. D. O. c. C. S. G. de D. s. Divorcio a Petición de una sola de las partes” (Ac. y Sent. N° 29).....	230
14-04-10. “Hermes Enrique Valiente c. Lidia Romero de Sanchez s/ Cobro de Guaranies” (Ac. y Sent. N° 35)	233
14-04-10. “El Trigal S.A. s. Nulidad de Registro de Marcas” (Ac. y Sent. N° 36).....	239
27-04-10. “Salcobrand S.A. c. Cadena Farmacenter S.A, s. Nulidad de Registro” (Ac. y Sent. N° 41)	243

TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO LABORAL

Primera Sala

11-05-11. “Eleuteria Domínguez Olmedo C/ Rosa María Guggiari S/ Cobro de Guaranies en Diversos Conceptos” (Ac. y Sent. N° 31)	251
18-05-11. “Horacio Delvalle Candia c/ Tecnoedil S.A s/ Cobro de Guaranies en Diversos Conceptos” (Ac. y Sent. N° 33)	255
27-05-11. “Benito Roggio S.A C/ Resolución N° 676 de fecha 02 de junio de 2009 Dictada Por El Viceministerio de Justicia y Trabajo” (Ac. y Sent. N° 43)	259
17-06-11. “Susana Zayas Ruiz c/ Lilian Noemí Insfrán Hellman S/ Cobro de Guaranies en Diversos Conceptos” (Ac. y Sent. N° 51)	266
27-06-11. “Felicia Espínola Paredes c/ Jorge Alberto Vacante y Ada Elizabeth Lopez Rodas s/ cobro de guaraníes en diversos conceptos” (Ac. y Sent. N° 61)	270
29-06-11. “Hugo Gerónimo Adrián Talavera C/ W. Telecom S.A SAT S.A S/ cobro de guaraníes en diversos conceptos” (Ac. y Sent. N° 63)	274
05-07-11. “Leslie Paola Ovelar C/ Esc. Norma Oregioni prop. del Colegio Privado América y Responsables s/ Cobro de Guaranies en Diversos Conceptos” (Ac. y Sent. N° 65)	281
18-07-11. “Teodula Ortiz Jara c/ Banco Nacional de Fomento s/ reconocimiento de antigüedad cobro de guaraníes y otros” (Ac. y Sent. N° 71)	286

ÍNDICE POR TRIBUNALES

Segunda Sala

16-02-11. “Friasa S.A c/ Sindicato de Trabajadores de Friasa (SITRAFRIASA) y otros s/ calificación de huelga” (Ac. y Sent. N° 04)	288
16-03-11. “Regulación de honorarios profesionales del Abog. Giovanni Zuchinni Almirón por la labor extrajudicial c/ Marcelo Rodrigo Torres Molinas” (Ac. y Sent. N° 28)	305
17-03-11. “Queja por Apelación denegada interpuesta por el Ab. Marcial González, Kathya González y otros en los autos “Mariano Rojas López y otros c/ IPS s/ Amparo de pronto despacho” (Ac. y Sent. N° 31)	309
28-03-11. “Jaime Víctor Martínez Ovando c/ Embajada de Japón / cobro de Dólares americanos en concepto de beneficios laborales” (Ac. y Sent. N° 36)	313
31-03-11. “Antonio Cubilla Acosta c/ E.M.G y Floyd S.A y Coyote Disco y quien resultare responsable s/ cobro de guaraníes” (Ac. y Sent. N° 43)	332
31-03-11. “Miguel Arístides Cabrera Maldonado c/ Esteban Marino Valdez Armoa o quien resultare responsable s/ cobro de guaraníes en diversos conceptos” (Ac. y Sent. N° 45)	337
27-04-11. “Roberto Galeano Cabral y otro c/ La empresa Fidesa S.A s/ reposición y cobro de guaraníes” (Ac. y Sent. N° 50)	347

CIRCUNSCRIPCIONES JUDICIALES

ALTO PARANÁ

TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y PENAL

Primera Sala

16-09-11. “Elgin S.A (BRASIL) c/ Elgin S.A (PARAGUAY) s/ Infracción Civil, Nulidad de Escritura Pública de Constitución de Sociedad y Cancelación Registral” (A.I. N° 357)	363
--	-----

Doctrina

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS PRIVADAS EN EL PARAGUAY

*Delio Vera Navarro **

Esta presentación tiene como objetivo analizar la aplicabilidad o no de los presupuestos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas en la legislación penal paraguaya.

En dicho contexto, la misma debe ser enfocada desde dos perspectivas de análisis:

- 1) desde la perspectiva de la doctrina nacional y;
- 2) desde la perspectiva de la normativa sancionadora vigente, éste último, se puede enfocar desde dos niveles normativos:
 - a) La Sanción de las personas físicas que operan al amparo de las personas jurídicas para la comisión de los hechos delictivos, para lo cual se pueden utilizar los institutos de imputación jurídico penal como la autoría mediata y la omisión, que se establecen en la normativa penal y ;
 - b) Las sanciones administrativas que se hallan establecidas en diferentes leyes de carácter administrativo.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la doctrina; ha sido objeto de un interesante análisis por parte del profesor Luis Martínez Miltos, quien en 1956 publica el libro que lleva como título “La responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”.

* Miembro del Tribunal de Apelación, Segunda sala penal. Doctor en Ciencias Jurídicas en la Universidad Nacional de Asunción, Calificación Summa Cum Laude.

La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en la Legislación Nacional. A los efectos de determinar la respuesta del orden jurídico nacional al fenómeno de la criminalidad por medio de la utilización de las personas jurídicas, se torna necesario discriminar las respuestas de los órdenes jurídicos que enfrenta este problema: El Código Penal y la Leyes administrativas.

En el Código Penal Paraguayo existe como antecedente la posibilidad de la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas, como se ha señalado por el Prof. Martínez Miltos, sin embargo en las legislaciones comparadas se admiten expresamente, pero estas no han ejercido influencia en la legislación penal paraguaya.

El Código Penal Paraguayo, promulgado por Ley N° 1.160/97, no contiene ningún hecho punible aplicable directamente a las personas jurídicas privadas, cualquiera sea la categoría de las mismas, conforme con la legislación civil de nuestro país.

La falta de tipificación de los hechos punibles imputables a las personas jurídicas privadas no fue justificada en la exposición de motivos del nuevo Código Penal paraguayo, por lo que debe suponerse que la omisión de referencia tiene su fundamento en la dogmática penal liberal que configuran como hecho punible solamente la conducta de las personas físicas.

Conforme con la normativa del Código Penal Paraguayo, no existe problema para la sanción de las personas físicas que cometen hechos ilícitos por utilización de la estructura organizativa de las personas jurídicas, con la aplicación de los institutos de imputación penal que se conoce como la comisión por omisión y la actuación en representación de otro.

La comisión por omisión se halla reglada en el Art. 15 del Código Penal que expresa “Al que omita impedir un resultado descrito en el tipo legal de un hecho punible de acción, se aplicará la sanción prevista para éste sólo cuando:

1. *Exista un mandato jurídico que obligue al omitente a impedir tal resultado y*

2. *Este mandato tenga la finalidad de proteger el bien jurídico amenazado de manera tan específica y directa que la omisión resulte, generalmente tan grave como la producción del resultado”.*

La actuación en representación de otro, se halla consagrada en el Art. 16 del Código Penal que expresa: “1°) *La persona física que actuara como:*

1. *representante de una persona jurídica o como miembro de sus órganos.*

2. socio apoderado de una sociedad de personas o

3. representante legal de otro,

responderá personalmente por el hecho punible, aunque no concurren en ella las condiciones, calidades o relaciones personales requeridas por el tipo penal, si tales circunstancias se dieran en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.

2°) Lo dispuesto en el inciso 1° se aplicará también a la persona que, por parte del titular de un establecimiento o empresa, u otro con el poder correspondiente, haya sido:

1. nombrado como encargado del establecimiento o de la empresa; o

2. encargado en forma particular y expresa del cumplimiento, bajo responsabilidad propia, de determinadas obligaciones del titular, y cuando en los casos previstos en ambos numerales, haya actuado en base a este encargo o mandato.

3°) Lo dispuesto en el inciso 1° se aplicará también a quien actuara en base a un mandato en el sentido del inciso 2°, numeral 1, otorgado por una entidad encargada de tareas de la administración pública.

4°) Los incisos anteriores se aplicarán aun cuando careciera de validez el acto jurídico que debía fundamentar la capacidad de representación o mandato”.

Es decir, la posibilidad de sanción penal de las personas físicas que utilizando las personas jurídicas sean privadas para la comisión de hechos tipificados como delito o crimen, dentro de la normativa penal paraguaya se halla resguardada por medio de los institutos jurídicos penales de imputación a la que se ha hecho referencia y con la debida amplitud que permite la sanción de las personas físicas que de alguna forma han intervenido en la comisión del hecho delictivo.

En las Leyes Administrativas. En el orden jurídico nacional existen leyes que aplican sanciones de carácter administrativo a las personas jurídicas privadas, por irregularidades cometidas en sus actividades funcionales. Estas sanciones, generalmente, concuerdan con las consecuencias jurídicas, que la doctrina recomienda imponer como pena de carácter penal a las personas jurídicas.

A modo de ejemplificar, las sanciones administrativas que la legislación nacional, aplica a las personas jurídicas, cabe citar, algunas de las leyes que establecen sanciones en forma directa a estas entidades.

1. Ley N° 489/95 Orgánica del Banco Central del Paraguay. Esta normativa de organización del Banco Central del Paraguay, que confiere al Banco Central del Paraguay, competencia sancionatoria contra las entidades y personas físicas que operan dentro del sistema financiero nacional, en su Art. 83 establece que la aplicación de sanciones por parte del Directorio del Banco Central del Paraguay, puede afectar a los sujetos siguientes:

1. Los Bancos.
2. Las entidades financieras.
3. Las entidades de créditos.
4. Otras personas físicas o jurídicas.

En el Art. 91, al establecer las personas responsables por las infracciones previstas en la ley de referencia, señala: “Son responsables de las faltas tipificadas precedentemente, tanto la persona jurídica o entidad que cometió la falta, como los miembros de los órganos de administración y fiscalización, y los Auditores Externos, en su caso, de la entidad en cuestión salvo que:

a) Prueben no tener conocimiento del hecho u omisión que se le impute, ni directa ni directamente; así como que no pudieron llegar a tener indicios o formación del acto u omisión que suponga el incumplimiento de normas de obligada observancia; o

b) Prueben que, habiendo tenido conocimiento de la supuesta falta, se han opuesto por escrito a tal actuación u omisión.

El Art. 93, señala que “Las entidades de créditos son responsables de las faltas a las normas de ordenación y disciplinas cometidas por sus empleados o administradores...”.

El Art. 94, dispone que “La comisión de las faltas previstas dará lugar a la imposición de las siguientes sanciones:

Por faltas graves:

1. Limitación del ejercicio de determinadas actividades u operaciones.
2. Prohibición temporal de distribución de dividendos o de apertura de nuevas oficinas, por un periodo no superior a dos ejercicios.
3. Multa, equivalente de 100 a 1.000 salarios mínimos mensuales, establecidos para trabajadores de actividades diversas no especificadas de la capital de la República.
4. Suspensión o inhabilitación hasta 60 días.
5. Revocación de la autorización para operar.

Por faltas leves:

1. Apercibimiento.

2. Multa, equivalente de 10 a 10 salarios mínimos mensuales, establecidos para trabajadores de actividades diversas no especificadas de la capital de la República.

2. Ley N° 861/96, General de Bancos, Financieras y Otras Entidades de Crédito. Esta normativa que establece como condición para operar en el mercado financiero, la constitución en entidades privadas, establece las sanciones de multa, intervención y disolución que podrán ser aplicables por las infracciones cometidas que se regulan en la referida ley. Las sanciones citadas se hallan previstas en los artículos 71, 117 y 124, que establecen las sanciones de multa, intervención y disolución respectivamente.

Ley N° 1.284/98, De Mercado de Valores. Esta normativa que establece las infracciones tipificadas que pueden cometer los operadores del mercado de valores en sus artículos 181 y 182, en éste último Art. Señala: “Por las infracciones responderán las personas jurídicas afectadas y las personas que ejercen en la mismas funciones de dirección, de administración y fiscalización.”

El Art. 194, establece las sanciones aplicables que son los siguientes:

1. Apercibimiento.

2. Multa.

3. Suspensión o inhabilitación, estos para los funcionarios.

4. Suspensión hasta dos años de la autorización para efectuar oferta pública de valores.

5. Cancelación de la inscripción del Registro que habilita para desempeñar algunas de las calidades que la ley permita.

Ley 125/92, Que establece el sistema tributario. El Art. 181 de la ley citada dispone “Las personas jurídicas y las demás entidades podrán ser sancionadas por infracciones sin necesidad de establecer la responsabilidad de una persona física”.

La responsabilidad de las personas jurídicas en la dogmática penal

La discusión en la teoría jurídico penal acerca de la posible responsabilidad de las personas jurídicas, en especial en el ámbito de la teoría del delito, se presenta en dos aspectos que son: 1) la teoría de la acción y 2) la teoría de la culpabilidad o atribuibilidad individual.

La teoría de la acción: esta teoría pone como centro de la imputación penal a la persona de carne y hueso, al ser humano individual. En el marco de esta teoría se ha dicho que para cualquier teoría de la acción cuya construcción no respete los límites ónticos, la cuestión acerca de la posibilidad de ejercicio del poder punitivo sobre las personas jurídicas es materia de decisión legal. La opinión dominante mantiene que la acción, en el ámbito penal, exige una conducta voluntaria y que el actuar de los entes colectivos es una construcción jurídica.

La teoría de la culpabilidad: es la teoría construida sobre la base de la imputabilidad más juicio de reprochabilidad que hace referencia a una persona física capaz de autodeterminación, en el sentido de tener capacidad de conocer y querer. De otro modo: si la culpabilidad consiste en un juicio de reproche que se hace al autor por haber actuado antijurídicamente a pesar de que pudo obrar conforme a derecho, es indudable que aquí subyace una de las mayores dificultades, pero no la única, para el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La visión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha fracturado a la doctrina en dos posiciones enfrentadas desde hace un tiempo por una parte, quienes consideran que las personas jurídicas no pueden tener responsabilidad penal (*Societas delinquere non potest*) y por otra parte, los que estiman viable (*Societas delinquere potest*).

Conclusiones finales

1. La admisión doctrinaria y legislativa de la responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas fue producto de un cambio de paradigma dentro de la dogmática jurídico-penal, que en los primeros tiempos fue reacia al reconocimiento de dicha sanción penal. Las diferentes etapas doctrinarias por la que ha pasado la admisión de la responsabilidad penal de las personas privadas son las siguientes:

1) La no responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas, inicialmente fundada en las teorías de que las sociedades no delinquen (*Societas delinquere non potest*) y que las sociedades no delinquen ni pueden ser objeto de sanción (*Societas delinquere non potest, sed puniri non potest*).

2) La dificultad dogmática actual para la configuración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, fundadas en los principios de la

reprochabilidad y la finalidad de las penas. El obstáculo de la reprochabilidad implica que las personas para asumir la responsabilidad penal deben tener el conocimiento de la antijuricidad de la norma y la voluntad de comportarse en contravención de dicha norma. Es decir, requiere de la inteligencia y voluntad, condiciones no poseídas por las personas jurídicas.

En relación a la finalidad de las penas, se admite en la actualidad que la misma es la resocialización de las personas, circunstancia que resulta imposible para las personas jurídicas.

3) La admisión doctrinaria de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que se ha evidenciado en el desarrollo del presente capítulo e incluso, ha motivado la aparición de excelentes monografías respecto al tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En este sentido, se pueden citar los trabajos de Luís Martínez Miltos en Paraguay, David Baigún, Jaime Malamud Gotti, Daniel Cesamo en la Argentina y Silvina Bacigalupo en España.

4) La admisión legislativa de la responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas en diferentes legislaciones europeas que se han enumerado en la presente investigación, circunstancia que supone la superación de la dogmática penal liberal que considera solamente responsable penal a las personas físicas. En este sentido, se pueden citar las legislaciones de Holanda, Francia, Reino Unido, Irlanda, Dinamarca.

Las legislaciones de los países de Alemania y Portugal no admiten la responsabilidad penal de las personas jurídicas pero si la administrativa sancionadora.

5) La admisión en las legislaciones de los países de Holanda y Francia, de la responsabilidad de las personas jurídicas públicas, conforme con la concurrencia de determinados presupuestos. La legislación francesa excluye la responsabilidad penal del Estado.

6) La no admisión en el Código Penal paraguayo (Ley 1.160/97) de hechos punibles cometidos por las personas jurídicas privadas, que se supone proviene de su filiación finalista, que hace que la regulación de los hechos punibles tenga el obstáculo de la reprochabilidad y también por la finalidad de las penas, que conforme con el Art. 20 de la Constitución es la readaptación de los condenados a la sociedad; circunstancia que se torna imposible para las personas jurídicas.

Sin embargo, atendiendo a la finalidad de protección de la sociedad, que también constituye unas de las finalidades de la pena, conforme con el Art. 20 de la Constitución, se ha estimado en el presente trabajo que la misma no constituiría obstáculo para el establecimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas.

7) La admisión dentro del orden jurídico de nuestro país de algunas sanciones de carácter administrativas a las personas jurídicas como la cancelación de la personería; la multa y la intervención y liquidación de las entidades asociativas, que constituyen supuestos de sanción penal, en las legislaciones comparadas que admiten la responsabilidad de las personas jurídicas.

8) La no admisión de la responsabilidad de las personas jurídicas importa un problema de política criminal, en razón de la existencia de una mayor presencia de la criminalidad organizada que utilizan las personas jurídicas privadas y públicas para la comisión de hechos punibles vinculados a la economía, el ambiente y en las cuestiones sociales.

9) El elemento justificante de la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas constituye el de la defensa social o protección de la sociedad ante la criminalidad que utilizan los recursos y la organización de las personas jurídicas para la comisión de hechos delictivos y su fuente de debilidad en la dogmática jurídico penal es la reprochabilidad, porque esas entidades no tienen la capacidad para conocer y determinar su comportamiento conforme con la norma penal.

Pero el problema de la reprochabilidad se puede superar con el establecimiento de sanciones penales a las personas jurídicas no por su capacidad de reproche sino por constituirse en instrumento del delito y establecer sanciones accesorias a las entidades, que sean conforme con la naturaleza de la misma.

Finalmente, la posibilidad de responsabilidad de las personas jurídicas es posible jurídicamente. La historia y la legislación comparada actual lo demuestran, para el efecto se debe considerar la modificación de nuestra legislación penal que disponga expresamente, la responsabilidad penal de las personas jurídicas en delitos contra el patrimonio, la fe pública, la economía, medio ambiente, salud pública. Las sanciones contra las personas jurídicas deben ser compatibles con su naturaleza como ser: la disolución, la suspensión de actividad o clausura de negocios, la multa, la prohibición de realizar determinados negocios, así como sanciones accesorias como el comiso, publicación de senten-

cia condenatoria y la vigilancia de la autoridad. También puede aplicárseles medidas de seguridad, como la clausura de establecimiento.

La propuesta de la reforma penal para la admisión de la responsabilidad de las personas jurídicas, no presenta problemas de orden dogmático, la finalidad de la pena y la reprochabilidad.

La finalidad de la pena contra la persona jurídica es la defensa de la sociedad que es uno de los objetivos de la pena, conforme lo establece el art. 20 de la Constitución Nacional.

Bibliografía

- Código Civil de la República del Paraguay. Ley N°. 1183/85
- Código Procesal Penal. Ley N° 1286/98
- Código Penal de la República del Paraguay. Ley N° 1160/97
- Constitución Nacional Año 1992. Comentario de Emilio Camacho y Luís Lezcano Claude
- La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Ed. Bosch, Barcelona, 1998. Silvina Bacigalupo.
- La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico), Delpalma, Buenos Aires, pags. 262 y sgts., 2000 David Baigun.

Jurisprudencia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ACUERDO Y SENTENCIA N° 409

Cuestión debatida: Determinar si las operaciones impugnadas por la administración referente a la venta de las dos firmas facturadas por la firma exportadora con sucursal en Paraguay, se hallan o no gravadas por el Impuesto a la Renta.

IMPUESTO A LA RENTA. Ingresos gravados.

No todas las rentas de las empresas paraguayas o las extranjeras que tengan sus sucursales en el país están alcanzadas por el Impuesto a la Renta, la regla es que solo están gravadas las “rentas de fuente paraguaya”.

IMPUESTO A LA RENTA. Ingresos gravados.

Renta de Fuente paraguaya comprende todas aquellas actividades que tienen su origen en el territorio nacional o de bienes situados en el país o de derechos utilizados económicamente en la República, es decir que no son fuente paraguaya, y por lo tanto no están alcanzadas por el Impuesto a la renta, las actividades cuando son realizadas fuera del país, o los bienes se encuentren en el exterior o los derechos son utilizados económicamente allende de nuestras fronteras físicas.

IMPUESTO A LA RENTA. Ingresos gravados. Principio de la Territorialidad de la fuente de los ingresos.

Solo pueden ser alcanzados por el impuesto a la Renta los emolumentos que provengan de actividades desarrolladas y de bienes situados en la República.

IMPUESTO A LA RENTA. Ingresos gravados. Principio de la Territorialidad de la fuente de los ingresos. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la Igualdad.

No se puede determinar de manera arbitraria que una actividad que la Administración Tributaria considera de fuente paraguaya, tribute solo el Impuesto a la Renta y no el Impuesto al Valor Agregado I.V.A., sin atentar contra el Principio de Igualdad consagrado en el art. 46 de la Constitución de la República.

CSJ. Sala Penal.31.08.10. “3M Uruguay S.A. Sucursal Paraguay c/Resolución N° 699 de fecha 16 De Agosto de 2.005, dictada por el Vice Ministro De Tributación” (Ac. y Sent. N° 409)

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

A la primera cuestión planteada la Dra. Alicia Pucheta de Correa dijo: El recurrente ha desistido expresamente del Recurso de Nulidad planteado, por lo que se lo debe tener por abdicado del mismo. Por otro lado, no se observa en la Resolución recurrida vicios o defectos que ameriten la declaración de oficio de su nulidad en los términos autorizados por los arts. 113 y 404 del C.P.C. Corresponde en consecuencia tenerlo por desistido del presente recurso

A su turno los señores Ministros Dres. Blanco y Bajac, manifiestan que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada la Dra. Alicia Pucheta de Correa dijo: El Tribunal de Cuentas 2ª Sala, por Acuerdo y Sentencia N° 59 de fecha 17 de junio de 2008, resolvió: “Resuelve...1. Hacer lugar, a la presente demanda contencioso administrativa instaurada en estos autos por la firma 3M Uruguay S.A. Sucursal Paraguay, contra las Resoluciones N° 205 del 04 de abril de 2005 N°.699 del 16 de agosto de 2005, dictadas por la SubSecretaría de Estado de Tributación del Ministerio De Hacienda y, en consecuencia: 2. Revocar, en todos sus términos los citados actos administrativos, de conformidad y de acuerdo a los fundamentos expresados en el exordio de la presente Resolución. 3. Imponer, las costas a la parte vencida.

Que, Alfredo Arias Casado, abogado fiscal del Ministerio de Hacienda, bajo patrocinio del abogado del Tesoro Raúl Fernando Sapena, se agravió en contra de la precitada sentencia, señalando que durante la fiscalización realizada, el sumario administrativo, así como también en la pericia, como en las

documentaciones presentadas por las partes y que se hallan agregadas al expediente administrativo, se han confirmado las ventas realizadas a la firma Gannet S.A. y Estudio Benítez S.R.L. por parte de 3M Uruguay, Sucursal Paraguay, siendo estas ventas registradas como exentas por la suma de G. 1.031.966.496 y 58.593.346, en los ejercicios cerrados de 1997 y 1998. Añadió que también se ha confirmado que fueron llevadas como ventas exentas para el Impuesto a la Renta según consta en las fotocopias de los Balances Impositivos, formulario 805 y planilla de cálculo adjuntadas al expediente, correspondiente a los ejercicios 1997 y 1998. Acotó que igualmente se ha confirmado fehacientemente que la firma 3M Uruguay S.A. Sucursal Paraguay ha facturado a la firma Gannet Internacional S.A. según consta en el expediente, estando las facturas de origen indistintamente a nombre de 3M Uruguay S.A. y/o Gannet Internacional S.A. y/o Estudio Benítez S.R.L., ya sean como destinatarios o consignatarios de las mercaderías importadas. Siguió diciendo el apelante que de esto se ha concluido que la denuncia es correcta basada en los argumentos siguientes: 1) las operaciones señaladas se hallan facturadas por la firma 3M Uruguay S.A. Sucursal Paraguay; 2) todos los montos de las ventas realizadas, el costo de esas ventas y los gastos ejecutados se hallan registrados en su contabilidad, asimismo estas integran parte de los totales de los balances impositivos y declaraciones juradas, formularios 805 y planilla de liquidación de los impuestos adjuntadas al expediente administrativo y presentadas a la administración por la firma; 3) así también las facturas de origen indistintamente están a nombre de 3M Uruguay S.A. Sucursal Paraguay y/o Gannet Internacional S.A. ya sean como destinatarios y/o consignatarios de las mercaderías importadas; 4) no se pudo confirmar si las importaciones fueron realizadas por los terceros compradores (Gannet Internacional S.A. y/o Estudio Benítez) así como lo afirma la defensa debido a que no se han presentado los despachos correspondientes en la etapa oportuna. Resaltó que todas estas operaciones realizadas por la hoy actora se hallan registradas en su contabilidad, tanto como en el balance impositivo y conforman parte de los totales de los bienes del activo y en el cuadro del resultado del balance comercial de los ejercicios denunciados, con lo que queda demostrado que las operaciones realizadas se hallan alcanzadas por el Impuesto a la Renta, desvirtuándose que las mismas se hallen exentas, por expresas disposiciones de la ley y que el Tribunal de Cuentas no tuvo en cuenta al dictar el Acuerdo y Sentencia recurrido por

su parte. En lo concerniente a la sanción de defraudación aplicada, sostuvo que la recurrente ha incurrido en las causales de defraudación establecidas en los arts. 172 y 173 de la Ley N° 125/91, por lo que la Administración Tributaria a través de la Resolución recurrida ha obrado acertadamente al dictarla. En lo referente a la extemporaneidad de la pericia ordenada, arguyó que en atención a lo establecido en el art.203 de la Ley 125/91, se ha remitido el expediente para la realización de la pericia técnico contable. Concluyó solicitando la revocación de la Sentencia recurrida.

Que pasando a auscultar el fondo de la cuestión planteada, visualizó que el Tribunal de Cuentas 2ª Sala, hizo lugar a la demanda promovida, basándose para ello en que las operaciones cuestionadas por la administración –ventas a las firmas Gannet Internacional S.A. y Estudio Benítez S.R.L. facturadas por la firma 3M Uruguay S.A. Sucursal Paraguay–, son operaciones realizadas desde el exterior por terceros (exportadores) y consignados a las citadas empresas domiciliadas (es cierto) en Paraguay, pero con destino previo de las mercaderías por el sistema de negociación FOB fuera del territorio nacional, lo cual consta en la documentación de origen que se puede apreciar a fs. 172 al folio 274 de los antecedentes administrativos, y que esto no se ha cuestionado, ni en su contenido ideológico, ni en su entidad material. Igualmente destacaron que toda la negociación, transporte y recepción de los efectos y mercaderías se realizaron fuera del territorio paraguayo y por terceros a la empresa denunciadas por la administración. Añadieron que si bien es cierto que el actor ha contabilizado dichos ingresos en sus libros contables, no es menos cierto que la fuente de los mismos no corresponde a actividades desarrolladas o de bienes situados en el territorio nacional, conforme a los antecedentes administrativos arrimados por la propia administración, que solo argumenta que las operaciones fueron facturadas por el actor. Mencionaron que la conducta del actor de ningún modo puede subsumirse o adecuarse a los presupuestos fácticos previstos en las normas de los arts. 172, 173 y 174 de la Ley 125/91 (defraudación), habido cuenta que las operaciones fueron contabilizadas en tiempo y forma, declaradas como ingresos exentos ante la administración, declarándose los costas y gastos de dichas operaciones como no deducibles, sin disminuir la renta neta imponible al actor por efecto de dichos gastos, ni modificarse ninguna cuenta del activo y pasivo con el objeto de modificar la base imponible de los ejercicios 1997 y 1998.

Que la controversia principal sobre la que gira la presente causa, radica en determinar si las operaciones impugnadas por la administración referente a la venta a las firmas Gannet Internacional S.A. y Estudio Benítez S.R.L. facturadas por la firma 3M Uruguay S.A. Sucursal Paraguay, se hallan o no gravadas por el Impuesto a la Renta de conformidad a la Ley 125/91, dado que se trata de ejercicios fiscales de los años 1998, 1999 y 2000, antes de que entre en vigencia la modificación de la Ley 125/91, la Ley 2421/04. Al respecto debo señalar que el art. 1° de la Ley 125/91, dispone: “Créase un impuesto que gravará las rentas de fuente paraguaya provenientes de actividades comerciales, industriales, de servicios y agropecuarias, que se denominará “Impuesto a la Renta”. El art. 2° a su vez señala: “Estarán gravadas las rentas de fuente paraguaya que provengan de la realización de actividades comerciales, industriales o de servicios que no sean de carácter personal. Por su parte el art.5° determina lo que se entiende por rentas de “Fuente Paraguaya”, disponiendo en su primer párrafo lo siguiente: “Sin perjuicio de las disposiciones especiales que se establecen, se considerarán de fuente paraguaya las rentas que provienen de actividades desarrolladas, de bienes situados o de derechos utilizados económicamente en la República, con independencia de la nacionalidad, domicilio o residencia de quienes intervengan en las operaciones y el lugar de celebración de los contratos”.

Que de las normas transcritas en el párrafo anterior se puede concluir que no todas las rentas de las empresas paraguayas o las extranjeras que tengan sus sucursales en el país están alcanzadas por el Impuesto a la Renta, la regla es que sólo están gravadas las “rentas de fuente paraguaya”. Conceptualizando el sentido de lo que se entiende por rentas de fuente paraguaya, debo señalar que la renta de fuente paraguaya comprende todas aquellas actividades que tienen su origen en el territorio nacional o de bienes situados en el país o de derechos utilizados económicamente en la República. Es decir que no son de fuente paraguaya, y por lo tanto no están alcanzadas por el Impuesto a la Renta, las actividades cuando son realizadas fuera del país, o los bienes se encuentren en el exterior o los derechos son utilizados económicamente allende de nuestras fronteras físicas

Que de acuerdo a los documentos obrantes en los antecedentes administrativos desde fs.172 a fs.274, que se hallan adjuntados a esta causa por cuerda separada, se puede colegir que las ventas a las firmas Gannet Internacional

S.A. y Estudios Benítez S.R.L. que fueran facturadas por la firma 3M Uruguay S.A. Sucursal Paraguay, son negocios efectuados desde el extranjero por terceros, destinados a firmas domiciliadas en nuestro país, pero con un destino previo de las mercaderías por el sistema FOB fuera del país. Es decir que todo el proceso que culminó con la recepción de las mercaderías se materializó en el extranjero por firmas ajenas a la empresa denunciada por la administración tributaria.

Que como muy bien lo señala el Tribunal Inferior, el hecho de que la accionante haya asentado estas operaciones (ingresos) en su contabilidad, no obsta a que se considere que su fuente no corresponde a actividades desarrolladas en el país o de bienes situados en el territorio nacional, conforme surge de la documentación obrante en los referidos antecedentes administrativos pues estas ventas al ser declaradas como exentas, los costos y gastos de estas transacciones fueron consignados en sus asientos contables como no deducibles. Esto es así, pues de conformidad al art.5° del nombrado plexo legal, que consagra el principio de la “Territorialidad de la Fuente de los Ingresos”, solo pueden ser alcanzados por el Impuesto a la Renta los emolumentos que provengan de actividades desarrolladas y de bienes situados en la República. Es más, de los citados antecedentes se desprende que las ventas a las que hice mención más arriba, no fueron declaradas a los efectos del pago del Impuesto al Valor Agregado IVA, teniendo en cuenta que el art.81 de la Ley 125/91 establece el principio de la territorialidad a los efectos de la aplicación de este Impuesto.

Que en lo que respecta a la pericia ordenada por la administración durante la sustanciación del sumario en sede administrativa, pericia ésta que fue decretada en virtud del principio de oficialidad, el cual establece que es la administración la que debe estimular de oficio el procedimiento administrativo, de sus consideraciones se puede inferir que implícitamente asumió la extraterritorialidad de las operaciones efectuadas por la administrada, pues no la acuso por la omisión del pago del Impuesto al Valor Agregado (I.V.A.), lo cual correspondería si el perito hubiera considerado que se trataba de ingresos de fuente paraguaya. En este último supuesto estas operaciones hubieran sido alcanzadas por los dos Impuestos (Renta e I.V.A.). No se puede determinar de manera arbitraria que una actividad que la Administración Tributaria considera de fuente paraguaya, tribute solo el Impuesto a la Renta y no el Impuesto al Valor Agregado, sin atentar contra el principio de igualdad consagrado en el art.46 de la Constitución de la República.

Que en lo que atañe a la sanción de defraudación aplicada por la Administración a la Empresa 3M Uruguay S.A. Sucursal Paraguay, por medio de la Resolución impugnada, de un examen de los antecedentes obrantes en esta causa, se observa que el comportamiento de la demandante en lo atinente a las operaciones cuestionadas por la Administración Tributaria, de ningún modo se encuadran dentro de los supuestos previstos como defraudación por los arts. 172, 173 y 174 de la Ley N° 125/91, teniendo en consideración que todas estas operaciones fueron declaradas contablemente ante la Administración como ingresos exentos, debido a la extraterritorialidad de la negociación y a que los bienes fueron traídos al país por el sistema FOB. Asimismo, la compañía ha declarado los costos y gastos de estas operaciones, como no deducibles, lo que trae como consecuencia la no disminución de la renta neta imponible. Tampoco se modificó cuenta alguna del activo o pasivo para distorsionar la base imponible de los ejercicios 1997 y 1998. Todo este cúmulo de hechos objetivamente descriptos, evidencian la ausencia de conductas por parte de la demandante, que hagan sospechar la intención de defraudar al fisco.

Este criterio ha sostenido esta alta Magistratura se ha expedido en este mismo sentido por Acuerdo y Sentencia N° 1041 de fecha 9 de Noviembre de 2005.

Que, teniendo en cuenta las manifestaciones vertidas precedentemente, soy del parecer que el Acuerdo y Sentencia N° 59 de fecha 17 de Junio de 2008, dictado por el Tribunal de Cuentas 2ª Sala, debe ser confirmado in totum, lo cual trae aparejada la ratificación de la revocación de las Resoluciones N°s 205 y 699, del 04 de abril de 2005, la primera y del 16 de agosto de ese mismo año la segunda, dictadas por la Subsecretaría de Estado de Tributación del Ministerio de Hacienda. En cuanto a las costas, las mismas deben ser impuestas en ambas instancias a la parte perdedora en virtud del principio contenido en el art. 192 del C.P.C. Es mi Voto.

A su turno los señores Ministros Dres. Sindulfo Blanco y Miguel Oscar Bajac, manifiestan que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

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

RESUELVE: Desestimar el Recurso de Nulidad. Confirmar el Acuerdo y Sentencia Número 59 de fecha 17 de junio del 2008, dictado por el Tribunal de

Cuentas, Segunda Sala, por los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. Imponer las costas a la perdedora en ambas instancias. Anótese y notifíquese.

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

Ante mí: Karinna Penoni de Bellassai. Secretaria Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA Nº 473

Cuestión Debatida: la controversia versa solo en determinar si puede o no ser atribuida la responsabilidad por deficiente labor al demandado por el accidente sufrido por la accionante en su vehículo.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Admisibilidad y procedencia de la acción de daños y perjuicios.

Para que una persona sea responsable civilmente se requiere que su actuar o su comportamiento haya ocasionado daño a un tercero, protegido por el orden jurídico. (Voto del Dr. Miguel Bajac Albertini en la Minoría).

PRUEBA DE TESTIGOS. Apreciación de la Prueba Testimonial.

Las testimoniales rendidas en autos, no pudieron determinar que la demandada sea culpable de la falla mecánica, ya que no estuvieron en el lugar del accidente. (Voto del Dr. Miguel Bajac Albertini en la Minoría).

PRUEBA DOCUMENTAL. Eficacia probatoria de la prueba documental.

Las instrumentales presentadas como sustento de la demanda como el acta labrada por la Escribana del vecino país solo hacen alusión a la manifestación de la afectada y al mecánico sin la participación de la parte demandada. (Voto del Dr. Miguel Bajac Albertini en la Minoría)

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad contractual. OBLIGACIONES. Obligaciones determinadas o de resultado.

La presente acción indemnizatoria se califica en el marco de la responsabilidad contractual, considerando la obligación del taller mecánico, que realizó tareas de mantenimiento y acondicionamiento de un autovehículo con miras a un largo viaje, reemplazando y cambiando repuestos, como una contratación

de servicios determinados, concretos, que permite conceptuarla como una obligación “determinada” o “de resultados” y no simplemente “de medios” (Voto de la Mayoría).

OBLIGACIONES. Obligaciones determinadas o de resultado. PRUEBA. Carga de la prueba.

Frente a la obligación determinada o de resultado, a la parte proponente le basta con demostrar el incumplimiento para que pase a recaer sobre quien ha incumplido, la carga de acreditar alguna causa eximente de responsabilidad. (Voto de la Mayoría)

PRUEBA DOCUMENTAL. Eficacia probatoria de la prueba documental. TRATADOS INTERNACIONALES. Aplicación.

Con respecto al acta labrada por la escribana en la ciudad de Santa Fe, Argentina, la misma resulta válida desde que no fue argüida de falsa ni impugnado su contenido por parte de la demandada, ya que la misma se limitó a negarle validez por la falta de legalización del documento. Es aplicable el art. 25 del Protocolo de las Leñas, en virtud del cual los instrumentos públicos emanados de un Estado Parte tendrán en el otro las misma fuerza probatoria que sus propios instrumentos públicos (Voto de la Mayoría).

OBLIGACIONES. Obligaciones determinadas o de resultado. PRUEBA. Carga de la prueba. DAÑOS Y PERJUICIOS. Exoneración de responsabilidad.

Esta calificación del tipo de obligación (de resultado) asumida por el taller, la que nos lleva indefectiblemente al convencimiento de que la actividad probatoria de la accionante se ajustó a derecho, pues a ella le bastaba demostrar el incumplimiento de la obligación asumida por el taller. Acreditado este extremo existe una inversión de la carga probatoria y es el deudor quien debe probar para verse liberado de responsabilidad, alguna circunstancia eximente, situación que no se dio en el presente caso. (Voto de la Mayoría).

OBLIGACIONES. Obligaciones determinadas o de resultado. PRUEBA. Carga de la prueba. DAÑOS Y PERJUICIOS. Exoneración de responsabilidad.

Era la parte demandada quien debía acreditar que el repuesto se rompió por otras causas no imputables a su labor, como ser por caso fortuito, fuerza mayor o culpa de la víctima. (Voto de la Mayoría)

DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño Moral.

Creemos procedente el rubro de daño moral y acertado el monto, habida cuenta que la accionante perdió la posibilidad de disfrutar el tiempo previsto para sus vacaciones en compañía de su hija, con la frustración lógica que este hecho puede generar. El uso y goce de los días de descanso laborales están garantizados por la misma Constitución Nacional. (Voto de la Mayoría)

CSJ.Sala Civil y Comercial.08.10.10.“Estela Myrian Quiroga c/ Censer S.R.L. s/ Indemnización de daños y perjuicios”.(Ac. y Sent.Nº 473).

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 Kirmser y Garay.

A la primera cuestión planteada el señor Ministro Miguel Oscar Bajac Albertini, dijo: El recurrente no fundamentó expresamente este recurso de nulidad, tampoco 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, por lo que dicho recurso debe ser declarado desierto.

A sus turnos los Ministros José Raúl Torres Kirmser y César Antonio Garay, dijeron: Que se adhieren al voto que precede, por sus mismos argumentos.

A la segunda cuestión planteada el Dr. Bajac Albertini, dijo: El Abog. Pablo Dario Villalba Bernié, en nombre y representación de la Sra. Estela Myrian Quiroga, promovió demanda de indemnización por daños y perjuicios contra la Empresa Censer S.R.L., a raíz de un percance automovilístico ocurrido a la altura de la Ruta Nº 11 de la localidad de Nelson Provincia de Santa Fe, Argentina, cuando el vehículo Marca Daewo modelo Nubira que conducía su representada, imprevistamente detuvo el motor, endureciéndose la dirección y el freno, apagándose todo su instrumental provocando la salida del carril normal al contrario, poniendo en peligro su vida y la de su hija, quien la acompañaba en el viaje. Señaló que el referido rodado había pasado por el taller demandado para su acondicionamiento a los efectos del viaje de su mandante para justamente –según refiere– evitar inconvenientes mecánicos durante el trayecto al destino vacacional. Por otra parte, afirmó que el accidente fue producto de una falla mecánica por mala colocación de una correa dentada y la supuesta negligencia fue de uno de los mecánicos, dependiente de la firma demandada. Asi-

mismo, manifiesta que la falla aludida fue corroborada por el mecánico de la zona donde ocurrió el hecho, dejándose constancia de dicha manifestación en un acto de comprobación realizada por la escribana Susana del C. Rosso de Zóttico de la Ciudad de Santa Fe, quien labró acta de todo lo sucedido.

Conforme a los daños producidos en el accidente y expuestos en el relatorio de los hechos, la actora reclama las sumas de: Gs.17.870.963 en concepto de daño material, Gs.15.000.000 en concepto de daño moral; siendo el total requerido de guaraníes Treinta y dos millones ochocientos setenta mil novecientos sesenta y tres (Gs. 32.870.963); más la actualización de valores del 3,5% mensual, desde el momento en que ocasionó el daño.

La firma “Censer S.R.L.”, a través de su representante legal –Abog. José Antonio Ocampos Giménez–, opuso como previas las excepciones de falta de acción manifiesta y defecto legal. Al mismo tiempo, contestó la demanda negando todos los hechos relatados por la demandante y afirmó que el accidente no pudo producirse por un servicio negligente prestado por su mandante. Por último, manifestó desconocer las documentaciones respaldatorias de la demanda de fs. 1, 2, 3, 4, 6, 7 por no hallarse debidamente legalizados, trasladando la responsabilidad a la accionante por su impericia y desatención.

Ambas excepciones opuestas por la parte demandada fueron desestimadas, por improcedentes, en la instancia originaria y esta a su vez, fueron firmadas por el Tribunal de Alzada, quedando de esa manera trabada la litis en el presente juicio.

El fallo de Primera Instancia, al dictar sentencia definitiva, consideró que el elemento ilícito no pudo determinarse con los escasos elementos expuestos en la demanda que pudieran ameritar la certeza del juzgamiento en juicio, lo que le impedía a su vez condenar al demandado.

En Segunda Instancia, por Acuerdo y Sentencia N° 171/07/01 de fecha 28 de setiembre del 2007, el Tribunal de Apelación, con una apreciación opuesta a la del A-quo, revocó la sentencia refiriendo, en especial a las apreciaciones del demandado, que: “... El desconocimiento de la autenticidad de un documento público le imponía la carga de impugnarlo (Art. 308 C.P.C.), caso contrario se presumen auténticos, lo mismo cabe decir en cuanto a las manifestaciones formuladas al Escribano Público, manifestaciones que también hacen plena fe en tanto no sean impugnadas mediante prueba en contrario...”. Seguidamente expresaron “...aún cuando la prueba sobre el monto real de los gastos realiza-

dos adolezcan de deficiencias... el Sentenciante debió fijar el importe en base a la disposición contenida en el Art. 452 del Código Civil que autoriza al Juez o Tribunal a establecerlo prudentemente en tales casos...”. Con estos argumentos llegaron a la conclusión de que correspondía hacer lugar a la acción promovida y condenar a la demandada al pago de Gs. 22.870.963 con concepto de daños y perjuicios y daño moral, más los intereses legales desde la fecha de la notificación de la demanda.

Contra esta resolución del Ad-quem se alzó el representante convencional de la parte demandada y solicitó se revoque el Acuerdo y Sentencia recurrido manifestando que ésta es arbitraria y totalmente contraria a derecho al no haberse probado ni remotamente los extremos exigidos para la viabilidad de la responsabilidad civil

A fs. 188/192 obra la contestación del representante de la actora.

Pasando al estudio de la cuestión considero que en esta instancia la controversia versa sólo en determinar si puede o no ser atribuida la responsabilidad al demandado por el accidente sufrido por la accionante.

Corresponde primeramente analizar si la acción indemnizatoria reúne 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.

En este caso esta plenamente demostrada la existencia del accidente ocurrido en ruta provincial N° 11 a la altura de la localidad de Nelson Providencia de Santa Fe, Argentina, sufrido por la Sra. Myrian Quiroga, quien conducía el vehículo de la marca Daewoo Nubira, en compañía de su hija y cuya descripción de los hechos se encuentra contenida en el acta de comprobación labrada por la escribana pública Susana del C. Rosso de Zottico en la ciudad donde ocurrió el percance. Este instrumento, además de los datos citados, menciona las compras de repuestos hechas por la actora vía telefónica y las manifestaciones del mecánico que verificó el rodado en cuestión.

Ahora bien, para que una persona sea responsable civilmente se requiere que su actuar o su comportamiento haya ocasionado daño a un tercero, protegido por el orden jurídico. En el presente juicio, el hecho fue adjudicado supuestamente a uno de los empleados y jefe del taller de la firma demandada Censer S.R.L. Sin embargo, la accionante sostiene la responsabilidad de la empresa

por sus dependientes que, por la supuesta negligencia en la colocación de la correa dentada, se produjo el accidente en ruta argentina, con los alcances arriba descriptos.

Avocándonos al estudio de las pruebas rendidas por ambas partes, pero especialmente las periciales, prueba central del juicio, por una parte el perito de la parte demandada Sr. Ramón González, mecánico especializado en la marca Daewoo en Corea, según las constancias agregadas a su aceptación, que preguntado acerca de la posibilidad de que la mala colocación de la correa dentada puede producir las consecuencias que derivaron al accidente de la actora, refirió que ni siquiera pudo haber arrancado el vehículo y que su mala colocación puede notarse al momento de ubicarlo y que los engranajes tienen punto de sincronización. Por último manifestó que la rotura de la correa dentada puede ser producida por encender el motor en cambio y no hacerlo correctamente o por mal rebaje. En contrapartida, el mecánico Jorge Nowosad, ofrecido por la actora, a la pregunta de la causa que provocó el accidente señala que la posible causa de la rotura de la correa dentada fue la mala colocación por la incorrecta tensión. Ambos señalan especificaciones contradictorias que nada aportan para determinar con absoluta convicción la responsabilidad de la firma Censer S.R.L., porque ambos peritos ni siquiera estuvieron al tiempo del accidente ni en la verificación del rodado para los efectos de constatar fehacientemente la causa del accidente y las piezas dañadas así como el origen del desperfecto, limitándose a exponer, con criterios diametralmente opuestos, posibles causales que provocaron la falla mecánica, en especial sobre la correa dentada.

En ese mismo orden, las testimoniales rendidas en autos, no pudieron determinar que la demandada sea culpable de la falla mecánica, ya que tampoco estuvieron en el lugar del accidente. Las instrumentales presentadas como sustento de la demanda como el acta labrada por la Escribana del vecino país solo hacen alusión a la manifestación de la afectada y al mecánico sin la participación de la parte demandada. También los arreglos del vehículo fueron realizados todos en donde se produjo el accidente pretendiéndose comprobar la causal invocada con los instrumentos privados (recibos de dinero y una orden de trabajo supuestamente pagado) que ni siquiera fueron reconocidos como lo previene el Art.307 del C.P.C.

En definitiva, la responsabilidad civil busca reparar el daño, pero el resarcimiento como legítimo derecho debe estar dirigida contra el responsable,

situación fáctica que en autos no ha podido ser determinado debido a la escasez probatoria tendiente a ese objetivo del cual se puedan extraer los elementos para formar la convicción del juzgador al decidir el litigio o crear un convencimiento del juez acerca de la existencia o inexistencia de los hechos invocados en el proceso.

Por tanto, atento a las razones expuestas, corresponde revocar el Acuerdo y Sentencia recurrido, y en consecuencia no hacer lugar a la demanda de indemnización de daños y perjuicios promovida por la Sra. Estela Myrian Quiroga, en el sentido expresado más arriba.

En cuanto a las costas, considero que deben imponerse las de esta 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 señor Ministro Raúl Torres Kirmser prosiguió diciendo: El punto de discusión en esta instancia radica en la atribución o no de culpa a la demandada Censer S.R.L. En este sentido, se debe dilucidar si existió o no un cumplimiento deficiente en la labor del taller mecánico que tuvo a su cargo la tarea de acondicionamiento del vehículo de la actora.

Coincidimos con el Tribunal Inferior en calificar los presupuestos de la presente acción indemnizatoria en el marco de la responsabilidad contractual, y adelantamos nuestro criterio de considerar la obligación del taller mecánico, que realizó tareas de mantenimiento y acondicionamiento de un autovehículo con miras a un largo viaje, reemplazando y cambiando repuestos, como un contratación de servicios determinados, concretos, que permite conceptuarla como una obligación de las llamadas “determinadas” o “de resultados” y no simplemente “de medios.

Esta distinción no es meramente teórica, sino que tiene efectos inmediatos sobre la conjugación de las cargas probatorias de un proceso, pues frente a una obligación determinada o de resultado, a la parte proponente le basta con demostrar el incumplimiento para que pase a recaer sobre quien ha incumplido, la carga de acreditar alguna causa eximente de responsabilidad.

Es sabido que al Juzgador le corresponde sopesar y valorar las pruebas presentadas y no descartarlas por el simple hecho de ser contradictorias, como sostuvo el Juzgador de Primera Instancia. En este sentido, no consideramos escasa la actividad probatoria de la accionante, desde el momento en que fue-

ron acreditados los extremos que a ella le corresponde probar, según el objeto determinado de la obligación atribuida a la parte demandada, conforme se irá detallando a continuación.

La actora refirió en su escrito de demanda que en oportunidad de preparar su viaje de vacaciones, envió su auto al taller mecánico Censer S.R.L. con la intención de que quedara en condiciones para recorrer el trayecto desde Encarnación hasta la Provincia de Mendoza (Argentina). Siguiendo el relato de la actora, una vez en viaje y al momento de llegar a una curva pronunciada, se detuvo imprevistamente el motor del vehículo, endureciéndose la dirección y el freno, apagándose todo el instrumental y dirigiéndose al carril contrario sobre la curva, situación que colocó en grave peligro su vida y la de su menor hija que la acompañaba, pues perdió el control del automóvil. Señaló haber remolcado su auto a un taller situado en las cercanías del lugar y que el mecánico encargado del arreglo le refirió que la causa del accidente fue la rotura de la correa dentada al momento de girar el auto sobre la curva, lo que implicaba que se trataba de una correa dentada mal colocada o de un repuesto no original ni nuevo.

La parte demandada negó que el accidente se haya producido por un servicio negligente del taller, como asimismo los términos del acta notarial labrada en la Provincia de Santa Fe, Argentina, por no hallarse debidamente legalizada. Refirió, entre otras cosas, que su parte jamás desplegó una conducta ilícita ni antijurídica, de lo que surge que no puede existir daño.

En el expediente de diligencias preparatorias agregado por cuerda separada, el taller concesionario de la firma Censer S.R.L. informó que el automóvil marca Daewoo con chapa AHK 091 perteneciente a la Sra. Estela Quiroga, ingresó en fecha 03/01/04, con 96.984 Km. En la descripción de pedidos de trabajos realizada por la propietaria consta que la misma solicitó: “a) Servicio de mantenimiento para largo viaje: cambio de aceite de motor, control de correas, luces, líquidos...” (f. 20). En fecha 09/01/04 ingresó nuevamente el automóvil al taller, y en esta oportunidad consta entre los trabajos realizados, el cambio de la correa dentada (f. 21).

El hecho mismo del accidente fue acreditado con las declaraciones testimoniales de fs. 94, 95 y 99.

Con respecto al acta labrada por la Escribana Pública Susana del C. Rosso de Zottico (fs. 5/6) en la ciudad de Santa Fe (Argentina) la misma resulta válida

desde que no fue argüida de falsa ni impugnado su contenido por parte de la demandada, ya que la misma se limitó a negarle validez por la falta de legalización del documento. Como consideró el Tribunal Inferior, es aplicable al *sub examine* el Art. 25 del Protocolo de Las Leñas, en virtud del cual los instrumentos públicos emanados de un Estado Parte tendrán en el otro la misma fuerza probatoria que sus propios instrumentos públicos.

Ahora bien, con respecto al alcance probatorio del acta, cabe resaltar que solo pueden ser tenidos como ciertos los hechos constatados personalmente por la notaria, como ser que la misma se constituyó en fecha 30 de enero de 2004 en el taller mecánico ubicado en la calle 1° de mayo 1355 de la Ciudad de Santa Fe, donde encontró el automóvil de la actora, comprobando que el número de chasis era coincidente con la documentación exhibida por la Sra. Estela Quiroga. La escribana refirió haber observado el auto con el capot abierto y que presencié la entrega que realizara el mecánico de los repuestos que según este fueron retirados del auto: “junta de la tapa de cilindro, ocho válvulas de admisión y ocho de escapes, correa de distribución cortada y por escrito la orden de reparación con el detalle de lo realizado y repuestos cambiados”.

Por otro lado, en autos se produjeron dos pericias: una a propuesta de la actora y la otra, de la demandada (quedando en la incógnita por qué no fue designado un perito tercero). Los puntos de la pericia de la actora y la demandada (fs. 70 y 115, respectivamente), versaron únicamente sobre el análisis de la rotura de la correa dentada, con lo que implícitamente fue descartado -por ambas partes- que el accidente se haya debido a otra falla mecánica.

El perito Jorge Nowosak (fs.133/134), propuesto por la actora, brindó un detallado informe, al tiempo de referir que la correa dentada analizada era “nueva”, y que “la marca de la correa dentada es Daewoo, resultando ser un repuesto original y óptimo” (Punto 1). Estas aseveraciones confieren credibilidad al informe, desde el momento que podrían presentarse adversas a la parte proponente.

Con respecto a las posibles causas que pudieron provocar el accidente, refirió: “...Sin embargo y analizando las posibles causas de la rotura concluyo que la mala instalación de la correa, por la incorrecta tensión en la colocación de la misma fue la causa que generó el corte de la correa de la forma ocurrida, más aún cuando se aprecia de la correa que no tiene defectos de fábrica”(Punto 3). Dijo, además, que “en este tipo de vehículos el intervalo para comprobar y

ajustar una correa dentada es de 30.000 km o 2 años; y en cuanto al tiempo para ser sustituida es de 60.000 km o 4 años”. (Punto 4). “Definitivamente la mala instalación de la correa dentada es una de las principales causas de su rotura y su mala colocación deriva generalmente del incorrecto tensado de la misma; habiendo mala tensión se produce la rotura de la correa tras su uso, generando ello que la misma se salga de punto, cortándose el funcionamiento del vehículo, endureciéndose la dirección hidráulica, el freno y apagándose todo el instrumental. Siendo entonces sus consecuencias la pérdida del dominio del rodado y la rotura del motor” (sic) (Punto 5).

Tenemos hasta aquí, que existe plena coincidencia entre el relato de la actora y el informe pericial sobre el modo en que se produjo el accidente, pues aquella señaló que al llegar a una curva el motor se detuvo en forma imprevista, se endurecieron la dirección y el freno y se apagó el instrumental. El perito describió idénticos efectos para el caso en que se rompe la correa dentada de un vehículo.

El Sr. Alfredo Maldonado, quien tuvo a su cargo el trabajo de mantenimiento en el taller de Censer S.R.L., al ser preguntado sobre cómo reacciona un automóvil en funcionamiento en caso de corte de la correa dentada señaló en el mismo sentido: “se detiene el motor” (f 91).

La declaración testifical del Sr. Carmelo Argento, quien habría tenido a su cargo la gestión de la compra de los repuestos en la ciudad de Mendoza (Argentina) también es congruente con lo que se viene exponiendo: “...ya en esta oportunidad este señor –refiriéndose al mecánico que tuvo a su cargo el arreglo del automóvil– mucho mas explícito que antes pudimos dialogar la rotura de la correa dentada de distribución, que fue la causante del desastre, y lo dijo muy categóricamente, esto ha sido producido por la mala tensión de montaje de la correa, que según el Manual debe realizarse con mucha precisión, demostrado su rotura por esa misma causa por una mala praxis de mecánica que a los 800 kilómetros se había roto la correa, que normalmente dura 50.000 a 60.000 kilómetros y nunca se sacan rotas, sino por el normal uso o vida de la correa de distribución, más aún el mecánico dijo, que al pararse el motor el sistema de vacío correspondiente a los frenos y al embriague hidráulico, quedaron sin freno y embrague, con todo el peligro, que podía haberse estrellado el vehículo, con las consecuencias graves de un accidente de tránsito” (sic) (f. 94).

Mientras tanto, el perito propuesto por la parte demandada, Sr. Ramón González, se limitó a informar que un motor Daewoo con la correa dentada mal colocada no podría haber arrancado, pero sin proporcionar más precisiones al respecto. Igualmente manifestó que pueden existir otras causas de rotura de la correa, como intentar encender el motor sobre cambio, no hacerlo correctamente (empujando), o realizando un mal rebaje del cambio (f. 126).

De las probanzas analizadas se tiene acreditado que: a) El accidente se produjo por la rotura de la correa dentada; b) Este repuesto fue cambiado por el taller Censer en ocasión de que la actora dejó su auto para mantenimiento y acondicionamiento para un viaje de vacaciones; c) La pieza reemplazada era un repuesto nuevo y original; d) En un automóvil como el de la Actora, la correa dentada tiene una vida útil de por lo menos 40.000 a 60.000 km; e) La rotura de la correa se produjo a los 800 km.

Un dato que no debe pasar desapercibido es que la actora, Sra. Estela Quiroga, encomendó su auto al taller a fin de que se le practique un mantenimiento con el especial encargo de que debía realizar un viaje largo. Cabe destacar también que la actora tomó el cuidado de no llevar su auto a cualquier taller mecánico, sino al mismo concesionario de la marca, como manifestó en su absolución de posiciones: “Se supone que Censer es la empresa que tiene la representación de Daewoo, se supone que yo voy a confiar que me ponen repuestos originales, por eso lo llevé a Censer o si no lo hubiera llevado a otro mecánico” (sic), 6ª posición, f. 106.

Pero la rotura del repuesto reemplazado se produjo mucho antes de lo estimablemente previsible, ya que debiendo soportar en condiciones normales 40.000 a 60.000 km, se ha roto a los 800 km. La causa de este irregular comportamiento fue –según la pericia apuntada– el defecto en la colocación debido a la mala tensión de la correa y no una falla del repuesto en sí.

Como manifestáramos líneas arriba, la obligación del taller mecánico en el caso que nos ocupa, es claramente de resultados y no de medios, pues su obligación no se agota simplemente en desplegar una labor diligente y prudente –como sería el consabido caso del médico que no puede asegurar a su paciente que sanará indefectiblemente siguiendo tal o cual tratamiento–. Estimamos que el taller mecánico debe asegurar que la pieza sustituida o arreglada funcione, cuando menos, lo estimablemente previsible.

Es esta calificación del tipo de obligación asumida por el taller, la que nos lleva indefectiblemente al convencimiento de que la actividad probatoria de la

accionante se ajustó a derecho, pues a ella le bastaba demostrar el incumplimiento de la obligación asumida por el taller. Acreditado este extremo, existe una inversión de la carga probatoria y es el deudor quien debe probar para verse liberado de responsabilidad, alguna circunstancia eximente, situación que no se dio en el desde el momento en que la demandada se limitó a negar los hechos y no alegó ni produjo prueba alguna en ese sentido. En otras palabras, era la parte demandada quien debía acreditar que el repuesto se rompió por otras causas no imputables a su labor, como ser por caso fortuito, fuerza mayor o culpa de la víctima.

Los autores Trigo Represas y López Mesa señalan al respecto: “En las obligaciones de “fines” o “determinadas” al acreedor le basta con establecer que no se obtuvo el resultado debido y nada más; correspondiendo en todo caso al deudor para poder liberarse, la acreditación de que cumplió o bien de que medió una causal de exoneración de responsabilidad: un caso fortuito o que el incumplimiento provino de una causa ajena a él”. (“Tratado De La Responsabilidad Civil”, Tomo II, Edit. La Ley, 1ª Edic. , Buenos Aires, pág. 141).

Con respecto al justiprecio de los daños, el Tribunal Inferior estableció la suma reclamada de Diez y siete millones ochocientos setenta mil novecientos sesenta y tres Guaraníes (17.870.963 Gs.) aplicando la facultad acordada en el Art. 452 del Código Civil ante la falta de reconocimiento de firmas de las facturas agregadas a fs. 3 y 4 y la insuficiencia del acta notarial de fs. 5/6 para probar las erogaciones realizadas. Esta suma comprende los siguientes gastos: a) previos al viaje (1.593.963 Gs.), b) como consecuencia del daño (13.277.000 Gs.) y c) días de vacaciones no disfrutadas (3.000.000 Gs.).

Por nuestra parte y también de conformidad al Art. 452 del Código Civil, estimamos ajustada a derecho la suma de Catorce millones ochocientos setenta mil novecientos sesenta y tres Guaraníes (14.870.963 Gs.) en concepto de daños materiales, con los intereses en el modo que fueron establecidos en Segunda Instancia. Se excluyen los días de vacaciones reclamados por resultar impreciso y vago el cálculo de 1.000.000 Gs. por día realizado por la accionante.

Con respecto al daño moral, que en el Acuerdo recurrido se fijó según el voto de la mayoría en la suma de Cinco millones de Guaraníes (5.000.000 Gs.), creemos procedente este rubro y acertado el monto, habida cuenta que la accionante perdió la posibilidad de disfrutar el tiempo previsto para sus vacaciones en compañía de su hija, con la frustración lógica que este hecho puede

generar. Es oportuno señalar aquí que el uso y goce de los días de descanso laborales están garantizados por la misma Constitución Nacional. De las declaraciones testificales de fs. 94, 95 y 99 se tiene que la Sra. Estela Myriam Quiroga debió permanecer, a raíz del accidente, en una ciudad alejada a la del destino escogido, acongojada por lo sucedido y angustiada por los gastos que le ocasionaría la reparación del vehículo, situaciones que necesariamente debieron ocasionar en su ánimo alteraciones disvaliosas que merecen ser atendidas y reparadas a través de un equivalente económico.

Por lo expuesto, corresponde confirmar el apartado 2º del Acuerdo y Sentencia N°171 de fecha 28 de setiembre de 2007 y modificar el apartado 3º en el sentido de hacer lugar a la demanda promovida por la Sra. Estela Myriam Quiroga y condenar a la demandada al pago de la suma de diez y nueve millones ochocientos setenta mil novecientos sesenta y tres Guaraníes (19.870.963 Gs) y más los intereses en la forma establecida en el citado apartado. Las costas de esta instancia deben ser impuestas a la perdedora, de conformidad al principio general estatuido en el Art. 192 del Código Procesal Civil. Es mi voto.

A su turno el Ministro Cesar Antonio Garay, prosiguió diciendo: Que se adhiere al voto del Ministro Raúl Torres Kirmser por los mismos argumentos.

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

RESUELVE: Declarar Desierto, el Recurso de Nulidad. Confirmar, el apartado Segundo del Acuerdo y Sentencia Número 171/07/01, que dictó en fecha 28 de septiembre del 2.007, el Tribunal de Apelación, Primera Sala, de la Circunscripción Judicial de Itapúa en el sentido de acoger favorablemente la Demanda. Modificar, el Acuerdo y Sentencia Número 171/07/01, de fecha 28 de septiembre del 2.007, dictado por el Tribunal de Apelación, Primera Sala, de la Circunscripción Judicial de Itapúa, en su apartado Tercero, de acuerdo a lo establecido en el exordio de la presente resolución. Imponer las Costas de ésta Instancia a la Parte vencida. Anotar, registrar y notificar.

Ministros: Torres Kirmser, Bajac Albertini, Garay Zuccolillo.

Ante mí: Karina Penoni de Bellasai- Secretaria Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 505

Cuestión debatida: Someter a consideración de la Corte a través de la presente acción para analizar el vacío legal que surge a partir de la promulgación de la ley impugnada ley N° 2248 /2003, al eliminar la competencia atribuida a la Segunda Sala del Tribunal de Cuentas consistente en juzgar las cuentas que deben rendir las instituciones públicas que administran fondos públicos en virtud del Presupuesto General de la Nación, limitando a ambas Salas a entender en los juicios contencioso-administrativos.

TRIBUNAL DE CUENTAS. Competencia.

La Convención Nacional Constituyente no se centró en que el Tribunal de Cuentas es de carácter contencioso-administrativo o un órgano jurisdiccional juzgador de las ejecuciones presupuestarias de los entes públicos, sino se referían al mismo como lo que se conoce que le compete: considerar y juzgar todos aquellos documentos o comprobantes que justifiquen legalmente la correcta inversión, administración y recaudación de fondos públicos.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Atribuciones de la Contraloría General de la República. TRIBUNAL DE CUENTAS. Competencia.

La Contraloría General de la República es un órgano administrativo que al culminar su trabajo emite un dictamen de carácter no vinculante, pues no hace cosa juzgada y no tiene poder sancionador, dicho dictamen debe ser remitido al Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, para su juzgamiento, es decir, donde se inicia la etapa procesal en al cual se debe observar la garantía constitucional del debido proceso, a fin de dirimir la responsabilidad del agente ejecutor del presupuesto a través de los mecanismos establecidos por la ley presupuestaria.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Atribuciones de la Contraloría General de la República. TRIBUNAL DE CUENTAS. Competencia.

La ley N 2248/03 al derogar las prescripciones que se oponen a ella-juzgamiento de la rendición de cuentas-conduce a la impunidad, la misma no establece el órgano jurisdiccional competente para juzgar las cuentas de las instituciones públicas que administren fondos del Estado.

TRIBUNAL DE CUENTAS. Competencia.

La ley N° 2248/03, al eliminar la competencia que tenía la segunda sala del Tribunal de Cuentas, el manejo del control de cuentas de las instituciones públicas queda sin poder ser juzgadas por un Tribunal, que una vez judicializada la cuestión, sometía a las personas físicas o jurídicas a ejercer su derecho a la defensa en el marco del debido proceso. Circunstancia esta que al no poder ejecutarse, vulneran las garantías constitucionales contempladas en los Arts. 16, 17, 46 y 47 de la Carta Magna.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Atribuciones de la Contraloría General de la República.

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

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Atribuciones de la Contraloría General de la República. TRIBUNAL DE CUENTAS. Competencia.

Con la creación de la Contraloría General de la República, a quien se atribuyó las funciones de control que anteriormente lo realizaba la Contaduría general, lo correcto hubiese sido que se dictara una ley que reglamente la competencia del Tribunal de Cuentas acorde con los cambios constitucionales realizados en relación con el control de la ejecución presupuestaria.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Atribuciones de la Contraloría General de la República. TRIBUNAL DE CUENTAS. Competencia.

La Contraloría cumple un rol eminentemente administrativo, pues si los actos administrativos ejecutados por los organismos y entidades sujetas a control fueren aceptados por aquella, sus antecedentes no pasarían a la Segunda Sala del Tribunal de Cuentas, pero cuando fueran rechazadas esas rendiciones, debería ser remitidas a esta para su judicialización, con la observancia de las garantías constitucionales del debido proceso que no lo puede hacer la Contraloría.

CSJ. Sala Constitucional.03.11.10. “Acción de Inconstitucionalidad: Felipe Ramón Huerta Delgado y Andresa Rojas De Canclini c/ Arts. 1, 2 Y 3 De La

Ley N° 2248/2003 Del 09/10/2003, “Que Modifica El Art. 30 De La Ley N° 879 - Código De Organización Judicial”. Año: 2004 – N° 362. (Ac.y Sent.N° 505)

CUESTIÓN:

¿Es procedente la acción de inconstitucionalidad deducida?

A la cuestión planteada el doctor Núñez Rodríguez dijo: Se presentan ante esta Corte los Señores Felipe Ramón Huerta Delgado y Andresa Rojas de Canclini, por sus propios derechos y bajo patrocinio de Abogado, a promover acción de inconstitucionalidad contra la Ley N° 2248 “Que modifica el artículo 30 de la Ley N° 879 del 2 de diciembre de 1981m Código de Organización Judicial”, de fecha 9 de octubre de 2003.

1. Acreditan su legitimación activa para promover la presente acción según documentación acompañada a fs. 5, 6, 7 del escrito de presentación, en sus caracteres de Director Administrativo Y Financiero (Resolución N° 2352/2001 de la UNA); Ordenador de Gastos (Resolución N° 365/2001 de la UNA y Girador (Resolución N° 4404/1996 de la Una) de la Facultad De Derecho y Ciencias Sociales De La Universidad Nacional De Asunción.

2. Alegan los accionantes que se les imposibilita la rendición de cuentas ante la autoridad competente, o sea el Tribunal de Cuentas; con la ley impugnada no existe en la República del Paraguay una institución jurisdiccional donde las autoridades públicas, las reparticiones, empresas, establecimientos públicos que invierten o administran bienes o valores de propiedad del Estado rindan cuenta en forma documentada y cuya valoración y decisión tenga autoridad de cosa juzgada.

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

4. La Ley N° 2.248/03 establece en su Artículo 1°: “Modificase el Artículo 30 de la Ley N° 879 del 2 de diciembre de 1981 “Código de Organización Judicial”, que queda redactado de la siguiente forma: “Art. 30: El Tribunal de Cuen-

tas se compone de dos Salas, integradas con tres miembros cada una, denominada en adelante Primera y Segunda Sala. Compete a ambas salas entender, exclusivamente, en los juicios contencioso-administrativo, en las condiciones establecidas por la Ley de la materia”; Artículo 2º: “La distribución de los expedientes obrantes en la Primera Sala queda a cargo de la Corte Suprema de Justicia”; Artículo 3º: “Quedan derogadas todas las disposiciones opuestas a la presente Ley”.

5. La acción debe prosperar.

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

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

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

trar al Tribunal de Cuentas, los datos, antecedentes, comprobantes, documentos originarios o copias que le fueran necesarios y pidiesen.

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

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

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

12. Por su parte, el artículo 19 de la Ley 276/94 “Orgánica y Funcional de la Contraloría General de la República”, dispone: “El control y fiscalización que la Contraloría ejerce sobre las Instituciones de conformidad a la Constitución Nacional y esta Ley, serán sin perjuicio de las facultades que correspondan a otros organismos e instituciones del Estado como el Tribunal de Cuentas, 2^a.”

Sala, a los que por ley se asignen potestades de control y fiscalización”. Si bien es cierto que del texto de ésta disposición legal tendríamos que ambas Instituciones cumplen las mismas funciones, ello no es así porque el control y fiscalización de la ejecución presupuestaria que ejerce la Contraloría General *es a priori*, mientras que la realizada por el Tribunal de Cuentas es *a posteriori*.

13. En efecto, de acuerdo a los artículos 153 y 154 de la Ley de Organización Administrativa el control de legalidad *a posteriori* realizado por el Tribunal de Cuentas, consistía en verificar que las partidas estén conforme a las leyes, si están previstas en el presupuesto, y si los fondos están bien imputados. De igual modo establecía el procedimiento a seguir si existía alguna observación en la rendición de cuentas, hasta el dictamiento de sentencia, en virtud de la cual podía compeler al rindente de cuentas al pago de la cantidad juzgada como no justificada. Sin embargo, la norma legal impugnada al eliminar esta facultad que tenía la Segunda Sala del Tribunal de Cuentas, las rendiciones de cuentas que fueren realizadas por las instituciones obligadas a ella, y a las cuales se formulen objeciones por el órgano contralor, quedaran sin ser juzgadas, pues no existe una disposición legal que reglamente dicha falencia.

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

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

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

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

18. En atención a lo señalado, constantemente se hace referencia a que las atribuciones del Tribunal de Cuentas se superponen a las actuaciones de la Contraloría General de la República, pero el examen minucioso de las disposiciones legales que los rige nos lleva a la conclusión de que ello no es así. La Contraloría General de la República es un órgano administrativo que al culminar su trabajo emite un dictamen de carácter no vinculante, pues no hace cosa juzgada, y no tiene poder sancionador. Dicho dictamen, debe ser remitido al Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, para su juzgamiento, es decir, donde se inicia la etapa procesal en la cual se debe observar la garantía constitucional del debido proceso, a fin de dirimir la responsabilidad del agente ejecutor del

presupuesto a través de los mecanismos establecidos por la ley presupuestaria, de acuerdo al procedimiento contemplado en la Ley de Organización Administrativa. La Ley N° 2248/03, al derogar las prescripciones que se oponen a la establecida en ella –juzgamiento de la rendición de cuentas- conduce a la impunidad, porque la misma no establece el órgano jurisdiccional competente para juzgar las cuentas de las reparticiones, empresas y establecimientos públicos o personas que administren fondos del Estado.

19. Si bien es cierto que por mandato constitucional y las leyes pertinentes, la Contraloría General de la República debe elevar al Congreso Nacional un informe con relación a la gestión presupuestaria, la administración de los fondos y el movimiento de los bienes, ello solo constituye un elemento fundamental para determinar las posibles directrices políticas a implementarse en representación del pueblo en el ejercicio fiscal del año siguiente, de manera a cumplir con los fines políticos y sociales que tiene el Estado. De este modo, los citados órganos estatales carecen de competencia para juzgar las cuentas en sustitución del órgano jurisdiccional. Consecuentemente, la Ley N° 2248/03 al eliminar la competencia que tenía la segunda sala del Tribunal de Cuentas, el manejo del control de cuentas de las instituciones públicas queda sin poder ser juzgadas por un Tribunal, que una vez judicializada la cuestión, sometía a las personas físicas o jurídicas a ejercer su derecho a la defensa en el marco del debido proceso. Circunstancia ésta que al no poder ejecutarse, vulneran las garantías constitucionales contempladas en los Arts. 16, 17, 46 y 47 de la Carta Magna.

20. Al respecto traemos a colación al Art. 82 de la Ley N° 1535/99, que dice: “Las autoridades, funcionarios y, en general, el personal al servicio de los organismos y entidades del Estado a que se refiere el Artículo 3° de esta ley que ocasionen menoscabo a los fondos públicos a consecuencia de acciones u omisiones contrarias a sus obligaciones legales, responderán con su patrimonio por la indemnización de daños y perjuicios causados, con independencia de la responsabilidad disciplinaria o penal que les pueda corresponder por las leyes que rigen dichas materias”. En cuanto a la responsabilidad disciplinaria o penal que pueda corresponder, no cabe duda que las mismas se regirán por las disposiciones legales de la materia. Pero a partir de la promulgación de la ley impugnada, surge el inconveniente en cuanto a la acción civil que deberá promoverse contra el sujeto obligado, porque por un lado se someterá a la Ju-

jurisdicción Civil la legalidad de las rendiciones de cuentas que surjan del dictamen que realice la Contraloría General, y en la cual no se dió participación al supuesto sujeto obligado, quien tiene derecho a ejercer su defensa en relación con los hechos que se le impute.

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

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

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

24. Como ya señalamos más arriba, aparentemente el Tribunal de Cuentas se habría abrogado atribuciones que no eran de su competencia, porque

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

25. En efecto, la Contraloría cumple un rol eminentemente administrativo, pues si los actos administrativos ejecutados por los organismos y entidades públicas sujetas a control fueren aceptados por aquélla, sus antecedentes ya no pasarían a la Segunda Sala del Tribunal de Cuentas, pero cuando fueran rechazadas esas rendiciones, deberían ser remitidas a ésta para su judicialización, porque el tema fundamental está en la judicialización del proceso, dentro del cual deben observarse las garantías constitucionales del debido proceso, que no lo puede hacer la Contraloría.

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

27. Por las consideraciones expuestas, consideramos que corresponde Hacer Lugar a la presente Acción de Inconstitucionalidad promovida por los accionantes declarando la inaplicabilidad de los Artículos 1, 2 y 3 de la Ley N° 2248/2003, de conformidad al Art. 555 del C.P.C. Asimismo se ordena el levantamiento de la medida de suspensión de efectos dispuesta por A.I.N° 271 del 18 de marzo de 2004, a fs. 29. Es mi voto.

A sus turnos los doctores Blanco y Bajac Albertini, manifestaron que se adhieren al voto del Ministro preopinante, Doctor Núñez Rodríguez, por los mismos fundamentos.

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

RESUELVE: Hacer Lugar a la acción de inconstitucionalidad promovida y, en consecuencia, declarar la inaplicabilidad de los Artículos 1, 2 y 3 de la Ley N° 2248/2003, en relación a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción, de conformidad al Art. 555 del C.P.C. Ordenar el levantamiento de la medida de suspensión de efectos dispuesta por A.I.N° 271 del 18 de marzo de 2004, a fs. 29. Anotar, registrar y notificar.

Ministros: Víctor Manuel Núñez Rodríguez, Sindulfo Blanco y Miguel Oscar Bajac Albertini, quienes integran la sala por inhibición del doctor Antonio Fretes y en reemplazo del doctor José V. Altamirano Aquino.

Ante mí: Héctor Fabián Escobar Díaz, secretario judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 543

TRIBUNAL DE CUENTAS. Competencia.

Si bien el Tribunal de Cuentas tiene la facultad de rechazar in limine la demanda promovida por no darse los requisitos formales de admisibilidad, dicha facultad debe ser enmarcada dentro del proceso en su conjunto y no puede obviarse el principio de preclusión

TRIBUNAL DE CUENTAS. Competencia.

El Tribunal de Cuentas no puede hacer uso de dicha facultad (rechazar in limine la demanda) en cualquier etapa del proceso, ya que al traerse a la vista copias autenticadas de los antecedentes administrativos y la posterior contestación de la demanda, se ha trabado la litis y la causa únicamente puede finalizar con el dictado de la sentencia definitiva por parte del Tribunal resolviendo el fondo de la cuestión, sobre la base de probanzas realizadas en el expediente judicial.

JUEZ INSTRUCTOR. SUMARIO ADMINISTRATIVO. Indefensión. Principio Acusatorio.

La jueza instructora al incorporar al sumario administrativo otros hechos no previstos en la resolución que determinó su marco investigativo, violó el mandato otorgado por el Ministerio, pues procedió a investigar cuestiones para las cuales no estaba facultada legalmente. Si la misma durante el transcurso del sumario advertía la existencia de otras faltas por parte del sumariado, debía pedir al Ministerio (mandante) la ampliación de sumario, o la instrucción de un nuevo sumario, pero no ponerse per se a investigarlos, sin tener un marco legal que la resguarde.

JUEZ INSTRUCTOR. SUMARIO ADMINISTRATIVO. Indefensión. Principio Acusatorio.

La cuestión introducida irregularmente en el sumario para sancionar al recurrente, viola de esta manera el principio acusatorio a la imposición de sanciones disciplinarias por causa distintas a las que aparecen en la resolución sumaria.

CSJ. Sala Penal.11.11.10. “Nery Alberto Zorrilla C/ Resolución N° 55 de fecha 26 de octubre de 2004 del Juzgado de Instrucción y La Resolución de fecha 30 de marzo Del 2005 De la Dirección General de Asesoría Jurídica Del M.E.C.”(Ac. y Sent. N° 543).

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?

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

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

A la primera cuestión planteada, la Ministra Alicia Pucheta de Correa, dijo: El recurrente no fundamentó expresamente el recurso de nulidad, pudiendo sus agravios ser analizados al momento de estudiar la apelación. Por lo demás, no se advierten en el fallo recurrido vicios o defectos que justifiquen la declaración de nulidad, en los términos autorizados por los Arts. 113 y 404 del Código Procesal Civil. Por lo tanto, corresponde desestimar el recurso de nulidad impetrado. Es mi Voto.

A sus turnos, los Ministros Blanco Y Bajac manifiestan que se adhieren al voto de la Ministra proopinante por sus mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada, la Ministra Alicia Pucheta de Correa, prosiguió diciendo: El Tribunal de Cuentas, Primera Sala, por Acuerdo y Sentencia N° 53 de fecha 03 de junio de 2009, resolvió: “1. Declarar de Oficio la

Prescripción de la Acción Contencioso-Administrativa entablada por el señor Nery Alberto Zorrilla en el Expediente Caratulado “Nery Alberto Zorrilla C/ Resolución N° 55 de fecha 26 de octubre de 2004 del Juzgado de Instrucción; y la Resolución de fecha 30 de marzo de 2005 de la Dirección General de La Asesoría Jurídica Del M.E.C.” (Expte. N° 210, Folio 125, Año 2005), y en consecuencia, no hacer Lugar a la demanda promovida por el mismo, conforme a los fundamentos expuestos en el exordio del presente Acuerdo y Sentencia. 2. Imponer las costas de esta instancia a la parte perdedora. 3. Anotar.

El apelante al momento de fundamentar el recurso impetrado (fs.81/188) expresó entre otras cosas: “...En la página 10 (tercer párrafo) del Acuerdo y Sentencia recurrido, alega el Tribunal de Cuentas que el 2 de noviembre de 2004 fue la fecha en que se me notificó la resolución definitiva de la jueza instructora de la Dirección General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Educación y Cultura (M.E.C.) en la cual se me sancionaba con la destitución como docente del MEC. (...) Como bien puede constatarse en el expediente administrativo a fojas 297 y 299 la Notificación de la resolución definitiva por parte de la jueza sumariante fue realizada mediante Telegrama Colacionado. Dicha forma de notificación está expresamente regulada por el Art. 139 del CPC, en cuyo tercer párrafo establece que “La constancia oficial de la entrega del telegrama en el domicilio del destinatario establece la fecha de notificación”. La Excm. Corte podrá constatar que dicho documento (la constancia de entrega del telegrama) no fue agregado al expediente, por la sencilla razón que nunca llegó a destino. (...) El Tribunal de Cuentas, Primera Sala, cometió un error al considerar la fecha de emisión del telegrama como la fecha a partir del cual corre el plazo para recurrir. (...) En este mismo error cayó la máxima autoridad administrativa del MEC, cuando recurrí planteando un recurso de reconsideración. Su representante el Director General de la Dirección de Asesoría Jurídica sostuvo que estaba a destiempo mi recurso de reconsideración por considerar también la fecha de emisión del telegrama (2 de noviembre del 2004) como la fecha válida de recepción, sin que exista constancia alguna de su acuse de recibo. Si presenté mi recurso de reconsideración el 23 de noviembre de 2004, fue porque recién en esa fecha me enteré de la resolución definitiva y sólo porque fui a revisar mi sumario administrativo para saber si ya se dictó sentencia. Sin embargo, el Director de Asesoría Jurídica del MEC rechazó mi recurso de reconsideración el 30 de marzo del 2005, por considerar que fue

presentado a destiempo. Y en fecha 6 de abril del 2005 recurro al Tribunal de Cuentas, Primera Sala, que después de casi 3 años de haber estado en autos para sentencia, ¡me sale con el mismo cuento! Por esa razón recurro a la Excm.a Corte pidiendo que corrija este error de considerar la fecha de emisión del telegrama como la fecha válida de notificación y de enmendar recalcando que la fecha válida de la notificación por telegrama colacionado es la fecha de recepción del telegrama que se verifica cuando se agrega al expediente el acuse de recibo de dicho telegrama.

El representante convencional del Ministerio de Educación y Cultura contesta el traslado en los términos del escrito que rola a fs. 96/98 manifestando, en apretada síntesis, que el agravio del recurrente respecto al medio de notificación empleado –el telegrama colacionado– y la fecha de la misma, carece de fundamento ya que durante todo el sumario administrativo el mismo tuvo conocimiento de los actos procesales a través de las notificaciones por dicho medio y no puede considerar válidas solamente las notificaciones favorables a sus intereses. Prosigue expresando que no consta en el expediente que el Sr. Zorilla haya solicitado al Tribunal inferior se libre oficio a COPACO a fin de remitir el acuse de recibo del telegrama colacionado cuestionado. Finalmente, en base al cómputo realizado por el A-quo para declarar la prescripción de la acción contenciosa administrativa, solicita el rechazo de los recursos y la confirmación del Acuerdo y Sentencia N° 53 del 03 de junio del 2009 dictado por el Tribunal de Cuentas, Primera Sala.

El Tribunal de Cuentas, Primera Sala, basa su decisión en que “...corresponde resolver previamente la primera cuestión traída a nuestro estudio y consideración, porque si bien es cierto que la excepción de prescripción de la acción, interpuesta por la demandada –como artículo de previo y especial pronunciamiento-, podría haber quedado resuelta en los términos (...) del auto interlocutorio –A.I. N° 31– de fecha 22/febrero/2006, que rola a fs. 30 de estos autos, por el cual el Tribunal resolvió “Tener por operada la caducidad de la excepción”, entiendo en que el fondo de la prescripción no fue resuelta, siendo deber del Tribunal expedirse de oficio sobre el mismo...”.

A partir de los fundamentos expuestos en el párrafo ut-supra transcrito, el inferior se considera autorizado para estudiar de oficio –al momento de dictar sentencia en la causa– si el derecho del actor a presentar la acción contencioso-administrativa ha prescripto o no, para lo cual a renglón seguido analiza

las actuaciones en la instancia administrativa y el cómputo del plazo previo a la presentación de la acción contencioso-administrativa por parte del Sr. Nery A. Zorrilla, para, en consecuencia, declarar de oficio la prescripción de la presente acción.

Pasando al análisis de las constancias del expediente, tenemos que por proveído de fecha 15 de junio de 2005, obrante a fs. 15 vlto, el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, con los antecedentes administrativos a la vista, tuvo por iniciada la demanda contencioso-administrativa promovida y se corrió traslado de la demanda para que la conteste dentro del plazo de ley.

Posteriormente, por proveído de fecha 29 de julio de 2005, obrante a fs. 28 vlto., el Tribunal dispuso que de la excepción de prescripción planteada se corra traslado a la actora por todo el plazo de ley, dictando en fecha 22 de febrero de 2006 el A.I. N° 31 por el cual se tuvo por operada la caducidad de la excepción (fs. 31).

Por providencia de fecha 20 de abril de 2006, que rola a fs. 34 de autos, el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, declaró su competencia para entender en el presente juicio, y existiendo hechos que probar, ordenó recibir la causa a pruebas por todo el término de ley.

Por diversas providencias, el mismo Tribunal admitió las pruebas ofrecidas, tanto por la actora (fs. 36) como por la demandada (fs. 38 vlto.), ordenó el cierre del periodo probatorio (fs. 44 vlto.), así como tuvo por agregados los escritos de memorial de ambas partes (fs. 50 vlto. y 55 vlto.).

Los antecedentes de la causa así relatados, acreditan que el juicio se desarrollaba regularmente, dentro de un proceso contradictorio, donde las partes gozan de un amplio campo para litigar, diligenciar pruebas y alegar al Tribunal los fundamentos que favorezcan a sus intereses respectivos, lo que en autos se ha dado a través de las distintas etapas procesales, con lo cual se denota el desarrollo normal del proceso.

La Ley N° 1462 del 18 de julio de 1935 “Que establece el procedimiento para lo contencioso administrativo”, en la substanciación del juicio la remite a las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles y Comerciales (actual Código Procesal Civil), de la Ley Orgánica de los Tribunales (Código de Organización Judicial) y a las leyes especiales sobre la materia, a tenor de su Artículo 5°.

Si bien el Tribunal de Cuentas tiene la facultad de rechazar in límine la demanda promovida por no darse los requisitos formales de admisibilidad (como

por ejemplo en el caso, la promoción extemporánea de la acción), dicha facultad se halla enmarcada dentro del proceso en su conjunto y no puede obviarse uno de los fundamentos de éste, cual es el principio de preclusión. Es lo que normativamente prescribe el art. 103 del C.P.C.: “Clausurada una etapa procesal, no es posible renovarla, aunque haya acuerdo de partes. Por la cosa juzgada se opera la preclusión del proceso”.

El Tribunal de Cuentas no puede hacer uso de dicha facultad en cualquier etapa del proceso, ya que al traerse a la vista copias autenticadas de los antecedentes administrativos y la posterior contestación de la demanda, se ha trabado la litis y la causa únicamente puede finalizar con el dictado de la sentencia definitiva por parte del Tribunal resolviendo el fondo de la cuestión, sobre la base de las probanzas realizadas en el expediente judicial y al saber y entender de sus integrantes.

Lógicamente, existen otros modos de terminación de los juicios, como ser la caducidad de la instancia, el desistimiento de la acción, las excepciones perentorias, pero son éstas situaciones que no se dan en el caso particular. Admitir que luego de 4 años y 2 meses del desarrollo regular del juicio a través de las distintas etapas del proceso, el Tribunal pueda declarar de oficio la prescripción de la acción contencioso-administrativa, sería atribuir facultades extraordinarias al juzgador que la ley no le otorga, y por lo demás, en directo perjuicio de los intereses de los justiciables.

En conclusión, disiento con el criterio del Tribunal de Cuentas, por no ser el modo ni la etapa procesal oportuna para declarar la prescripción de oficio de la demanda promovida, ya que al ser tenida por iniciada y corrida traslado efectivamente se le aplicó el principio *in dubio pro actione* a la misma. Salvador Villagra Maffiodo, en su obra “Principios de Derecho Administrativo” (edición abril 2008, pág. 427), nos habla sobre el aludido principio expresando: “La naturaleza del juicio contencioso-administrativo, en que se encuentra en juego no solo el interés del particular, sino también el de la legalidad de los actos de la Administración, con valor de un fin comunitario, es razón suficiente para que, en caso de duda, prevalezca la interpretación más favorable a la prosecución del procedimiento y no sea rechazada in limine la demanda a causa de defectos o detalles sin mayor relevancia jurídica.

Esta postura ha sido sostenida por la Excma. Corte Suprema de Justicia en distintos fallos, entre ellos el A.I. N° 2093 del 28 de diciembre de 1999 y A.I. N° 1353 del 16 de agosto de 2000 y a la cual nos adherimos.

En mérito al principio citado, corresponde analizar los agravios expresados por el recurrente respecto al fondo de la cuestión planteada en la instancia inferior. El Sr. Nery Alberto Zorrilla manifiesta al respecto que el “proceso administrativo fue abierto sólo para investigar si el procesado cometió acoso sexual, sin embargo la Jueza Zully Ortiz me condenó por abandono de cargo, desviándose así de la Resolución de la Ministra de Educación (...) Pero lo más grave es que en la parte resolutive no le declara culpable de acoso sexual, lo cual hace que su Resolución sea incongruente y por ende arbitraria, es decir, en su considerando la Jueza dice cuáles son las pruebas que utiliza en contra del procesado para demostrar la existencia de acoso sexual, pero en su parte resolutive no le declara culpable de acoso sexual, sino de abandono de cargo (...) Esta acción contencioso-administrativa exige el sobreseimiento, por no existir pruebas directas y cumplir así los principios constitucionales de presunción de inocencia y de “in dubio pro reo”. Todo el fundamento de la Resolución de la Jueza Zully Ortiz, se basa en conjeturas, probabilidades y meras sospechas, pero en ninguna cuestión cierta. No existen pruebas que fehacientemente hagan concluir la comisión de acoso sexual por parte del procesado.

Analizando las actuaciones en sede administrativa se debe mencionar cuanto sigue: Por Resolución N° 4477 del 9 de julio de 2004 dictada por la Ministra de Educación (fs. 105/107 de los antecedentes administrativos) se dispuso la instrucción de sumario administrativo al profesor Nery Alberto Zorrilla en base a las denuncias sobre un supuesto hecho punible contra la Autonomía Sexual-Acoso Sexual. Por A.I. N° 49 de 23 de julio de 2004 (fs. 108/109 de los antecedentes administrativos) se tuvo por iniciado el sumario administrativo al profesor Nery Alberto Zorrilla, y según se desprende claramente del considerando de la mencionada resolución, se pretende investigar si los hechos denunciados por distintas alumnas y que tuvieron eco en publicaciones periodísticas, configurarían la conducta del docente entre los Hechos Punibles contra la Autonomía Sexual previstos en el Código Penal.

En el periodo probatorio se diligenciaron distintas audiencias testificales (fs. 213/224 de los antecedentes administrativos), la declaración indagatoria del sumariado (fs. 243/246 de los antecedentes administrativos) y se adjuntaron distintos informes solicitados por la Fiscal de Educación al Juzgado de instrucción.

El Juzgado de Instrucción del 2° Turno de la Dirección General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Educación y Culto dictó la R.D. N° 55 de fecha 26

de octubre de 2004, por el cual resuelve “1° sancionar administrativamente con la Medida Disciplinaria de Segundo Orden Inciso c) destitucion al profesor Nery Alberto Zorrilla (...) por haber sido hallado culpable de los hechos tipificados en la Ley N° 1264 “General de Educación” en su artículo 136 “...son deberes de los profesionales de la educación: a) acatar las normas del sistema educativo nacional, las de convivencia y el reglamento interno de la institución en que se integran; b) respetar la dignidad, la integridad y la libertad de los alumnos y de los demás miembros de la comunidad educativa, en el marco de la convivencia; c) colaborar solidariamente en los proyectos, programas y actividades de la comunidad educativa; d) desarrollar su formación y actualizarse permanentemente en el ámbito de su profesión; y, e) los deberes contemplados en las leyes laborales y el Estatuto del Personal de la Educación...”; asimismo lo establecido en la Ley N° 1725/01 “Estatuto del Educador” en su Artículo 41 establece: Son deberes de los educadores profesionales: a) los establecidos en el Artículo 136 de la Ley General de Educación; b) asistir puntualmente a los lugares de trabajo, respetando la hora de entrada y salida que se les asigna en base a sus funciones; c) cumplir con eficiencia y eficacia las funciones que les otorga el cargo; d) respetar las normas internas institucionales en particular aquellas emanadas del Ministerio de Educación y Cultura; e) acatar las directrices de los superiores jerárquicos, relativas a servicios que no sean expresamente contrarios a las leyes y reglamentos; f) observar, dentro y fuera de la institución, una conducta ética y democrática; g) guardar el secreto profesional en todo lo que concierne a hechos e informaciones de carácter reservado, que pudiera conocer en el ejercicio de sus funciones; y, h) contribuir en su ámbito al mejoramiento de la calidad de la educación...”, la Resolución Ministerial N° 208 de fecha 20 de febrero del 2004 “Por la Cual se establecen las funciones de Directores, Vicedirectores o cargos equivalentes, Maestros de Grado y Catedráticos de los Niveles de Educación Inicial y Escolar Básica y Media, respectivamente” establece en su Artículo 1°.- Establecer las funciones de Directores, Vicedirectores o cargos equivalentes, Maestros de Grado y Catedráticos de los Niveles de Educación Inicial y Escolar Básica y Media como sigue: C.- Son atribuciones y obligaciones de los maestros de grado y catedráticos: 1) Cumplir con el calendario escolar. 2) Presentarse en la institución educativa puntualmente para iniciar sus labores y retirarse cuando haya terminado sus responsabilidades 5) Observar una conducta ética acorde con la dignidad del cargo. 20) Cumplir con las

orientaciones y disposiciones de los superiores jerárquicos cuando ella no sea manifiestamente contraria a las leyes y reglamentos; de conformidad a lo establecido en el Artículo 49.-Son medidas disciplinarias de segundo orden: Inciso c) Destitución, de la Ley N° 1.725” Conforme a los antecedentes administrativos, resulta pertinente señalar que el sumario se inició para la investigación de una falta (acoso sexual) y concluyó sancionando una falta distinta (abandono de cargo). No se dispuso la ampliación del sumario ni se notificó de la ampliación en momento alguno. Si bien las denunciantes se ratificaron en sus acusaciones (fs. 290 vlto./ 292) y se menciona en la Resolución R.D. N° 55 de fecha 26 de octubre de 2004, conforme a la copia de la Carpeta Fiscal, el inicio de las investigaciones penales en relación a la denuncia presentada contra el Profesor Nery Alberto Zorrilla (fs. 292 vlto.), estos elementos por si solos son insuficientes para demostrar que el sumariado haya incurrido en la falta que se le atribuye, conclusión a la que la misma Jueza Instructora tampoco pudo llegar en el sumario.

Del considerando de la resolución administrativa atacada, se desprende que los párrafos donde se realiza el razonamiento a fin de concluir con la sanción de destitución del sumariado son los siguientes: “Que, conforme a las documentaciones obrantes en autos el actuar del Sumariado se configura en la figura de “Abandono de cargo”, según consta en autos pues ha faltado 5 días alternados en el curso de un año (...) Que, igualmente obra a fs. 166 de autos informe remitido por la Directora General de la Escuela Nacional de Comercio N° 1 a las Supervisiones Pedagógica y Administrativa de la Zona en el cual se deja ver que el Sumariado no cumple con expresas disposiciones del MEC al no presentar a la Institución: 1. Plan Anual de actividades año 2003/2004...”.

La Jueza Instructora al incorporar al sumario administrativo otros hechos no previstos en la resolución que determinó su marco investigativo, violó el mandato otorgado por el Ministerio, pues procedió a investigar cuestiones para las cuales no estaba facultada legalmente. Si la misma durante el transcurso del sumario advertía la existencia de otras faltas por parte del sumariado, debía pedir al Ministerio la ampliación del sumario, o la instrucción de un nuevo sumario, pero no ponerse per se a investigarlos, sin tener un marco legal que la resguarde. Además, este proceder irregular se agrava, ante el hecho de que la Resolución R.D. N° 55 de fecha 26 de octubre de 2004 se basó principalmente en la cuestión introducida irregularmente en el sumario para sancionar

al recurrente, violándose de esta manera el principio acusatorio contrario a la imposición de sanciones disciplinarias por causa distintas a las que aparecen en la resolución de instrucción sumarial.

Este ha sido el criterio expuesto por la Sala Penal en distintos fallos, entre ellos el Acuerdo y Sentencia N° 857 de fecha 4 de setiembre de 2006.

En mérito a lo expuesto corresponde revocar el Acuerdo y Sentencia N° 53 de fecha 3 de junio del 2009 dictado por el Tribunal de Cuentas, Primera Sala y en consecuencia anular la Resolución R.D. N° 55 de fecha 26 de octubre de 2004 dictada por la Jueza Instructora de la Dirección General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Educación y Cultura y la Resolución de fecha 30 de marzo del 2005 dictada por el Director General de Asesoría Jurídica, de conformidad a lo expuesto en el exordio de esta resolución, imponiéndose las costas a la perdidosa, conforme al principio contenido en el art. 192 y concordantes del C.P.C.

A sus turnos, los Ministros Blanco y Bajac manifiestan que se adhieren al voto de la Ministra preopinante por sus mismos fundamentos.

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

RESUELVE:

Desestimar el recurso de nulidad. Revocar el Acuerdo y Sentencia N° 53 de fecha 3 de junio del 2009 dictado por el Tribunal de Cuentas, Primera Sala. Costas a la parte perdidosa. Anotar, registrar y notificar.

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

Ante mí: Karinna Penoni de Bellassai, Secretaria Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 547

Cuestión debatida: Primera Cuestión: de Forma: La nulidad ha sido fundada en la circunstancia de que el pronunciamiento del Tribunal de Apelaciones ha sido suscripto por un Magistrado que se había excusado de entender en el proceso. Esta peculiaridad quiso ser enmendada por la propia Cámara de Apelaciones, al anular-a través de otro Acuerdo- su propia resolución y ordenar

el dictado de otro fallo, siempre dentro de la misma instancia y por la misma Sala.

Segunda Cuestión: De Fondo: La procedencia o no de una demanda de cumplimiento de contrato derivado de una relación de seguro.

RECURSO DE NULIDAD. Procedencia del recurso de nulidad.

No se constatan vicios o defectos que obligatoriamente hagan viable declarar la nulidad de conformidad a lo dispuesto en los artículos 113 y 404 del CPC. (Voto Mayoría, del Ministro Bajac, por sus propios fundamentos).

RECURSO DE NULIDAD. Procedencia del recurso de nulidad. MAGISTRADO. Competencia de los Magistrados.

La circunstancia suscitada en esto autos violenta claramente las reglas sustantivas del derecho de forma. Un Tribunal pierde competencia para entender o resolver sobre el asunto: por ende no puede modificar o variar cualquier error, ya sea de fondo o de forma, sustantivo o adjetivo, que pudiera llegar a tener el fallo. Tales errores sólo pueden ser subsanados por la vía recursiva. (Voto Mayoría Ministro Torres K., por sus propios fundamentos).

RECURSO DE NULIDAD. Procedencia del recurso de nulidad. MAGISTRADO. Competencia de los Magistrados.

El Tribunal ha dado tratamiento a la cuestión (firma de un magistrado excusado) como si se tratase de un mero error material, subsanable por vía aclaratoria, entendiendo que tenía competencia para subsanar el vicio procesal. El hecho de que un Magistrado haya entendido y decidido en un acuerdo y sentencia, estando recusado con anterioridad, no puede interpretarse como un mero error material. (Voto Mayoría, Mtro. Torres K., por sus propios fundamentos).

RECURSO DE NULIDAD. Procedencia del recurso de nulidad. MAGISTRADO. Competencia de los Magistrados. SENTENCIA. Nulidad de sentencia. Vicios de la Sentencia.

Corresponde declarar de oficio la nulidad de una sentencia cuando adolece de vicios sustanciales en cuanto a su forma, cuando se trata de cuestiones imperativas. (Voto Mayoría, Mtro. Torres K., por sus propios fundamentos).

PROCESO CIVIL Y COMERCIAL. Nulidad en el proceso civil y comercial. SENTENCIA. Nulidad de sentencia. Vicios de la Sentencia. Abstención de la nulidad en caso de beneficio.

Las resoluciones del Tribunal presentan deficiencias formales conminadas con la sanción de la nulidad, incluso oficiosa en los términos del art. 113.

Por lo que en el caso se deberá estudiarse primeramente el fondo del asunto, vía apelación, para resolver finalmente sobre la procedencia o no de la declaración de nulidad, por la consabida regla de que cuando el colegiado pueda decidir a favor de la parte a quien aprovecha la nulidad, debe abstenerse de pronunciarla. (Voto Mayoría, ministro Torres K., por sus propios fundamentos).

PROCESO CIVIL Y COMERCIAL. Nulidad en el proceso civil y comercial. SENTENCIA. Nulidad de sentencia. Vicios de la Sentencia. MAGISTRADO. Competencia de los magistrados.

En virtud del art.163 del CPC, una vez dictada Sentencia concluye la competencia del Juzgador no pudiendo modificarla o sustituirla salvo casos previstos en ese artículo, entre ellos en recurso de aclaratoria utilizado por los del Tribunal de Apelación, los cuales no se limitaron a corregir el error material, sino que anuló su propia resolución por vicio que afectaba a la competencia de los Juzgadores (*firma de un recusado*), excediéndose con ello sus atribuciones legales. (Voto minoría del ministro Garay Z.).

MAGISTRADO. Competencia de los magistrados. Deber de excusación.

Los dos magistrados no recusados luego de anular su propia Resolución dictaron otra en su reemplazo, sin observar el deber de excusarse de seguir entendiendo por emitir opinión anterior según art.20 inc.f, del CPC.(Voto minoría Ministro Garay Z.).

COSTAS. Imposición de Costas. PROCESO CIVIL Y COMERCIAL. Nulidad en el proceso civil y comercial. SENTENCIA. Nulidad de sentencia. Vicios de la Sentencia.

Corresponde anular el Acuerdo y Sentencia, las actuaciones posteriores..Las costas deberán imponerse a la adversa a tenor del art. 408 in fine del C.P.C. (Voto minoría, Ministro Garay Z.).

PROCESO CIVIL Y COMERCIAL. Nulidad en el proceso civil y comercial. SENTENCIA. Nulidad de sentencia. Vicios de la Sentencia. REENVIO DE AUTOS.

Corresponde la devolución del expediente al Tribunal que sigue en orden de turno al que dictó la Resolución anulada, para que sea nuevamente la causa juzgada. (Voto minoría, Ministro Garay Z.).

CONTRATO. Exeptio non adimpleti contractus.

Nuestra normativa conmina a que la parte que solicita el cumplimiento

de un contrato debe probar que el incumplimiento es responsabilidad del otro contratante, y no ser responsable o contribuir en el incumplimiento.

CONTRATO. Exeption non adimpleti contractus. CONTRATO. Objeto del contrato. SEGURO. Interés asegurable

Esta excepción se materializa con las obligaciones recíprocas establecidas por los contratantes, además no debemos dejar de lado que, el cumplimiento de las obligaciones contraídas en el contrato de seguro por parte de la actora, es requisito necesario para la acción, y esta falencia debería aparejar la improponibilidad objetiva de la demanda.

CONTRATO. Exeption non adimpleti contractus.

La Exeption non adimpleti contractual, se halla incorporada en toda relación contractual, por los principios de interrelación, interdependencia, y reciprocidad de las prestaciones.

CONTRATO. Objeto del contrato. SEGURO. Interés asegurable.

El objeto del contrato de seguro es el riesgo si existe interés asegurable.

CONTRATO. Objeto del contrato. SEGURO. Interés asegurable.

De la ilicitud del interés (un rodado), se predica la inasegurabilidad del mismo o, ya perfeccionado el contrato, su nulidad.

CSJ. Sala Civil y Comercial. 12.11.10. “Mario Victor Raúl Dolsa Ocampos c. Aseguradora del Este de Seguros y Reaseguros s. Demanda Ordinaria por Incumplimiento de contrato e Indemnización de daños y perjuicios” (Ac. y Sent. N° 547)

CUESTIONES:

¿Es nula la Sentencia apelada?

En caso contrario, está ella ajustada a Derecho?

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

A la primera cuestión planteada el Ministro Miguel Oscar Bajac dijo: El recurrente ha fundado el recurso de nulidad manifestando entre otras cosas que la resolución recurrida no se ha fundado, y que los Miembros del Tribunal de Apelaciones se extralimitaron en declarar la nulidad de su propia resolución, autorizándose al mismo tiempo, de manera expresa, a “dictar un nuevo acuerdo y sentencia” para posteriormente quebrantar el artículo 163 del Código Procesal Civil y vulnerar el artículo 387 del mismo cuerpo legal. Al analizar

el fallo recurrido, no se constata vicios o defectos que obligatoriamente hagan viable declarar la nulidad de conformidad a lo dispuesto en los artículos 113 y 404 del Código Procesal Civil, en consecuencia corresponde no hacer lugar al mismo.

A su turno el ministro Raul Torres Kirmsner, manifiesta: La nulidad ha sido fundada (fs. 582/585) en la circunstancia de que el pronunciamiento del Tribunal de Apelaciones ha sido suscripto por un Magistrado que se había excusado de entender en el proceso. Esta peculiaridad quiso ser enmendada por la propia Cámara de Apelaciones, al anular –a través de otro acuerdo y sentencia- su propia resolución y ordenar el dictado de otro fallo, siempre dentro de la misma instancia y por la misma Sala –la Segunda-. Este tercer acuerdo y sentencia recaído en la instancia inferior, fue finalmente firmado por los magistrados intervinientes –que tendrían que haber intervenido desde un primer momento– en el proceso, quienes transcribieron los argumentos de la resolución primaria que ya había sido declarada nula con anterioridad.

Como acertadamente lo interpreta el recurrente, la circunstancia suscitada en estos autos violenta claramente las reglas sustantivas del derecho de forma. Sabido por todos es que un Tribunal pierde competencia al pronunciarse sobre lo que fue materia recursiva. Ello se encuentra expuesto con meridiana claridad en el art. 163 del código procesal civil, que expone que el juez, con posterioridad al pronunciamiento sobre lo que fue objeto del juicio, no podrá substituir o modificar la sentencia. Vale decir, una vez que existió pronunciamiento, y ahí se encuentra el Acuerdo y Sentencia N° 133 del 2 de diciembre de 2008 (fs. 554/559), el Tribunal pierde competencia para entender o resolver sobre el asunto: por ende no puede modificar o variar cualquier error, ya sea de fondo o de forma, sustantivo o adjetivo, que pudiera llegar a tener el fallo. Tales errores sólo pueden ser subsanados por la vía recursiva.

El Tribunal, no obstante, ha dado tratamiento a la cuestión como si se tratase de un mero error material, subsanable por vía de aclaratoria, y consecuentemente, ha entendido que tenía competencia para subsanar el vicio procesal. El hecho de que un magistrado haya entendido y decidido en un acuerdo y sentencia, estando recusado con anterioridad (f. 531), ciertamente no puede interpretarse como un mero error material. En efecto, no puede afirmarse que el magistrado “...no debió suscribir dicho acuerdo...” (f. 562 vlto.), como si la suscripción en sí pueda tomarse como un acto involuntario o reflejo. Recuérdese-

se que los miembros del Tribunal deben instruirse personalmente de los expedientes antes de celebrar acuerdo para dictar resolución. Ello implica un tiempo de estudio y análisis de la causa antes de celebrar el acuerdo. Si aún así el error se ha deslizado, éste no puede ser calificado como sencillamente material. Por otro lado, aún si lo tratáramos como un error material –que no lo hacemos-, la única vía idónea para subsanarlo según nuestro código de procedimientos es el recurso de aclaratoria. Este, como bien sabemos, en ningún caso puede alterar lo sustancial de la decisión, que es lo aquí precisamente ha acontecido al anular –y por ende, no sólo alterar lo sustancial, sino que ni más ni menos dejarlo directamente sin efecto- el acuerdo y sentencia pronunciado en primer término. A idénticas conclusiones se ha llegado tanto doctrinaria como jurisprudencialmente: “Corresponde declarar de oficio la nulidad de una sentencia cuando adolece de vicios sustanciales en cuanto a su forma, cuando se trata de normas imperativas (v.gr., normas sobre constitución del tribunal)” (Maurino, Alberto. “Nulidades Procesales”. Ed. Astrea. pág. 266. Bs. As. 2005) “Al constituir la sentencia y su aclaratoria un todo inseparable, si mediante la segunda se modifica la primera, la nulidad del auto aclaratorio produce la de la sentencia” (CCivCom Rosario, Sala III, 30/8/78, Zeus, 15-J-199).

Vemos, pues, que las tres resoluciones del Tribunal de Apelaciones, Segunda Sala, presentan deficiencias formales que son conminadas por nuestro código procesal con la sanción de nulidad, inclusive oficiosa en los términos del art. 113. Ahora bien, deberá primeramente estudiarse el fondo del asunto, vía apelación, para resolver finalmente sobre la procedencia o no de la declaración de nulidad, por la consabida regla de que cuando el colegiado pueda decidir a favor de la parte a quien aprovecha la nulidad, debe abstenerse de pronunciarla.

A su turno el ministro César Antonio Garay dijo: La Resolución impugnada es el Acuerdo y Sentencia Número 24, fecha 18 de Marzo del 2.009, dictado por el Tribunal de Apelación Civil y Comercial, Segunda Sala (fs. 564/9), integrado a la sazón con disímiles Conjuces.

El representante convencional de la Parte demandada fundó Recurso de Nulidad en los términos de su “memorial” de fs. 582/5, esgrimiendo que el Fallo recurrido debía ser anulado en razón que fue dictado como consecuencia de graves errores in procedendo. En tal sentido, aseveró que la Resolución es abiertamente arbitraria dado que fue producto de doble juzgamiento por los mismos

Conjueces y dentro del mismo pleito, afirmando que faltó competencia para resolver la cuestión, habiéndose contravenido el Artículo 163 del Código Procesal Civil.

Revisadas constancias procesales surge que la Parte actora interpuso Recursos de Nulidad y Apelación contra la S. D. N° 514, fecha 11 de Julio del 2.007, dictada por el Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial, Décimo Turno, habiéndose concedido dichos Recursos (fs. 528 vlta), radicando el expediente ante el Tribunal de Apelación Civil y Comercial, Segunda Sala (fs. 528 vlta). Por inhibición de los Magistrados Gerardo Báez Maiola y María Sol Zuccolillo Garay de Vouga, el expediente fue integrado por los Conjueces Eusebio Melgarejo Coronel (fs. 530) y Fremiort Ortiz P. (fs. 530 vlta). Posteriormente, el Magistrado Fremiort Ortiz P. fue recusado “sin expresión de causa”, razón por la cual el Juicio integraron Conjueces Juan Carlos Paredes Bordón, Eusebio Melgarejo Coronel y Linneo Ynsfrán S. (fs. 532). Sin embargo, el Acuerdo y Sentencia Número 133, fecha 2 de Diciembre del 2.008, fue suscrito por el Magistrado Fremiort Ortiz P., cuando debía serlo por el Conjuez Linneo Ynsfrán S., quien sustituyó a aquél (fs. 554/9). Ante esa anómala circunstancia, el Tribunal de Apelación Civil y Comercial, Segunda Sala, ya integrado con el Conjuez Linneo Ynsfrán S., dictó Acuerdo y Sentencia Número 17, fecha 9 de Marzo del 2.009, dejando sin efecto el Acuerdo y Sentencia Número 133, fecha 2 de Diciembre del 2.008 (fs. 562), emitiendo, posteriormente, Acuerdo y Sentencia Número 24, fecha 18 de Marzo del 2.009, según se constata de fs. 564/9.

De las constancias referidas se advierte que en el Juicio un mismo Tribunal de Apelación dictó tres Acuerdos y Sentencias. En efecto, la primera Resolución revocó la Sentencia de Primera Instancia que desestimó la demanda y confirmó el rechazo de la demanda por daño moral. La segunda, “dejó sin efecto” la primera por advertirse error material en cuanto a la firma de uno de los integrantes del Colegiado. La tercera, resolvió nuevamente la misma cuestión y en los mismos términos que la primera.

En virtud del Artículo 163 del Código Procesal Civil, una vez dictada Sentencia concluye la competencia del Jugador no pudiendo modificarla o sustituirla, salvo casos previstos en ese Artículo, entre los cuales está el de ejercer las facultades establecidas en el Artículo 387 del Código Procesal Civil, supuesto en el que se fundó el Tribunal de Apelación para dejar sin efecto el primer Fallo y dictar la Resolución objeto de Recurso.

El Artículo 387 del Código Procesal Civil establece que el Tribunal –de oficio– puede corregir error material, aclarar expresión obscura y suplir cualquier omisión, siempre y cuando no se altere lo sustancial de la Resolución objeto de aquel.

En el caso, se advierte que el Tribunal de Apelación, a través del Acuerdo y Sentencia Número 17, fecha 9 de Marzo del 2.009, no se limitó a corregir error material, sino que anuló su propia Resolución por vicio que afectada –indudablemente– un punto sustancial y esencial del Acuerdo y Sentencia Número 133, fecha 2 de diciembre del 2008, que hacía a la competencia de uno de los Juzgadores, excediéndose con ello en sus atribuciones legales concernientes a la disposición procesal que regla ese extremo.

A más de ello, los magistrados Juan Carlos Paredes Bordón y Eusebio Melgarejo Coronel, luego de anular su propia Resolución, dictaron otra en su reemplazo, sin observar el deber de excusarse de seguir entendiendo por emitir opinión anterior, según lo establecido en el Artículo 20, inciso f, del Código Procesal Civil.

Con el dictamiento del Fallo recurrido emitieron doble juzgamiento sobre una misma cuestión. Nótese que dicha Resolución es fiel reproducción a la anulada, sólo que con la firma del magistrado Linneo Ynsfrán S.

En estas condiciones y dado que las cuestiones de competencia son de eminente Orden Público, corresponde anular el Acuerdo y Sentencia Número 133, fecha 2 de diciembre del 2008 y todas las actuaciones posteriores que sean su consecuencia, según lo establece el Artículo 404 del Código Procesal Civil. Las Costas deberán imponerse a la adversa, a tenor de lo establecido en el Artículo 408 in fine del Código Procesal Civil.

Por la forma como quedó resuelta la cuestión, en Derecho no es posible la aplicación del Artículo 406 del Código Procesal Civil, correspondiendo la devolución del expediente al Tribunal que sigue en orden de Turno al que dictó la Resolución anulada, para que sea nuevamente la causa juzgada, a fin de no suprimir, inobservar ni pasar por alto la Segunda Instancia, que corresponde en Derecho.

Por último, cabe señalar que si bien quedó pendiente ante la Excma. Corte Suprema de Justicia el estudio de las recusaciones con causas planteadas por la demandada contra los Magistrados Juan Carlos Paredes Bordón y Eusebio Melgarejo Coronel, a estas horas resulta inocua e irrelevante y sin sustento ni consecuencia por la forma en como quedó resuelta la cuestión. Así voto.

A la segunda cuestión planteada el ministro preopinante, Miguel Oscar Bajac Albertini manifestó: Que, para determinar el objeto de estudio del juicio del recurso en cuestión; debemos hacer notar que la presente demanda ha sido instaurada por el Sr. Mario Raúl Dolsa contra la Aseguradora del Este S.A. por incumplimiento de contrato de seguro e indemnización de daños y perjuicios. El incumplimiento se ha producido debido a que el Sr. Mario Raúl Dolsa había asegurado un rodado identificado como Toyota Tipo Runner 3.0 Color verde con Matrícula ADC 671, Paraguay con Chasis N° KZN15-0128071. El rodado objeto de la póliza de seguro había sido robado en fecha 23 de octubre del año 2004, suceso que fue comunicado a la Aseguradora en tiempo y forma de conformidad a los documentos obrantes en autos.

Que, de conformidad a las constancias obrantes en autos la empresa Aseguradora del Este S.A. solcito en fecha 05 de noviembre una información complementaria, no siendo pagado la indemnización que establece el contrato de seguros hasta la fecha, por lo cual, se dio curso a la demanda en estudio solicitando el cumplimiento de la indemnización contractual e indemnización por daño moral.

Que, el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial en el 10° Turno ha entendido que las demandad de incumplimiento de contrato e indemnización de daños no debe prosperar de conformidad a lo Resuelto por S.D. Nro. 514 de fecha 11 de julio de 2007 por la Magistrada Mirtha Ozuna de Casal.

Que, la parte actora se ha sentido agraviada, recurriendo la resolución de Primera Instancia, estudiada por el Tribunal de Apelaciones Segunda Sala quienes han resuelto por Acuerdo y Sentencia N° 24 de fecha 18 de marzo de 2009: "... Revocar la S.D. Nro. 514 de fecha 11 julio de 2007, condenando a la demandad, Aseguradora del Este S.A. de Seguros y Reaseguros a abonar a la actora, Mario Raúl Dolsa la suma estipulada como indemnización para el caso de robo de vehiculo, es decir la suma de Gs. 154.000.000 mas los intereses, desde la fecha del siniestro, por expresa petición del actor.- confirmar el rechazo de la demanda por rubros de daño moral. Costas en el orden causado...".

Que, la parte demandada ha promovido Recurso de Apelación y Nulidad fundado en que el objeto del contrato de seguros proviene de un objeto ilícito – refiriéndose a la supuesto origen ilegalidad del vehiculo asegurado– por lo cual mal podría demandarse su cumplimiento. Ante, este punto debemos hacer notar que el objeto del juicio es un cumplimiento de contrato, y en el mismo no

identificamos como pretensión la declaración de nulidad del contrato o el título del rodado, tampoco se ha declarado la ilicitud del objeto del contrato, cabe señalar en igual sentido que la ilicitud del título no se halla probada, si bien señalan presunciones, los mismos no dan convicción que sustente la ilegalidad del origen del rodado.

Que, el recurrente manifiesta que la actora no ha cumplido con la obligación de transferir el rodado, de conformidad a la obligación establecida en el contrato de seguro, asimismo, entre otras cosas manifiesta, que no cuenta la actora con derecho a demandar la indemnización, y que el Tribunal de Apelaciones ha realizado una equivocada valoración probatoria y reitera que no existe título e inscripción del rodado en el Registro del Automotor, por lo cual el objeto del contrato de seguros es jurídicamente inexistente: Solicitando se revoque la resolución recurrida con costas.

Que, la parte actora en tiempo y forma ha contestado el traslado corrídole, significando que la aseguradora no ha cumplido con su obligación de indemnizar el siniestro de conformidad al Contrato de Seguros, asimismo, manifiesta con toda coherencia jurídica que mal se puede significar la ilicitud del título de propiedad del vehículo sino fue redargüido de falsedad, entre otras cosas sostiene, que no existe juicio de nulidad de título. Cabe señalar que la actora manifiesta su buena fé, y que el mismo no es un cliente casual de la empresa Aseguradora del Este S.A., solicitando la confirmación del Acuerdo y Sentencia N° 24 de fecha 18 de marzo de 2009 dictado por el Tribunal de Apelaciones Segunda Sala de la Capital.

Que, teniendo presente la posición de las partes, y el objeto de estudio, considero pertinente realizar el siguiente análisis: Las constancias obrantes en autos justifica la buena fe de las partes al suscribir el contrato de seguro, no probándose la existencia de vicios ante los elementos de pruebas obrantes en autos.

Que, el presente juicio posee como pretensión forzar el cumplimiento del contrato por parte de la Empresa Aseguradora del Este S.A. y la indemnización de daños y perjuicios que ha acarreado el incumplimiento contractual, la parte actora ha justificado que el rodado identificado como Toyota Tipo Runner 3.0 Color verde con Matricula ADC 671, Paraguay con Chasis N° KZN185-0128071, del año 1997 ha sido asegurado mediante contrato de Seguro, asimismo, se observa en autos que el pago de la póliza se encontraba al día, en el

momento del robo sufrido por el Sr. Mario Víctor Raúl Dolsa Ocampos, lo cual ha generado que opere la cláusula que obliga a la demandada al inmediato el pago del seguro.

Que, de las constancias obrantes en autos, se justificada la pretensión de la actora en solicitar el pago íntegro de la indemnización establecidas en las condiciones particulares de la póliza 45.05001.8919, conforme se desprende de la Cláusula Adicional de Cobertura N° 1, Cláusula 1 que reza: "... Por este adicional de cobertura, el Asegurador se obliga a indemnizar al Asegurado por el Robo o Hurto total de automóvil objeto de este seguro..." (sic), esta cláusula es contundente, y por el mismo obliga el pago como lo entendió alzada al analizar los elementos obrantes en autos.

No obstante debemos ser contundentes en determinar que el análisis realizado por el Tribunal de Apelaciones no ha sido completo, ya que debía estudiar todas las cláusulas contractuales establecidas en la póliza, y en este entendimiento identificamos en la cláusula 2 Segundo Párrafo –intitulada “reíntegro o indemnización”– de las condiciones particulares específicas que dispone que: "...Determinada la existencia del daño total, el asegurado se obliga a transferir la unidad siniestrada, en el estado en que se encuentra al asegurador o a su orden, quedando a cargo de éste el pago de los gastos de transferencia..." (sic). Esta manifestación de voluntad bilateral conlleva un cumplimiento recíproco de ambos contratantes, por una parte la Aseguradora del Este S.A. debe pagar el monto estipulado en la póliza por el siniestro; pero condiciona a que por su parte el Sr. Mario Víctor Raúl Dolsa Ocampos transfiera el rodado a la Aseguradora.

Que, en atención a esto la demandada ha demostrado su intención de pago al momento de reconocer el siniestro, pero en contra partida no lo ejecutó debido a que la actora no puede formalizar la transferencia, teniendo presente la nota dirigida a la Aseguradora del Este S.A. por parte del Sr. Mario Dolsa en el que manifiesta encontrarse en imposibilidad de presentar el título del rodado, objeto de la póliza (fojas 420), en este mismo sentido y en el mismo análisis, podemos valorar que la Dirección de Registro del Automotor informó que los datos del legajo del vehículo siniestrado, "...posee indicios de irregularidad por cuanto se inscribió con un supuesto título falso que supone la comisión de un hecho punible..." (sic).

De conformidad a esta situación fáctica jurídica, nos remitimos al significado del enunciado prescriptivo que establece el art. 719 del Código Civil Para-

guayo que reza: “... En los contratos bilaterales una de las partes no podrá demandar su cumplimiento, si no probare haberlo ella cumplido u ofreciere cumplirlo, a menos que la otra parte debiere efectuar antes su prestación...”. De la lectura del mismo podemos determinar que la parte actora no dio cumplimiento a la trasferencia del rodado siniestrado, sino, mas bien, ha manifestado la imposibilidad de presentar el titulo original, encontrándonos por tanto ante lo denominado por la doctrina como la exceptio nom adimpleti contractus, consistente en palabras de Guillermo Borda en que: «los contratos de los cuales nacen obligaciones para ambas partes, una de ellas no puede demandar de la otra el cumplimiento si no hubiera cumplido sus propias obligaciones o no ofreciera cumplirlas” (Borda, Guillermo. Tratado de Derecho Civil – Obligaciones II, 4ª Ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Perrot, 1976, pág. 217).

Que, nuestra normativa en esta materia es bastante precisa ya que conmina a que la parte que solicita el cumplimiento de un contrato debe probar que el incumplimiento es responsabilidad del otro contratante, y no ser responsable o contribuir en el incumplimiento, en el caso que nos ocupa identificamos una obligación de indemnización, condicionado a la trasferencia del vehiculo, lo cual no ha sido realizado por la actora hasta la fecha.

Que, la naturaleza de la exceptio nom adimpleti contractus, en su modalidad de incumplimiento, se materializa con las obligaciones reciprocas establecidas por los contratantes, además no debemos dejar de lado que el cumplimiento de las obligaciones contraída en el contrato de seguro, por parte de la actora es requisito necesario para la acción, y esta falencia debía aparejar la improponibilidad objetiva de la demanda.

Que, en este instituto la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que: «La exceptio nom adimpleti contractual, se halla incorporada en toda relación contractual, por los principios de interrelación, interdependencia y reciprocidad de las prestaciones consagradas en el Código Civil Paraguayo así lo dispone el art.719. (C.S., Sala Civil y Comercial. Asunción, diciembre 19-999. “Zierz, Adalberto Walker c/ Lautenschleiger, Osmar e Lautenschleiger, Isona Serenita”. Ac. N° 700).

En el caso de estudio se encuentra probado que el Sr. Mario Raúl Dolsa no ha cumplido con su obligación contractual y este incumplimiento imposibilita el resarcimiento por parte de la Aseguradora del Este S.A. En cuanto, a la indemnización no es objeto de estudio, teniendo presente que ha sido rechazada en Primera Instancia y confirmada en Segunda Instancia.

Que, de conformidad al análisis realizado precedentemente, corresponde revocar Acuerdo y Sentencia N° 24 de fecha 18 de marzo de 2009 dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil y Comercial Segunda Sala de la capital.

Que, en cuanto a las costas las mismas deben ser soportadas en esta instancia por la parte perdedora, conforme al principio general establecido en el Art.192 del C.P.C.

A su turno el ministro José Raúl Torres Kirmser manifestó: Se discute la procedencia o no de una demanda de cumplimiento de contrato derivado de una relación de seguro. Recordemos aquí que el daño moral, que también ha sido peticionado por el demandante, ha sido rechazado tanto en primera como en segunda instancia; tal decisión ha pasado en autoridad de cosa juzgada.

Del escrito de demanda se colige que el demandante reclama el cumplimiento del contrato: el accionante hace clara referencia al negocio de seguro y realiza la cuantificación de su pretensión de acuerdo a la suma prevista –como cobertura por daño total– en la póliza. En estas condiciones, podemos afirmar que se discute una pretensión contractual –de cumplimiento– y no una indemnizatoria –responsabilidad civil derivada del incumplimiento del contrato–, como se quisiera dar a entender en ciertos pasajes del proceso.

El recurrente, en representación de la firma aseguradora, ha señalado que no le es imputable incumplimiento objetivo o material de tipo alguno en relación a las prestaciones pactadas en la póliza, porque el objeto de dicho contrato resultó ser ilícito. En efecto, indicó que la cosa asegurada no resultó ser de propiedad del demandante, por adulteración del título de dominio. Manifestó que un contrato cuyo objeto es ilícito no puede dar cabida bajo ningún término a un reclamo de derecho indemnizatorio e indicó, finalmente, que la parte demandante no se encuentra en posibilidad objetiva de dar cumplimiento a su prestación de transferencia del rodado a favor de la aseguradora –*conditio* para el pago por daño total–, por lo que mal podría reclamar el cumplimiento del contrato sin haberlo cumplido.

Haremos, en primer término, una breve referencia a los hechos suscitados alrededor del presente reclamo. El Sr. Mario Raúl Dolsa, tomador del seguro prestado por la firma Aseguradora del Este S.A., denunció el robo de su automotor a la firma y solicitó la cobertura del monto pactado en tal concepto en el contrato. La aseguradora, por su parte, se negó al pago de la póliza por entender que el objeto del contrato era ilícito, en razón de haber constatado

irregularidades en la situación dominial del rodado, motivo que también le impedía al asegurado transferir el automotor a favor de la aseguradora.

En el contrato de seguro, la operación jurídico-económica que las partes entienden realizar lo constituye el intercambio de una prima a cargo del asegurado, por el resarcimiento de un daño o el cumplimiento de la prestación convenida, a cargo del asegurador si se verifica un evento susceptible de provocar un daño o se cumple el presupuesto al que se halla subordinado el cumplimiento de la prestación (Stiglitz, Rubén S. “Derecho de Seguros”. Ed. Abeledo-Perrot. Tomo I. Pág. 170. Bs. As. 1998). El objeto del contrato de seguro es el riesgo si existe interés asegurable, precisado para los seguros de daños patrimoniales por el art. 1599 del Código Civil: “cualquier riesgo si existe interés económico lícito de que un siniestro no ocurra”. En un contrato de seguro, el riesgo es asegurable y los hechos en sí si no violan la ley; la ilegalidad o inmoralidad resulta del interés. Luego el interés asegurable es ilegítimo cuando influye una prohibición legal o es contrario a la moral o a las buenas costumbres, o perjudica derechos de terceros. Así, pueden citarse como ejemplos del interés ilícito al seguro contra incendio de cosas para el juego prohibido o del buque destinado al contrabando (Halperín, Isaac. “Seguros”. Ed. Depalma. Pág. 783. Bs. As., 1986). La importancia de la cuestión radica en que, de la ilicitud del interés, se predica la inasegurabilidad del mismo o, ya perfeccionado el contrato, su nulidad.

En idéntico supuesto al de los ejemplos supra citados nos encontramos al constatar las irregularidades de la situación dominial del rodado del actor, las que dan a entender que la transferencia del automotor en cabeza del demandante no habría sido legítima, por lo que el rodado no sería de dominio del accionante. En efecto, se ha demostrado en el proceso que la persona que autorizó —es decir, que suscribió— la transferencia no es escribana pública, que el legajo de la Dirección Nacional del Registro del Automotor presentaba claros indicios de falsedad, que el escribano que protocolizó el antecedente registral había fallecido cuatro años antes de la transferencia y que la certificación de la inscripción del contrato le correspondía a una jefa de sección que, desde mucho tiempo antes, ya se encontraba jubilada. En estas condiciones resulta harto difícil afirmar que ha existido transferencia legítima del dominio de la cosa; el demandante no ha acreditado prueba alguna en contrario.

Luego, independientemente de la tesis que se adopte respecto a la buena o mala fe del actor al momento de tomar el seguro, y su conocimiento o no

respeto a las circunstancias que rodean al automotor –falsa declaración, omisión o reticencia respecto a las circunstancias de la camioneta–, debemos decir que la ilicitud del objeto, dada por la demostrada irregularidad del título del rodado, se traduce –de una u otra forma– necesariamente en la imposibilidad de que el demandante pueda transferir el rodado, o bien ceder válidamente sus derechos y acciones sobre el automotor a favor de la firma aseguradora. Y hablamos de “válidamente”, porque el accionante tendría que haber probado que los derechos a ceder podrían llegar a ser ejercidos válidamente por el cesionario y materializados sobre la cosa: en este proceso claramente se ha demostrado lo contrario, dado que poco y nada es lo que podría llegar a hacer –comercialmente hablando– Aseguradora del Este S.A. con los derechos y acciones cedidos sobre un rodado que presenta tan delicada situación registral. Como bien lo explica Díez- Picazo, “...la idea de la licitud reviste un matiz diferente, cuando es aplicada a las cosas y cuando es aplicada a los servicios. Las cosas como objeto de un contrato no son per se cosas lícitas o ilícitas, sino que lo lícito o ilícito será el traficar o el comerciar con ellos. Por esto, aplicadas a las cosas, la idea de la licitud se transforma en la comercialidad o comerciabilidad. En cambio, aplicada a los servicios, la idea de licitud se concreta en la de conformidad o adecuación del comportamiento o conducta que debe adoptarse con las exigencias impuestas por la ley y las convenciones morales imperantes” (Diez- Picazo, Luis. “Fundamentos del derecho civil patrimonial”. Ed. Civitas. Vol. I. Teoría del contrato. Pág. 209. Madrid. 1996). No haría falta ahondar aún más aquí respecto a la extracomerciabilidad de la camioneta que ha sido asegurada por la firma demandada, dada las condiciones a las que hemos aludido *supra* sobre su situación dominial.

Cuando el contrato obliga a efectuar prestaciones a ambas partes, como consecuencia de su interdependencia, la regla es que el cumplimiento debe ser simultáneo, o sea que el intercambio de las prestaciones se debe producir en un mismo momento, salvo que a otra conclusión conduzca lo pactado o la naturaleza de las obligaciones. Y si uno de los contratantes pretende el cumplimiento de la obligación a cargo del otro sin haber cumplido u ofreciendo cumplir la suya con evidente apartamiento de la citada regla, su conducta quiebra las legítimas expectativas de simultaneidad en la concreción de lo querido, que seguramente despertó en la otra parte la celebración del negocio jurídico, pudiendo determinar la posible pérdida de interés en otra forma de cumplimien-

to, y provocar el peligro –para quien cumple antes su prestación– de quedar sometido al posible incumplimiento de la otra parte. Ante esa posibilidad el derecho legitima la actuación de quien avizora el principio de desequilibrio de la relación jurídica dada la conducta antifuncional del otro que intenta romper el nexo de interdependencia de las contraprestaciones, facultándolo a utilizar una herramienta de ajuste para forzar la correcta actuación que permita retomar la marcha normal del desenvolvimiento contractual. (Trigo Represas, Félix A. y Stiglitz, Rubén S. “Contratos”. Ed. La Rocca. págs. 259/260. Bs. As. 1989).

La patente irregularidad de la transferencia es la causa por la cual el demandante aún no ha podido formalizar la transferencia y tampoco la ha ofrecido al momento de demandar. Existe, pues, una imposibilidad de parte del accionante de cumplir con su obligación contractual recíproca e interdependiente –a la del pago de la cobertura– de transferir la unidad siniestrada. Jurisprudencialmente, la excepción de incumplimiento ha sido acogida aún en casos de duda de la efectivización del cumplimiento generada por motivos graves, difiriendo el cumplimiento de la obligación hasta que la otra parte asegure la suya (Reseña jurisprudencial, Aspectos prácticos de las excepciones non adimp. contractus y non rite a.c., *ED*, 4-159).

Por otro lado, si bien no se ha reconvenido por nulidad de acto jurídico –supuesto que hubiese requerido la integración de la litis con el otrora vendedor–, y la transferencia estaría aún aparentemente perfeccionada y vigente –según tesis del inferior–, el demandado ha acreditado suficiente y acabadamente que, aún en el caso de no ser ilícita la transferencia –que no lo afirmamos–, al menos el demandante debió regularizar la situación registral de la camioneta y luego transferirla a la Aseguradora, como requisito para reclamar la cobertura –cláusula 2 del Adicional de Cobertura N° 1 y la cláusula 2ª y 2º párrafo–, y no lo ha hecho. Ello inexorablemente nos lleva a acoger favorablemente la tesis de incumplimiento contractual interpuesta por la aseguradora.

En tales condiciones, no podemos sino rechazar la presente demanda. El fallo recurrido debe ser revocado y, dada la manera en quedó resuelta la cuestión, el recurso de nulidad debe ser desestimado y el de apelación acogido.

Las costas deben ser impuestas a la perdedora.

Con lo que se dio por finalizado el acto firmando SS.EE. todo por Ante mi que certifico, quedando acordada la sentencia que inmediatamente sigue:

RESUELVE: No hacer lugar al Recurso de Nulidad interpuesto. Revocar, con costas el Acuerdo y Sentencia Número 24, de fecha 18 de marzo de 2.009

dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Segunda Sala de la Capital, en base a lo expuesto en el exordio. Anotar, Registrar y notificar.

Ministros: Raul Torres Kirmser, Miguel O. Bajac Albertini, Cesar Garay Zuccolillo.

Ante mí: Karinna Penoni de Bellasai, Actuaría Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 572

JUBILACIÓN. Jubilación automática de los funcionarios públicos.

No vemos conculcación de derechos constitucionales en esa parte de la normativa impugnada (art. 9° de la ley N° 2345/2003), puesto que creemos que es potestad del Poder Administrador señalar o fijar la edad en la cual el funcionario a su cargo se jubilará. Está dentro de sus facultades regladas, la de indicar el tope máximo para ejercer la función pública. (Voto en minoría del Dr. Antonio Fretes)

JUBILACION. Jubilación automática de los funcionarios públicos.

En relación a la impugnación del art. 9° de la Ley N° 2345/03 consideramos que transgrede el art.47 inc.3 de la Ley Suprema, desde el momento que se verifica los siguientes extremos jurídicos bien concretos: Si se sigue la tesis de la obligatoriedad del paso automático a la pasividad, por el sólo hecho de cumplir 62 años de edad, con prescindencia de los años de servicio se conculca las sgts. Garantías constitucionales a favor del funcionario público: Derecho a la carrera administrativa, derecho a la estabilidad especial, derecho a la igualdad.

CONTRATO DE TRABAJO. Irrenunciabilidad de los derechos del trabajador

El Código Laboral ni las leyes de previsión social vigentes, establecen limitaciones de edad para el trabajo útil al servicio del empleador. Tal imposibilidad física debe surgir, en cada caso, de las pruebas de los hechos concretos, para posibilitar la justificada desvinculación laboral del trabajador.

JUBILACIÓN. Jubilación automática de los funcionarios públicos.

El hombre paraguayo puede laborar al servicio de terceros sin limitaciones de edad, cuando se trata del trabajo en el sector privado. Naturalmente quienes nacieron marcados para ser magistrados, presidentes de la República, directores de entes públicos, policías y militares, etc., naturalmente pueden o están en condiciones de soportar los rigores del servicio hasta incluso después de cumplidos los 75 años, y al contrario (según la ley impugnada) los funcionarios públicos de inferior jerarquía, sólo pueden soportar las exigencias del trabajo hasta los 62 años.

JUBILACIÓN. Jubilación automática de los funcionarios públicos. PODER JUDICIAL. Corte Suprema de Justicia.

Si la decisión es de carácter “político”, entonces la cuestión no es jurídica, sino a-jurídica o meta-jurídica, lo que implicaría para quienes lo aceptan como causa fundante que el Poder Judicial no podría inmiscuirse en tales casos de actos, lo cual sería inconstitucional al dejar inmune al examen judicial, una Ley de la República.

CSJ. Sala Constitucional.03.12.10. “Acción De Inconstitucionalidad: “Elida Romero De Bogado C/ Art. 9 De La Ley N° 2345/2003 y Resolución N° 2898 Del 18/11/2008”. Año: 2009 – N° 434. (Ac. y Sent.N°572)

CUESTIÓN:

¿Es procedente la acción de inconstitucionalidad deducida?

A la cuestión planteada el doctor Fretes dijo: La Sra. Elida Romero de Bogado, por derecho propio y bajo patrocinio de abogado, promueve acción de inconstitucionalidad contra el Art. 9° de la Ley 2345/2003 y contra la Resolución N° 2898 de fecha 18/11/2008.

Argumenta que la norma impugnada viola derechos y garantías constitucionales establecidas en los Arts. 14, 46, 47, 86, 94, 101 y 102 de la Constitución Nacional.

El Art. 9° de la Ley 2345/03 dispone: “El aportante que complete sesenta y dos años de edad y que cuente con al menos diez años de servicio, tendrá que acogerse a la jubilación obligatoria... Aquellos que no lleguen a completar diez años de servicio, tendrán derecho a retirar el 90% de sus aportes realizados, ajustados por la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) del Banco Central del Paraguay...”.

Analizadas las constancias de autos, surge que los agravios de la accionante van dirigidos contra la primera parte del artículo transcripto. Argumenta la violación del derecho de igualdad y de los derechos adquiridos, asimismo se le niega el derecho a la carrera administrativa y a la estabilidad en el empleo, al no comprobarse la idoneidad para seguir prestando sus servicios al Estado, teniendo aún las condiciones físicas y mentales para realizar trabajo útil.

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

Por los fundamentos expuestos corresponde no hacer lugar a la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra la primera parte del art. 9 de la ley 2345/03, en relación a la accionante. Es mi voto.

A su turno, el Dr. Núñez Rodríguez dijo: Disiento con lo manifestado por mi colega en cuanto a la impugnación de la primera parte del artículo 9°, como en reiteradas oportunidades lo he señalado, por las razones que seguidamente paso a exponer: La disposición legal que agravia a la accionante, es el Art. 9° de la Ley N° 2345/03, que establece: “El aportante que complete sesenta y dos años de edad y que cuente al menos con diez años de servicio, tendrá que acogerse a la jubilación obligatoria. El monto de la jubilación obligatoria se calculará multiplicando la Tasa de Sustitución (valor del primer pago en concepto de jubilación o pensión como proporción de la remuneración base) por la Remuneración Base, tal como se la define en el Artículo 5° de esta ley. La Tasa de Sustitución será del 20% para una antigüedad de diez años y aumentará 2,7 puntos porcentuales por cada año de servicio adicional hasta un tope de 100%. Aquellos que no lleguen a completar diez años de servicio, tendrán derecho a retirar el 90% de sus aportes realizados, ajustados por la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) del Banco Central del Paraguay. Quedan excluidos de la obligatoriedad de la jubilación ordinaria, los docentes universitarios del sector público, quienes podrán seguir aportando hasta el límite de setenta y cinco años de edad”.

En relación a la impugnación del Art. 9° de la Ley N° 2345/03, consideramos que transgrede el Art. 47 inc. 3 de la Ley Suprema, desde el momento que se verifica los siguientes extremos jurídicos bien concretos: Si se sigue la tesis

de la obligatoriedad del paso automático a la pasividad, por el sólo hecho de cumplir 62 años de edad, con prescindencia de los años de servicio, se conculcan las siguientes garantías constitucionales en favor del funcionario público:

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

2. Derecho a la estabilidad especial en el empleo, estabilidad ganada merced a normas jurídicas anteriores a la vigencia de la Ley N° 2345/2004, que aseguraban al postulante otro régimen jurídico con consecuencias en la ecuación económico-financiera de quien, como ellos, o como muchos otros, optaron por la carrera pública con o bajo ciertas expectativas contenidas en un reglamento de juego. Al paso señalado por el art. 9° de dicha Ley, no habría nunca estabilidad jurídica para los trabajadores del sector público, al ingresar bajo un determinado sistema, modificarse abruptamente pero aceptándolo y, cuando concurra para ampararse en uno u otro sistema, o quizás en el último, le digan, no, porque la ley acaba de ser nuevamente modificada y por lo tanto, surgieron estos otros condicionamientos.

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

El Código Laboral ni las Leyes de previsión social vigentes establecen limitaciones de edad para el trabajo útil al servicio del empleador. Tal imposibilidad física debe surgir, en cada caso, de las pruebas de los hechos concretos, para posibilitar la justificada desvinculación laboral del trabajador.

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

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

No se advirtió que los Ministros de la CSJ respecto de los funcionarios judiciales, los Ministros y Presidente de la República respecto de los funcionarios del Poder Central, los Parlamentarios y funcionarios legislativos, pertenecen a la misma categoría funcional y sin embargo, se los discrimina como seres inferiores, a estos últimos.

Si la decisión es de carácter “político”, entonces la cuestión no es jurídica, sino a-jurídica o meta-jurídica, lo que implicaría para quienes lo aceptan como causa fundante que el Poder Judicial no podría inmiscuirse en tales casos de actos, lo cual sería inconstitucional al dejar inmune al examen judicial, de una Ley de la República.

Por las consideraciones que anteceden, corresponde hacer lugar a la presente acción de inconstitucionalidad, y además, declarar la inaplicabilidad del art. 9° primera parte, así como la Resolución N° 2898 del 18 de noviembre del 2008 por ser consecuencia del artículo impugnado, en relación con la accionante, de acuerdo al Art. 555 del C.P.C. Es mi voto.

A su turno el Dr. Torres Kirmser manifestó que se adhiere al voto del Dr. Núñez Rodríguez, por los mismos fundamentos.

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

RESUELVE:

Hacer Lugar a la acción de inconstitucionalidad promovida y, en consecuencia declarar la inaplicabilidad del Art. 9° primera parte de la Ley N° 2345/2003, y de la Resolución N° 2898 del 18 de noviembre de 2008, por ser consecuencia del artículo impugnado, en relación con la accionante, de acuerdo al Art. 555 del C.P.C. Anotar, registrar y notificar.

JURISPRUDENCIA

Ministros: Víctor Manuel Núñez Rodríguez, Antonio Fretes y José Raúl Torres Kirmser, quien integra la Sala en reemplazo del José V. Altamirano Aquino.

Ante mí: Héctor Fabián Escobar Díaz, Secretario Judicial.

**TRIBUNAL DE APELACION CIVIL Y COMERCIAL
SEGUNDA SALA**

AUTO INTERLOCUTORIO N° 266

MEDIDAS CAUTELARES. Requisitos para la viabilidad de medidas cautelares.

Como verosimilitud de su derecho, es válido el contrato de compraventa suscrito con los demandados presentado por el actor y no desconocidos por éstos. (Voto de la mayoría)

MEDIDAS CAUTELARES. Contracautela.

En cuanto a la contracautela prestada por el representante de la parte actora y no por ella misma como lo requiere el recurrente, cabe recordar lo que dispone el art. 704, última parte, del CPC que dice “podrá ser prestada por el interesado o por tercero”. Y en virtud de los términos del poder general presentado el mandatario está autorizado por su mandante a “exigir y prestar fianzas, cauciones, arraigos y demás garantía”. (Voto de la mayoría)

MEDIDAS CAUTELARES.

Las medidas cautelares pueden ser nominadas e innominadas. De acuerdo a ello no es condición sine qua non que el legislador las hay especificado puntualizadamente, sino que ha otorgado facultad especial al juzgador tomando medidas preventivas para preservar la posibilidad de cumplimiento de lo que va a resolver la cuestión de fondo, sin que la decisión de conceder la medida cautelar implique pre juzgamiento. (Voto de la mayoría)

PAGARÉ.

Si bien las partes, no puede alterar las condiciones de validez formal del pagaré establecidas por el Código Civil, también es posible que las partes conengan circunstancias y efectos especiales que sólo afecten a ellas y no al orden

público, v.gr. el vencimiento anticipado de los plazos por incumplimiento de algunos de los pagares. (Voto de la mayoría).

MEDIDAS CAUTELARES. Requisitos para la viabilidad de medidas cautelares.

En este incidente, la accionada no ha arrimado prueba o principio de prueba que acredite verosimilitud que ha cumplido con sus obligaciones contrarias contractualmente como parte vendedora para exigir a su contraparte del pago debido deudor, razón por la que hay suficientemente razonamiento para disponer la suspensión del cumplimiento de la obligación cartular por estar comprendida en la obligación contractual que hace relación a la libre voluntad de contratar establecida en el art. 715 del Código Civil. (Voto de la mayoría)

MEDIDAS CAUTELARES. Requisitos para la viabilidad de medidas cautelares. PAGARÉ.

Independientemente de que la actora haya acreditada o que se considere probado los presupuestos del Art. 693 del CPC para la concesión de la medida cautelar, cabe reflexionar, ya que el contrato señala que por dicha cuota se ha suscrito un pagare por el mismo valor y vencimiento, si por medio de una medida cautelar puede ordenarse el no pago de la obligación contenido en un título de crédito como lo es el pagaré, cuando que la ley prevé un procedimiento especial para esto, en el Art. 1530 del CC. (Voto en Minoría del DR. Juan Carlos Paredes)

PAGARÉ. Efectos del pagaré.

Si bien por medio de la medida cautelar podría suspender el cumplimiento de una cláusula del contrato cuya nulidad de solicita, dicha medida solo tendrá efecto entre las partes del juicio, demandante y demandado, no así frente a terceros que legítimamente hayan entrado en posesión del pagaré. (Voto en Minoría del Dr. Juan Carlos Paredes)

PAGARÉ. Efectos del pagaré.

La providencia que suspende el pago de una obligación consignado en un contrato como medida cautelar, objeto de recurso debe ser revocada primero porque ordena la suspensión de los efectos de una cláusula que no contiene obligación alguna, y segundo porque habiendo sido librado un pagare por el monto de la cuota, el pago del mismo, ha quedado desvinculado de la causa que le dio origen.

T. de Apel. en lo Civ. y Com., Segunda Sala. 12.05.10 “Eurico Morais Torres c/ Pablo González y Otros S/ Nulidad” (A.I.Nº 266)

Asunción, 12 de mayo de 2010

VISTO: los recursos de apelación y nulidad interpuesto por la parte demandada, contra la providencia de fecha 21 de abril de 2009 (f. 55), dictada por el juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Sexto Turno, y

CONSIDERANDO: En cuanto a la Nulidad. El recurso no ha sido fundado en alzada y como tampoco advierte el Tribunal la existencia de vicios o irregularidades que ameriten una declaración de oficio, corresponde tenerlo por desistido.

En cuanto a la Apelación. Opinión de la Dra. Maria Sol Zuccolillo Garay de Vouga. El recurrente se agravia del proveído del 21 de abril de 2009 en la parte que resolvió: “bajo la responsabilidad de la parte actora, quien deberá dar caución, ordenase la suspensión de pago de dólares americanos ciento veinte y nueve mil cien (U\$S 129.100), consignando en la cláusula cuarta del contrato de Cesión de Derechos y Acciones agregados en autos. Previa prestación de contra cautela exigida.” (sic).

Sostiene la recurrente que la medida dispuesta por el a quo de suspender el pago de la suma mencionada no esta prevista en la ley y ha sido una creación de carácter excepcional del juez que le agravia “porque esta vedando a mi mandante el acceso a un procedimiento ejecutivo, económicamente mas barato, rápido, al que tiene derecho de acceder por portar un titulo que trae aparejada ejecución...”; que la medida cautelar otorgada importa un prejuzgamiento y violación al derecho de la defensa y que no se dan los presupuestos de verosimilitud del derecho ni peligro en la demora que requiere para su otorgamiento y que la contra cautela no fue otorgada por la actora como dispuso la providencia sino por un representante convencional.

En primer lugar el recurrente al parecer ha incurrido en una confusión en cuanto al objeto del juicio ya que no se trata de un juicio ejecutivo que prosigue el cobro de un documento sino por el contrario se ha demandado la nulidad de un contrato de cesión de derechos y acciones en virtud del cual la parte actora se obligó a efectuar una serie de pagos muchos ellos ya efectuados de los cuales quedo pendiente la suma de U\$S 129.100 que el juez, medida cautelar mediante, ha suspendido haciendo uso de la facultad que le otorga el art. 692 del C.P.C. tomando en cuenta la naturaleza del derecho que se pretende proteger y que está en debate en el presente juicio cual es, precisamente, la validez o no del contrato suscripto entre las partes.

Por ello tampoco se da el prejuzgamiento ni violación de derecho a la defensa que denuncia el recurrente sino garantizar y preservar el derecho reclamado hasta tanto recaiga decisión final en el juicio.

Los presupuestos para la concesión de la medida cautelar están planamente acreditados en autos.

Como verosimilitud de su derecho, el autor ha presentado contrato de compraventa suscripto con los demandados, y no desconocidos por estos.

Sostiene el recurrente que el peligro en la demora no existe por que el contrato esta vigente y sus cláusulas deben ser cumplidas. Sin embargo ese es precisamente el objeto de la litis que será resuelto recién en la sentencia, la que deberá determinar si el contrato es o no nulo y la consiguiente obligación de cumplimiento de las cláusulas.

En cuanto a la contra cautela prestada por el representante de la parte actora y no por ella misma como lo requiere el recurrente, cabe recordar lo que dispone el art. 704, ultima parte, del CPC que dice: “Podrá ser presentada por el interesado o por tercero”. Y en virtud de los términos del poder general obrante a fs. 8, el Abog. Juan Vicente Talavera está autorizado por su mandante a “exigir y prestar fianzas, cauciones, arraigos y demás garantías...”.

Las precedentes afirmaciones ameritan la confirmación de la providencia recurrida por estar ajustada a derecho, debiendo imponerse las costas a la parte perdidosa.

Opinión del Dr. Gerardo Baez Maiola. En primer lugar hay que dejar en claro que las medidas cautelares pueden ser nominadas e innominadas. De acuerdo a ello no es condición sine quanon que el legislador las haya especificado puntualizadamente, sino que ha otorgado facultad especial al juzgador tomando medidas preventivas para preservar la posibilidad de cumplimiento de lo que va a resolver la cuestión de fondo, sin que la decisión de conceder la medida cautelar implique pre juzgamiento.

En el caso, al oponerse a la medida, la accionada reconoce la existencia de un contrato y en especial la obligación de la parte actora de abonar la suma de U\$S 129.100 como saldo final de pago inserta en cláusula contractual, reforzada con la emisión de un cheque por el vencimiento establecido en aquella y de igual importe (U\$S 129.100), que identifica una misma obligación.

Si bien las partes, no pueden alterar las condiciones de validez formal del pagaré establecidas por el código Civil, también es posible que las partes con-

vengan circunstancias y efectos especiales que solo afectan a ellas y no al orden publico, v.gr. el vencimiento anticipado de los plazos por incumplimiento de alguno de los pagarés.

En este incidente, la accionada no ha arrimado prueba o principio de prueba que acredite con verosimilitud que ha cumplido con sus obligaciones contraídas contractualmente como parte vendedora para exigir a su contraparte del pago debido deudor, razón por la que hay suficiente razonamiento en el A quo para disponer la suspensión del cumplimiento de la obligación cautelar por estar comprendida en la obligación contractual que hace relación a la libre voluntad de contratar establecida en el art. 715 del Código Civil, razón entonces por la que adhiero a la opinión de la Honorable Dra. María Sol Zuccolillo Garay de Vouga.

Opinión en disidencia del Dr. Juan Carlos Paredes Bordón: Por medio de la medida cautelar dictada en la providencia por la cual se tuvo por iniciada la demanda, la A-quo, resolvió, "...ordénase la suspensión de pago de Dólares Americanos ciento veintinueve mil cien (USD 129.100) consignado en la cláusula cuarta del contrato de compraventa de cesión de derechos y acciones agregados a estos autos previa prestación...".

En autos se promueve demanda ordinaria que entre otras peticiones busca la nulidad de un contrato de cesión de derechos y acciones, cuya copia fue agregada a fs. 18 de autos.

En primer término cabe señalar que la cláusula cuarta de dicho contrato no prevé ningún pago, dicha cláusula expresa: "Cuarta: la mensura se realizará cuando el comprador lo disponga quedando a cargo de éste el costo de la misma y con acuerdo del vendedor con delación a los límites demarcatorios, dentro de la línea 12 (doce) y la línea 142 (ciento cuarenta y dos)...". ver contrato de fs. 18 de autos.

La medida de suspensión se refiere entonces a una condición no prevista en la cláusula cuyo efecto se suspende.

Ahora bien el error en la designación de la cláusula, por si solo no puede servir de fundamento para revocar la medida dispuesta, ya que es posible que la A-quo, se haya confundido, dado que la obligación del pago de la suma de U\$S 129.100, se encuentra establecida en la clausula segunda, numeral 4, que es entonces la parte del contrato que la actora ha solicitado la suspensión del cumplimiento, como medida cautelar, durante la sustanciación del Juicio.

Independiente de que la actora haya acreditado o que se considere probado los presupuestos del Art. 693 del CPC, para la concesión de la medida cautelar, cabe reflexionar, ya que el contrato señala que por dicha cuota se ha suscrito un pagaré por el mismo valor y vencimiento, si por medio de una medida cautelar puede ordenarse el no pago de la obligación contenida en un título de crédito como lo es el pagaré, cuando que la ley prevé un procedimiento especial para esto, en el Art. 1530 de CC.

El pagaré como título de crédito que es, participa de las características de dicha categoría de instrumentos, posibilidad de circular por medio de endosos, literalidad, autonomía del derecho, y abstracción de la causa que motivó su libramiento.

Los arts. 1507 y 1508, regulan los derechos que el poseedor de un título de crédito tiene a partir de que su posesión sea legítima.

Por consiguiente, si bien por medio de la medida cautelar podría suspenderse el cumplimiento de una cláusula del contrato cuya nulidad se solicita, dicha medida solo tendrá efecto entre las partes del juicio, demandante y demandado, no así frente a terceros, que legítimamente hayan entrado en posesión del pagaré.

Así que la parte de la providencia objeto de recurso debe ser revocada por las dos razones expuestas, primero por que ordena la suspensión de los efectos de una cláusula que no contiene obligación alguna, y segundo por que habiendo sido librado un pagaré por el monto de la cuota, el pago del mismo, ha quedado desvinculado de la causa que le dio origen, pudiendo en todo caso limitarse la medida cautelar, a la suspensión de la obligación entre las partes, no así en perjuicio de otros que entren en posesión legítima del título de crédito creado.

Habiendo prosperado el recurso, las costas deben ser impuestas de conformidad al Art. 203 del CPC.

Por tanto, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Segunda Sala, RESUELVE: tener por desistido el recurso de nulidad. Confirmar, con costas, la providencia de fecha 21 de abril de 2009.

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

Ante mí: María Teresa Cañete, Actuaría Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 329

INSTRUMENTOS PÚBLICOS. Constancia de vida y residencia.

Aún cuando el conocimiento de la mecánica de la expedición de los certificados de vida y residencia, no sean fiables a criterio del juzgados, el mismo no puede desconocer que se está en presencia de un instrumento público por ser un documento emanado de un funcionario Público, dentro de sus atribuciones Art. 375 inc. b) del CC. (Voto de la mayoría).

ALIMENTOS. Proceso. DERECHO A LA DEFENSA. Violación del derecho a la defensa en juicio.

Aún cuando el juicio de prestación alimentaria requiera brevedad y rapidez en su resolución no puede soslayarse el constitucional derecho a la defensa en juicio, a que tiene derecho el demandado, derecho que se ve cercenado cuando al mismo no se le notifica en su domicilio real la demanda. (Voto de la mayoría)

ALIMENTOS. RECURSO DE NULIDAD. Procedencia del recurso de nulidad.

Como en el juicio de alimentos, la sentencia se dicta “in audita pars” Art. 599 del CPC la nulidad no puede ir más allá del momento en que se debió dar participación al afectado. (Voto de la mayoría)

ALIMENTOS. Proceso.

En el art. 599 dispone que si el Juez estimare procedente la petición esto es, si el peticionante ha presentado los recaudos que requiere el Art. 597 del CPC el juez dictará sentencia de inmediato fijando la cantidad que considere equitativa, que deberá abonarse por mes adelantado desde la fecha de presentación de la demanda. (Voto de la Minoría Dra. María Sol Zuccolillo Garay de Vouga).

ALIMENTOS. Proceso.

La decisión del juez se dicta “inaudita pars”, sin intervención de la persona a quien pide alimentos, precisamente por la naturaleza urgente del reclamo. Una vez recaída la sentencia, el demandado tendrá la oportunidad de ser escuchado en instancia superior. (Voto de la Minoría Dra. María Sol Zuccolillo Garay de Vouga).

ALIMENTOS. Proceso. NOTIFICACIÓN. Notificación personal.

En el caso de autos el demandado compareció a solicitar fotocopias del expediente y presentación con lo cual quedó notificado de la resolución por la

cual se hizo lugar a la demanda de prestación de alimentos, por lo cual la misma quedó firme por lo que su pretensión de revertir la situación a través del incidente de nulidad deviene notoriamente improcedente. (Voto de la Minoría Dra. Maria Sol Zuccolillo Garay de Vouga)

T. de Apelación en lo Civil y Comercial. Segunda Sala. 07.06.10 “ De las Nieves Delfin de Ledesma c/ Eduardo Ledesma S/ Prestación de Alimentos” (A.I. N° 329).

Asunción, 7 de julio de 2010

VISTO: los recursos de apelación y nulidad interpuestos contra el A.I. N° 38 de fecha 7 de febrero de 2008, y

CONSIDERANDO:

La nulidad. El recurso no ha sido fundado, de manera diferenciada al de apelación. En el auto interlocutorio no se observa vicio ni violación de forma o solemnidad, prevista en la ley que justifique la declaración oficiosa de nulidad. Consecuentemente debe declararse desierto el mismo.

La apelación. Opinión del Dr. Juan Carlos Paredes Bordón. Por el auto apelado el A-quo resolvió rechazar con costas el incidente de nulidad de actuaciones deducido por el Sr. Eduardo Ledesma por improcedente.

La apelación. Opinión del Dr. Juan Carlos Paredes Bordón. Por el auto apelado el A-quo resolvió rechazar con costas el incidente de nulidad de actuaciones deducido por el Sr. Eduardo Ledesma por improcedente.

Contra esta decisión expresa agravios el apelante, parte demandada Sr. Eduardo Ledesma, a fs. 101 y 104 de autos, los cuales son contestados por el representante de la actora a fs. 106 de autos.

Del enrevesado y confuso escrito de agravios, se rescata sin embargo como fundamento del recurso, el hecho demostrado en instancia previa, que el demandado no vivió en el domicilio denunciado como suyo en el escrito inicial, Alférez Silva N° 711 Sajonia, sino todo el tiempo a residido en la ciudad de Luque, según la constancia de Vida y Residencia, expedido por la comisaría 3ª Central, de Luque, que certifica de acuerdo a lo manifestado por Eduardo Rubén Almada y Francisco Javier Ramírez, que el Sr. Eduardo Ledesma Fariña vive en la vivienda sin número ubicado en las calles Azteca y los Maca, compañía Loma Merlo de Luque.

El A-quo ha desechado el contenido del instrumento, razón según expresa que “conociendo la mecánica con que se concedan los mismos”.

Aun cuando el conocimiento de la mecánica de la expedición de los mismos certificados de vida y residencia, no sean fiables a criterio del juzgador, el mismo no puede desconocer que se está en presencia de un instrumento público por ser un documento emanado de un funcionario Público, dentro de sus atribuciones Art. 375 inc. b) del CC.

A más de ello se tiene que el incidentista ha presentado el acta labrado por ante el Juez de Paz de Luque, de fs. 80, donde consta igualmente que el domicilio del demandado es en Luque. Esta acta además de ser un instrumento Público, no ha sido desconocida por la parte actora, al contestar el incidente.

A estos instrumentos públicos, la parte actora solo opone su manifestación, en el escrito inicial, que el demandado vive en Asunción casa de la calle Alférez Silva 711, al pie de la cédula de notificación de fs.16, no consta que la persona que recibió la cédula se halla comprometido a entregarla al destinatario, por ende no existe certeza de que el mismo haya residido en dicho lugar.

Aun cuando el juicio de prestación alimentaria requiera brevedad y rapidez en su resolución, no puede soslayarse el constitucional derecho a la defensa en juicio, a que tiene derecho el demandado, derecho que se ve cercenado cuando al mismo no se le notifica en su domicilio real la demanda.

Cierto que, prima facie, el domicilio denunciado por el actor al iniciar el juicio, debe tomarse como verdadero, pero ante la comprobación, por medio de los instrumentos públicos presentados por el demandado, que dicho domicilio no le corresponde, debe hacerse lugar a la nulidad por la existencia de indefensión procesal.

Ahora bien como en el juicio de alimentos, la sentencia se dicta “in audita pars” Art. 599 CPC, la nulidad no puede ir mas allá del momento en que se debió dar participación al afectado. Es decir a partir de la notificación del A.I. N° 1959 de 7 de noviembre de 2006, debiendo entonces retrotraerse la presente hasta la fs. 22 debiendo procederse a la notificación de dicho auto en el domicilio del demandado.

Las costas, deben imponerse a la parte perdedora por aplicación del Art. 203 del CPC.

Opinión del Dr. Eusebio Melgarejo. Manifiesta que adhiere a la opinión del Dr. Paredes Bordón por los mismos fundamentos.

Opinión en disidencia de la Dra. María Sol Zuccolillo Garay de Vouga. El auto interlocutorio recurrido rechazó el incidente de nulidad de actuaciones planteado por el demandado quien alegó la existencia de una serie de supuestas irregularidades en la tramitación del juicio como la sociedad conyugal que tenía fundada con la actora fue disuelta hace tiempo; que ésta ya ha formado nueva pareja con otra persona con dos hijos extramatrimoniales; que el poder con el que se presentó a intervenir el Abogado de la actora data de más de diez años; que notificado de la iniciación de la demanda en su domicilio desconocido; que el juzgado en forma directa ordenó la retención del 25% de su sueldo sin ordenar la apertura de la causa a prueba.

En materia de alimentos el procedimiento está claramente establecido en los arts. 597 al 601 de CPC.

En el art. 599 dispone que si el juez estimare procedente la petición esto es, si el peticionante ha presentado los recaudos que adhiere el art. 597, el juez dictará sentencia de inmediato fijando la cantidad que considere equitativa, que deberá abonarse por mes adelantado desde la fecha de presentación de la demanda.

Es decir que la decisión del juez se dicta “inaudita pars”, sin intervención de la persona a quien se pide los alimentos, precisamente por la naturaleza urgente del reclamo. Una vez recaída la sentencia, el demandado tendrá la oportunidad de ser escuchado en instancia superior. En el caso de autos el demandado compareció a fs. 68 a solicitar, fotocopias del expediente y presentación con la cual quedó notificado del A.I. 1959 de fecha 7 de noviembre de 2006 por el cual se hizo lugar a la demanda de prestación de alimentos.

No habiendo producido recursos contra la citada resolución ésta quedó firme por lo que su pretensión de revertir la situación a través del incidente de nulidad deviene notoriamente improcedente.

Es por ello que los cuestionamientos que formula el incidentista no pueden ser acogidos por el juez, quien acertadamente rechazó el incidente de nulidad.

Por estar ajustada a derecho la resolución en alzada debe ser confirmada.

Por tanto, el Tribunal en lo Civil y Comercial, Segunda Sala,

RESUELVE:

Declarar desierto el recurso de nulidad. Hacer lugar al recurso de Apelación, revocar el auto apelado, hacer lugar al incidente de nulidad y retrotraer

las actuaciones hasta la fs. 22 de autos, con el alcance explicitado en el exordio de la presente. Anotar, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: María Sol Zuccolillo de Vouga, Eusebio Melgarejo Coronel, Juan Carlos Paredes Bordón.

Ante mí: María Teresa Cañete, Actuaría Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 353

INCIDENTE. Incidente de nulidad. Procedencia

En el caso, se debe tener presente dos situaciones particulares: 1°) que el presente es un juicio que la ley incluye como de menor cuantía, razón por la que aunque se esté en presencia de una tramitación ordinaria, ya que la Justicia Letrada comprende también el juicio ejecutivo y el de desalojo, su naturaleza es, sin embargo, sumaria. 2°) Así también que la situación procesal se ha creado a raíz de incidente, con mayor razón entonces debe ser resuelta sumariamente. En este contexto, si para el principal, todas las pruebas deben ser ofrecidas en los respectivos escritos (demanda y contestación, art. 686 CPC), obvio que también rige la norma para los incidentes. En consecuencia, al admitir las pruebas que las partes proponen, se tiene que señalar expresamente lo que a las mismas corresponde en particular (audiencia, oficio, inspección, etc.) y no ambiguamente abrir a prueba el incidente sin señalamiento alguno. De acuerdo a ello, dicho señalamiento no puede producir gravamen o daño alguno por ser de obligado trámite.

JUICIO ORDINARIO. Juicios de menor cuantía.

Son inaplicables entonces las disposiciones del los Art. 243 y 251 del CPC, dado que el art. 687 CPC, está específicamente dirigido a este juicio, prevaleciendo sobre las disposiciones generales referidas al juicio ordinario, aplicable cuando no existe otra disposición que rija la materia y solo se aplica subsidiariamente en los juicios especial, es decir cuando el caso no esté previsto (Art. 207 y 208 del CPC), lo cual no ocurre en el presente caso, donde el legislador ha previsto expresamente la forma de realizar el juicio, indicando de una manera expresa el procedimiento a seguir. (Voto en disidencia Juan Carlos Paredes)

INCIDENTE. Incidente de nulidad.

Le asiste razón al apelante entonces, en el sentido que la apertura a prueba del incidente, dictado de manera genérica, como si estuviéramos en Primera Instancia, y no en Justicia Letrada, viola la disposición transcripta. (Voto del Juan Carlos Paredes).

INCIDENTE. Incidente de nulidad.

Corresponde entonces hacer lugar al recurso de apelación, revocar la providencia objeto de recurso, en cuanto se limitó a abrir a prueba el incidente, y en su lugar disponer que la A quo señale la fecha de realización de la audiencia de pruebas, conforme al Art. 687 del CPC, una vez firme la presente. (Voto del Dr. Juan Carlos Paredes)

T. de Apelación en lo Civil y Comercial. Segunda Sala. 11.06.10. “Construcciones Y Viviendas Paraguayas S.A C/ Francisco Antonio Agüero Barbozas/ Demanda Ordinaria de Cobro de Guaraníes” (A.I. N° 353).

Asunción, 11 de junio de 2010

VISTO: Los recursos de apelación interpuesto por el Abog. Paris González Palumbo, representante de la parte demandada, contra el proveído de fecha 18 de julio de 2008 dictado por el Juzgado Letrado en lo Civil y Comercial Quinto Turno (f. 53 vlta.), y

CONSIDERANDO:

Que el proveído en recurso resolvió: “Como se pide, téngase por contestada a la parte actora del traslado que le fuera corrido del incidente de nulidad de actuaciones presentado, en los términos del escrito que antecede. Ordenase la apertura del incidente a prueba por todo el término de ley. Notifíquese por cedula” (sic).

La nulidad. El recurrente no fundamenta el recurso de nulidad, y no advirtiéndose vicios de estructura o solemnidad que pudiera provocar la declaración de oficio, corresponde tenerlo por desistido.

La apelación. Opinión del Dr. Gerardo Baez Maiola. Esta providencia agravia a la parte demandada, quien en su escrito de fs. 60/61 alega “...el A quo ordena una vez contestado el incidente, sin mas trámites la Apertura a prueba del mismo por todo el término de ley y dispone la notificación de la providencia recaída, sin embargo el art. 687 del C.P.C. que da trámite a los incidentes esta-

blece claramente que deberá señalar audiencia de Prueba dentro de los diez días de contestada la incidencia...” (sic). Arguye que la omisión de fijar una nueva fecha de audiencia de prueba, viola el texto de la ley.

De constancias pertinentes a fs. 27/29 el accionado ha opuesto las excepciones de defecto legal y prescripción liberatoria contra el progreso de la ejecución, las cuales han sido rechazadas por presentación extemporánea por proveído de 31 de Diciembre de 2007 (f.33).

En fecha 8 de febrero de 2008 (f.42), la accionada interpone incidente de nulidad “...fundado en que la notificación de la demanda no ha sido notificada en la debida y legal forma que estatuye nuestro Código Procesal, ya que la supuesta cédula de notificación glosada a fs. 31 y 32 de autos es falsa y sin ningún valor...”(sic). En tal sentido aduce que hay falsedad material el notificador ha hecho enmiendas con uso de corrector marca Radex “...no salvadas antes de las firmas...” (sic), como también falsedad ideológica, que afirma es mas la grave porque la actuación se dicen circunstancias que no son ni pueden ser ciertas “...ya que es imposible dejar adherido a la puerta de acceso ya que el domicilio mencionado cuenta con una reja que divide la propiedad de la casa habitación, como demostramos en las fotografías que acompañamos... y si lo hizo, tanto en el aviso como en la notificación principal, cualquier transeúnte se lo pudo haber llevado o ser arrancados o destruidos por elementos propios de la naturaleza...” (sic). Al efecto ofreció como pruebas informe del Actuario sobre si ha solicitado al Ujier la entrega y agregación de las cédulas y el aviso y en su caso cual fue el motivo de su no agregación al expediente.

Corrido el traslado por proveído del 28 de febrero de 2008, la actora sostiene en primer lugar que el incidente ha sido deducido extemporáneamente fuera de los cinco días, art 191 CPC) porque recién lo fue casi tres meses después de notificada la demanda. Termina manifestando que al no haber hechos controvertidos, no se justifica la apertura a prueba del incidente.

Por proveído del 18 de junio de 2008 (f.53 vta.), se ordenó la apertura a prueba del incidente. “precisamente contra dicha disposición, la accionada ha deducido incidente...” (sic) de reposición y apelación en subsidio porque sostiene que debió señalarse expresamente el diligenciamiento de las pruebas ofrecidas, que es el objeto del recurso (y no incidente) de reposición con apelación en subsidio.

Por A.I. N° 245 de 24 de marzo de 2009 el juzgado se declaró incompetente

para resolver por reposición, concediendo en consecuencia la apelación en subsidio.

En primer lugar hay que tener presente dos situaciones particulares: 1^a. Que el presente es un juicio que la ley incluye como de menor cuantía, razón por la que, aunque se esté en presencia de una tramitación ordinaria, ya que la Justicia Letrada comprende también el Juicio Ejecutivo y el desalojo, su naturaleza es sin embargo sumaria. 2^a. Así también que la situación procesal se ha creado a raíz de incidente, con mayor razón entonces deba ser resuelta sumariamente. En este contexto si para el principal, todas las pruebas deban ser ofrecidas en los respectivos escritos (demanda y contestación, art. 686 CPC), obvio que también rige la norma para los incidentes. En consecuencia, al admitir las pruebas que las partes proponen, se tiene que señalar expresamente lo que a las mismas corresponde en particular (audiencia, oficio, inspección, etc.) y no ambiguamente abrir a prueba el incidente sin señalamiento alguno. De acuerdo a ello, dicho señalamiento no puede contrariamente a lo que dice el A quo producir gravamen o daño alguno por ser de obligado trámite.

En el caso de autos, el A quo ordenó la apertura de incidente a prueba por todo el término de ley cuando que debió darle el trámite previsto en las normas citadas precedentemente, es decir, una vez contestado el incidente, señalar el diligenciamiento de cada una de las pruebas a practicarse dentro de los 10 días.

De acuerdo a lo expuesto, corresponde revocar el A.I. N° 245/09 que declaró impropio el recurso de reposición, cuando que es este recurso el resorte procesal para expedirse sobre las pruebas, cuyo diligenciamiento se ha solicitado, dejando constancia de que esta decisión no implica prejuzgamiento sobre lo solicitado por ser el mismo materia exclusiva del A-quo.

En cuanto a las costas, corresponde imponerlas a la parte que se opuso a la pretensión de la parte accionada.

Opinión de la Dra. María Sol Zuccolillo Garay de Vouga. Manifiesta que adhiere al voto del Dr. Báez Maiola por los mismos motivos y fundamentos.

Opinión en disidencia del Dr. Juan Carlos Paredes Bordon. Como señala el honorable que me precede, estamos en presencia de un proceso que el código ritual denomina como juicios de menor cuantía, estableciendo para ellos normas especiales que buscan sobre todo, la agilización de sus trámites.

Por ello, en los Arts. 684 y sgtes., del CPC, se establecen la realización de audiencias orales, donde tramitarse y diligenciarse las pruebas ofrecidas, en el

juicio principal, Art. 686 y en los incidentes articulados fuera de las audiencias, Art. 687 del mismo CPC, el cual dispone: “Trámite de los incidentes: en los incidentes planteados fuera de la audiencia de prueba, los que deberán ser contestados en el plazo de tres días, se procederá en la forma establecida en el artículo anterior, con excepción de lo previsto en los incs. a),b),c),e) y f). la audiencia de prueba se fijará dentro de los diez días de contestada la incidencia, los testigos de cada parte no podrán exceder de tres y no habrá alegatos. En todos los casos los incidentes serán resueltos en el plazo de tres días”.

Son inaplicables entonces las disposiciones de los Arts. 243 y 251 del CPC, dado que el art. 687 CPC, esta específicamente dirigido a este juicio, prevaleciendo sobre las disposiciones generales referidas a juicio ordinario, aplicable cuando no existe otra disposición que rija la materia y solo se aplica subsidiariamente en los juicios especiales, es decir, cuando el caso no esté previsto (Arts. 207 y 208 del CPC), lo cual no ocurre en el presente caso, donde el legislador ha previsto expresamente la forma de realizar el juicio, indicando de una manera expresa el procedimiento a seguir.

La asiste razón al apelante entonces, en el sentido que la apertura a prueba del incidente, dictado de manera genérica, como si estuviéramos en Primera Instancia, y no en Justicia Letrada, viola la disposición transcripta.

Corresponde entonces, hacer lugar al recurso de apelación, revocar la providencia objeto de recurso, en cuanto se limitó a abrir a prueba el incidente, y en su lugar disponer que la A-quo, señale la fecha de realización de la audiencia de pruebas, conforme al Art. 687 del CPC, una vez firme la presente.

Las costas, corresponde imponerlas a la perdedora, al haber prosperado la apelación, conforme a la regla general de los Arts. 192 y 302 del CPC. Así voto.

Por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Segunda Sala,
RESUELVE:

Revocar el proveído de fecha 18 de julio de 2008 dictado por el Juzgado letrado en lo Civil y Comercial, Quinto Turno (f. 53 vlta.) al efecto que se consigna en el cuerpo deliberativo de la presente resolución. Declarar mal concedido el recurso de apelación. Imponer costas a la parte que se opuso a la pretensión de la parte accionada. Anotar, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

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

Ante mí: María Teresa Cañete, Actuaría Judicial.

AUTO INTERLOCUTORIO N° 403

RECURSO DE APELACIÓN. Forma de interponer el recurso de apelación.

Al interponer recurso de apelación sin aclarar que este solo se refería a las costas, se incurre en una actitud desleal en el proceso, por lo que soy de parecer de sancionar al apelante, eximiendo a la parte perdedora de las costas de esta instancia. (Voto minoría Dr. Paredes Bordón).

COSTAS. Imposición de costas.

Para el caso de proceder en la tramitación del juicio en forma contraria al deber de las partes que ha impuesto el legislador hay dos referencias específicas en las que se sancionan en las costas: a) el ejercicio abusivo del derecho; y b) la mala fe. Fuera de estos casos, la sanción a la conducta impropia se rige por el Art. 17 de CPC. (Voto de la mayoría)

COSTAS. En el allanamiento.

En el caso de autos, en razón de haber allanamiento a un incidente planteado, el Juez liberó de costas al allanado, imponiéndolas en el orden causado sobre el particular, hay que tener en cuenta que el allanamiento sobrevino como consecuencia de un error en la tramitación, el cual obligó a promover el incidente a la parte afectada; en segundo lugar hay una norma legal expresa que dice que en los incidentes las costas son a cargo de la perdedora (haya o no allanamiento) que es el art. 194 CPC (En los incidentes regirá lo establecido en el art. 192, pudiendo eximirse de las costas únicamente cuando se tratase de cuestiones dudosas de derecho). (Voto de la mayoría)

T. de Apelación en lo Civil y Comercial. Segunda Sala. 07.07.10. "ATS S.R.L. c/ Aníbal Hermosa S/ Rendición de Cuenta". (A.I. N° 403).

Asunción, 7 de junio de 2010

VISTO: los recursos de apelación y nulidad interpuestos contra los autos interlocutorios A.I. N° 1792 de fecha 26 de noviembre de 2009 y el A. I. N° 1925 de fecha 17 de diciembre de 2009, y

CONSIDERANDO:

La nulidad. El recurso no ha sido fundado, y no observándose vicios ni violación de forma y solemnidad presupuestados por el Art. 404 de CPC, para aclarar la nulidad de las resoluciones, debe declarar desierto este recurso.

La apelación. Opinión del Dr. Paredes Bordón. Por el primero de los autos apelados, el A-quo hizo lugar al incidente de nulidad de actuaciones deducido por el Abog Javier Avalos, y por el apartado tercero impuso las costas por su orden, en tanto que por el segundo rechaza el recurso de aclaratoria, interpuesto por el mismo profesional, contra el apartado tercero de la primera de las resoluciones.

De los términos del memorial presentado, se concluye que el recurso esta dirigido contra la imposición de costas por su orden, solicitando la modificación de dicha imposición, alegando que la disposición de Art. 198 del CPC, señala que la exoneración procederá en el caso que el allanamiento a las pretensiones de la adversa, sea incondicional y oportuna a menos que por su culpa haya dado lugar a la reclamación.

Estos autos, se ha planteado la nulidad de actuaciones, fundado en que la parte actora, obvió el trámite de citación para oponer excepciones, pasando directamente de la intimación de pago a pedir la venta de los bienes embargados según actuaciones de fs. 283 a 289.

La parte actora, se allanó al incidente, razón por la cual el A-quo, le exoneró de las costas, y las impuso por su orden.

Ocurre, sin embargo, que nos encontramos en la excepción prevista en el Art. 198 de CPC ya que fue la actora que en lugar de solicitar la citación para oponer excepciones, solicitó directamente la orden de venta de los bienes embargados, solicitando los oficios para la designación del martillero y la solicitud de copias de los títulos de los inmuebles embargados ver escrito fs. 288

En estas condiciones, correspondía la imprevisión de las costas a la actora, a pesar del allanamiento, por lo que la decisión del A-quo debe ser revocada.

En cuanto a las costas, cabían imponerlas a la parte apelada, pero ocurre, que el apelante al momento de interponer el recurso, no ha aclarado que los hacia solo en relación a las costas, cuestión que solo se dilucida en esta instancia, provocando esa falta de especificación, una innecesaria paralización del principal, ya que si los recursos solo se refieren a cuestiones accesorias, como las costas, el mismo se concede sin efecto suspensivo, Art 204 del CPC.

Por esta razón, al apelar sin aclarar que el recurso solo se refería a las costas, se incurre en una actitud desleal en el proceso, por lo que soy de parecer de sancionar al apelante, eximiendo a la parte actora perdidosa de las costas de esta instancia, imponiéndolas por su orden.

En conclusión, voto por revocar al apartado tercero del A.I. N° 1792 de fecha 26 de noviembre de 2009, y en su lugar imponer las costas de primera instancia en el incidente de nulidad a la parte actora. Confirmar el A.I. N° 1925 del 17 de Diciembre de 2009, ya que la modificación de lo resuelto en el A.I. N° 1792, no era factible efectuarlo por aclaratoria.

Imponer las costas de esta instancia, en el orden causado.

Opinión en disidencia parcial del Dr. Báez Maiola. La imposición de los costas procesales en nuestro derecho positivo se rige por el resultado del proceso, es decir atendiendo al éxito de las pretensiones respectivas de las partes, razón por la que a esta posición jurídica se la conoce como teoría de resultado o teoría objetiva que ha sido establecida en el art. 192 CPC.

Pero si bien dicho principio determina que hay una parte vencedora y otra vencida no implica que la imposición de costas sea un medio de pena o castigo para la parte perdedora sino un criterio de estricta justicia para aquella parte que al fin del proceso ha resultado que ha tenido razón.

Para el caso a proceder en la tramitación del juicio en forma contaria al deber de las partes que ha impuesto al Legislador hay dos referencias específicas en las que se sancionan las costas; a) el ejercicio abusivo del derecho y b) la mala fe fuera de estos casos, la sanción a la conducta impropia se rige por el art. 17 CPC.

En el subexámene el Abog. Javier Dávalos apeló una resolución sin especificar que el recurso estaba dirigido solamente al pronunciamiento sobre las costas procesales, en cuyo caso la concesión de recurso hubiera sido sin efecto suspensivo a diligenciarse en compulsas del principal.

Comparto con el honorable preopinante en que el proceder del profesional no fue adecuado a la correcta actuación procesal al haber paralizado indebidamente la tramitación del principal pero no por ello se le puede condenar en costas porque la actuación del profesional no conforma las causales para sanción individualizadas en el art. 56 CPC, al no hallarse tipificadas.

Por eso soy de opinión de aplicar el art. 17 CPC. (los jueces y tribunales deberán sancionar en resolución fundada las faltas o incorrecciones que los litigantes, sus abogados o procuradores u otras personas cometan en juicio, en el diligenciamiento de su mandatos y órdenes, o con motivo del ejercicio de sus funciones, contra su autoridad y dignidad, contra el respeto debido a los funcionarios". sancionado con apercibimiento al Abog. Javier Dávalos por el hecho

referido, bajo advertencia de que en caso de reiterar tal conducta en el futuro, será pasible de sanción más grave.

En el caso de autos, en razón de haber allanamiento a un incidente planteado, el Juez liberó de costas al allanamiento, imponiéndolas en el orden causado. Sobre el particular, hay que tener en cuenta que el allanamiento sobrevino como consecuencia de un error en la tramitación, el cual obligó a promover el incidente a la parte afectada; en segundo lugar hay una norma legal expresa que dice que en los incidentes las costas son a cargo de la perdedora (haya o no allanamiento) que es el art. 194 CPC. (En los incidentes regirá lo establecido en el art.192, pudiendo eximirse de las costas únicamente cuando se tratare de cuestiones dudosas de derecho).

De acuerdo a lo expuesto, corresponde revocar el apartado tercero del auto apelado, dejando establecido que las costas procesales deben ser a cargo de la parte perdedora en ambas instancias.

Opinión del Dr. Martínez Prieto. manifiesta que adhiere a la opinión de Dr. Báez Maiola.

Por tanto, el tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial Segunda Sala, RESUELVE: Declarar desierto el recurso de nulidad. Revocar el apartado tercero del A.I. N° 1792 de fecha 26 de noviembre de 2009. Apercibir al Abog. Javier Arévalo por conducta procesal indebida, bajo apercibimiento de que en caso de incurrir de nuevo en dicha falta, le serán aplicadas penas más gravosas. Oficiar a la Superintendencia de la Corte Suprema de Justicia poniendo en su conocimiento la sanción, adjuntando copia auténtica de la presente resolución. Imponer las costas en ambas instancias a la perdedora. Anotar, registrar y remitir copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia

Magistrados: Gerardo Báez Maiola, Arnaldo Martínez Prieto, Juan Carlos Paredes Borbón.

Ante mí: María Teresa Cañete, actuaria judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 585

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

En el caso, la base para el cálculo de los honorarios se realiza conforme la resolución que aprobó la evaluación fiscal practicada en el juicio sucesorio; por lo que en virtud del Art. 32 de la Ley 1376/88, se toma como base el porcentaje del 10%.

T. de Apelación en lo Civil y Comercial. Segunda Sala. 08.09.10. “R.H.P. de los abogados Raúl Darío Valdovinos y Umberto Duarte Carvallo en los autos: Roberto Adrián Brizuela Valinotti s/ Sucesión” (A.I.N° 585).

Asunción, 8 de Setiembre de 2010

VISTOS: los recursos de apelación y nulidad interpuestos por los abogados Raúl Darío Valdovinos y Umberto Duarte Carvallo, contra el A.I. N° 2596 de fecha 19 de octubre de 2009, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Segundo Turno, y;

CONSIDERANDO:

En cuanto a la nulidad: El presente recurso no ha sido sostenido en alza da por el recurrente, puesto que en el memorial de fs. 5 no ha argumentado ninguna violación de forma o solemnidad que se refiera como fundamento de este recurso. En tal circunstancia, el mismo debe ser declarado desierto.

En cuanto a la apelación: El auto interlocutorio recurrido resolvió: regular los honorarios profesionales de los abogados Raúl Darío Valdovinos y Umberto Duarte Caballero, por los trabajos realizados en su carácter de Abogado Procurador, en el Juicio caratulado Reconstitución del Expdte.: Roberto Adrián Brizuela Valinotti s/ Sucesión” dejándolos establecidos en las sumas de Guaraníes un millón setecientos mil Guaraníes (Gs. 1.700.000) y de Guaraníes un millón setecientos mil Guaraníes (Gs 1.700.000) respectivamente. Establecer la suma de Guaraníes ciento setenta mil (Gs 170.000) que el obligado al pago de los honorarios debe abonar en concepto de impuesto al valor agregado (IVA) anotar ...” (sic). La mencionada suma agravia a los profesionales recurrentes, por lo que interpusieron los recursos correspondientes.

De constancias del principal, se puede notar, que el valor de juicio es de Guaraníes Treinta y Cuatro Millones cinco mil ochocientos uno (Gs. 34.005.801),

ya que, por A.I. N° 207 de fecha 6 de marzo de 2010 se aprobó la evaluación fiscal practicada en autos; por lo que en virtud del Art. 32 de la Ley 1376/88, tomando como base el porcentaje del 10% para la justipreciación, corresponde retasar los honorarios de los Abogados Raúl Darío Valdovinos y Umberto Duarte Carvallo, dejándolos establecidos en las sumas de Guaraníes dos millones doscientos setenta y siete mil cincuenta y dos (Gs. 2.267.052) mas guaraníes doscientos veinte y seis mil setecientos cinco (Gs. 226.705) en concepto de IVA para el Abogado Patrocinarte; y Guaraníes un millón ciento treinta y tres mil quinientos veinte y seis (Gs. 1.133.526) mas guaraníes ciento trece mil trescientos cincuenta y dos en concepto de IVA.

Por tanto, el tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Segunda Sala.

RESUELVE: Declarar Desierto el recurso de nulidad. Retasar los honorarios profesionales de los Abogados Raúl Darío Valdovinos y Umberto Duarte Carvallo, dejándolos establecidos en las sumas de guaraníes dos millones doscientos sesenta y siete mil cincuenta y dos (Gs. 2.267.052) más guaraníes doscientos veinte y seis mil setecientos cinco (Gs. 226.705) en concepto de IVA para el patrocinante; y guaraníes un millón cinto treinta y tres mil quinientos veinte y seis (Gs. 1.113.526) más guaraníes ciento trece mil trescientos cincuenta y dos en concepto de IVA para el procurador.

Anotar, registrar y emitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia

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

Ante mí: María Teresa Cañete, Actuaría Judicial

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 586

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

En el caso, no hubo controversia alguna en el juicio de divorcio, y en el escrito inicial donde plantea la demanda se manifiesta: “Asimismo, en varias oportunidades nuestra mandante mantuvo conversación telefónica con el accionado, y en todas él le ha manifestado que no tiene intención ni voluntad de volver a unirse, ni la demandante tampoco, al contrario el esposo ha expresado

su deseo de formalizar la separación de hecho que se da en la actualidad, que también es anhelo de la esposa motivo de esta demanda”, reconociendo de esta forma que el divorcio fue de común acuerdo; por lo que corresponde justipreciar los honorarios del abogado de la parte actora en la suma de Gs. 10.831.800 más IVA, de conformidad al Art. 44 de la Ley 1376/88.

T. de Apelación en lo Civil y Comercial. Segunda Sala. 08.09.10. “R.H.P. del abog. Ubaldo López G. en los autos Ana B. Servín c/ Ramón A. Paniagua s/ Divorcio” (A.I.Nº 586).

Asunción, 8 de setiembre de 2010

VISTO: los recursos de apelación y nulidad interpuesto por el Sr. Ramón Arístides Paniagua por derecho propio y bajo patrocinio de Abogado; contra el A.I. Nº 2199 de fecha 19 de noviembre de 2009, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Tercer Turno, y;

CONSIDERANDO:

En cuanto a la nulidad: El recurrente expresamente desiste del recurso de nulidad, y no advirtiendo el Tribunal vicio alguno en el interlocutorio mencionado, corresponde tener por desistido el recurso.

En cuanto a la apelación: El auto interlocutorio recurrido reguló los honorarios profesionales del Abog. Ubaldo Alberto Lopez Genes, dejándolos establecidos en la suma de guaraníes diez y seis millones docientos treinta y siete mil cuatrocientos (Gs. 16.237.400), más la suma de guaraníes un millón seiscientos mil (GS. 1.600.000) en concepto de I.V.A., suma que el recurrente considera arbitraria, y que no coincide con lo realizado en el juicio de divorcio.

En autos principales, el Abog. Ubaldo López Genes, en representación de la Sra. Ana Beatriz Servín, plantea acción de divorcio a petición de una sola de las partes contra el Sr. Ramón Arístides Paniagua Martínez.

Posteriormente, luego de actuaciones procesales pertinentes, el A-quo dicta la S.D. Nº 936 de fecha 29 de diciembre de 2008, en la que hace lugar a la presente demanda y declara divorciados a los referidos cónyuges; y su aclaratoria, S.D. Nº 208 de fecha 11 de abril de 2009 en la que se imponen las costas a la parte demandada.

El Sr. Ramón Arístides Paniagua Martínez se agravia con respecto a las resoluciones mencionadas precedentemente, por lo que impone recursos de Apelación y Nulidad contra las mismas.

JURISPRUDENCIA

En Alzada, según el informe de la actuario obrante a fs. 38, una vez dictada la providencia de expresión de agravios en fecha 23 de junio de 2009, el apelante retiró el expediente en fecha 25 de julio del 2009, devolviendo el mismo en fecha 18 de agosto sin la presentación de ningún escrito, por lo que el Tribunal por A. I. N° 632 de fecha 7 de septiembre de 2009 declaró desierto el derecho que tenía el Sr. Ramón Arístides Paniagua Martínez para expresar agravios, disponiendo la devolución de autos al Juzgado de origen.

De acuerdo a constancias procesales, se puede notar que no hubo controversia alguna en el presente juicio, y el Abog. Ubaldo López Genes, en su escrito inicial donde plantea la demanda, manifiesta: “Asimismo, en varias oportunidades nuestra mandante mantuvo conversación telefónica con el accionado, y en todas él le ha manifestado que no tiene intención ni voluntad de volver a unirse, ni la demandante tampoco, al contrario el esposo ha expresado su deseo de formalizar la separación de hecho que se da en la actualidad, que también es anhelo de la esposa motivo de esta demanda”, reconociendo de esta forma que el divorcio fue de común acuerdo; por lo que corresponde revocar la sentencia recurrida, justipreciando los honorarios del Abog. Ubaldo Aquino en la suma de guaraníes diez millones ochocientos treinta y un mil ochocientos (Gs. 10.831.800) mas guaraníes un millón ochenta y tres mil ciento ochenta (Gs. 1.083.180.) en concepto de IVA de conformidad al Art. 44 de la Ley 1376/88.

Por tanto, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Segunda Sala.

RESUELVE: Tener por desistido el recurso de nulidad. Retasar los honorarios profesionales del Abog. Ubaldo López genes, dejándolos establecidos en la suma de guaraníes diez millones ochocientos treinta y un mil ochocientos (Gs. 10.831.800.) mas guaraníes un millón ochenta y tres mil ciento ochenta (Gs. 1.083.180). Anotar, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

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

Ante mí: María Teresa Cañete, Actuario Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 681

RECURSO DE APELACIÓN.

El recurso de nulidad está ínsito en el de apelación (Art.405), razón por la que el hecho de no ser deducido expresamente ni de igual manera concedido por el Juzgador, no impiden que el recurso pueda ser fundamentado en alzada. Esto es así porque el mismo Ad quem tiene facultad plena de declarar la nulidad de oficio aunque no se haya interpuesto el recurso de nulidad porque se basa en la necesidad de asegurar de que en todo momento lo actuado y dictado se observe el debido proceso. (Voto de la mayoría).

MEDIDAS CAUTELARES. Requisitos para la viabilidad de medidas cautelares.

El peligro de pérdida o frustración del derecho es precisamente la justificación de la urgencia la cual debe ser apreciada por el juzgador según las circunstancias y características especiales que presenta cada caso, pero además de dichos elementos, interviene siempre el factor irreparabilidad del daño de no producirse la medida. (Voto de la mayoría).

JUICIO ORDINARIO. MEDIDAS CAUTELARES.

“En el juicio de conocimiento, las medidas cautelares constituyen verdadera excepción y nunca la regla porque so pretexto de asegurar el cumplimiento de una supuestas sentencia favorable ligeramente se estaría decidiendo por anticipado la cuestión de fondo”. (Voto de la mayoría).

MEDIDAS CAUTELARES. Requisitos para la viabilidad de medidas cautelares.

De la exposición de los actores, no surge la existencia plena y coincidente de todos los presupuestos genéricos, aunque su derecho tenga apariencia, recuérdese que los mismo son socios cuotistas de la empresa, no se visualiza en peligro inmediato en la demora y siempre podrá ejercerse la facultad de rendición de cuentas sobre los administradores; por último, tampoco se ha fundado debidamente que se haya dictado una medida sui generis y no la prevista en los Arts. 727 y sgtes. del C.P.C. (Voto de la mayoría).

MEDIDAS CAUTELARES. Requisitos para la viabilidad de medidas cautelares.

A los efectos de acreditar la verosimilitud del derecho, corresponde aclarar que, por lo dispuesto en la ley se debe aplicar a las S.R.L las normas de la sociedad anónima.

SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. Asamblea de accionistas de la SRL.

En el caso, el problema principal es que existe una aparente contradicción del Art. 1079 C.C con el temario establecido judicialmente como orden del día de dicha asamblea pues según lo establecido por el Art. 1079 C.C el estudio de la memoria anual del directorio, balance y cuenta de ganancia y pérdida, distribución de utilidades, designación de directores son exclusivamente materias de asamblea ordinaria y, en ningún caso, no puede ser estudiada por la vía de la Asamblea Extraordinaria, sin violarse los artículos 1079 y 1080 del Código Civil, que son normas de orden público y tiene un tratamiento diferente en cuanto al quórum exigido y el temario. (Voto en minoría disidente del Dr. Carmelo Castiglioni).

MEDIDAS CAUTELARES. Requisitos para la viabilidad de medidas cautelares.

El solo hecho de haberse establecido el orden del día de una Asamblea Ordinaria para ser realizada por una Asamblea Extraordinaria, crea a prima facie, que existe verosimilitud del derecho, salvo mejor cuando se estudie la cuestión de fondo, por lo tanto, además de lo señalado por los demandantes como el establecimiento del quórum necesario para debatir válidamente existen elementos válidos para aceptar la verosimilitud del derecho. (Voto en minoría disidente del Dr. Carmelo Castiglioni).

MEDIDAS CAUTELARES. Requisitos para la viabilidad de medidas cautelares.

Peligro de frustración del derecho: siendo que la nulidad se pide por un juicio ordinario, entonces, la designación de un directorio que aparentemente tiene problema de legitimidad al confrontarse aparentemente con las normas arriba citadas, amerita la urgencia y por un principio de prudencia aquellos que fueron designados regularmente deben permanecer en el cargo los directores. (Voto en minoría disidente del Dr. Carmelo Castiglioni).

T. de Apelación en lo Civil y Comercial. Segunda Sala. 08.10.10. "Empresa de Transporte y Turismo Lago Ypacaraí SRL c/ Teodoro Riveros Cuellar y otros s/ nulidad de asamblea" (A.I.Nº 681)

Asunción, 8 de octubre de 2010

VISTO: Los recursos de apelación y nulidad interpuestos contra la providencia de fecha 6 de julio de 2010, fs. 48 de autos dictado por el juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de San Lorenzo, y

CONSIDERANDO:

Que la parte de la providencia objeto de recurso, expresa: “Como se pide bajo caución y responsabilidad personal de los recurrentes decretase en carácter de medida cautelar la suspensión de los efectos de la Asamblea General Extraordinaria de fecha 22 de junio de 2010, por SD N° 381 de fecha 14 de junio de 2010, dictada por el Juzgado de la Niñez y la Adolescencia y en consecuencia disponer la confirmación en sus respectivos cargos de los directores designados con anterioridad a la citada asamblea, mientras dure la sustanciación del presente juicio y hasta nueva disposición del Juzgado, para su cumplimiento comisionese a un Oficial de Justicia y librese el correspondiente mandamiento”.

La Nulidad. Opinión del Dr. Paredes Bordón. Si bien la A-quo concedió dicho recurso, en la providencia de fecha 8 de julio de 2010, el mismo no ha sido interpuesto por los recurrentes en el escrito de fs. 200/205, por lo que debe declararse mal concedido.

Opinión del Dr. Báez Maiola en la nulidad. En nuestro ordenamiento procesal positivo, el recurso de nulidad esta ínsito en el de apelación (art. 405), razón por la que el hecho de no ser deducido expresamente ni de igual manera ser conocido por el juzgador, no impide que el recurso pueda ser fundamentado en alzada. Esto es así porque el mismo Ad quem tiene facultad plena de declarar la nulidad de oficio aunque no se haya interpuesto el recurso de nulidad porque se basa en la necesidad de asegurar de que en todo momento lo actuado y dictado se observe el debido proceso.

Opinión del Dr. Castiglioni. Al no haberse interpuesto los recursos de nulidad, pero habiéndose concedido dicho recurso, soy del parecer que el mismo debe declararse desierto, dado que al ser concedido el Tribunal tiene el deber de estudiar de oficio la regularidad del proceso, pero no existiendo vicio que amerite la nulidad en ese sentido, corresponde declarar desierto dicho recurso.

La Apelación. Opinión del Dr. Paredes Bordón. Los demandados Teodoro Riberos, Amado Gómez y Claudia Lorena Morínigo, se agravan de la medida cautelar expuesta, señalando que la A-quo ni siquiera ha leído el objeto de la demanda sino mas bien se apresuro a ordenar sin fundamento alguno y por simple providencia, decretar bajo caución y responsabilidad personal de los

recurrentes, los señores Alberto Martínez y Cesar Patiño en carácter de medida cautelar la suspensión de los efectos de la Asamblea General Extraordinaria de fecha 22 de junio de 2010, por SD N° 381 de fecha 14 junio de 2010, dictado por el Juzgado de la Niñez y la Adolescencia.

Señala igualmente que la jueza ha obviado las disposiciones de los Arts. 3° y 4° del CPC, ya que los demandantes han denunciado como domicilio de los demandados la ciudad de Ypacaraí, Km 38, por lo que queda el sitio fuera de su competencia.

La parte actora, al contestar el traslado por fundamentación defectuosa, señalando además que lo expuesto por los apelantes no constituyen fundamentos de hechos y derecho que demuestren que la resolución es injusta ni tampoco acreditan un eventual error de la A-quo, pues no manifiestan que la decisión no se haya dictado con arreglo a las disposiciones del CPC, solicitado finalmente la confirmación de la medida.

En primer término, debemos señalar que el escrito presentado reúne los requisitos previstos en el Art. 419 a criterio del tribunal, por lo que no puede ser declarado desierto el recurso, debiendo entrar a estudiarse el recurso de apelación, ya que el de nulidad no ha sido interpuesto.

En ese sentido se tiene que la providencia objeto de recurso en la parte que dispuso la medida cautelar, es la primera providencia dictada en el juicio, por la cual, además se ha corrido traslado de la demanda. Es decir, la medida cautelar ha sido dispuesta al inicio mismo de la demanda.

En la especie, los actores, socios de una SRL, demandan la nulidad de una asamblea general extraordinaria llevada a cabo a raíz de una orden judicial, SD N° 381 de fecha 14 de junio de 2010, dictado por el juzgado de la Niñez y la Adolescencia de Luque , ocasión en que fueron reemplazados los anteriores directivos de la empresa, hoy actores en la presente demanda.

El objeto final de la acción, según petición inicial es declarar la nulidad de la mencionada Asamblea, con lo que quedaría sin efecto lo resuelto en ella. Como medida cautelar han solicitado la suspensión de esos mismos efectos.

Es decir, tanto la petición final, como el de la medida cautelar, se traducen en el mismo efecto práctico y factico, que los actores continúen en la administración de la empresa, a pesar de los resuelto en la Asamblea Extraordinaria realizada en virtud de la sentencia judicial antes nombrada.

De acuerdo a los términos de la providencia recurrida, la A-quo se ha limitado a acceder a la petición de la actora sin que conste en la referida reso-

lución, los argumentos por los cuales la misma creía factible la petición sobre la medida cautelar.

El art. 693 del CPC, establece los presupuestos genéricos de las medidas cautelares disponiendo expresamente que aquel las solicita deberá: “ según la naturaleza de ellas, a) acreditar prima facie la verosimilitud del derecho que invoca; b) acreditar el peligro de pérdida o frustración de su derecho o la urgencia de la adopción de la medida según las circunstancias del caso; c) otorgar contra cautela”.

El “peligro de pérdida o frustración del derecho es precisamente la justificación de la urgencia, la cual debe ser apreciada por el juzgador según las circunstancias y características especiales que presenta cada caso, pero además de dichos elementos, interviene siempre el factor de irreparabilidad del daño producirse de no conceder la medida. En otras palabras, no es el daño en si mismo sino por la posibilidad cierta de frustración, disminución o pérdida del derecho, tanto como fundamento de la acción como de la pretensión de la cuestión de fondo, apreciación que debe dejarse sentada en la resolución que resuelve, otorgando o denegando la medida y no simplemente emitir la decisión sin expresar si se encuentran o no reunidos los requisitos del Art. 693 del CPC, en general y mas que en el presente caso, se ha dictado una medida sui generis, que no figura en el catálogo de CPC, Arts. 707 al 730 y que además conlleva en la practica la suspensión de los efectos de una Sentencia Judicial, por lo que debió fundarse adecuadamente la necesidad, la pertinencia y la existencia de los presupuestos necesarios para el dictado de una medida de a la mencionada naturaleza.

Este tribunal en ocasión de dictar el A.I. N° 714 de fecha 30 de agosto de 2007, había señalado que: “..en el juicio de conocimiento, las medidas cautelares constituyen verdadera excepción y nunca la regla porque so pretexto de asegurar el cumplimiento de una supuesta sentencia favorable ligeramente se estaría decidiendo por anticipado la cuestión de fondo...” A.I. N° 714 del 30/08/2007: Juicio: compulsas del Expte. Polo Paraguay SRL y otro c/ Polo Ralph Corporation y Otro s/ indemnización de Daños”. En el mismo sentido se ha expedido recientemente este mismo Tribunal, en los autos, Compulsas del Expediente: César Cirilo Martínez Pujol c/ Hugo Cirilo Araujo y otros s/ nulidad de acto jurídico y otro, A.I. N° 1340 de fecha 24 de setiembre de 2010, en los autos: “Pedro Alejo Robadin Ruiz Díaz c/ Decreto N° 392 del 02/10/2008 dictado

por el Poder Ejecutivo y la Resolución N° 2420 del 03/10/2008 dictado por el Ministerio de Hacienda”, donde el Ministro Garay en una parte de su voto señala: “No pueden otorgarse las medidas cautelares para obtener extemporáneamente anticipo del objeto de la demanda por evitar la duración del proceso”.

Por otro lado, de la exposición de los actores, no surge la existencia plena y coincidente de todos los presupuestos genéricos, aunque su derecho tenga apariencia, recordase que los mismos son socios cuotistas de la empresa, no se visualiza en peligro inmediato en la demora y siempre podrá ejercerse la facultad de rendición de cuentas sobre los administradores; por ultimo, tampoco se ha fundado debidamente que se haya dictado una medida sui generis y no la prevista en los Arts.727 y sptes. del CPC.

De lo expuesto se deduce que no se encuentran reunidos los presupuestos genéricos para el otorgamiento de la medida cautelar, por lo que la decisión de la A-quo, debe ser revocada y dejarse sin efecto las medidas cautelares dictadas, sin perjuicio de que en el futuro, de surgir hechos que acrediten mas acabadamente la necesidad de dichas medidas se resuelven lo pertinente.

Las costas, habiendo prosperando el recurso cabe imponerlas a la perdidososa.

A su turno, el Dr. Báez Maiola manifiesta adherir al voto precedente por sus mismos fundamentos.

Opinión del Dr. Castiglioni en cuanto al recurso de Apelación. Se agravia el apelante en contra la providencia de fecha 06 de Julio de 2010, en la parte que ordena la suspensión de los efectos de la Asamblea General Extraordinaria de fecha 22 de Junio de 2010, dispuesta por S.D. N° 381 de fecha 14 junio de 2010, del juzgado de la niñez y la Adolescencia de Luque y confirmada por el Acuerdo y Sentencia N° 92 de fecha 25 de julio de 2010 del Tribunal de Apelación de la Niñez y la Adolescencia de esta Capital, a fin de mantener en sus cargos a los anteriores designados por la asamblea anterior a la señalada por las resoluciones mencionadas.

Que soy del criterio que la providencia debe ser confirmada, aun cuando se haga por simple providencia, pues la medida cautelar, que suspende los efectos de la sentencia, prima facie reúne los requisitos de admisibilidad de la medida cautelar considerando que se cumplen los tres requisitos:

Verosimilitud del Derecho: Antes corresponde aclarar que, por lo dispuesto en la ley corresponde aplicar a las SRL las normas de la sociedad anónima.

Que, así se comprueba, salvo un estudio mas profundo que se realizara como mas detenimiento al dictarse sentencia, que es procedente la suspensión de lo efectos de la designación de los nuevos directores, pues además de las alegaciones en cuanto al no cumplimiento de quórum para habilitar la Asamblea Extraordinaria, el problema principal es que existe una aparente contradicción del Art. 1079 CC con el temario establecido judicialmente como orden del día de dicha asamblea pues según lo establecido por el Art. 1079 CC, el estudio de la memoria anual del directorio, balance y cuenta de ganancia y perdida, distribución de utilidades, designación de directores, son exclusivamente materias de Asamblea Ordinaria y, en ningún caso, no puede ser estudiada por la vía de la Asamblea Extraordinaria, sin violarse los artículos 1079 y 1080 del Código Civil, que son normas de orden publico y tiene un tratamiento diferente en cuanto al quórum exigido y el temario. El Art. 1080 en forma expresa establece que: “Corresponde a la Asamblea Extraordinaria todos los asuntos que no sean de competencia de la asamblea ordinaria” Entonces, solo aquellos temas, que no son para la Asamblea ordinaria, pueden ser estudiados por la Asamblea Extraordinaria, como es el caso del cambio de Estatutos de la Sociedad de Responsabilidad Limitada en este caso y todos los temas señalados en las disposiciones de la Sociedad Anónima son aplicable supletoriamente a la SRL y no puede ser temario del orden del día de la Asamblea Extraordinaria la designación de directores ni estudiarse y menos aprobarse el estado de cuenta, sin lesionar normas de orden público. Es norma de orden público porque afecta el quórum. El solo hecho de haberse establecido el orden día de una Asamblea Ordinaria para ser realizada por una Asamblea extraordinaria, crea prima facie, que existe verosimilitud del derecho, salvo mejor cuando se estudie la cuestión del fondo, por lo tanto, además de lo señalado por los demandantes como el establecimiento del quórum necesario para debatir válidamente existen elementos validos para aceptar la verosimilitud del derecho.

Peligro de Frustración del Derecho: siendo que la nulidad se pide por un juicio ordinario, entonces, la designación de un directorio que aparentemente tiene problema de legitimidad al confrontarse aparentemente con las normas arriba citadas, amerita la urgencia y por un principio de prudencia aquellos que fueron designados regularmente deben permanecer en el cargo los directores.

Contra cautela: Los accionantes han comprometido expresamente su responsabilidad para que se le otorgue la medida cautelar.

JURISPRUDENCIA

Por lo expuesto, soy del parecer de que en la resolución señalada están cumplidos los presupuestos genéricos del Art. 683 CPC en la parte que fue recurrida y debe ser confirmada, con costas a la perdidosa. Es mi voto.

Por tanto, en mérito a lo expuesto el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial Segunda Sala

RESUELVE: Declarar desierto el recurso de nulidad. Revocar la providencia de fecha 6 e julio de 2010, dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de San Lorenzo, en la parte objeto de recurso y dejar sin efecto la medida cautelar allí decretada. Imponer las costas a la perdidosa. Anotar, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Gerardo Báez Maiola, Carmelo Castiglioni, Juan Carlos Paredes Bordón.

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

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 702

HABEAS DATA.

El juicio por habeas data tiene su base en proteger un derecho constitucional, razón por la cual las más de las veces no tiene un referente determinado en dinero, salvo ciertos casos, como el presente, en que hay una cifra precisa. Pero ocurre que, por exigua, no puede ser tomada como base de cálculo de honorarios porque, de hacerlo, atentaría por lo bajo contra la dignidad del profesional abogado.

T. de Apelación en lo Civil y Comercial. Segunda Sala. 20.10.10. "RHP del Abog. Alcibíades Rodas L. en el expediente: Carolina Elizabeth Rodas R. c/ Inforconf s/ Habeas Data". (A.I.N° 702)

Asunción, 20 de octubre de 2010

VISTO: el recurso de apelación interpuesto por el Abog. Iran Arturo Rodríguez contra el A.I. N° 1932 del 02 de diciembre de 2009, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en los Civil y Comercial Cuarto Turno, Sría. N° 7, y

CONSIDERANDO:

Que por el citado auto (f. 2) se fijaron en Gs. 4.876.830 los honorarios del Ab. Alcibíades Rodas por la labor en doble carácter, adicionando el 10% en concepto de IVA (Gs. 487.683).

La Apelación. Se sostiene en base a que la suma es muy elevada, haciéndose alusión a que “este tipo de juicios se ha hecho un comercio rentable inclusive en concierto con algunos empleados judiciales, dada la animadversión que se tiene a mi representada, la firma INFORCONF SA por la parte de la ciudadanía morosa y hábil para no pagar sus cuentas...” (sic).

Finaliza su memorial, admitiendo como adecuada a derecho Gs. 2.000.000.

Al revisar autos principales que corren por cuerda que por decisión recaída en primera instancia, la S.D. N° 796 de fecha 31 de octubre de 2008 (fs. 31/33 vlt.) se hizo lugar a la acción de habeas data “ordenando la supresión del registro operaciones morosas declarada por la firma afiliada a Inforconf Sa, Cymar & Asociados Y Teresa Román Genes por la suma de Guaraníes Ciento Noventa cuatro mil cien (Gs. 194.100)...” (sic).

El juicio por habeas data, tiene su base en proteger un derecho constitucional, razón por la que, las mas de las veces, no tiene un referente determinado en dinero, salvo en ciertos casos como el presente en que hay una cifra precisa, pero ocurre que, por exigua, no puede ser tomada como base de cálculo de honorarios porque, de hacerlo, atentaría –por lo bajo– contra la dignidad del profesional abogado.

De acuerdo a ello, no obstante, la cifra asignada resulta sobredimensionada porque no guarda relación con la extensión del trabajo ni de acuerdo al grado de complejidad del asunto, por ser más bien simple y sencillo.

En base a estas consideraciones, resulta prudente y, por tanto, responsable retasar en Gs. 2.000.000 más el 10% en concepto de IVA.

Por tanto, en merito a lo expuesto el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Segunda Sala.

RESUELVE: RETASAR los honorarios del abogado Alcibíades Rodas L. fijándolos en la suma de Guaraníes Dos millones (Gs 2.000.000), más la de Guaraníes Doscientos mil (Gs.200.000) en concepto de IVA.

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

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

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

AUTO INTERLOCUTORIO N° 710

CADUCIDAD DE INSTANCIA. Procedencia de la caducidad. RECURSO DE APELACIÓN.

El pedido de caducidad formulado computa el plazo transcurrido entre la concesión del recurso y la recepción del expediente por el Tribunal de Apelaciones.

FUNCIONARIO PÚBLICO. Obligaciones del funcionario público.

El art. 37 del CPC impone al secretario del Juzgado la obligación de remitir el expediente en el que se hayan concedido los recursos dentro del tercer día. De dicha norma surge que la obligación de remisión del expediente es el órgano jurisdiccional, no las partes, por ende, como la caducidad es una sanción a la inactividad de las partes, no puede computarse el tiempo en el cual el movimiento del expediente, no era responsabilidad de las mismas, sino del órgano jurisdiccional o de un funcionario a su cargo.

EXPEDIENTE.

Fuera de los casos del Art. 118 del CPC las partes no pueden retirar el expediente de secretaría. Como el envío al Tribunal, no figura entre estos casos, el tiempo transcurrido entre la concesión del recurso, y la remisión del expediente al Tribunal superior, es responsabilidad del actuario, no de las partes, no pudiendo computarse ese tiempo para que opere la caducidad., que siendo así y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 176 inc. C) del C.P.C., no corresponde hacer lugar a la caducidad de la instancia en estos autos.

T. de Apelación en lo Civil y Comercial, Segunda Sala. 20/10/2010, “Antonio Francisco Scavone Oddone C/ La Belén S.A. s/ Acción Prep. de Juicio Ejecutivo”. (A.I. N° 710).

Asunción, 20 de octubre de 2010

VISTO: el pedido de caducidad que formula el Abog. José Miguel Fernández Zacur, y

CONSIDERANDO:

Opinión del Dr. Baez Maiola. El punto de partida en cuestiones relativas de caducidad de instancia considera que opera de oficio y que no puede ser subsanada por actos o dictados posteriores.

Teniendo presente ambas circunstancias al trasladarlas a las constancias pertinentes que plantea el sub examine, surge que el juzgado de primera instancia en lo Civil y Comercial del Undécimo Turno ha dictado el A.I. N° 1294 de fecha 22 de setiembre de 2009.

El Abog. Olaf Freiherr Von Brandenstein apela y alega de nulidad contra el citado interlocutorio, recursos que son concedidos en relación y con efecto suspensivo en fecha 14 de octubre de 2009 (f. 176).

En fecha 21 de setiembre de 2010 el Abog. José Miguel Fernández pide declaración de caducidad de instancia a esta Alzada.

Que a partir de la fecha de concesión de los recursos ha transcurrido con creces el plazo establecido en el Art. 172 CPC ante la ausencia del impulso y actividad procesal.

De acuerdo a las referidas constancias surge que a partir del 14 de octubre de 2009 (f.176) las partes no impulsaron el diligenciamiento para la remisión del expediente a la Alzada.

Por eso es que a partir de esa fecha el plazo de caducidad se cumplió el 14 de mayo de 2010.

Debido a que los plazos procesales son perentorios e improrrogables (art. 145 CPC) corresponde declarar como operada la caducidad de la instancia.

Opinión de la Dra. María Sol Zuccolillo Garay de Vouga. Es de notar que estos autos fueron recibidos en este Tribunal en fecha 23 de agosto de 2010.

El pedido de caducidad formulado por el Abog. José Miguel Fernández Zacur computa el plazo transcurrido entre la concesión del recurso, 14 de octubre de 2009, y la recepción del expediente por este Tribunal en fecha 23 de agosto de 2010.

El art. 402 del CPC, impone al secretario del Juzgado, la obligación de remitir el expediente en el que se hayan concedido los recursos, dentro del tercer día.

De dicha norma surge, que la obligación de remisión del expediente, es del órgano jurisdiccional, no de las partes, por ende como caducidad es una sanción a la inactividad de las partes no puede computarse el tiempo en el cual el movimiento del expediente, no era responsabilidad de las mismas, sino del órgano jurisdiccional, o de un funcionario a su cargo.

Fuera de los casos del art. 118 del CPC, las partes no pueden retirar el expediente de Secretaría. Como el envío al Tribunal no figura entre esos casos,

el tiempo transcurrido entre la concesión del recurso y la remisión del expediente al Tribunal Superior, es responsabilidad del actuario, no de las partes, no pudiendo computarse ese tiempo para que opere la caducidad.

Que, siendo así, y de conformidad a lo dispuesto en el art. 176 inc. c) del C.P.C., no corresponde hacer lugar a la caducidad de la instancia en estos autos.

Opinión del Dr. Juan Carlos Paredes Bordón: Manifiesta que adhiere a la opinión de la Dra. Zuccolillo Garay de Vouga por los mismos fundamentos.

Por tanto, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Segunda Sala.

RESUELVE: No Hacer Lugar a la caducidad de instancia solicitada por el abogado Jose Miguel Fernández Zacur por notoria improcedencia.

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

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

Ante mí: María Teresa Cañete, Actuaria Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 713

MEDIDAS CAUTELARES. TERCERÍA. Juicios en que procede la tercería.

Si bien el Art. 85 del CPC señala que la promoción de cualquier tercería es razón o motivo suficiente para la ampliación de las medidas cautelares, esa ampliación debe referirse a bienes de la parte demandada en el principal, no afectar a los bienes, cuya titularidad justamente es la que viene a reclamar la tercerista. De modo que se equivoca la representante de la parte actora, cuando sostiene que no interesa a nombre de quien se encuentra el bien sometido a cautela, sí importa, y mucho.

T. de Apelación en lo Civil y Comercial. Segunda Sala. 22/10/2010, "Tercería de dominio promovida por Marisol Carrillo Rabakman en: ASAFRIN SA C/ Víctor Tabakman Marino y otros s/ acción ejecutiva". (A.I.N° 713)

Asunción, 22 de octubre de 2010

VISTO: los recursos de apelación y nulidad interpuesto por el Abog. Gustavo Arietti contra la providencia de fecha 13 de octubre del año 2008, y

CONSIDERANDO:

Que por el referido proveído, el A-quo, dispuso: “En atención a que el juicio principal se encuentra en etapa de ejecución de sentencia y a las medidas cautelares que pesan sobre los inmuebles, bajo responsabilidad personal del solicitante y caución personal de tercero solvente, decretase la prohibición de innovar y contratar sobre los inmuebles individualizados como 1) Matrícula N° 107085 HA03, Edificio Karimí, Cta. Cte. Ctral. N° 12-309-1; 2) Matrícula N° 107157 HA 03, Edificio Camiri, con Cta. Cte. Ctral. N° 12-300—1; 3) Matrícula 107156 HA03 Edificio Karimi, con la Cta Cte. Ctral. N° 12-309-03-07-01; hasta tanto sea resuelta la ejecución en el expediente principal y el incidente de tercera de dominio y a los efectos librese el correspondiente oficio a la Dirección General de Registros Públicos.

La nulidad: Sostiene el recurrente que la medida cautelar decreta de prohibición de innovar y contratar sobre los inmuebles individualizados en la providencia recurrida, fue decretada y ejecutada sin que se de cumplimiento al registro de la contra cautela dispuesta por el proveído de fecha 13 de octubre del año 2008, ya que sostiene que los oficios fueron librados antes de dicho otorgamiento. Lo que vulneraría el requisito del Art. 693 inc. c. Agrega por ultimo que este argumento es válido igualmente para el recurso de apelación igualmente interpuesto.

De acuerdo a constancias de autos, la medida fue dictada el día trece de octubre de 2008, la caución fue prestada en fecha 23 de octubre de 2008, fs. 112 de autos, el oficio N° 1115 de fecha 12 de noviembre 2008 y fue retirado en esa misma fecha según constancias de fs 174 vto. de autos.

No le asiste razón al recurrente entonces, y además como la cuestión puede resolverse por vía del recurso de apelación, debe desestimarse el recurso de nulidad.

La apelación: se agravia el recurrente, aparte del ya señalado argumento desestimado al estudiar la nulidad, de que la medida fue dictada sobre inmueble que no pertenece a la parte demandada en los autos principales, Víctor Tabackman, Marta Trinidad Isaurralde y la firma Tabackman ind. Com. y AGROP. S.A., sino a la tercerista, Marisol Carrillo Tabackman, y además que sobre dichos inmuebles ya se habían decretado embargo preventivo y ejecutivo, específicamente los inmuebles individualizados como:

JURISPRUDENCIA

1. Matrícula N° 107085 HA=., Edificio Karimi, con Cta Cte. Ctral N° 12-309-300-1;
2. Matrícula N° 107157 HA=., Edificio Karimi, con Cta Cte. Ctral N° 12-300-1;
3. Matricula N° 107156 HA03=., Edificio Karimi, con Cta Cte. Ctral N° 12-309-3-A-1, y
4. Matricula N° 107099, HA=., Edificio Karimi, con Cta Cte. Ctral N° 12-309-03-07-01,

Los cuales subsisten hasta la fecha, siendo que los mismos se encuentran a nombre de la tercerista desde fecha 7 de julio de 2005.

Al contestar los agravios, la adversa sostiene, con relación a este argumento, que las medidas fueron dictadas a los efectos de precautelar los derechos de su mandante, parte actora en el principal, pues las propiedades transferidas a nombre de la incidentista en un claro abuso de derecho entre los embargados, demandados principales y la tercerista, estaba por ser transferidas a nombre de terceras personas para escudarse en la supuesta buena fe de los nuevos compradores, para salvaguardarse de los embargos ya trabados. Sostiene en consecuencia que a nombre de quien figuren los inmuebles, si nombre de los demandados principales o de la tercerista resulta irrelevante para la traba de las medidas cautelares, ya que la dicha traba no importa en ningún caso la resolución sobre el fondo de la cuestión.

En autos se presenta la Sra. Marisol Carrillo Tabackman, a promover incidente de tercería de dominio, en los autos Aserfin Sociedad Anónima c/ Víctor Tabackman Marino y otros s/ preparación de acción ejecutiva, alegando ser legítima propietaria de los inmuebles individualizados como:

1. Matrícula N° 107085 HA= , Edificio Karimi, con Cta Cte. Ctral N° 12-309-300-1;
2. Matrícula N° 107157 HA= , Edificio Karimi, con Cta Cte. Ctral N° 12-309-3-A-7;
3. Matrícula N° 107156 HA03= , Edificio Karimi, con Cta Cte. Ctral N° 12-309-3-A-6.

Todas del distrito de San Roque. Los inmuebles descritos constituyen una unidad económica de Departamento-Cochera-Baulera, que sostiene haberlos adquirido en compra de los codemandados Víctor Tabackman y Marta Trinidad Insaurralde de Tabackman, conforme a la escritura pública N° 18 de fecha

18 de abril de 2005, pasado por ante el escribano público Martín José Troche Robbiani.

Dichos inmuebles ya se encontraban afectados por un embargo preventivo, convertido posteriormente en ejecutivo, decretado en fecha 4 de octubre de 2007, conforme se puede apreciar en el pedido y el oficio obrante a fs, 157 y 158 de los autos principales, lo que motivo la promoción de la tercería.

El presente recurso sin embargo no hace al fondo de la tercería, que es objeto de estudio en este tribunal en forma paralela por otras apelaciones, sino a la ampliación de las medidas cautelares sobre los mismos inmuebles ya afectados en el embargo. Esas medidas fueron las de prohibición de innovar y de contratar sobre los inmuebles objeto de la tercería, ante denuncia de la parte actora de una supuesta intención de transferencia.

De lo expuesto se tiene que sobre los bienes que la tercerista reivindica, se ha producido una doble serie de medidas cautelares, primeramente el embargo preventivo, fs. 18 y 20 de los autos principales, y luego embargo ejecutivo, fs. 157 y 158 de los mismos autos principales, y luego la prohibición de innovar y contratar, fs. 105 y 108 de estos autos de la tercería.

Si bien el Art. 85 del CPC, señala que la promoción de cualquier tercería, es razón o motivo suficiente para la ampliación de las medidas cautelares, esa ampliación desde referirse a bienes de la parte demandada en la principal, no afectar a los bienes, cuya titularidad justamente es la que viene a reclamar la tercerista.

De modo que se equivoca la representante de la actora, cuando sostiene que no interesa a nombre de quien se encuentra el bien sometido a cautela, si importa y mucho.

Por otro lado es el embargo la medida cautelar indicada en este tipo de juicio, ejecutivo, en lo cual ya se impide la enajenación, y dicha medida ya fue dictada con anterioridad, por lo que el dictado de nuevas restricciones sobre los inmuebles, cuya propiedad además esta en discusión, resulta sino un hecho claro, algo muy cercano al ejercicio abusivo del derecho, al recargar indebidamente el patrimonio de la tercerista con medidas cautelares dobles e innecesarias, y sin mucho respaldo factico.

En efecto, el escrito de fs. 105, en la cual se solicita la medida cautelar que origina la providencia hoy recurrida, no acredita más allá del simple dicho de la abogada, la veracidad o no de la intención de transferir de la tercerista, por

lo que ni siquiera, se asoman las exigencias del Art. 693 del CPC, para el dictado de nuevas medidas sobre inmuebles ya embargados.

La providencia recurrida resulta entonces injusta, y debe ser revocada, en su totalidad, con costas a la perdidosa, parte actora en el principal, por aplicación del Art. 203 del CPC.

Por tanto, el tribunal de apelación en lo civil y comercial segunda sala,

RESUELVE: Desestimar el Recurso de Nulidad. Revocar la providencia de fecha 13 de octubre de 2008, y en consecuencia disponer el levantamiento de las medidas cautelares que pesan sobre los inmuebles individualizados como 1) Matrícula N° 107085 HA03, Edificio Karimi, con Cta Cte. Ctral N° 12-309-1; 2) Matrícula N° 107157 HA 03 Edificio Carimi, con Cta Cte. Ctral N° 12-300—1; 3) Matrícula N° 107156 HA03 Edificio Karimi, con Cta Cte. Ctral N° 12-309-3-A-1; y 4) Matrícula N° 107099 Edificio Carimi, con Cta Cte. Ctral N° 12-309-03-07-01. Imponer las costas a la perdidosa. Anotar, registrar y remitir copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: María Sol Zuccolillo de Vouga, Carmelo Castiglioni, Juan Carlos Paredes Bordón.

Ante mí: María Teresa Cañete, Actuaría Judicial

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 842

VICIOS REDHIBITORIOS. Prueba de los vicios redhibitorios. PRESCRIPCIÓN. Interrupción de prescripción.

La escritura pública de constitución en el taller, cuya veracidad hace plena fe por tratarse de un instrumento público porque no fue reargüido ni demostrada su falsedad (Art. 383 y 385 CC) se constituye en pieza fundamental para resolver la cuestión porque demuestra que el accionado tenía la tenencia del vehículo a pocos días de la celebración del contrato y porque suya fue la orden de servicio que diera el demandado al Touring y Automóvil Club Paraguayo para transportar el vehículo hasta el citado taller, como consecuencia de ello, el plazo para la prescripción quedó interrumpido por el reconocimiento de la obligación de deudor en este caso, el vendedor respecto a los vicios redhibitorios según prescribe el art. 647 del Código Civil.

T. de Apelación en lo Civil y Comercial, Segunda Sala. 02/12/2010, “María Liz Barrios Benítez c/ Eduardo Moacir Delfino Gómez S/ Indemnización de Daños y Perjuicios por Responsabilidad Contractual y otros”. (A.I.N° 842)

Asunción, 2 de Diciembre de 2010

VISTO: El recurso de apelación en subsidio interpuesto por la parte actora, contra el A.I. N° 1047 de 22 de julio de 2010, y

CONSIDERANDO:

Opinión de la Dra. Zuccolillo Garay de Vouga. Por el citado auto interlocutorio la que hizo lugar a la excepción de prescripción opuesta por el demandado.

La decisión agravia a la actora quien considera torcida la interpretación dada por la a-quo en la resolución pues la demanda planteada fue por indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad contractual y otros pero nunca se demandó por vicio redhibitorios y por lo tanto la acción estaba prescripta.

Del examen de autos se advierte sin embargo que en ocasión de plantear en el petitorio se consignó: “Tener por iniciada la presente demanda de rescisión de contrato por parte de la señorita María Liz Barrios Benítez por incumplimiento del contrato por vicios redhibitorios e indemnización de daños y perjuicios en contra del señor Eduardo Moacir Delfino Gómez (sic).

Resulta entonces que el plazo de prescripción aplicable es el contemplado en el art. 668 del CC que dispone: “se prescribe por tres meses la acción redhibitoria para dejar sin efecto el contrato de compraventa; y la acción para que se reduzca el precio por vicios redhibitorios.”

Dado que el contrato fue suscripto el 26 de febrero de 2009 y la presente demanda fue notificada el 9 de diciembre de 2009, se advierte que el plazo de prescripción de la acción se ha cumplido holgadamente, razón por la cual corresponde confirmar la resolución en alzada.

Opinion en disidencia del Dr. Báez Maiola. El accionado fundamenta su excepción de prescripción en el art. 668 del Código Civil, que establece el plazo de tres meses para que prescriba la acción correspondiente a la reclamación por vicio redhibitorio en la cosa. Su punto de partida es la fecha del contrato de compra venta de vehículo automotor celebrado con María Liz Barrios Benítez en fecha 26 de febrero de 2009, compradora. De acuerdo a ello, sostiene que al

tiempo de la demanda, 23 de octubre de 2009, la acción ya se había extinguido por inacción para promover demanda en tiempo hábil.

El A-quo, al tomar solamente estos parámetros, ha concedido la excepción de prescripción. Pero si hubiera tenido más cuidado con las constancias que se ha aportado en autos, no resulta admisible la excepción. En efecto, si bien es cierto que el contrato de compraventa se celebró el 26 de febrero de 2009, hay hechos que demuestran que el plazo para la acción por vicios redhibitorios quedó interrumpido por quien (vendedor) estaba obligado a responder por evicción. En efecto, corroboran esas constancias de lo que ha dicho la actora en su demanda: que el vehículo presentaba dificultades en su funcionamiento a poco de ser adquirido, como también que puso en conocimiento de la situación al ahora accionado Eduardo Moacir Delfino Gómez.

Tiene verosimilitud suficiente que la actora le haya reclamado al vendedor porque resulta evidente que solo en esta forma pudo saber el lugar en donde se encontraba el vehículo y en base a ello, pidió a la Escribana Publica Lorena Jennifer Ortigoza Figueredo que se constituyera en el Taller El Águila (fs. 11/14) para dicha constatación, labrándose acta según Escritura N° 7 de fecha 6 de junio de 2009. Ya en el lugar, el taller El Águila fue atendido por su propietario Florian Beck, manifestando éste a la Notaria .. “ que el problema es con el dueño de la playa de autos de Eduardo Moacir Delfino Gómez, quien fue quien le remitió el vehículo y desde marzo 13 envió el vehículo y nunca más le manifestó qué reparación debía hacer hasta el día de la fecha; a simple vista que el vehículo Daihatsu modelo Terios se encuentra en ese taller tapado con un plástico negro para proteger de la intemperie, el dueño del taller me manifestó que el turbo y motor de dicho vehículo están inservibles y el mismo consiguió el motor nuevo que debe ser traído de Japón, pero hasta el momento no le dieron la autorización de hacer la compra (sic).

Este documento, cuya veracidad hace plena fe por tratarse de un instrumento público porque no fue reargüido ni demostrada su falsedad (arts. 383 y 385 CC), se constituye en una pieza fundamental para resolver la cuestión porque queda demostrado que el accionado tenía la tenencia del vehículo a pocos días de la celebración del contrato y porque suya fue la orden de servicio N° 266757 que diera Eduardo Moacir Delfino Gómez al Touring y Automóvil Club Paraguayo para transportar el vehículo hasta el citado taller.

Como consecuencia de ello, el plazo para la prescripción quedó interrumpido por el reconocimiento de la obligación de deudor en este caso, el vendedor

respecto a los vicios redhibitorios, según así prescribe el art. 647 del código Civil en el inciso c) “ por cualquier acto inequívoco, judicial o extrajudicial que importe reconocimiento del crédito por el deudor” y respecto del vehículo no se ha aportado prueba que haya sido puesta nuevamente en posesión de la compradora, no cambio el efecto interruptivo, según así determina el art. 648 del referido cuerpo legal “ la prescripción comienza a correr nuevamente desde el fin de la interrupción”.

De acuerdo a lo expuesto, el fallo del A-quo no debe ser revocado de acuerdo a la normativa citada, con imposición de costas a cargo de la parte accionada.

Opinión del Dr. Paredes Bordón, manifiesta que adhiere al voto de la Dra Zuccolillo Garay de Vouga en sus mismos términos.

Por tanto, el tribunal de Apelación en lo Civil Comercial, Segunda Sala, RESUELVE: Confirmar, con costas, el A.I. N° 1047 del 22 de julio de 2010, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Décimo Turno. Anotar, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

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

Ante mí: María Teresa Cañete, Actuaría Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 843

REGULACIÓN DE HONORARIOS. Regulación de honorarios judiciales.

El hecho de que algunas de las presentaciones efectuadas por los abogados, no hayan sido acogidas favorablemente por el Juzgado, no resulta óbice para que las mismas sean reguladas en función a la complejidad del tema decidendum sometido al Juez, ello por el trabajo del profesional abogado en general es de medio, no de resultado, de modo que se si realizó el trabajo aunque la decisión haya sido desfavorable a su representado, debe igualmente ser considerado para la remuneración.

REGULACIÓN DE HONORARIOS. Regulación de honorarios judiciales.

Debe tenerse presente que, salvo la actuación accidental patrocinando un escrito, la regulación de los honorarios profesionales del abogado debe realizarse considerando el conjunto de su actuación así como el resultado final de la misma.

REGULACIÓN DE HONORARIOS. Regulación de honorarios judiciales.

Los casos en que los profesionales no tendrán derecho a regular sus honorarios habiendo desarrollado el trabajo es cuando su intervención no es reconocida y el escrito es desglosado.

T. de Apelación en lo Civil y Comercial. Segunda Sala. 02/12/2010, "Reg. Prof. Abog. Carlos Cálcena Rojas y Víctor Cabrera En Juan Constantino Calceña Van Der Schraft s/ sucesión". (A.I.Nº 843)

Asunción, 2 de diciembre de 2010

VISTO: Los recursos de apelación y nulidad interpuestos contra el A.I. Nº 349 de fecha 14 de marzo de 2008, y,

CONSIDERANDO: Que por el primer referido auto, el A-quo, reguló los honorarios profesionales de los abogados Carlos Cálcena Rojas y Víctor Cabrera, por las labores desplegadas en ambos caracteres en representación de Gloria Natividad Veneroso Vda. de Cálcena y de la menor Raquel Cálcena Veneroso, dejándolos fijados en la suma de Gs. 210.141.213 y de Gs. 63.042.364, IVA incluido respectivamente.

La nulidad: Los abogados Carlos Cálcena y Víctor Cabrera no han fundado este recurso, por lo que se les debe declarar desiertos. Los demás recurrentes, Juan Vicente Fretes y Valeria Insfrán, han desistido expresamente del mismo, al no observar vicios en la resolución recurrida, y así debe tenérselos.

La Apelación: Contra lo resuelto, según se tiene expresado, recurren, por un lado el Abog. Carlos Cálcena Rojas y Víctor Cabrera, reclamando la retasa aumentativa a 955.187.338, para el primero, equivalente al 15% y 286.556.201, para el segundo, equivalente al 4%.

El Abog. Juan Vicente Fretes, por su lado, se agravia del monto fijado por ser excesivo y solicita la retasa disminuída, a la suma de Gs. 7.000.000, para ambos profesionales.

Por último, la abogada Valeria Insfrán, solicita igualmente la retasa dis-

minuída, expresando que Gs. 5.000.000 es lo que correspondería en forma conjunta a los Abog. Cálceña y Cabrera.

De la revisión de autos principales, cuyas compulsas corre por cuerda, se tienen que los abogados Carlos Cálceña y Víctor Cabrera, han actuado, en representación de dos de los tres herederos declarados en la sucesión de Juan Constantino Cálceña, la Sra. Gloria Natividad Veneroso Vda. de Cálceña, y la menor María Raquel Cálceña Veneroso.

Las partes están de acuerdo en cuanto al monto base que debe servir para la justipreciación, que vendría a ser las dos terceras partes del total del acervo hereditario, que asciende a la suma de Gs. 9.551.873.381, siendo el monto base la suma de Gs. 6.367.915.587.

De constancias de autos principales, cuyas compulsas corren por cuerda, los abogados que reclaman sus honorarios, han efectuado, a mas de la petición de ampliación de la declaración de herederos, a favor de sus representadas, otras actuaciones hasta la remoción de los mismos del carácter de representante.

Que el hecho de algunas de las presentaciones efectuadas por los abogados no hayan sido acogidas favorablemente por el Juzgado, no resulta óbice para que las mismas sean reguladas, en función a la complejidad del thema decidendum sometido al Juez, ello por el trabajo profesional abogado, en general es de medio, no de resultado, de modo que si se realizó el trabajo, aunque la decisión haya sido desfavorable a su representado, debe igual ser considerado para la remuneración.

Debe tenerse presente que, salvo la actuación accidental patrocinando un escrito, la regulación de los honorarios profesionales del abogado debe realizarse considerando el conjunto de su actuación, así como el resultado final de la misma.

Los casos en que los profesionales no tendrán derecho a regular sus honorarios, habiendo desarrollado el trabajo, es cuando su intervención no es reconocida y el escrito es desglosado.

En el presente caso, analizando desde esta óptica y en función a los parámetros que prevé el Art. 21 de la Ley de Honorarios, en concordancia con los Arts. 47 y 48 del mismo cuerpo legal, encontramos que el monto fijado por el A quo, a raíz del porcentaje aplicado, 3% y 0.9%, resulta exiguo y debe, por ende, ser retasado en una mayor cantidad, aunque no en el monto solicitado por los

actores, considerando además que los trabajos fueron no solo en beneficio exclusivo de sus representados, sino algunos fueron beneficioso para la masa.

Así, para el Abog. Cálcena, sobre el monto base de Gs. 6.367.915.587, resulta apropiada la cantidad de Gs. 636.791.558, equivalente al 10% del monto a ser considerado, de los cuales, 445.754.090, equivale al 70% de los trabajos en beneficio de la masa, y los restantes Gs. 191.037.468 equivaldría, al 30% por trabajos en interés exclusivo de sus representadas.

En cuanto al Abog. Cabrera, siempre con el mismo criterio le correspondía la suma de Gs. 318.395.779, equivalente al 5% del monto base, pero ocurre que el mismo solo ha solicitado el importe equivalente al 4.5% del monto base, o sea la suma de Gs. 286.556.201, la retasa aumentativa, debe llegar solo hasta ese monto.

A las sumas señaladas deberá adicionarse el 10% en concepto de IVA.

Por tanto el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Segunda Sala,

RESUELVE: Declarar desierto el recurso de nulidad interpuesto por los abogados Carlos Cálcena y Víctor Cabrera. Tener por desistidos, el recurso de nulidad a los abogados Juan Vicente Fretes y Valeria Insfrán. Revocar el auto apelado y, en consecuencia, retasar los honorarios profesionales de los abogados Carlos Cálcena y Víctor Cabrera, dejándolos establecidos en las sumas de Gs. 636.791.558, (Guaraníes seiscientos treinta y seis mil setecientos noventa y un mil quinientos cincuenta y ocho) mas la cantidad de guaraníes de Gs. 63.679.155 (Guaraníes sesenta y tres millones y seiscientos setenta y nueve mil ciento cincuenta y cinco) en concepto de IVA, para el primero de los nombrados, por sus actuaciones en el doble carácter en primera instancia, y de Gs. 286.556.201, (Guaraníes doscientos ochenta y seis millones quinientos cincuenta y seis mil doscientos uno), más la cantidad de Gs. 286.556.201, (Guaraníes doscientos ochenta y seis millones quinientos cincuenta y seis mil doscientos uno) más la cantidad de Gs. 28.655.620, (Guaraníes veintiocho millones seiscientos cincuenta y cinco mil seiscientos veinte) en concepto de IVA, para el segundo de los nombrados, por sus actuaciones en primera instancia, en los autos sucesorio de Juan Cálcena.

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

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

Ante mí: María Teresa Cañete, Actuaría Judicial.

AUTO INTERLOCUTORIO N° 899

COSTAS. Imposición de costas.

El Art. 200 del CPC, en materia de caducidad de instancia, establece reglas especiales para la imposición de las costas, que prevalecen sobre las reglas del los Arts. 192 y 198 del mismo cuerpo legal. El 200 del CPC tiene carácter imperativo que no deja lugar a dudas de cual debe ser el sentido de la imposición de las costas en primera instancia.

T. de Apelación en lo Civil y Comercial. Segunda Sala. 21/12/2010, “Teófilo Fuentes Suligoy s/ Regulación de Honorarios Extrajudiciales”. (A.I.N° 899).

Asunción, 21 de diciembre de 2010

VISTOS: los recursos de apelación y nulidad interpuestos por el abogado Teófilo Fuentes Suligoy contra el A.I. N° 2485 de fecha 30 de diciembre de 2009, dictado por juzgado del Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Quinto turno, Sria N° 9, y,

CONSIDERANDO: Que por el referido auto, la A-quo resolvió: Declarar la caducidad de instancia en los autos caratulados: Teófilo Fuentes Suligoy s/ regulación de honorarios extrajudiciales. Ordenar el levantamiento de las medidas cautelares dictada en los autos. Imponer las costas a la parte actora. Anotar, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

En cuanto a la nulidad: el recurrente se agravia contra el referido interlocutorio, en cuanto impone las costas a la actora, al resolver el incidente de caducidad de la instancia porque considera que se ha violado la defensa en juicio, al no tomar en consideración el oportuno e incondicional allanamiento al planteamiento de la adversa (art. 62 CN). Agrega también que se han violado los principios de congruencia (art. 15 inc. B), c) y d) del CPC), y de igualdad en juicio (art. 15 inc. F) num. 3 del CPC), con la grave deficiencia procesal de indefensión señalada. Menciona igualmente que el Juzgado se ha extralimitado al ordenar el levantamiento de las medidas cautelares, que no existen en este proceso, ni han sido solicitadas por el accionante.

Si bien pueden darse en autos las deficiencias procesales mencionadas, los agravios del recurrente pueden ser reparados, por la vía de apelación tam-

bién deducida, conforme lo autorizan los arts. 404, 406, y 407 del CPC. Corresponde en consecuencia, que el recurso de nulidad sea desestimado.

En cuanto a la apelación: el apelante reitera los agravios señalados al fundar la nulidad y en especial, cuestiona la imposición de costas a la actora porque el juzgado no ha analizado el allanamiento oportuno, incondicional y efectivo, que había presentado ante el pedido de caducidad. Pide la imposición de costas en el orden causado, invocando el art. 198 in fine del CPC.

El recurrente se agravia también porque los abogados de la demandada habían solicitado la regulación de sus honorarios profesionales, sin hallarse firme la resolución que impuso las costas a la actora y procedieron en forma inmediata, abusiva y vejatoria para el colega, al trabar embargo preventivo contra bienes y cuentas bancarias en cuatro bancos de plaza del abogado Teofilo Fuentes Suligoy.

Considera que la conducta procesal indebida de la adversa justifica la declaración de litigantes de mala fe y abuso de derecho previstos en los arts. 52 y 53 del CPC.

Finalmente, invocando el art. 194 del CPC, solicita del tribunal que modifique la imposición de costas a la actora, estableciéndolas en el orden causado, por existir merito suficiente para su exoneración, alegando que el juzgado no tomó en consideración el allanamiento incondicionado, oportuno, total y efectivo ya señalado.

Agrega también que no existió una inacción negligente del actor, que justifique la imposición de costas en el incidente de caducidad y que ello se debió a las gestiones de arreglo amistoso de honorarios con la demanda CIPASA, que motivó el ofrecimiento de un acuerdo por USS 20.000 según carta obrante a fs. 33, presentada por la propia demandada.

La misma, al contestar el traslado de los agravios a fs. 68, pide la confirmación del auto apelado, invocando el art. 200 del CPC que impone las costas a la actora en el incidente de caducidad en Primera Instancia.

Al analizar las constancias de autos, se advierte, en efecto, que el juzgado ha omitido referirse al allanamiento planteado por el accionante, en tiempo y forma en el incidente de caducidad, lo cual sin embargo no tiene incidencia en la solución de la cuestión.

En efecto, ocurre que el art. 200 del CPC en materia de caducidad de instancia, establece reglas especiales para la imposición de las costas, que pre-

valecen sobre las reglas de los Arts 192 y 198 del mismo cuerpo legal. Dicho artículo, el 200 del CPC, señala que: “Costas en la caducidad de instancia; si la caducidad se hubiere operado en primera instancia, las costas serán a cargo del actor, si se hubiere producido en segunda o tercera instancia, serán a cargo del recurrente”.

La norma transcripta tiene un carácter imperativo que no deja lugar a dudas de cual debe ser el sentido de la imposición de las costas en primera instancia, por lo que solo cabe confirmar lo resuelto por el juzgado en este punto.

En cuanto a la declaración de mala fe y el abuso de derecho previsto en los arts. 52 y 53 del CPC, para sancionar la supuesta conducta procesal de los Abogados de la demandada por los reiterados y vejatorios diligenciamientos del embargo preventivo ante cuatro bancos de plaza, el tribunal entiende que dicho accionar no puede atribuirse exclusivamente a los abogados, sino al oficial de justicia que los diligenció. Por tanto, la declaración solicitada deviene improcedente.

En relación al levantamiento de las medidas cautelares no declaradas ni pedidas en el juicio, y ordenadas por el juzgado, el tribunal considera que si bien el agravio no le afecta al recurrente, esta medida debe ser revocada por su notoria improcedencia.

En cuanto a las costas de esta instancia, las mismas deberán ser impuestas en el orden causado por haber prosperado parcialmente el recurso.

Por tanto, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Segunda Sala, RESUELVE: Desestimar el recurso de nulidad. Revocar el segundo apartado del auto apelado, en cuanto ordena el levantamiento de las medidas cautelares. Confirmar, el Tercer apartado del Auto apelado, A.I. N° 2485 de fecha 30 de diciembre de 2009 en cuanto impone las costas a la actora. Desestimar, el pedido de declaración de litigante de mala fe y abuso del derecho formulado por el recurrente contra los abogados de la demandada, por improcedente. Imponer las costas de esta instancia, en el orden causado. Anotar, registrar y remitir copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia

Magistrados: Oscar Paiva Valdovinos, Neri E. Villalba F., Juan Carlos Paredes Bordón.

Ante mí: María Teresa Cañete, Actuaría Judicial.

AUTO INTERLOCUTORIO N° 913

Cuestión debatida: Se discute en autos la ampliación de la demanda solicitada por el actor; con posterioridad a haberse realizado la notificación de la misma a una de las dos demandadas. La ampliación pretende la inclusión de un nuevo demandado.

DEMANDA. Ampliación de la demanda.

Si bien el Art. 217 del CPC ciertamente limita la posibilidad de ampliar las pretensiones de la demanda, antes de la notificación, no es menos cierto que el siguiente artículo el 218 del CPC, señala que si la ampliación se fundare en hechos nuevos alegados con posterioridad a la contestación de la demanda, serán aplicadas las reglas del Art. 250 del CPC.

DEMANDA. Ampliación de la demanda.

Los artículos 217 y 250 del CPC legislan entonces circunstancias distintas que pueden originar la solicitud de ampliación de la demanda. El primero el 217, es aplicable cuando el actor en su demanda ha omitido incluir pretensiones, por ellos la exigencia que la demanda aun no esté notificada: el segundo, es cuando la ampliación de sebe al conocimiento de una nueva circunstancia o hechos que altere la plataforma fáctica de la acción promovida y que fue conocida a raíz de la contestación formulada por la parte demandada, en cuyo caso, se aplican las reglas del hecho nuevo Art. 250 CPC.

DEMANDA. Ampliación de la demanda. Traslado de la demanda.

Si se considera estrictamente el Art. 217 del CPC la demanda aún no fue notificada a todas las partes y por otro lado, el hecho en que se funda la ampliación solicitada, es de los previstas en el Art. 218 del mismo CPC, por lo que la providencia recurrida debe ser revocada y hacerse lugar a la ampliación solicitada.

T. de Apelación en lo Civil y Comercial. Segunda Sala. 29/12/2010, “Milciades Sánchez Rodríguez c/ Elsa Gamarra Arguello y Nidia Maldonado Benítez S/ Indemnización por Daños y Perjuicios”. (A.I.N° 913)

Asunción, 29 de diciembre de 2010

VISTO: el recurso de apelación interpuesto contra la providencia de fecha 17 de diciembre de 2009, dictada por la jueza de la Justicia Letrada en lo Civil y Comercial del Quinto Turno, y

CONSIDERANDO: Opinión del Magistrado Juan Carlos Paredes Bordón. Que la referida providencia expresa: “atento a las constancias de autos y tomando la proveyente que la presente demanda ya ha sido notificada según cédula de notificación agregada a fs. 39 de autos y de conformidad a lo dispuesto en el art. 217 del CPC respecto a la ampliación solicitada, no ha lugar por no corresponder en derecho”.

Que conforme expresa el representante de la actora, en su memorial de fs 54, al momento de promover la demanda, en fecha 2 de septiembre de 2008 figuraba como propietaria del vehículo Nissan Sunny chapa ASX-O21, la señora Nidia Maldonado Benítez , motivo por el cual iniciamos la demanda a las dos personas, como conductora y propietaria que luego de ser notificadas de la demanda la Sra Nidia Maldonado presentó una escritura de transferencia del vehículo en cuestión a nombre de Edgar Gustavo Melgarejo Insfrán y recién posteriormente a este acto se realizó la inscripción de dicha transferencia en los archivos de la Dirección de Registros del Automotor, razón por la que solicitó la ampliación de la demanda contra este último. Sostiene que dicha ampliación se basó en un hecho nuevo no considerado en el escrito de la demanda.

Se discute en autos, según la ampliación de la demanda solicitada por el actor, con posterioridad a haberse realizado la notificación de la misma a una de las dos demandadas. La ampliación pretende la inclusión de un nuevo demandado.

De la revisión de autos se tiene que el abogado Pedro Vertolini , en representación del actor, demanda por indemnización de daños y perjuicios a raíz de un accidente de tránsito ocurrido el día 24 de diciembre de 2007 a Elsa Gamarra Argüello, en calidad de conductora y Nidia Maldonado Benítez en calidad de propietaria del vehículo marca Nissan Sunny, matrícula ASX-021.

La demanda fue notificada a la segunda en fecha 30 de septiembre de 2008, según cédula de fs. 39 y la misma se presentó a contestar la demanda , señalando además que ya no era propietaria de dicho vehículo ni lo era en el momento de ocurrir el accidente. A raíz de dicha presentación, el actor solicita informe, por vía de juzgado al Registro de Automotores, el cual comunica el nombre del propietario del vehículo en cuestión y, en base a dicho informe, el actor solicita que se amplíe la demanda contra el nuevo propietario, Edgar Melgarejo.

Si bien el art. 217 del CPC ciertamente limita la posibilidad de ampliar las pretensiones de la demanda, antes de la notificación, no es menos cierto que el siguiente artículo 218 del CPC señala que si la ampliación se fundare en hechos nuevos alegados con posterioridad a la contestación de la demanda, serán aplicadas las reglas del Art. 250 del CPC.

Ambos artículos legislan entonces circunstancias distintas que pueden originar la solicitud de ampliación de la demanda. El primero, el 217, es aplicable cuando el actor en su demanda ha omitido incluir pretensiones, por ello la existencia de la demanda aún no esté notificada; el segundo, es cuando la ampliación se debe al conocimiento de una nueva circunstancia o hecho que altere la plataforma fáctica de la acción promovida y que fue conocida a raíz de la contestación formulada por la parte demandada, en cuyos casos se aplican las reglas del hecho nuevo, Art 250 CPC.

Remitiéndonos a este último artículo, el mismo señala que “cuando con posterioridad a la contestación de la demanda o reconvención ocurriere o llegare a conocimiento de las partes algún hecho que tuviere relación con la cuestión que se ventila, podrán alegarlos hasta seis días después de notificada la providencia de la apertura a prueba”.

Como en autos, aun no se ordenó la apertura de prueba; es mas aun no consta que la primera de las demandas Elsa Gamarra haya sido notificada de la demanda.

De modo, que si consideramos estrictamente el art. 217 del CPC, la demanda aun no fue notificada a todas las partes y, por otro lado, el hecho en que se funda la ampliación solicitada es de los previstos en el art. 218 del mismo CPC, por lo que la providencia recurrida debe ser revocada y hacerse lugar a la ampliación solicitada.

Habiendo prosperado el recurso, las costas deben imponerse a la parte perdedora, o sea la parte demandada por ampliación del art. 203 del CPC.

Opinión del Magistrado Gerardo Báez Maiola. Dado que la exposición del honorable preopinante tiene un tan alto valor jurídico procesal, quiero poner de resalto porque representa un gran trabajo de investigación respecto a la facultad del juzgador que, sin hacer juicio de valor sobre la equidad de la normativa, prohibido expresamente por el inc. C) del art. 15 CPC, no obstante, adecua la misma a la realidad concreta que representa un hecho específico en relación del litis consorcio pasivo.

En efecto, en el caso, lo común para las accionadas hubiera sido interponer excepción de falta de acción fundada en que al momento del accidente, el vehículo tenía otro propietario. Sin embargo la accionada pidió la inclusión en la litis del susodicho tercero, lo cual generó una decisión denegatoria del A quo a ser revisada por esta alzada.

Y acá viene a ponerse en evidencia la gran capacidad intelectual del honorable preopinante para conjugar los preceptos procesales con los principios de logicidad y economía a que hace alusión el citado art. 15, para ubicar sin transgredir la ley, el caso planteado como hecho nuevo.

Y esto es así porque la hipótesis de que se pidiera posteriormente la inclusión del supuesto actual propietario en base al art. 76 CPC basado en su posesión actual del automotor, de todas formas, el mismo hubiera sido incluido.

Resulta entonces que, permitiendo el hecho nuevo en base a la prudencia que asegura la logicidad y la economía procesal, la decisión del preopinante, evitará ab initio, posibles entuertos de orden procesal que, necesariamente derivaran en posibles incidentes y recursos futuros.

Consecuentemente, con la inclusión del tercero, que formara parte del consorcio pasivo, las respectivas pretensiones serán resueltas oportunamente en base a los aportes probatorios en amplio debate acerca de los respectivos intereses en juego. Así voto.

A su turno, la Dra. María Sol Zucolillo de Vouga manifiesta que adhiere al voto del Dr. Juan Carlos Paredes Bordón, por sus mismos fundamentos.

Por tanto, el tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial Segunda Sala, RESUELVE: Revocar, la providencia apelada, con el alcance explicitado en el exordio de la presente resolución. Imponer las costas a la parte demandada. Anotar, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

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

Ante mí: María Teresa Cañete, Actuaría Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 84

DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL. MATRIMONIO. Matrimonio extranjero.

Habida cuenta que en el caso se inscribió el matrimonio extranjero en el Registro del Estado Civil de las Personas en fecha posterior al tiempo en que se dictó la sentencia definitiva que hizo efectivo el apercibimiento, carecería de sentido dar curso favorable a la apelación interpuesta por la demandada por cuanto no se advierte cual sería el agravio que le ocasiona la sentencia que declaró disuelta la comunidad de bienes.

DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL. DIVORCIO.

El art. 615 del CPC solo contempla la posibilidad de que el otro cónyuge controvierta la liquidación de todos o determinado bienes, sin disponer nada respecto a la decisión de declarar disuelta la comunidad que, por lo demás, es también uno de los efectos del divorcio en virtud del art. 53 inc. 1 de la ley 1/92, demanda que también se ha iniciado y obra agregada por cuerda.

TApel. en lo Civ y Com. Segunda sala. 20.08.10. Randall James Murdoch c. Gloria Azucena Carrón s. Disolución de la Sociedad Conyugal. (Ac. y Sent. N° 84)

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?

En caso negativo, ¿está ajustada a derecho?

Practicado el sorteo, resultó que debían votar los señores Miembros en el siguiente orden: Zuccolillo Garay de Vouga, Báez Maiola, Gómez Frutos.

A la primera cuestión, la Dra. Zuccolillo Garay de Vouga dijo: El recurso no ha sido sostenido en esta instancia y dado que tampoco advierte el tribunal la existencia de vicios en el procedimiento que amerite un procedimiento de oficio en tal sentido, corresponde declararlo desierto.

A sus turnos los Dres. Báez Maiola y Gómez Frutos votaron en el mismo sentido.

A la segunda cuestión la Dra Zuccolillo Garay de Vouga prosiguió diciendo: La sentencia en alzada resolvió: “hacer efectivo el apercibimiento dispuesto por A.I. N° 662 de fecha 12 de mayo de 2008, y en consecuencia disponer que todos los que tengan créditos o derechos que reclamar contra la comunidad disuelta de los esposos Randall James Murdoch y Gloria Azucena Carrón no

podrán ejercer sus acciones en adelante, sino contra los bienes propios del deudor o contra la parte que le corresponde en la liquidación de la comunidad de gananciales. Declarar disuelta y extinguida la sociedad conyugal que tienen formada los Sres. Randall James Murdoch y Gloria Azucena Carrón. Librar oficio a la Dirección General de los Registros Públicos para proceder a la inscripción de la presente resolución.

Anotar.

La demanda se agravia con la decisión recaída basada en que habiéndose formalizado el matrimonio en la República Argentina, hasta la fecha de dictarse la sentencia dicho acto no había sido inscripto en la sección correspondiente del registro del Estado Civil de las Personas de la República del Paraguay y que por consiguiente el A-quo carecía de competencia para disolver la comunidad conyugal constituida por los mencionados esposos en el extranjero, ante la falta de inscripción del acto en el Paraguay.

Consta a f. 34 que el tribunal recabó informe del Registro del Estado Civil de las Personas a los efectos de conocer si el matrimonio celebrado en el extranjero entre Randall James Murdoch y Gloria Azucena Caron se hallaba inscripto.

La respuesta obra a fs. 38/39 y da cuenta de que la referida inscripción se realizó el 12 de febrero de 2009, esto es, en fecha posterior al tiempo en que se dictó la sentencia hoy apelada.

Pero resulta que el presente momento de avocarse el Tribunal al estudio del recurso interpuesto, se tiene a la vista la respuesta remitida por el Director Interino del Registro del Estado Civil, acompañada de la copia del acta de inscripción que dan cuenta de que el acto del matrimonio ha sido inscripto en el registro respectivo.

Carecía pues de sentido dar curso favorable a la apelación interpuesta por la demandada por cuanto no se advierte cual sería el agravio que le ocasiona la sentencia que declaró disuelta la comunidad de bienes.

Es más, el art. 614 del CPC dispone que presentado el pedido de disolución de la comunidad conyugal, el juez la decretara sin más trámite, disponiendo la facción de inventario y publicación de edictos.

Y el art. 615 solo contempla la posibilidad de que el otro cónyuge controvierta la liquidación de todos o determinados bienes, sin disponer nada respecto a la decisión de declarar disuelta la comunidad que, por lo demás, es tam-

bién uno de los efectos del divorcio en virtud del art. 53, inc. 1 de la Ley 1/92, demanda que también se ha iniciado y obra agregada por cuerda a estos autos.

En estas condiciones, soy de parecer que la sentencia se halla ajustada a derecho y corresponde su confirmación.

A sus turnos los Dres. Báez Maiola y Gómez Frutos manifestaron adherir al voto precedente por sus mismos fundamentos.

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

VISTO: por mérito que ofrece el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Segunda Sala,

RESUELVE: Declarar Desierto el recurso de nulidad. Confirmar, con costas, la S.D. N° 643 del 31 de julio de 2008. Anotar, Registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: María Sol Zuccolillo de Vouga, Gerardo Báez Maiola, Raúl Gómez Frutos.

Ante mí: María Teresa Cañete, Actuaría Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 93

RENDICIÓN DE CUENTAS. Obligación de rendir cuentas.

Partiendo de que aquel que administra, dispone o gestiona derechos, bienes, intereses, etc. de otra persona física o jurídica está obligado a rendir cuentas, si se le pidiese. Con más razón cuando como en el presente caso, la gestión ha sido dispuesta por vía judicial y, en este sentido, no es el justificativo aducir que no era necesario cuando la ley exige rendición ante el juez que discernió tutela.

TUTELA. De la jurisdicción y competencia en la tutela. De las obligaciones y funciones del tutor.

Todo tutor, aun aquel unido con lazos de parentesco con el menor, está obligado a presentar al juez que discernió la tutela una rendición de cuentas de su gestión. No haciéndolo así, la persona tutelada, ya siendo mayor de edad, puede exigir dicha rendición, la cual se sustanciará ante el fuero civil en razón de la mayoría de edad de la actora.

TApel. en lo Civ. y Com. Segunda sala. 21.09.10. María B. Ojeda Durate c. María r. Ojeda Otto de Meza s. Rendición de cuentas. (Ac. y Sent. N° 93)

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?

En caso negativo, ¿está ajustada a derecho?

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

A la primera cuestión el Dr Báez Maiola dijo: el recurrente pasa directamente a fundamentar sus agravios por vía de apelación, razón por la que, al no advertir vicio que obligue a la declaración de nulidad de oficio, corresponde declararlo desierto el recurso de nulidad, conforme el art. 419 CPC.

A sus turnos, los Dres. Paredes Bordón y Zuccolillo Garay de Vouga Báez manifiestan que votaron en el mismo sentido.

A la segunda cuestión, el Dr. Báez Maiola prosiguió diciendo: La sentencia recurrida (N° 935, 22-XII-09) de fs. 81/85 vlt., hizo lugar a la demanda promovida por María Beatriz Ojeda Duarte contra María Rossana Ojeda Otto de Meza, condenándola a rendir cuentas dentro del plazo de diez días hábiles; también le impuso las costas procesales.

Se pide la revocatoria del fallo afirmando que el A-quo no tuvo en cuenta la situación especial de que la actora y demandada son hermanas y que, por tanto, en su calidad de tutora María Rosana Ojeda Otto de Meza, por ese motivo “no se firmaba recibo de los gastos en que incurría la menor por considerar necesario e invertir la totalidad del dinero percibido en beneficio de la pupila... resalta obvio que la suma recibida en concepto de pensión por ser menor y beneficiaria de haberes jubilatorios se ha invertido en su totalidad en la manutención de la menor, habida cuenta de que tanto el padre como la madre fallecieron y a raíz de ello fue beneficiada. No teniendo otros ingresos, resulta obvio que la manutención se realizó con los haberes mensuales recibidos. Mi representada, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 114 del Código de la Niñez y de la Adolescencia, cumplió con su obligación de alimentar, educar y asistir a su hermana menor...(sic).

Partiendo de aquel que administra, dispone o gestiona derechos, bienes, intereses, de otra persona físico o jurídica, está obligado a rendir cuentas si se le pidiese. Con más razón cuando en el presente caso la gestión ha sido dispuesta por vía judicial y, en este sentido, no es el justificativo aducir que no era

necesario cuando la ley exige rendición ante el juez que discernió tutela. De acuerdo a ello resulta absurdo ser excluido de tal primaria obligación diciendo que la decisión "...del Aquo no se halla ajustado a derecho por cuanto no existe la obligación de rendir cuentas por la cercana relación de parentesco y por la utilización de todo el monto recibido en la manutención diaria y mensual de la entonces menor. Entonces porque no existe obligación es que la resolución recurrida no se halla ajustada a derecho..." (sic).

Nuestro ordenamiento procesal exige la fundamentación de los recursos tengan el señalamiento preciso del o de los vicios *in iudicando* o *in procedendo* que contenga la sentencia, bajo apercibimiento de ser declarados desiertos y siguiendo la instrucción de la norma legal (art. 419), corresponde, sin ningún otro comentario, lisa y llanamente declarar desierto el recurso de apelación, con imposición en costas a la demandada en ambas instancias. Así también voto.

A su turno, el Dr. Paredes Bordón dijo: De constancias de autos se tiene que por A.I. N° 154 de fecha 4 de mayo de 1998, dictado por el entonces Juzgado de Primera Instancia en lo Tutelar del Menor, hoy Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia, se ha designado a la Sra. María Rosana Ojeda Otto de Meza, en calidad de tutora de la menor María Beatriz Ojeda Duarte, con todas las responsabilidades al cargo, fs 11 y sptes. de autos.

Tanto el anterior Código del Menor como el actual Código de la Niñez y Adolescencia son las normas legales que regulan la institución de la tutela para los menores que hayan quedado sin persona que ejerza la patria potestad para ellas, instituyendo la Tutela, a objeto de la administración de sus bienes y el cuidado de su persona. En ese sentido el Código de la Niñez y la Adolescencia, en su art. 127 y sptes. 132 y sptes., y 149 y sptes., establecen los requisitos y formas para el discernimiento de la tutela por el Juzgado, la forma de administración de los bienes del menor y la obligación de rendir cuentas al finalizar la tutela.

De ahí que todo tutor, aun aquel unido con lazos de parentesco con el menor, está obligado a presentar al juez que discernió la tutela una rendición de cuentas de su gestión. No haciéndolo así, la persona tutelada, ya siendo mayor de edad, puede exigir dicha rendición, la cual se sustanciará ante el fuero civil en razón de la mayoría de edad de la actora.

En base a estas consideraciones, voto por confirmar la S.D. N° 935 de

fecha 22 de diciembre de 2009, que hizo lugar a la demanda de rendición de cuentas.

Las costas deben imponerse a la perdedora, por aplicación del Art. 203 del CPC.

A su turno, la Dra. Zuccolillo Garay de Vouga, manifiesta que se adhiere al voto precedente por sus mismos fundamentos.

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

VISTO: Por mérito que ofrece el Acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, segunda sala.

RESUELVE: Declarar desierto el recurso de nulidad, confirmar la SDN°935 de fecha 22 de diciembre de 2009, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y comercial del Tercer Turno, Sría. N° 5. Imponer las costas a la perdedora. Anotar, registrar y remitir copia a la Exma. Corte Suprema de Justicia.

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

Ante mí: María Teresa Cañete, Actuaría Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 543

INCIDENTE. Incidente de nulidad.

La procedencia del incidente de nulidad de actuaciones está condicionado, como es sabido, a la concurrencia de tres requisitos esenciales, el vicio procesal, la conminación legal y el interés jurídico cuya tutela se pretende.

INCIDENTE. Incidente de nulidad. Prueba.

En el caso de especie está dicho que el vicio procesal invocado por la incidentista no fue probado, con lo que la pretensión de la misma ya es invariable. Sin embargo, esta conclusión también descarta la existencia de interés jurídico en la declaración de nulidad, puesto que podemos afirmar que la misma fue notificada de las actuaciones procesales que dijo desconocer. Aserto que torna fútil a la indefensión postulada por la recurrente, puesto que si la misma conocía la existencia del gravamen del bien adquirido, así como la citación para estar en juicio, debió presentarse en la etapa procesal oportuna a ejercer sus derechos, pero no lo hizo.

T. de Apel. Civ. y Com. Cuarta Sala. 21.07.10 “Banco de la Nación Argentina c/ Marizza María Monserrat Balbiani Cañete s/ Ejecución Hipotecaria” (A. I. N° 543).

Asunción, 21 de Julio de 2.010.

VISTOS: Los recursos de apelación y nulidad interpuestos¹ por la tercera poseedora del inmueble gravado, Cayetana Ruiz Díaz Ríos, por derechos propios y bajo patrocinio de Abogado, contra el A.I. N° 593 del 20 de mayo de 2009 dictado por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Sexto Turno de la Capital, Secretaría N° 12, el que en su parte resolutive dice: “...1) Rechazar el Incidente de Nulidad de actuaciones articulado por la señora Cayetana Ruiz Díaz Ríos, por lo expuesto en el considerando de la presente resolución. 2) Imponer las costas a la parte incidentista. 3) Anotar, registrar y remitir copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia.”²,y,

CONSIDERANDO:

Recurso de Nulidad: La impugnante ambiciona la nulidad del autointerlocutorio alzado por considerar que el mismo es arbitrario por carecer de fundamentación. Veamos esto.

El *A-quo* rechazó el incidente de nulidad presentado por la tercera poseedora. Para así resolver, analizó la configuración del vicio procesal invocado por la incidentista y el interés en la declaración de nulidad. En ambos apartados formuló consideraciones que nos permiten conocer la motivación de su decisión.

En efecto, con respecto a la irregularidad procesal adujo que la incidentista no demostró que el domicilio en el cual fueron practicadas las notificaciones no fuera el suyo, también sostuvo que fue incorporado al proceso pruebas documentales emanadas de terceros que no fueron reconocidas en juicio, razón por la que le privó de validez probatoria. Con respecto al interés en la declaración de nulidad, sostuvo que la tercera poseedora no está facultada a oponer excepciones, lo que torna estéril la repetición de los actos procesales que pretende anular.

1. A fojas 280 de autos.
2. Verbatim.

Con las referencias expuestas en el párrafo anterior, sin juzgar la validez o no de las conclusiones del *A-quo*, surge claro que el fallo no carece de fundamentación. Al contrario, del mismo se infiere, claramente, los motivos que provocaron el rechazo de la petición de la tercera poseedora.

Por otro lado, efectuados los controles formales en el fallo alzado, no observamos vicios en el mismo que lo invaliden como acto jurisdiccional y motiven la declaración de nulidad de conformidad a lo dispuesto por el artículo 420, concordante con el 113 y 404, del C.P.C.

Así las cosas, no podemos más que estar por el rechazo de la nulidad pretendida por la recurrente.

Recurso de Apelación: La apelante, Cayetana Ruiz Díaz Ríos, fundamenta este recurso en los términos del escrito de fs. 282/288 en el que sostiene que, la resolución en revisión la agravia, puesto que el *A-quo* no valoró debidamente los elementos incorporados en este juicio que denotan que la misma cambió de domicilio, siendo diligenciadas las notificaciones en su domicilio anterior. También señala que al deducir el incidente de nulidad de actuaciones expuso, puntual y pormenorizadamente, la defensa cuyo ejercicio se le privó en este juicio. Culmina su escrito solicitando la revocación del fallo alzado.

El abogado Juan Julio Bernal M., representante convencional del Banco de la Nación Argentina, contesta los agravios expuestos por la apelante, en los términos del escrito de fs. 292/293 en el que entre otras cosas manifiesta, que la recurrente no pretende más que la nulidad de las actuaciones procesales en exclusivo beneficio de la ley, contrariamente a los principios rectores en la materia consagrados en el artículo 11 y siguientes del C.P.C. Este aserto lo funda en la consideración de que no fue demostrado en este juicio cuál es la defensa de la que fue privada, lo que torna inviable la pretensión de la misma. Finaliza su presentación solicitando la confirmación de la resolución apelada.

El 19 de marzo de 2010 este Tribunal clausuró el debate en Instancia de Revisión dictando la providencia por la que se llamó autos para resolver, impulso procesal firme y ejecutoriado a la fecha.

Con el resumen de las actuaciones producidas en esta Instancia y efectuados los controles de veracidad, logicidad y normatividad pasamos al estudio de las cuestiones planteadas.

Como lo expusimos en ocasión del estudio del recurso de nulidad, el juez del primer grado de conocimiento rechazó el planteo incidental en la inteligencia de que el vicio procesal no fue probado, así como tampoco quedó claro, para

el mismo, el interés en la declaración de nulidad. Ambas conclusiones fueron sopesadas por la apelante. Veamos esto.

La tercera poseedora del inmueble, afectado con la garantía real que se ejecuta en autos, sostuvo que las notificaciones a la misma fueron practicadas en un domicilio distinto al suyo. En sustento de esta afirmación presentó, al incidentar el curso de este proceso, la constancia de vida y residencia otorgada por la Comisaría de 10ª Metropolitana y el informe de la firma Inforconf en el que se advierte que el último domicilio registrado es Narciso R. Colmán N° 1.542, Asunción; siendo los anteriores: Tte. Rojas silva c/ Mcal. López, Mariano R. Alonso; J. M. Jara N°: 329 c/ La Rural también de M. R. Alonso; y Alberdi N°: 763 de la ciudad de Asunción.

Así, observamos que la incidentista alegó un hecho que fue controvertido por el ejecutante –el cambio de su domicilio–, en estas condiciones la misma soportaba la carga probatoria con respecto a la afirmación negada. Sin embargo, en el trámite incidental no se observó ninguna actividad probatoria que abone la tesis de la tercera poseedora.

En efecto, por un lado tenemos que el informe agregado a fojas 252 de autos emana de un tercero con respecto a este juicio, por lo que el mismo debió ser reconocido o ser requerido por la vía de los informes para su incorporación regular en este proceso. Además, se advierte que la mentada instrumental es una copia simple no autenticada por la Actuaría, lo que le resta toda validez como elemento de convicción al juzgador. Como colofón, al postularse el incidente no se ofrecieron pruebas, ni se solicitó la apertura del periodo confirmatorio de las afirmaciones negadas.

Es decir, la tercera poseedora no sólo no aportó ningún elemento de convicción que nos permita concluir que el domicilio en el que se practicaron las notificaciones no era el suyo; sino que además, irremediablemente, no lo podría hacer durante la sustanciación del incidente. Por lo demás, hacemos notar que la misma afirmó que el domicilio en donde fueron diligenciadas las primeras cédulas era el suyo.

Finalmente, en el acta labrada por el Ujier³, en ocasión del anoticiamiento practicado el 22 de noviembre de 2006, se da cuenta que la cédula de notifi-

3. Fojas 194 de autos.

cación fue entregada a una persona de nombre Marta, quien se comprometió a hacer entrega a la destinataria, es decir: a Cayetana Ruíz Díaz Ríos. Instrumento público que no fue redargüido de falso por la incidentista, por lo que hace plena fe en juicio.

Así, zanjando el análisis con respecto a este punto, concluimos que el vicio procesal invocado no fue probado por la incidentista.

En lo que dice relación con el interés en la declaración de nulidad, cabe señalar que la incidentista adujo que, de no producirse los actos viciados de nulidad, hubiese opuesto la “excepción de inhabilidad de título por inexigibilidad de la deuda”.

Al respecto, la procedencia del incidente de nulidad de actuaciones está condicionado, como es sabido, a la concurrencia de tres requisitos esenciales: el vicio procesal, la conminación legal, y el interés jurídico cuya tutela se pretende.

En el *cas d'espece*, está dicho que el vicio procesal invocado por la incidentista no fue probado con lo que la pretensión de la misma ya es inviable. Sin embargo, esta conclusión también descarta la existencia de interés jurídico en la declaración de nulidad, puesto que podemos afirmar que la misma fue notificada de las actuaciones procesales que dijo desconocer. Aserto que torna fútil a la indefensión postulada por la recurrente, puesto que si la misma conocía la existencia del gravamen del bien adquirido, así como la citación para estar en este juicio, debió presentarse en la etapa procesal oportuna a ejercer sus derechos, pero no lo hizo.

En suma, por los argumentos expuestos entendemos que el criterio del *Aquo* para rechazar el incidente de nulidad de actuaciones es justo y lógico, por lo que el fallo debe ser confirmado en todas sus partes.

En cuanto a las costas, de conformidad al artículo 203 inc. a) del C.P.C., las mismas deben ser impuestas a la apelante.

A su turno, el Miembro Basilio García Ayala, manifiesta que se adhiere al voto que antecede por los mismos fundamentos.

Opinión en disidencia del magistrado Dr. Juan Carlos Paredes Bordón:

La nulidad: Manifiesta que se adhiere.

La apelación: A su turno el magistrado Juan Carlos Paredes, dijo: Que la segunda Sala del cual soy miembro, sostiene el criterio que la inapelabilidad de las resoluciones dictadas en el juicio ejecutivo, del cual la ejecución hipotecaria

es una especie, alcanza a todas las resoluciones dictadas en el juicio, excepto la sentencia que se dicte, y al auto que resuelve sobre la liquidación. Incluyendo las dictadas con motivo de la promoción de incidentes, como en el caso que nos ocupa.

Ello sería coherente con la finalidad del juicio ejecutivo, que es la de proporcionar al acreedor una vía teóricamente más rápida para el cobro de su crédito, finalidad que se ve contrariada si se admitiera la posibilidad de la apelabilidad de todas las resoluciones que cierta jurisprudencia distingue como propias del juicio ejecutivo, y no propias.

El Art. 442 del C.P.C., no hace distinción alguno, dice sencillamente que serán inapelables las resoluciones dictadas en el juicio ejecutivo, excepto las ya señaladas.

Por dicha razón, voto por declarar mal concedido el recurso de apelación.

Por lo tanto, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Cuarta Sala.

RESUELVE: Rechazar el recurso de nulidad. Confirmar, el A.I. N°: 593 del 20 de mayo de 2009 dictado por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Sexto Turno de la Capital, Secretaría N° 12, conforme a los argumentos expuestos en el exordio de esta resolución. Imponer las costas a la apelante. Anotar, registrar y remitir una copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Eusebio Melgarejo Coronel, Juan Carlos Bordón, Raúl Gómez Frutos.

Ante mí: Federico Miller Tellechea, Actuario Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 598

REGULACIÓN DE HONORARIOS. DIVORCIO.

El objetivo inicial de la demanda no se ha cumplido en atención a la reconciliación de ambos cónyuges, es decir, no se ha producido la separación controvertida de cuerpos en puridad, por lo que no se puede aplicar el Art. 45 de la Ley 1376/88, tomando como base el monto de los bienes de la comunidad conyugal, ya que estaríamos regulando los honorarios en una suma exagerada, que va de contramano los ideales de justicia.

REGULACIÓN DE HONORARIOS. DIVORCIO.

Teniendo en cuenta que el juicio de divorcio culminó por desistimiento por conciliación de ambos cónyuges y en razón de que el artículo 44 de la ley arancelaria le concede al Juzgador un amplio margen de discrecionalidad para considerar de acuerdo a las pautas del art. 21, resulta justo calcular los honorarios profesionales en 200 jornales mínimos, sin embargo, dicho monto debe ser reducido a un tercera parte conforme lo dispone el art. 27 inc. b) de la ley de aranceles, en razón de que en el juicio principal solo se encuentra cumplida la primera etapa (demanda-excepción y su contestación), a ello agregarse el 50% por haber actuado además en el carácter de procuradora.

T. de Apel. Civ. y Com. Cuarta Sala. 09.08.10 “Regulacion de Honorarios Profesionales de la abogada Daysi González en los autos “Elsa Delvalle Fermanelli de Conde c/ Jorge Eduardo Conde s/ Divorcio Vincular”. (A. I. N° 598).

Asunción, 09 de Agosto de 2.010.

VISTOS: Los recursos de Apelación y nulidad interpuestos a fs. 7 y 8, por la señora Elsa Delvalle Fermanelli de Conde y el señor Jorge Eduardo Conde, por derecho propio y bajo patrocinio de Abogado respectivamente, contra el A.I. N° 1010 de fecha 15 de julio de 2008, dictado por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Undécimo Turno, que resolvió: “...Regular los honorarios profesionales de la abogada Daysi González por los trabajos realizados en el expediente caratulado: “Elsa Delvalle Fermanelli de Conde C/ Jorge Eduardo Conde s/ Divorcio Vincular”, en el doble carácter de Abogada Patrocinante y Procuradora de la parte actora señora Elsa Delvalle Fermanelli de Conde, dejándolos establecidos en la suma de Guaraníes cuarenta y siete millones trescientos setenta y seis mil trescientos treinta y siete (Gs. 47.376.337); establecer, en concepto de Impuesto al Valor Agregado, la suma de guaraníes cuatro millones setecientos treinta y siete mil seiscientos treinta y tres (Gs. 4.737.633). Anotar, registrar y remitir copia a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia” y;

CONSIDERANDO:

Nulidad: Ambos recurrentes, en forma conjunta, en su escrito de fs. 13/19 de autos, desisten expresamente del de nulidad y como no se observan vicios o errores en el procedimiento que motiven su tratamiento de oficio, corresponde tenerlos por desistidos.

Apelación: Los Sres. Jorge Eduardo Conde y Elsa Fermanelli Delvalle de Conde, se alzan contra el referido interlocutorio y fundamentan la apelación, en su escrito de fs. 13/19 de autos. Los mismos se pueden resumir en: 1) Que, la resolución recurrida les agravia, ya que a raíz del desistimiento expreso de la Sra. Elsa Delvalle, el juicio se ha finiquitado sin que se llegase al objetivo inicial, el divorcio vincular; 2) Que, el monto base para regular los honorarios del peticionante, debe ser el valor fiscal de los inmuebles que compone la comunidad conyugal y no el valor real de los mismos; 3) Que, el monto fijado por el Juzgador es excesivo, ya que se debe tener en cuenta que el trabajo de la peticionante se ha limitado a la sola presentación de dos escritos, que no desembocó en las pretensiones iniciales de la actora, puesto que con la reconciliación entre los conyugues se ha finiquitado el juicio por desistimiento de la demandante; 4) Que, en la resolución recurrida no se estableció el monto final sobre el que se reguló los honorarios profesionales, ya que en ningún momento se ha establecido el cambio en guaraníes el monto de U\$S 16.660; 5) Que, las tasas a ser aplicadas deben las mínimas establecidas por la ley arancelaria, atendiendo al elevado monto base, es decir, el 5% para el patrocinante y el 50% resultante, para el procurador. 6) Agregan los recurrentes, otras consideraciones que en si no guardan relación con la resolución apelada, y finalizan solicitando la retasa de los honorarios profesionales de la peticionante en la suma de Gs. 8.194.134 más I.V.A.

A fs. 20/23 de autos, la abogada Deisy González, en causa propia y bajo patrocinio de Abogada, contesta el traslado corridole a su parte, en el que refuta cada una de las afirmaciones realizados por los apelantes, solicitando al Tribunal dictar resolución, confirmando el auto que regule sus honorarios en la suma consignada en el mismo, con costas a la adversa.

Entrando al estudio de la presente regulación, tenemos que el apelante cuestiona el fallo apelado, en lo referente al monto base, así como el porcentaje aplicado por el Juzgador, debiendo quedar a su criterio la suma de Gs. 8.194.134 para la Abogada peticionante.

Del análisis de los autos principales observamos que la demanda de divorcio a petición de una sola de las partes, en este caso planteada por la Sra. Elsa Delvalle Fermanelli de Conde, ha concluido con el desistimiento de la misma, conforme a la S.D. N° 482 de fecha 31 de julio de 2007 (fs. 41). Por tanto, teniendo en cuenta esta apreciación, el objetivo inicial de esta demanda

no se ha cumplido en atención a la reconciliación de ambos cónyuges, es decir, no se ha producido la separación controvertida de cuerpos en puridad, por lo que no podemos aplicar el Artículo 45 de la Ley N° 1.376/88 “Ley de Honorarios de Abogados y Procuradores”, tomando como base el monto de los bienes de la comunidad conyugal, ya que estaríamos regulando los honorarios en una suma exagerada, que va de contramano a los ideales de justicia.

Teniendo en cuenta lo mencionado en el párrafo anterior y en razón de que el artículo 44 de la ley arancelaria, le concede al Juzgador un amplio margen de discrecionalidad para considerar de acuerdo a las pautas del art. 21, creemos justo calcular los honorarios profesionales de la Abogada Daysi González en 200 jornales mínimos resultando del cálculo la suma de Gs. 10.800.000. Sin embargo, dicho monto debe ser reducido a una tercera parte conforme lo dispone el art. 27 inc. b) de la ley de aranceles, en razón de que en el juicio principal solo se encuentra cumplida la primera etapa (demanda-excepción y su contestación), lo que nos da la suma de Gs. 3.600.000. A ello debe agregarse el 50% por haber actuado además en el carácter de procuradora.

Al efectuar el cálculo aritmético pertinente tenemos el monto de Gs. 5.400.000, pero como los apelantes en su escrito de agravios han solicitado a este Tribunal establecer la suma de guaraníes ocho millones ciento noventa y cuatro mil ciento treinta y cuatro (Gs. 8.194.134), debemos establecer finalmente dicho monto, que corresponde en concepto de honorarios profesionales de la Abogada peticionante por los trabajos realizados en primera instancia, al que debe agregarse el diez por ciento (10%) que corresponde al pago del Impuesto al Valor Agregado, aplicando lo dispuesto por la Acordada N° 337 de fecha 24 de noviembre de 2004 de la Excma. Corte Suprema de Justicia.

La referida circunstancia nos lleva a la conclusión de que el Auto Interlocutorio recurrido debe ser revocado por este Tribunal, debiendo retasarse los honorarios de la peticionante en la suma señalada mas arriba, conforme a lo expuesto precedentemente.

En cuanto a las costas, las mismas deben ser impuestas en el orden causado por tratarse de una cuestión valorativa e interpretativa.

Por las consideraciones que anteceden, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Cuarta Sala;

RESUELVE: Tener por desistido el recurso de nulidad a los recurrentes. Revocar, el A.I. N° 1010 de fecha 15 de julio de 2.008, dictado por el Juez de

Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Undécimo Turno y, en consecuencia, regular los honorarios profesionales de la abogada Daysi González, por los trabajos realizados en Primera instancia en el juicio principal, como Abogada Patrocinante y procuradora de la parte actora, dejándolos establecidos en la suma de guaraníes ocho millones ciento noventa y cuatro mil ciento treinta y cuatro (Gs. 8.194.134), más la suma de guaraníes ochocientos diez y nueve mil cuatrocientos trece (Gs. 819.413) en concepto de I.V.A., conforme a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. Imponer las costas en el orden causado. Anotar, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Eusebio Melgarejo, Basilio García, Raúl Gómez Frutos.

Ante mí: Federico Miller Tellechea, Actuario Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 599

REGULACIÓN DE HONORARIOS. DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.

Tomando como base el monto la tasación del inmueble de la masa conyugal, corresponde aplicar el Art. 32 de la ley 1376/88 en su mínima escala, es decir, el 5% establecido en dicho artículo para el patrocinante más el 50% del monto resultante para procurador conforme a lo dispuesto por el Art. 25 de la ley de honorarios, sin embargo conforme el art. 46, primer párrafo debemos regular el monto de referencia al 50%.

DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.

En el caso, solo se ha llegado a la etapa de denuncia de los bienes por ende el monto establecido en el párrafo anterior, se debe ser reducido a un tercera parte conforme lo dispone el art. 27 inc. b) de la ley de aranceles, en razón de que el juicio principal llegó hasta dicha etapa.

T. de Apel. Civ. y Com. Cuarta Sala. 09.08.10 “Regulación de Honorarios Profesionales de la Abogada Daysi Gonzalez en los autos “Elsa Delvalle Fermanelli de Conde c/ Jorge Eduardo Conde s/ Disolución y Liquidación de La Sociedad Conyugal”. (A. I. N° 599)

Asunción, 09 de agosto de 2010.

VISTOS: Los recursos de Apelación y nulidad interpuestos a fs. 70 y 71, por la señora Elsa Delvalle Fermanelli de Conde y El señor Jorge Eduardo Conde, por derecho propio y bajo patrocinio de Abogado respectivamente, contra el A.I. N° 1007 de fecha 14 de julio de 2008, dictado por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Undécimo Turno, que resolvió: "...REGULAR los honorarios profesionales de la Abogada Daysi González por los trabajos realizados en el expediente caratulado: "Elsa Delvalle Fermanelli de Conde c/ Jorge Eduardo Conde s/ Dis. y Liq. de la sociedad conyugal", en el doble carácter de Abogada Patrocinante y Procuradora de la parte actora señora Elsa Delvalle Fermanelli de Conde, dejándolos establecidos en la suma de guaraníes cuarenta y siete millones trescientos setenta y seis mil trescientos treinta y siete (Gs. 47.376.337).; Establecer, en concepto de Impuesto al Valor Agregado, la suma de guaraníes cuatro millones setecientos treinta y siete mil seiscientos treinta y tres (Gs. 4.737.633). Anotar, registrar y remitir copia a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia" y;

CONSIDERANDO:

Nulidad: Ambos recurrentes, en forma conjunta, en su escrito de fs. 76/83 de autos, desisten expresamente del de nulidad y como no se observan vicios o errores en el procedimiento que motiven su tratamiento de oficio, corresponde tenerlos por desistidos.

Apelación: Los Sres. Jorge Eduardo Conde y Elsa Fermanelli Delvalle de Conde se alzan contra el referido interlocutorio y fundamentan la apelación, en su escrito de fs. 76/83 de autos, presentado por derecho propio, bajo patrocinio de Abogado. Los mismos se pueden resumir en: 1) Que, la resolución recurrida les agravia, ya que a raíz del desistimiento expreso de la Sra. Elsa Delvalle, el juicio se ha finiquitado sin que se llegase al objetivo inicial, la disolución y liquidación de la sociedad conyugal; 2) Que, el monto base para regular los honorarios del peticionante, debe ser el valor fiscal de los inmuebles que compone la comunidad conyugal y no el valor real de los mismos; 3) Que, el monto fijado por el Juzgador es excesivo, ya que se debe tener en cuenta que el trabajo de la peticionante se ha limitado a la sola presentación de dos escritos, que no desembocó en las pretensiones iniciales de la actora, puesto que con la reconciliación entre los conyugues se ha finiquitado el juicio por desistimiento de la

demandante; 4) Que, en la resolución recurrida no se estableció el monto final sobre el que se regulo los honorarios profesionales, ya que en ningún momento se ha establecido el cambio en guaraníes el monto de U\$S 16.660; 5) Que, las tasas a ser aplicadas deben las mínimas establecidas por la ley arancelaria, atendiendo al elevado monto base, es decir, el 5% para el patrocinante y el 50% resultante, para el procurador. 6) Agregan los recurrentes, otras consideraciones que en si no guardan relación con la resolución apelada, y finalizan solicitando la retasa de los honorarios profesionales de la peticionante en la suma de Gs. 8.194.134 más I.V.A.

A fs. 84/87 de autos, la abogada Deisy González, en causa propia y bajo patrocinio de Abogada, contesta el traslado corrido a su parte, en el que refuta cada una de las afirmaciones realizadas por los apelantes, solicitando al Tribunal dictar resolución, confirmando el auto que regulo sus honorarios en la suma consignada en la misma, con costas a la adversa.

Entrando al estudio de la presente regulación, tenemos que los apelantes cuestionan el fallo apelado, en lo referente al monto base así como el porcentaje aplicado por el Juzgador, debiendo quedar a su criterio, la suma de Gs. 8.194.134 para la Abogada peticionante.

Del análisis de los autos principales observamos que la demanda de disolución y liquidación de la sociedad conyugal, planteada por la Sra. Elsa Delvalle Fermanelli de Conde, ha concluido con el desistimiento de la misma, conforme a la S.D. N° 481 de fecha 31 de julio de 2.007 (fs. 97). Por tanto, teniendo en cuenta esta apreciación, el objetivo inicial de esta demanda no se ha cumplido en atención a la reconciliación de ambos cónyuges, es decir, no se ha llegado a la etapa de la disolución y liquidación de los bienes que componen la masa conyugal en puridad.

Para determinar si los honorarios profesionales de la abogada Deisy González fueron correctamente regulados en primera instancia, debemos empezar por el monto que se debe tomar como base, y así tenemos que, el monto de la pericia realizada en autos (fs. 57/63) en relaciona a la tasación del inmueble de la masa conyugal, suma que asciende a guaraníes novecientos ochenta y seis millones ciento sesenta y siete mil quinientos (Gs. 986.167.500). Asimismo, debemos agregar el valor aforo de los vehículos automotores de la comunidad conyugal (fs. 51), que asciende a dólares americanos diez y seis mil seiscientos sesenta (U\$S 16.660) que al cambio de la fecha de Gs. 4.730 por dólar americano nos da la cantidad de Gs. 78.800.000.

Que, sumados ambos montos nos da la suma final de guaraníes un mil sesenta y cuatro millones novecientos sesenta y siete mil quinientos (Gs. 1.064.967.500) que a su vez debe ser reducido al 75% ya que el juicio principal ha finalizado por un desistimiento, aplicando de este modo el Art. 26 inc. b) de la ley arancelaria, dándonos el monto de guaraníes setecientos noventa y ocho millones setecientos veinte y cinco mil (Gs. 798.725.000.-), siendo este el monto que debemos tomar como base para el correcto justiprecio de estos honorarios.

Tomando como base el monto mencionado, corresponde aplicar el Art. 32 de la ley 1376/88, en su mínima escala, es decir 5% establecido en dicho artículo para el patrocinante, mas el 50% del monto resultante para el procurador conforme a lo dispuesto por el Art. 25 de la ley de honorarios, dándonos la suma de Gs. 59.904.375. Sin embargo, el Art. 46, primer párrafo, expresa: "...En los juicios de disolución y liquidación de la comunidad de bienes se regulara al profesional de cada parte el cincuenta por ciento de lo que correspondería por aplicación del artículo 32 sobre el valor de los bienes de la comunidad conyugal.". Teniendo en cuenta esto, debemos regular el monto de referencia al 50%, lo que nos da la suma de Gs. 29.952.187.

Por otro lado, en autos, solo se ha llegado a la etapa de denuncia de los bienes, por ende el monto establecido en el párrafo anterior, debe ser reducido a una tercera parte conforme lo dispone el art. 27 inc. b) de la ley de aranceles, en razón de que el juicio principal llego hasta dicha etapa.

Al efectuar el cálculo aritmético pertinente tenemos el monto que corresponde en concepto de honorarios profesionales de la recurrente por los trabajos realizados en primera instancia, el cual asciende a la suma de guaraníes nueve millones novecientos ochenta y cuatro mil sesenta y dos (Gs. 9.984.062), al que debe agregarse el diez por ciento (10%) que corresponde al pago del Impuesto al Valor Agregado, aplicando lo dispuesto por la Acordada No. 337 de fecha 24 de noviembre de 2004 de la Excm. Corte Suprema de Justicia.

La referida circunstancia nos lleva a la conclusión de que el Auto Interlocutorio recurrido debe ser revocado por este Tribunal, debiendo retasarse los honorarios de la peticionante en la suma señalada mas arriba, conforme a lo expuesto precedentemente.

Por las consideraciones que anteceden, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Cuarta Sala;

RESUELVE: Tener por desistido el recurso de nulidad a los recurrentes. Revocar, el A.I. N° 1007 de fecha 15 de julio de 2008, dictado por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Undécimo Turno, y en consecuencia. Regular los honorarios profesionales de la abogada Daysi González, por los trabajos realizados en Primera instancia en el juicio principal, como Abogada Patrocinante y procuradora de la parte actora, dejándolos establecidos en la suma de guaraníes nueve millones novecientos ochenta y cuatro mil sesenta y dos (Gs. 9.984.062), más la suma de guaraníes novecientos noventa y ocho mil cuatrocientos seis (Gs. 998.406) en concepto de I.V.A., conforme a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. Imponer las costas en el orden causado. Anotar, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Eusebio Melgarejo Coronel, Basilio García Ayala, Raúl Gómez Frutos.

Ante mí: Federico Miller Tellechea, Actuario Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 618

NOTIFICACIÓN. Nulidad de la notificación. PROCESO. Actos procesales.

En el caso de autos, estamos ante el requerimiento de la Nulidad de un acto Procesal, cual es la notificación. Y bien sabemos que la Nulidad procesal es la privación de efectos imputada a los actos del proceso que adolecen de algún vicio en sus elementos esenciales y que, por ello, carecen de aptitud para cumplir el fin a que se hallan destinados.

INCIDENTE. Incidente de nulidad. PROCESO. Actos procesales.

Para la declaración de la Nulidad del acto procesal tres son los presupuestos que se hallan condicionada: 1) Existencia de un vicio en alguno de los elementos del acto procesal; 2) Demostración de interés jurídico en la invalidación del acto y de que la nulidad no es imputable a quien pide su declaración; y 3) Falta de convalidación del acto viciado.

INCIDENTE. Incidente de nulidad. PROCESO. Actos procesales.

Ningún acto procesal será declarado nulo si la ley no prevé expresamente esa sanción, sin embargo, la nulidad procederá cuando el acto carezca de los

requisitos indispensables para la obtención de su finalidad, pero no se podrá declarar la nulidad si el acto, no obstante su irregularidad ha logrado la finalidad a que estaba destinado.

INCIDENTE. Incidente de nulidad. PROCESO. Actos procesales.

La finalidad a que tienden los requisitos de los actos procesales no es otra que la de salvaguardar el adecuado ejercicio del derecho a la defensa, de modo que no puede haber declaración de nulidad cuando el acto impugnado, pese a su irregularidad exista o no expresa sanción de ésta en la ley, no ha afectado el mencionado derecho.

T. de Apel. Civ. y Com. Cuarta Sala.17.08.10 “Agapito Solis s/ Sucesión” (A.I.Nº 618).

Asunción, 17 de agosto de 2.010.

VISTO: Los recursos de apelación y nulidad interpuestos a fs. 144, por la señora FLORA Eva Solis Riquelme, por derecho propio y bajo patrocinio del Abogado Edward F. Armas Godoy, contra el A.I. Nº 1.832 de fecha 29 de octubre del 2008, dictado por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Segundo Turno, que resolvió: “...I. Rechazar, con costas, el incidente de nulidad de actuaciones deducido por la coheredera Flora Eva Solis Riquelme por extemporáneo, de conformidad a lo expuesto en el considerando de la presente Resolución. II. NOTIFICAR por cédula. III. Anotar, registrar y remitir copia a la Corte Suprema de Justicia.”, y

CONSIDERANDO:

Nulidad: En el escrito de fojas 151/153, la señora Flora Eva Solis Riquelme, por derecho propio y bajo patrocinio del abogado Edward F. Armas Godoy, nada dijo en relación a este Recurso y como no se observan vicios en el procedimiento que motiven su tratamiento de oficio, corresponde declararlo desierto.

Apelación: Contra el citado interlocutorio, se alza la referida recurrente y fundamenta la apelación en su escrito de fojas 151/153, ya mencionado, en el que expresa: “Que, tanto la actora en su contestación como el A-quo en su fundamentación insuficiente, sostienen hechos falsos: a) No se precisa redargüir de falso un instrumento, cuando el acto que instrumenta es nulo! Es decir, jurídicamente inexistente, en razón a que el acto de notificación es de nulidad absoluta, y de oficio el juez debió invalidarlo y ordenar la realización de un

nuevo acto a los efectos de evitar la indefensión grosera y aviesa de la demandada: Que nulo el acto...su consecuencia también es nula, por lo que no es preciso interponer redargución de falsedad de un acto nulo!. b) Que, no se notificó el 14 de julio de 2.008 como pretenden conjuntamente el A-quo y el actor principal, pues, la copia presentada era la copia que el ujier presentó en el expediente, pero, hemos dicho que no existió notificación válida, y aún más, posteriormente llegó a nuestras manos la supuesta notificación donde consta la falta de fecha en la misma otra nulidad más alegada en su momento y desoída groseramente por el inferior. c) Que, el domicilio real de mi persona no es tema de discusión, sino la existencia válida o no de un acto de notificación, pues, nunca negamos nuestro domicilio, sino que sencillamente no fuimos notificados en debida forma como ordena la ley, bajo pena de nulidad”.

En otra parte del escrito de expresión de agravios, la recurrente expresa: “parcialidad aviesa y falta de estudio de pretensiones procesales. Que, el juzgador inferior, de conformidad con la conducta procesal desplegada en todo el juicio aviesamente desoye la pretensión expuesta por mi parte, no estudia ni analiza los hechos alegados y el derecho reclamado, y sencillamente hace caso omiso a jurisprudencia de la Cámara de Apelaciones y la Corte Suprema de Justicia que ordenan conminar la nulidad de las notificaciones realizadas en violación a las normas expresas del Código Procesal Civil, esto es, más allá que el incidentista presente o no su reclamo, el juez al notar la nulidad resultante del acto debe (no puede) declarar su nulidad”.

Más adelante, la apelante expone: “indefensión. Que, como indicáramos en su momento, NO hemos tenido conocimiento de la notificación sino hasta inmediatamente antes de la presentación del incidente, el cual lo hemos hecho de manera responsable y en tiempo y forma. Que, como además, mal podríamos notificarnos o tener conocimiento de actos a través de una notificación completamente nula. Que, como dijéramos en su momento, el ujier debió haber avisado que retornaría o en su caso debió haber notificado en la forma prevista por la norma, y el Juez debió de oficio ordenar una nueva notificación, y no tan lisonjeramente pretender dejar sin defensa y en perjuicio a la parte incidentista.”

Sigue formulando otras consideraciones y concluye solicitando a este Tribunal que dicte Resolución revocando el Auto Interlocutorio recurrido, con costas.

El señor Neri José Solís Riquelme, por derecho propio y bajo patrocinio del abogado Julio César Verón, contesta el traslado de la fundamentación del apelante en el escrito de fs. 155/157, en el que sostiene que el Auto Interlocutorio recurrido se ajusta a Derecho y al respecto agrega: “Que, los agravios que le produce el Auto Interlocutorio recurrido, por la forma señalada y que se pretende, anular una cédula de notificación que cumplió su fin, o que obtuvo el fin buscado, que es el de hacer saber a la parte demandada del inicio del juicio de la partición, como podemos notar que esta cédula de notificación se había recibido, teniendo en cuenta que a fojas 149 y 150 de autos, esta es presentada por la apelante, significa con esto que recibió la cédula de notificación, si bien como presenta supuestamente éste carece de la fecha de su realización, como lo ha presentado, nada le priva de su eficacia jurídica, teniendo en cuenta que la apelante había recibido la cédula de notificación por eso agrega al expediente una copia de la misma, si ella nunca tuvo conocimiento de la existencia de la misma, no puede presentar en el juicio, al presentar esta quiere decir que sí la recibió, y que el rechazo de su incidente fue por la sencilla razón de que había presentado en forma extemporánea, tal cual como lo dispone el art. 191 del Código Procesal Civil, siendo su incidente presentado en fecha 08 de agosto de 2008, y la cédula de notificación que obra en autos a fs. 134 es de fecha 14 de julio de 2008, por lo que ante esta situación debe ser confirmado el A.I. N° 1.832 fecha 29 de octubre de 2008, en costos y costas”.

Formula otras consideraciones y concluye solicitando al Tribunal dicte resolución confirmando con costas el auto interlocutorio recurrido.

Ante las posiciones asumidas por las partes litigantes, corresponde a este Tribunal, el análisis del caso en estudio para determinar si el Auto Interlocutorio recurrido que rechazó el incidente de nulidad de actuaciones planteado por la señora Flora Eva Solís Riquelme se ajusta o no a derecho.

Analizadas las constancias del expediente vemos que a fojas 135/137, la señora Flora Eva Solís Riquelme, en fecha 8 de agosto de 2008, como se coteja con el cargo del escrito de referencia, plantea incidente de nulidad de la notificación practicada por el ujier Esteban Javier Careaga. La recurrente sostiene que accidentalmente tuvo conocimiento de un pedido de rebeldía en contra de Flora Eva Solís Riquelme, María Graciela Solís Riquelme, Rosa Solís Riquelme, Catalina Sofía Solís Riquelme y Paulino Solís Riquelme, por la supuesta falta de ejercicio del derecho en virtud de una notificación realizada, sobre la

presentación de una acción por parte de Neri José Solís Riquelme y agrega así también que en “fecha indeterminada supuestamente se notificó de una acción de partición en relación al juicio sucesorio mencionado”.

La incidentista señaló: “Que, la mal conceptualizada “notificación”, no reúne los requisitos establecidos en las leyes procesales para que pueda cabalmente cumplir con su cometido, dichos requisitos se hallan establecidos en los artículos 133, 138 y concordantes del Código Civil Paraguayo y Código Procesal Civil”.

Más adelante dijo que, la Notificación practicada adolece insalvablemente del vicio nulidificante al violar la forma expresa requerida para su validez como acto jurídico procesal, máxime que con ello se vulnera el principio del ejercicio de la defensa y publicidad que establecen tanto la Constitución Nacional como el Código Procesal Civil.

Por medio del dictado del Auto Interlocutorio N° 1.832 de fecha 29 de octubre de 2008, obrante a fojas 141/142, el Juez de grado inferior rechazó el incidente planteado por la recurrente.

En el caso de autos, estamos ante el requerimiento de la Nulidad de un Acto Procesal, cual es la Notificación. Y bien sabemos que la Nulidad procesal es la privación de efectos imputada a los actos del proceso que adolecen de algún vicio en sus elementos esenciales y que, por ello, carecen de aptitud para cumplir el fin a que se hallan destinados.

Si bien en virtud de la trascendencia que revisten las formas dentro del proceso, es usual que las leyes vinculen el concepto de nulidad a la idea de quebrantamiento o violación de algún requisito formal, no existen razones válidas que autoricen a excluir del concepto enunciado aquellos vicios que afecten a los requisitos propios de los restantes elementos del acto procesal.

Para la declaración de la Nulidad del acto procesal, tres son los presupuestos a que se hallan condicionada: 1) Existencia de un vicio en alguno de los elementos del acto procesal; 2) Demostración de interés jurídico en la invalidación del acto, y de que la nulidad no es imputable a quien pide su declaración; y 3) Falta de convalidación del acto viciado.

En el caso que estamos juzgando, se solicita la Nulidad del acto de notificación practicado por el ujier Esteban Javier Careaga, conforme surge de las constancias del expediente, en fecha 14 de julio de 2008 (fojas 134). Al dorso de la Cédula de Notificación (fojas 134 vlto.) se lee lo siguiente: “En fecha de hoy

catorce de julio del dos mil ocho, siendo las trece horas, me he constituido en el domicilio mencionado a los efectos de notificar la providencia de fecha 21 de marzo de 2007, al no ser atendido pero siendo el domicilio denunciado en autos procedí a dejar adherida por el portón el duplicado de la presente y copias para traslado con tres fojas, con lo cual di por concluido mi cometido de todo lo cual doy fe.”

Si bien, el acto de notificación por cédula no se efectuó en “propias manos”, sí se procedió como en la práctica se realiza, y en el domicilio correcto, además, la señora Flora Eva Solís Riquelme al momento de plantear el Incidente presentó la copia de la referida Cédula de Notificación, lo que nos induce a la conclusión que el cometido de la Cédula de Notificación el cual es: Notificar, se cumplió.

En párrafos más arriba, se enunciaron los presupuestos necesarios para que proceda la Nulidad de un Acto Procesal, pero se puede agregar así también, que ningún acto procesal será declarado nulo si la ley no prevé expresamente esa sanción, sin embargo la nulidad procederá cuando el acto carezca de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad, pero no se podrá declarar la nulidad, si el acto, no obstante su irregularidad, ha logrado la finalidad a que estaba destinado.

La finalidad a que tienden los requisitos de los actos procesales no es otra que la de salvaguardar el adecuado ejercicio del derecho a la defensa, de modo que no puede haber declaración de nulidad cuando el acto impugnado, pese a su irregularidad, exista o no expresa sanción de ésta en la ley, no ha afectado el mencionado derecho.

Y al respecto, se ha constatado, que con la presentación por parte de la misma incidentista de un ejemplar de la Cédula de Notificación, que la comunicación del dictado de la providencia del 21 de marzo de 2008, se efectuó, ergo, la notificación se produjo, no violándose el Derecho a la Defensa en Juicio.

Pero, además de lo precedentemente expuesto, tal como lo indicó correctamente el A quo, el Incidente planteado por la Señora Flora Eva Solís Riquelme, fue presentado en forma extemporánea, tal como lo señala el Art.191 del Código Procesal Civil: “Cuando no tuviere plazo expresamente establecido, el incidente deberá ser promovido dentro de los cinco días de conocida la causa en que se fundare.” Y, se observa en autos, que el Incidente fue planteado extemporáneamente el 8 de Agosto del 2008, cuando la Cédula de Notificación que se pretendió anular es del 14 de julio del 2008.

Es así que, las constancias de autos, las consideraciones que anteceden y las disposiciones legales citadas, nos llevan a la conclusión de que el Auto Interlocutorio recurrido se encuentra ajustado a derecho y en consecuencia debe ser confirmado por este Tribunal, imponiendo las costas a la parte perdedora, de conformidad a los artículos 194 y 203 del Código Procesal Civil.

Por tanto, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Cuarta Sala; RESUELVE: Declarar desierto al recurrente del recurso de nulidad. Confirmar, con costas, el A.I. N° 1.832 de fecha 29 de octubre del 2008, dictado por el Juez de Primera Instancia Civil y Comercial del Segundo Turno. Anotar, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Eusebio Melgarejo Coronel, Basilio García Ayala, Raúl Gómez Frutos.

Ante mí: Federico Miller Tellechea, Actuario Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 629

Cuestión debatida: Ante las posiciones asumidas por los litigantes, corresponde a este Tribunal, el análisis del caso en estudio para determinar si el Auto Interlocutorio recurrido que hizo lugar, con costas a la excepción de prescripción opuesta por la parte demandada, se ajusta o no a derecho.

PRESCRIPCIÓN. Plazos para la prescripción. DAÑOS Y PERJUICIOS. Accidente de tránsito.

Conforme a lo dispuesto en los Arts. 647 y 663 del Código Civil, resulta evidente que el derecho a accionar de la demandada nace el mismo día en que ocurrió el accidente.

ACCIÓN. Acción civil

La acción civil queda expedita desde el día de la comisión del hecho o acto ilícito dañoso.

T. de Apel. Civ. y Com. Cuarta Sala. 19.08.10 “María Angélica Luparello Martínez C/ Bepasa S.R.L S/ Indemnización de Daños y Perjuicios por Responsabilidad Extracontractual” (A.I. N° 629).

Asunción, 19 de agosto de 2010.

VISTO: Los recursos de apelación y nulidad de fs. 164, interpuestos por el Abogado Fernando Zarate Melgarejo, contra el A.I. N° 789 del 02 de julio de 2009, dictado por la Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Primer Turno, que resolvió: "...Hacer lugar, con costas, a la excepción de prescripción deducida por Bapesa S.R.L., en el juicio promovido por María Angélica Luparello Martínez, por los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. Notificar por cédula. Anotar, registrar y remitir copia a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia."; y

CONSIDERANDO:

Nulidad: El recurrente nada dice respecto a este recurso, y como no se observan vicios en el procedimiento que motiven la declaración de nulidad de oficio por este Tribunal, por lo que corresponde declararlo desierto.

Apelación: Contra el citado interlocutorio, se alza el recurrente y fundamenta la apelación en su escrito de fs. 165/173, ya mencionado, en el que manifiesta: "Esta representación se encuentra conteste con la demanda en el sentido de que pasaron mas de dos años desde la ocurrencia del accidente de tránsito que a su vez resulta el hecho generador de lo pretendido a través de la presente acción: la indemnización de daños y perjuicios. En lo que disentimos es el momento desde el cual debe computarse la operatividad de la prescripción pretendida por la parte actora".

"Primeramente debemos resaltar a este Excmo. Tribunal de Alzada, las circunstancias particulares en que se produjo el hecho generador (accidente de tránsito) de la presente demanda. El percance se originó como consecuencia del impacto del automóvil que conducía mi representada contra un contenedor para depósito de escombros y residuos que se encontraba ubicado en la calzada de una avenida sobre la cual estaba prohibida la colocación de este tipo de receptáculos, conforme con la ordenanza municipal. Pero para que pueda hacerse valer lo preceptuado por dicha normativa ante los órganos jurisdiccionales, se debió inicializar primeramente un expediente en sede administrativa (juzgado de faltas) para que el órgano competente determine si efectivamente sobre dicha arteria podía o no colocarse contenedores de residuos, dada la existencia, repetimos, de una norma especial que regula la provisión y retiro de materiales de construcción en veredas y vía pública (Ord. N° 32/96). Vale decir, en el caso reseñado no nos hallamos frente a una colisión de dos o más rodados, conducidos a su vez por dos o más choferes. Tal circunstancia se debería tener

muy presente a los efectos de determinar el principio del cómputo del plazo de prescripción”.

Más adelante agrega: “Ahora bien, con relación a los denominados “Actos ilícitos” sucede, sin embargo, que nuestro Código no ha previsto solución especial para las obligaciones nacidas de tales actos, a diferencia de lo que acontece en otros cuerpos legales. La extensión de la regla contenida en el Art. 663, inc. f, del C.C. puede llevarnos a sostener que el curso de la prescripción se inicia en el momento mismo de la comisión del acto ilícito, que sería el “título generador” de la obligación. Pero ¿qué sucede cuando para incoar la acción civil se requiera de discusión en sede administrativa cuyo resultado tendrá efecto directo en la primera? Savatier nos dice: “La prescripción no empezará hasta la fecha en que aparece el daño y se hayan agotado instancias administrativas si las hubiere, y no en la fecha del acto culposo o de la creación del riesgo”. Y es tal extremo lo que ocurre en el caso de marras tal cual se demostrará más adelante”.

“Se intenta de esta manera conciliar el interés particular del damnificado con el interés general de seguridad jurídica, y se desplaza el momento inicial de la prescripción hasta la culminación de instancias administrativas como cuestiones prejudiciales”.

Cita jurisprudencias aplicables al caso en estudio, transcribe lo dispuesto por el Art. 15 del Código Procesal Civil, formula otras consideraciones y luego bajo el título de “Conclusiones”, expresa: “...La sentencia arribada en el procedimiento administrativo tiene directa relación con el proceso ante el órgano jurisdiccional, estando este último supeditado a las resultas del primero. Vale decir, mientras el Juzgado de faltas no se pronuncie sobre la responsabilidad de la adversa, el derecho de resarcimiento es sólo una expectativa sujeta a aquella primigenia decisión...”.

“Amén de todo esto, por los argumentos esgrimidos más arriba, a saber: aplicación en materia civil de la analogía, la opción al acreedor de instar un procedimiento lo que no constituye una obligación, etc., se arriba necesariamente a suponer que el plazo para la prescripción de la acción prevista en el inc. f) del Art. 663 del Código Civil principia en el momento que termina el juicio administrativo y no antes. Como consecuencia de ello, al momento de interponerse la presente demanda, el derecho a accionar por indemnización por daños y perjuicios no estaba prescripta”.

Concluye su presentación solicitando al Tribunal dicte resolución, revocando con costas, el decisorio recurrido.

La representante convencional de la parte demandada, contesta el traslado de la fundamentación del apelante en el escrito de fs. 176/185, en el que refuta los argumentos sostenidos por el mismo y solicita al Tribunal dictar resolución confirmando, con costas, el auto apelado.

Ante las posiciones asumidas por las partes litigantes, corresponde a este Tribunal, el análisis del caso en estudio para determinar si el Auto Interlocutorio recurrido que hizo lugar, con costas, a la excepción de prescripción opuesta por la parte demandada, se ajusta o no a derecho.

En primer lugar corresponde analizar si la excepción opuesta por la parte demandada se encuentra dentro de las excepciones admisibles en el juicio ordinario. A ese respecto el art. 224 del Código Procesal Civil dispone: “Excepciones admisibles: Solo serán admisibles como previas las siguientes excepciones: ...g) pago, transacción, conciliación, desistimiento de la acción y prescripción, cuando pudieren resolverse como de puro derecho; ...”.

Asimismo sobre el tema en estudio el art. 663 del Código Civil establece: “Se prescriben por dos años, las acciones: ...f) la responsabilidad civil derivada de actos ilícitos; ...”.

A este mismo respecto el art. 647 del mismo cuerpo legal establece: “La prescripción se interrumpe: a) por demanda notificada al deudor, aunque ella haya sido entablada ante juez incompetente...”.

Examinadas las constancias de autos, vemos que en el presente juicio se reclama la indemnización por los daños y perjuicios sufridos a causa del accidente ocurrido el 21 de diciembre de 2004.

Este juicio fue presentado en fecha 25 de septiembre de 2007, según surge del sello de cargo obrante a fs. 32. Por proveído del 03 de octubre del mismo año, la Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Primer Turno, tuvo por iniciada la demanda y corrió traslado de la misma a la demandada por todo el plazo de ley.

El 15 de febrero de 2008, la abogada Valeria Insfrán M., en representación de la firma “Bapesa S.R.L.”, opone excepción previa de prescripción contra el progreso de la acción promovida en contra de su representada, en los términos del escrito de fs. 109/113, a lo que la Jueza le imprimió el trámite pertinente corriendo traslado a la parte actora, por providencia de fecha 31 de marzo de

2009, de fs. 151, que fue contestado por su representante convencional según escrito de fs. 154/157 presentado en fecha 27 de abril de 2009, por lo que la Jueza dictó la providencia de fecha 28 de abril de 2009 de fs. 157 vlto., por la cual llamó “Autos para resolver”.

Posteriormente dictó el A.I. N° 789 de fecha 02 de julio de 2009 de fs. 159, que resolvió hacer lugar, con costas, a la excepción de prescripción de la acción opuesta por la parte demandada.

Al analizar la resolución recurrida, encontramos que la A-quo para hacer lugar a la excepción de prescripción, en base a las documentaciones agregadas a autos, determinó que el plazo para el cómputo de la prescripción comienza a correr desde la fecha misma del hecho o acto ilícito dañoso; por lo que a la fecha de la promoción de la demanda, la acción ya se encontraba prescripta.

Conforme a lo dispuesto en los Arts. 647 y 663 del Código Civil, precedentemente citados resulta evidente que el derecho a accionar de la demandada nace el mismo día en que ocurrió el accidente, por lo que como bien lo sostuvo la A-quo a la fecha de promoción de la presente demanda, la acción ya se encontraba prescripta.

En cuanto a lo sostenido por el apelante, que el plazo de prescripción debe computarse recién después de dictado el fallo en la instancia administrativa; cabe mencionar que este Tribunal en reiterados fallos ha sentado posición afirmando que la acción civil queda expedita desde el día de la comisión del hecho o acto ilícito dañoso, por lo que llegamos a la conclusión de que el interlocutorio recurrido se halla ajustado a derecho y en consecuencia debe ser confirmado por este Tribunal.

En cuanto a las costas, corresponde que las mismas sean impuestas a la parte apelante perdidosa, de conformidad a lo establecido en el art. 203, inc. a, del Código Procesal Civil.

Por tanto, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Cuarta Sala;

RESUELVE: Declarar desierto el recurso de nulidad. Confirmar, con costas, el A.I. N° 789 del 02 de julio de 2009, dictado por la Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Primer Turno, conforme a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. Anotar, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Eusebio Melgarejo Coronel, Basilio García Ayala, Raúl Gómez Frutos.

Ante mí: Federico Miller Tellechea, Actuario Judicial.

AUTO INTERLOCUTORIO N° 633

Cuestión debatida: Con esta introducción como primera premisa surge, a priori, que el quid de la cuestión radica en definir, primeramente, si la acción ejercida por el actor es puramente civil o si, por el contrario, contiene elementos que la vinculen con una eventual violación de los derechos humanos.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad del Estado.

El actor expone como hechos generadores de la responsabilidad del Estado: la privación ilegítima y arbitraria de su libertad corporal, el sometimiento a torturas y vejámenes durante el tiempo de reclusión, la excesiva duración del proceso penal, la persecución política por sus ideologías, etc. Hechos acaecidos, según el actor, durante el gobierno dictatorial. (Voto de la mayoría).

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derechos humanos.

Una de las características que hace a la propia esencia de los DD.HH. es su imprescriptibilidad. Esto es así, puesto que los derechos inherentes al hombre no están sujetos a plazos por ser connaturales a la propia existencia del individuo y, principalmente, por pertenecer a la categoría de derechos ius cogens. (Voto de la mayoría)

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derechos humanos.

Si los derechos humanos son imprescriptibles, debemos preguntarnos si esta nota conceptual se extiende a las reparaciones por violaciones de los mismos. Es decir, debemos discernir si la imprescriptibilidad gravita, también, en el ámbito civil de las indemnizaciones. Para resolver este punto, creemos conveniente traer a colación otra nota característica de los derechos humanos, cual es: el de la *progresividad*. (Voto de la mayoría)

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derechos humanos.

La progresividad breva de la inherencia de los DD.HH. a la persona, y refiere que todos los derechos son enunciativos y que la enumeración de los mismos no implica negación de otros cuando ellos sean inherentes a la dignidad humana. (Voto de la mayoría)

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derechos humanos. DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad del Estado.

No caben dudas de que la obligación del Estado de *reparar* las violaciones de los DD.HH. es inmanente a la dignidad humana. Una conclusión contraria nos llevaría a interpretar restrictivamente la tutela de este tipo de libertades jurídicas, entendiendo que la obligación del Estado termina con el diseño e implementación de políticas públicas de protección y garantía de goce de los derechos básicos y con la sanción penal de los responsables de las violaciones de estos derechos, dejando fuera del ámbito de protección la reparación de los daños generados por la afectación de estos derechos. (Voto de la mayoría)

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad del Estado.

Es dable disociar la responsabilidad del Estado, en lo atiente a la protección de los derechos humanos, del derecho de las víctimas de obtener una reparación por el incumplimiento de esta obligación. Ambos conceptos son, claramente, indisolubles. (Voto de la mayoría)

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derechos humanos. DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad del Estado.

Al decirlo con el Prof. Claudio Nash, podemos afirmar que los Estados, en el ámbito Internacional, no sólo se obligan a respetar los derechos humanos, sino que, además, asumen la obligación de garantizarlos, lo que supone una exigencia más amplia que importa organizar toda la función estatal para asegurar, de manera efectiva, el pleno goce de los derechos. En este sentido, las violaciones a los derechos humanos no sólo se configuran con la acción del Estado o sus agentes, sino que, también, con la omisión. (Voto de la mayoría)

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derechos humanos.

De todo lo expuesto, surge claro que los DD.HH. permean el caparazón de la subsidiariedad de la responsabilidad del Estado. No sólo por la eventual responsabilidad internacional del mismo ante las violaciones de los derechos fundamentales –la que no podría excusarse en una norma interna–; sino, también, por la eventual política deficiente del Estado en cuanto a la implementación de mecanismos de protección y garantía de goce de los derechos humanos, lo que, como quedó visto, debe ser considerado como un acto regular de administración, por lo cual la excepción de falta de acción articulada por el Estado paraguayo debe ser rechazada. (Voto de la mayoría)

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad del Estado.

Una cosa es la sanción de carácter penal y otra el resarcimiento económico derivado del delito sancionado por la competencia respectiva la cual, por ser

de carácter patrimonial queda enmarcada por el ámbito civil y por lo tanto, la acción del derecho pasa a ser de orden privado, factible entonces de perecer por inacción por el solo transcurso del tiempo, lo cual hace que ni aun munido del más alto espíritu humanitario, puede servir de sustento para contradecir la normativa positiva vigente en la materia. (Voto en disidencia en minoría del Dr. Gerardo Baez Maiola)

**EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN. DAÑOS Y PERJUICIOS.
Responsabilidad del Estado.**

De acuerdo a ello entonces, el perjudicado o víctima de ese hecho ocasionado por el funcionario o acto antijurídico tiene la garantía del propio Estado de que será resarcido indefectiblemente, sólo que, para hacer efectiva la obligación del Estado como deudor solidario y a diferencia del derecho común, esta solidaridad no es ejecutable directamente contra el Estado, quien responde recién cuando la capacidad del funcionario o empleado público sea insuficiente para responder a la condena de indemnización. (Voto en disidencia en minoría del Dr. Gerardo Báez Maiola)

T. de Apel. Civ. y Com. Cuarta Sala.19.08.10. “Derlis Benitez c. Estado Paraguayo s/ Indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual / Indemnización de daño” (A.I.Nº 633).

Asunción, 19 de agosto de 2010.

VISTOS: Los recursos de apelación y nulidad interpuestos⁴ por el abogado Ángel Arsenio Maciel Soria, representante convencional del actor, Derlis Benítez, contra el A. I. N° 899 del 25 de junio de 2.007, dictado por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Noveno Turno de la Capital, Secretaría N° 18, por el que se resolvió: “...1) hacer lugar, con costas, a la excepción de prescripción deducida como de previo y especial pronunciamiento por la procuraduría general de la república en representación del Estado Paraguayo. 2) Hacer lugar, con costas, a la excepción de falta de acción deducida como de previo y especial pronunciamiento por la procuraduría general de la república en representación del Estado Paraguayo. 3) Rechazar, la presente de-

4. Escrito de fojas 167 de autos.

manda que por indemnización de daños y perjuicios promoviera el señor Derlis Benítez contra el Estado Paraguayo, de acuerdo a lo expuesto en el exordio de la presente resolución. 4) Imponer las costas a la actora. 5) Anotar, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia” (sic.), y;

CONSIDERANDO:

Recurso de nulidad: El impugnante desistió expresamente de este recurso. Por otro lado, efectuados los controles formales en el fallo en revisión, este Tribunal no advierte vicios en el mismo que lo invalide como acto jurisdiccional y que ameriten la declaración de nulidad, ex officio, de conformidad a los artículos 420, concordante con el 113, y 404 del Código Procesal Civil. Por tanto, este recurso debe tenerse por desistido.

A su turno, el magistrado Gerardo baez maiola dijo: que adhiere a la opinión de los Honorables preopinantes por los mismos motivos y fundamentos.

Recurso de apelación: el abogado Ángel Arsenio Maciel Soria, por la representación que ejerce en autos, se presentó en esta Instancia⁵ a fundar el recurso de apelación. En esta ocasión, criticó el fallo diciendo, en lo medular, cuanto sigue: (1) La imprescriptibilidad de los derechos humanos, prevista en el artículo 5 de la Constitución Nacional, no puede ser interpretada de manera restrictiva como lo hizo el *A-quo*, sino en toda su amplitud, entendiéndose que la misma no solo se refiere a las acciones penales que deriven de las violaciones de los dd.hh., sino también a las acciones civiles. (2) Los artículos 635 y 663 del C.C., por el orden jerárquico de las leyes previsto en el artículo 137 de la C.N., no pueden tener preeminencia con respecto a una disposición constitucional por la que se reconoce la imprescriptibilidad de los derechos humanos. (3) El *A-quo*, al fallar, soslayó el criterio sostenido por la Corte Suprema de Justicia, en un caso similar al que nos ocupa, que refiere que la responsabilidad del Estado por las violaciones de los derechos humanos no es subsidiaria, sino directa, posición respaldada en el artículo 39 de la C.N., concordante con los artículos 91, 97, y 98 del C.C. (4) Yerra el Juez al entender que la responsabilidad del Estado es subsidiaria puesto que los actos ejercidos por los funcionarios públicos, dentro del marco de sus funciones, comprometen, necesariamente, la responsabilidad del Estado. (5) El Estado está obligado a garantizar el respeto de

5. Escrito de fojas 172/176 de autos.

los derechos humanos, obligación incumplida en este caso y no advertida por el *A-quo* para resolver el caso como lo hizo. El apelante finaliza su presentación solicitando la revocación del fallo, en todos sus puntos.

Los Procuradores Adjuntos de la Procuraduría General de la República, abogados Neri Walter Fleitas V. y Arnaldo M. Acosta, por el Estado Paraguayo, se presentaron⁶ para contestar los agravios esgrimidos por el apelante. En defensa del rechazo del recurso que nos ocupa, básicamente, pusieron de resalto los argumentos contenidos en el fallo alzado por lo que omitimos su referencia en este párrafo.

El 17 de diciembre de 2007, con el dictado de la providencia por la que se llamó autos para resolver, se clausuró el debate en esta Instancia de Revisión.

Con el resumen de lo actuado ante este Tribunal y efectuados los controles de veracidad, logicidad y normatividad pasamos al estudio de las cuestiones planteadas.

Iniciemos los trabajos con el análisis de la prescripción de la acción articulada por el Estado Paraguayo y acogida por el *A-quo*.

A título introductorio referimos que el *A-quo* declaró con lugar a la excepción previa de prescripción por considerar, en lo sustancial, que la naturaleza del presente juicio es, puramente, de orden civil. Siendo así, al tiempo en que se dictó⁷ la sentencia de sobreseimiento del actor, el mismo tenía expedita la acción para ejercer el reclamo indemnizatorio, sin embargo, este derecho fue ejercido luego de 16 años, cuando el plazo de prescripción ya había transcurrido con creces.

Con esta introducción como primera premisa surge, a priori, que el quid de la cuestión radica en definir, primeramente, si la acción ejercida por el actor es puramente civil o si, por el contrario, contiene elementos que la vinculen con una eventual violación de los derechos humanos.

Para analizar este punto, consideramos conveniente partir de una aproximación al concepto de los de derechos humanos. Para este menester, recurrimos a Pedro Nikken⁸ quien nos dice: “La noción de derechos humanos se co-

6. Escritos de fojas 178/181.

7. S.D. N° 46 del 13 de octubre de 1989.

8. Ex Presidente del Consejo Directivo del IIDH y Ex Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Actual Consejero Permanente de la Asamblea General del IIDH.

rresponde con la afirmación de la dignidad de la persona frente al Estado. El poder público debe ejercerse al servicio del ser humano: no puede ser empleado lícitamente para ofender atributos inherentes a la persona y debe ser vehículo para que ella pueda vivir en sociedad en condiciones cónsonas con la misma dignidad que le es consustancial. La sociedad contemporánea reconoce que todo ser humano, por el hecho de serlo, tiene derechos frente al Estado, derechos que este, o bien tiene el deber de respetar y garantizar o bien está llamado a organizar su acción a fin de satisfacer su plena realización. Estos derechos, atributos de toda persona e inherentes a su dignidad, que el Estado está en el deber de respetar, garantizar o satisfacer son los que hoy conocemos como derechos humanos”⁹ (sic).

El mismo autor, más adelante, afirma: “Los derechos humanos implican obligaciones a cargo del gobierno. El es el responsable de respetarlos, garantizarlos o satisfacerlos y, por otro lado, en sentido estricto, solo él puede violarlos”¹⁰ (sic).

También debemos referir, más allá de los conceptos, que en la Convención Americana de los Derechos Humanos se enumeran, entre los deberes de los Estados, *inter alias*: Artículo 1.1. “Los Estados Partes de esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ellas y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.” Artículo 7.1. “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal”. Artículo 7.3. “Nadie puede ser sometido a detenciones o encarcelamientos arbitrarios.” Artículo 7.5. “Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio”. Artículo 16.1. “Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con fines

9. Publicado en: Estudios Básicos de Derechos Humanos, IIDH, San José, 1994.

10. Op. cit.

ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquier otra índole”.

Dicho todo esto y retornando a nuestra casuística, tenemos que el actor expone como hechos generadores de la responsabilidad del Estado: la privación ilegítima y arbitraria de su libertad corporal, el sometimiento a torturas y vejámenes durante el tiempo de reclusión, la excesiva duración del proceso penal, la persecución política por sus ideologías, etc. Hechos acaecidos, según el actor, durante el gobierno dictatorial.

De este *dossier* fáctico, sin prejuzgar sobre la cuestión de fondo, tenemos que, tal como está planteado el caso, se nos señalan eventuales violaciones a los derechos humanos, afirmaciones que, lógicamente, deberán ser dilucidadas en el estadio procesal oportuno.

A esta conclusión arribamos transitando por la consideración de que los derechos afectados, sin dudas, pueden ser calificados como fundamentales por la definición conceptual y las previsiones legales antes referidas. A lo que le debemos incorporar la ponderación de que la violación de los mismos se le atribuye al Estado.

En estas condiciones, estamos prestos para afirmar que los hechos que el actor invoca, como sustento de su pretensión, no se tratan de simples actos ilícitos de funcionarios Estatales, sino de aparentes violaciones a los derechos humanos.

Con esta conclusión, nos apartamos del criterio del *A-quo*, quien considera que nos encontramos ante una acción indemnizatoria en materia civil sin incidencia o afectación de los derechos humanos.

Así las cosas, resta referir que los criterios rectores en materia de DD.HH. nos impetra a realizar el análisis jurídico del caso desde otra perspectiva.

Abocados a esta tarea, advertimos, que una de las características que hace a la propia esencia de los DD.HH. es su imprescriptibilidad. Esto es así, puesto que los derechos inherentes al hombre no están sujetos a plazos por ser connaturales a la propia existencia del individuo y, principalmente, por pertenecer a la categoría de derechos *ius cogens*¹¹. No consideramos necesario for-

11. Definido por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados como “Normas aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, como norma que no admite acuerdo en contrario. Fuente: Wikipedia.

mular mayores referencias con respecto a este punto en atención a que se trata de un concepto aceptado, básicamente, sin resistencia, amén de que pertenece al núcleo duro de los derechos humanos.

Entonces, si los derechos humanos son imprescriptibles, debemos preguntarnos si esta nota conceptual se extiende a las reparaciones por violaciones de los mismos. Es decir, debemos discernir si la imprescriptibilidad gravita, también, en el ámbito civil de las indemnizaciones.

Para resolver este punto, creemos conveniente traer a colación otra nota característica de los derechos humanos, cual es: el de la progresividad.

Esta progresividad breva de la inherencia de los DD.HH. a la persona, y refiere que todos los derechos son enunciativos y que la enumeración de los mismos no implica negación de otros cuando ellos sean inherentes a la dignidad humana.

Así, debemos preguntarnos si las reparaciones pretendidas por el actor son inherentes a la dignidad humana. Al respecto, no caben dudas de que la obligación del Estado de *reparar* las violaciones de los DD.HH. es inmanente a la dignidad humana. Una conclusión contraria nos llevaría a interpretar restrictivamente la tutela de este tipo de libertades jurídicas, entendiendo que la obligación del Estado termina con el diseño e implementación de políticas públicas de protección y garantía de goce de los derechos básicos y con la sanción penal de los responsable de las violaciones de estos derechos, dejando fuera del ámbito de protección la reparación de los daños generados por la afectación de estos derechos.

Sin dudas, no existen razones atendibles para limitar la interpretación de los DD.HH. contrariamente a los principios de progresividad y *pro homine*.

En estas condiciones, la interpretación del artículo 5 de nuestra Constitución Nacional no puede ser efectuada con criterios puramente gramaticales. Es menester, como quedó visto, integrar a la exégesis los principios antes aludidos.

En abono de estas conclusiones debemos mencionar que la inclusión del Estado Paraguayo al Sistema Interamericano de DD.HH. y al Sistema Universal de Protección a los DD.HH. (NN.UU.) implica un reconocimiento, incondicional, de la imprescriptibilidad de los derechos humanos, sin permitirse discriminaciones con respecto al área en el cual defiende su respeto o se exigen las reparaciones por la violación de los mismos.

También debemos referir que, en el plano internacional, un reciente fallo de la Corte Suprema de Chile, declaró imprescriptibles los derechos humanos en el área civil. El caso fue: “Ortega Fuentes, María Isabel contra Fisco de Chile”. En esta sentencia se exponen argumentos de envergadura que consideramos convenientes recogerlos en apoyo de la posición que venimos sosteniendo. Así, entre otros pasajes se lee: “la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 63, establece uno de los principios fundamentales del derecho internacional contemporáneo sobre responsabilidad de los Estados. Cuando ha existido una violación a los derechos humanos surge para el Estado infractor la obligación de reparar con el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. En este sentido, ha manifestado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es un principio de derecho internacional, que la jurisprudencia ha considerado incluso una concepción general del derecho, que toda violación a una obligación internacional que haya producido un daño importa el deber de repararlo adecuadamente.” “Estado no puede ampararse en su legislación interna para negar la reparación de las violaciones de los DD.HH.”

Hacemos nuestros estos argumentos y, siguiendo la orientación del fallo referido, ponemos de resalto que es dable disociar la responsabilidad del Estado, en lo atiente a la protección de los derechos humanos, del derecho de las víctimas de obtener una reparación por el incumplimiento de esta obligación. Ambos conceptos son, claramente, indisolubles.

En suma, cerrando este análisis, tenemos las siguientes conclusiones: (1) el caso planteado, sin juzgar la procedencia o no del reclamo, se trata de una denuncia de violaciones de derechos humanos en la que se sostiene la reparación pecuniaria pretendida por el actor; (2) los derechos humanos son imprescriptibles; (3) quedó visto que la responsabilidad del Estado, en cuanto a la protección y promoción de los DD.HH., no está disociada de la obligación de reparar sus violaciones; y (4) El Estado no puede invocar sus legislación interna para eximirse de la responsabilidad por las violaciones de los DD.HH. por pertenecer, éstos, a la categoría de derechos *ius congens*, inherentes e inmanentes a la persona.

Con estas micro conclusiones, podemos afirmar, en definitiva, que los artículos 633 y 663 del C.C. son inaplicables al *cas d´espece*, solución que importa la necesidad de revocar la resolución en revisión en cuanto a la prescripción de la acción.

Así resuelta la primera cuestión, pasemos al análisis de la justicia de la admisión de la excepción de falta de acción.

Con respecto a este punto, es necesario analizar si el Estado esta o no legitimado pasivamente, en forma *directa*, para responder a la pretensión postulada por el demandante.

Sobre el particular, el A-quo atribuyó, a la luz del artículo 106 de la Constitución Nacional, una responsabilidad subsidiaria al Estado, sosteniendo, al mismo tiempo, que la responsabilidad directa por los actos irregulares, recae sobre el agente estatal autor del ilícito. Siendo así, concluyó el Juez, el actor debió integrar la *litis* con los funcionarios responsables del ilícito para activar, en caso de insolvencia de estos, la responsabilidad directa del Estado.

Estas conclusiones lejos están de ser antojadizas, al contrario, las mismas han sido suficientemente abonadas por la doctrina y jurisprudencia y, lo que es más, surge nítido del artículo 106 de la Constitución Nacional. Así, no caben dudas de que nos adscribimos a estas opiniones.

Sin embargo, como quedó visto, el caso analizado tiene matices que deben ser tenidos en cuenta para resolver esta cuestión. Detengámonos en esto.

Conforme al análisis anterior, surge claro que los hechos expuestos por el actor campean en el ámbito de los derechos humanos. Por ello, es menester analizar el caso desde la perspectiva de la responsabilidad del Estado por las violaciones a los derechos humanos.

En este sentido, al decirlo con el Prof. Claudio Nash¹², podemos afirmar que los Estados, en el ámbito Internacional, no sólo se obligan a respetar los derechos humanos, sino que, además, asumen la obligación de garantizarlos, lo que supone una exigencia más amplia que importa organizar toda la función estatal para asegurar, de manera efectiva, el pleno goce de los derechos. En este sentido, las violaciones a los derechos humanos no sólo se configuran con la acción del Estado o sus agentes, sino que, también, con la omisión.

Pues bien, en el caso que nos ocupa, los hechos invocados por el actor, que, reiteramos, deberán ser dilucidados en la etapa procesal pertinente, pueden

12. Doctor en Derecho por la Universidad de Chile, Director del Programa “Estado de Derecho y Derechos Humanos” del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Académico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

abordarse desde dos aristas. La primera de ellas desde el punto de vista de la acción directa de los funcionarios que participaron activamente en el ilícito denunciado, que es la optada por el Juez; y la segunda, desde la perspectiva de la inactividad del Estado ante estos hechos y su decisión de no diseñar *e implementar* las políticas públicas que eviten las violaciones a los DD.HH.

Es decir, ahondando en la cuestión, en el supuesto de que los hechos alegados por el actor sean probados, tendremos por un lado la comisión de ilícitos cometidos por funcionarios lo que, sin dudas, no podrían más que encuadrarse en el concepto de actos irregulares en el ejercicio de sus funciones. Situación en la que se activaría el mecanismo previsto en el artículo 106 de nuestra Carta Magna. Pero, al mismo tiempo, sin que ambas interpretaciones se excluyan, tendremos, por el otro lado, una clara omisión o acción deficiente del Estado para garantizar el goce de las libertades jurídicas del hombre.

La omisión o acción ineficiente del Estado, en este sentido, no equivale a la otrora política del gobierno para estructurar un mecanismo de represión a los detractores del sistema. Debemos disgregar estos conceptos para comprender el punto. En la conocida operación CONDOR, por traer un ejemplo, cuanto se advierte es una política positiva, una acción directa de altos mandos del gobierno para perseguir y reprimir a quienes defendían una ideología distinta a la del gobierno autoritario, incluso a nivel transfronterizo.

La mecánica de las omisiones, a las cual nos referimos, es distinta. Se trata, en este caso, de la toma de decisiones administrativas regulares –generalmente dentro del ámbito de los actos discrecionales–, pero desacertadas en función a la tutela de los DD.HH.

Como lo sostiene el Prof. Nash, la exigencia del Estado va más allá del respeto de los derechos básicos, importa, además, la toma de decisiones y la implementación de mecanismos tendientes al aseguramiento y afianzamiento, de manera efectiva, del pleno goce de los derechos fundamentales.

Con esta orientación, cuando subyace del caso que se nos plantea es que en el anverso del mismo encontramos denuncias de actos ilícitos cometidos por funcionarios públicos –que afectan DD.HH.–; sin embargo, en el reverso, también se denuncia una clara deficiencia del Estado en cuanto a su política de protección y prevención de este tipo de violaciones. Estas dos perspectivas deben ser integradas en nuestra casuística para resolver el planteo con justicia.

Entonces, hasta aquí tenemos que la falta de políticas públicas adecuadas y eficientes para el respeto de las libertades individuales, consustanciales a la

propia dignidad del hombre, son actos regulares del Gobierno. También apuntamos que el caso que se nos plantea lleva ínsito en los hechos la denuncia del incumplimiento, por parte del Estado, de su obligación de *garantizar* el pleno ejercicio de los derechos básicos.

En estas condiciones, el artículo 106 de la Constitución Nacional, pierde su condición de vaya insuperable para la exigibilidad directa al Estado Paraguayo de la reparación pretendida por el actor, puesto que nos encontramos, además de las actuaciones irregulares de los funcionarios, ante un acto administrativo regular con incidencia en los derechos humanos. Más aún, teniendo presente que, en materia de DD.HH., el criterio que va ganando terreno refiere que el Estado no puede ampararse en su legislación interna para excusarse de su obligación de respetar y garantizar el goce de los mismos, lo que acompasa los nuevos contornos que van adquiriendo los conceptos de soberanía y supranacionalidad.

Por otro lado, no debemos perder de vista que la Corte Interamericana de Derechos Humanos atribuyó al Estado Paraguayo responsabilidad por la violación de los derechos humanos en diversos casos. Quizá, el más emblemático, en relación a nuestra casuística, es el caso: “Agustín Goiburú y otros Vs. Paraguay”. En ocasión del dictado de la sentencia recaída en esta controversia, el juez Antonio Cancado Trindade, entre otras cosas expuso: “...En tanto que el Estado sus instituciones, mecanismos y poderes debieron funcionar como garantía de protección contra el accionar criminal de sus agentes. No obstante, se verificó una instrumentalización del poder estatal como medio y recurso para cometer la violación de los derechos que debieron respetar y garantizar, ejecutada mediante la colaboración inter-estatal señalada. Es decir, el Estado se constituyó en un factor principal de los graves crímenes cometidos, configurándose una clara situación de Terrorismo de Estado”. Prosigue diciendo: “el Cóndor elevó los crímenes contra los derechos humanos al más alto nivel de política de Estado, bajo el control directo de mandatarios y ministros y su existencia, como instrumento oficial de seis naciones, impide que estos regímenes expliquen sus crímenes contra los derechos humanos como actos aislados de funcionarios alterados o agentes corruptos”. “Los crímenes son perpetrados por individuos pero siguiendo políticas estatales, con la impotencia o tolerancia, o conivencia, o indiferencia del cuerpo social que nada hace para impedirlos; explícita o implícitamente, la política de Estado está presente en los crímenes con-

tra la humanidad, inclusive contando con el uso de instituciones, personal y recursos del Estado. No se limitan a una simple acción aislada de individuos alucinados. Son fríamente calculados, planificados y ejecutados”.

De todo lo expuesto, surge claro que los DD.HH. permean el caparazón de la subsidiariedad de la responsabilidad del Estado. No sólo por la eventual responsabilidad internacional del mismo ante las violaciones de los derechos fundamentales –la que no podría excusarse en una norma interna; sino, también, por la eventual política deficiente del Estado en cuanto a la implementación de mecanismos de protección y garantía de goce de los derechos humanos, lo que, como quedó visto, debe ser considerado como un acto regular de administración.

En suma, el saldo de nuestro razonamiento nos lleva a concluir que la excepción de falta de acción articulada por el Estado Paraguayo debe ser rechazada, debiendo, en consecuencia, revocarse el fallo en este sentido.

Es decir, por lo expuesto, entendemos que el fallo alzado debe revocarse en todos sus puntos.

En cuanto a las costas, de conformidad al artículo 203 inc. b) del C.P.C., las mismas deberán ser impuestas a la parte apelada.

Opinión del magistrado, Dr. Eusebio Melgarejo Coronel: Manifiesta que se adhiere al voto que antecede por los mismos fundamentos.

A su turno, en disidencia, el magistrado Gerardo Baez Maiola dijo: Me aparto con la decisión de los Honorables porque, respetuosamente, a mi entender, hallo que la misma no condice con las prescripciones de la ley en lo que corresponde a la reclamación por indemnización de daños y perjuicios derivados de la violación de derechos humanos.

Convengo sí, en que los crímenes de lesa humanidad, cualquiera sea la forma en que se puedan materializar, por constituir atentados a derechos inherentes y esenciales de la persona humana, las acciones derivadas de tales violaciones no son susceptibles de prescripción, tal como establece expresamente la Constitución en su artículo 5°.

Pero, una cosa es la sanción de carácter penal y otra el resarcimiento económico derivado del delito sancionado por la competencia respectiva la cual, por ser de carácter patrimonial queda enmarcada por el ámbito civil y por lo tanto, la acción del derecho pasa a ser de orden privado, factible entonces de perecer por inacción por el solo transcurso del tiempo, lo cual hace que ni aun

munido del más alto espíritu humanitario, puede servir de sustento para contradecir la normativa positiva vigente en la materia. De los perjuicios ocasionados por aquellas violaciones de los derechos humanos, pueden surgir tres fuentes generadoras: daño emergente, lucro cesante y daño moral, todas ellas de orden civil. Y si bien en el caso del daño moral realmente no hay reparación sino compensación en dinero porque no hay otra forma mejor de resarcimiento, no por ello pierde su carácter económico, propio y exclusivo del derecho civil. Debido a ello, la acción civil es de derecho privado con todo lo que a ella atañe (*v. gr.* puede renunciarse expresa o tácitamente) y también, ¿por qué no? fenece por prescripción liberatoria por la simple inacción del titular en tiempo oportuno, *thema decidendum* para esta Alzada.

Resulta por ello totalmente ajustada a derecho la decisión que ha tomado el *A quo* en su sentencia de fs. 161 a 164 vta.) al rechazar la pretensión del actor, fundado en que ha operado la excepción de prescripción (primer apartado de la S.D. N° 899/07).

No ocurre lo mismo con el segundo, por contradecir el texto constitucional (Art. 106), como también lo pretende el representante legal del Estado Paraguayo cuando sostiene que no hay acción directa contra el Estado pues la norma legal de primera jerarquía responsabiliza a todo empleado o funcionario público por trasgresión, delito o falta en el desempeño de su función conjuntamente con el Estado porque, como todo empleador, no puede ser eximido de la responsabilidad derivada de la culpa in eligendo.

Ahora bien, en el caso del Estado, su responsabilidad es subsidiaria según así establece expresamente la citada norma constitucional, lo cual lleva a preguntarse, ¿cuál es el alcance de esa responsabilidad relacionada a acepción de la palabra? Recurriendo al Diccionario de la Lengua Española, en la 21ª Edic. pág. 1.912, Madrid 1992, desde la perspectiva del Derecho, queda definido el significado del vocablo cuando se aplica "...a la acción o responsabilidad que suple o robustece a otra".

De acuerdo a ello entonces, el perjudicado o víctima de ese hecho o acto antijurídico tiene la garantía del propio Estado de que será resarcido indefectiblemente, sólo que, para hacer efectiva la obligación del Estado como deudor solidario y a diferencia del derecho común, esta solidaridad no es ejecutable directamente contra el Estado, quien responde recién cuando la capacidad del funcionario o empleado público sea insuficiente para responder a la condena de indemnización.

Esta distinción legal establece la particularidad jurídica de que previamente se deben excutir (de excusión, Derecho o beneficio de los fiadores para no ser compelidos, por regla general, al pago mientras tenga bienes suficientes el obligado principal o preferente (sic, op. cit. pág. 1.017) los bienes propios del funcionario, lo cual pone de resalto la errada posición que ha tomado el que debió plantear, como cuestión previa, la inclusión de los funcionarios autores representante legal del Estado al oponer excepción de falta de acción cuando lo de la violación de los derechos humanos, dando así cumplimiento a la debida integración del litis consorcio pasivo, tal como dispone el citado art. 106.

De acuerdo entonces a lo expuesto corresponde, confirmar la decisión del A quo cuando declaró operada la prescripción liberatoria por sus mismos argumentos y revocar la parte de la sentencia que hizo lugar a la excepción de falta de acción por los motivos expuestos.

En cuanto al apartado tercero, el rechazo de la demanda es de rigor como consecuencia de la confirmación de la admisibilidad de la excepción de prescripción.

Finalmente en lo que respecta a las costas, por el inc. g) art. 159 CPC, no hay razón legal para eximir a la parte perdedora, siguiendo el principio general de la teoría objetiva o de resultado, que consagra el art. 192 CPC, por lo que corresponde también la confirmatoria del fallo en ese punto. Así también voto.

Por lo tanto, por los argumentos precedentemente expuestos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Cuarta Sala.

RESUELVE: Tener por desistido, a la parte actora, del recurso de nulidad. Revocar, en todas sus partes, el A.I. N° 899 del 25 de junio de 2007, dictado por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Noveno Turno de la Capital, Secretaría N°18, por los argumentos expuestos en el exordio de esta resolución. Imponer las costas a la parte apelada. Anotar, registrar y remitir una copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Eusebio Melgarejo Coronel, Basilio García Ayala, Raúl Gómez Frutos.

Ante mí: Federico Miller Tellechea, Actuario Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 636

PROCESO. Actos procesales.

Uno de los presupuestos para la validez de los actos procesales es que la relación procesal este integrada, y para ello es requisito indispensable la participación de todas las partes que integran el proceso. De los documentos agregados a autos, surge que al producirse el fallecimiento del actor ya no podía integrarse una relación procesal válida; en consecuencia fallecido el actor debe suspenderse la tramitación del juicio hasta tanto se dicte sentencia declaratoria de herederos, siendo nulos todos los actos procesales y resoluciones judiciales dictadas con posterioridad al fallecimiento.

T. de Apel. Civ. y Com. Cuarta Sala.20.08.10. “Salvador Enrique Paredes García c. Loreni Clemente Soccol y otros s. Acción Preparatoria de Juicio Ejecutivo” (A.I. N° 636)

Asunción, 20 de Agosto de 2010.

VISTO: Los recursos de apelación y nulidad de fs. 35, interpuestos por el señor Salvador Rubén Paredes Soria, por sus propios derechos, bajo patrocinio de la abogada Martha Torres, contra el A.I. N° 2.051 de fecha 29 de diciembre de 2009, dictado por la Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Cuarto Turno, que resolvió: “Declarar operada la caducidad de instancia en estos autos caratulados: “Salvador Enrique Paredes García c/ Loreni Clemente Soccol y otros s/ acción preparatoria de juicio ejecutivo” por los motivos expuestos en el considerando de la presente resolución. Imponer las costas a la parte actora. Anotar, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.”, y

CONSIDERANDO:

Nulidad: El recurrente Abog. Salvador Rubén Paredes Soria, en su escrito de fundamentación de recursos de fs. 44/46, expresa: “como VV.EE. puede notar la presentación de la demanda, la acción de juicio ejecutivo, fue iniciada por derecho propio y actuando en causa propia por mi hijo Salvador Enrique Paredes García contra Lorena Clemente Soccol e Inés Teresina Soccol en fecha 27 de marzo de 2009, su última actuación consta en autos, fue en fecha 21 de mayo de 2009 (fs 29, dorso), su fallecimiento ocurrió el 8 de junio de 2009 según

el certificado de defunción que obra en autos (fs31), allí termino toda posibilidad de su actuación en los presentes autos”.

Seguidamente agrega: “En conocimiento de que existía la acción en el Juzgado en lo Civil y Comercial del Cuarto Turno, juntamente con otro abogado de mi Estudio Jurídico, Daniel Ortiz, veníamos controlando el expediente. Cuando nos enteramos que se presentó un abogado en representación de la parte demandada a peticionar la caducidad de la instancia por el tiempo transcurrido, presente en mi calidad de padre del demandante fallecido, ya que él era soltero, un escrito solicitando al Juzgado la suspensión de los plazos, fue en fecha 29 de diciembre, coincidentemente, en esa fecha, 29 de diciembre, con celeridad digna de elogio se informó a través de la Actuaría que efectivamente la última actuación del abogado (falleció) fue el 21 de mayo de 2009 (18 días antes de su fallecimiento ocurrido el 8 de junio de 2009). El Juzgado estudiando el informe de la Actuaría, en la misma fecha, 29 de diciembre, dictó la

RESOLUCIÓN: Autos para resolver (la parte actora no fue notificada). Ese mismo día, 29 de diciembre de 2009, el Juzgado dictó al A.I.N° 2.051, que declara la caducidad con la instancia con costas al demandante. Esta resolución es la que motivó el planteamiento de Apelaciones y Nulidad de la resolución”.

“Es indudable, que el Juzgado recurrido, con esta resolución provocó en la parte actora un agravio de absoluta gravedad, dañando en alto grado sus intereses legítimos, por lo que VV.EE., con la sabiduría, la equidad que les caracteriza resolverán impedir la concreción de tan injusto acto, anulando el A.I.N° 2051 de fecha 29 de diciembre de 2009. Otra situación que preocupa es el hecho de que el documento presentado como base del juicio (pagar) vencía el 31 de marzo de 2009 (fs. 5). De esta forma, dándose curso a lo resuelto por el Juzgado mediante A.I. N° 2051 de fecha 29 de diciembre de 2009, parte actora, por medio de sus legítimos herederos, no podrán entablar nuevo juicio, en base a dicho documento, en Primera Instancia”.

Seguidamente menciona que con el presente escrito acompaña copia auténtica de la S.D.N° 150 de fecha 1 de marzo de 2010 por la cual se declara como heredero del actor al menor Salvador Agustín Paredes Rojas y copia de poder general otorgado por la madre del heredero declarado a favor del mismo: para luego concluir en estos términos: “En base a lo expuesto en este escrito de fundamentación del recurso o expresión de agravios, a VV.EE. respetuosamen-

te, peticiono: Declarar la Nulidad del A.I.N° 2051 de fecha 29 de Diciembre de 2009, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Cuarto Turno de la Capital en consecuencia retrotraer el curso de la acción a la fecha 21 de mayo de 2.009, que es la fecha de la ultima actuación del accionante fallecido. Protesto Costas”.

El representante convencional de la parte demandada, contesta el traslado de la fundamentación del recurrente en el escrito de fs. 47/49, en el que sostiene que el recurrente tenía conocimiento del trámite del presente juicio y que forma negligente recién el 29 de diciembre de 2.009 solicito la suspensión de plazos por fallecimiento del actor, vencimiento en exceso el plazo que tenía para hacerlo. Concluye solicitando al Tribunal, dicte resolución, confirmando, con costas, el auto interlocutorio recurrido.

Ante la posiciones asumidas por las partes litigantes, corresponde a este Tribunal, el análisis del caso en estudio parda determinar si el auto Interlocutorio recurrido que rechazo la caducidad de instancia planteada por la parte demandada, se ajusta o no a derecho.

Comenzamos dicha tarea, remitiendo al Art. 404 del Código Procesal Civil: “ Del recurso de Nulidad. Casos en que procede: El Recurso de Nulidad se da contra la Resolución dictada con violación de las formas o solemnidades que prescriben las leyes”.

Analizadas las constancias de autos vemos que el 23 de diciembre de 2009, el representante convencional de la parte demandada, solicitó se declare la caducidad de instancia, fs. 29. El 29 de diciembre del mismo año, previo informe de la actuario, la Jueza de grado inferior, dictó el A.I. N° 2051 por el cual declaró la caducidad de instancia, fs. 30. En esa misma fecha se presentó el Abog. Salvador Rubén Paredes Soria a solicitar la suspensión de los plazos en la presente demanda debido al fallecimiento del actor, hasta que por resolución judicial sea declarado el legítimo heredero del causante fs. 31/34 y a fs. 43, se halla agregado la S.D. N° 150 de fecha 11 de marzo de 2010 dictado por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del 8° Turno, que declara que, por fallecimiento de Salvador Enrique Paredes García (actor de la presente demanda), le sucede como heredero su hijo Salvador Agustín Paredes Rojas.

A este respecto el art.50 del Código de Forma establece: “Muerte o incapacidad: comprobado el fallecimiento o la incapacidad de quien actuare personalmente en juicio, el juez suspenderá la tramitación de éste hasta que comparez-

can a tomar intervención los herederos o representantes legales, a cuyo efecto el juez los citará en sus domicilios si fueren conocidos, o por edictos, en caso contrario.”

Uno de los presupuestos necesarios para la validez de los actos procesales es que la relación procesal este integrada; y para ello es requisito indispensable la participación de todas las partes que integran el proceso. De los documentos agregados a autos, surge que el fallecimiento del actor se produjo en fecha 8 de junio de 2009, fecha a partir de la cual ya no podría integrarse una relación procesal válida; en consecuencia, fallecido el actor, debe suspenderse al tramitación del juicio hasta tanto se dicte sentencia declaratoria de herederos, la cual fue dictada en fecha 10 de marzo del corriente año, siendo nulos todos los actos procesales y resoluciones judiciales dictadas con posterioridad al fallecimiento.

Conforme las constancias de autos y disposiciones legales citadas, corresponde declarar la nulidad de todas las actuaciones y actos procesales dictados con posterioridad al fallecimiento del actor (8 de junio de 2009) en consecuencia retrotraer el procedimiento a fs.24 de autos.

A fin de que la instancia siga su curso, ordenase la remisión de estos autos al Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del 5° Turno.

Apelación: El recurrente nada dijo respecto a este recurso y dada la forma en que se resuelve el de Nulidad, corresponde declararlo desierto.

En cuanto a las costas, corresponde imponerlas a la parte perdedora, aplicando lo dispuesto por los arts. 192 y 203 del CPC.

Por tanto, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, cuarta sala.

RESUELVE: Hacer lugar al recurso de Nulidad planteado por el Abog. Salvador Rubén Paredes Soria y, en consecuencia, retrotraer el procedimiento a fs.24 de autos, conforme a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. Declarar desierto el recurso de Apelación. Ordenar la remisión de los autos al Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del 5° Turno, para la prosecución de los trámites correspondientes. Imponer las costas a la perdedora. Anotar, Registrar y Remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Eusebio Melgarejo Coronel, Basilio García Ayala, Raúl Gómez Frutos.

Ante mí: Federico Miller Tellechea, Actuario Judicial.

AUTO INTERLOCUTORIO N° 637

Cuestión debatida: Surge, a priori, que el quid de la cuestión radica en definir, primeramente, si la acción ejercida por el actor es puramente civil o si, por el contrario, contiene elementos que la vinculen con una eventual violación de los derechos humanos.

El caso que nos compete en autos trata de una demanda incoada por los herederos forzosos del actor, aparente víctima de la dictadura de los años 1954 a 1989, específicamente del año 1975, contra el Estado Paraguayo, por indemnización de daños y perjuicios, reclamando el resarcimiento de los daños morales y materiales. Dentro del proceso, exclusivamente el objeto del debate recae sobre las excepciones de falta de acción y prescripción opuestas por la demandada como método de defensa en el juicio. A los efectos de resolver la cuestión nos abocaremos a cada una de ellas en orden sucesivo.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad del Estado.

Esta Magistratura considera, tal como lo sostuvo en un fallo anterior de esta misma Sala, que la interpretación del Art. 106 de la Constitución Nacional y el Art. 1845 del Código Civil, debe referirse exclusivamente al pago subsidiario del Estado en caso de insolvencia del funcionario o empleado público. No puede ser de otra manera, ya que prohibir la acción contra el ESTADO (persona de derecho público) o contra los entes autónomos y autárquicos (que pueden ser de derecho público o privado indistintamente) sería negar la vigencia de principios generales del derecho, de aceptación universal, en nombre de una hermenéutica de dudosa aplicación y aceptación, como son los consagrados en los artículos mencionados.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad del Estado. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Interpretación constitucional

Constituye un absurdo pretender interpretar gramaticalmente el texto del Art. 106 de la Constitución Nacional y el Art. 1.845 del Código Civil, en una época de temor, en que los funcionarios y empleados públicos, sin excepción, tenían que obedecer ciegamente las órdenes emanadas del Dictador, sin que exista posibilidad alguna de disentir básicamente, tratándose de cuestiones, supuestas o reales, de tinte político.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derechos humanos.

En materia de DD.HH., el criterio que va ganando terreno refiere que el Estado no puede ampararse en su legislación interna para excusarse de su obligación de respetar y garantizar el goce de los mismos, lo que acompasa los nuevos contornos que van adquiriendo los conceptos de soberanía y supranacionalidad.

PRESCRIPCIÓN. Excepción de prescripción. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derechos humanos.

Una de las características que hace a la propia esencia de los DD.HH. es su imprescriptibilidad. Esto es así, puesto que los derechos inherentes al hombre no están sujetos a plazos por ser connaturales a la propia existencia del individuo y, principalmente, por pertenecer a la categoría de derechos *ius cogens*.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derechos humanos.

La inclusión del Estado Paraguayo al Sistema Interamericano de DD.HH. y al Sistema Universal de Protección a los DD.HH. (NN.UU.) implica un reconocimiento, incondicional, de la imprescriptibilidad de los derechos humanos, sin permitirse discriminaciones con respecto al área en el cual defiende su respeto o se exigen las reparaciones por la violación de los mismos.

EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN. Procedencia de la excepción de falta de acción. DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad del Estado.

La excepción de falta de acción encuentra sustento legal en el art. 224 inc. c) del Cód. Proc. Civ., la cual consiste en la excepción en contra de la legitimación para obrar en el litigio, en este caso, de la parte demandada. Es decir, aquí se ha alegado que el Estado Paraguayo no puede ser demandado directamente por hechos ilícitos cometidos por sus funcionarios, dada la responsabilidad subsidiaria conferida por la Constitución Nacional. Los argumentos de la parte contraria manifiestan que el propio Estado, en virtud de la Ley N° 838/96, admite la responsabilidad directa por los ilícitos cometidos en la época de la dictadura entre los años 1954 y 1989. (Voto de la Mayoría)

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad del Estado.

La responsabilidad que se reclama aquí derivaría de un acto ilícito cometido por agentes del Estado. En tal sentido, la Carta Magna –primera en el orden de prelación establecido en el art. 137 de la misma– establece que el

Estado asume responsabilidad subsidiaria en este tipo de actos. En efecto, el art. 106 de la misma hace referencia a trasgresiones, delitos o faltas cometidas en el ejercicio de sus funciones como presupuesto de la responsabilidad subsidiaria del Estado, mientras que el art. 39 de la Constitución Nacional, genéricamente, consagra el derecho de toda persona a ser indemnizada justa y adecuadamente por los daños o perjuicios de que fuese objeto por parte del Estado. El art. 1845 del Cod. Civ. viene a delinear más aún esta distinción, cuando establece la responsabilidad personal del funcionario por los actos ilícitos. (Voto de la Mayoría)

EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN. Procedencia de la excepción de falta de acción. DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad del Estado.

El Estado se encuentra obligado, dentro de los límites y requisitos de toda responsabilidad civil, solo que en situación de subsidiariedad, lo que genera una defensa a favor del Estado, semejante al beneficio de excusión acordado a ciertos obligados. Siendo así, constituye un medio general de defensa que debe ser opuesto a las pretensiones de quien acciona por el resarcimiento de los daños. Pero en ello nada impide que el damnificado pueda obtener una sentencia de mérito, que declare su derecho a recibir una reparación por parte del Estado, solo significa que su obligación de indemnizar está supeditada a la eficacia de la obtención de satisfacción resarcitoria por el agente o funcionario, de modo tal que la declaración de mérito eventualmente obtenida no podrá ser directamente ejecutada contra el Estado. (Voto en Mayoría por su propio fundamento)

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Interpretación constitucional

La Constitución Nacional en su art. 106 y el art. 1845 del Cód. Civil refieren a los actos ilícitos, la responsabilidad directa de los funcionarios y empleados públicos y la subsidiaria del Estado, en caso de insolvencia de los primeros. La naturaleza de la obligación en la hipótesis prevista en dichas normas, como podemos constatar, nace de la ilicitud de los actos. La ley supone una solución indemnizatoria reclamable en la instancia civil, basada en ilícitos que los dependientes del Estado, en ejercicio de sus funciones, pudieren cometer. (Voto en Mayoría por su propio fundamento)

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad del Estado.

La Ley N° 838/96 –posterior a la norma constitucional– genera una obligación de fuente y naturaleza legal que confiere a las víctimas una indemnización tasada y regulada por dicha ley, cuyas exigencias de procedencia y proceso de substanciación –de carácter administrativo– consiste en recurrir a la Defensoría del Pueblo reclamando el resarcimiento. (Voto en Mayoría por su propio fundamento).

PRESCRIPCIÓN. Excepción de prescripción.

El aludido principio de que las violaciones a los Derechos Humanos son imprescriptibles se aplica solo al ámbito penal, mas no al civil. Y ello por la diferente naturaleza y finalidad que tienen ambos derechos. Mientras el Derecho Penal persigue una sanción o castigo a la conducta ilícita, el Derecho Civil tiene por objeto la reparación de un daño, su naturaleza es eminentemente patrimonial, y como toda cuestión patrimonial, es disponible, es decir, es susceptible de ser renunciada. (Voto en disidencia de la Dra. Mercedes Buonghermini en minoría)

PRESCRIPCIÓN. Excepción de prescripción. DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad del Estado.

La inacción para pedir la reparación civil, dejando transcurrir el tiempo de la prescripción es solo uno de los modos de disponer de un derecho a la indemnización. Y en este sentido la voluntad de la parte opera libremente. No es lo mismo la punición del Derecho Penal, la cual no es disponible, no depende de la acción de las partes, sino que es oficiosa y no puede ser renunciada, ni siquiera tácitamente por el transcurso del tiempo sin acción. Es por ello que se entiende que es absolutamente imprescriptible. Como aquí estamos frente a una pretensión del Derecho Civil y no del Penal, se entiende que la imprescriptibilidad alegada no se aplica. (Voto en disidencia de la Dra. Mercedes Buonghermini en minoría)

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad del Estado. Responsabilidad contractual.

Como la fuente obligacional propuesta es extracontractual, vale decir, nacida de un ilícito civil, la ocurrencia del hecho supuestamente dañoso marca el nacimiento de la acción y el devengar del plazo. Aquí el ilícito alegado es una desaparición forzosa por lo que el cómputo corre a partir de la presunción de fallecimiento declarada judicialmente, la cual data del 14 de diciembre de 1989.

Así las cosas, claramente surge que los dos años para accionar han efectivamente transcurrido. (Voto en disidencia de la Dra. Mercedes Buongermini en minoría)

T. de Apel. Civ. y Com. Cuarta Sala. 20.08.10. “Carlos Américo Villagra Decoud y otros c. Estado Paraguayo s. Indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual/Indemnización de daño” (A.I.Nº 637).

Asunción, 20 de Agosto de 2010.

VISTO: El recurso de apelación interpuesto a fs. 253 por el abogado Román Antonio Bonzi, representante convencional del actor, Carlos Américo Villagra Decoud, contra el A.I. Nº: 2179 del 10 de diciembre de 2008, dictado por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Noveno Turno de la Capital, que resolvió: “...1) Hacer lugar, a la excepción de falta acción manifiesta opuesta como de previo y especial pronunciamiento por la procuraduría general de la república en representación del Estado Paraguayo en relación a la demanda por indemnización de daños que dedujeran los Sres. Carlos Américo Villagra Decoud y María De Las Mercedes Villagra Decoud; 2) Hacer lugar, a la excepción de prescripción opuesta como de previo y especial pronunciamiento por la procuraduría general de la república en representación del estado paraguayo, y en consecuencia, declarar prescripta la acción de reclamar daños y perjuicios de los actores, de conformidad a los términos del escrito que antecede; 3) Imponer las costas por su orden, conforme al art. 193 del CPC.; 4) Anotar, registrar y remitir copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia”, y;

CONSIDERANDO:

Recurso de nulidad: El impugnante no interpuso este recurso, sin embargo el Juez de grado inferior lo concedió. En este orden, el Art. 405 considera implícito este recurso en el de apelación, pudiendo este Tribunal estudiarla de oficio, no advirtiendo vicios en la resolución que lo invalide como acto jurisdiccional y que ameriten la declaración de nulidad, de conformidad a los artículos 420, concordante con el 113, y 404 del Código Procesal Civil. Por tanto, este recurso debe declararse desierto.

Opinión de la Dra. Ma. Mercedes Buongermini P.: De la nulidad: Los recurrentes no han fundamentado el recurso de nulidad por ellos 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 declararse desierto.

Recurso de Apelación: Los apelantes, Sres. Carlos A. Villagra Decoud y María de las Mercedes Villagra Decoud, por derecho propio y bajo patrocinio de Abogado, se alzan contra el Auto Interlocutorio en revisión en los términos del escrito de fs. 259/262 fundamentando este recurso. Los agravios se pueden resumir en: (1) Que, la Procuraduría General de la Republica, en todos los casos de pedido de indemnización ha evacuado positivamente la vista corrida por la Defensoria del Pueblo, en cumplimiento del Art. 3° de la Ley 838/96, sin objeción alguna. (2) Que, el señor Procurador se ha limitado a admitir lisa y llanamente, la procedencia de la reclamación al Estado directamente, sin exigir que previamente se dirigiera la reclamación contra los responsables directos como lo hace ahora con el planteo de la excepción de falta de acción. (3) El Juez a-quo, en el examen formulado para hacer lugar a la excepción de falta de acción no ha tenido en cuenta, la nutrida jurisprudencia sobre la materia, especialmente la sentada con motivo de la discusión del proyecto de la ley 838/96, que ha culminado, consagrando la responsabilidad primaria o compartida del Estado por los actos ilícitos de sus agentes, o el reciente Acuerdo y Sentencia N° 870 de fecha 6 de septiembre de 2006 emanada de la Excma. Corte Suprema de Justicia. (4) El Juzgado inferior ha acogido sin remilgos la excepción de prescripción de la acción deducida por el representante del Estado, ignorando una vez mas el compromiso ineludible de someterse a sus compromisos derivados de tratados internacionales, en este caso puntual La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Persona, ratificada por el Estado Paraguayo el 26 de noviembre de 1996. (5) El Estado está obligado a garantizar el respeto de los derechos humanos, obligación incumplida en este caso y no advertida por el *A-quo* para resolver el caso como lo hizo. Los apelantes finalizan su presentación solicitando la revocación del fallo, en todos sus puntos.

El Procurador Adjunto de la Procuraduría General de la República, abogado Juan Vicente Talavera Insfran, por el Estado Paraguayo, se presenta a fs. 264/266, para contestar los agravios esgrimidos por los apelantes. En defensa del rechazo del recurso que nos ocupa, básicamente, pusieron de resalto los argumentos contenidos en el fallo alzado por lo que omitimos su referencia en este párrafo.

Con el resumen de lo actuado ante este Tribunal y efectuados los controles de veracidad, logicidad y normatividad pasamos al estudio de las cuestiones planteadas.

Iniciemos el estudio con el análisis de la excepción de falta de acción manifiesta articulada por el Estado Paraguayo y acogida por el *A-quo*.

Con respecto a este punto, es necesario analizar si el Estado esta o no legitimado pasivamente, en forma directa, para responder a la pretensión postulada por el demandante.

Sobre el particular, el *A-quo* atribuyó, a la luz del artículo 106 de la Constitución Nacional, una responsabilidad subsidiaria al Estado, sosteniendo, al mismo tiempo, que la responsabilidad directa por los actos irregulares, recae sobre el agente estatal autor del ilícito. Siendo así, concluyó el Juez, el actor debió integrar la *litis* con los funcionarios responsables del ilícito para activar, en caso de insolvencia de estos, la responsabilidad directa del Estado.

Esta Magistratura considera, tal como lo sostuvo en un fallo anterior de esta misma Sala, que la interpretación del Art. 106 de la Constitución Nacional y el Art. 1845 del Código Civil, debe referirse exclusivamente al pago subsidiario del estado en caso de insolvencia del funcionario o empleado público. No puede ser de otra manera, ya que prohibir la acción contra el ESTADO (persona de derecho público) o contra los entes autónomos y autárquicos (que pueden ser de derecho publico o privado indistintamente) sería negar la vigencia de principios generales del derecho, de aceptación universal, en nombre de una hermenéutica de dudosa aplicación y aceptación, como son los consagrados en los artículos mencionados.

Los artículos de referencia hablan de la subsidiariedad del Estado, sin especificar si la misma se refiere a la acción o al pago, por lo que entendemos que siendo persona jurídica, y por tanto con personería jurídica plena, no tiene motivo o excusa para ser sujeto de derecho carente de legitimación pasiva. Lo contrario sería un contrasentido, tal como lo consagra la Doctrina Internacional.

Además, constituye un absurdo pretender interpretar gramaticalmente el texto del Art. 106 de la Constitución Nacional y el Art. 1845 del Código Civil, en una época de temor, en que los funcionarios y empleados públicos, sin excepción, tenían que obedecer ciegamente las ordenes emanadas del Dictador, sin que exista posibilidad alguna de disentir básicamente, tratándose de cuestiones, supuestas o reales, de tinte político. No hace falta mas detalles sobre esta cuestión, solo formularse la interrogante sobre si los argumentos expuestos por el Procurador General de la Republica, representante del Estado Paragua-

yo, y carecen o no de seriedad o credibilidad, por lo expuesto precedentemente, cada quien, en conciencia obtendrá su propia conclusión.

Conforme al análisis anterior, surge claro que los hechos expuestos por el actor campean en el ámbito de los derechos humanos. Por ello, es menester analizar el caso desde la perspectiva de la responsabilidad del Estado por las violaciones a los derechos humanos.

En este sentido, al decirlo con el Prof. Claudio Nash¹³, podemos afirmar que los Estados, en el ámbito Internacional, no sólo se obligan a respetar los derechos humanos, sino que, además, asumen la obligación de garantizarlos, lo que supone una exigencia más amplia que importa organizar toda la función estatal para asegurar, de manera efectiva, el pleno goce de los derechos. En este sentido, las violaciones a los derechos humanos no sólo se configuran con la acción del Estado o sus agentes, sino que, también, con la omisión.

La omisión o acción ineficiente del Estado, en este sentido, no equivale a la otrora política del gobierno para estructurar un mecanismo de represión a los detractores del sistema. Debemos disgregar estos conceptos para comprender el punto. En la conocida Operación Cóndor, por traer un ejemplo, cuanto se advierte que es una política positiva, una acción directa de altos mandos del gobierno para perseguir y reprimir a quienes defendían una ideología distinta a la del gobierno autoritario, incluso a nivel transfronterizo.

La mecánica de las omisiones, a las cual nos referimos, es distinta. Se trata, en este caso, de la toma de decisiones administrativas regulares –generalmente dentro del ámbito de los actos discrecionales–, pero desacertadas en función a la tutela de los DD.HH.

Como lo sostiene el Prof. Nash, la exigencia del Estado va más allá del respeto de los derechos básicos, importa, además, la toma de decisiones y la implementación de mecanismos tendientes al aseguramiento y afianzamiento, de manera efectiva, del pleno goce de los derechos fundamentales.

Con esta orientación, cuanto subyace del caso que se nos plantea es que en el anverso del mismo encontramos denuncias de actos ilícitos cometidos por

13. Doctor en Derecho por la Universidad de Chile, Director del Programa “Estado de Derecho y Derechos Humanos” del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Académico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

funcionarios públicos –que afectan DD.HH.–; sin embargo, en el reverso, también se denuncia una clara deficiencia del Estado en cuanto a su política de protección y prevención de este tipo de violaciones. Estas dos perspectivas deben ser integradas en nuestra casuística para resolver el planteo con justicia.

Entonces, hasta aquí tenemos que la falta de políticas públicas adecuadas y eficientes para el respeto de las libertades individuales, consustanciales a la propia dignidad del hombre, son actos regulares del Gobierno. También apuntamos que el caso que se nos plantea lleva ínsito en los hechos la denuncia del incumplimiento, por parte del Estado, de su obligación de garantizar el pleno ejercicio de los derechos básicos.

En estas condiciones, en materia de DD.HH., el criterio que va ganando terreno refiere que el Estado no puede ampararse en su legislación interna para excusarse de su obligación de respetar y garantizar el goce de los mismos, lo que acompasa los nuevos contornos que van adquiriendo los conceptos de soberanía y supranacionalidad.

Por otro lado, no debemos perder de vista que la Corte Interamericana de Derechos Humanos atribuyó al Estado Paraguayo responsabilidad por la violación de los derechos humanos en diversos casos. Quizá, el más emblemático, en relación a nuestra casuística, es el caso: “Agustín Goiburú y otros Vs. Paraguay”. En ocasión del dictado de la sentencia recaída en esta controversia, el juez Antonio Cancado Trindade, entre otras cosas expuso: “...En tanto que el Estado sus instituciones, mecanismos y poderes debieron funcionar como garantía de protección contra el accionar criminal de sus agentes. No obstante, se verificó una instrumentalización del poder estatal como medio y recurso para cometer la violación de los derechos que debieron respetar y garantizar, ejecutada mediante la colaboración inter-estatal señalada. Es decir, el Estado se constituyó en un factor principal de los graves crímenes cometidos, configurándose una clara situación de Terrorismo de Estado.” Prosigue diciendo: “el Cóndor elevó los crímenes contra los derechos humanos al mas alto nivel de política de Estado, bajo el control directo de mandatarios y ministros y su existencia, como instrumento oficial de seis naciones, impide que estos regímenes expliquen sus crímenes contra los derechos humanos como actos aislados de funcionarios alterados o agentes corruptos”. “Los crímenes son perpetrados por individuos pero siguiendo políticas estatales, con la impotencia o tolerancia, o connivencia, o indiferencia del cuerpo social que nada hace para impedirlos; explí-

cita o implícitamente, la política de Estado está presente en los crímenes contra la humanidad, inclusive contando con el uso de instituciones, personal y recursos del Estado. No se limitan a una simple acción aislada de individuos alucinados. Son fríamente calculados, planificados y ejecutados.”

De todo lo expuesto, surge claro que los DD.HH. permean el caparazón de la subsidiariedad de la responsabilidad del Estado. No sólo por la eventual responsabilidad internacional del mismo ante las violaciones de los derechos fundamentales –la que no podría excusarse en una norma interna–; sino, también, por la eventual política deficiente del Estado en cuanto a la implementación de mecanismos de protección y garantía de goce de los derechos humanos, lo que, como quedó visto, debe ser considerado como un acto regular de administración.

En suma, el saldo de nuestro razonamiento nos lleva a concluir que la excepción de falta de acción articulada por el Estado Paraguayo debe ser rechazada, debiendo, en consecuencia, revocarse el fallo en este sentido.

En cuanto a la excepción de prescripción, el A-quo declaró en lo sustancial, que la naturaleza del presente juicio es, puramente, de orden civil. Siendo así, al tiempo en que se dictó¹⁴ la sentencia de sobreseimiento del actor, el mismo tenía expedita la acción para ejercer el reclamo indemnizatorio, sin embargo, este derecho fue ejercido luego de 18 años, cuando el plazo de prescripción ya había transcurrido con creces.

Con esta introducción como primera premisa surge, a priori, que el quid de la cuestión radica en definir, primeramente, si la acción ejercida por el actor es puramente civil o si, por el contrario, contiene elementos que la vinculen con una eventual violación de los derechos humanos.

Para analizar este punto, consideramos conveniente partir de una aproximación al concepto de los de derechos humanos. Para este menester, recurrimos a Pedro Nikken¹⁵ quien nos dice: “La noción de derechos humanos se corresponde con la afirmación de la dignidad de la persona frente al Estado. El

14. S.D. N°: 585 del 14 de diciembre de 1989.

15. Ex Presidente del Consejo Directivo del IIDH y Ex Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Actual Consejero Permanente de la Asamblea General del IIDH.

poder público debe ejercerse al servicio del ser humano: no puede ser empleado lícitamente para ofender atributos inherentes a la persona y debe ser vehículo para que ella pueda vivir en sociedad en condiciones cónsonas con la misma dignidad que le es consustancial. La sociedad contemporánea reconoce que todo ser humano, por el hecho de serlo, tiene derechos frente al Estado, derechos que este, o bien tiene el deber de respetar y garantizar o bien está llamado a organizar su acción a fin de satisfacer su plena realización. Estos derechos, atributos de toda persona e inherentes a su dignidad, que el Estado está en el deber de respetar, garantizar o satisfacer son los que hoy conocemos como derechos humanos”¹⁶ (sic).

También debemos referir, más allá de los conceptos, que en la Convención Americana de los Derechos Humanos se enumeran, entre los deberes de los Estados, inter alia: Artículo 1.1. “Los Estados Partes de esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ellas y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Artículo 7.1. “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal”. Artículo 7.3. “Nadie puede ser sometido a detenciones o encarcelamientos arbitrarios”. Artículo 7.5. “Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio”. Artículo 16.1. “Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquier otra índole”.

Dicho todo esto y retornando a nuestra casuística, tenemos que el actor expone como hechos generadores de la responsabilidad del Estado: la privación ilegítima y arbitraria de su libertad corporal, el sometimiento a torturas y vejámenes durante el tiempo de reclusión, la excesiva duración del proceso penal,

16. Publicado en: Estudios Básicos de Derechos Humanos, IIDH, San José, 1994.

la persecución política por sus ideologías, su secuestro y desaparición en el marco del operativo cóndor, etc. Hechos acaecidos, según el actor, durante el gobierno dictatorial.

De este *dossier* fáctico, sin prejuzgar sobre la cuestión de fondo, tenemos que, tal como está planteado el caso, se nos señalan eventuales violaciones a los derechos humanos, afirmaciones que, lógicamente, deberán ser dilucidadas en el estadio procesal oportuno.

A esta conclusión arribamos transitando por la consideración de que los derechos afectados, sin dudas, pueden ser calificados como fundamentales por la definición conceptual y las previsiones legales antes referidas. A lo que le debemos incorporar la ponderación de que la violación de los mismos se le atribuye al Estado.

En estas condiciones, estamos prestos para afirmar que los hechos que el actor invoca, como sustento de su pretensión, no se tratan de simples actos ilícitos de funcionarios estatales, sino de aparentes violaciones a los derechos humanos.

Con esta conclusión, nos apartamos del criterio del *A-quo*, quien considera que nos encontramos ante una acción indemnizatoria en materia civil sin incidencia o afectación de los derechos humanos.

Así las cosas, resta referir que los criterios rectores en materia de DD.HH. nos impetra a realizar el análisis jurídico del caso desde otra perspectiva.

Abocados a esta tarea, advertimos, que una de las características que hace a la propia esencia de los DD.HH. es su imprescriptibilidad. Esto es así, puesto que los derechos inherentes al hombre no están sujetos a plazos por ser connaturales a la propia existencia del individuo y, principalmente, por pertenecer a la categoría de derechos *ius cogens*¹⁷. No consideramos necesario formular mayores referencias con respecto a este punto en atención a que se trata de un concepto aceptado, básicamente, sin resistencia, amén de que pertenece al núcleo duro de los derechos humanos.

17. Definido por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados como “Normas aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, como norma que no admite acuerdo en contrario”. Fuente: Wikipedia.

Entonces, si los derechos humanos son imprescriptibles, debemos preguntarnos si esta nota conceptual se extiende a las reparaciones por violaciones de los mismos.

Es decir, debemos discernir si la imprescriptibilidad gravita, también, en el ámbito civil de las indemnizaciones.

Para resolver este punto, creemos conveniente traer a colación otra nota característica de los derechos humanos, cual es: el de la progresividad.

Esta progresividad breva de la inherencia de los DD.HH. a la persona, y refiere que todos los derechos son enunciativos y que la enumeración de los mismos no implica negación de otros cuando ellos sean inherentes a la dignidad humana.

Así, debemos preguntarnos si las reparaciones pretendidas por el actor son inherentes a la dignidad humana. Al respecto, no caben dudas de que la obligación del Estado de reparar las violaciones de los DD.HH. es inmanente a la dignidad humana. Una conclusión contraria nos llevaría a interpretar restrictivamente la tutela de este tipo de libertades jurídicas, entendiendo que la obligación del Estado termina con el diseño e implementación de políticas públicas de protección y garantía de goce de los derechos básicos y con la sanción penal de los responsable de las violaciones de estos derechos, dejando fuera del ámbito de protección la reparación de los daños generados por la afectación de estos derechos.

Sin dudas, no existen razones atendibles para limitar la interpretación de los DD.HH. contrariamente a los principios de progresividad y *pro homine*.

En estas condiciones, la interpretación del artículo 5 de nuestra Constitución Nacional no puede ser efectuada con criterios puramente gramaticales. Es menester, como quedó visto, integrar a la exégesis los principios antes aludidos.

En abono de estas conclusiones debemos mencionar que la inclusión del Estado Paraguayo al Sistema Interamericano de DD.HH. y al Sistema Universal de Protección a los DD.HH. (NN.UU.) implica un reconocimiento, incondicional, de la imprescriptibilidad de los derechos humanos, sin permitirse discriminaciones con respecto al área en el cual defiende su respeto o se exigen las reparaciones por la violación de los mismos.

También debemos referir que, en el plano internacional, un reciente fallo de la Corte Suprema de Chile, declaró imprescriptibles los derechos humanos

en el área civil. El caso fue: “Ortega Fuentes, María Isabel contra Fisco de Chile”. En esta sentencia se exponen argumentos de envergadura que consideramos convenientes recogerlos en apoyo de la posición que venimos sosteniendo. Así, entre otros pasajes se lee: “la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 63, establece uno de los principios fundamentales del derecho internacional contemporáneo sobre responsabilidad de los Estados. Cuando ha existido una violación a los derechos humanos surge para el Estado infractor la obligación de reparar con el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. En este sentido, ha manifestado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es un principio de derecho internacional, que la jurisprudencia ha considerado incluso una concepción general del derecho, que toda violación a una obligación internacional que haya producido un daño importa el deber de repararlo adecuadamente.” “El Estado no puede ampararse en su legislación interna para negar la reparación de las violaciones de los DD.HH.”.

Hacemos nuestros estos argumentos y, siguiendo la orientación del fallo referido, ponemos de resalto que no es dable dissociar la responsabilidad del Estado, en lo atiente a la protección de los derechos humanos, del derecho de las víctimas de obtener una reparación por el incumplimiento de esta obligación. Ambos conceptos son, claramente, indisolubles.

En suma, cerrando este análisis, tenemos las siguientes conclusiones: (1) el caso planteado, sin juzgar la procedencia o no del reclamo, se trata de una denuncia de violaciones de derechos humanos en la que se sostiene la reparación pecuniaria pretendida por el actor; (2) los derechos humanos son imprescriptibles; (3) quedó visto que la responsabilidad del Estado, en cuanto a la protección y promoción de los DD.HH., no está dissociada de la obligación de reparar sus violaciones; y (4) El Estado no puede invocar sus legislación interna para eximirse de la responsabilidad por las violaciones de los DD.HH. por pertenecer, éstos, a la categoría de derechos *ius congens*, inherentes e inmanentes a la persona.

Podemos afirmar, en definitiva, que los artículos 633 y 663 del C.C. son inaplicables al *cas d´espece*, solución que importa la necesidad de revocar la resolución en revisión en cuanto a la prescripción de la acción.

Es decir, por lo expuesto, entendemos que el fallo alzado debe revocarse en todos sus puntos.

En cuanto a las costas, de conformidad al artículo 203 inc. b) del C.P.C., las mismas deberán ser impuestas a la parte apelada.

A su turno el magistrado, Raúl Gómez Frutos, manifiesta que se adhiere al voto que antecede por los mismos fundamentos.

Opinion de la magistrada, Dra. María Mercedes Boungermini Palumbo: De la apelación: El caso que nos compete en autos trata de una demanda incoada por los herederos forzosos del Sr. Américo Villagra, aparente víctima de la dictadura de los años 1954 a 1989, específicamente del año 1975, contra el Estado Paraguayo, por indemnización de daños y perjuicios, reclamando el resarcimiento de los daños morales y materiales. Dentro del proceso, exclusivamente el objeto del debate recae sobre las excepciones de falta de acción y prescripción opuestas por la demandada como método de defensa en el juicio. A los efectos de resolver la cuestión nos abocaremos a cada una de ellas en orden sucesivo.

Esencialmente el fundamento de la demandada para oponer la excepción de falta de acción se resume en que la accionante no demandó específicamente a los funcionarios públicos o dependientes del Estado Paraguayo, sino responsabilizó directamente a éste por los hechos ilícitos cuya indemnización reclama. Alegando la contravención con los artículos 106 y 1845 de la Constitución Nacional y Código Civil respectivamente, los cuales atribuyen al Estado la responsabilidad únicamente en forma subsidiaria en caso de insolvencia de los funcionarios que hayan cometido ilícitos en el ejercicio de sus funciones. Por el otro lado, la parte actora refuta el argumento utilizado por la demandada manifestando básicamente que la responsabilidad del Estado en este tipo de hechos es categórica. Señala como argumento la resolución DP N° 287/05 de la Defensoría del Pueblo, en la que el Defensor admite la responsabilidad del Estado por los hechos cometidos en contra del Sr. Américo Villagra, de conformidad con la Ley N° 838/96. Entre los argumentos vertidos en la expresión de agravios también la apelante alude a la citada ley, interpretando que en la misma el Estado Paraguayo se responsabiliza directamente por los ilícitos cometidos en la época de la dictadura, excluyendo en este caso la responsabilidad subsidiaria mencionada en la Carta Magna y el Código Civil. La controversia entonces, primordialmente, se centra en la interpretación que define por un lado los alcances de los artículos 106 y 1845 de la Constitución Nacional y el Código Civil respectivamente, y por el otro el de la Ley N° 838/96.

En primer lugar cabe hacer alusión a la excepción de falta de acción en sí como método procesal de defensa en un litigio. La excepción de falta de acción

encuentra sustento legal en el art. 224 inc. c) del Cód. Proc. Civ., la cual consiste en la excepción en contra de la legitimación para obrar en el litigio, en este caso, de la parte demandada. Es decir, aquí se ha alegado que el Estado Paraguayo no puede ser demandado directamente por hechos ilícitos cometidos por sus funcionarios, dada la responsabilidad subsidiaria conferida por la Constitución Nacional. Los argumentos de la parte contraria manifiestan que el propio Estado, en virtud de la Ley N° 838/96, admite la responsabilidad directa por los ilícitos cometidos en la época de la dictadura entre los años 1954 y 1989.

La responsabilidad que se reclama aquí derivaría de un acto ilícito cometido por agentes del Estado. En tal sentido, la Carta Magna –primera en el orden de prelación establecido en el art. 137 de la misma– establece que el Estado asume responsabilidad subsidiaria en este tipo de actos. En efecto, el art. 106 de la misma hace referencia a trasgresiones, delitos o faltas cometidas en el ejercicio de sus funciones como presupuesto de la responsabilidad subsidiaria del Estado, mientras que el art. 39 de la Constitución Nacional, genéricamente, consagra el derecho de toda persona a ser indemnizada justa y adecuadamente por los daños o perjuicios de que fuese objeto por parte del Estado. El art. 1845 del Cod. Civ. viene a delinear más aún esta distinción, cuando establece la responsabilidad personal del funcionario por los actos ilícitos.

En consecuencia, interpretando sistemáticamente la normativa nacional, es claro que la responsabilidad subsidiaria del Estado se da en caso de actos ilícitos de sus agentes.

La subsidiariedad de la responsabilidad estatal, que nuestros constituyentes consideraron necesario elevar a la categoría de rango constitucional, genera una defensa a favor del Estado, semejante al beneficio de excusión acordado a ciertos obligados. Siendo así, constituye un medio general de defensa que debe ser opuesto a las demandas de quien pretende el resarcimiento de los daños.

No se trata, pues, de que el Estado no responda, solo de que su responsabilidad no puede hacerse efectiva en el patrimonio estatal antes de que se excuse o sea atendida por el patrimonio del agente; solo en caso de que la responsabilidad del funcionario -vgr. por insolvencia- fracase, el Estado debe satisfacer la indemnización. En este punto es conveniente citar la opinión del Dr. De Gásperi, quien en su Anteproyecto de Código Civil dice, comentando el artículo

que sirvió de base a nuestra norma civil: “Nadie sabe en qué puede consistir la responsabilidad indirecta del Estado, a menos de estimar como la de un fiador civil con derecho a negar su responsabilidad sin la previa excusación de los bienes del deudor principal”(…). “Bien se ve que los compiladores de esa Constitución estaba ayunos de la doctrina civil moderna relativa a la responsabilidad de los entes autónomos del Derecho Público, el primero de los cuales es el propio Estado, tal como lo dejamos explicada en nuestra nota al art. 86”, manifestándose en abierta crítica al sistema imperante, el cual fue repetido en el art. 1845 del Cód. Civ. y 106 de la Const. Nac.

Otra cosa muy diferente es la falta de acción. Ésta implica la ausencia de titularidad del derecho, y en su faz pasiva la carencia de un vínculo de derecho respecto del demandado, de tal modo que se predica de éste que no es deudor en lo absoluto. Desde luego que tal temperamento no se encuentra ni en la letra ni en el espíritu del art. 106 de la Constitución Nacional o del art. 1845 del Cód. Civ. El estado se encuentra obligado, dentro de los límites y requisitos de toda responsabilidad civil, solo que en situación de subsidiariedad, lo que genera una defensa a favor del Estado, semejante al beneficio de excusión acordado a ciertos obligados. Siendo así, constituye un medio general de defensa que debe ser opuesto a las pretensiones de quien acciona por el resarcimiento de los daños. Pero en ello nada impide que el damnificado pueda obtener una sentencia de mérito, que declare su derecho a recibir una reparación por parte del Estado, solo significa que su obligación de indemnizar está supeditada a la eficacia de la obtención de satisfacción resarcitoria por el agente o funcionario, de modo tal que la declaración de mérito eventualmente obtenida no podrá ser directamente ejecutada contra el Estado.

Más arriba señalamos que aparentemente existe una controversia normativa, por lo que estudiaremos el alcance de ellas en pos de una acertada conclusión.

Con posterioridad a la Constitución, y al Código Civil, se dicta la Ley N° 838 del año 1996, la que admite la indemnización de las víctimas que entre los años 1954 y 1989 han sufrido violaciones de sus derechos humanos por parte de funcionarios, empleados o agentes del Estado, en tiempos de la dictadura. Dicha norma suscita algunas controversias, que veremos ahora.

El *a-quo* ha entendido que la prelación de la Constitución Nacional es argumento suficiente para que la excepción de falta de acción prospere. Admite

que aunque se de una contradicción entre la ley especial del año 1996 y la Constitución Nacional, prevalece lo dispuesto por ésta, en virtud del art. 137 del mismo cuerpo legal –supremacía de la Constitución sobre las leyes–. Ahora bien, primeramente lo que debemos determinar es si tanto la Constitución y el Código Civil tienen la misma naturaleza y versan sobre el mismo objeto que la citada ley, ya que de lo contrario no estaríamos hablando de una discrepancia normativa.

La Constitución Nacional en su art. 106 y el art. 1845 del Cód. Civil refieren a los actos ilícitos, la responsabilidad directa de los funcionarios y empleados públicos y la subsidiaria del Estado, en caso de insolvencia de los primeros. La naturaleza de la obligación en la hipótesis prevista en dichas normas, como podemos constatar, nace de la ilicitud de los actos. La ley supone una solución indemnizatoria reclamable en la instancia civil, basada en ilícitos que los dependientes del Estado, en ejercicio de sus funciones, pudieren cometer.

Por otro lado, la Ley N° 838/96 –posterior a la norma constitucional– genera una obligación de fuente y naturaleza legal que confiere a las víctimas una indemnización tasada y regulada por dicha ley, cuyas exigencias de procedencia y proceso de substanciación –de carácter administrativo– consiste en recurrir a la Defensoría del Pueblo reclamando el resarcimiento.

Existe, pues, una marcada diferencia respecto de la naturaleza y el objeto de ambas normas, así como de la fuente formal de las obligaciones que de ellas surgen. Por un lado la indemnización prevista en la norma constitucional –y en el Cód. Civil– se origina y respalda en la ilicitud de los actos, lo que incluiría un análisis sobre la antijuridicidad, culpabilidad, relación de causalidad y daño ocasionado. La ley del año 1996, en cambio, evidencia una obligación de origen propiamente legal, cuya fundamentación o motivo puede ciertamente subyacer en la responsabilidad del Estado por los daños ocasionados a las víctimas en tiempos de la dictadura, pero que en puridad nace de dicha ley, y bajo sus términos y requisitos –que son diferentes de la mecánica de resarcimiento por actos ilícitos–. Así pues, no podemos hablar propiamente de una derogación a contrario, sino de dos órdenes normativos que coexisten. Lo contrario supondría que al establecerse la reparación por ley, ésta agotaría todo tipo de pretensión resarcitoria que exceda su marco tasado, lo cual *per se* impediría el ejercicio de acciones de indemnización posteriores.

Además, cabe señalar que la ley especial fue promulgada en el año 1996, es decir, con posterioridad a la Constitución Nacional –año 1992–. Consecuen-

temente, la modificación *a contrario* se daría, si cupiere, por el orden cronológico. Empero, la derogación sería imposible, tomando en cuenta el rango superior que ostenta la Carta Magna frente a la ley. Por lo tanto, lo que se plantearía eventualmente sería un asunto de constitucionalidad de la ley, desavenencia que no puede ser resuelta por un juez de primera instancia ni de revisión, sino solamente por la facultad exclusiva atribuida a la Corte Suprema de Justicia, a través de la vía pertinente.

Todas las circunstancias apuntadas más arriba hacen del Estado un legitimado pasivo de la acción de resarcimiento, de características especiales. Al ser legitimado, puede ser demandado, salvo que la responsabilidad no puede ser inmediatamente efectiva en su contra. Como se ve, la falta de acción no puede prosperar en los términos en que fue planteada. Otra cosa sería su re-conversión por la vía *iura novit curia*, en una beneficio de excusión, tal y como se lo ha descrito más arriba, pero esto dependerá del destino y solución que se le de a la otra excepción opuesta, la de prescripción, que será a continuación.

Nos resta estudiar la excepción de prescripción opuesta también por la parte demandada. Al respecto la excepcionante argumenta que ha prescrito el derecho de reclamar el resarcimiento aludido, de conformidad con lo dispuesto en el Cód. Civ., el cual dispone que la acción debe iniciarse dentro del plazo de dos años desde el ilícito. Por su parte la accionante, en la contestación del traslado de las excepciones arguye que las violaciones contra los derechos humanos son imprescriptibles, y por lo tanto no puede extinguirse el derecho a exigir el resarcimiento ocasionado por tales delitos.

Se trata aquí de determinar la procedencia de la excepción de prescripción planteada por la parte demandada en un juicio de indemnización de daños y perjuicios.

Antes de establecer la procedencia de la prescripción debemos analizar cuál es la normativa aplicable al presente caso. El presente es un juicio de indemnización moral proveniente de un hecho ilícito ocurrido durante la dictadura del Gral. Alfredo Stroessner. El art. 633 del Cód. Civ. establece el alcance de la declaración de prescripción al disponer la eximición de la obligación de cumplimiento. Por su parte, el art. 635 del mismo cuerpo legal refiere al inicio del cómputo y nos enseña que dicho lapso principia cuando nace el derecho a exigir. Finalmente, el inciso f) del último artículo citado establece que la prescripción para reclamar la responsabilidad civil derivada de actos ilícitos se opera a los dos años.

En este punto debemos aclarar que el recurrente cita una serie de normativas legales a los efectos de sustentar la imprescriptibilidad de la presente acción. Así, la primera normativa es el artículo 5 de la Constitución Nacional establece que: “De la tortura y de otros delitos: Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. El genocidio y la tortura, así como la desaparición forzosa de personas, el secuestro y el homicidio por razones políticas, son imprescriptibles”. Como puede apreciarse este artículo refiere exclusivamente a los delitos, es decir a la acción de la víctima en el ámbito penal que, como sabemos, es independiente a la acción civil y con otro régimen prescripcional que está establecido en el Cód. Civ. Del mismo modo, la Ley N° 838/96 que indemniza a las víctimas de violación de derechos humanos durante la dicta durante 1954 a 1989, es la correspondiente a la Defensoría General del Pueblo, no refiere tampoco a las demandas promovidas en el ámbito civil para lo cual existe una norma que regula el caso en concreto.

En efecto, el aludido principio de que las violaciones a los Derechos Humanos son imprescriptibles se aplica solo al ámbito penal, mas no al civil. Y ello por la diferente naturaleza y finalidad que tienen ambos derechos. Mientras el Derecho Penal persigue una sanción o castigo a la conducta ilícita, el Derecho Civil tiene por objeto la reparación de un daño, su naturaleza es eminentemente patrimonial, y como toda cuestión patrimonial, es disponible, es decir, es susceptible de ser renunciada. La inacción para pedir la reparación civil, dejando transcurrir el tiempo de la prescripción es solo uno de los modos de disponer de un derecho a la indemnización. Y en este sentido la voluntad de la parte opera libremente. No es lo mismo la punición del Derecho Penal, la cual no es disponible, no depende de la acción de las partes, sino que es oficiosa y no puede ser renunciada, ni siquiera tácitamente por el transcurso del tiempo sin acción. Es por ello que se entiende que es absolutamente imprescriptible. Como aquí estamos frente a una pretensión del Derecho Civil y no del Penal, se entiende que la imprescriptibilidad alegada no se aplica.

Con dichos elementos de juicio corresponde verificar desde cuando se inicia el cómputo de la prescripción a los efectos de verificar si en el caso de autos la misma ya está operada.

Antes de ahondar el análisis de las constancias de la causa, es interesante destacar que Llambías sostiene, en relación con esto, que: “...Al punto de partida de esta prescripción debe ubicarse en la fecha de existencia del tipo de res-

ponsabilidad que se trata [...] si se indaga desde cuándo está en curso de prescripción 'la acción por responsabilidad extracontractual' la respuesta surge diáfana, a saber, desde que la responsabilidad existe y consiguientemente ha nacido la pertinente acción para hacerla valer. De ordinario ello ocurre cuando acontece el hecho ilícito que origina aquella responsabilidad" (Llambías, Jorge Joaquín. "Tratado de Derecho Civil – Obligaciones". Tomo III. Segunda Edición Actualizada. Pág.433-434. Editorial Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1977).

La demanda principal consiste en una pretensión resarcitoria de origen extracontractual proveniente de la dictadura del general Alfredo Stroessner. Este tipo de acciones puede generar tanto una demanda en sede civil como en lo penal y tiene un plazo prescripcional de dos años, pero la promoción de una no está ligada ni depende de la otra. Como bien lo establece el art. 1865 del Cód. Civ., la acción civil para el resarcimiento del daño causado por un ilícito podrá ejercerse independientemente de la acción penal. El plazo empieza a correr desde que la acción se halla expedita. Como la fuente obligacional propuesta es extracontractual, vale decir, nacida de un ilícito civil, la ocurrencia del hecho supuestamente dañoso marca el nacimiento de la acción y el devenir del plazo. Aquí el ilícito alegado es una desaparición forzosa por lo que el cómputo corre a partir de la presunción de fallecimiento declarada judicialmente, la cual data del 14 de diciembre de 1989. Así las cosas, claramente surge que los dos años para accionar han efectivamente transcurrido.

Debemos, sin embargo, considerar también la posibilidad de que el plazo prescripcional podría interrumpirse, lo que provocaría desechar del cómputo el tiempo transcurrido con anterioridad al hecho que haya determinado la interrupción –art. 655–, e iniciar nuevamente el decurso del plazo. La prescripción se interrumpe en los casos enunciados en el art. 647. Amén de ello, pueden darse otras circunstancias excepcionales, no previstas en la ley, que escapan del marco de regularidad, como cuando la acción se ve impedida por causas no sustentadas en el derecho y que éste naturalmente no podría incorporar al sistema, por ejemplo tal circunstancia podría darse en el caso de un Estado autocrático y totalitario –como la dictadura de 1954 a 1989–, en la cual la mera ilicitud del acto que habría producido el daño no sería susceptible de reconocimiento y declaración por parte de los órganos de administración de justicia.

Del examen de los hechos vemos que, sin embargo, la presunción de fallecimiento que da por sucedido el evento que genera la responsabilidad, fue de-

clarada luego de la extinción de dicho sistema político de Estado, por lo cual la circunstancia apuntada resulta irrelevante para el cómputo del plazo. Luego de esto fue promulgada la Ley 838/96, la cual podría configurar un acto interruptivo de la prescripción, ya que por virtud de dicha ley el Estado Paraguayo asume la obligación de reparación a las víctimas de las violaciones de derechos humanos durante la dictadura. Ello implica ciertamente una suerte de reconocimiento de la obligación de indemnizar por parte del Estado en estos infortunados sucesos. Claro que este reconocimiento es genérico y no específico respecto de sujetos individualizados, por lo que sería dudoso que cuadrara en lo estatuido por el inc. c) del art. 647 del Cód. Civ., que entiende que el acto de reconocimientos de desde un deudor concreto hacia un acreedor también concreto. También podríamos considerar que dicha concreción se produce con la resolución de la Defensoría del Pueblo –fs. 18/23- que reconoce el derecho de ser indemnizados a los herederos del Cap. Villagra. Aún así, la citada resolución es de fecha 15 de julio de 2005 y la presente acción indemnizatoria fue recién iniciada el 21 de diciembre de 2007 y notificada el 28 de marzo de 2008, con lo cual se encuentra a la fecha prescripta. Por tanto, no cabe sino confirmar el apartado referente a la excepción de prescripción.

En definitiva, en mérito de las consideraciones que anteceden, corresponde confirmar parcialmente la resolución recurrida, en su apartado segundo y, revocar el apartado primero de la misma.

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

Por lo tanto, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Cuarta Sala.

RESUELVE: Declarar desiertos, el recurso de nulidad. Revocar, en todas sus partes, el A.I. N°: 2179 del 10 de diciembre de 2008, dictado por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Noveno Turno de la Capital, por los argumentos expuestos en el exordio de esta resolución. Imponer las costas a la parte apelada perdidosa. Anotar, registrar y remitir una copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Eusebio Melgarejo Coronel, Mercedes Buongermini Palumbo, Raúl Gómez Frutos.

Ante mí: Federico Miller Tellechea, Actuario Judicial.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 3

EXCEPCIÓN. Procedimiento de la excepción.

Las excepciones que pueden ser resueltas en la sentencia definitiva están limitadas por el artículo 233 del C.P.C. al disponerse que el demandado podrá hacer valer, al contestar la demanda, las excepciones destinadas a producir la extinción de la acción o el rechazo de la pretensión, siempre que no hayan sido admitidas y estudiadas como previas. Es decir, las únicas excepciones que admiten su estudio, conjuntamente con el fondo de la cuestión, son aquellas destinadas a la extinción de la acción o el rechazo de la pretensión.

EXCEPCIÓN DE DEFECTO LEGAL.

La excepción de defecto legal debe ser resuelta con carácter previo, no pudiendo, por la naturaleza de la misma y por una cuestión de orden lógico, resolverse en la sentencia definitiva.

SENTENCIA. Nulidad de sentencia. MANDATO. Representación procesal.

El caso nos presenta una grave irregularidad procesal, no podemos más que resistirnos a la declaración de nulidad puesto que en este proceso se produjo el debate dialéctico, se presentó una tesis y su antítesis, y ambas partes intentaron probarla. Es decir, la serie de afirmación, negación, confirmación, y evaluación o alegatos fue cumplida pero ninguno de los profesionales citados presentó poder general para asuntos judiciales y administrativos que justifique su personería en autos. Ante esta constatación, no cabe más que concluir que los actos procesales, realizados por los mentados profesionales, son inexistentes jurídicamente.

MANDATO. Representación procesal.

De conformidad al artículo 46 del C.P.C., una persona jurídica no puede intervenir en juicio sino mediante mandatario profesional matriculado, en concordancia con el Art. 87 del C.O.J.

MANDATO. Representación procesal.

La invocación de que las personas físicas, aquí demandadas, actuaron por derechos propios y en nombre de la persona jurídica no es suficiente para entender cumplido el imperativo procesal contenido en la norma antes citada.

T. de Apel. Civ. y Com. Cuarta Sala.19.02.10. “Osvaldo Pablo Casal c. Dionisio Ortega y otros s. Repudio de Paternidad de obra y Reg. de Honorarios” (Ac. y Sent. N° 3)

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia recurrida?

En caso contrario, ¿se halla ajustada a derecho?

Practicado el sorteo de ley, a fin de determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: Raul Gomez Frutos, Dr. Eusebio Melgarejo Coronel y Basilio D. García Ayala.

A la primera cuestión planteada el miembro preopinante Raúl Gómez Frutos, dijo: En procura de la nulidad de la sentencia traída a revisión, el abogado Santiago Adán Brizuela Servín, quien representa a los demandados, adujo que su parte quedó en estado de indefensión por la desprolija conducción de este proceso, en el cual se incurrieron en errores *in procedendo* de tamaña envergadura. Concretamente, señaló que las pretensiones postuladas por el actor no pueden ser acumuladas puesto que ambas reconocen trámites distintos. Así, para el caso del reclamo de los honorarios profesionales la vía procesal es la del proceso de conocimiento ordinario, en tanto que para el repudio de la paternidad de la obra, la vía es la del proceso de conocimiento sumario; por ello, dice el nulidicente, no pueden ser acumuladas ambas pretensiones, y en razón de ello se opuso la excepción de defecto legal, la que fue, incorrectamente, rechazada por la A-quo. Agrega que la excepción de defecto legal debía ser estudiada como de previo y especial pronunciamiento, no pudiendo ser diferido su estudio para el momento de la resolución del fondo de la cuestión. Por lo demás, señala que no se tuvieron en cuenta las pruebas producidas por su parte que denotan la prescripción de la acción para el reclamo de los honorarios profesionales.

La abogada Patricia Stanley, quien invoca la representación del actor, se opuso al pedido de declaración de nulidad de la sentencia en revisión, alegando que la cuestión sobre el método de debate ya es cosa juzgada por el A.I. N° 1.744/2.004. Agrega que este juicio se inició con las reglas del proceso de conocimiento sumario y se siguió como un ordinario; y que este trámite no fue impugnado por la adversa por la vía de la reposición o la del recurso de apelación. Continúa diciendo que la accionada contestó la demanda, ofreció y diligenció sus pruebas por lo que no existe indefensión con respecto a la misma. Culmina solicitando el desistimiento del recurso de nulidad.

Así resumidas las posiciones de las partes con respecto a la validez formal de la sentencia recurrida, se advierte que los temas propuestos para su estudio

dicen relación con eventuales vicios *in procedendo*, razón por la cual los argumentos expuestos serán atendidos bajo este epígrafe

Con respecto al trámite que se dio a la excepción de defecto legal cabe referir cuanto sigue.

Los demandados, al contestar la demanda opusieron las excepciones de defecto legal en la forma de deducir la demanda y la de prescripción, ambas como de previo y especial pronunciamiento. La A-quo decidió diferir el estudio de las mismas para el tiempo del dictado de la sentencia de mérito, y las resolvió al pronunciarse sobre el fondo de la cuestión.

En este punto deviene oportuno precisar que las excepciones, como defensas procesales conferidas a los demandados, al decirlo de Alvarado Velloso, pueden referirse tanto a la acción, la pretensión o la oportunidad en la cual se debe sentenciar. Entre las excepciones que atacan la acción procesal se encuentran las llamadas dilatorias que, habitualmente, se relacionan con impedimentos procesales o cuestiones de procedibilidad.

En esta última categoría se encuentra la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda.

Por esta razón, entendida la ubicación de la mentada excepción en nuestro sistema, advierto que, dada la naturaleza de esta excepción, la misma no puede más que ser estudiada como de previo y especial pronunciamiento. Una solución contraria, como sería la de diferir su estudio para el tiempo del dictado de la sentencia definitiva, riñe con el sistema y la lógica. Ello es así, puesto que no es admisible que se agote toda la serie procesal para resolver, a posteriori, en la sentencia, la excepción de defecto formal. Para entender lo expuesto basta con preguntarnos si resulta lógico agotar todo el proceso para retrotraerlo a la etapa introductoria si el juez advierte que, efectivamente, existe defecto legal.

Nótese que la excepción que nos ocupa también es denominada oscuro libelo, término que denota que este tipo de señalamientos debe ser subsanado en la etapa introductoria del proceso a los efectos de que el demandado pueda ejercer una adecuada defensa procesal.

Con la misma orientación el autor antes citado dice: "...Todos los códigos que aceptan la escritura como medio de expresión en el proceso admiten expresamente esta excepción, a la cual otorgan carácter dilatorio, razón por la cual debe ser opuesta y resuelta en forma previa a la oportunidad correspondiente a la contestación de la demanda" (sic).

Además, las excepciones que pueden ser resueltas en la sentencia definitiva están limitadas por el artículo 233 del C.P.C. al disponerse que el demandado podrá hacer valer, al contestar la demanda, las excepciones destinadas a producir la extinción de la acción o el rechazo de la pretensión, siempre que no hayan sido admitidas y estudiadas como previas. Es decir, las únicas excepciones que admiten su estudio, conjuntamente con el fondo de la cuestión, son aquellas destinadas a la extinción de la acción o el rechazo de la pretensión. Es decir, la excepción de defecto formal, de ninguna manera, podría ser estudiada en la sentencia definitiva, puesto que, como quedó visto, con la misma se señala al Juez un obstáculo de procedibilidad. Dicho en otros términos, el juicio no podría continuar, válidamente, si no se resuelve esta excepción.

Con lo expuesto reafirmo mi conclusión en el sentido de que la excepción de defecto legal debe ser resuelta con carácter previo, no pudiendo, por la naturaleza de la misma y por una cuestión de orden lógico, resolverse en la sentencia definitiva.

Ahora bien, quien aquí se opone a la declaración de nulidad expuso razones atendibles para no privar a la sentencia de los efectos jurídicos que le son propios. Específicamente, adujo que la cuestión planteada quedó subsanada y que, a la postre, no existió indefensión procesal para los demandados puesto que ellos contestaron la demanda y diligenciaron sus pruebas.

A este respecto, cabe recordar que la nulidad tiene un fin práctico, concepto que se condensa en la expresión *past de nullité, sans grief*. Está dicho, hasta el hartazgo, que no es admisible la nulidad por la nulidad misma. Las formas procesales están dadas para ordenar el debate dialéctico entre los contendientes. Es ésta su función. Ya lo exponía un autor diciendo: el derecho procesal no es una espesa telaraña en la que quedan atrapados los ideales de justicia.

Así, con esta orientación, dejando en claro que el caso nos presenta una grave irregularidad procesal, no podemos más que resistirnos a la declaración de nulidad puesto que en este proceso se produjo el debate dialéctico, se presentó una tesis y su antítesis, y ambas partes intentaron probarla. Es decir, la serie de afirmación, negación, confirmación, y evaluación o alegatos fue cumplida.

Se advierte además que la sola afirmación del nulidicente de que se le cercenó e derecho de defensa en juicio me resulta insuficiente, puesto que no se advierte en sentido este aserto adquiere materialidad. No se expuso, en defini-

tiva, que no fue posible presentar todos los argumentos que sopesen la tesis del actor, ni que determinadas pruebas no pudieron realizarse.

En suma, considero que el vicio alegado es patente; más no la finalidad que perseguiríamos declarando nula la sentencia alzada.

Por otro lado, el nulidicente adujo que la A-quo no tuvo en cuenta las pruebas por él rendidas en juicio para sopesar las presentadas por el actor, con respecto a la excepción de prescripción.

Con relación a este señalamiento, advierto que éste argumento se encuentra en íntima vinculación con la motivación de la decisión contenida en el fallo. Razón que motiva que ello sea estudiado a propósito del análisis del recurso de apelación.

Ahora bien; recordando que el Tribunal, por lo dispuesto en el artículo 420 del C.P.C., puede ejercer los controles formales, *ex officio*, con respecto a la validez de las resoluciones recurridas, como actos de jurisdicción; por mi parte, advierto ciertas irregularidades en este proceso que merecen ser atendidas. Veamos esto.

Del análisis de la plataforma fáctica procesal, puedo concluir en que la sentencia se basó sobre actuaciones inexistentes y, además, se condenó a una persona quien no intervino en este juicio, ni fue declarada rebelde.

En efecto, del minucioso análisis de las constancias de autos, se advierte que ni la Abogada Patricia Stanley, ni el Abogado Juan Carlos Cañiza Denis son apoderados de las partes en este juicio. Ninguno de los profesionales citados presentó poder general para asuntos judiciales y administrativos que justifique su personería en autos.

Sin embargo, en varias actuaciones los mismos se presentaron, invocando su condición de representante de los litigantes, a realizar actuaciones judiciales. La abogada Stanley, por hacer algunas referencias, se presentó a ofrecer pruebas, solicitó diligencias, intervino en audiencias, presentó alegatos, etc. Todo ello sin estar acreditada su personería. Por su parte el Abogado Cañiza Denis se dio por notificado del hágase saber el Juez - consolidando su competencia-, y presentó alegatos, también, sin estar acreditada su personería.

Ante esta constatación, no cabe más que concluir que los actos procesales, realizados por los mentados profesionales, son inexistentes jurídicamente.

La cuestión planteada nos presenta un problema que no podemos desatender. Nótese que las partes no quedaron obligadas, ni pueden ser beneficia-

das por los actos que terceros realizan en el proceso sin estar facultados para ello. El efecto, las actuaciones realizadas por los mentados profesionales no gravitan sobre los derechos de los litigantes, en tanto que éstos últimos no son los mandantes de aquéllos.

Así las cosas, la primera premisa es que: en autos se observa un número considerable de actuaciones procesales que sólo son tales en apariencia. La segunda premisa es: el fallo recurrido se fundó en dichas actuaciones. Ergo, la sentencia definitivaalzada a revisión se fundó en actuaciones inexistentes y, por lo mismo, carentes de eficacia jurídica.

Esta desprolijidad procesal, en mi opinión, no puede ser convalidada; y el vicio es tal que afecta a la propia esencia del sistema dispositivo, estando, con ello, presente el interés en que sea declarada la nulidad.

Cabe referir que nuestro sistema procesal es, eminentemente, Es decir, el Juez provee o resuelve a instancia de parte. *Secundum allegata et probata*. Al no estar presente el impulso de parte, lo proveído o resuelto por el juez se torna en actuaciones inquisitivas. Este aserto responde a una cuestión de orden lógico, puesto que sin petición de partes, lo actuado por el Magistrado no puede más que reputarse como actuaciones ex officio. Esto, claramente, está proscrito por nuestro sistema procesal.

Por otro lado, decía que se condenó a una persona quien no participó en este proceso. Esto es así, puesto que fueron demandados en este proceso: (1) Dionisio Ortega; (2) Hermelinda Alvarenga de Ortega; y (3) el Colegio Nihon Gakko. Este último es una persona jurídica por lo que, de conformidad al artículo 46 del C.P.C., no puede intervenir en juicio sino mediante mandatario profesional matriculado, en concordancia con el Art. 87 del C.O.J.

La invocación de que las personas físicas, aquí demandadas, actuaron por derechos propios y en nombre de la persona jurídica no es suficiente para entender cumplido el imperativo procesal contenido en la norma antes citada.

Es decir, el Colegio Nihon Gakko, en rigor, nunca se presentó a estar en juicio. Resta decir, que tampoco se declaró la rebeldía del mismo.

Así las cosas, considero que no es posible dictar sentencia válida ante la constatación y exposición de los vicios procesales que nos presenta el caso; por lo que, de conformidad al artículo 404 del C.P.C., en concordancia con el 420 y 113 del mismo cuerpo legal, concluyo en que la sentencia debe declararse nula y devolverse este juicio al Juzgado que sigue en orden de turno a los efectos de que se proceda conforme a las reglas del proceso.

JURISPRUDENCIA

En cuanto a las costas del juicio, es mi parecer que ambas partes y la Juzgadora contribuyeron al resultado que tenemos a la vista, por lo que, mediante oposición de la recurrida y, de conformidad al artículo 203, in fine, del C.P.C., considero justo que las mismas sean soportadas en el orden causado.

POR TANTO, por los argumentos expuestos, considero que al sentencia apelada debe declarada nula, debiendo remitirse estos autos al Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de la Capital que sigue en orden de turno, para que encause el procedimiento. ES MI VOTO. CONSTE.

A sus turnos los miembros Dr. Melgarejo Coronel y García Ayala, manifiestan que votan en igual sentido, por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada, el miembro preopinante Raúl Gómez Frutos, prosiguió diciendo: Por la forma de resolverse el recurso la nulidad no se entra a estudiar el de apelación igualmente interpuesta. es mi voto. Conste.

A sus turnos los miembros Dr. Melgarejo Coronel y García Ayala, manifiestan que votan en igual sentido, por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, previa lectura y ratificación de su contenido, firmando los Señores Miembros, por ante mi la Secretaria Autorizante de que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue.

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo que antecede y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial cuarta Sala,

RESUELVE: Declarar nula la S.D. N°: 24 de fecha 07 de febrero de 2006, dictada por la Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Quinto Turno de la Capital, por los argumentos expuestos en el exordio de esta resolución. En consecuencia, ordenar el reenvió de estas actuaciones al Juzgado que sigue en orden de turno para que se proceda con arreglo a lo expuesto en esta resolución. Imponer las costas del juicio en el orden causado. Anotar, registrar, notificar por cedula y remitir una copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Eusebio Melgarejo Coronel, Basilio García Ayala, Raúl Gómez Frutos.

Ante mí: Letizia Pereira, Actuaría Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 29

COSTAS. En el allanamiento.

En el caso de autos, se puede observar con claridad, que la demandada se ha allanado en forma total, oportuna e incondicional a la demanda de divorcio, siendo efectivo tal allanamiento, ya que se ha dictado Sentencia sin necesidad de ningún trámite, por ende se ha cumplido con todos los requisitos establecidos por el Art. 198 del C.P.C.

T. de Apel. Civ. y Com. Cuarta Sala.09.04.10. “Compulsas del Expte. E. G. D. O. c. C. S. G. de D. s. Divorcio a Petición de una sola de las partes” (Ac. y Sent. N° 29).

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia recurrida?

En caso contrario, ¿se halla ajustada a derecho?

Practicado el sorteo de ley, a fin de determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: Raúl Gómez Frutos, Dr. Eusebio Melgarejo Coronel y Abog. Basilio D. García Ayala.

A la primera cuestión planteada el Miembro Preopinante Raúl Gómez Frutos, dijo: La recurrente no fundamentó en forma expresa el recurso de Nulidad, y como no se observan vicios o errores en la sentencia recurrida que pudieran invalidarla como acto jurisdiccional, corresponde declararlo desierto. Es mi voto.

A sus respectivos turnos los miembros Dr. Melgarejo Coronel y García Ayala, manifiestan adherirse al voto precedente por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada, el miembro preopinante Abog. Raul Gomez Frutos, prosiguió diciendo: La Sra. C. S. G. bajo patrocinio del abogado Rafael Crichigno, se alza contra la Sentencia en revisión y fundamenta su apelación en el escrito de fs. 26/27, solicitando al Tribunal se modifique la S.D. mencionada mas arriba que impone las costas de juicio a la recurrente, en el sentido de imponerlas en el orden causado de conformidad al *Art. 198 del C.P.C.*

Más adelante expresa: “...Que, hago oportuna esta presentación para aclarar el ante penúltimo párrafo de la resolución el cual en su última parte me carga con toda la culpa, hecho que no es así, siendo que la única culpa es la del Sr. E. G. D. O., quien abandonó el hogar por otra mujer”.

Concluye su presentación: “...solicitando la modificación del auto apelado e imponiendo las costas en el orden causado”.

En el escrito de fs. 28/31, el abogado E. G. D. O., en su propia causa contesta el traslado de la fundamentación de la demandada Sra. C. S. G. en el que manifiesta: bajo el título Antecedentes “...La presente causa fue iniciada en fecha 5 de mayo del año en curso, en los siguientes términos “...en forma legal, y con arreglo a lo dispuesto en los Arts. 3º, 17 y, especialmente 4º, Inc. “h)” de la ley 45/91, que textualmente expresa: “Son causales del divorcio:... h) La separación de hecho por más de un año, sin voluntad de unirse de cualquiera de los cónyuges”, vengo a promover por ante el Juzgado a cargo de V.S. juicio de Divorcio Vincular, del matrimonio conformado con mi actual esposa, la Sra. C. S. Ce... Atento a lo estipulado en los Arts., 4º Inc. “h)” de la ley 45/91 /causal invocada, como fuera manifestada precedentemente), en concordancia con el 53, Inc. “3)”, de la ley 1/92, que establece textualmente: “También la comunidad de gananciales puede concluir a petición de uno solo de los cónyuges en los siguientes casos:...3) Por abandono voluntario que el otro hiciere del hogar por más de un año, o si hubiere contraído unión de hecho con tercera persona”, manifiesto que la presente acción es promovida en forma personal contra la demandada, por el hecho de que he abandonado el hogar conyugal, sin que exista la intención de retornar al mismo... tuvimos una larga relación de noviazgo que fue de mucha armonía, amor ternura, comprensión y entendimiento, lo que me llevó a pensar que todo estaba listo para dar el siguiente paso lógico, es decir, celebrar el matrimonio, a fin de fortalecer la relación que estábamos viviendo, No obstante lo mencionado, luego de la celebración, la relación se fue deteriorando rápidamente, llegando a vivir situaciones insostenibles, por lo que he optado por abandonar el hogar conyugal.. ”.

Culmina su presentación: “...Oportunamente, dictar resolución confirmando la S.D. dictado por el A-quo e imposición de costas a la apelante”.

Asimismo, obra a fs. 33/35 de autos, el dictamen fiscal N° 3167 de fecha 15 de diciembre de 2008, fiscalía a cargo de la Agente Fiscal Gilda María Acevedo Corina, en el cual realiza en examen de lo ocurrido en autos, y finaliza solicitando al Tribunal dictar resolución conforme a derecho.

Del análisis de los autos surge que efectivamente en estos autos, se ha planteado la demanda ordinaria sobre divorcio vincular, por el señor E. O. D. O. contra C. S. G. de D., invocando la causal prevista en la Ley 45/91 Inc. h) : “La separación de hecho por más de un año sin voluntad de unirse de cualquiera de los cónyuges”.

La parte demandada señora C. S. G. de D. se allanó en forma total, oportuna e incondicional, solicitando la imposición de las costas en el orden causado.

La cuestión a dilucidar radica principalmente en cuanto hace relación de las costas, y podemos determinar, que el accionante invocó como causal de divorcio, lo establecido en el Inc. h) de la ley de referencia, la separación de hecho más de un año, sin voluntad de unirse los cónyuges. A fs. 13 de las compulsas, la Sra. C. S. G. de D., se presenta a contestar la demanda y se allana en forma total e incondicional a la pretensión del actor, dictándose posteriormente la sentencia de divorcio por culpa de la misma, pero imponiéndole las costas del juicio, a pesar, reiteramos, del allanamiento total e incondicional.

El Art. 198 del C.P.C., dispone: "...Costas en el allanamiento. No se impondrán costas al vencido:

a) cuando hubiere reconocido oportunamente como fundadas las pretensiones del adversario, allanándose a satisfacerlas, a menos que hubiere incurrido en mora o que por su culpa hubiere dado lugar a la reclamación;

b) cuando se allanare dentro de quinto día de tener conocimiento de los títulos e instrumentos tardíamente presentados.

Para que proceda la exención de costas, el allanamiento debe ser incondicionado, oportuno, total y efectivo."

En el caso de autos, se puede observar con claridad, que la Sra. C. S. G. de D., se ha allanado en forma total, oportuna e incondicional, siendo efectivo tal allanamiento, ya que se ha dictado Sentencia sin necesidad de ningún trámite, por ende se ha cumplido con todos los requisitos establecidos por el Art. 198 del C.P.C.

La Jurisprudencia de nuestros Tribunales, ha sido claro en este sentido, al sostener en forma reiterada que: "...Todo allanamiento para liberar de la obligación de pagar costas, no solo ha de ser expreso, oportuno, incondicionado, sino también efectivo, pues de lo contrario subsiste la necesidad de continuar los tramites hasta obtener la sentencia condenatoria." (Ac. y Sent. No. 50, 28 de agosto 958).

Conforme a lo expuesto precedentemente, corresponde que este Tribunal acoja favorablemente el recurso de apelación e imponga las costas de primera instancia en el orden causado, por las razones expuestas.

En cuanto a las costas de esta instancia, deben ser impuestas a la perdidos conforme a lo dispuesto por los Arts. 192 y 203 del C.P.C. Es mi Voto.

JURISPRUDENCIA

A sus respectivos turnos los miembros Dr. Melgarejo Coronel y García Ayala, manifiestan adherirse al voto precedente por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando conmigo los señores miembros de conformidad quedando acordada la sentencia como sigue, todo por ante mí de que certifico.

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Cuarta Sala.

RESUELVE: Declarar desierto el recurso de nulidad. Revocar, el apartado uno de la S.D. N° 728 de fecha 5 de septiembre de 2008, dictada por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Octavo Turno en el punto que establece las costas, debiendo imponerse las de primera instancia en el orden causado conforme a los fundamentos expuestos en el exordio de la parte resolución. Imponer las costas de esta instancia a la parte perdidosa. Anotar, registrar, notificar por cédula y remitir una copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Eusebio Melgarejo Coronel, Basilio García Ayala, Raúl Gómez Frutos.

Ante mí: Letizia Pereira, Actuaría Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 35

Cuestión debatida: Se discute si se debió primero resolver la excepción de pago total y en caso subsidiario la excepción de nulidad, en caso de no prosperar aquella.

EXCEPCIÓN. Procedimiento de la excepción.

En el caso la parte demandada opuso excepción de pago total y en forma subsidiaria la excepción de nulidad, por lo cual se debió seguir el orden en que fue planteada dichas excepciones, es decir, resolver primero la excepción de pago total, y en caso de prosperar este ya se hace innecesario el estudio de la otra.

EXCEPCIÓN DE PAGO

“...La excepción de pago total es viable si se acompañan documentos, cualquiera sean estos, emanados del acreedor, o de sus representantes, que hagan menciona expresa a la obligación que se ejecuta. Solo obligan a una entidad con sus declaraciones, quienes poseen facultad para obligar y comprometer. Pero ese documento no necesariamente debe ser un recibo firmado por el acreedor, a pesar de la copiosa jurisprudencia en ese sentido. Estimo que puede ser cualquier otro documento, toda vez que acredite el pago, es decir, conforme lo prescribe el Art. 547 del C. Civil, que demuestre el cumplimiento de la prestación.” (Ac. y Sent. 13, 26 abril 995, Sala 1).

T. de Apel. Civ. y Com. Cuarta Sala.14.04.10. “Hermes Enrique Valiente c. Lidia Romero de Sánchez s/ Cobro de Guaraníes” (Ac. y Sent. N° 35).

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia recurrida?

En caso contrario, ¿se halla ajustada a derecho?

Practicado el sorteo de ley, a fin de determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: Dr. Eusebio Melgarejo Coronel, Raúl Gómez Frutos y Basilio D. García Ayala.

A la primera cuestión planteada el miembro preopinante, Dr. Eusebio Melgarejo Coronel, dijo: La recurrente desiste expresamente de este recurso en su escrito de fs. 62/64. Por otro lado no se observan violaciones, omisiones esenciales que pudieran inducir a este Tribuna estudiarla de oficio, corresponde tenerla por desistida. Es mi voto.

Asus turnos los miembros Gómez Frutos y García Ayala, manifiestan que votan en igual sentido, por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada, el miembro preopinante, Dr. Eusebio Melgarejo Coronel, prosiguió diciendo: La demandada, Sra. Lidia Romero de Sánchez, por derecho propio y bajo patrocinio de Abogado, se alza contra la sentencia en revisión, y pasa a fundamentar sus agravios en el escrito de fs. 62/64, expresando: “...En primer lugar, la resolución recurrida agravia a mi parte, considerando que el inferior ha dictado una sentencia que no se ajusta a derecho, atenta contra el principio de congruencia y es manifiestamente ilegal. Veámoslo porque:”.

“...El a-quo, en una pésima interpretación de carácter legal y procesal, ha dictado la referida sentencia fuera de todo contexto jurídico. Mi parte, en la

presente ejecución y momento procesal a opuesto la excepción de pago total documentado y “subsidiariamente” la excepción de nulidad, es decir, para que en el hipotético e improbable caso que la inferior crea que la primera excepción –pago total documentado– no fuere procedente, entre a analizar la segunda –Excepción de Nulidad– situación procesal adversa a lo que claramente pretendimos originariamente”.

A continuación, señala: “...Excelencias, en la presente ejecución, sucede todo lo contrario, como ejemplo, la parte actora, al contestar las excepciones opuestas por mi parte, solo refiere al de nulidad, sorprendente y llamativamente la Jueza en su mal logrado fallo resuelve en primer término la excepción de nulidad, cuando procesalmente tal y como el tribunal lo podrá analizar, mi parte opuso ambas defensas aclarando perfectamente que la de segunda la opone en carácter subsidiario”.

“...Es decir, al hacer lugar parcialmente, (que desde ya también lo rechazo y lo fundaré mas abajo) a la excepción de pago total opuesta por mí parte, la segunda excepción –nulidad– queda sin efecto, ósea, ni siquiera se pudo haber estudiado, ya que efectivamente su oposición tiene como se dijo carácter “subsidiario”, situación que la inferior no interpretó, no supo o mas bien no pudo interpretarlo”.

En otra parte de su escrito, y bajo el título de “el pago fue totalmente acreditado”, sostiene: “...En cuanto al pago total documentado, acreditado fehacientemente en la presente ejecución, el A-quo hizo lugar parcialmente al mismo, aplicando una valoración jurídica de prueba complétame errado y que no deja de llamar la atención cuando dice: “En lo que a la pruebas instrumentales de fs. 22 a 24 y fs. 27, las mismas no tiene coincidencia alguna para ser validas como prueba de pago, por lo que el Juzgado no las considera como instrumento probatorio eficientes” (sic).

“...Excelencias, las instrumentales obrante a fs. 22 a 24 (Acta de Entrega de Dinero) y 27 (Telegrama por el cual se le comunica al Actor la suma depositada) tienen tremenda trascendencia en el fondo de la ejecución, sin embargo resalta la Jueza que: Las mismas no tienen coincidencia alguna para ser válidas como prueba. Pero ¿de que coincidencia habla el inferior? ¿En que tiene que coincidir semejantes pruebas?”.

“...La prueba del cual el A-quo se desentiende, no fue ni siquiera mencionada por la parte actora al momento de contestar la excepción, a parte de ello,

es sabido que dichos documentos son contundentes para acreditar el pago, primero, por que el monto depositado y restante coincide plenamente con lo que hoy absurda y mal intencionadamente pretende llevar adelante la inferior, segundo, por que todos los sujetos integrantes de la litis son mencionados en el acta, tercero, por que un acta notarial es un instrumentó publico y como tal hace plena fe en juicios y cuarto, el mismo fue debida y legalmente notificado (fs. 27).”

Finaliza solicitando al Tribunal dictar resolución, revocando con costas la sentencia apelada, haciendo lugar a la excepción de pago total documentado.

A fs. 66 de autos se halla agregado el escrito de contestación de la representante convencional de la parte actora, en el cual refuta las afirmaciones vertidas por la apelante, solicitando al Tribunal dictar resolución confirmando la sentencia apelada con costas, por estar ajustado a derecho.

Así planteada la cuestión, deben examinarse las constancias de autos, a fin de determinar si la resolución recurrida, se ajusta o no a derecho.

La apelante se agravia contra la resolución recurrida, manifestando que la A-quo debió primero resolver la excepción de pago total y en caso subsidiario la excepción de nulidad, en caso de no prosperar aquella, tal como lo expusiera en su escrito de oposición de excepciones. Señala que, el pago total esta fehacientemente documentado con las documentales obrantes en autos, por lo que solicita al Tribunal la revocación de la sentencia apelada, haciendo lugar a la excepción de pago total.

Entrando a analizar las constancias de autos, se observa a fs. 34/43 que la parte demandada opuso excepción de pago total y en forma subsidiaria la excepción de nulidad. A criterio de este Tribunal la Jueza de grado Inferior debió seguir el orden en que fue planteada dichas excepciones, es decir, resolver primero la excepción de pago total, y en caso de prosperar este ya se hace innecesario el estudio de la otra.

Así las cosas, esta Magistratura, estudiará primeramente la Excepción de Pago Total. En ese sentido, la parte demandada, a fs. 29/33 agregó 10 recibos de dinero que totalizan la suma de Gs. 10.620.000. Todos estos recibos hacen mención al pago a cuenta de la fabricación del toldo para el local de la demandada, llevando la rúbrica del Lic. Enrique Valiente. La parte actora reclama la suma de Gs. 6.800.000 (fs. 8) por un saldo impago de una deuda de Gs. 11.800.000 (fs. 7) por el mismo rubro, es decir, la fabricación de toldo. Por lo

tanto, corresponde imputar los recibos de referencia a la deuda que se pretende ejecutar, que reiteramos, es de Gs. 6.800.000.

Ahora bien, existe un sobrante o saldo de Gs. 1.180.000, suma que fue llevada a ejecución por el inferior, sustentándose en que: “En lo que a la pruebas instrumentales de fs. 22 a 24 y fs. 27, las mismas no tiene coincidencia alguna para ser validas como prueba de pago, por lo que el Juzgado no las considera como instrumento probatorio eficientes”. Fundamento errado, a criterio de esta Alzada, ya que las documentales obrantes a fs. 22/24 (Acta de Entrega de Dinero) y 27 (Telegrama colacionado), claramente hace mención al deposito de Gs. 1.180.000 de la deuda restante, es mas el acta labrada por el Escribano Publico hace referencia exclusiva, reiteramos, a la deuda que mantenía la Sra. Lidia Romero de Sánchez con el Sr. Hermes Valiente.

La Jurisprudencia de nuestros Tribunales es bien clara al expresar: “...La excepción de pago total es viable si se acompañan documentos, cualquiera sean estos, emanados del acreedor, o de sus representantes, que hagan menciona expresa a la obligación que se ejecuta. Solo obligan a una entidad con sus declaraciones, quienes poseen facultad para obligar y comprometer. Pero ese documento no necesariamente debe ser un recibo firmado por el acreedor, a pesar de la copiosa jurisprudencia en ese sentido. Estimo que puede ser cualquier otro documento, toda vez que acredite el pago, es decir, conforme lo prescribe el Art. 547 del C. Civil, que demuestre el cumplimiento de la prestación.” (Ac. y Sent. 13, 26 abril 995, Sala 1).

En suma, corresponde hacer lugar a la excepción de pago total documentado en autos, conforme a los fundamentos expuestos precedentemente. En cuanto a la excepción de nulidad, no corresponde su estudio dada la forma en que fue resuelta la primera excepción.

De lo expuesto, la sentencia cuestionada en esta instancia, no se ajusta a derecho, por lo que este Tribunal debe revocarlo en todos sus términos, haciendo lugar a la excepción de pago total deducido por la parte demandada.

En cuanto a las costas, deben imponerse en ambas instancias a la parte actora perdedora, por el hecho objetivo de la derrota, (Art. 192 y 203 del C.P.C). Es mi voto conste.

A su turno, el miembro Basilio Garcia Ayala, manifiesta que se adhiere al voto del Miembro Preopinante, por los mismos fundamentos.

Opinión en disidencia del magistrado Raúl Gómez Frutos: Estoy de acuerdo con la Sra. Jueza de la instancia inferior en estudiar primero la excepción de

nulidad porque afecta al proceso en si y se basa en el incumplimiento de las normas establecidas para el desarrollo del juicio ejecutivo. Al no redargüirse de falsedad el acta de intimación al pago, al no desconocerse la obligación, recién la jueza podría entrar a estudiar la excepción de pago total. Esta excepción tampoco tiene andamio, porque no fue realizado al acreedor que tiene la administración de los bienes, ni al que presento el titulo de crédito. Tampoco se realizo en el día del vencimiento de la obligación, ni en el lugar designado, vale decir no fue cancelatorio, oportuno, no estando el acreedor obligado a recibirlo (Arts. 561, 563, 565, 568 y demás concordantes del Código Civil. voto por la confirmatoria del fallo en todas sus partes, imponiendo las costas a la excepcionante por el hecho objetivo de la derrota (Arts. 192 y 203 del C.P.C.).

Con lo que se dio por terminado el acto, previa lectura y ratificación de su contenido, firmando los Señores Miembros, por ante mi la Secretaria Autorizante de que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue.

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo que antecede y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial Cuarta Sala,

RESUELVE: Tener por desistido el recurso de nulidad. Revocar en todas sus partes , la S.D. N° 777 de fecha 27 de junio de 2008, dictada por la Jueza de Paz Letrada en lo Civil y Comercial del Quinto Turno, y en consecuencia Hacer Lugar a la Excepción de Pago Total opuesta por Lidia Romero de Sánchez contra Hermes Enrique valiente por la suma de guaraníes seis millones ochocientos mil (Gs. 6.800.000), conforme a lo expuesto en el exordio de esta resolución. Imponer las costas en ambas instancias a la actora perdidosa. Anotar, registrar, notificar por cedula y remitir una copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Eusebio Melgarejo Coronel, Basilio García Ayala, Raúl Gómez Frutos.

Ante mí: Letizia Pereira, Actuaría Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 36

DERECHO DE MARCAS. Renovación de la inscripción.

La firma El Trigal S.A. no ha hecho uso de su derecho formal a renovar la marca Chocochips, habiendo transcurrido en exceso el plazo que tenía para hacerlo, no utilizando inclusive el plazo de gracia de seis meses posteriores a la fecha de vencimiento del registro. En síntesis, la actora, al no tomar las previsiones legales, no habiendo renovado el registro (Chocochips), en el Paraguay, quedó extinguido su derecho sobre la misma, por lo que la firma Bagley Argentina S.A., ha desplegado una conducta legal al solicitar el usufructo de la marca, que fuera otorgado por la Dirección de la Propiedad Industrial, reiteramos, luego de dos años de haber vencido los plazos legales concedidos a la actora.

DERECHO DE MARCAS. Registro de marcas.

En este caso no existe mala fe de la demandada por ser la propietaria legítima, conforme consta en autos al no haberse solicitado la renovación formal por parte de El Trigal S.A., el registro de la marca Chocochips. Lo que si existió es una tremenda negligencia por parte de la actora, al no renovar el registro de la marca de referencia.

DERECHO DE MARCAS. Marca registrada en el exterior. CONVENIO DE PARÍS.

El Convenio de París, superior a cualquier ley nacional en la prelación de leyes, establece claramente en su Artículo 8° que la inscripción hecha en el país de origen (Argentina) tendrá validez para todos los países de la unión, luego la inscripción hecha por el Trigal S.A., (firma uruguaya de la misma marca que fue inscrita en la Argentina) es nula aunque su nulidad, reiteramos, no haya sido juzgada conforme a la disposición mencionada del Código Civil Paraguayo y la prescripción del Convenio de París.

T. de Apel. Civ. y Com. Cuarta Sala. 14.04.10. “El Trigal S.A. s. Nulidad de Registro de Marcas” (Ac. y Sent. N° 36).

CUESTIONES:

¿Es nula la Sentencia recurrida?

En caso contrario, ¿es ella justa?

Practicado el sorteo de Ley, dio el siguiente resultado: Dr. Eusebio Melgarejo Coronel, Raúl Gómez Frutos y Basilio García Ayala.

A la primera cuestión planteada, el magistrado preopinante, Dr. Eusebio Melgarejo Coronel dijo: La recurrente, en su escrito de fs. 429/432, desiste ex-

presamente del recurso de nulidad, y como no se observan vicios o errores en el procedimiento que motiven su tratamiento de oficio, corresponde tenerla por desistida.- Es mi voto. Conste.

A sus respectivos turnos los miembros Gómez Frutos y García Ayala manifiestan que: se adhieren al Voto del preopinante por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada, El Magistrado Preopinante, Dr. Eusebio Melgarejo Coronel, prosiguió diciendo: Por la S.D. apelada, la Jueza de Primera Instancia, resolvió: "...hacer lugar, a la presente demanda que promueve la firma El Trigal S.A., contra Bagley Argentina S.A., por nulidad del registro N° 290.090 de; 23 de junio del 2006, clase 30, correspondiente a la marca Chocochips, 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. Anotar, registrar, notificar y remitir una copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.”.

La recurrente, Abog. Leonidas Centurión de Sanabria, en representación de la firma demandada, se agravia contra la sentencia apelada, y fundamenta la apelación en los términos del escrito de fs. 429/432, en el que manifiesta: "...Esta totalmente equivocada la sentencia en alzada al afirmar que El Trigal S.A. es la única y exclusiva propietaria de marca Chocochips”.

“...Con las documentales acompañadas por mi parte a la demanda se comprueba fehacientemente que mi representada Bagley Argentina S.A., es la primera y original propietaria de la marca Chocochips”.

“...Mi mandante Bagley Argentina, registró la denominación Chocochips en la Argentina en el año 1980. Así se desprende de la copia del título de marca N° 1.771.207 de fecha 6 de noviembre de 2000, que es la renovación de un registro anterior N° 1.364.044 del 19 de octubre de 1989, este a su vez, renovación del registro No. 946.423 del año 1980 y Título de Marca N° 1.771.208, de fecha 6 de Noviembre de 2000, que es al renovación de un registro anterior N° 1.364.045 del 19 de octubre de 1989, este a su vez, renovación del registro N° 946.424 del año 1980 (Documentales obrantes a fs. 289 al 313 del autos)”.

Más adelante, agrega: “...Nuestro ordenamiento positivo claramente señala que el derecho de propiedad de una marca se extingue por el vencimiento del término de vigencia sin que se renueve el registro”.

“...La actora, El Trigal S.A., no ha hecho uso de su derecho a renovar la marca, habiendo transcurrido en exceso el plazo de gracia de seis meses posteriores a la fecha de vencimiento del registro, establecido en el Art. 19 de la Ley N° 1294/98 “De Marcas” y el Art. 5 bis de la Ley N° 300 “Que aprueba el Convenio de París”. Es la actora quien no solicitó la renovación de la marca en tiempo hábil. Consiguientemente al vencer los plazos otorgados por la ley, el camino queda libre para quien tuviera interés en obtener la marca”.

“...Vuelve a equivocarse la sentencia recurrida al señalar que sería una situación diferente si Bagley Argentina S.A. hubiera solicitado una autorización o permiso al Trigal S.A., para registrar la marca a su nombre.”

“...Mi mandante jamás debió ni necesito solicitar o contar con un permiso. mi mandante es la propietaria de la marca chocochips desde el año 1980, y al momento de presentar su solicitud en Paraguay, la denominación no se encontraba solicitada ni concedida a favor de terceros”.

Culmina su presentación en estos términos: “...Por los agravios expuestos, y los graves errores que contienen la sentencia apelada y previo los trámites de rigor solicito a este Excmo. Tribunal de Apelación se sirva revocar en todas sus partes la S.D. N° 930 del 13 noviembre de 2008. Protesto costas”.

A fojas 433/436 de estos autos, se halla agregado el escrito de contestación del traslado de la expresión de agravios presentada por el representante convencional de la firma actora, Abog. Wilfrido Fernández de Brix, solicitando al Tribunal el rechazo de los recursos interpuestos y la confirmación con costas de la sentencia recurrida por encontrarse ajustada a derecho.

Estudiados los autos y realizados los controles pertinentes al fallo apelado, así como tomados en consideración los fundamentos expuestos por ambas partes, se observa que la parte actora, EL Trigal S.A., entabla demanda por nulidad de registro de la marca Chocochips, a la empresa Bagley Argentina S.A., por ser la misma propietaria de dicha marca en este país conforme lo ha demostrado con las instrumentales agregadas a estos autos.

De autos, se desprende que la firma Bagley Argentina S.A., es propietaria de la marca Chocochips desde el año 1980 en la República Argentina y que la firma El Trigal S.A., inscribió dicha marca en el año 1988 en la República del Uruguay. En este sentido, la actora inscribió en el año 1993 la citada marca en el Paraguay.

Conforme a lo expuesto, la firma El Trigal S.A., inscribió en este país la marca Chocochips que fue concedida por los órganos administrativos, como

acostumbra hacer ante la presentación de solicitudes de casos análogos en que se solicita el registro de una marca extranjera ya inscrita en el país de origen. Entonces no resulta ninguna novedad que se halla dado curso a la solicitud del registro, reiteramos, de una marca ajena. Por otro lado, la propia parte actora, ha reconocido su negligencia y yerro, al no renovar el registro de la marca Chocochips al vencimiento del plazo de protección como así tampoco dentro del periodo que la ley concede como preferencial para la renovación correspondiente.

Ley N° 1294/98 “De Marcas”, en su art. 53, dispone: “...El derecho de propiedad de una marca se extingue: a) por renuncia del titular; b) por vencimiento del termino de vigencia sin que se renueve el registro; y, c) por la declaración judicial de nulidad o de caducidad por el no uso del registro.”.

La firma El Trigal S.A. no ha hecho uso de su derecho formal a renovar la marca Chocochips, habiendo transcurrido en exceso el plazo que tenía para hacerlo, no utilizando inclusive el plazo de gracia de seis meses posteriores a la fecha de vencimiento del registro. En síntesis, la actora, al no tomar las previsiones legales, no habiendo renovado el registro (Chocochips), en el Paraguay, quedó extinguido su derecho sobre la misma, por lo que la firma Bagley Argentina S.A., ha desplegado una conducta legal al solicitar el usufructo de la marca, que fuera otorgado por la Dirección de la Propiedad Industrial, reiteramos, luego de dos años de haber vencido los plazos legales concedidos a la actora.

Es de resaltar que en este caso no existe mala fe de la demandada por ser la propietaria legítima, conforme consta en autos y al no haberse solicitado la renovación formal por parte de EL Trigal S.A., el registro de la marca Chocochips. Lo que si existió es una tremenda negligencia por parte de la actora, al no renovar el registro de la marca de referencia.

En conclusión, el registro de marca realizado por El Trigal S.A. ante las autoridades administrativas del Paraguay es nulo, por ser una marca registrada con anterioridad en la República Argentina, por la firma Bagley S.A. Por el Art. 356 del Código Civil, los autos nulos no producen efectos aunque su nulidad no haya sido juzgada, salvo que la causa de la nulidad no aparezca en el acto, en cuyo caso podrá comprobarse judicialmente. El Convenio de París, superior a cualquier ley nacional en la prelación de leyes, establece claramente en su Artículo 8° que la inscripción hecha en el país de origen (Argentina) tendrá validez para todos los países de la unión, luego la inscripción hecha por el

Trigal S.A., (firma uruguaya de la misma marca que fue inscripta en la Argentina) es nula aunque su nulidad, reiteramos, no haya sido juzgada conforme a la disposición mencionada del Código Civil Paraguayo y la prescripción del Convenio de París por lo que la demanda instaurada por El Trigal S.A., contra los propietarios originales Bagley S.A., de la Argentina carece de fundamento y debe ser revocada en todas sus parte, imponiendo las costas de ambas instancias a la perdidosa, conforme a lo dispuesto por los el Arts. 192 y 203 inc. "a" del C.P.C. Es mi voto. Conste.

A sus respectivos turnos, los miembros Gomez Frutos y García Ayala manifiestan que se adhieren al voto del Miembro Preopinante, por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, previa lectura y ratificación de su contenido, firmando los Señores Miembros, por ante mí, la Secretaria Autorizante, de que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue:

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente, y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Cuarta Sala;

RESUELVE: Tener por desistido el recurso de nulidad. Revocar en todas sus partes la S.D. N° 930 de fecha 13 de noviembre de 2008, dictada por la Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Primer Turno, por los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. Imponer las costas a la parte actora en ambas instancias. Anotar, registrar, notificar por cedula y remitir una copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia

Magistrados: Eusebio Melgarejo Coronel, Basilio García Ayala, Raúl Gómez Frutos.

Ante mí: Letizia Pereira, Actuaría Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 41

DERECHO DE MARCAS. Marca registrada en el exterior. CONVENIO DE PARÍS.

Conforme el Convenio de París, no es necesario que Salcobrand S.A. tenga registrado su nombre comercial y su marca en nuestro país, pues aun en

ausencia de registro tiene todo el derecho de accionar en defensa de su nombre comercial y marca, conforme a los términos del Convenio de París; la Republica de Chile es también ratificante del Convenio de París conjuntamente con el Paraguay.

DERECHO DE MARCAS. Marca registrada en el exterior. CONVENIO DE PARÍS.

En el caso la actora ha probado que la denominación Salcobrand no solo constituye nombre comercial sino también marca de propiedad de la actora en su país de origen la Republica de Chile, y por lo tanto, la misma se encuentra habilitada a ejercer los derechos de defensa otorgados tanto por la legislación nacional como también por los tratados y convenios internacionales que han sido ratificados por nuestro país y que rigen para la materia en cuestión.

T. de Apel. Civ. y Com. Cuarta Sala.27.04.10. “Salcobrand S.A. c. Cadena Farmacenter S.A, s. Nulidad de Registro” (Ac. Y Sent. N° 41)

CUESTIONES:

¿Es nula la Sentencia recurrida?

En caso contrario, ¿es ella justa?

Practicado el sorteo de Ley, dio el siguiente resultado: Dr. Eusebio Melgarejo Coronel, Raúl Gómez Frutos y Basilio Garcia Ayala.

A la primera cuestion planteada, el magistrado preopinante, Dr. Eusebio Melgarejo Coronel, dijo: La recurrente, si bien ha interpuesto este recurso, no lo ha fundamentado y no se advierte en la sentencia en revisión vicios o defectos que autoricen la declaración de nulidad de oficio en los términos que autorizan los artículos 113 y 404 del C.P.C. En consecuencia debe declararse desierto este recurso. Es mi Voto. Conste.

A sus respectivos turnos los miembros Gómez Frutos y García Ayala manifiestan que: se adhieren al Voto del preopinante por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestion planteada, el magistrado preopinante, Dr. Eusebio Melgarejo Coronel, prosiguió diciendo: Por la S.D. apelada, la Jueza de Primera Instancia, resolvió: “...1. Rechazar, con costas, la demanda que por Nulidad de Registro de la Marca “Salco” N° 233.251, Clase 42 promoviera la firma Salcobrand S.A. contra la Cadena Farmacenter S.A. de conformidad y con los alcances esgrimidos en el exordio de la presente resolución.- Anotar, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia”.

La recurrente, Abog. Leonidas Centurión de Sanabria, en representación de la firma actora, se agravia contra la sentencia apelada, fundamentando este recurso a fs. 143/146 de autos, manifestando entre otras cosas que la mencionada sentencia debe ser revocada por cuanto la evaluación realizada por la Juez inferior de la cuestión esta totalmente equivocada. Que su representada a sido creada por la fusión de dos firmas La Ex Farmacia Brand y La Ex Salco Farmacias y que la misma esta inscrita, tanto el nombre como la marca en su país de origen, la Republica de Chile. Agrega otras consideraciones y finaliza solicitando la revocatoria de la resolución en Alzada, con costas.

A fojas 147/149 de estos autos, se halla agregado el escrito de contestación del traslado de la expresión de agravios presentado por el representante convencional de la firma demandada, solicitando al Tribunal el rechazo de los recursos interpuestos y la confirmación con costas de la sentencia recurrida por encontrarse ajustada a derecho.

Entrando en materia, en la sentencia en alzada se afirma que existen circunstancias de hecho y de derecho que impiden acoger la demanda por carecer de sustento jurídico por cuanto la actora nunca solicitó la inscripción de la marca salco a las autoridades administrativas de nuestro país, que sí registraron ante las autoridades administrativas competentes de la Republica de Chile. Que las documentaciones correspondientes a registros de marcas comerciales a nombre de la firma chilena S Y B Farmaceutica S.A. fueron expedidas en fecha 4 de enero de 2004 para la clase 42 y distinguen servicios totalmente diferentes a los servicios que comprenden la marca salco en la clase 42 de la cual es titular la firma demandada. Que dicho titulo ha sido expedido por el Ministerio de Industria y Comercio de nuestro país por cuanto no se ha presentado oposición alguna a su registro. Con estos fundamentos rechazó la demanda hoy en alzada. Examinando la cuestión planteada ante esta sala es dable hacer mención a las pruebas arrimadas por la actora, las cuales hacen al fondo de la cuestión y realizar un estudio objetivo de las mismas. No debe olvidarse que las legislaciones aplicables a este litigio son la Ley N° 1294/98 de Marcas y el Convenio de París ratificado por nuestro país según Ley N° 300/94. Además y conforme al artículo 137 de la Constitución Nacional, es el Convenio internacional ratificado por nuestro país el que debe ser aplicado en primer lugar dado que el citado articulo dice: “La Ley Suprema de la República es la Constitución. Ésta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratifica-

dos, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado”.

Por su parte, el artículo 8° del Convenio de París dice: “El nombre comercial será protegido en todos los países de la Unión sin obligación de depósito o de registro forme o no parte de una marca de fábrica o de comercio”. En concordancia, con esta disposición del Convenio, la Ley N° 1294/98 de Marcas también estatuye en su art. 75 lo siguiente: “...No es necesario el registro del nombre comercial para ejercer los derechos acordados por esta ley.” A la luz de estas disposiciones legales este tribunal estima que de acuerdo a la documentación presentada por la actora, la misma está autorizada a ejercer las defensas legales que correspondan sobre su nombre comercial Salcobrand, y marca comercial fundada en que “Salco” es parte de su nombre comercial y marca Salcobrand. La marca cuya nulidad solicita es parte del nombre comercial y es el apellido de los propietarios de la farmacia Salcobrand, tal como se comprueba con las documentaciones obrantes en autos. El hecho que Salcobrand S.A. no solicitó la marca Salco ante las autoridades de nuestro país no es ningún argumento valedero para la confirmación de la sentencia en alzada, dado que consta a fs. 5/12 que la actora tiene registrada en la República de Chile su nombre comercial y marca comercial Salcobrand y de acuerdo al artículo 2° del Convenio de París que dice: “Los nacionales de cada uno de los países de la Unión gozarán en todos los demás países de la Unión, en lo que se refiere a la protección de la propiedad Industrial de las ventajas que las leyes respectivas concedan actualmente o en el futuro a sus nacionales.... En consecuencia, aquellos tendrán la misma protección que éstos y el mismo recurso legal contra cualquiera que ataque a sus derechos...”. En efecto, conforme a la legislación aplicada (Convenio de París), no es necesario desde luego, que Salcobrand S.A. tenga registrado su nombre comercial y su marca en nuestro país, pues aun en ausencia de registro tiene todo el derecho de accionar en defensa de su nombre comercial y marca, conforme a los términos del Convenio de París; la República de Chile es también ratificante del Convenio de París conjuntamente con el Paraguay.

En lo que respecta al fundamento de que la marca Salco fue registrada con anterioridad a la constitución de la actora en su país de origen el mismo no tiene relevancia jurídica porque Cadena Farmacenter es una firma que se de-

dica al ramo de farmacia, o sea, el mismo ramo de actividad comercial de la actora y el registro de la marca Salco a su nombre es evidente prueba del conocimiento que tenía la firma demandada de la actividad comercial de la actora en la Republica de Chile. Es más, de la Declaración Jurada arrojada por la actora se constata que las Ex Farmacias Brand han sido lanzadas al mercado desde el año 1880; en esta ocasión fue adquirida por el Sr. Luis Brand propietario de Salcobrand S.A. Consta también en autos que la Ex Salco Farmacia abrió su primer local al público en el año 1982, vale decir ambas empresas datan de varios años antes del registro de la marca Salco por la firma demandada. En la actualidad Salcobrand conforme consta a fs. 23/51 es la fusión de dos nombres comerciales Salco Y Brand y la fusión de dos apellidos de los primeros fundadores de las farmacias Brand. En estas condiciones el hecho del registro de la marca Salco a nombre de Cadena Farmacenter es la prueba categórica de que la demandada tenía perfecto conocimiento de la existencia de la actora en la Republica de Chile, pues es sabido que en materia de marcas no existe casualidad milagrosa.

Asimismo, se desprende de los autos que las instrumentales acompañadas por la actora no han sido redargüidas de falsas por la demandada. En efecto, ha quedado demostrado que la denominación Salco es el apellido de uno de los propietarios de las farmacias Salcobrand, lo que conlleva a sostener que el registro marcario Salco cae dentro de la prohibición establecida en el artículo 2° inc. "J" de la Ley N° 1294/98 de Marcas que dice: No podrán registrarse como marcas: los nombres, sobrenombres, seudónimos o fotografías que puedan relacionarse con personas vivas, sin su consentimiento, o muertas, sin el de sus herederos hasta el cuarto grado de consanguinidad...", hecho que impide a que la sentencia objeto de estudio, sea confirmada, por no ajustarse la misma a lo preceptuado en las disposiciones legales citadas.

Que, por otra parte en la sentencia en alzada se afirma que: "De lo expuesto, fácilmente se colige que la firma actora nunca fue adjudicataria de dicha "marca", por las autoridades competentes, además como la misma actora mencionaba, la firma chilena Salcobrand S.A. es una fusión de dos firmas del ramo de la farmacéutica de aquel país no precisamente una "marca" que fuera registrada como tal, pues de las documentaciones que fueron agregadas, por la misma actora se tiene que ésta no es una marca que pueda registrarse, como tal, sino una fusión de dos firmas del mismo ramo, con la cual se formó la firma

Salcobrand S.A...”. Sin embargo, y conforme justamente a las instrumentales acompañadas por la actora, se halla probado que la denominación Salcobrand no solo constituye nombre comercial sino también marca de propiedad de la actora en su país de origen la Republica de Chile (ver fs.....de autos), y por lo tanto, la misma se encuentra habilitada a ejercer los derechos de defensa otorgados tanto por la legislación nacional como también por los tratados y convenios internacionales que han sido ratificados por nuestro país y que rigen para la materia en cuestión. Concluyo por tanto que, a mi criterio existen en autos razones valederas para revocar la sentencia en alzada por no ajustarse la misma a lo probado en autos y a la legislación aplicable a esta materia.

Por los fundamentos expuestos, llego a la conclusión de que la sentencia recurrida no se encuentra ajustada a derecho, debiendo ser revocada en todas sus parte, imponiendo las costas a la perdidosa, conforme a lo dispuesto por los el Arts. 192 y 203 inc. “a” del C.P.C. Es mi voto. Conste.

A sus respectivos turnos, los miembros Gómez Frutos y García Ayala manifiestan que se adhieren al voto del Miembro Preopinante, por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, previa lectura y ratificación de su contenido, firmando los Señores Miembros, por ante mi la Secretaria Autorizante de que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue:

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente, y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Cuarta Sala;

RESUELVE: Declarar desierto el recurso de nulidad Revocar en todas sus partes la S.D. N° 149 de fecha 14 de marzo de 2007, dictada por la Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Quinto Turno, por los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. Imponer las costas a la perdidosa en ambas instancias. Anotar, registrar, notificar por cedula y remitir una copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Eusebio Melgarejo Coronel, Basilio García Ayala, Raúl Gómez Frutos.

Ante mí: Letizia Pereira,Actuaria Judicial.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL DE APELACION EN LO LABORAL

ACUERDO Y SENTENCIA N° 31

Cuestión debatida: La cuestión se centra en hacer lugar o no a la demanda por indemnización por despido injustificado teniendo en cuenta la antigüedad del trabajador de dos meses y cuatro días.

CONTRATO DE TRABAJO. Indemnización. Despido.

La antigüedad requerida para acceder a la indemnización por despido injustificado, es de un año de servicio o fracción superior a seis (6) meses, debiendo en consecuencia rechazarse las pretensiones de la representante de la actora por improcedente en razón que la misma tiene una antigüedad de 2 meses y 4 días.

CONTRATO DE TRABAJO. Indemnización. Despido.

Corresponde admitir la indemnización por despido injustificado en atención a lo expresamente dispuesto por el Art. 60 in fine del CT, que establece que solo durante el periodo de prueba los trabajadores no gozarán del preaviso y la indemnización por despido injustificado; es decir, cumplido el periodo de prueba tendrán derecho a ello; y el monto se estimará en base a lo dispuesto por el Art. 156 última parte del C.T (Voto de la mayoría).

Trib. de Apel. en lo Lab., Primera Sala, 11.05.11; “Eleuteria Domínguez Olmedo c/ Rosa María Guggiari s/ Cobro de Guaraníes en Diversos Conceptos”. (Ac. y Sent. N° 31).

CUESTIÓN:

¿Está ajustada a derecho la sentencia apelada?

Practicado el sorteo de ley para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: Angel R. Daniel Cohene, Rafael A. Cabrera Riquelme y Concepción Sánchez.

A la cuestión planteada el magistrado Ángel Daniel Cohene, dijo: Por la Sentencia apelada, la A-quo, ha resuelto: 1) Hacer efectivo el apercibimiento establecido en el artículo 146 del C.P.T. y, en consecuencia, tener por confeso en sentido afirmativo a la Sra. Rosa María Guggiari a tenor del pliego de posiciones obrante a fs.41 de autos. 2) Hacer Lugar, con costas, a la presente demanda promovida por Eleuteria Domínguez Olmedo contra la Sra. Rosa María Guggiari y en consecuencia condenar a la parte demandada para que en el perentorio término de 48 horas de quedar ejecutoriada la presente resolución, abone a la actor la suma de guaraníes un millón trescientos cuarenta y seis mil seiscientos cincuenta y cinco (Gs. 1.346.655), conforme se establece en el exordio de la presente resolución.

Contra esta resolución se alza la representante convencional de la parte actora, en los términos del escrito agregado a fs.57 de autos, en el que entre otras cosas dice: "...Atendiendo a los argumentos esgrimidos por el A-quo en el exordio de la mencionada sentencia; esta representación se considera agraviada en la parte del considerando, donde expresa lo siguiente: "... a continuación se define los rubros que serán concedidos a la actora, los cuales son: Indemnización por falta de preaviso..., no así la indemnización por Despido Injustificado, la cual no procede atendiendo a que la trabajadora solo ha laborado al servicio de la empleadora por el término de dos meses y cuatro días, lapso el cual no se halla contemplado en el marco de lo que dispone el art. 91 del C.T., resultando improcedente su concesión...".

Que, sigue manifestando cuanto sigue: Que haciendo referencia a lo mencionado, precedentemente en la Sentencia, me remito a lo que la jurisprudencia entiende sobre este punto: "Que finalizado el período probatorio (art. 58 C.T.) donde el cual cualquiera de las partes puede dar por terminado el contrato de trabajo sin incurrir en responsabilidad alguna, el trabajador pasa a ser contemplado en el marco de lo que dispone el art. 91 del C.T. resultando improcedente su concesión". Que, la trabajadora contaba con una antigüedad de 2 meses y 4 días, por lo que se tiene, superado el período probatorio establecido por ley, para todo trabajador, correspondiéndole sobre manera, la indemnización reclamada".

Que, corrido traslado a la adversa, por proveído de fecha 12 de agosto de 2009 (fs. 58), la misma no contesta y el Tribunal por A.I. N° 294 de fecha 03 de setiembre del año 2009, resuelve: Tener por decaído el derecho que ha dejado de

usar la parte demandada, para contestar los agravios”(fs. 60). Y por proveído de fecha 5 de octubre del año 2009, llamó autos para Sentencia” (fs. 65).

Que, analizada la única cuestión, es decir, el reclamo de la inclusión del rubro de Indemnización por Despido Injustificado, como un ítem en la liquidación efectuada, llevo a la siguiente conclusión:

Que, el Art. 58 del C.T., expresa cuanto sigue: “Establécese en la etapa inicial del contrato de trabajo, un período de prueba que tendrá por objeto respecto del empleador, apreciar aptitudes del trabajador y, de parte de éste, verificar la conveniencia de las condiciones del trabajo contratado. Dicho período tendrá como máximo la siguiente duración: a) de treinta días para el personal del servicio doméstico y trabajadores no calificados”.

Que, el Art. 91 del C.T., expresa cuanto sigue: “En caso de despido sin justa causa dispuesto por el empleado, habiendo o no mediado preaviso, este deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a quince salarios diarios por cada año de servicio o fracción superior a seis meses, calculado en la forma mencionada en el inciso b) del artículo siguiente”.

Que, el Art. 156 del C.T., expresa cuanto sigue: “El empleador puede dar por terminado el contrato, sin aviso previo, pagando al trabajador doméstico solamente los días servidos, en los siguientes casos: a) b). En caso de de despido injustificado, el empleador abonará la indemnización prevista en el Artículo 91”.

Que, haciendo una relación lógica entre las disposiciones transcritas precedentemente, notamos que las mismas, imponen al empleador a abonar la indemnización equivalente a quince salarios diarios por cada año de servicio o fracción superior a seis meses, en caso de despido sin justa causa.

Que, en el caso de autos, está demostrado que la actora fue despedida sin justa causa y a prima facie, con derecho a percibir la indemnización por despido injustificado.

Que, a simple vista y haciendo un breve análisis sobre la antigüedad de la actora y comparada esa antigüedad, con lo establecido en el Art.91 del C.T., notamos que la misma, posee una antigüedad de 2 meses y 4 días, lo que le priva en forma automática, del derecho a percibir suma alguna en concepto de indemnización por despido injustificado, en razón de que la antigüedad requerida para acceder al derecho reclamado, es de un año de servicio o fracción superior a seis (6) meses, debiendo en consecuencia rechazarse las pretensiones de la

representante de la actora por improcedente y confirmar en toda sus partes la Sentencia recurrida, e imponerse las costas en el orden causado. Es mi voto.

A su turno el magistrado Rafael A. Cabrera Riquelme, dijo: La cuestión se centra en hacer lugar o no a la demanda por indemnización por despido injustificado, teniendo en cuenta la antigüedad del trabajador de dos meses y cuatro días. Prima facie cabe anotar que corresponde admitir la indemnización mencionada en atención a lo expresamente dispuesto por el Art. 60 in fine del C.T., que establece que sólo durante el periodo de prueba los trabajadores no gozarán del preaviso y la indemnización por despido injustificado; es decir, cumplido el periodo de prueba tendrán derecho a ello; y el monto se estimará en base a lo dispuesto por el Art. 156 última parte del C.T. En el caso, estando comprendida la antigüedad del trabajador en la fracción superior al periodo de prueba le corresponderá la indemnización equivalente a 15 salarios diarios; cuyo monto asciende a Gs. 239.459, considerando el salario base establecido en la sentencia y que no ha sido materia de agravios; monto éste que incide en la indemnización compensatoria (Art.2 33 C.P.T.) admitida en la sentencia, a la que se debe sumar la cantidad de Gs.47.891; en consecuencia, el monto total de la condena, sumados la indemnización por despido injustificado y la diferencia de la indemnización compensatoria (Gs. 239.459 más Gs. 47.891), asciende a guaraníes 1.634.005; en que debe quedar modificado el monto de la condena. En cuanto a las costas, ante la incontestación del traslado corresponde sean impuestas en el orden causado. Es mi voto.

A su turno la magistrada Concepción Sánchez, dijo: Que, adhiere al voto del colega Rafael A. Cabrera Riquelme por sus mismos fundamentos.

Con lo que terminó el acto firmando los Sres. Magistrados por ante mí de que Certifico, quedando acordada la sentencia que sigue a continuación:

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y sus fundamentos, el tribunal de apelación del trabajo, primera sala

RESUELVE: Hacer lugar a la demanda por indemnización por despido injustificado, y, en consecuencia, modificar el monto de la condena, dejándola establecida en la suma de guaraníes un millón seiscientos treinta y cuatro mil cinco (Gs.1.634.005); de conformidad con lo expuesto en el Acuerdo que antecede. Imponer las costas de esta Instancia en el orden causado. Anotar, registrar y remitir copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Concepción Sánchez Godoy, Rafael Cabrera Riquelme, Ángel Daniel Cohene.

Ante mí: Modesto Meza, Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA Nº 33

CONTRATO INDEFINIDO.

Si no resulta suficientemente demostrado con la documental pertinente que el contrato es para obra determinada, no cabe sino estar a la naturaleza indefinida de la contratación que constituye la regla en la materia, esto debido al carácter excepcional que está establecida en la última parte del art. 50 CT

CONTRATO INDEFINIDO. CONTRATO DE TRABAJO. Prueba del contrato de trabajo.

La constancia del I.P.S, no es la adecuada para sustentar que el contrato es para obra determinada, pues los datos allí asentados son proporcionados exclusivamente por el empleador; siendo, por ende, de contenido unilateral.

CONTRATO DE TRABAJO. Prueba del contrato de trabajo. Por plazo determinado.

El contrato de trabajo, como todo convenio o acuerdo de voluntades, cuando es a plazo fijo o para obra determinada, es elemental que tenga por base la obra que se va a ejecutar, la cual será debidamente detallada en todo lo que se relacione al contrato de trabajo, como en el caso, su comienzo y finalización en razón de que será imprescindible para juzgar su naturaleza accidental o temporal y así establecer que la fecha de terminación o plazo convenido se ajusta al carácter de excepción que revista.

CONTRATO DE TRABAJO. Prueba del contrato de trabajo.

No corresponde sino estarse a la naturaleza indefinida del contrato con mayor razón cuando el mismo recurrente al expresar sus agravios confiesa que “el actor prestó sus servicios en varias ocasiones para mi mandante” por lo cual su trabajo aunque sea específico, solo para la colocación de carpeta asfáltica; antes que sea de plazo fijo, más bien se enmarca dentro de las naturaleza permanente o continua en la empresa.

Trib. de Apel. En lo Lab., Primera Sala, 18.05.11; “Horacio Delvalle Candia

c/ Tecnoedil S.A s/ Cobro de Guaraníes en Diversos Conceptos” (Ac. y Sent. N° 33).

CUESTIÓN:

¿Está ajustada a derecho la sentencia apelada?

Practicado el sorteo de ley para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: Marité Espínola, Rafael A. Cabrera Riquelme y Ángel R. Daniel Cohene.

A la cuestion planteada la magistrada Marité Espínola, dijo: Se agravia la demandada contra la S.D. N° 50 del 28 de mayo de 2010, por la que se resolvió: “1. Hacer lugar parcialmente, con costas, a la demanda laboral incoada por Horacio Delvalle Candia contra TECNOEDIL S.A. y en consecuencia condenar a ésta a que en el perentorio término de 48 horas de quedar firme y ejecutoriada la presente resolución, abone al trabajador la suma de Gs. 5.751.318 (guaraníes cinco millones setecientos cincuenta y un mil trescientos dieciocho). 2. ANOTAR,...”. Expresa sus agravios a fs. 79/80 de autos, manifestando entre otras cosas que “si bien es cierto que el Sr. Horacio Delvalle prestó sus servicios en varias ocasiones para mi mandante, cabe destacar que su trabajo era un trabajo específico, no necesario en todas las obras, sino solamente en aquellas que requieran la colocación de carpeta asfáltica, específicamente en las construcciones de rutas. Que si bien Tecnoedil S.A. se dedica, entre otras construcciones, a construir rutas, la construcción de ellas no es la actividad principal de Tecnoedil y eso lo prueba el hecho de que las construcciones de rutas están sujetas a la adjudicación de obras por parte del Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones vía licitación. Siguiendo lo dicho, resulta absurdo considerar que el “ayudante de colocación de carpeta de concreto asfáltico” es un personal fijo de la Empresa y que puede ejercer sus funciones en forma continua con un contrato por tiempo indeterminado” (fs. 79); que la función del actor no era permanente en la empresa; que su parte “asumiendo la carga de la prueba, ha probado fehacientemente, a través de la constancia de inscripción en el IPS y, sobre todo, el contrato laboral cuya firma fue reconocida por el demandante, que el Sr. Delvalle fue contratado por tiempo determinado y para una obra determinada” (fs. 80). Sostiene que no se consideró la prueba confesoria del actor, sin embargo dice “dicha prueba aportó el elemento más importante para resolver el caso, el cual fue la ratificación de la firma del contrato de trabajo de fecha 26 de febrero del 2008 por obra determinada con fecha de vencimiento del contrato 25 de

febrero del 2009, por ser la fecha de entrega de la obra” (fs. 80). Afirma que se ha juzgado “sin considerar la principal prueba de toda relación laboral, la cual es el contrato escrito de trabajo, en este caso incluso reconocido por el mismo trabajador, y se le ha quitado el valor que la misma ley le otorga” (fs. 80). Termina solicitando se revoque la sentencia apelada.

Corrido traslado, la otra parte lo contesta, solicitando no se haga lugar a las pretensiones del apelante.

El apelante se agravia respecto a la modalidad del contrato admitido en la sentencia (de carácter indefinido), sosteniendo que está probado en autos que la contratación del actor era para obra determinada. Analizado el material probatorio obrante en autos, se encuentra que la patronal en el escrito de responde no controvertió el hecho afirmado por el actor en la demanda, de que trabajó en la firma “Tecno Edil S.A. Constructora” desde el 2 de marzo de 2006. En efecto, no hubo una negativa concreta de la accionada respecto a la fecha en que el actor sostuvo ingresó al empleo. La negativa general no se adecua a la exigencia del Art. 115 C.P.T.. Por el contrario, de lo que la empleadora afirmó al contestar la demanda, surge que si bien acompañó el contrato de fs. 20, reconoció expresamente que el Sr. Horacio Delvalle trabajó para la empresa en años anteriores (fs. 22); y si bien aludió a que siempre fue contratado para obra determinada, no acompañó sin embargo los contratos de la naturaleza que invoca. Es decir, reconoció la accionada la contratación del actor en fecha anterior al contrato que acompañó, sin desvirtuar en forma categórica la fecha de ingreso que el actor sostuvo (2 de marzo de 2006); omitiendo así mismo probar la temporalidad de las contrataciones del actor que alegó. Lo cual se imponía, a fin de enervar suficientemente lo afirmado en la demanda, teniendo en cuenta fundamentalmente el carácter excepcional del contrato para obra determinada (Art. 50 C.T.); normativa que claramente establece en su última parte que este tipo de contrato “sólo pueden celebrarse en los casos en que así lo exija la naturaleza accidental o temporal del servicio que se va a prestar o de la obra que se ha de ejecutar”; extremo que si no resulta suficientemente demostrado con la documental pertinente, no cabe sino estar a la naturaleza indefinida de la contratación, que constituye la regla en la materia. La constancia del I.P.S. al que se refiere el apelante, no es la adecuada para sustentar su pretensión; pues los datos allí asentados son proporcionados exclusivamente por el empleador, siendo por ende de contenido unilateral. Se suma a lo expuesto, que el apelante no criticó pun-

tualmente de que la Jueza al referirse a la posición asumida por la demandada, haya concluido que “admitió la validez del recibo de salario que el actor había presentado con la demanda a fs. 02, y nótese que el referido recibo es de enero de 2008 y el contrato presentado es de febrero del mismo año, lo cual implica, siguiendo la tesis de la empleadora, que concluido una obra para la cual fue contratado, recapado ruta 1, ya fue inmediatamente contratado para otro” (fs. 72). Este extremo en que se fundó también la Jueza para estar a la modalidad indefinida del contrato, quedó así consentido por el recurrente. No se han concretado otros agravios, por lo que la sentencia apelada en la parte que fue materia de agravios debe ser confirmada, con costas al perdedor. Es mi voto.

A su turno el magistrado Rafael A. Cabrera Riquelme, dijo: Que, comparte en un todo el voto de la Sra. Magistrada y agrega que en el mismo contrato de fecha (26-II-08) en el que la demandada funda sus agravios ninguna referencia se ha hecho a la obra en sí para considerar dicho contrato por obra determinada con vencimiento el 25 de febrero de 2009, como sostiene; y menos si del acuerdo no surge ser ésta la fecha de entrega o terminación de la obra que permita concluir en la terminación o plazo del contrato el 25-II-09. El contrato es la principal prueba –como el mismo recurrente afirma– siendo insuficientes las demás, como la testimonial o la Inscripción en el I.P.S.. El contrato de trabajo, como todo convenio o acuerdo de voluntades, cuando es a plazo fijo o para obra determinada, es elemental que tenga por base la obra que se va a ejecutar, la cual será debidamente detallada en todo lo que se relacione al contrato de trabajo, como en el caso, su comienzo y finalización en razón de que será imprescindible para juzgar su naturaleza accidental o temporal y así establecer que la fecha de terminación o plazo convenido se ajusta al carácter de excepción que reviste. El contrato referido solo hace referencia en su cláusula primera a la clase de trabajo o servicio a ejecutar, que nada tiene que ver con la naturaleza temporal del servicio a ser prestado o de la obra a ser ejecutada. Igualmente, su apartado b) que se refiere al “Lugar o lugares de prestación” (fs. 20); con lo cual no es posible concluir en el carácter de excepción que revisten los contratos de trabajo a plazo fijo y, en consecuencia, admitir la fecha de terminación que consiga: 25-II-09. En consecuencia no corresponde sino estarse a la naturaleza indefinida del contrato con mayor razón cuando el mismo recurrente al expresar sus agravios confiesa que “el Sr. Horacio Delvalle prestó sus servicios en varias ocasiones para mi mandante” (fs.79); por lo cual su trabajo aunque sea

especifico, solo para la colocación de carpeta asfáltica; antes que sea de plazo fijo, más bién se enmarca dentro de la naturaleza permanente o continua en la empresa. La sentencia debe ser, pues, confirmada, con costas. Es mi voto.

A su turno, el magistrado Angel R. Daniel Cohene se adhiere al voto último precedente por sus mismos fundamentos.

Con lo que terminó el acto firmando los Sres. Magistrados por ante mí de que Certifico, quedando acordada la sentencia que sigue a continuación:

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de apelación del trabajo, primera sala,

RESUELVE: Confirmar, con costas, la sentencia apelada, por los fundamentos expuestos en este Acuerdo. Anotar, registrar y remitir copia a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Marité Espínola de Argaña, Rafael Cabrera Riquelme, Ángel Daniel Cohene.

Ante mí: Modesto Meza, Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA Nº 43

PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Efectos de la invalidación del antecedente del acto administrativo.

Si desde el inicio del sumario no se dio cumplimiento al Art. 17 de la CN o no se subsanaron los vicios del proceso administrativo ante dicha Instancia, retrotrayendo las actuaciones a fin de que se cumplan las exigencias constitucionales, en particular lo impuesto por el Art. 17 numeral 7, no corresponde remitirse al acta de inspección o informe de los inspectores para subsanar vicios procesales, o la falta del detalle de la imputación, que permitiera la preparación de la defensa en la etapa sumarial oportuna.

PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Efectos de la invalidación del antecedente del acto administrativo.

Un simple Reglamento no puede sustituir lo claramente ordenado por la Constitución Nacional, la comunicación “detallada de la imputación”, y no la mera remisión de antecedentes o sus copias. Tal exigencia hace la debida observancia de la garantía constitucional del ejercicio de la defensa en juicios; cuyo

efecto no basta se individualice detalladamente en el acto de notificación cada una de las copias entregadas, si no contiene- como dispone la Constitución Nacional- el detalle de la imputación. No es sino “el detalle de la imputación” el requisito primero y fundamental exigido para la preparación de la defensa. Si los antecedentes en cuanto a este requisito no reúnen o no son claros o suficientes no cumplen con la norma constitucional del art. 17.

SUMARIO ADMINISTRATIVO. Defensa del sumariado.

Cabe agregar que una actuación simplemente indiciaria, como lo es el acta labrada por los inspectores en ocasión de la Inspección, ya que es practicada fuera del sumario y sin control de la defensa, no puede ser utilizada como prueba para fundar en ella la sanción.

SUMARIO ADMINISTRATIVO. Defensa del sumariado.

Es durante el sumario se deben producir las pruebas bajo el control de las partes para que le sean opuestas, y pueda fundarse en ella la decisión.

RECURSO DE NULIDAD. Recurso de nulidad contra la sentencia definitiva.

Que habiéndose declarado la nulidad de la resolución en alzada, corresponde que de conformidad con el Art. 248 del C.P.T, el Tribunal se pronuncia respecto de la cuestión de fondo y dicte la resolución que fuera pertinente en reemplazo de la anulada. Pero, en este caso concreto, habiendo sido declarada nula la resolución no solo por razones de forma sino también por razones procesales, no podría darse cumplimiento a dicho artículo; pues, si se pronunciara estaría incurriendo en idéntico vicio que el inferior; por lo que corresponde disponer la remisión de los autos a la Autoridad Administrativa del Trabajo a fin de que tramite nuevamente la causa y oportunamente la falle conforme a derecho.

Trib. de Apel. en lo Lab., Primera Sala, 27.05.11; “Benito Roggio S.A C/ Resolución N° 676 de fecha 02 de junio de 2009 Dictada por el Viceministerio de Justicia Y Trabajo” (Ac. y Sent. N° 43).

CUESTIONES:

¿Es nula la Resolución apelada?

En caso contrario, ¿está ajustada a derecho la Resolución apelada?

Practicado el sorteo de ley para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: Marite espinola, Angel R. Daniel Cohene y Guido R. Cocco Samudio.

A la primera cuestión planteada La magistrada Marité Espínola, dijo: Al interponer el recurso la firma sumariada alega la nulidad de la resolución, y se agravia expresando, entre otras cosas, que: “Esta representación considera que las supuestas multas aplicadas en contra de la firma Benito Roggio no solo no están ajustadas a derecho sino que se aplican en base a una resolución NULA ya que no se encuentra fundamentada lo que sin lugar a dudas afecta el derecho de defensa de mi representado, quien no tuvo otra salida que interponer el presente recurso a fin de que VV.EE. puedan subsanar esta situación totalmente arbitraria e improcedente” (fs. 88).

En efecto, corresponde analizar en primer lugar si la resolución impugnada ha sido válidamente dictada. Y ello aunque no fuera interpuesta la nulidad, pues, igualmente, de oficio debe hacerlo el Tribunal si surgieren circunstancias que impongan la nulidad de la resolución, en atención a lo dispuesto por el Art. 113 del C.P.C., aplicable supletoriamente conforme al Art. 836 del mismo cuerpo legal.

A primera vista surge de autos que no pudo haberse dictado válidamente por el Vice Ministerio del Trabajo y Seguridad Social la Resolución N° 676 de fecha 2-VI-09 (fs.61), en razón de que no solamente tiene sustento en un procedimiento viciado de nulidad sino, además, la misma Resolución es nula por carecer de fundamentos como bien se agravia la recurrente para concluir en la arbitrariedad. En ella, para imponer la sanción, se concluye: “Que, cumplidas las etapas procesales pertinentes, el juzgado de instrucción, ha arribado a la conclusión de que la firma sumariada no cumple con disposiciones laborales de carácter obligatorio a favor de los trabajadores así como los requerimientos dictados por la Autoridad Administrativa del Trabajo. El referido informe en lo pertinente reza: De conformidad al acta labrada, en el momento de la inspección realizada la firma cuenta con trabajadores en relación de dependencia. En autos el representante legal de la misma ha concurrido a la audiencia fijada presentando una serie de documentos que no hacen a la totalidad de los trabajadores, debiendo en consecuencia aplicar la sanción prevista en el Art. 385 del Código del Trabajo”. Sin embargo, en cuanto se funda en la Inspección, la misma hace a otra cuestión, ya que lo recabado en dicha ocasión, instruido el sumario, es en este procedimiento, con la intervención del sumariado, asegurándole su derecho a la defensa (Art.17 C.N.), en el que se deben arrimar los elementos de juicio que servirán de fundamento a la resolución.

En la Resolución N° 75 del 10-II-09 (fs.47), por la que se instruye sumario, además de no detallar los supuestos incumplimientos como ordena el Art. 17 numeral 7 de la C.N., también se hace referencia a transgresiones de disposiciones de Higiene y Seguridad ocupacional y demás leyes complementarias, pero, igualmente lo hace sin especificarlas, es decir, sin señalar cuales son las transgresiones.

Cabe señalar, que debe distinguirse dos etapas; una que corresponde a la Inspección de oficio, que hace a la fiscalización del cumplimiento y aplicación de las leyes laborales por la Autoridad Administrativa del Trabajo conforme al Art. 408 del C.T., que es ejercida por los Inspectores del Trabajo y concluye con la elevación de su informe. Y la otra etapa es la de Instrucción de Sumario, establecida para la aplicación de sanciones a cargo de la referida Autoridad, conforme al Art. 398 del C.T.; y es dentro de esta etapa sumarial que se debe determinar la imputación para la preparación de la defensa en la forma y oportunidad que previene el Art.398 citado. Y de allí surgir la responsabilidad o no del sumariado. Esta etapa es distinta a la de la Inspección, que culmina con el informe como se señaló, y en ella no se puede sustentar una condena por corresponder, como se dijo, a una etapa distinta a la del sumario.

En el caso, recién al momento de imponer la sanción de multa a través de la resolución apelada, con la liquidación en ella practicada se ha puntualizado o detallado la infracción atribuida a la firma sumariada. Pues, antes, desde el inicio de todo el proceso sumarial, en ningún momento se ha hecho una referencia detallada de la imputación; resaltando así la informalidad, la irregularidad y ligereza del acto administrativo por apartarse del mismo presupuesto básico que establece la Constitución Nacional cuando se está ante un procedimiento que daría lugar a una sanción.

El Art. 17 de nuestra Ley primera, en su numeral 7 preceptúa que toda persona tiene derecho a la comunicación previa y detallada de la imputación... para la preparación de su defensa. Sin embargo, en el presente sumario instruido por el Vice Ministerio del Trabajo y Seguridad Social no se ha observado dicho deber constitucional; pues, desde la misma resolución por la que instruye sumario, la N° 75 del 10 de febrero de 2009 se evidencia no haberse cumplido el referido presupuesto. Dicha resolución tiene por fundamento el acta de inspección e informe respectivo de los Inspectores comisionados en los que, según expresa, “Constan supuestos incumplimientos de las leyes laborales por parte

del empleador que sirven de base para la instrucción del Sumario Administrativo” (y no detalla los incumplimientos); también hace referencia a que la firma “no ha presentado todos los documentos laborales de tenencia obligatoria”(que tampoco detalla); para en base a ello concluir: “lo que de ser cierto constituiría trasgresión a las disposiciones del Código del Trabajo, de Higiene y Seguridad Ocupacional Decreto N° 580/08 y demás leyes complementarias, y en consecuencia, pasible de las sanciones previstas en el ordenamiento jurídico del país” (fs. 47); y estos fundamentos así expresados en forma general no se ajustan al numeral 7 citado; y aunque se remita al acta de inspección o informe de los inspectores no es hurgando en dichos antecedentes donde el imputado o sumariado deberá encontrar o tratará de encontrar las razones del sumario, ya que muchas veces no contienen sino simples enunciados o generalizaciones como las transcriptas, que no hacen al presupuesto constitucional mencionado. Se constata que no se ha observado el procedimiento previsto por el Art. 398 del C.T. que rige la cuestión, pues, no se ha dado oportunidad al supuesto infractor de ejercer su defensa corriéndosele vista de las imputaciones, las que al efecto debieron ser detalladas conforme a la disposición constitucional transcripta, a fin de que sea oído respecto de cada una de ellas y así también pueda aportar la prueba en su descargo. Pero, además de dicha resolución N° 75, por la providencia del 24 de febrero de 2009 (fs. 48), se hace referencia también a incumplimientos de “normas reguladoras de carácter laboral del sector transporte”, no detallando igualmente las faltas o incumplimientos en este sentido; e, incluso, cabe preguntarse qué relación puede haber entre una empresa constructora y otra de transporte, para exigirle a aquella el cumplimiento de normas impuestas a ésta.

La arbitrariedad radica fundamentalmente en que por la Resolución N° 676/09 en cuestión se concluye el sumario condenando por conceptos no detallados en su oportunidad. Y recién con la imposición de la condena se cumple con el detalle, impidiendo así al sancionado preparar su defensa, quedando más bien manifiesto su estado de indefensión. Es más, la firma sumariada se ha presentado conforme al escrito glosado a fs. 55/57; y sin embargo, no fue proveído por el Juez sumariante, y ninguna mención se hizo del mismo, contra toda norma de procedimiento, afectando así los derechos de defensa y del debido proceso, constitucionalmente amparado.

Si desde el inicio del sumario no se dió cumplimiento al Art. 17 de la C.N. o no se subsanaron los vicios en el proceso administrativo ante dicha Instancia,

retrotrayendo las actuaciones a fin de que se cumplan las exigencias constitucionales, en particular lo impuesto por el Art. 17 numeral 7, no corresponde remitirse al acta de inspección o informe de los Inspectores, para subsanar vicios procesales, o la falta del detalle de la imputación, que permitiera la preparación de la defensa en la etapa sumarial oportuna. Además, ante la obligación del empleador de presentar los Libros Laborales, la Autoridad Administrativa del Trabajo debe tener constancias de éllo en sus Registros; sin embargo, no existe constancias en autos de que el Juzgado de Instrucción recabara un simple informe de sus oficinas sobre si la patronal cumplió o no con dicha presentación y a partir de allí detallar los incumplimientos, es decir, la imputación. El proceso sumarial carece pues de lo más elemental para su validez.

El “informalismo procesal” que en el caso se dá conforme se explicó, no puede permitirse la Autoridad Administrativa del Trabajo. Nadie más obligado a dar cabal cumplimiento a los mandatos de la Ley que el Funcionario Público; con el rigorismo que importe el apego absoluto a sus preceptos; estos tiempos de desconfianza en la gestión pública, así impone.

Además, un simple Reglamento no puede sustituir lo claramente ordenado por la Constitución Nacional, la comunicación “detallada de la imputación”; y no la mera remisión de antecedentes o sus copias. Tal exigencia hace a la debida observancia de la garantía constitucional del ejercicio de la defensa en juicio; a cuyo efecto no basta se individualice detalladamente en el acto de la notificación cada una de las copias entregadas, si no contiene –como dispone la Constitución Nacional- el detalle de la imputación. No es sino “el detalle de la imputación” el requisito primero y fundamental exigido para la preparación de la defensa. Si los antecedentes en cuanto a este requisito no reúnen o no son claros o suficientes, no cumplen con la norma constitucional citada.

Se suma a lo señalado, motivando la nulidad de la Resolución en cuestión, la falta de fundamentación de la misma ya expresada más arriba, pues, lo expuesto en la Resolución no deja de ser sino una fundamentación aparente.

Cabe agregar que una actuación simplemente indiciaria, como lo es el acta labrada por los Inspectores en ocasión de la Inspección, ya que es practicada fuera del sumario y sin control de la defensa, no puede ser utilizada como prueba para fundar en ella la sanción. Debe dejarse bien en claro que durante el sumario se deben producir las pruebas bajo el control de las partes para que le sean opuestas, y pueda fundarse en ella la decisión.

Ante lo expuesto, no corresponde sino declarar nula la resolución objeto del recurso en alzada; pues, se ha faltado a lo expresamente dispuesto por el precepto constitucional enunciado y por el Art. 15 inc. "b" del C.P.C. aplicable de conformidad con el Art. 836 del mismo Código. En cuanto a las costas, de conformidad con el Art. 248 del C.P.T., ante la nulidad declarada, corresponde sean impuestas al causante de la misma, el Vice Ministro de Trabajo y Seguridad Social; responsabilidad prevista en la misma Constitución Nacional en su Art. 106.

A su turno, el magistrado Angel R. Daniel Cohene dijo: Que, me adhiero al voto precedente por los mismos fundamentos, el de declarar nula la sentencia, no así en cuanto a las costas impuestas al causante de la nulidad. No obstante es importante aclarar que, mantengo mi postura en otros casos similares cuando es declarada la nulidad en una resolución al no discriminar el art.248 del C.P.T., a mi criterio quien es el causante de la nulidad de la resolución.

A su turno el magistrado Guido R. Cocco Samudio se adhiere al voto de la Magistrada Marite Espinola por sus mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada, la magistrada Marité Espínola, dijo: Por la forma como se tiene resuelta la primera cuestión, la declaración de nulidad de la Resolución, no corresponde considerar el recurso de apelación deducido contra la misma.

Y la magistrada Marité Espínola prosiguió diciendo: Que, habiéndose declarado la nulidad de la resolución en alzada, corresponde que de conformidad con el Art. 248 del C.P.T. el Tribunal se pronuncie respecto de la cuestión de fondo y dicte la resolución que fuere pertinente en reemplazo de la anulada. Pero, en este caso concreto, habiendo sido declarada nula la resolución no solo por razones de forma sino también por razones procesales, no podría darse cumplimiento a dicho artículo; pues, si se pronunciara estaría incurriendo en idéntico vicio que el inferior; por lo que corresponde disponer la remisión de los autos a la Autoridad Administrativa del Trabajo a fin de que tramite nuevamente la causa y oportunamente la falle conforme a derecho. Es mi voto.

A sus turnos, los magistrados Angel R. Daniel Cohene y Guido R. Cocco Samudio se adhieren al voto precedente por sus mismos fundamentos.

Con lo que terminó el acto firmando los Sres. Magistrados por ante mí de que Certifico, quedando acordada la sentencia que sigue a continuación:

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de apelacion del trabajo, primera sala,

RESUELVE: Declarar nula la Resolución N° 676 del 2-VI-09, dictada por el Vice Ministro de Trabajo y Seguridad Social; de conformidad con lo expuesto en el Acuerdo que antecede. E imponer las costas al causante de la nulidad, el Vice Ministro de Trabajo y Seguridad Social. Disponer la devolución de los autos a la Autoridad Administrativa del Trabajo por los fundamentos y con el alcance expresado en el cuerpo de esta resolución. Anotar, registrar y remitir copia a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Marité Espinola de Argaña, Guido Cocco Samudio, Ángel Daniel Cohene.

Ante mí: Modesto Meza, Actuario Judicial,

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 51

CONTRATO DE TRABAJO. Prueba del contrato de trabajo. Antigüedad.

La prueba de antigüedad a la que alude el apelante, queda enervada o desvirtuada por la confesión o reconocimiento que efectúa la misma empleadora al contestar la demanda; pues en dicha oportunidad manifiesta: “Valioso es hacer notar V.S que la relación laboral con la actora y mi poderdante efectivamente data del año 1992”.

CONTRATO DE TRABAJO. Prueba del contrato de trabajo. Antigüedad.

De que los certificados de trabajo fueron expedidos a la trabajadora “a modo de favor”, no resta eficacia probatoria a los certificados de trabajo, menos aún cuando al contestar la demanda confiesa que la relación laboral “data del año 1992”.

CONTRATO DE TRABAJO. Prueba del contrato de trabajo.

Los informes del I.P.S no constituyen elementos de prueba idóneos al efecto, cuando que los datos suministrados al ente previsional son aportados únicamente por el empleador, sin participación del trabajador, es decir, son de contenido unilateral.

CONTRATO DE TRABAJO. Trabajador doméstico

El trabajo doméstico cuenta con una regulación especial, distinta de la que rige para el trabajador común y lo que se resuelva respecto del trabajador do-

mestico obviamente debe enmarcarse en las disposiciones legales pertinentes; de lo contrario lo resuelto al margen de ellas, se enmarca en la arbitrariedad, que este Tribunal mal puede avalar.

Trib. de Apel. en lo Lab., Primera Sala, 17.06.11 “Susana Zayas Ruiz C/ Lilian Noemí Insfrán Hellman S/ Cobro de Guaraníes en Diversos Conceptos” (Ac. y Sent. N° 51).

CUESTIÓN:

¿Está ajustada a derecho la sentencia apelada?

Practicado el sorteo de ley para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: Marité Espínola, Rafael A. Cabrera Riquelme y Ángel R. Daniel cohene,

A la cuestion planteada la magistrada Marité Espínola, dijo: Apela la demandada la S.D. N° 110 del 24 de agosto de 2010, por la que se resolvió: “1) Hacer efectivo el apercibimiento establecido en el Art. 161 del C.P.T., en razón de que la parte demandada no ha presentado los libros laborales de tenencia obligatoria para todo empleador. 2) Hacer lugar, con costas, a la presente demanda laboral promovida por la Sra. Susana Zayas Ruiz Díaz contra la Sra. Lilian Noemí Insfrán Hellman, en consecuencia, condenar a la parte demandada a que en el perentorio término de 48 horas de quedar ejecutoriada la presente resolución, abone a la actora la suma de guaraníes diez y seis millones seiscientos sesenta mil doscientos veinte y cuatro (Gs. 16.660.224), de conformidad con la liquidación practicada y los fundamentos expuestos en el exordio de la presente Sentencia Definitiva. 3) Anotar...”. Expresa sus agravios a fs.155/156 de autos, sosteniendo que “El A-quo para dictar la resolución en cuestión no tuvo en cuenta las pruebas ofrecidas y el procedimiento ni las disposiciones que rigen la materia” (fs.155); que “el A-quo al dictar la resolución no ha tenido en cuenta las pruebas aportadas por mi parte, mediante las cuales se ha demostrado que la relación laboral fue interrumpida en varias ocasiones” (fs.155). Sostiene que “El extremo alegado por mi parte –interrupción de la relación laboral– se halla debida y categóricamente probado por documentos agregados a autos: Contrato Laboral, Informes del I.P.S. El Contrato Laboral, obrante a fs. 34 de autos firmado por la Srta. Susana Zayas Ruiz Díaz en enero de 2001, cuya firma ha sido expresamente reconocida por la misma, según consta a fs. 76, es un elemento probatorio respecto del cual el A-quo ha omitido pronunciarse en la sentencia. V.S. indefectible y categóricamente se debe tener en cuenta el Contrato de fecha

01 de enero de 2001 para el cómputo de la antigüedad. Interrumpida la relación laboral, no existe estabilidad. Este documento, Contrato Laboral, no ha sido impugnado en juicio, es más, ha sido expresamente reconocido por la actora, por lo que hace plena fe en juicio, y es prueba categórica del inicio de la relación laboral, no existe prueba más idónea al efecto” (fs. 155/156). Termina peticionando, se dicte resolución “revocando la resolución recurrida, por no hallarse ajustada a derecho, con costas”.

Corrido traslado, la otra parte no lo contesta, dictándose el A.I. N° 520 del 16 de diciembre de 2010, por el que se le da por decaído su derecho para hacerlo.

Estudiada la cuestión, debe decirse que la prueba de la antigüedad a la que alude el apelante, el contrato obrante a fs.34 de autos, queda enervada o desvirtuada por la confesión o reconocimiento que efectúa la misma empleadora al contestar la demanda; pues en dicha oportunidad manifiesta: “Valioso es hacer notar V.S. que la relación laboral con la actora y mi poderdante, efectivamente data del año 1992” (fs. 87); es decir reconoce en forma expresa la época de inicio de la relación laboral afirmada en la demanda; extremo que se halla además comprobado con los certificados de trabajos acompañados con la demanda, en los que se consigna como época de ingreso “02 de mayo 1992” (fs. 5); igualmente el certificado de trabajo obrante a fs.9, consigna, entre otros datos “Ingreso: Mayo 1992”. Las firmas insertas en dichos certificados, entre otras, han sido reconocidas por la Sra. Lilian Noemí Insfrán Hellman (fs. 69). Lo que sostiene respecto de éstos documentos, de que fueron expedidos a la trabajadora “a modo de favor” (fs. 38), no resta eficacia probatoria a los certificados de trabajo, menos aún cuando al contestar la demanda confiesa que la relación laboral “data del año 1992” (fs. 38), como se destacó. En cuanto al contrato de fs.34, en atención a las consideraciones precedentemente expuestas, no cabe sino concluir que la suscripción del mismo no coincidió con la época de inicio de la relación laboral; siendo celebrado con posterioridad a dicha época. La interrupción de la relación laboral que refiere la demandada, no se halla probada. Los informes del I.P.S. no constituyen elementos de prueba idóneos al efecto, cuando que los datos suministrados al ente previsional son aportados únicamente por el empleador, sin participación del trabajador, es decir, son de contenido unilateral. Así a modo de ejemplo, la misma fecha de entrada de la trabajadora que se consigna en el informe del I.P.S. “01/02/00” (fs. 96, 105) no coincide con la alegada por la misma empleadora. Tampoco la patronal produjo otras pruebas que lleven a demostrar

la interrupción del relacionamiento laboral sostenido por dicha parte. El mutuo consentimiento que afirmó existió para poner término en reiteradas ocasiones al contrato de trabajo, no fue demostrado por la empleadora; la propia demandada en el escrito de responde afirma “no existe constancia instrumental entre las partes del acuerdo” (fs. 37). Y, el mutuo consentimiento para ser admitido debe reunir los recaudos establecidos en el Art. 78 inc. “b” C.T.; su prueba debe ser pues documental. También dicha circunstancia puede ser reconocida por la trabajadora, pero ello no sucedió en el caso. En estas condiciones, no cabe sino estar a la continuidad de la relación laboral alegada por la trabajadora. Los agravios relativos a la antigüedad, no pueden así prosperar. Sin embargo, este Tribunal, analizando la liquidación de rubros y cantidades efectuada en la Sentencia en base a la antigüedad establecida en la misma, que como explicamos no quedó enervada, encuentra que los cálculos efectuados en los rubros de indemnización por despido injustificado y por falta de preaviso, no se ajustan a las disposiciones de la ley en la materia que regulan el trabajo doméstico, cuyo desempeño por parte de la actora no está controvertido. El trabajo doméstico cuenta con una regulación especial, distinta de la que rige para el trabajador común; y lo que se resuelva respecto del trabajador doméstico obviamente debe enmarcarse en las disposiciones legales pertinentes; de lo contrario, lo resuelto al margen de ellas, se enmarca en la arbitrariedad, que este Tribunal mal puede avalar. Así, la indemnización por despido injustificado se rige para la trabajadora del caso de autos por el Art. 156 del C.T., que claramente se remite al Art. 91 de ese Código para estimar dicho rubro; su monto asciende a Gs. 5.100.075, en base al salario admitido en la Sentencia de Gs. 680.000, que no fue materia de agravios. La indemnización por falta de preaviso debe estimarse de conformidad a la disposición del Art. 155 C.T., ascendiendo su monto a Gs. 340.000. Como antecedentes jurisprudenciales aplicables al caso, se citan los Acuerdos y Sentencia N°s. 56/99, 15/03; 24/07. Dichas modificaciones establecidas inciden en la indemnización compensatoria (Art. 233 C.P.T.), cuya base de estimación (20%) no fue criticada por el apelante; este rubro asciende así a Gs. 1.190.016; por lo que el monto total de la condena queda modificada en la suma de Gs. 8.500.098. La Sentencia apelada debe ser confirmada, con las modificaciones establecidas, imponiéndose las costas de esta instancia en el orden causado, en atención a la forma cómo fue resuelta la cuestión y a la incontestación del traslado pertinente. Es mi voto.

A sus turnos, los magistrados Rafael A. Cabrera Riquelme y Angel R. Daniel Cohene se adhieren al voto precedente por sus mismos fundamentos.

Con lo que terminó el acto firmando los Sres. Magistrados por ante mí de que Certifico, quedando acordada la sentencia que sigue a continuación:

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de apelación del trabajo, primera sala,

RESUELVE Confirmar la Sentencia apelada, con las modificaciones establecidas en este Acuerdo, de conformidad a los fundamentos expuestos en el mismo; quedando establecido el monto total de la condena impuesta a la empleadora, en base a dichas modificaciones, en la suma de guaraníes ocho millones quinientos mil noventa y ocho (Gs. 8.500.098). COSTAS de esta Instancia en el orden causado. Anotar, registrar, notificar y remitir copia a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Marité Espinola de Argaña, Rafael Cabrera Riquelme, Ángel Daniel Cohene.

Ante mí: Modesto Meza, Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 61

CONTRATO DE TRABAJO. Trabajador doméstico.

Constituye prueba del servicio domestico prestado por la actora, la denuncia formulada por la misma ante la Autoridad Administrativa del Trabajo. que en fotocopia autenticada presentara con su demanda.

CONTRATO DE TRABAJO. Trabajador doméstico. Legislación aplicable al contrato de trabajo.

Son aplicables a la trabajadora las disposiciones contendidas en el Capítulo que regula el trabajo domestico incurso entre los Contratos Especiales que prevé el Código Laboral, y no las normas que rigen el contrato de trabajo en general.

CONTRATO DE TRABAJO. Trabajador doméstico. Carga de la prueba.

Sobre quien alega condiciones extraordinarias del contrato de trabajo, como ser la percepción de un salario que supera el mínimo legal, pesa la carga de la prueba (Art. 43, 228 y concordantes del C.T).

Trib. de Apel. en lo Lab., Primera Sala, 27.06.11 “Felicía Espínola Paredes c/ Jorge Alberto Vacante y Ada Elizabeth López Rodas S/ cobro de Guaraníes en diversos conceptos” (Ac. y Sent. N° 61).

CUESTIÓN:

¿Está ajustada a derecho la sentencia apelada?

Practicado el sorteo de ley para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: Marité Espínola, Rafael A. Cabrera Riquelme y Angel R. Daniel @ohene.

A la cuestion planteada la magistrada Marité Espínola, dijo: Se agravia la parte demandada contra la S.D. N° 168 del 11 de diciembre de 2009, por la que se resolvió: “1) Hacer lugar, con costas, a la presente demanda promovida por la trabajadora Felicia Espínola Paredes contra Jorge Alberto Vacante y Ada Elizabeth López Rodas y, en consecuencia, condenar a los mismos, a que en el perentorio término de 48 horas de quedar ejecutoriada la presente sentencia, abone a la actora la suma de Gs. 17.749.333 (Guaraníes diecisiete millones setecientos cuarenta y nueve mil trescientos treinta y tres), de acuerdo con la liquidación practicada y los fundamentos expuestos en el considerando de la presente resolución. 2) Anotar,…”.

Expresa sus agravios a fs. 98/100 de autos, manifestando que su parte al contestar la demanda “reconoció que la actora fue contratada para servicios domésticos en el domicilio familiar de los demandados, que son esposos, donde la actora limpiaba la casa, lavaba ropas y cocinaba, tal como lo dijo en la demanda y, negó terminantemente que haya realizado trabajo alguno en la Clínica Médica del demandado. Es decir, se reconoció la relación laboral como empleada doméstica y se negó la relación laboral como empleada o trabajadora de la clínica. Así quedó trabada la litis. Habiendo quedado trabada la litis en esos términos, a la actora le correspondía probar que, además del trabajo doméstico que realizaba en el domicilio familiar de los demandados, también trabajó en la clínica médica y, esta prueba no se produjo. No hay en juicio una sola prueba de ello, y la actora ni siquiera prestó declaración jurada” (fs. 98). Sostiene que la misma actora afirmó que el trabajo que desempeñó era el de doméstica, conforme surge del formulario de denuncia que realizó y firmó la actora en la Dirección del Trabajo; que conforme surge de lo relatado en la denuncia “el despido de la actora se produjo en la cocina de la vivienda familiar de los demandados, mientras ella preparaba la sopa y por problemas domésticos y en vista de ello, la

actora empacó todas sus cosas y se retiró con sus pertenencias, lo que revela que allí en la casa tenía “todas sus cosas y pertenencias”, como lo tiene toda empleada doméstica que trabaja sin retiro” (fs. 99); que “Si la actora limpiaba la casa, cocinaba y lavaba ropas, ¿a qué hora limpiaba la clínica? No es posible saberse eso, porque en la demanda no se dijo nada al respecto y durante el juicio no se produjo una sola prueba sobre este supuesto trabajo de la actora, negada por los demandados” (fs. 99). Bajo el título de “Los agravios” el apelante sostiene: “1) Agravia a mi parte que el Juez haya considerado a la actora como una empleada de comercio, cuando que en el escrito de la demanda ella dijo que se desempeñó como empleada doméstica en la vivienda familiar de los demandados, y así consta en la instrumental de fs. 4 presentada por la parte actora. 2) Agravia a mi parte que el Juez haya practicado la liquidación de la condena, tomando como base para ello un monto superior al mínimo legal mensual, cuando que la actora no produjo una sola prueba acerca del supuesto salario percibido y, la jurisprudencia pacífica de nuestros Tribunales del Trabajo es que, cuando el actor alega haber percibido salario superior al mínimo legal, a él le corresponde tal extremo. Y esa prueba no se produjo en autos, de ninguna manera ni forma, ni se intentó siquiera probar. Por lo expuesto, de este Tribunal solicito se modifique la Sentencia recurrida, estableciéndose que el trabajo desempeñado por la actora a favor de los demandados fue de servicio doméstico y en consecuencia, se modifiquen todos los rubros de la condena, especialmente lo que hace al preaviso que debe adecuarse a la disposición del art. 155 del C.T.. Solicito también, que la liquidación final a practicarse en esta instancia, se haga en base al salario de la actora reconocido por los demandados, de Gs. 550.000 mensual y que es superior al mínimo legal mensual vigente para el servicio doméstico, al momento de la desvinculación entre partes. V.E. se servirán dictar sentencia, modificando la resolución recurrida en la forma peticionada precedentemente, con costas que solicito se impongan en el orden causado” (fs.99/100).

Corrido traslado a la otra parte, lo contesta, peticionando se confirme la Sentencia apelada en todos sus puntos, con costas.

Analizados los agravios y las constancias de autos, debe decirse que si bien los demandados al contestar la acción reconocieron la relación laboral que afirmó la actora tuvo lugar en el domicilio familiar de los mismos, desconocieron sin embargo en forma expresa la prestación de servicios de la actora en la Clínica del Sr. Jorge Vacante, extremo que también fue alegado por la Sra. Felicia

Espínola. Pero, lo que quedó demostrado en autos es el trabajo de la actora en la vivienda particular de los accionados, incursándose las tareas que afirmó realizar, de cocina y limpieza, bajo instrucciones de la Sra. Ada López (fs. 9), en el contrato de trabajo doméstico (Art. 148 C.T.). Constituye prueba del servicio doméstico prestado por la actora, la denuncia formulada por la misma ante la Autoridad Administrativa del Trabajo. Denuncia N° 1818 que en fotocopia autenticada presentara con su demanda, la cual se halla glosada a fs. 4 de autos.

En este orden, son aplicables a la trabajadora las disposiciones contenidas en el Capítulo que regula el trabajo doméstico incurrido entre los Contratos Especiales que prevé el Código Laboral, y no las normas que rigen el contrato de trabajo en general. Consecuentemente, los rubros establecidos en la sentencia, que no están controvertidos, deben ser liquidados conforme a las normas previstas para los trabajadores domésticos. Y, el salario que ha de servir de base para las estimaciones, no es el determinado en la sentencia, que resulta ser muy superior al salario mínimo legal que se prevé para ese tipo de trabajadores en el Art. 151 del C.T.. Cabe agregar, que sobre quien alega condiciones extraordinarias del contrato de trabajo, como ser la percepción de un salario que supera el mínimo legal, pesa la carga de la prueba (Art.43, 228 y concordantes del C.T.). Considero así, se esté al salario de Gs.550.000 mensuales afirmado por la parte demandada, al no quedar demostrado otro monto salarial en la causa, y que no contradice las disposiciones legales pertinentes. No puede sin embargo prosperar el agravio del apelante, de que se impongan las costas en el orden causado, al resultar condenado en la causa, aunque sea por un monto inferior al inicialmente peticionado. La liquidación de rubros y cantidades considerando la antigüedad admitida en la sentencia que no fue cuestionada por el apelante, es la siguiente:

- Indemnización por despido injustificado (Art. 91, 156 C.T.): Gs. 1.925.000
- Indemnización por falta de preaviso (Art. 155 C.T.): Gs. 275.000
- Aguinaldo proporcional (Art. 153, 244 C.T.): Gs. 244.445
- Vacaciones proporcionales (Art.154; 221 C.T.): Gs. 165.000
- Salarios impagos mayo y 10 días de junio de 2008: Gs. 733.333
- Sub total: Gs. 3.342.778
- Indemnización compensatoria (Art. 233 C.P.T., 20% que no está controvertido): Gs. 668.556
- Indemnización complementaria (Art. 82 C.T., 2 meses que no fue controvertido): Gs. 1.100.000

Total: Gs. 5.111.334

La sentencia apelada debe ser revocada parcialmente, conforme a lo expuesto, ascendiendo el total de la condena impuesta a los demandados a la suma de Gs. 5.111.334. Por la forma como se tiene decidida la cuestión, las costas de esta instancia deben imponerse en el orden causado. Es mi voto.

A sus turnos, los magistrados Rafael a. Cabrera Riquelme y Angel R. Daniel Cohene se adhieren al voto precedente por sus mismos fundamentos.

Con lo que terminó el acto firmando los Sres. Magistrados por ante mí de que Certifico, quedando acordada la sentencia que sigue a continuación:

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de apelación del trabajo, primera sala,

RESUELVE: Revocar parcialmente la Sentencia apelada, con las modificaciones establecidas en este Acuerdo, de conformidad a los fundamentos expuestos en el mismo; quedando establecido el monto total de la condena impuesta a la empleadora, en base a dichas modificaciones, en la suma de guaraníes cinco millones ciento once mil trescientos treinta y cuatro (Gs. 5.111.334). Costas de esta Instancia en el orden causado. Anotar, registrar, notificar y remitir copia a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Marité Espínola de Argaña, Rafael Cabrera Riquelme, Ángel Daniel Cohene.

Ante mí: Modesto Meza, Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 63

CONTRATO DE TRABAJO. Remuneración.

La demandada es la que debió aportar la documentación correspondiente que acredite sin lugar a dudas el monto exacto de las comisiones, en razón que la parte actora en su escrito inicial había afirmado que percibía un salario básico mas comisiones, hecho que fue negado por la demandada.

CONTRATO DE TRABAJO. Indemnización.

La indemnización complementaria es una suma equivalente al salario correspondiente a todo el tiempo que duró el juicio, pero sin poder sobrepasar el importe equivalente a un año de salario. La regla establecida en la ley es que la

indemnización complementaria sea una suma igual al total del salario correspondiente al tiempo de duración del juicio, toda vez que sea inferior a un año, pero el juez puede apartarse de esa regla por razones de equidad.

CONTRATO DE TRABAJO. Despido.

En la especie, la empleadora no negó el despido injustificado del actor sin avenirse a cumplir ni siquiera con las indemnizaciones legales pertinentes, en un juicio que lleva más de seis años de duración, por ello y otras circunstancias del caso considero equitativo que la indemnización del art. 82 sea establecida por lo menos en seis meses. Por el mismo motivo, estimo que debe confirmarse el porcentaje de la indemnización compensatoria en el 20% establecido en la sentencia.

Trib. de Apel. En lo Lab., Primera Sala, 29.06.11 “Hugo Gerónimo Adrián Talavera C/ W. Telecom S.A SAT S.A S/ cobro de guaraníes en diversos conceptos” (Ac. y Sent. N° 63)

CUESTIÓN:

¿Está ajustada a derecho la sentencia apelada?

Practicado el sorteo de ley para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: Angel R. Daniel Cohene, Miryam Peña y Lucio Ismael Portillo Mendoza.

A la cuestión planteada el magistrado cohene dijo: Que por la sentencia apelada, el Juez A-quo resolvió: “1) Hacer Lugar, a la excepción de falta de acción opuesta por la codemandada SAT Comunicaciones S.A. e imponer las costas en el orden causado de conformidad con los fundamentos expuestos precedentemente”. 2) No hacer lugar a la demanda promovida por el señor Hugo Jerónimo Adrián Talavera Martínez contra la empresa Sat Comunicaciones S.A. e imponer las costas en el orden causado de conformidad con los fundamentos expuestos precedentemente. 3) Hacer lugar, con costas a la presente demanda promovida por el señor Hugo Jerónimo Adrián Talavera Martínez contra la empresa Gav Telecommunications S.A. (ex W Telecom Paraguay S.A.; ex Gateway Telecommunications S.A.; ex Caapucú Producciones S.A.) y en consecuencia condenar a la misma, a que en el perentorio término de 48 horas de quedar ejecutoriada la presente sentencia, abone al actor la suma de G. 212.001.915 (Guaraníes doscientos doce millones un mil novecientos quince), de acuerdo con la liquidación practicada y los fundamentos expuestos en el considerando de la presente resolución. 4) Anotar...”.

Que se alza contra esta resolución el representante convencional de la parte demandada. A fs. 497/500 consta los agravios del mismo que se sintetizan de la siguiente forma. Se agravia contra salario mensual promedio diciendo que la suma de Gs. 13.000.000 , controvertido por la demandada, no ha sido demostrado en autos pues no existe ninguna sola prueba de ello. Es jurisprudencia pacífica de los Tribunales del trabajo que cuando el actor alega haber percibido una remuneración superior al mínimo legal, a él le incumbe probar tal extremo y, en el caso de autos dicha prueba no se ha producido. Los testigos del actor al ser preguntado por le monto promedio mensual de sus comisiones (pregunta 8 a fs. 253), todos ellos contestaron que no lo sabían! (fs. 254, 288 y 306). Se agregaron informes al expediente que indicarían lo que la empresa facturó desde enero a diciembre de 2004 y, como el actor ingresó en junio de ese año, tenemos que el informe de referencia es de antes del ingreso del actor al mismo, durante su corta permanencia e inclusive lo que se habría facturado después de la salida del actor. El Juez tomó la totalidad de estos informes para presumir que el monto alegado por el actor era “verosímil”. Es decir, su conclusión estuvo basada en mera suposiciones o en meras presunciones, que de ninguna manera pueden suplir la falta de pruebas por la parte actora, máxime si se tiene en cuenta que por ninguna parte consta que esos ingresos se hayan debido al trabajo del actor. Siendo así como lo es y ante la falta de prueba por parte del actor, de que el promedio mensual de su salario era la suma que alegremente se atribuyó en la demanda, no queda otra sino tomar como promedio mensual la suma de Gs. 7.171.125 reconocida por la demandada al contestar la demanda (fs. 31). Este promedio salarial mensual es superior al mínimo legal mensual vigente en el año 2004, pero es el monto reconocido por la empleadora, por lo que a falta de prueba en contrario debe estarse al mismo. Corresponde entonces que V.E. modifiquen los montos de la condena, en cuanto a la indemnización por despido, falta de preaviso, aguinaldo proporcional 2004 y saldo salario de septiembre, ajustando cada rubro a esta cifra, por así corresponder en derecho.

Se agravia igualmente por las “comisiones a cobrar” porque se haya condenado a pagar más de 53 millones de guaraníes sin fundamento legal que la sustente. En efecto, en la demanda obrante a fs. 6 de autos, el actor se limitó a decir que “no me pagaron mi salario ni la comisión devengados que totaliza la suma de Gs. 53.371.040, sin especificar nada. No dijo el actor si la comisión reclamada a que mes correspondía o en que mes o meses lo devengó ni en base

a que producción se le calculó. No dijo nada, solamente que se le debía ese monto. Y en la ampliación de la demanda a fs. 9, que es cuando tenía que decir algo al respecto, se limitó a presentar la liquidación de lo reclamado y este punto, figura como “comisión a cobrar Gs. 53.371.040” sin más ni más. Pudo haber dicho Gs. 100.000.000 total, era cuestión de decir nomás. Increíblemente, el juez le concedió este reclamo bajo el título de “liquidación de fs. 9” donde no ha ninguna liquidación que permita calcular el reclamo de pago de comisiones devengadas no sabemos cuando ni en base a que ni por cuanto tiempo. La inclusión de este rubro en la condena es absolutamente arbitraria, por carecer de sustento legal conforme a lo expuesto precedentemente, por lo que corresponde se le elimine o suprima o excluya de la condena por así corresponder en derecho.

En cuanto a la indemnización complementaria (8 meses) agravia a su parte que se la haya condenado a pagar esta indemnización, puesto que al contestar la demanda no le imputó al actor justa causa de despido que después no probó. Grande –dice– se equivocó el Juez a fs. 480 de autos, cuando dijo que imponía esta indemnización a la demandada “por haber hecho imputación de una justa causa de desvinculación que no fue probada en este juicio”. Eso es mentira pues nunca se dijo ni se hizo tal cosa. No existiendo la causa que motiva esa indemnización o, al no darse el requisito de imputación de causal de despido no justificado en juicio, que motiva su imposición, corresponde se la suprima o elimine de la condena de autos. O bien se imponga en este concepto 2 meses de salario conforme a la jurisprudencia pacífica de nuestros tribunales del trabajo. También se agravia por la imposición de la indemnización compensatoria porque su parte nada hizo para que este juicio se dilatará y, si duró mucho tiempo no fue por causa imputable a su parte sino a la administración de justicia, por lo que solicito se modifique el porcentaje establecido en la sentencia recurrida dejándolo establecido en el 5% de la condena, por así corresponder en derecho. Finalmente solicita que de la condena en esta instancia V.E. deberán descontar la cantidad de Gs. 10.000.000 que en el escrito de demanda el actor reconoció haber recibido en el momento de su desvinculación, como parte de los beneficios sociales que por ley corresponde (fs. 6). Tal la síntesis del escrito presentado por la parte demandada.

Que, por providencia de fecha 07 de marzo de 2011 este Tribunal corrió traslado de los agravios a la otra parte, quien contestó en los términos del escrito

agregado a fs. 504/505 de autos en el que solicita la confirmación de la sentencia en todas sus partes.

Que, el primer punto controvertido tiene que ver con el monto del salario del trabajador. La parte actora en su escrito inicial había afirmado que el Sr. Hugo Talavera percibía en dicho concepto el salario básico de Gs. 3.200.000 más comisiones totalizando la suma de Gs. 13.000.000, hecho negado totalmente por la demandada pues ésta afirmó que nunca el trabajador llegó a ese promedio de comisiones. Ahora bien, adhiero a la postura del Juez A-quo al indicar que la demandada es la que debió aportar la documentación correspondiente que acredite sin lugar a dudas el monto exacto de las comisiones. La abogada de la patronal había indicado que lo alegado por su parte se encontraba documentado en las planillas obrantes en las oficinas de la firma, documentación que jamás fue presentado en autos. La verosimilitud de la afirmación de la actora surge por el hecho de que el actor había facturado para la empresa empleadora en los meses de junio y agosto del año 2004 sumas que se acercaban a lo indicado en la demanda. Y al no haber la empleadora demostrado con documentos irrefutables el monto alegado por su parte, no cabe sino tener por cierto el monto del salario global denunciado por el actor que asciende a la suma expresada más arriba.

Que en cuanto al rubro “comisiones a cobrar (según liquidación de fs. 9) Gs. 53.371.040”, incluido en la liquidación practicada por el Juzgado, a mi parecer, corresponde enteramente dicho rubro, pues, como bien indica el A-quo, este monto surge del informe remitido por la firma Copaco obrante a fs. 309 al 385, ya que en el mismo se indican claramente mes a mes las ganancias generadas por la empresa en concepto de audiotexto entre los meses de enero a diciembre del año 2004 y en el periodo en el que el actor estuvo laborando para la firma, el Juez nos ha ilustrado con los montos generados para la empresa a través del trabajo para el cual fuera contratado el Sr. Talavera. Por lo tanto, en virtud a lo indicado en dicho informe y a la falta de documentación por parte de la empleadora que demuestre la cancelación de las comisiones del actor, esta Magistratura considera el monto indicado precedentemente en dicho concepto debe ser confirmado.

En cuanto a las indemnizaciones compensatoria y complementaria, considero conveniente que las mismas sean reducidas a dos meses de salario y al 15% respectivamente por razones de equidad, pues, los montos y porcentajes aplica-

dos en primera instancia me parecen exagerados, por lo que deben reajustados a sus justos límites. Asimismo, tal como lo indica el apelante, el actor había dicho en su escrito inicial de demanda que había percibido la suma de Gs. 10.000.000 al término de la relación laboral. Este monto no fue descontado de la liquidación practicada en la sentencia, por lo que en estas condiciones corresponde deducir esa suma de la condena establecida en autos. En consecuencia, la liquidación de haberes y beneficios sociales correspondiente al Sr. Hugo Talavera queda de la siguiente manera: Indemnización por despido injustificado: Gs. 6.500.000 + Indemn. Por falta de preaviso (30 días): Gs. 13.000.000 + Aguinaldo proporcional: Gs. 7.330.556 + Saldo de salario del mes de septiembre de 2004: Gs. 9.800.000 + Comisiones a cobrar (según liquidación de fs. 9): G. 53.371.040 = Sub-total: 90.001.596 – Suma recibida por el actor: Gs. 10.000.000 = Saldo: G. 80.001.596 + Indemn. Compensatoria, 15%: Gs. 12.000.239 + Indemn. Complementaria, 2 meses de salario: Gs. 26.000.000 = TOTAL: G. 118.001.835. Son guaraníes ciento diez y ocho millones un mil ochocientos treinta y cinco. Finalmente, en cuanto a las costas en esta instancia serán impuestas en el orden causado. Es mi voto.

A su turno, la magistrada Miryam Peña, dijo: Coincido con la opinión del colega Ángel Daniel Cohene salvo en lo referente a las indemnizaciones de los arts. 82 del C.T. y 233 del C.P.T.

Respecto a la primera, el Art. 82 del C.T., dice: “En caso de imputación de una justa causa de despido que no fuera judicialmente probada, el trabajador tendrá derecho, (...) a una indemnización complementaria, equivalente al total de salarios desde que presentó su reclamación judicial hasta que la Sentencia quede ejecutoriada, salvo que la autoridad de aplicación, fundada en la equidad, decida reducir el monto. Este en ningún caso podrá exceder del importe equivalente a un año de salario”. De los términos de esta disposición surge que la indemnización complementaria es una suma equivalente al salario correspondiente a todo el tiempo que duró el juicio, pero sin poder sobrepasar el importe equivalente a un año de salario. Esta es la regla, que sin embargo puede ser morigerada por el juzgador por razones de equidad. Dicho de otra manera, la regla establecida en la ley es que la indemnización complementaria sea una suma igual al total de salario correspondiente al tiempo de duración del juicio, toda vez que sea inferior a un año; pero el juez puede apartarse de esa regla por razones de equidad. Debe reconocerse, sin embargo, que en la práctica se ha

tergiversado esa regla, aplicándose la excepción como la regla, pues, lo normal es que de una manera general casi automática y sin explicación, se establezca en uno o dos meses, como ocurre en el caso en estudio. Como vengo diciendo, esa práctica debe revertirse, debiendo establecerse la referida indemnización de acuerdo a las particularidades específicas que presenta el caso, con ello se desalentaría alongaderas caprichosas e injustificadas del juicio (Ac. y Sent. N° 10 /2010).

En la especie, la empleadora no negó el despido injustificado del actor sin avenirse a cumplir ni siquiera con las indemnizaciones legales pertinentes, en un juicio que ya lleva mas de seis años de duración, por ello y otras circunstancias del caso considero equitativo que la indemnización del art. 82 sea establecida por lo menos en seis meses. Por el mismo motivo, estimo que debe confirmarse el porcentaje de la indemnización compensatoria en el 20% establecido en la sentencia. Es mi voto.

A su turno, el magistrado Lucio Ismael Portillo Mendoza se adhiere al voto de la Magistrada Miryam Peña por sus mismos fundamentos.

Con lo que terminó el acto firmando los Sres. Magistrados por ante mí de que Certifico, quedando acordada la sentencia que sigue a continuación:

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y sus fundamentos, el

Tribunal de Apelación del Trabajo, Primera Sala,

RESUELVE: Confirmar, con costas, la sentencia apelada, con la modificación del monto de la condena; la que queda establecida en la suma de guaraníes ciento ochenta y seis millones mil novecientos quince (Gs. 186.001.915); de conformidad con lo expuesto en el Acuerdo que antecede. Anotar, registrar y remitir copia a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Miryam Peña, Lucio Ismael Portillo, Ángel Daniel Cohene.
Ante mí: Modesto Meza, Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 65

CONTRATO DE TRABAJO. Despido.

Quedó demostrado lo alegado por la demandada en su contestación de la demanda “el uso o apropiación en su provecho de la suma de Gs. 220.300, dinero que pertenecía al colegio y el cual hasta ahora no fue devuelto, a lo que debe estarse al no hacer referencia alguna la demandante sobre la razón del uso de dicha suman para justificarla ni en su demanda, ni al absolver posiciones, ni en el transcurso del juicio dio explicación alguna al respecto, por lo que constituye una falta grave alegada y como tal causal de despido.

CONTRATO DE TRABAJO. Despido. Horario de trabajo.

En relación al horario, el fundamento de la empleadora, de que el “horario de trabajo de la actora era realmente promiscuo” más bien evidencia su falta en determinar o precisarlo y no podría limitarse a la marcación de la tarjeta de entrada y salida; ya que es el contrato de trabajo, donde las partes convienen las cláusulas, el idóneo para acreditarlo y constituye una garantía de cumplimiento para ellas, en consecuencia debe estarse a la jornada de trabajo alegada por la trabajadora y el reajuste salarial.

Trib. de Apel. en lo Lab., Primera Sala, 05.07.11 “Leslie Paola Ovelar C/ Esc. Norma Oregioni prop. del Colegio Privado América y Responsables S/ Cobro de Guaraníes en Diversos Conceptos” (Ac. y Sent. N° 65).

CUESTIÓN:

¿Está ajustada a derecho la sentencia apelada?

Practicado el sorteo de ley para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: Rafael A. Cabrera Riquelme, Angel R. Daniel Cohene y Marité Espínola.

A la cuestión planteada el magistrado Rafael A. Cabrera Riquelme, dijo: Se agravia la parte demandada contra la S.D.N° 106 del 11-VI-10, por la cual se ha resuelto: “1) Hacer efectivo el apercibimiento establecido en el artículo 161 del C.P.T. y en consecuencia tener por ciertas las afirmaciones de la actora, en razón de que la parte demandada no ha presentado en autos los libros laborales de tenencia obligatoria para todo empleador. 2) Hacer lugar, con costas, a la presente demanda promovida por la trabajadora Leslie Paola Ovelar contra la señora Norma Renee Oreggioni Páez, y en consecuencia condenar a la misma, a que en el perentorio término de 48 horas de quedar ejecutoriada la presente

sentencia, abone a la trabajadora la suma de Gs. 17.290.542 (Guaraníes diecisiete millones doscientos noventa mil quinientos cuarenta y dos), de acuerdo con la liquidación practicada y los fundamentos expuestos en el considerando de la presente resolución. 3) Anotar,...”. Lo hace en los términos del escrito a fs. 272/276; expresando, entre otras cosas, que en cuanto a la causal del inc. “f” del Art. 81 C.T. el razonamiento del Juez resultó errado y agravia a mi parte, pues ha demostrado que la trabajadora ha ocasionado perjuicios materiales relacionados con el manejo del dinero que la misma hacía de los fondos que recibía de los alumnos por el cobro de las cuotas que realizaba, que la misma trabajadora lo ha reconocido expresamente en la contestación a la Sexta Posición de la absolución de posiciones obrante a fs. 171 de autos; Que, la trabajadora reconoció las firmas obrantes en el Memorandum de fecha 23 de agosto de 2006 que obra a fs. 28 y por lo tanto su contenido, según el cual la actora hace una rendición de cuentas y reconoce que distrajo para sí la suma de Gs. 220.300 del dinero de propiedad de la demandada, más una suma de Gs. 200.000 que se había devuelto por parte de la Prof. Ramona Bogarín; ocasionando así un perjuicio material a su parte, pues no fueron devueltos y por ende el análisis y conclusión del A-quo resultaron errados perjudicándolo; la rendición debió ser estudiada conjuntamente con los documentos de fs. 29, 30 y 31; Que, el Juez también desestima la causal del inc. “n” del Art. 81 C.T. que también le agravia en base al hecho comprobado y esgrimido precedentemente: Cómo no perder confianza en una empleada que percibía suma con los cuales el Colegio se sustentaba y que distrajo para sí parte de ese dinero; se ha demostrado que la accionante era una empleada administrativa y asimilación que hace el Juzgado con una cajera de supermercado no tiene correspondencia (cajera y secretaria administrativa), resultando errada la consideración blandida en la sentencia de que no se demostró el hecho generador de la pérdida de confianza; Que, la testigo de fs. 183 describió objetivamente las tareas desempeñadas por la actora; por lo que evidentemente se debió concluir que se ha probado las causales de los incs. “f” y “n” del Art. 81 C.T. para dar por terminado justificadamente el contrato de trabajo, debiendo ser revocada la sentencia; Que, agravia a su parte la conclusión sobre el horario de trabajo al haber demostrado que el horario era promiscuo, pues, ha adjuntado tarjetas de marcación de entrada y salida de personal que rolan a fs. 15 a 18 vlto. donde se delata la desprolijidad en el cumplimiento del horario de trabajo de la misma, pues su horario de entrada promediaba las 15:00 hs. y su

salida a la 20:00 hs.. Hace referencia al salario percibido conforme a dicho horario e incluso a las horas extras, señalando que solo trabajaba 25 horas semanales y concluir que no corresponde el reajuste de salario aducido por la actora. Que, se agravia respecto a la antigüedad ya que la misma actora presentó con la demanda a fs. 3 el contrato que si bien su parte impugnó, la actora al presentarlo de dá autenticidad del cual surge que su antigüedad data del 18-VII-05 y no el 15-III-05 como concluye el magistrado inferior, siendo otro error del Juzgador; Que, al contestar la demanda realizó una liquidación de dos rubros, depositando en autos y retirado por la actora por medio de un cheque judicial, entonces –dice– no existe retardo en el incumplimiento, por lo que constituye un error condenar a su parte a pagar la indemnización compensatoria. Asimismo, habiendo probado su parte la imputación de justa causa de despido no corresponde la condena a la indemnización compensatoria; Que, igualmente se condena a su parte al pago del aguinaldo proporcional/2005; pero a fs. 22 obra la liquidación cuya firma fue reconocida por la actora, conforme a la cual percibió la suma de Gs. 580.833 en dicho concepto, resultando una evidente injusticia la condena. Asimismo, como se ha señalado, se ha depositado y retirado por la actora el aguinaldo/2006 y el salario por 23 días de agosto/2006 (fs. 134); por lo que la decisión de pagarlos nuevamente deviene improcedente. Además, en razón de que los empleados administrativos de las instituciones de enseñanza tienen sus vacaciones de invierno y de verano (junio y enero), no corresponde el pago de las vacaciones causadas y menos las proporcionales. Termina solicitando sea revocada la sentencia apelada, con costas.

La otra parte contesta los agravios en los términos del escrito de fs. 278/281; solicitando sea confirmada la sentencia apelada, con costas.

En cuanto a los perjuicios materiales que relaciona con la causal del inc. “f” del Art.81 C.T., si bién de la posición sexta no se infiere cuanto afirma, ya que una cosa es el reconocimiento de los perjuicios, que no se dio en dicha posición como sostiene la recurrente, y otra la de “cobrar las cuotas de alumnos” que es lo que reconoce; sin embargo, con la documentación de fs. 28, el memorándum del 23-VIII-06, que fue reconocido en juicio conforme acta de fs. 167, quedó demostrado lo alegado por la demandada en su contestación de demanda “el uso o apropiación en su provecho de la suma de Gs. 220.300, dinero que pertenecía al colegio y el cual hasta ahora no fue devuelto (fs. 114); a lo que debe estarse al no hacer referencia alguna la demandante sobre la razón del uso de dicha suma

para justificarla, ni en su demanda, ni al absolver posiciones, ni en el transcurso del juicio dio explicación alguna al respecto; por lo que constituye una falta grave la alegada y como tal causal de despido. En estas condiciones, debe admitirse el despido justificado alegado por la empleadora, correspondiendo revocar la sentencia parcialmente, desestimando las indemnizaciones reclamadas en este orden, como sus accesorias: la complementaria y las vacaciones proporcionales. Cabe agregar que, admitida la existencia de la causal anotada precedentemente, resulta inocua considerar las demás.

Respecto a la antigüedad, se agravia afirmando que la misma actora presentó el contrato de fs.3 y aunque su parte haya impugnado, en él consta la fecha de su celebración el 18-VII-05; pero, en el mismo documento que la agraviada pretende hacer valer consta como “Fecha de Ingreso del Trabajador: 15-03-2005”; que fue la que tomó el Juzgado; en estas condiciones, mal podría pretender la demandada, al hacer valer dicho documento, otra antigüedad que la que se refiere a la “Fecha de Ingreso del Trabajador”.

En relación al horario, el fundamento de la empleadora, de que “el horario de trabajo de la actora era realmente promiscuo” más bien evidencia su falta en determinar o precisarlo y no podría limitarse a la marcación de la tarjeta de entrada y salida; ya que es el contrato de trabajo, donde las partes convienen las cláusulas, el idóneo para acreditarlo y constituye una garantía de cumplimiento para ellas. En consecuencia, debe estarse a la jornada de trabajo alegada por la trabajadora y el reajuste salarial como concluyó el Juzgado.

Se agravia igualmente respecto del aguinaldo/2005; y en este sentido, surge haber demostrado el pago en dicho concepto, la suma de Gs. 580.833 con la documentación glosada a fs. 22, que fue reconocida en juicio. Pero, ante el monto salarial que concluyó el Juzgado, ajustado a derecho, existe una diferencia que asciende a Gs. 384.838; por el cual debe prosperar el reclamo, modificándose en dicha suma el rubro de aguinaldo/05. En cuanto al aguinaldo/06 y el salario impago por 23 días, surge de autos que por A.I. N° 900 del 28-XII-06 (fs.135) se libró orden de pago a nombre de la actora por la suma de Gs. 1.182.192; depositado en concepto de salario por 23 días de VIII-06 Gs. 590.333 y de aguinaldo proporcional/06 Gs. 591.861; retirados por la actora conforme recibo de fs. 134 vlto.. En consecuencia, estos montos deben ser descontados de lo liquidado en tales conceptos en la sentencia, resultando una diferencia de Gs. 344.843 respecto del rubro salario VIII-06 y de Gs. 221.336 respecto del rubro aguinaldo

proporcional/06; montos éstos en los que debe quedar modificada la sentencia. En relación a las vacaciones causadas quienes más bien podrían alegar contar con ellas en los meses de junio y enero –vacaciones de invierno y de verano– en una Institución de Enseñanza, son los docentes; pero generalmente los empleados administrativos están sometidos a otro régimen y la empleadora no demostró lo que alegó en este sentido; por lo que la sentencia debe ser confirmada al respecto. Igualmente, debe ser confirmada en relación a la indemnización compensatoria, ya que por la forma como se tiene resuelta la cuestión fue necesaria la promoción de la demanda por la trabajadora en base a los rubros que le fueron negados, ajustándose a la previsión del Art. 233 del C.P.T.

De conformidad con lo expuesto, corresponde modificar la liquidación establecida en la sentencia dejándola como sigue: Aguinaldo/05, Gs.384.838; Aguinaldo/06 Gs. 221.336; Vacaciones causadas Gs. 487.918; Salario impago, 23 días VIII-06, Gs. 344.843; Reajuste de salarios (10 meses), Gs. 4.497.950; Indemnización compensatoria (20% sobre obligaciones incumplidas) Gs. 1.187.377. Total Gs. 7.124.262. Suma ésta en la que debe quedar modificado el monto de la condena. En cuanto a las costas, por la forma como se tiene resuelta la cuestión, la revocatoria parcial, corresponde sean impuestas en el orden causado. Es mi voto.

A sus turnos, los magistrados Angel R. Daniel Cohene y Marité Espínola se adhieren al voto precedente por sus mismos fundamentos.

Con lo que terminó el acto firmando los Sres. Magistrados por ante mí de que Certifico, quedando acordada la sentencia que sigue a continuación:

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de apelación del trabajo, primera sala,

RESUELVE: Revocar, parcialmente, la sentencia apelada y, en consecuencia, Modificar el monto de la condena, dejándola establecida en la suma de guaraníes siete millones ciento veinte y cuatro mil doscientos sesenta y dos (Gs.7.124.262); de conformidad y con el alcance expresado en el exordio de la presente resolución. Imponer las costas de esta Instancia en el orden causado. Anotar, registrar y remitir copia a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Marité Espínola de Argaña, Rafael Cabrera Riquelme, Ángel Daniel Cohene.

Ante mí: Modesto Meza, Actuario Judicial.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 71

PODER EJECUTIVO. Procurador General de la República.

En toda acción en que puede verse comprometidos intereses patrimoniales de la República como sucede en el caso en que el Banco accionado es una institución estatal el Procurador General de la República debe inexorablemente integrar la litis.

CONTRATO DE TRABAJO. Despido.

Al soslayarse el mandato constitucional del art. 246, al haberse obviado integrar la litis con el Procurador, quien representa judicialmente los intereses patrimoniales de la República, corresponde revocar la sentencia dictada en la causa, decisión que no tiene alcance de cosa juzgada material sino formal.

BIENES PRIVADOS DEL ESTADO.

Cuando se trata de asegurar los intereses de la República de ninguna manera debe primar un criterio restrictivo sino todo lo contrario debe darse la amplitud señalada, con mayor razón cuando el pueblo duda de la buena administración de la cosa pública.

Trib. de Apel. en lo Lab., Primera Sala, 18.07.11 “Teódula Ortiz Jara c/ Banco Nacional De Fomento S/ reconocimiento de antigüedad cobro de guaraníes y otros” (Ac. y Sent. N° 71)

CUESTIÓN:

¿Está ajustada a derecho la sentencia apelada?

Practicado el sorteo de ley para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: Marite Espinola, Ángel R. Daniel Cohene y Rafael A. Cabrera Riquelme.

A la cuestión planteada la magistrada Marité Espinola, dijo: Se agravia la parte actora contra la S.D.N° 149 del 14 de Octubre de 2009, por la que se resolvió: “1) Hacer efectivo el apercibimiento establecido en el artículo 161 del C.P.T. y en consecuencia tener por ciertas las afirmaciones de la actora, en razón de que la parte demandada no ha presentado en autos los libros laborales de tenencia obligatoria para todo empleador. 2) Hacer Lugar, Parcialmente y con costas, a la presente demanda promovida por la trabajadora Teódula Ortiz Jara Contra el Banco Nacional de Fomento, y en consecuencia establecer que la empleadora tiene demostrada como fecha de inicio de la relación laboral el mes de marzo del año 1973, fecha desde la cual deberá contarse la acumulación de

su antigüedad, de acuerdo con los fundamentos expuestos en el considerando de la presente resolución. 3) Anotar,...”. Expresa sus agravios a fs.105/107 de autos, que se refieren al horario de trabajo admitido en la sentencia, en base a lo alegado por la Institución demandada. Critica asimismo, que el Juez le haya denegado a la actora los rubros demandados de reajuste salarial, reajuste de aguinaldo año 2005; vacaciones causadas periodos 2004/2005 y 2005/2006. Sostiene que la demanda fue admitida solamente en el sentido de reconocer la antigüedad de la actora, pero, que los rubros detallados mas arriba fueron rechazados por el Juez, a pesar de estar probado en autos que los mismos correspondían, dice.

Corrido traslado, la otra parte no lo contesta, dictándose el A.I.N°391 del 30 de setiembre de 2010, por el que se le dio por decaído su derecho para hacerlo.

Analizada la cuestión, cabe destacar primeramente que el Banco Nacional de Fomento es una Institución del Estado; y este Tribunal fundado en la clara disposición del Art.246 de la Constitución Nacional, que prescribe: “Son deberes y atribuciones del Procurador General de la República: 1-Representar y defender, judicial o extrajudicialmente, los intereses patrimoniales de la República...”, entiende que en toda acción en que pueden verse comprometidos intereses patrimoniales de la República, como sucede en el caso en que el Banco accionado es una institución estatal, el Procurador General de la República debe inexorablemente integrar la litis. De las constancias de autos surge sin embargo que ello no se dio en el caso; por lo que al soslayarse el mandato constitucional contenido en la norma de referencia, al haberse obviado integrar la litis con el Procurador, quien representa judicialmente los intereses patrimoniales de la República, corresponde revocar la sentencia dictada en la causa; decisión que no tiene alcance de cosa juzgada material sino formal. Se trae a colación como precedentes jurisprudenciales los Ac. y Sent. N°s 116/06; 104/09; 12 del 15 de febrero de 2010, entre otros; en los que también este Tribunal concluyó que cuando se trata de asegurar los intereses de la República de ninguna manera debe primar un criterio restrictivo sino todo lo contrario, debe darse la amplitud señalada, con mayor razón cuando el pueblo duda de la buena administración de la cosa pública. Las costas de ambas instancias deben ser impuestas en el orden causado, en atención a la forma como fue decidida la cuestión. Es mi voto.

A sus turnos, los magistrados Ángel R. Daniel cohene y Rafael A. Cabrera Riquelme se adhieren al voto precedente por sus mismos fundamentos.

Con lo que terminó el acto firmando los Sres. Magistrados por ante mí de que Certifico, quedando acordada la sentencia que sigue a continuación:

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación del Trabajo, Primera Sala,

RESUELVE : Revocar la sentencia, por los fundamentos expuestos en este Acuerdo.

Costas de ambas Instancias en el orden causado. Anotar, registrar y remitir copia a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Marité Espínola de Argaña, Rafael Cabrera Riquelme, Ángel Daniel Cohene.

Ante mí: Modesto Meza, Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 4

CONTRATO DE TRABAJO. Huelgas y otros conflictos colectivos de trabajo.

La mera alegación de la empresa que haya pagado lo acordado tanto en el CCCT; el Reglamento Interno y los acuerdos paralelos, no es suficiente para desacreditar las causas alegadas por los trabajadores y que motivaron la declaración de huelga. (Voto de la Minoría).

HUELGA. Calificación de la huelga.

Los hechos que implican incumplimientos del CCCT y reglamento interno deben ser expuestos claramente y en su caso deben ser claramente probados. De no ser así, se permitiría que la huelga se utilice como una presión injusta para modificar anticipadamente el acuerdo concertado infringiéndose el principio de buena fe, que inspira tanto la contratación individual como la colectiva. (Voto de la mayoría).

CONTRATO DE TRABAJO. Huelgas y otros conflictos colectivos de trabajo.

Si no se determinan ni se aclaran los hechos que implican el incumplimiento de las cláusulas normativas, se limita el derecho de defensa de la empresa,

dado que la pone en dificultad para aceptar o negar las faltas que se le imputan, y más aún, se le dificulta la producción de pruebas que desmientan tales imputaciones, sobre todo por tratarse de conflictos que exigen pronta solución, ya sea por vía del dialogo y conciliación como por vía jurisdiccional. (Voto de la mayoría).

HUELGA. Finalidad de la huelga.

La huelga tiene por finalidad ejercer presión sobre los patrones para que accedan a las exigencias de los trabajadores y por tanto, una vez satisfecha las reclamaciones o cumplidos los fines perseguidos, deben levantarse en huelga y reanudarse el trabajo. (Voto de la mayoría).

HUELGA. Finalidad de la huelga.

La huelga no constituye en sí una finalidad, sino un medio para alcanzar ciertos objetivos. De ahí que se privilegian para poner fin al litigio que suscitó la huelga los procedimientos conciliatorios y de diálogos entre las partes. Por eso en la comunicación de la declaración de huelga a la A.A.T y al empleador debe figurar la nómina de los negociadores y desde el momento que se haga esa comunicación (por lo menos 72 hs. De antelación) la ley dice que quedará instalada una Comisión Bipartita que buscará la conciliación de los intereses (Art. 364 C.T). (Voto de la mayoría).

HUELGA. Justificación de la medida de huelga. Requisitos de la huelga.

Toda conciliación exige que se conozca con precisión las reclamaciones de los huelguistas, lo que en este caso no cumplieron los sindicatos demandados, actitud que revela el poco ánimo conciliatorio de los mismos, en contradicción con los fundamentos del derecho de huelga. (Voto de la mayoría).

HUELGA. Declaración de ilegalidad de la huelga.

La enumeración de las causas de ilegalidad establecida en el Art. 376 C.T no es taxativa. "Ilegal" significa contrario a la ley, por ello cuando el derecho de huelga se ejerce fuera del marco legal la huelga es ilegal. (Voto de la mayoría).

HUELGA. Declaración de ilegalidad de la huelga.

La comisión de actos de violencia durante el desarrollo de la huelga no puede ser indiferente a los fines de su calificación, ante la clara disposición del 361 C.T que proscribe la comisión de actos de violencia en el desarrollo de la huelga. Eso sí, por el solo hecho de que se produzcan actos o manifestaciones de hostilidad contra personas o propiedades, no ha de concluirse por la declaración

de ilegitimidad de la huelga, sino en cada caso concreto y con relación a los hechos producidos debe calificarse la huelga. (Voto de la mayoría)

HUELGA. Declaración de ilegalidad de la huelga.

No fueron demostrados claramente los incumplimientos de los compromisos contractuales atribuidos por los sindicatos a la empresa; a lo que se suman los actos de violencia protagonizados durante el desarrollo de la huelga; por todo lo cual concluyo que corresponde declarar ilegales las huelgas en cuestión, de conformidad con los Art. 366 con 376 y 361. Del C.T. (Voto de la mayoría).

Trib. de Apel. en lo Lab., Segunda Sala, 16.02.11 “Friasa S.A c/ Sindicato de Trabajadores de Friasa (SITRAFRIASA) y otros s/ calificación de huelga”. (Ac. y Sent. N° 04).

CUESTIÓN:

¿Está ajustada a derecho la resolución apelada?

Conforme al sorteo de ley, dio como resultado el siguiente orden: Concepción Sánchez, Miryam Peña y Guido R. Cocco.

A su turno, la juez Concepción Sánchez, dijo: La sentencia apelada, resolvió: 1) No Hacer Lugar, a la demanda de declaración de ilegalidad de huelga promovida por la empresa Friasa S.A. contra el Sindicato de Trabajadores De Friasa (SITRAFRIASA) y el Sindicato de Obreros y Empleados De Friasa (SOEF), de conformidad con los fundamentos expuestos en el exordio de la presente sentencia. 2) Calificar las huelgas declaradas y ejecutadas por los trabajadores de la empresa Friasa S.A., entre el 21 al 31 de octubre de 2010, entre el 31 de octubre al 20 de noviembre de 2010, y entre el 20 de noviembre al 20 de diciembre de 2010, como realizadas legalmente, de conformidad con los fundamentos expuestos en el considerando de la presente sentencia. 3) Imponer, las costas a la parte perdedora. 4) Anotar,...

El representante convencional de la empresa, Abogado Agustín Olazar Villar expresó sus agravios contra la referida sentencia en los términos del escrito agregado a fs. 417/463. En la extensa presentación, el apelante transcribió gran parte de su escrito inicial en el que solicitó la calificación de la huelga declarada por el Sindicato de Trabajadores (SITRAFRIASA) en contra de la empresa Friasa S.A. No obstante de la lectura de dicha presentación es posible concluir que sus agravios se centran puntualmente en los siguientes: 1. Violación por parte del juez de los principios de legalidad y congruencia 2. Inexistencia de pronunciamiento sobre todos los hechos y derechos alegados en la deman-

da. 3) Ejercicio abusivo del derecho de la huelga; 4) Inexistencia de incumplimientos del CCT por parte de la empresa.

1. Violación de los principios de legalidad y congruencia. El apelante arguyó que el juez incurrió en violación de estos principios al no haber considerado los hechos de violencia materializados por los huelguistas, para calificar de ilegal la huelga declarada por éstos.

Con relación a este reclamo del apelante, cabe señalar que en la sentencia el juez se refirió expresamente a este hecho, explicando su posición respecto a los actos de violencia ejercidos durante la huelga y denunciados por la patronal, afirmando que los mismos son de "...responsabilidad personal y exclusiva de sus autores y en tal carácter pasan directamente a la justicia penal". Esto no significa desconocer ni justificar la utilización de la violencia durante la huelga, expresamente prohibida por nuestra legislación que tiene bien reglamentados los derechos y obligaciones de trabajadores y empleadores, antes de iniciar la huelga, durante el tiempo que dure la misma y después de culminada ésta, en el Título IV, Capítulo I del CT. En autos fueron agregadas las denuncias de hechos de violencia supuestamente protagonizados por los trabajadores y existen constancias de la intervención del representante de la Unidad Fiscal quien incluso imputó a los responsables por los ilícitos que le fueron atribuidos por la patronal, quien a su vez como consecuencia, inició demanda por justificación de despido contra varios de sus dependientes. Todo lo cual permitirá que en el momento procesal oportuno se determine el o los responsables de los hechos violentos denunciados por la patronal y en su caso, la sanción que corresponda a los mismos. (ver fs. 55/58; 75/79; 94/111; 112/113); 187/188, 189/190.

2. Inexistencia de pronunciamiento sobre todos los hechos y derechos alegados en la demanda. Este es otro hecho señalado por el apelante como violación del principio de congruencia. En este punto el apelante alega que la empresa al solicitar la calificación de la huelga no se basó únicamente en la utilización de la violencia en el ejercicio de la huelga sino también en el abuso de ese derecho por parte de los huelguistas, quienes no han agotado los medios de solución pacífica previstos en el art. 4° del contrato colectivo, afirmó.

La citada norma estableció la creación de una Comisión Paritaria integrada por representantes de la Empresa y por tres miembros de cada sindicato, cuya función fue la de buscar la solución pacífica por las vías de la negociación de las cuestiones que se susciten entre las partes; aplicar siempre las vías de

negociación directa, verbal o escrita para la búsqueda de soluciones a las cuestiones relativas a la aplicación y/o interpretación de las leyes laborales, así como en los litigios o cuestiones derivados del trabajo.

Las partes concuerdan que efectivamente la Comisión Paritaria fue creada tal cual se estableció en la norma citada; la queja de los trabajadores es simplemente que la Empresa no hizo funcionar ésta Comisión ante los reclamos permanentes de los mismos respecto de la ayuda alimenticia y recategorización lo que significó el incumplimiento de los artículos: 4, 4.1, 4.2, 4.3, 4.4, 5, 9, 10 y 16 del CCCT y 16, 60 y 61 del Reglamento Interno.

De constancias de autos se evidencia que los Sindicatos remitieron reiterados pedidos a la empresa para que ésta cumpla con los compromisos asumidos con los mismos (ver fs. 315, 319, 320 y 321). Incluso se han firmado acuerdos como el que consta en el acta de fecha 26 de marzo de 2009 agregada a f. 26, donde la empresa se comprometió a abonar la cantidad de Gs. 325.000 en concepto de asistencia alimenticia a varios trabajadores individualizados por sus nombres. Pero no hay constancia de que la empresa cumplió con su parte. Prueba de ello es que en oportunidad de la Audiencia de Sustanciación del presente juicio, el abogado de los trabajadores ratificó los reclamos de los mismos manifestando que "... hace reserva de presentación de vales y recibos de salarios de todos los trabajadores en huelga y que hacen alusión a los reclamos de reajuste salarial, recategorización y ayuda alimentaria y que obran en poder de la Central Nacional de Trabajadores y de la CUT, que serán presentados al expediente en el transcurso del día de mañana" (ver fs. 328 vlto.). Por su parte la parte actora no acompañó, con su escrito inicial de calificación de huelga, como era su obligación, la documentación que acredita haber dado cumplimiento al CCCT (arts. 9º y 11) y los acuerdos paralelos sucritos con sus trabajadores (ver fs. 26, 27). Fueron los demandados quienes presentaron los recibos agregados a fs. 349/358 en los que consta el rubro pagado en concepto de AA (Asistencia Alimentaria) a alguno de sus dependientes, 9 en total. El apelante afirmó que la empresa Friasa S.A. cuenta con "...520 obreros, y dos sindicatos afiliados en dos grandes centrales sindicales...(f.460) pero al no haber presentado la documentación que acredite haber pagado a todos el rubro de ayuda alimentaria, o el monto en concepto de recategorización, no resta sino dar por ciertas las afirmaciones de los trabajadores, quienes aseguraron que la empresa no pagó a todos los montos acordados en tales conceptos. Esta conclusión se halla reforza-

da con el acta de fecha 14 de julio de 2009 agregada a f. 316, en la que los trabajadores dejaron constancia de la falta de pago de la ayuda alimenticia; diferencia salarial; 30% de las horas mixtas para el personal de limpieza fijándose una nueva reunión para el día 17 de julio de 2009 a fin de continuar con los temas tratados en la misma.

Con relación a la recategorización a fojas 315 se encuentra agregada el acta de fecha 09 de julio de 2009 suscrita por la empresa con representantes de ambos sindicatos oportunidad en la que las partes acordaron la lista de trabajadores a ser recategorizados, lamentablemente no hay constancia de que la patronal efectivamente haya pagado lo acordado en concepto de recategorización. La mera alegación de la empresa de que cumplió con lo acordado tanto en el CCCT; el Reglamento Interno y los acuerdos paralelos, no es suficiente para desacreditar las causas alegadas por los trabajadores y que motivaron la declaración de huelga, cuando, reitero no se demostró que efectivamente se pagó esos rubros. Los sucesivos pedidos de la empresa de constituir nuevas comisiones con la finalidad de verificar la documentación pertinente luego de iniciada la huelga, tampoco desacredita los reclamos de los trabajadores. Tampoco se ajusta a la verdad la afirmación del apelante de que los sindicatos se negaron a la solicitud de la empresa en el sentido de integrar una comisión revisora cuya función era la de revisar los documentos en poder de la empresa. En efecto a f.19 se encuentra agregada el Acta del 27/10/2010, en la que quedó asentada la Reunión entre los Sindicatos, la AAT, los representantes y Asesor jurídico de la empresa, Representantes de la CUT y CNT, Representante de la Cámara de Senadores en la que la patronal propuso a los sindicatos, la formación de una Comisión Revisora para verificar documento por documento la existencia o no de esos supuestos incumplimientos y se fije días y horas de reunión de esa comisión Revisora, propuesta que fue aceptada por los gremios quienes en la oportunidad se ratificaron en el incumplimiento de los artículos citados y dejaron constancia de que mientras no exista un acuerdo firmado entre la partes, respecto a las soluciones referentes a las denuncias, los sindicatos seguirán la medida de fuerza.

Lo cierto y lo concreto es que solo después de recibir la comunicación de la declaración de huelga, la empresa activó los medios para evitar la medida de fuerza, pero no lo consiguió, ya que se limitó a negar las causales alegadas por los trabajadores proponiendo nuevas comisiones revisoras, cuando era mucho

más fácil y efectivo poner a disposición de los sindicatos los recibos de pagos que demuestren que cumplieron con lo acordado. Esto es tan cierto que incluso en sede judicial, no acompañó la documentación que pruebe haber cumplido con los reclamos de los sindicatos, conforme lo tengo señalado precedentemente.

En conclusión, no se ajusta a la verdad la afirmación del apelante de que los huelguistas no agotaron los medios pacíficos de solución de conflictos antes de iniciar la huelga. Quedó demostrado que la Empresa no paso de promesas y acuerdos que en la realidad no fueron cumplidos y que motivaron la medida de fuerza protagonizada por ambos sindicatos.

3) Ejercicio abusivo del derecho de la huelga. El apelante se queja porque los huelguistas no han demostrado los supuestos incumplimientos atribuidos a la patronal que ofreció la revisión conjunta y varios otros medios de solución de los posibles conflictos pero que los sindicatos no quisieron aceptar en forma injustificada.

Como tengo señalado con anterioridad la empresa solo tenía que cumplir lo acordado tanto en el CCCT como en los acuerdos paralelos v.g. lo prometido en el acta de fecha 26 de marzo de 2009 de f. 26 de suerte a evitar la medida de fuerza que fue declarada precisamente por la falta de cumplimiento de lo acordado con sus trabajadores. Es absolutamente insuficiente esperar que se declare la huelga y en vez de presentar la documentación que demuestre haber abonado la ayuda alimenticia y el monto por la recategorización –causales esgrimidas por los huelguistas– proponer la integración de nuevas comisiones para la supuesta verificación de los documentos. Bien lo señaló el juzgador en su sentencia que no es posible pedir a los trabajadores postergar sus reclamos de ayuda alimenticia y recategorización que responden a una necesidad propia de los mismos debido al continuo deterioro del costo de vida y el poder adquisitivo del salario. El apelante pretende confundir cuando dice que en la sentencia se planteó como fundamento la necesidad de revisión y renegociación del contrato colectivo, que de conformidad a lo que dispone el art. 15 no es posible sino recién en el mes de abril del año en curso. Nada mas alejado de la verdad, no se trata aquí de revisar el contrato colectivo, sino de cumplir con sus cláusulas y así lo señaló el juzgador.

4) Inexistencia de incumplimientos del CCCT por parte de la empresa. El apelante insiste en que su representada no incumplió con ninguno de los reclamos de los sindicatos, sin embargo como lo tengo señalado, la patronal ni antes

ni ahora logró probar por el único medio eficaz, haber pagado a todos sus trabajadores los rubros de ayuda alimenticia y recategorización a los que se comprometió tanto al suscribir el contrato colectivo como en los acuerdos paralelos mencionados mas antes.

El apelante arguyó que no es solamente responsabilidad de la empresa la prueba del cumplimiento del contrato colectivo, sino que la misma es responsabilidad es de ambas partes. (f. 460). Sobre el punto, es oportuno señalar, que es la parte actora, en el caso la empresa, la que debió probar la falsedad de los reclamos de los huelguistas y para eso era suficiente, presentar la documentación que demuestre los pagos efectuados, pero no procedió así, tal cual lo tengo señalado. Por el contrario fueron los demandados quienes presentaron los recibos a los que aludí mas antes, incluso, existen memorandos, notas y actas, en los se dejó expresa constancia con nombres y apellidos de trabajadores a quienes no se les abonó los beneficios de ayuda alimenticia y por recategorización Luego esta queja del apelante, tampoco se ajusta a la verdad.

Un último cuestionamiento del apelante se refiere al hecho de que su representada no tuvo acceso a la documentación presentada por los sindicatos a la Dirección General del Trabajo, cuyo responsable, dijo, no permitió a su representada el acceso a las constancias del llamado a huelga remitidas a dicha autoridad, por lo que desconoce si los sindicatos cumplieron con los presupuestos formales, previstos en el Código para la declaración de huelga colocando de esta manera a la empresa en estado de indefensión, afirmó. Sobre esta cuestión, es importante señalar que en autos, no existe constancia de ninguna solicitud realizada por la empresa a la AAT para que ésta le provea la documentación remitida por los sindicatos en tal sentido. No obstante a fs. 191/207 fueron agregadas las instrumentales reclamadas por el apelante, con lo que quedó demostrado el cumplimiento de los presupuestos formales exigidos para la declaración de la huelga.

Concluyendo, ninguno de los agravios del apelante tienen la virtualidad de anular ni de revocar la sentencia apelada, pues como lo tengo señalado no existió la violación de los principios de legalidad, incongruencia e indefensión alegadas por el mismo. No se dieron tampoco en estos autos, ninguno de los presupuestos previstos por los arts. 366 y 376 del CT para calificar de ilegal la huelga protagonizada por el Sindicato de Trabajadores de Friasa S.A. (SITRAFRIASA) y el Sindicato de Obreros y Empleados de Friasa S.A. (SOEF). En estas condiciones, mi voto es por la confirmatoria de la sentencia apelada.

A su Turno, la conjuuez Miryam Peña, dijo: La empresa Friasa pide la calificación de ilegalidad de las sucesivas huelgas y la prolongación de las mismas, realizadas por los sindicatos demandados –Sitrafriaza Y Soef–, la primera, del 21 al 31 de octubre de 2010; la segunda, del 31 de octubre al 20 de noviembre, y la prolongación de esta última hasta el 20 de diciembre de 2010, todas ellas por supuestos incumplimientos de los Arts. 4, 41, 4.2, 4.3, 4.4, 5, 9, 10 y 16 del CCCT y sus acuerdos anexos; y de los Arts. 16,60 y 61 del Reglamento Interno, normativas vigentes en la empresa.

La empresa basa en dos causas puntuales el pedido de calificación de ilegalidad de las referidas huelgas: 1) la inexistencia de incumplimientos del CCCT, de los acuerdos paralelos y del Reglamento Interno: 2) la comisión por los huelguistas de actos de violencia en el desarrollo de la huelga.

El Juez rechaza la pretensión de la empresa, uno, porque considera irrelevante para la calificación de la huelga los actos de violencia imputados por la empresa a los trabajadores huelguistas, aún en el caso de ser verdad, porque entiende que la ley vigente, a diferencia del Código anterior, no contempla la ilicitud de la huelga por delitos cometidos durante su ejecución, sino solo contempla casos de ilegalidad de la huelga y por ello sostiene que los actos de violencia registrados en el marco de una huelga no son causa de ilegalidad de la misma, sino son actos de responsabilidad personal e individual de sus autores y en tal carácter pasan directamente a la competencia de la justicia pena.. Me adelanto a expresar que no comparto este criterio del Aquo, según explicaré más adelante al tratar este punto. En cuanto a la inexistencia de incumplimientos del CCCT. Y el R.I., el Aquo estima que se encuentra probado que la empresa no cumplió las cláusulas respectivas citadas por los huelguistas y en consecuencia, declara legales las referidas huelgas

Contra dicha resolución la empresa interpone recurso de apelación y solicita la nulidad de la sentencia, bajo los argumentos de que en ella se han violado los principios de legalidad y de congruencia.

Afirma que se violó el principio de legalidad porque el Aquo considera que el uso de métodos de violencia en las huelgas, sean ellas de cualquier tipo de hostilidad, no es causa de ilegalidad. Esto -dice- contradice la ley y la jurisprudencia de nuestros Tribunales. Cita textualmente el Art.360 del C.T., que manda que “El ejercicio del derecho de huelga será pacífico...”. De esta forma, la sentencia recurrida al no reconocer como causa de ilegalidad de la huelga el uso

de la fuerza por los huelguistas, se apartó de las claras disposiciones de los Arts. 9º del C.O.J., 15 inc. “b” del C.P.C. y por ende del Art. 256 de la C.N., afirma.

Dice que también se violó el principio de congruencia porque en la sentencia no fueron considerados los hechos de violencia durante el ejercicio de la huelga, relatados en la demanda en forma precisa y detallada y constatados por instrumentos públicos, solo se hace una breve referencia y en forma genérica a hechos de violencia de carácter delictual, no consideró los de carácter laboral. No existe pronunciamiento sobre todos los hechos y derechos en que se basó la demanda, tal como el ejercicio abusivo del derecho de huelga e inexistencia de incumplimiento del CCCT y del R.I., afirma.

A mi juicio, estos cuestionamientos del apelante no configuran violación de los principios de legalidad ni del de congruencia. En realidad, tienen relación con la interpretación y aplicación de las normas regulatorias del derecho de huelga y con la valoración y apreciación de las pruebas existentes en autos, o sea, se tratarían de irregularidades de la sentencia que implican error de juzgamiento, y por tanto no serían causas de nulidad sino de revocación de la sentencia.

Hecha la aclaración que precede, paso a analizar los agravios del apelante, en orden a los dos puntos centrales de discusión en este juicio: 1) Existencia o no del incumplimiento del CCCT y del R. I., y 2) Comisión o no de actos de violencia por los trabajadores huelguistas.

1. Existencia o no del incumplimiento del CCCT, del R.I. y de la Carta de Acuerdo paralelo a aquel.

La existencia de un Contrato Colectivo de Condiciones de Trabajo vigente configura un valladar para cualquier declaración de huelga. En ese sentido, el Art. 366 del C.T., en concordancia con el Art. 376 del C.T., dispone que: “Será declarada ilegal toda huelga durante la vigencia de un contrato colectivo y que no se refiera al incumplimiento, por parte de la empleadora, de algunas de las cláusulas de ese Contrato o la ley, salvo las huelgas de solidaridad o huelgas generales”.

En el caso de autos, existe vigente el Contrato Colectivo de Condiciones de Trabajo, suscripto entre las partes el 26 de marzo de 2009, homologado por el Vice Ministro del Trabajo y Seguridad Social por Res. N° 368 de 2009 (fs. 214/218).

Los Sindicatos demandados han declarado la huelga por incumplimiento del CCCT, en sus Arts. 4, 4.1, 4.2, 4.3, 4.4, 5, 9,10,16, de la carta paralela al

mismo, y del R.I., en sus Arts. 16, 60, y 61, pero no han concretado los hechos que implican tales incumplimientos, solamente citaron las mencionadas cláusulas normativas. Esto no basta, deben ser expuestos claramente los hechos que configuren el incumplimiento invocado y en su caso deben ser claramente probados. De no ser así, se permitiría que la huelga se utilice como una presión injusta para modificar anticipadamente el acuerdo concertado infringiéndose el principio de buena fe, que inspira tanto la contratación individual como la colectiva.

Si no se determinan ni se aclaran los hechos que implican el incumplimiento de las mencionadas cláusulas normativas, se limita el derecho de defensa de la empresa, dado que la pone en dificultad para aceptar o negar las faltas que se le imputan, y más aún, se le dificulta la producción de pruebas que desmientan tales imputaciones, sobretodo por tratarse de conflictos que exigen pronta solución, ya sea por la vía del diálogo y conciliación como por la vía jurisdiccional.

Podría aceptarse que en las notas de comunicaciones de la declaración de huelga tanto a la AAT como a la empleadora solo se citen las cláusulas contractuales supuestamente incumplidas, lo que es inaceptable es que en las reuniones realizadas con motivo de la declaración de la huelga los sindicatos hayan persistido en la ambigüedad y generalidad de sus reclamaciones, desoyendo las propuestas insistentes y reiteradas de la empresa de que se conforme una comisión revisora con el fin de identificar los incumplimientos reclamados, con el compromiso de que en caso de verificarse alguna infracción contractual de su parte los remediaría inmediatamente.

La huelga tiene por finalidad ejercer presión sobre los patronos para que accedan a las exigencias de los trabajadores y por tanto, una vez satisfechas las reclamaciones o cumplidos los fines perseguidos, deber levantarse la huelga y reanudarse el trabajo. La empresa, según consta en varias actas de reuniones bipartitas y tripartitas, en todo momento ofreció cumplir inmediatamente los supuestos incumplimientos normativos que motivaron la declaración de huelga, una vez que se aclaren cuales son esos incumplimientos y se verifique su existencias, para lo cual solicitó a los sindicatos que presenten en breve tiempo por escrito cuáles serían en forma concreta y puntuales los incumplimientos contractuales que se le imputan. Pero los trabajadores una y otra vez no concretaron los supuestos incumplimientos. Esto hace poco favor a la legalidad de la

huelga, pues si los huelguistas no aclaran o no concretan los supuestos incumplimientos da a pensar que no existen o que ni ellos mismos conocen si existen o no. No les costaba ningún esfuerzo hacer las aclaraciones solicitadas y facilitar la prueba de los incumplimientos afirmados con la conformación de la Comisión revisora, tal como lo propusiera la empresa. En estas circunstancias, reitero, no puede exigirse a la empresa que demuestre que no existen los incumplimientos contractuales afirmados en forma general y abstracta por los sindicatos. Estos han dificultado todo acuerdo conciliatorio, y aún más, han dificultado la satisfacción de sus reclamos, ya que la empresa en todo momento les propuso la satisfacción inmediata de sus reclamaciones una vez verificados los incumplimientos, siendo así la actitud de los sindicatos totalmente incoherente con el objetivo de la huelga declarada.

La huelga no constituye en sí una finalidad, sino un medio para alcanzar ciertos objetivos. De ahí que se privilegian para poner fin al litigio que suscitó la huelga los procedimientos conciliatorios y de diálogos entre las partes. Por eso en la comunicación de la declaración de huelga a la A.A.T. y al empleador debe figurar la nómina de los negociadores y desde el momento que se haga esa comunicación (por lo menos 72 hs. de antelación), la ley dice que quedará instalada una Comisión Bipartita que buscará la conciliación de los intereses (Art. 364 C.T.). Toda conciliación exige que se conozca con precisión las reclamaciones de los huelguistas, lo que en este caso no cumplieron los sindicatos demandados, actitud que revela el poco ánimo conciliatorio de los mismos, en contradicción con los fundamentos del derecho de huelga.

Prueba de lo dicho en los apartados precedentes son los siguientes documentos.

– Acta notarial N° 49 (f. 22/24) que constata el desarrollo de la reunión de las partes, con presencia del Director del Trabajo, realizada el 28 de octubre de 2010. El abogado de los Sindicatos resta eficacia probatoria a este documento por el hecho de que la Escribana autorizante ha sido contratada y pagada por la empresa, circunstancia que en nada afecta la eficacia probatoria de la Escritura Pública. Esta hace plena fe sobre la realidad de los hechos que el Escribano manifestare como cumplidos en su presencia, salvo que fuera argüido de falso (Art. 383 CC). Contra la mencionada escritura no se ha promovido incidente alguno de falsedad, entonces conserva toda su eficacia probatoria. La Escribana constató que ante la solicitud del presidente de la firma, un representante de los

sindicatos dijo que nunca se ha conformado la Comisión Paritaria que establece el Art. 4° del CCCT.; que hay algunos trabajadores (nombró a cinco) a quienes no se les había pagado la asistencia alimentaria; que no se ha cumplido el Art. 16 del CCCT, referente a recategorización de salarios y asistencia alimenticia. Todo lo cual fue refutado por el abogado de la empresa, exhibiendo documentos y ofreciendo otros para ser constado por una Comisión Revisora. Para no transcribir toda la constancia de esta Escritura, me remito a su texto. De este que si bien hubo un intento por parte de los Sindicatos de especificar los incumplimientos del CCCT. Invocados como motivo de la huelga, no resultaron lo suficientemente claras sus manifestaciones, pues siguieron con la imprecisión de los incumplimientos alegados al decir que a “algunos trabajadores” no habrían cobrado sus asistencias alimentarias, aunque citaron a cinco de ellos, que es una ínfima cantidad en relación al total de empleados de la empresa (más de quinientos). Además, el dirigente sindical, Heber Arce, manifestó que “en realidad lo que ellos desean es un nuevo sistema de premiación por producción para mejorar los beneficios que existen actualmente en el CCCT. Reclamación ésta inapropiada ante la vigencia del CCCT, y que de ser esa la verdadera finalidad de la huelga (lo que no se descarta, por la actitud asumida por los huelguistas), la misma sería ilegal (Art. 366 C.T.). No obstante, la empresa ofreció analizar la mencionada reclamación proponiendo la formación de una Comisión negociadora de CCCT, propuesta no aceptada por los Sindicalistas.

–Acta de la reunión tripartita realizada el 19 de Octubre de 2010 (f. 17/18). En esa reunión nuevamente no aclaran los sindicalistas los alegados incumplimientos del CCCT.. La empresa solicita que los sindicatos dentro de tres horas de firmada el acta, comuniquen cuáles son los motivos concretos y claros que originaron las denuncias de incumplimiento, con la promesa de que antes de las doce horas revisarían los mismos y que si los gremios tuvieran razón, la empresa cumpliría inmediatamente...No existe pruebas de que los sindicatos respondieran a tal solicitud.

–Acta de la reunión tripartita de fecha 27 de octubre de 2010 (fs. 18/19). Se repite la conducta de los sindicatos al no precisar sus reclamaciones, aunque aceptaron la conformación de la Comisión revisora. No consta en autos. No pasó de eso, no consta en autos la comunicación de los sindicatos de los integrantes de la referida obligación, que debían hacerlo dentro de las 72 hs. ante la empresa y la AAT

–Acta de la reunión tripartita del 17 de noviembre de 2010 (f. 84). En esta acta consta nuevamente la propuesta de la empresa de la conformación de de la Comisión revisora a los efectos de verificar si ha existido o no incumplimientos del CCCT. Ofrecimiento rechazado por los sindicatos.

En síntesis, de todos estos documentos y otros más existentes en autos surge: la falta de claridad y precisión de los supuestos incumplimientos de las cláusulas contractuales citadas como causa de la huelga; la falta de voluntad de los sindicatos para hacer las aclaraciones solicitadas por la empresa; la actitud remisa para facilitar la prueba de la existencia o no de los incumplimientos contractuales afirmados; En estas circunstancias no puede exigirse a la empresa que demuestre el cumplimiento del CCCT., por contrario, los sindicatos debieron facilitar y posibilitar la prueba de los incumplimientos contractuales afirmados como causales de la huelga.

Recién en la contestación de esta demanda de calificación de huelga, el abogado de los sindicatos se refiere más concretamente a los incumplimientos de los Arts. 4, 4.1, 4.2, 4.3, 4.4, 5, 9, 10 y 16 del CCCT y 16, 60 y 61 del R.I, que son los invocados como causales de la huelga en cuestión, Se refiere concretamente a los reclamos de los obreros, de recategorización, reajuste salarial y ayuda alimenticia del 02 de febrero de 2010; 30 de junio de 2010, y 30 de setiembre de 2010.

En autos consta las notas de esos reclamos: En la nota del 02 de febrero/2010 (f.319), recibida por el Jefe del Dpto. Personal, José E. Cáceres, el Sindicato reclama el cumplimiento del compromiso de recategorización de varios trabajadores. En la nota (memorándum) de del 30 de setiembre/2010 (f. 320), los sindicatos presentan una propuesta acerca del reajuste de salarios; y en la nota (memorándum); y en la nota del 30 de junio/2010 (f. 321) los sindicatos solicita la recategorización de funcionarios de horista a jornalero. Estas notas por sí mismas no demuestran la existencia de incumplimientos de los compromisos asumidos por la empresa en el CCCT, además la segunda y la tercera de las notas citadas ni siquiera se refieren a incumplimientos, aquella una propuesta y a una solicitud de los Sindicatos.

Esto saben los sindicatos. Lo que realmente aluden como causa de la huelga es el hecho de no haberse sometido al análisis de la Comisión Paritaria las pretensiones expresadas en tales notas. Así surge de los términos del escrito de contestación de esta demanda, en la parte que dice: “La comisión paritaria no

funcionó para analizar los reclamos de los obreros de recategorización del 02 de febrero de 2010, del 30 de junio de 2010, y del 30 de setiembre de 2010, que conforman el contundente reclamo de recategorización y reajuste salarial y que significa el incumplimiento de los artículos 4, 4.1, 4.2, 4.3, 4.4, 5, 9, 10 y 16 del C.C.C.T, y 16, 60 y 61 del reglamento interno, causales legales de la huelga”. Afirman que: “la empleadora al no hacer funcionar la Comisión Paritaria ante un reclamo, rompe la negociación colectiva, no agota la instancia conciliatoria, no agota la instancia del dialogo, provoca a sus trabajadores y los somete a presión, obligándolos a utilizar el derecho constitucional a la huelga” (f. 178).

Es verdad que por el Art. 4° del CCCT se creó una Comisión Paritaria, cuya función es buscar la solución pacífica por las vías de la negociación de las cuestiones que se susciten entre las partes y aplicar siempre las vías de negociaciones directas para la búsqueda de soluciones en todas las cuestiones relativas a la aplicación e interpretación de las leyes laborales y del propio CCCT (Arts. 4.1, 4.2 CCCT).

Sin embargo, el solo hecho de la presentación de reclamos o solicitudes a la empresa no obliga a activar la Comisión Paritaria. El Art.5 del CCCT claramente dispone que “Las partes podrán realizar por escrito sus peticiones recíprocamente, que deberán merecer respuestas dentro del plazo de dos días hábiles siguientes. Si dentro de este plazo la parte peticionada contesta negativamente o vence el plazo sin contestarla, se convocará, dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, a la Comisión Paritaria para tratar el asunto. Salvo casos de urgencia”.

De acuerdo a este Art. 5° del CCCT, los Sindicatos al no tener respuestas de sus pretensiones en el término indicado (que es lo que aparentemente pasó), debieron instar la convocación de la Comisión Paritaria para tratar el asunto. No procedieron así, al menos no hay prueba de ello. Nótese que según consta en la acta de la Asamblea extraordinaria del SOEF realizada el 12 de octubre de 2010 (f.237) en la que se decidió la realización de la huelga, el Presidente de la mesa informó que ante la violación de la empresa de varios puntos del CCCT, el sindicato “ha remitido sendas notas, solicitando reuniones con los mismos sin lograr hasta el momento que sea corregida esa situación...”, o sea, que los dirigentes gremiales son conscientes de que debían solicitar las reuniones, y dicen que así hicieron, pero prueba de ello no existe en autos. Entonces no está demostrado que los sindicatos procedieron en la forma establecida en el Art. 5°, lo que significa que son ellos quienes infringieron esta disposición contractual.

En resumidas cuentas, los sindicatos no precisaron los incumplimientos contractuales atribuidos a la empresa ni de los elementos de juicios existentes en autos no surge en forma clara y categórica la violación de las disposiciones contractuales citadas por los mismos como causas de la huelga.

2) Comisión de actos de violencia por los huelguistas.

En primer término, como ya exprese al inicio no comparto el criterio del Juez Aquo quien entiende que según el C.T. vigente a diferencia del derogado, los actos de violencia, aunque hayan sido protagonizados por los huelguistas, son irrelevantes en razón –dice– de que la ley vigente no contempla la ilicitud de la huelga por los delitos cometidos durante su ejecución.

Es verdad que el Art. 376 del C.T. no cita entre las causas de ilegalidad de la huelga los actos de violencia durante su desarrollo. Pero por otra parte, el Art. 361 del mismo cuerpo legal manda expresamente que “El ejercicio del derecho de huelga será pacífico...”.

Entiendo que la enumeración de las causas de ilegalidad establecida en el Art. 376 C.T. no es taxativa. “Ilegal” significa contrario a la ley, por ello cuando el derecho de huelga se ejerce fuera del marco legal la huelga es ilegal. Por esto, manifiestamente la comisión de actos de violencia durante el desarrollo de la huelga no puede ser indiferente a los fines de su calificación, ante la clara disposición del 361 C.T. que proscribe la comisión de actos de violencia en el desarrollo de la huelga. Eso sí, por el solo hecho de que se produzcan actos o manifestaciones de hostilidad contra personas o propiedades, no ha de concluirse por la declaración de ilegitimidad de la huelga, sino en cada caso concreto y con relación a los hechos producidos debe calificarse la huelga.

La empresa aportó una cantidad considerable de documentos tendientes a demostrar los actos de hostilidad y violencia atribuidos a los trabajadores huelguistas, sin embargo en gran parte carecen de la eficacia probatoria pretendida.

Las denuncias ante la Policía de las supuestas víctimas de violencia (Actas N° 5442 y 5440 de fechas 25 de octubre de 2010 emitidas por la Comisaría N° 12 Metropolitana, fs. 187 y 188); las denuncias ante la Fiscalía, así como la Imputación fiscal a varios dirigentes sindicales por el delito de coacción (Causa N°2244/2010), carecen de eficacia probatoria hasta tanto no sean comprobadas y resueltas en la justicia penal.

El pedido de la empresa a la Fiscalía General del Estado la asignación de la Unidad Fiscal especializada para garantizar la seguridad de las personas y

su consiguiente otorgamiento, aunque hace suponer que el clima de tensión del ambiente ameritaba esa medida, no significa que se produjeron los actos de violencia. Se trata de una medida preventiva para evitar riesgos propios del ambiente saturado de presiones y tensiones, propias del estado de huelga.

La medida cautelar otorgada por el Juez en lo Laboral de 4° Turno en el juicio “Friasa S.A. c/ Bernardino Caballero y otros s/justificación de despido” de suspensión provisoria de los contratos de trabajo de los actores de ese juicio, se funda en la verosimilitud a juicio del juez de los hechos de violencia denunciado. Las medidas cautelares se caracterizan porque se basan en supuestos creíbles y no en la certeza de los mismos. No basta, pues, este antecedente como prueba cierta de los actos de violencia denunciados por la empresa.

Los procesos laborales iniciados por la empresa contra los dirigentes sindicales y otros trabajadores estables por justificación de despido por hechos de violencia, solo denotan la decisión de la empresa de demostrar en juicio la existencia de la violencia adjudicada a los trabajadores demandados lo que hace presumir que cuenta con las pruebas pertinentes y nada más.

Acta notarial N° 44 del 23 de octubre de 2010 (fs. 55/57). Sobre la eficacia probatoria de este documento me remito a lo dicho respecto del Acta notarial N° 49 (f. 22/24). En síntesis, este documento conlleva en sí su eficacia probatoria, al no haberse promovido contra la misma el incidente de redargución de falsedad. La Escribana constató, específicamente en cuanto a los actos de violencia, que los huelguistas “cerraron totalmente las calles Cap. Lombardo y Tte. Bernal e impiden el ingreso del colectivo a la Empresa, al acercarse el colectivo a pocos metros a la boca de entrada, el ingreso del mismo es impedido por los huelguistas quienes cerraron el acceso, y uno de los huelguistas tenía honditas y balines que lanzaba contra el colectivo rompiendo uno de sus vidrios traseros poniendo en peligro la integridad de los trabajadores que estaban dentro del colectivo, motivo por el cual el vehículo tuvo que retroceder y volver a la Comisaría”. También constató que “durante el trayecto de 100 metros aproximadamente hasta la entrada los huelguistas en las intercepciones de las calles Capitán Lombardo y Tte. Bernal, gritan todo tipo de improperios y palabras groseras y ofensivas a los trabajadores no adheridos a la huelga que empiezan a ingresar a sus lugares de trabajos con resguardo policial.

Esta acta notarial corrobora la existencia de actos de violencia física y verbal por parte de los huelguistas, que si bien no llegaron a tener drásticas

consecuencias, crearon un ambiente de tensión y fricción entre los trabajadores huelguistas y los no adheridos a la huelga, perturbando el desarrollo de la huelga a lo que también contribuyó la prolongación y el endurecimiento de la huelga. Evidentemente la huelga no se desarrolló pacíficamente.

3. Conclusión. No fueron demostrados claramente los incumplimientos de los compromisos contractuales atribuidos por los sindicatos a la empresa; a lo que se suman los actos de violencia protagonizados durante el desarrollo de la huelga, por todo lo cual concluyo que corresponde declarar ilegales las huelgas en cuestión, de conformidad con los Arts. 366 con 376 y 361 del C.T. Es mi voto.

A su turno, el conjuer Guido Cocco S., dijo: Que adhiere al voto de la colega Miryam Peña, por sus 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 sigue a continuación:

VISTO: Los méritos que ofrece el acuerdo precedente, el Tribunal de Apelación del Trabajo Segunda Sala;

RESUELVE: Revocar, con costas, la sentencia apelada y en consecuencia, Declarar Ilegales las huelgas realizadas por el Sindicato de Trabajadores de Friasa (Sitrafriasa) y el Sindicato de Obreros y Empleados de Friasa (SOEF), en fechas 21 de octubre/2010 al 31 de octubre/2010, 31 de octubre/2010 al 20 de noviembre/2010 y del 20 de noviembre/2010 al 20 de diciembre/2010, de conformidad al acuerdo que antecede. Anotar, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Concepción Sanchez Godoy, Guido Cocco Samudio, Miryam Peña.

Ante mí: Gloria Machuca, Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 28

REGULACION DE HONORARIOS. Regulación de honorarios extrajudiciales.

El presente proceso de ejecución se basa en el cumplimiento de resoluciones firmes y ejecutoriadas, que establecieron el monto de los honorarios del

Abogado del recurrente por su gestión profesional extrajudicial a favor del ejecutado. El argumento del apelante respecto a que el proceso de regulación de honorarios hubiera sido planteado en sede civil y no laboral, hubiera sido admisible si ellos era planteado en la tramitación del proceso de regulación de honorarios lo cual conforme a las constancias de autos es una cuestión ya concluida (no contestó la demanda). De esta forma consintió no solo el proceso de regulación que determinó los honorarios, sino aún más, la propia resolución que determinó los honorarios del profesional, por lo que corresponde confirmar la resolución que no hizo lugar al incidente y la Sentencia que llevó adelante la ejecución.

Trib. de Apel. En lo Lab., Segunda Sala, 16.03.11 “Regulación de honorarios profesionales del Abog. Giovanni Zuchinni Almirón por la labor extrajudicial c/ Marcelo Rodrigo Torres Molinas”. (Ac. y Sent. N° 28)

CUESTIÓN:

¿Está ajustada a derecho la resolución apelada?

Conforme al sorteo de ley, dio como resultado el siguiente orden, Myriam Peña, Guido Cocco Samudio Y Concepción Sánchez.

A su Turno, la Magistrada Miryam Peña, dijo: Resoluciones apeladas:

A.I. N° 527 del 25 de noviembre de 2009 (fs. 48), que resuelve No Hacer Lugar, con costas, al incidente de nulidad de actuaciones opuesta por la parte demandada.

A.I. N° 17 del 11 de febrero de 2010 (f. 49), que resuelve: No Hacer Lugar, con costas, al incidente de nulidad de actuaciones y redargución de falsedad planteado contra el diligenciamiento del mandamiento de embargo en estos autos.

S.D. N° 45 del 22 de marzo de 2010 (fs. 51), que resuelve: Llevar Adelante la presente ejecución en los autos “Reg. De Hon. Del Abogado Giovanni Zuchini Almirón por labor extrajudicial c/ Marcelo Rodrigo Torres Molinas, hasta que el acreedor se ha íntegro pago del capital, intereses y costas del presente juicio.

Estimo en primer lugar que no todas las decisiones de la Juzgadora pueden ser revisadas en esta alzada, ya que específicamente el A.I. N° 17 del 11 de febrero de 2010 (fs. 49), que se expidió sobre el planteamiento del incidente de nulidad que planteó el demandado a fs. 31 de autos, es una decisión que quedó firme en la primera instancia al no haber sido recurrida en plazo legal oportuno. Consecuentemente el recurso de apelación interpuesto en contra de este interlocutorio debe ser declarado mal concedido.

No ocurre lo mismo con las demás decisiones que fueron recurridas oportunamente por lo cual paso a considerar los agravios del apelante en contra de ambas resoluciones.

El principal agravio del apelante sostiene la nulidad del proceso de ejecución en base al hecho de que el art. 30 de la Ley 1376/88 señala que la petición de honorarios debe hacerse en forma de demanda ordinaria en el fuero civil. Alega que el Código del Trabajo establece normas “para regular las relaciones entre los trabajadores y empleadores, concernientes a la prestación subordinada”, y los profesionales del derecho no son protegidos por esta ley, sino por la 1376/88, por lo que considera que la acción del demandante debió ser ejercida ante el Juez en lo Civil y Comercial. Sostiene que el Abogado Zuchinni es un profesional liberal y que la ley que él solicitó se aplique es la N° 1376/88, razones por las que afirma que la esfera de aplicación tiene que ser civil y no laboral. Otro argumento del apelante es que los documentos presentados debieron ser ofrecidos como preparación de la acción que igualmente compete a la jurisdicción civil y comercial. Considerando que la jurisdicción del trabajo no podrá ser delegada y es de orden publico e improrrogable, concluye que el proceso es nulo y solicita que así sea declarado. En lo que hace a los fundamentos de la apelación, afirma que la resolución deviene igualmente nula por haber sido dictado en violación de las formas o solemnidades que prescriben las leyes, lo que considera que va en concordancia con lo dispuesto por el art. 15 inc. “b” del CPC. Afirma que el Juez debe respetar los principios de 1) fundamentación, 2) legalidad, 3) prelación de las leyes, 4) congruencia. Citando abundante doctrina y jurisprudencia de la obra del Prof. Jorge Darío Cristaldo, concluye solicitando que el Tribunal revoque la resolución recurrida.

En primer lugar, el apelante no cuestiona los fundamentos del interlocutorio (A.I. N° 527/2009, fs. 48) que rechazó la excepción de nulidad que articuló en la primera instancia y tampoco cuestionó la sentencia que lleva adelante la presente ejecución. En efecto, el A.I. N° 527/2009 denegó el planteamiento del recurrente fundado en la extemporaneidad del planteamiento y la falta de cuestionamiento de las cédulas de notificaciones cursadas en el domicilio que el demandante atribuyó al ejecutado, y tampoco nada dijo respecto de la sentencia de remate que es una consecuencia del rechazo de la referida excepción de nulidad. Entonces no cumplió con la exigencia del art. 419 del C.P.C. (aplicable al caso al tratarse de la ejecución de honorarios regulados judicialmente, art.

520 inc. “c”), que manda al recurrente realizar el análisis razonado de la resolución y exponer los motivos por la que la considera injusta o viciada. Nada de esto fue cumplido, razón por la cual se impone la deserción del recurso.

Aun en el caso de considerar los agravios del apelante, de igual modo se rechazaría la cuestión propuesta por el mismo, dado que el presente proceso de ejecución se basa en el cumplimiento de resoluciones firmes y ejecutoriadas, cual es el A.I. N° 547 del 23 de diciembre de 2008 (fs. 9), que estableció el monto de los honorarios del Abogado Giovanni Zuchinni por su gestión profesional extrajudicial a favor del ejecutado. El argumento del apelante respecto a que el proceso de regulación de honorarios hubiera sido planteado en sede civil y no laboral, hubiera sido admisible si ello era planteado en la tramitación del proceso de regulación de honorarios lo cual conforme a las constancias de autos es una cuestión ya concluida (no contestó la demanda). De esta forma, consintió no solo el proceso de regulación de honorarios seguido por el Abogado Zuchinni, sino aún más, la propia resolución que determinó los honorarios del mencionado profesional, por lo que corresponde confirmar el A.I. N° 527 del 25 de noviembre de 2009 y la S.D. N° 45 del 22 de marzo de 2010, con costas.

A su turno, los conjuces Guido Cocco Samudio Y Concepción Sánchez G., dijeron: Que adhieren al voto de la Colega Miryam Peña por sus 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 sigue a continuación:

VISTO: Los méritos que ofrece el acuerdo precedente, el Tribunal de Apelación del Trabajo Segunda Sala;

RESUELVE: Declarar mal concedido el recurso de apelación interpuesto por el apelante en contra del A.I. N° 17 del 11 de febrero de 2010. Confirmar, con costas, el A.I. N° 527 del 25 de noviembre de 2009 y la S.D. N° 45 del 22 de marzo de 2010, conforme a los fundamentos expuestos precedentemente. Anotar, registrar y remitir copia a la Exmca. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Concepción Sánchez Godoy, Guido Cocco Samudio, Miryam Peña.

Ante mí: Gloria Machuca, Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 31

SEGURIDAD SOCIAL. Instituto de Previsión Social.

Cuando se trata de resoluciones definitivas del IPS que deniegan o limitan beneficios acordados a los trabajadores dependientes, si bien en el caso, es una resolución administrativa, no corresponde promover una acción o recurso independiente ante la instancia jurisdiccional (como equivocadamente sostiene el abogado del IPS en la contestación de agravios en el fuero especializado), sino directamente el recurso de apelación debe interponerse ante el IPS, para luego ser remitido con todos los antecedentes al Tribunal de Apelación para su solución.

JUBILACIÓN. Derecho en expectativa.

El derecho a la jubilación nace cuando se cumplen los requisitos exigidos en la Ley y desde ese momento el beneficiario tiene la facultad de exigir el beneficio, si no lo hace lo que tiene es un derecho en expectativa. Es derecho adquirido una vez ejercido, antes no.

JUBILACIÓN. Cómputo.

En este caso no está claramente determinado si los apelantes eran asegurados pasivos o activos, de todos modos esta disposición legal contradice claramente la posición del abogado apelante, pues conforme a la misma la jubilación no se paga desde la fecha en el asegurado cumple los requisitos legales (tesis del apelante) sino a partir de la fecha de la solicitud o desde la fecha del retiro del trabajo, según se trate de asegurado activo o pasivo (Art. 3° de la Ley 98/92, que modifica en esos términos el Art. 8° de la Ley N° 1286/1987).

Trib. de Apel. en lo Lab., Segunda Sala, 17.03.11 “Queja por Apelación denegada interpuesta por el Ab. Marcial González, Kathya González y otros en los autos “Mariano Rojas López y otros c/ IPS s/ Amparo de pronto despacho” (Ac. y Sent. N° 31).

CUESTIÓN:

¿Está ajustada a derecho la resolución apelada?

Conforme al sorteo de ley, dio como resultado el siguiente orden, Miryam Peña, Guido Cocco Samudio y Ángel Daniel Cohene.

A su Turno, la magistrada Miryam Peña, dijo: Que, en primer término aclaramos que el Tribunal de Apelación del Trabajo es competente para conocer el recurso de apelación contra las resoluciones definitivas del IPS que deniegan

o limitan beneficios acordados a los trabajadores dependientes, según surge de los términos del Art. 35, inc. “c” del C.P.T.. De ahí estimamos que la clase de resoluciones del IPS indicada en la citada disposición son impugnables por el trabajador asegurado mediante el recurso de apelación, que debe ser resuelta por el Tribunal del Trabajo. O sea, cuando se trata de dicha clase de resoluciones, si bien es una resolución administrativa, no corresponde promover una acción o recurso independiente ante la instancia jurisdiccional (como equivocadamente sostiene el abogado del IPS en la contestación de agravios, f. 60) en el fuero especializado, sino directamente el recurso de apelación debe interponerse ante el IPS, para luego ser remitido con todos los antecedentes al Tribunal de Apelación para su solución. Esto es lo más lógico y coherente con la mencionada disposición legal y con el objeto y las particularidades de la jurisdicción del trabajo, y siempre se ha procedido de esa forma en situaciones muy similares que se dan en los casos de impugnación de una resolución dictada por la AAT, que también es un acto administrativo, por ejemplo la que impone sanciones. Al respecto muy claramente el Art. 398 del C.P.T. dispone que el recurso de apelación pertinente deba interponerse ante la AAT, aplicable por analogía en los casos de apelación de las resoluciones del IPS. Por todo ello nos parece inaceptable la crítica hecha por los abogados del IPS en la contestación de los agravios respecto de la substanciación de la presente apelación (v. f. 60).

También se equivocan o están confundidos los abogados del IPS cuando dice que la presente impugnación de las resoluciones del IPS se hizo a través de la vía excepcional del Amparo de pronto Despacho. No es así, el amparo citado promovieron los trabajadores Manuel Aquino y Enrique Lahaye ante la omisión de pronunciamiento del IPS sobre los recursos de apelación y fue como resultado de ese amparo que el IPS denegó los recursos, por lo que recurrieron ante este Tribunal en queja por apelación denegada, la que fue admitida y en consecuencia fueron concedidos los recursos que nos ahora nos ocupan (v. A.I. 203/09, f.26). Por todo ello consideramos un despropósito que los abogados del IPS afirmen que las resoluciones del IPS en cuestión fueron impugnadas mediante el amparo de pronto despacho.

Hechas las aclaraciones que preceden, pasamos a analizar los recursos de apelación interpuestos contra las Resoluciones P.I.D.A.J. N° 2119/08 y N° 2094/08 dictadas por el IPS, tal como sigue.

–Res. P.I.D.A.J. N° 2119/08 (f.23). Esta resolución dispone: “Conceder al/a asegurado (a) Aquino Arguello, Manuel De Los Santos la Jubilación Ordinaria,

correspondiente al 100 % (cien por ciento) a partir del 01/07/08, de conformidad al Considerando de la presente Resolución y disposiciones de la Ley 98/92” (f. 23).

El abogado apelante afirma que esta resolución es ilegal porque el IPS concede a su principal el beneficio de la jubilación a partir del 01 de julio de 2008, pese a que el beneficiario cumplió muchísimo tiempo antes los requisitos de edad y años de aportes exigidos por la ley (60 años de edad y 25 años de servicio, Art. 60 de la Ley 98/92).

–Res. P.I.D.A.J. N° 2094/08. Esta dispone: “Conceder al/la asegurado/a Lahaye Torres, Enrique De Los Santos una Jubilación Ordinaria, correspondiente al 100 % (cien por ciento) a partir del 01-07-08, de conformidad al Considerando de la presente Resolución y disposiciones de la Ley 98/92” (f. 24).

Igualmente al agravio expresado en contra de la anterior resolución, la queja del apelante gira en torno a la fecha a partir de la cual el IPS dispuso el pago de la jubilación, desde el 01 de julio de 2008, pese a que el beneficiario cumplió los requisitos pertinentes exigidos en el Art. 60 de la Ley 98/92 mucho tiempo atrás.

En síntesis, el apelante dice que no obstante el derecho palmario de los Sres. Manuel Aquino Arguello y Enrique Lahaye Torres de percibir sus haberes jubilatorios desde el año 2003 y febrero de 2007 respectivamente, el IPS resolvió reconocerles sus derechos a partir del 01 de julio de 2008, lo que constituye – dice– no solo una olímpica trasgresión de la normativa que lo rige, sino que hasta podría configurar el delito de apropiación, tipificado en el Art. 160 del Código Penal.

La pretensión concreta del apelante es que el Tribunal modifique las resoluciones apeladas, en el sentido de establecer que el pago de la jubilación de los Sres. Manuel de los Santos Aquino y Enrique de los Santos Lahaye debe realizarse desde el 01 de julio de 2007 (explica que se limita la reclamación a un año de pago retroactivo de los haberes jubilatorios por encontrarse prescritos los pertinentes a años anteriores. También arguyendo la negativa injustificada del IPS, solita la imposición de la indemnización compensatoria en el 20% de conformidad con el Art. 233 C.P.T.

Notamos que no es tema de discusión que Manuel Aquino al tiempo de acogerse a la jubilación contaba con 64 años de edad y que había aportado mucho más de los 25 años; y que Enrique Lahaye tenía 68 años de edad así como

que en setiembre de 2007 completó 25 años, 07 meses de aporte. Es más, esos datos constan en los informes respectivos del IPS obrantes en “Amparo promovido por la Ab. Katty González en representación de los Sres. Manuel de los Santos Aquino y Enrique de los Santos Lahaye c/ Aceros del Paraguay”, agregado como prueba a este expediente (v. fs. 64, 81,84 del mismo).

Por otra parte, en apoyo de su tesis, el abogado apelante cita al maestro Salvador Villagra Mafiodo, quien clasificó los actos administrativos en constitutivos y declarativos, explicando que en los primeros el derecho o la obligación nacen con el pronunciamiento de la autoridad; mientras que en los segundos, el órgano administrativo “no hace más que expresar el derecho o la obligación preexistente, por cumplimiento de las condiciones legales y reglamentarias...Ejemplos de acto declarativo son el decreto por el cual se concede jubilación a una determinada persona por haber cumplido con anterioridad los requisitos del caso”. El IPS dictó la resolución apelada como si fuera constitutivo, cuando que es un acto administrativo declarativo, afirma.

Compartimos con el apelante que las resoluciones apeladas constituyen actos administrativo declarativos (siguiendo la clasificación del maestro Villagra Mafiodo). O sea, que el derecho no es concedido por la autoridad, sino que ésta reconoce el derecho de los asegurados establecido en la ley, pero ello no significa que el beneficio de la jubilación deban concederse desde la fecha en que se cumplieron las condiciones legales por el beneficiario asegurado, sino significa que la autoridad no crea el derecho de la jubilación ni establece los requisitos pertinentes, siendo que ello está predeterminado en la norma, por lo que al ser reclamado por el interesado, la autoridad lo único que hace es verificar si el mismo reúne las condiciones legales. El derecho a la jubilación nace cuando se cumplen los requisitos exigidos en la ley y desde ese momento el beneficiario tiene la facultad de exigir el beneficio, si no lo hace lo que tiene es un derecho en expectativa. Es derecho adquirido una vez ejercido, antes no.

Por sobre todo, la propia Ley 98/92, respecto de la forma de pago de la jubilación ordinaria dispone “La jubilación ordinaria se pagará por mensualidad vencida y a partir de la fecha de la solicitud para el asegurado pasivo, y desde el primer día del mes siguiente al de su retiro del trabajo para el asegurado activo, siempre que reúnan las condiciones establecidas en la ley”. En este caso no está claramente determinado si los apelantes eran asegurados pasivos o activos, de todos modos esta disposición legal contradice claramente la posi-

ción del abogado apelante, pues conforme a la misma la jubilación no se paga desde la fecha en el asegurado cumple los requisitos legales (tesis del apelante), sino a partir de la fecha de la solicitud o desde la fecha del retiro del trabajo, según se trate de asegurado activo o pasivo. (Art. 3° de la Ley 98/92, que modifica en esos términos el Art. 8° de la Ley N° 1.286/1987).

Por todo lo dicho y de acuerdo con la norma legal transcrita, concluimos que no son fundadas las pretensiones de los apelantes, y en consecuencia corresponde la confirmación de las Resoluciones P.I.D.A.J N° 2119/08 y N° 2094/08, dictadas por el IPS.

En cuanto a las costas estimamos que deben ser impuestas en el orden causado, por tratarse de una cuestión sobre beneficios de la jubilación sin antecedente en nuestros Tribunales.

A su Turno, los conjuces Guido Cocco Samudio y Ángel Daniel Cohene, Dijeron: Que adhieren al voto de la Colega Miryam Peña por sus 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 sigue a continuación:

VISTO: Los méritos que ofrece el acuerdo precedente, el Tribunal de Apelación del Trabajo Segunda Sala;

RESUELVE: Confirmar las Resoluciones P.I.D.A.J. N° 2119/08 y N° 2094/08, dictadas por el IPS, conforme a los fundamentos expuestos precedentemente. Imponer las costas en el orden causado. Anotar, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Ángel Daniel Cohene, Concepción Sánchez Godoy, Guido Cocco Samudio, Myriam Peña.

Ante mí: Gloria Machuca, Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 36

Cuestión debatida. Se plantea la incompetencia de jurisdicción, denominado en lenguaje diplomático "Inmunidad de Jurisdicción" que consiste en que los Países con representación diplomática se encuentran exentos de procesos judiciales en el País acreditante.

CONTRATO DE TRABAJO. Estabilidad laboral.

En el caso, el trabajador a la fecha del despido no alcanza la estabilidad prevista en el Art. 94 del CT, por tanto resulta inaplicable las previsiones del Art. 102 de C.T (Voto de la Minoría).

CONTRATO DE TRABAJO. Preaviso. Horario de trabajo.

Contra las instrumentales (tarjetas de control asistencia y horario) la actora no ha opuesto ningún tipo de impugnación es más en oportunidad de la audiencia de reconocimiento de firmas y documentos, el actor respondió afirmativamente, sin cuestiona ninguno de ellos en el que se encontraban insertas las tarjetas mencionadas, con lo cual ha quedado justificada la causal de ausencia injustificada en el lugar de trabajo por nueve (9) días en forma alternativa, motivo legal de rescisión de contrato de trabajo sin obligación de preavisar ni indemnizar por parte del empleador, según prescribe el Art. 82 del CT. (Voto de la Minoría).

CONTRATO DE TRABAJO. Horario de trabajo.

Siendo la asistencia al trabajo una obligación del trabajador impuesta por la ley, es éste a quien compete justificar fehacientemente su ausencia. De manera que la ausencia de algunas causales de terminación de contrato de trabajo en el texto del colacionados, amén de un procedimiento aún extrajudicial, el hecho discutido podría eventualmente ser por otras causales y la vía de destitución no precisamente escrita, de hecho en buena mayoría de los casos se ha producidos despidos no por la vía del telegrama colacionado.- (Voto de la Minoría).

EXCEPCIÓN DE INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN.

En el caso, la demandada es la Embajada del Japón como órgano institucional de las reacciones diplomáticas de dicho país y distinta conceptualmente de las personas físicas que la componen. En consecuencia sus actos, en tanto sean tal misión diplomática, se imputan al Estado que representa, el Japón. De ahí que la cuestión central versa, no sobre la inmunidad de jurisdicción de un agente diplomático, sino sobre la del Estado. (Voto de la Dra. Miryam Peña por su propio fundamento en mayoría).

EXCEPCIÓN DE INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN.

La inmunidad de jurisdicción significa la imposibilidad en que se encuentra un tribunal de un Estado para decidir un litigio en que figure como demandado un Estado extranjero, en razón de principios de soberanía, independencia e igualdad Jurídica. (Voto en mayoría).

La convención de Viena de 1961, que en su preámbulo dice que las inmunidades y privilegios se conceden, no en beneficio de las personas, sino con el fin de garantizar el desempeño eficaz de las funciones de las misiones diplomáticas en calidad de representantes de los Estados. (Voto en mayoría)

AGENTES DIPLOMÁTICOS. EXCEPCIÓN DE INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN. CONVENCIÓN DE VIENA.

En cuanto a la inmunidad de jurisdicción, la Convención de Viena 1961 otorga a los agentes diplomáticos inmunidad absoluta cuando se trata de jurisdicción penal (Art. 31.1). Así mismo, el agente diplomático goza de inmunidad de jurisdicción en materia civil y administrativa, salvo las excepciones establecidas en los incisos a); b) y c) del Art. 31.1. (Voto en mayoría).

AGENTES DIPLOMÁTICOS. EXCEPCIÓN DE INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN. CONVENCIÓN DE VIENA.

Bajo la Convención de Viena de 1961 la inmunidad de jurisdicción se extiende únicamente a la persona del agente diplomático y a los miembros de su familia, pero no a la misión diplomática como tal, lo cual obedece a que la Conferencia de Viena de 1961 las delegaciones tuvieron claridad en que una actuación legal o judicial en contra de una misión diplomática es en realidad una actuación en contra del Estado representado por allá y por tanto las misiones diplomáticas no pueden tener una inmunidad de jurisdicción diferente de la de dicho Estado. (Voto en mayoría)

AGENTES DIPLOMATICOS. EXCEPCIÓN DE INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN.

La inmunidad de jurisdicción de los Estado no está ni nunca ha estado regulada por la citada Convención de Viena, sino por normas de la costumbre internacional que finalmente han sido codificadas y quedaron incorporadas en la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes, aprobada en diciembre de 2004. (Voto en mayoría).

AGENTES DIPLOMÁTICOS. EXCEPCIÓN DE INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN.

Los Estados gozan de inmunidad de jurisdicción ante los tribunales de un Estado extranjero. No obstante la costumbre internacional contemporánea ha demostrado que esta regla no es absoluta puesto que tiene importancia excepciones, particularmente cuando el Estado se comporta como cualquier otro individuo, al establecer relaciones comerciales, contratar trabajadores en otro

Estado o generar lesiones o daños por los cuales debe responder extracontractualmente. (Voto en mayoría).

AGENTES DIPLOMÁTICOS. EXCEPCIÓN DE INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN.

Existen tres tratados multilaterales que se ocupan del tema de la inmunidad de jurisdicción del Estado: La Convención relativa a la unificación de ciertas reglas concernientes a la inmunidad de los buques de propiedad del Estado, firmada en Bruselas en 1926; la Convención Europea sobre inmunidad del Estado firmada en Basilea en 1972, inspirada en la idea de conseguir la mayor protección posible para los particulares que contratan con Estados extranjeros y que acoge, desde luego, la tesis de la inmunidad restringida, en su Art. 5º afirma la ilicitud del ejercicio de la jurisdicción en lo que concierne a los contratos laborales celebrados por Estados Extranjeros; y la ya citada Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes, aprobada en diciembre de 2004. (Voto en mayoría).

AGENTES DIPLOMATICOS. EXCEPCIÓN DE INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN. CONVENCIÓN DE VIENA.

Está pues claramente definida en la Convención del 2004 la inaplicabilidad de la inmunidad de jurisdicción en procesos de índole laboral. Es cierto que la Convención, aunque suscrita por el Paraguay en setiembre de 2005, no fue ratificada y por tanto no integra el orden jurídico nacional, no es menos cierto que la Convención es un valioso medio de interpretación de las normas de inmunidad jurisdiccional, y más del derecho consuetudinario internacional, al hacer explícito lo que los Estado entienden que es la inmunidad que ellos reclaman para sí. (Voto en mayoría).

ESTADO DE DERECHO.

Paraguay al ser, por proclama de la Constitución, un Estado social de derecho no puede admitir un tratamiento que deje en desventaja a sus nacionales y a sus residentes permanentes frente a un Estado extranjero que participa igualmente en el mercado. De hacerlo estaría cercenando, entre otros, el derecho al libre acceso de la justicia que conlleva la eliminación de los obstáculos procesales que pudieran impedirlo. (Voto en mayoría).

AGENTES DIPLOMÁTICOS. EXCEPCIÓN DE INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN.

El derecho internacional admite, y es la razón por la cual la inmunidad de jurisdicción no se concede de manera absoluta, que los Estado tienen el deber de

proteger los intereses de sus nacionales y a sus residentes permanentes de carácter civil, comercial y con mayor razón cuando sus trabajadores que reclaman salarios, prestaciones sociales y de seguridad social. (Voto en mayoría).

AGENTES DIPLOMATICOS. EXCEPCIÓN DE INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN.

El Estado en ejercicio de su soberanía tiene el poder de jurisdicción el que debe estar al servicio de los habitantes de sus territorio (nacionales o extranjeros) quienes deben encontrar en ese servicio la protección de sus intereses y con mayor razón cuando se trata de trabajadores que reclaman la satisfacción de sus derechos laborales. Negarles a éstos el servicio de justicia por razones de inmunidad de jurisdicción de su empleador Estado extranjero equivaldría negarles el derecho fundamental del acceso a una tutela judicial efectiva, pues, si bien el trabajador puede recurrir a los órganos jurisdiccionales del Estado empleador, ejercerá su derecho en forma muy indirecta, complicada y costosa, que más de las veces no estará a su alcance. Sus derechos quedarían en el aire. (Voto en mayoría).

AGENTES DIPLOMATICOS. EXCEPCIÓN DE INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN.

La pretensión del abogado de la Embajada de extender a la jurisdicción laboral la inmunidad que gozan los agentes diplomáticos en materia civil y administrativa de acuerdo con el Art. 31 de la Convención de Viena de 1961 es totalmente inadmisibles, uno, porque en este caso no está en juego la inmunidad de un agente diplomático sino la inmunidad de la propia misión diplomática (la que no trata la Convención de Viena/1961), dos, porque implicaría ir de contramano con el derecho internacional moderno, cuyo progreso en la materia que nos ocupa está plasmado en la Convención de las Naciones Unidas de 2004, que en su Art. 11, sustrae explícitamente al contrato de trabajo de la inmunidad de jurisdicción de los Estados. (Voto en mayoría).

CONTRATO DE TRABAJO. Despido. Horario de trabajo.

En cuanto a las tarjetas de control de asistencia, si bien no llevan la firma del trabajador, éste los reconoció, a más de no hacer ninguna aclaración ni cuestionamiento de estos documentos, con lo cual consistió las anotaciones pertinentes, según las cuales el actor dejó de asistir a su trabajo por varios días (más de cuatro días en el mes). Entonces ha quedado demostrada la inasistencia imputada al trabajador que configura una justa causa de despido establecida en

el inc. “p” del Art. 81 C.T, con el agravante de los otros antecedentes demostradas con las referidas notas de apercibimiento. (Voto en mayoría).

CONTRATO DE TRABAJO. Despido.

Es cierto que en el telegrama de despido no se indicó como causal de despido el inc. “p” del Art. 81, pero ello no tiene la trascendencia pretendida por el abogado del actor, dado que en la contestación de la demanda fue invocado expresamente esa causal del inc. “p”, por lo que integra los términos de la litis, contrariamente a lo que afirma el apelante. (Voto en mayoría).

CONTRATO DE TRABAJO. Despido. Indemnización.

La doble indemnización solicitada por el actor solo corresponde en relación al trabajador que ya ha adquirido la estabilidad especial o sea que cuente con una antigüedad que supera diez años (Art. 94, 96 C.T) (Voto en mayoría).

Trib. de Apel. En lo Lab., Segunda Sala, 28.03.11 “Jaime Víctor Martínez Ovando c/ Embajada de Japón s/ cobro de Dólares americanos en concepto de beneficios laborales” (Ac. y Sent. N° 36).

CUESTIÓN:

¿Está ajustada a derecho la resolución apelada?

Conforme al sorteo de ley, dio como resultado el siguiente orden, Guido Cocco Samudio, Myriam Peña y Concepción Sánchez.

A su Turno, el magistrado Guido Cocco Samudio, dijo: Que, por el mencionado auto interlocutorio la Jueza resolvió: “ 1) No hacer lugar, con costas, a la excepción opuesta por la parte demandada, conforme a los fundamentos expuestos en el considerando de la presente resolución”.

A su vez, por la referida sentencia definitiva la Jueza de Primera Instancia resolvió en lo pertinente: “...2) No hacer lugar, con costas, a la demanda laboral promovida por Jaime Victor Martinez Ovando contra Embajada del Japón por cobro de dólares en concepto de beneficios laborales por despido injustificado según los argumentos expuestos”.

Por razones de orden procesal nos ocuparemos en primer término del auto interlocutorio recurrido, debido a que el progreso del mismo, deja sin efecto el resultado de la sentencia.

Señalan los agravios que, su parte ha interpuesto la excepción de inmunidad de jurisdicción cuya legislación aplicable es la “Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas” en vigor desde 1964, que en su Art. 31 establece como regla general la inmunidad de jurisdicción a favor de las representaciones diplo-

máticas en todos los ámbitos, si bien no figura expresamente el laboral, se entiende incluido en lo civil porque en aquel tiempo no existía el fuero laboral. Agrega que, la referida inmunidad se hace extensiva a las controversias laborales por medio de principios que rigen el derecho internacional público, es decir, los principios de que toda excepción a la regla general debe ser expresa o de reciprocidad y cortesía internacional entre los estados. Refiere que, la inmunidad para las representaciones diplomáticas es la regla general y las excepciones deben ser expresas y no dejar lugar a ninguna duda.

La actora contesta los agravios manifestando que, la excepción interpuesta no se encuentra contemplada en la legislación procesal. Agrega que la resolución dictada es razonable y se encuentra amparada por el Art. 102 de nuestra Carta magna. Prosigue que la cuestión planteada debe ser ventilada por la ley del lugar, por la doctrina de la territorialidad de la ley garantizada por el derecho internacional, además existen fallo de la Primera Sala del Tribunal del Trabajo y de la Corte Suprema de Justicia. Solicita la confirmatoria del auto apelado.

Se plantea la incompetencia de jurisdicción, denominado en lenguaje diplomático “Inmunidad de Jurisdicción”, que consiste en que los Países con representación diplomática se encuentran exentos de procesos judiciales en el País acreditante. El fundamento se apoya principalmente en la Ley N° 90/69 “Convención de Viena” que contempla un principio general en el sentido mencionado por el recurrente, es decir, que poseen inmunidad diplomática todos los miembros con rango diplomático y sus familias, con excepción de los actos que desempeñen fuera de sus funciones, con las siguientes excepciones previstas en el Art. 31 de la mencionada legislación que en lo pertinente señala: “.c) de una acción referente a cualquier actividad profesional o comercial ejercida por el agente diplomático en el Estado receptor, fuera de sus funciones oficiales...”. Cabe apuntar que, el Art. 37 de dicho “Convenio” establece que la “inmunidad de jurisdicción” afecta al “personal administrativo y técnico de la misión” dentro del cual no integra el personal doméstico del Embajador.

Para este preopinante la norma es clara en señalar la limitación específica de la “excepción a la inmunidad de jurisdicción”, para nosotros “incompetencia de jurisdicción”, en el sentido de que no existe duda que el caso de autos se equipara perfectamente al inciso mencionado. La actividad de “mayordomo” que desempeñaba el actor se trata de un servicio de carácter doméstico, profe-

sional y privado prestado a la Embajada y al Embajador según consta en el “Reglamento para los funcionarios de la residencia” (fs. 17) y del “Contrato de Trabajo” agregado a fs. 21, cuyo Artículo 1° expresa: “El trabajador se compromete a realizar el trabajo (Mayordomo de la Residencia del Embajador..) o sea, queda claro cuál es la función principal del contratado, y posteriormente se agrega que también podría realizar “..*otras tareas..*”, sin especificar en qué consisten estas actividades. Por otra parte, desde la óptica exclusiva de la Embajada de Japón, que es la única demandada, la norma transcrita precedentemente no se refiere directamente al Estado acreditante, sino al “agente diplomático” o sea a la persona física, así trata la ley desde el Art. 29 en adelante, en otros términos, no se refiere específicamente a la Embajada sino a sus agentes. No existe una disposición expresa al respecto, pero los artículos que contiene la “Convención” dejan entrever claramente que la “inmunidad” es un privilegio otorgado a los Estados acreditados y sus agentes en misión, siempre y cuando se refieran a la actuación “oficial”, pero no para la privada, que incluye la contratación particular de un servicio domestico. Consecuentemente no existe fundamento legal sólido para modificar el auto recurrido, debiendo por ello ser confirmado, con costas.

Con respecto a la apelación de la sentencia definitiva, sostienen los agravios que, no concuerda con la decisión del inferior en cuanto a la acreditación de las causales de despido justificado previstas en el Art. 81 C.T. incs. p) (inasistencia del trabajador durante tres días sin causa justificada), en razón de que al empleador corresponde demostrar que la desvinculación no le es imputable. Agrega que, el telegrama colacionado de despido al trabajador por las causales previstas en los incs. c) acto de violencia, amenazada contra el empleador; g) actos inmorales; k) condena penal; q) abandono del trabajo; ll) desobediencia laboral, porque dichas causales no fueron invocadas en el telegrama de despido ni en el escrito de demanda, además la causal prevista en el inc. p) del Art. 81 C.T. ya estaba prescripta. Advierte que, en este fuero se admiten los fallos ultra o extra petita pero solo cuando sea favorable al trabajador, que no es el caso. Manifiesta que en cuanto a la estabilidad especial, la demanda manifestó que ingreso al trabajo en el mes de abril, lo que debe interpretarse que es el primero, no el 13 de abril como afirmo la Aquo, al adquirir la estabilidad especial, corresponde a la demandada demostrar la justificación de despido mediante un juicio especial.

La defensa contesto que, en cuanto al despido con causal apoyada en el Art. 81 inc. p) del C.T., se ha demostrado con pruebas documentales reconocidas por la actora, es decir una confesión y que como antecedente se agregaron notas de apercibimiento y amonestaciones antes de proceder al despido. Prosigue que, con relación a la antigüedad, la presunción establecida en el Art. 102 en el periodo de sospecha lo que se puede pedir es la reincorporación y no la doble indemnización, porque lo que defiende es la estabilidad y la doble indemnización le corresponde por ley al trabajador una vez cumplido los 10 años de antigüedad.

En el caso que nos ocupa, analizamos en primer lugar la antigüedad del trabajador en razón de que las obligaciones probatorias atribuidas a las partes varían de acuerdo a la estabilidad o no del dependiente prevista en el Art. 94 del C.T. En esta coyuntura prima la precisión y la interpretación restrictiva, por tratarse de plazos, computables por la fórmula matemática. En este sentido la actora sostuvo a fs. 36 en su escrito de demanda que ingreso a trabajar con la demandada “...en el mes de abril de 1998...”, sin especificar el día, sin embargo la actora acompaño con la demanda el primer contrato de trabajo suscripto entre las partes de fecha 13 de abril de 1998, obrante a fs.25/26 y ratificado por la demandada, en estas condiciones esta fecha de ingreso debe tomarse como cierta, y a la fecha del despido (1°-X-07) no alcanza la estabilidad prevista en el Art. 94 del C.T., por lo tanto resulta inaplicable las previsiones del Art. 102 de C.T.

En segundo lugar, la actora cuestiona la desestimación de la demanda alegando no haberse cumplido los requisitos legales para que se califique como “justificado” el despido del trabajador, especialmente la causal prevista en el Art. 81 inc. p) del C.T. que refiere expresamente: “la inasistencia del trabajador a las tareas contratadas durante tres días consecutivos o cuatro veces en el mes, siempre que se produjera sin permiso o sin causa justificada”. Examinamos las constancias que obran en autos sobre este extremo o en su caso su omisión probatoria. En el escrito de contestación de la demanda la parte afectada alego: “..Cabe acotar que el último acto de infracción laboral acontece en los meses de agosto y septiembre de 2007, cuando la actora orondamente no se presenta a trabajar por varios días, sin justificar su inasistencia, ni en forma verbal ni escrita, hecho final que colma la paciencia de señor Embajador y Señora y desencadena en su despido justificado, conforme lo demuestro con la “tarjeta de

control de asistencia...”. Las referidas tarjetas de control de asistencia y horario se encuentran agregadas a fs. 54 al 57 de autos, las dos primeras corresponden a los meses de agosto/septiembre, notándose en las mismas la ausencia del trabajador en 13 oportunidades, en forma alternativa, es decir, en periodos de dos (2) días por vez, descontando los días de descanso mensual que son cuatro (4) restan nueve (9) días de inasistencia al lugar de trabajo que el afectado no ha intentado siquiera justificar. Contra estas instrumentales la actora no ha opuesto ningún tipo de impugnación, es más, en oportunidad de la audiencia de reconocimiento de firmas y documentos, fs. 108, el actor respondió afirmativamente, sin cuestionar ninguno de ellos de fs. 46 al 57 en el que se encontraban insertas las tarjetas mencionadas. El extremo alegado fue probado fehacientemente por medio idóneo sin que exista una contraprueba válida que sostenga lo contrario, en estas condiciones no cabe duda alguna que ha quedado justificada la causal de ausencia injustificada en el lugar de trabajo por nueve (9) días en forma alternativa, motivo legal de rescisión de contrato de trabajo sin obligación de preavisar ni indemnizar por parte del empleador, según prescribe el Art. 82 del C.T.

En tercer lugar, en cuanto al texto del telegrama colacionado enviado por el empleador comunicando la rescisión del contrato de trabajo, el Dr. José Altamirano, conocido especialista en esta materia, en su texto “Primeros Auxilios Legales – Derecho del Trabajo”, 7ª ed., 2001, pág. 48/9 opina en lo pertinente cuanto sigue: Principales obligaciones que derivan del contrato de trabajo “Resulta, en consecuencia, que el primero y principal deber del trabajador consiste en poner a disposición del empleador su capacidad de trabajo, su fuerza laboral. Es decir, que para que el empleador, pueda dar ocupación efectiva al trabajador (Art. 62 inc. a) CT), este debe concurrir al lugar de trabajo. En segundo lugar, al trabajador le está prohibido faltar al trabajo sin causa justificada o sin permiso de su empleador (Art. 66 inc. a) CT) y en caso de tener que faltar, está obligado a dar aviso a su empleador o a sus representantes (Art. 65, inc. m CT). La ausencia del trabajador a sus tareas puede deberse a múltiples razones, por lo que es este quien, en cada caso, debe justificarla y eventualmente probarla. La carga de la prueba no puede derivarla a su empleador, pues su primera obligación es asistir al trabajo y su primera prohibición es faltar al trabajo sin causa justificada o sin permiso...”. De lo expuesto se deduce que siendo la asistencia al trabajo una obligación del trabajador impuesta por la ley, es este a quien com-

pete justificar fehacientemente su ausencia. De manera que la ausencia de algunas causales de terminación de contrato de trabajo en el texto del colacionado, amén de ser un procedimiento aun extrajudicial, el hecho discutido podría eventualmente ser por otras causales y la vía de la destitución no precisamente escrita, de hecho en buena mayoría de los casos se han producido despidos no por la vía del telegrama colacionado. Sin embargo adquiere relevancia ya en el terreno judicial todos los hechos expuestos en la demanda y contestación porque sobre esos hechos versara el debate. En el *sub examine*, la defensa alego en su contestación la ausencia injustificada del trabajador en su lugar de trabajo y posteriormente lo probo, consecuentemente prevalecen los argumentos esgrimidos a favor de la demandada.

Por los fundamentos expuestos, sostengo que la sentencia apelada debe ser confirmada, con costas, a la actora. Es mi voto.

A su Turno, la magistrada Miryam Peña, dijo: En el caso en examen, un exmiembro del personal de servicio (mayordomo de la residencia del embajador) de la Embajada del Japón, Jaime Víctor Martínez Ovando, demanda a la Embajada por considerar que su despido es injustificado. Solicita la doble indemnización correspondiente al trabajador estable, basado en su antigüedad afirmada de 9 años y seis meses.

La jueza, por A.I. N° 168 del 29 de abril de 2008 rechaza la excepción de inmunidad de jurisdicción opuesta por la representación de la Embajada, y por S.D. N° 95 del 11 de agosto de 2009 deniega la presente demanda. Ambas resoluciones son recurridas, la primera por la Embajada y la segunda por el trabajador.

Apelación del A.I. N° 168/ 29.04.08 (fs. 69/70).

Previa aclaración. La representación de la Embajada del Japón se presentó en el juicio y, en primer término, con la pretensión de sustraerse de la jurisdicción del Estado paraguayo reclamó la inmunidad de jurisdicción basado en las leyes internacionales sobre Relaciones Diplomáticas (las que no especifica) y los usos y costumbres internacionales. Con ello se introdujo en el proceso una cuestión pertinente al Derecho Internacional, que a mi juicio, debió ser resuelta de manera previa y definitiva antes de continuar el proceso. No se hizo así. Rechazada la excepción, fue apelada recién con la sentencia definitiva, de acuerdo con la regla establecida en el Art. 124 del C.P.T., que a mi modo de ver no es aplicable cuando se trata de una excepción de inmunidad de jurisdicción del

Estado, que es diferente a la excepción de incompetencia de jurisdicción, pues en ésta no se cuestiona la jurisdicción del Estado sino la competencia del órgano judicial. Tampoco el abogado de la Embajada demandada exigió un tratamiento definitivo previo de la inmunidad planteada, al contrario, se prestó a la substanciación de todo el proceso e interpuso el recurso recién después de dictarse la sentencia definitiva. Pero a esta altura de los acontecimientos procesales referidos, no queda otra a este Tribunal sino analizar si la resolución que rechaza la inmunidad de jurisdicción alegada por la Embajada está conforme a derecho, que en definitiva implica, pronunciamiento acerca de si los Tribunales paraguayos tienen jurisdicción para entender en esta demanda laboral promovida contra la Embajada del Japón.

Hecha la aclaración que precede, paso a analizar la resolución apelada. Por la misma, la Aquo rechazó la excepción de inmunidad de jurisdicción, basada en Art. 31. 1, inc. c), conforme al cual concluyó que la inmunidad de jurisdicción en materia civil y comercial que goza el agente diplomático no es absoluta, dado que tiene sus excepciones, las previstas en los incisos a) b) c) de la citada disposición, y, entendió que el caso del actor encuadra perfectamente en la excepción prevista en el inc. c). Además, tuvo en cuenta la disposición del Art. 33 numeral 3 de la citada Convención, que impone al agente diplomático el cumplimiento de las obligaciones sobre seguridad social, al respecto, sostiene que sería una incoherencia que la Convención, por un lado, cargue al agente diplomático con esa obligación, que en nuestro país se encuentra incorporada en el Código Laboral y por otro, sustraiga de los tribunales naturales del país cuyas leyes pretende sean observadas. Sin embargo, al margen de todo ello, la Aquo, admite que la inmunidad de jurisdicción en materia civil engloba a todas las otras que se desprendieron de la misma, tales como la laboral y la de la niñez y adolescencia.

No comparto estos criterios de la jueza. No obstante, aunque por otros fundamentos, también estimo que no es admisible la inmunidad de jurisdicción planteada por la Embajada del Japón. En primer lugar, en mi opinión, por las razones que más adelante explicaré, la Convención de Viena/1961 no aporta la solución a la cuestión que nos ocupa, dado que dicha Convención otorga inmunidad de jurisdicción a los agentes diplomáticos que no debe confundirse con la propia misión diplomática (la Embajada), y en este caso no es demandado un agente diplomático sino la Embajada como órgano del Estado japonés. Enton-

ces, se trata de la inmunidad de jurisdicción del Estado, acerca de la cual nada dice Convención de Viena/1961.

Insisto, en este juicio es demandada la Embajada del Japón, como órgano institucional de las relaciones diplomáticas de dicho país y distinta conceptualmente de las personas físicas que la componen. En consecuencia, su actos (de la Embajada), en tanto sean tal misión diplomática, se imputan al Estado que representa, el Japón. De ahí que la cuestión central que nos ocupa en este análisis versa, no sobre la inmunidad de jurisdicción de un agente diplomático, sino sobre la del Estado

En relación a esa materia (inmunidad de jurisdicción del Estado), considero que es preciso hacer algunos recordatorios previos que nos ayudará a ubicar el problema y encontrar la solución adecuada conforme con el Derecho Internacional Público, pues de eso se trata. La inmunidad de jurisdicción es un tema del derecho internacional público.

La inmunidad de jurisdicción significa la imposibilidad en que se encuentra un tribunal de un Estado para decidir un litigio en que figure como demandado un Estado extranjero, en razón de principios de soberanía, independencia e igualdad jurídica.

Los privilegios e inmunidades de que han gozado tradicionalmente las misiones y los agentes diplomáticos han dado a través de los tiempos, a la formulación de distintas teorías: Así la teoría que se apoya en el carácter representativo del agente diplomático; la teoría de la extraterritorialidad que se basaba en la ficción de que el agente diplomático no había abandonado el territorio de su Estado y de que la misión diplomática (Embajada) constituía territorio del Estado acreditante, enclavado en el Estado receptor. Pero en nuestros días, tanto la doctrina como la práctica de los Estados y la jurisprudencia interna asignan a los privilegios e inmunidades diplomáticos el fundamento funcional. Es ésta la posición que adopta explícitamente la Convención de Viena de 1961, que en su preámbulo dice que las inmunidades y privilegios se conceden, no en beneficio de las personas, sino con el fin de garantizar el desempeño eficaz de las funciones de las misiones diplomáticas en calidad de representantes de los Estados. (José A. Pastor Ridruejo. Curso de D. Internacional Público y Organizaciones Internacionales, p. 489).

Debe distinguirse entre privilegios e inmunidades concedidos a la “misión diplomática” (Embajada), entendida como órgano institucional de las relacio-

nes diplomáticas y los que se otorgan a las personas físicas que la componen. Sólo me detendré en la consideración de la “inmunidad de jurisdicción”, pues, los demás privilegios e inmunidades escapan del tema litigioso que nos ocupa.

En cuanto a la inmunidad de jurisdicción, la Convención de Viena de 1961 otorga a los agentes diplomáticos inmunidad absoluta cuando se trata de jurisdicción penal (Art. 31.1). Así mismo, el agente diplomático goza de inmunidad de jurisdicción en materia civil y administrativa, salvo las excepciones establecidas en los incisos a) b) y c) del Art. 31.1. Conforme con el mismo Art. 31, punto 3, el agente diplomático también está cubierto de cualquier medida de ejecución, salvo los casos previstos en los incisos ya citados del punto 1. Realmente, la Convención de Viena de 1961 es la Biblia de los privilegios e inmunidades de los agentes diplomáticos. Mientras que la misión diplomática (Embajada) si bien disfruta de la inmunidad de jurisdicción, es una materia a la que apenas si se refiere la Convención de Viena porque reconducen, en definitiva, a la inmunidad del Estado.

Ciertamente, debe ser diferenciada la inmunidad jurisdiccional de los representantes de los estados (embajadores, cónsules, jefes de misiones especiales...) de la de los Estados; que responden a necesidades, historia y principios diferentes.

Bajo la Convención de Viena de 1961 la inmunidad de jurisdicción se extiende únicamente a la persona del agente diplomático y a los miembros de su familia, pero no a la misión diplomática como tal, lo cual obedece a que la Conferencia de Viena de 1961 las delegaciones tuvieron claridad en que una actuación legal o judicial en contra de una misión diplomática es en realidad una actuación en contra del Estado representado por ella y por tanto las misiones diplomáticas no pueden tener una inmunidad de jurisdicción diferente de la de dicho Estado. Como esa Conferencia no tenía dentro de su mandato ocuparse de las cuestiones relativas a la inmunidad de jurisdicción de los Estados, no es sorprendente que la Convención de Viena de 1961 guarde total silencio al respecto. (J.J.Quintana A/Gonzalo Guzman C. De espaldas al Derecho Internacional: Colombia y la Inmunidad de jurisdicción de los Estados, en Rev. Colombiana de D. I., 06-11, N° 008).

La Convención de Viena de 1961 constituye, realmente, la más impresionante manifestación de la codificación y desarrollo progresivo del Derecho Internacional emprendida por las Naciones Unidas. Pero nada dice acerca de la inmunidad de jurisdicción del Estado.

La inmunidad de jurisdicción de los Estados no está ni nunca ha estado regulada por la citada Convención de Viena, sino por normas de la costumbre internacional que finalmente han sido codificadas y quedaron incorporadas en la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes, aprobada en diciembre de 2004, a la cual me referiré más adelante.

Por todo lo anterior, entiendo, como ya dije al comienzo, la Convención de Viena de 1961 no resuelve el problema de inmunidad de jurisdicción inmerso en este juicio.

A falta de disposiciones expresas de la Convención de Viena de 1961 y 1963, la cuestión debe reconducirse a las normas del Derecho Internacional General o consuetudinario sobre la inmunidad jurisdiccional de los Estados, de los que son órganos las misiones diplomáticas y oficinas.

En ese aspecto debe señalarse que los Estados gozan de inmunidad de jurisdicción ante los tribunales de un Estado extranjero. No obstante, la costumbre internacional contemporánea ha demostrado que esta regla no es absoluta puesto que tiene importantes excepciones, particularmente cuando el Estado se comporta como cualquier otro individuo, al establecer relaciones comerciales, contratar trabajadores en otro Estado o generar lesiones o daños por los cuales deba responder extracontractualmente.

De esta forma, se abrió camino en la práctica la distinción entre las actuaciones que corresponden al ejercicio de las prerrogativas del poder público del Estado, o *acta jure imperio* y las actuaciones que el Estado realiza en condición similar a la de los particulares, o *acta jure gestionis*. Mientras las primeras siguen cubiertas por la inmunidad de jurisdicción absoluta, según las normas tradicionales, las segundas representan excepciones taxativas a dichas normas, con el resultado de que sobre ellas los tribunales del Estado del foro tienen jurisdicción y pueden entrar a ejercerla sin violar por ello el derecho internacional. Esta solución ha sido adoptada por la legislación y las decisiones judiciales de muchos Estados y se refleja también en los tratados de codificación que se han elaborado, primero en el plano regional y luego en el universal. Sobre esta base hoy día no cabe duda que la principal tendencia en el derecho internacional es la de reconocerle a los Estados extranjeros inmunidad de jurisdicción únicamente por los actos *jure imperii* y negársela por los actos *jure negotionis*. (J.J. Quintana A/Gonzalo Guzmán C., ob .cit.).

Existen tres tratados multilaterales que se ocupan del tema de la inmunidad de jurisdicción del Estado: la Convención relativa a la unificación de ciertas reglas concerniente a la inmunidad de los buques de propiedad del Estado, firmada en Bruselas en 1926; La Convención Europea sobre inmunidad del Estado firmada en Basilea en 1972, inspirada en la idea de conseguir la mayor protección posible para los particulares que contratan con Estados extranjeros y que acoge, desde luego, la tesis de la inmunidad restringida, en su Art. 5 afirma la licitud del ejercicio de la jurisdicción en lo que concierne a los contratos laborales celebrados por Estados extranjero; y la ya citada Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes, aprobada en diciembre de 2004.

Esta Convención de las Naciones Unidas ha recogido y codificado las normas del derecho internacional en el terreno que nos ocupa, y coherente con la evolución y el estado actual del mismo, se acoge a la teoría restringida de la inmunidad jurisdiccional. Representa así el más reciente e importante logro de las Naciones Unidas en el campo de la codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional.

Establece el Art. 5º como norma general la inmunidad de jurisdicción de los Estado y sus bienes, ante los tribunales de otros Estados. Sin embargo, acorde con la teoría restringida, la Convención consagra importantes excepciones a la aplicación de la norma general, que se refieren a materias con respecto a las cuales la inmunidad del Estado “no se puede hacer valer”. Se trata de excepciones a la regla general que han sido aceptadas de manera progresiva y están bien arraigadas en la práctica estatal contemporánea. Entre tales excepciones se encuentra los contratos de trabajo, según el Art. 11 que dice: “Salvo que los Estados interesados convengan otra cosa, ningún Estado podrá hacer valer inmunidad de jurisdicción ante un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en un proceso relativo a un contrato de trabajo entre el Estado y una persona natural respecto de un trabajo ejecutado o que haya de ejecutarse total o parcialmente en el territorio de ese otro Estado”. Si bien en el punto 2 del mismo Art. 11 se enumeran seis casos especiales en los que esta norma no se aplica, sobre los mismos no me detengo porque ninguno de ellos corresponde a la situación del actor en este juicio.

Está pues claramente definida en la Convención del 2004 la inaplicabilidad de la inmunidad de jurisdicción en procesos de índole laboral. Es cierto que la

Convención, aunque suscrita por el Paraguay en setiembre de 2005, no fue ratificada y por tanto no integra el orden jurídico nacional, no es menos cierto que la Convención es un valioso medio de interpretación de las normas sobre inmunidad jurisdiccional, y más del derecho consuetudinario internacional, al hacer explícito lo que los Estados entienden que es la inmunidad que ellos reclaman para sí.

En efecto, ante la falta de vigencia de la Convención de 2004, la solución del problema que plantea en este caso el alegato de la inmunidad de jurisdicción debe basarse en la práctica y la costumbre internacional en ese terreno, las cuales se encuentran sistematizadas y condensadas en el texto de dicha Convención. De ahí, que la Convención/2004 constituye un instrumento normativo de sumo valor, al que debe adecuarse toda solución de controversias en materia de inmunidad de jurisdicción de los Estados, que pretenda estar a tono con el derecho internacional moderno y la práctica de los Estados.

En otro orden de consideraciones, téngase en cuenta que Paraguay al ser, por proclama de la Constitución, un Estado social de derecho, no puede admitir un tratamiento que deje en desventaja a sus nacionales y a sus residentes permanentes frente a un Estado extranjero que participa igualmente en el mercado. De hacerlo estaría cercenando, entre otros, el derecho al libre acceso a la justicia que conlleva la eliminación de los obstáculos procesales que pudieran impedirlo.

El derecho internacional admite, y es la razón por la cual la inmunidad de jurisdicción no se concede de manera absoluta, que los Estados tiene el deber de proteger los intereses de sus nacionales y a sus residentes permanentes, de carácter civil, comercial, y con mayor razón cuando son trabajadores que reclaman salarios, prestaciones sociales y de seguridad social (J.J. Quintana A./Gonzalo Guzmán C., ob. cit.).

El Estado en ejercicio de su soberanía tiene el poder de jurisdicción el que debe estar al servicio de los habitantes de su territorio (nacionales o extranjeros), quienes deben encontrar en ese servicio la protección de sus intereses y con mayor razón cuando se trata de trabajadores que reclaman la satisfacción de sus derechos laborales. Negarles a éstos el servicio de justicia por razones de inmunidad de jurisdicción de su empleador Estado extranjero equivaldría negarles el derecho fundamental del acceso a una tutela judicial efectiva, pues, si bien el trabajador puede recurrir a los órganos jurisdiccionales del Estado

empleador, ejercerá su derecho en forma muy indirecta, complicada y costosa, que más de las veces no estará a su alcance. Sus derechos quedarían en el aire.

Todo lo dicho se resume en los siguientes puntos:

- En la práctica del derecho internacional moderno se distingue la actividad del Estado realizada en calidad de Estado soberano (actos *jure imperii*), de los llevados a cabo en el terreno privado (actos *jure gestionis*).
- En el primer caso los Estados gozan de inmunidad absoluta y en el segundo de inmunidad relativa.
- Los contratos laborales celebrados por los Estados pertenecen a la categoría de actos *jure gestionis*, por ello constituyen una excepción a la inmunidad de jurisdicción.
- La inmunidad de jurisdicción absoluta cercena el derecho fundamental de acceso a la justicia.

Conclusión. A la luz de las conclusiones apuntadas resulta inaceptable el alegato de inmunidad de jurisdicción planteado por la Embajada del Japón en este juicio en que le reclama beneficios laborales el Sr. Víctor Martínez, ex miembro del personal de servicio de dicha Embajada, por tratarse de proceso relativo a materia no cubierta por el concepto de inmunidad de jurisdicción.

La pretensión del abogado de la Embajada de extender a la jurisdicción laboral la inmunidad que gozan los agentes diplomáticos en materia civil y administrativa de acuerdo con el Art.31 de la Convención de Viena de 1961 es totalmente inadmisibles, uno, porque en este caso no está en juego la inmunidad de un agente diplomático sino la inmunidad de la propia misión diplomática (la que no trata la Convención de Viena/1961), dos, porque implicaría ir de contramano con el derecho internacional moderno, cuyo progreso en la materia que nos ocupa está plasmado en la Convención de las Naciones Unidas de 2004, que en su Art. 11, sustrae explícitamente al contrato de trabajo de la inmunidad de jurisdicción de los Estados.

Por todo lo dicho, corresponde la confirmación, con costas, del auto apelado -A.I. N°168/2008-, bajo los fundamentos que preceden, que son muy distintos a los expuestos en dicha resolución. Es mi voto.

Apelación de la S.D.95 del 11 de agosto de 2009 (f. 156/160).

En cuanto a la apelación de la sentencia definitiva, coincido con la conclusión del colega preopinante en el sentido de confirmarse la misma. No obstante, solo a modo de aclaración digo cuanto sigue:

En este juicio no se discute el hecho del despido. Se discute si existió o no justa causa. El empleador imputo al actor conductas irregulares que encuadró en los incisos c, ll, p, t, q del Art. 81 del C.T. Es a cargo del empleador demostrar las justas causas alegadas. En ese aspecto, ha presentado varias notas de apercibimiento y las tarjetas de control de asistencia del actor (fs.46/57). Estos documentos fueron reconocidos por el actor (fs. 108). Dijo que si son sus firmas las obrantes en las notas de apercibimiento, adquiriendo así eficacia probatoria los mismos, la que no se desvanece por la sola afirmación del actor de que firmó porque no tuvo otra opción.

En cuanto a las tarjetas de control de asistencia, si bien no llevan la firma del trabajador, éste los reconoció, a más de no hacer ninguna aclaración ni cuestionamiento de estos documentos, con lo cual consintió las anotaciones pertinentes, según las cuales el actor dejó de asistir a su trabajo por varios días (más de cuatro días en el mes). Entonces, ha quedado demostrada la inasistencia imputada al trabajador que configura una justa causa de despido establecida en el inc. “p” del Art. 81 C.T., con el agravante de los otros antecedentes demostradas con las referidas notas de apercibimiento.

Es cierto que en el telegrama de despido no se indicó como causal de despido el inc. “p” del Art. 81, pero ello no tiene la trascendencia pretendida por el abogado del actor, dado que en la contestación de la demanda fue invocado expresamente esa causal del inc. “p”, por lo que integra los términos de la litis, contrariamente a lo que afirma el apelante.

En cuanto a la llamativa prescripción del derecho del empleador afirmado por el apelante en sus agravios, es totalmente inadmisibles, pues, lo que prescribe es la acción para entablar juicio de demostración de la existencia de justa causa, acción no promovida por la empleadora, además de no estar obligada a ello, dado que el actor no cuenta con diez años de antigüedad. Además, la últimas ausencias son del mes de setiembre de 2007 y la empleadora procedió al despido el 01 de octubre, dentro del plazo establecido en el Art. 401 del C.P.T.

En cuanto a la antigüedad reconocida en la sentencia, también cuestionada por el apelante, aún en el supuesto de aceptar la afirmada por el trabajador, 9 años y 6 meses, no tiene relevancia en la solución de este litigio, dado que el actor no solicitó la reposición a su empleo, a lo que podía haber reclamado de acuerdo con el Art. 102 del C.T. La doble indemnización solicitada por el actor solo corresponde en relación al trabajador que ya ha adquirido la estabilidad

especial, o sea que cuente con una antigüedad que supera los diez años (Art. 94, 96 C.T.).

En síntesis, resultan injustificados los principales fundamentos del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, por lo que corresponde la confirmación de la sentencia apelada, tal como también concluye el colega preopinante. Es mi voto.

A su turno, la magistrada Concepción Sánchez, Godoy, dijo: Que adhiere al voto de la colega Miryam Peña por sus 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 sigue a continuación:

VISTO: Los méritos que ofrece el acuerdo precedente, el Tribunal de Apelación del Trabajo Segunda Sala;

RESUELVE: Confirmar, con costas, el A.I. Nro. 168 de fecha 29 de abril de 2008 y la S.D. N° 95 de fecha 11 de agosto de 2009, conforme a los fundamentos expuestos precedentemente. Anotar, registrar y remitir copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Concepción Sánchez, Guido Cocco Samudio, Miryam Peña
Ante mí: Gloria Machuca, Actuario Judicial

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 43

CONTRATO DE TRABAJO. Horas extras. Trabajo nocturno.

Siendo un hecho conocido el horario que funciona una discoteca, ya existe una presunción a favor del actor sobre las horas nocturnas de trabajo.

CONTRATO DE TRABAJO. Presunción a favor del trabajador.

En lo que se refiere al accionante, ha prestado declaración jurada, lo que en principio pone a funcionar los efectos del Art. 161 del C.P.T siempre y cuando la patronal no presente los libros y registros laborales de tenencia obligatoria.

CONTRATO DE TRABAJO. Jornada de trabajo.

En el subexámene por la suma de pruebas, quedó acreditado que el trabajador prestaba servicios para la firma “como encargado de barra” y su horario de trabajo era de 18.00 a 07.00 hs. De jueves a sábados, ello implica que la jornada

de trabajo era mixta, lo cual amerita el reajuste en concepto de diferencia salarial. Por otra parte, la ley contempla el régimen de pago de horas extras en su Art.234 del C.T lo cual tiene un recargo el 100% cuando es nocturno, hecho que también quedó acreditado en autos, por lo tanto la aplicación de ambos rubros cuestionados se ajustan a derechos y a la sentencia no puede ser revocada.

CONTRATO DE TRABAJO. Horas extras. Trabajo nocturno.

En el cálculo realizado no se le resta ninguna hora trabajada ni se deja de reconocer las extraordinarias, sencillamente se computan como horas nocturnas extraordinarias todas las que sobrepasen las ordinarias, es más, las horas nocturnas extraordinarias tenidas en cuenta por el Juez (5,5 horas nocturnas extras), resulta más beneficioso al trabajador que computar 4,5 horas nocturnas extras y una (1) diurna extra, porque aquella se paga mejor que esta.

Trib. de Apel. en lo Lab., Segunda Sala, 31.03.11 “Antonio Cubilla Acosta c/ E.M.G y Floyd S.A y Coyote Disco y quien resultare responsable s/ cobro de guaraníes” (Ac. y Sent. N° 43).

CUESTIÓN:

¿Esta ajustada a derecho la resolución apelada?

Conforme al sorteo de ley, dio como resultado el siguiente orden, Guido R. Cocco Samudio, Concepción Sánchez y Myriam Peña.

A la cuestión planteada el magistrado Guido Cocco Samudio, dijo: Por la sentencia recurrida la Jueza Aquo resolvió: 1) Hacer Lugar, con costas, a la presente demanda promovida por el trabajador Antonio Cubilla Acosta contra la Empresa Floyd S.A., y en consecuencia condenar a la misma a que en el perentorio término de 48 horas de quedar ejecutoriada la presente sentencia, abone al actor la suma de G. 10.329.844 (Guaraníes diez millones trescientos veinte y nueve mil ochocientos cuarenta y cuatro), de acuerdo con la liquidación practicada y los fundamentos expuestos en el considerando de la presente resolución. 2-) Anotar...”.

Agravios de la Parte Demandada. Señala la recurrente que agravia a su parte la condena de G. 10.329.844 en concepto de horas nocturnas extraordinarias de labor porque no corresponde en derecho porque el salario que percibía el actor cubría totalmente lo exigido por ley teniendo en cuenta los días y horas trabajadas. Alude que la Jueza para sostener su condena parte de una premisa errada, sosteniendo que la carga de la prueba corresponde al empleador, sin embargo, por tratarse de situaciones excepcionales corresponde al trabajador

acreditar dicho extremo en forma concreta y no por medio de presunciones. Tampoco se produjo la prueba de emplazamiento a la demandada para la presentación de libros laborales. La actora presentó dos testigos, pero estos se limitaron a mencionar datos contenidos en la demanda, sin demostrar puntualmente las horas extras reclamadas. Concluye que, al no estar demostrado las horas extras trabajadas, no procede la condena por diferencia salarial de este rubro.

La parte actora contesta el traslado negando que la condena sea solo en concepto de horas extraordinarias de labor y manifiesta que el monto de la sentencia también incluye vacaciones, aguinaldo, salario por 3 días trabajados e indemnización compensatoria. Igualmente rechaza que el salario de Gs. 1.200.000 cubre la cantidad de días y horas trabajadas. Refiere que su parte ha acreditado fehacientemente por medio de declaración jurada, absolución de posiciones, dos testigos y la no presentación de contrato de trabajo, recibos de salarios, pago de vacaciones, que el actor trabajaba en la disco de 18.00 hasta las 07.00 horas.

Analizadas las constancias de autos, encontramos que no constituye punto de controversia la relación laboral y que el empleador explota comercialmente una discotecaailable, en la cual trabajaba el actor. Siendo un hecho conocido el horario que funciona este tipo de negocios, ya existe una presunción a favor del actor sobre las horas nocturnas de trabajo. Para dilucidar esta cuestión primero debemos despejar la discusión de la labor que cumplía el señor Antonio Cubilla Acosta, así el actor dice que últimamente cumplía funciones como “encargado de la barra” (barra=cantina), en cambio la demandada afirma que el trabajador era “Guardia de Seguridad” y por tal bajo el régimen del Art. 205 inc. b), siendo su horario de trabajo de 22,00 hasta las 06,00 horas.

Ahora bien, en materia probatoria, la demandada solo produjo la confesoria del actor, del cual no se extrae ningún extremo favorable a la defensa. Tampoco ha presentado otro elemento que justifique o avale las afirmaciones vertidas en su escrito de responde, como por ejemplo, un contrato de trabajo, tarjetas de registro horario de entrada y salida del personal, testificales. En estas condiciones resulta difícil para el apelante que pueda insistir con posibilidades de progresar en sus pretensiones.

En lo que se refiere al accionante, ha prestado declaración jurada, lo que en principio pone a funcionar los efectos del Art. 161 del C.P.T. siempre y cuando

la patronal no presente los libros y registros laborales de tenencia obligatoria. En este sentido, obra a fs. 44 y 45 la notificación cedular a la empresa Floyd S.A. y a su representante convencional de la intimación pertinente para la presentación de dichos libros, sin que exista constancia de su cumplimiento. Ha producido dos testificales de la señora Estela Mary Villalba Benitez (fs. 62) y el señor Wiliam Enrique Gómez (fs. 63) quienes coincidentemente declararon que el actor trabajaba los miércoles, viernes y sábado, como encargado de la barra y su horario de trabajo era de 18,00 hasta las 08,00 del día sgte. Estas piezas probatorias fueron realizadas con todas las formalidades legales, sin cuestionamiento por parte de la adversa, con respuestas claras y habiendo justificado acabadamente la razón de sus dichos, tampoco existe ningún elemento igual o mejor que estas que pueda contrarrestar o disminuir la validez de las mismas. En estas condiciones la prueba ingresa plenamente como elemento positivo a favor del actor, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 188 del C.P.T. A esto se le debe sumar la confesoria del actor, en el cual se ratificó en el mismo de la demanda y los testigos, es decir, que trabajaba como “encargado de la barra”, negando que su horario era de desde las 22,00 a 06,00 horas. Esta prueba también es válida pues no ha sido cuestionada oportunamente y en la instancia pertinente. El Art. 195 del CPT nos indica que las presunciones judiciales hacen plena prueba, cuando fuesen graves, precisas y concordantes y estén fundadas en hechos reales y probados. En el sub examine, por la suma de pruebas, quedó acreditado que el trabajador prestaba servicios para la mencionada firma “como encargado de barra” y su horario de trabajo era de 18,00 a 07,00 hs. de jueves a sábado, ello implica que la jornada de trabajo era mixta, lo cual amerita el reajuste en concepto de diferencia salarial. Por otra parte, la ley contempla el régimen de pago de horas extras en su Art. 234 del C.T., lo cual tiene un recargo del 100% cuando es nocturno, hecho que también quedó acreditado en autos, por lo tanto la aplicación de ambos rubros cuestionados se ajustan a derecho, y la sentencia no puede ser revocada.

Agravios de la parte actora. Se agravia en cuanto a los meses señalados por el juzgado como no prescriptos, en efecto la sentencia expresa que desde la fecha de promoción de la presente demanda, es decir el 08 de agosto de 2008 hasta la fecha del despido que se produjo el 16 de enero de 2008 han transcurrido 4,5 meses, sin embargo contabilizando parte del mes de agosto, setiembre, octubre, noviembre, diciembre y la primera quincena de enero de 2008, no estaban

prescriptos 5,5 meses. También se cuestiona el cálculo realizado por el Juez en cuenta a las horas trabajadas, expresando que sobre una jornada de trece horas por cuatro días de trabajo, la jornada mixta corresponde a 7,5 horas de jornada ordinaria, en tanto que 5,5 son extraordinarias. Asevera que el cálculo debió hacerse tomando como base el salario mínimo legal del momento de Gs. 1.341.775 dividido 26 días y este importe nuevamente dividir por 8 horas para establecer el pago por hora de trabajo diurno ordinario, con los recargos del 30% por hora ordinaria nocturna y el doble para los pagos de horas extraordinarias diurnas y nocturnas, realizando los cálculos pertinentes de salario no percibido, horas extras no pagadas por 5,5 meses asciende a la suma de Gs. 6.971.640. Considera finalmente que el monto de la sentencia debe ser elevado a la suma de Gs. 11.933.169.

En primer lugar, se advierte claramente que la actora equivoca el modo de computar los meses no prescriptos, no se trata de contar el nombre de cada mes para establecer la cifra correcta, sino de la fecha de inicio de la demanda es decir, en este caso, 08/agosto/08 a 16/enero/08, lo que equivalen a 4,5 meses, no 5,5 meses. Tampoco el salario mínimo se divide por 26 sino por 30 porque se está calculando por jornal trabajado, no por salario mensual. Ya los cálculos efectuados inicialmente por la parte actora ascendían a la suma de Gs. 44.375.760 en concepto de horas extraordinarias nocturnas. La diferencia con las estimaciones realizadas por el Juzgado son considerables. Los cálculos estimados en la sentencia, tanto para establecer las bases y las horas trabajadas son correctos, también hay coincidencia con el salario mínimo legal vigente, días y horas trabajadas. Si habría una (1) hora extraordinaria nocturna de diferencia, porque la sentencia calculó sobre 5,5 horas nocturnas extraordinarias, en cambio para la actora es 4,5 y una (1) hora diurna extraordinaria. En el cálculo realizado no se le resta ninguna hora trabajada ni se deja de reconocer las extraordinarias, sencillamente se computan como horas nocturnas extraordinarias todas las que sobrepasen las ordinarias, es más, las horas nocturnas extraordinarias tenidas en cuenta por el Juez (5,5 horas nocturnas extras), resulta más beneficioso al trabajador que computar, 4,5 horas nocturnas extras y una (1) diurna extra, porque aquella se paga mejor que esta.

Por las consideraciones expuestas, no corresponde modificar el fallo apelado en cuenta al monto estimado originalmente.

Al no prosperar las pretensiones de ninguna de las partes, la sentencia debe ser confirmada, con costas en el orden causado.- Es mi voto

A su turno las conjuces Concepción Sánchez y Miryam Peña, dijeron: Que adhieren al voto del colega Guido Cocco Samudio por sus 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 sigue a continuación:

VISTO: Los méritos que ofrece el acuerdo precedente, el Tribunal de Apelación del Trabajo Segunda Sala;

RESUELVE: Confirmar en todas sus partes la S.D. N° 36 de fecha 17 de marzo de 2010 dictada en estos autos, por los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. Imponer las costas en esta instancia en el orden causado. Anotar, registrar y remitir copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Concepción Sánchez, Guido Cocco Samudio, Myriam Peña.
Ante mí: Gloria Machuca, Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 45

CONTRATO DE TRABAJO. Despido.

Con respecto al hecho de si existió o no despido injustificado, de la forma como ha quedado trabada la litis, corresponde al trabajador demostrar que fue despedido en forma injustificada, en razón de que el empleador no solo ha negado tal extremo sino que dijo que el cargo se encontraba a disposición del denunciante.

CONTRATO DE TRABAJO. Despido.

El actor prestó declaración jurada, ratificándose en los hechos y peticiones expuestos en el escrito de demanda. Al respecto, es verdad que el cumplimiento de este ritual procesal abre la posibilidad de que las afirmaciones del trabajador vertidas en su reclamo inicial sean tenidas por ciertas. Pero este efecto procesal no es absoluto, ello se produce siempre y cuando se presenten ciertas circunstancias procesales y que no existan contrapruebas que destruyan dichas afirmaciones. En este sentido debe protegerse a ambos litigantes por igual, conforme la instruye la Constitución Nacional en cuanto al principio de igualdad procesal, derecho a la defensa y al derecho de ofrecer, practicar, controlar e impugnar pruebas.

CONTRATO DE TRABAJO. Indemnización.

Con respecto al aumento de la indemnización compensatoria, el propio Art. 233 del C.P.T deja a criterio exclusivo del Juez, primero, decidir si concede o no tal beneficio y en su caso el porcentaje del mismo, siendo una facultad exclusiva y excluyente del mismo que lo avalúa conforme lo dispone el Art. 138 del mencionado cuerpo legal.

CONTRATO DE TRABAJO. Despido. Prueba del contrato de trabajo.

No hay que olvidar que el despido nunca se realiza en presencia de terceros, razón además para exigir al patrón una mínima actividad probatoria para desacreditar las afirmaciones del trabajador.

CONTRATO DE TRABAJO. Reingreso o reincorporación del trabajador.

El hecho de poner a disposición del actor su puesto de trabajo, no suple su obligación de intimar su reintegro por medio fehaciente.-

CONTRATO DE TRABAJO. Despido. Prueba del contrato de trabajo.

Los tribunales del trabajo que apartándose del principio clásico que dice que “quien afirma debe probar” (acogido por al Art. 249 C.P.C), impone al empleador la prueba de no ser el causante de la terminación de la relación laboral cuando el trabajador afirma que fue despedido.

CONTRATO DE TRABAJO. Reingreso o reincorporación del trabajador.

Si el trabajador deja de concurrir a sus tareas, el empleador debe intimar a éste a presentarse a su trabajo, bajo advertencia de que en caso de no hacerlo será interpretada tal actitud como exteriorización de su voluntad (del trabajador) de dar por terminado la relación laboral. En la práctica, el medio más utilizado para cumplir dicha intimación es el telegrama colacionado.-

CONTRATO DE TRABAJO. Reingreso o reincorporación del trabajador.

El demandado en ningún momento intimó al actor a presentarse a su empleo, a pesar de pasar bastante tiempo de que el mismo dejó de venir al trabajo, entonces no hay motivo para apartarse de la noma jurisprudencial señalada, según la cual corresponde al empleador la prueba de que el trabajador quien se alejó del trabajo.

CONTRATO DE TRABAJO. Reingreso o reincorporación del trabajador.

En efecto nótese que el empleador, en la contestación de la demanda afirmó que el actor dejó de venir al trabajo (desapareció), no sabiendo más nada de él hasta 12 días después, cuando recibió la notificación de la citación de la A.A.T. Sin embargo, en todo ese tiempo no averiguó la causa de inasistencia del actor, no le intimó a volver al trabajo, dejando pasar más de un tiempo prudencial para hacerlo. Ante tal circunstancia, la sola manifestación hecha en la audiencia realizada ante la A.A.T de que el puesto del actor “se encuentra a disposición del mismo” carece de toda revelación a los efectos de desvirtuar el despido afirmado por el actor y tampoco produjo prueba eficaz en ese sentido.

Trib. de Apel. En lo Lab., Segunda Sala, 31.03.11 “Miguel Arístides Cabrera Maldonado c/ Esteban Marino Valdez Armoa o quien resultare responsable s/ cobre de guaraníes en diversas conceptos” (Ac. y Sent. N° 45).

CUESTIÓN:

¿Está ajustada a derecho la resolución apelada?

Conforme al sorteo de ley, dio como resultado el siguiente orden, Guido Cocco Samudio, Concepción Sánchez y Myriam Peña.

A la Cuestión Planteada el Magistrado Guido Cocco Samudio, Dijo: Por la sentencia recurrida el Juez A quo resolvió: “1) Hacer Lugar, con costas, a la demanda laboral promovida por los señores Miguel Arístides Cabrera Maldonado contra el señor Esteban Marino Valdez Armoa y en consecuencia condenar a este ultimo a pagar al demandante la suma de G. 10.884.856 (Guaraníes diez millones ochocientos ochenta y cuatro mil ochocientos cincuenta y seis), en el perentorio termino de 48 horas de quedar firme la presente resolución. 2) ANOTAR, registrar...”.

Se agravia la demandante porque el Juez no concedió al trabajador estable la indemnización por despido injustificado, el preaviso omitido y las vacaciones proporcionales. Señala la recurrente que los citados rubros fueron denegados porque el A-quo considero no probados por el actor, cuando que la carga de la prueba correspondía al demandado. Sostiene igualmente que, quien debe demostrar las causales de despido es el empleador, no el trabajador.

El abandono de trabajo en que supuestamente incurrió el actor desde el 5 de abril de 2008, que sostiene la sentencia, no fue demostrado en juicio. Peticiona igualmente se eleve el monto de la indemnización compensatoria al 20% de la

condena, dado la negativa injustificada del empleador en el cumplimiento de sus obligaciones legales.

La parte demandada no presentó agravios, tampoco contestó los agravios de la actora, por tanto debe ser declarado desierto el recurso interpuesto.

Analizamos seguidamente si las pretensiones de la actora, según las constancias de autos, corresponden o no en derecho.

Con respecto al hecho de si existió o no despido injustificado, de la forma como ha quedado trabada la litis, corresponde al trabajador demostrar que fue despedido en forma injustificada, en razón de que el empleador no solo ha negado tal extremo sino que dijo que el cargo se encontraba a disposición del denunciante. Acerca de este hecho concreto, encontramos a fs. 7, una copia del acta de audiencia realizada ante el Viceministerio del Trabajo, en fecha 24 de abril de 2008, oportunidad en que el demandado asistió a dicha citación manifestando que el denunciante en ningún momento fue despedido de su lugar de trabajo puesto que el mismo se encuentra a disposición del denunciante a fin de que vuelva a sus labores habituales. El actor se mantuvo en su posición de que fue despedido sin justa causa. Este instrumento público, presentado por la actora con el escrito de demanda, no fue cuestionado por la adversa, quedando así como instrumento probatorio válido en juicio, pero que no decide a favor de ninguna de las partes.

La actora mantuvo la misma conducta en el escrito de demanda, es decir, que fue despedido sin justa causa. La defensa negó que haya despedido al trabajador, alegó que el mismo desde el 05 de abril del 2008 no vino más a trabajar y que en fecha 18 de abril de 2008, recibió la notificación del Ministerio de Justicia y Trabajo, para tratar el supuesto despido injustificado del denunciante señor Miguel Cabrera.

El actor prestó declaración jurada, ratificándose en los hechos y peticiones expuestos en el escrito de demanda. Al respecto, es verdad que el cumplimiento de este ritual procesal abre la posibilidad de que las afirmaciones del trabajador vertidas en su reclamo inicial sean tenidas por ciertas. Pero este efecto procesal no es absoluto, ello se produce siempre y cuando se presenten ciertas circunstancias procesales y que no existan contrapruebas que destruyan dichas afirmaciones. En este sentido debe protegerse a ambos litigantes por igual, conforme lo instruye la Constitución Nacional en cuanto al principio de igualdad procesal, derecho a la defensa y al derecho de ofrecer, practicar, controlar e

impugnar pruebas. El demandado negó el hecho del despido y puso a disposición el cargo que ocupaba el trabajador. En estas condiciones no se le puede exigir al empleador que pruebe el despido injustificado atribuido por el trabajador. Reitero, según los principios constitucionales expuestos, las presunciones concedidas por la ley laboral a favor del trabajador no pueden operar amparado bajo el principio “iuris et de iure”.

Las partes han diligenciado pruebas testificales: Por parte de la actora han declarado los señores: Carmen Ruiz Domínguez, Pedro Clavel Estigarribia, Sandra Elizabeth Gamarra de Farías Y Mirtha Beatriz Acosta de Melgarejo. Los nombrados han expuesto sus conocimientos en base al interrogatorio presentado por la actora que contiene solo dos preguntas: La primera con dos preguntas, si trabajó al servicio del demandado. Este hecho no fue controvertido. La segunda parte, interroga desde que fecha lo hizo. Un testigo respondió que hace 15 años y que se desempeñaba como ayudante de camión. El otro testigo dijo que Cabrera trabajo desde 1981 o 1982, y se desempeñaba como ayudante de albañil. El tercer testigo dijo que le consta que Cabrera trabajo desde 1992, cargando piedras y arena en el camión. El cuarto testigo, dijo que Cabrera trabaja hace 18 años con el demandado y se desempeñaba como ayudante de personal, alzando materiales. En el siguiente preguntado, sobre el horario de trabajo, Un testigo dijo que trabajaba desde las 06,00 de la mañana sin horario fijo de salida, todos los días. El siguiente testigo dijo, que trabajaba de las 06,00 de la mañana a 06,00 de la tarde todos los días. La tercer testigo, dijo que el horario de trabajo no le consta, pero está entre las 06,00, 07,00 de la mañana hasta la tardecita, más o menos. La cuarta testigo dijo, que el depósito abre desde las seis de la mañana hasta las seis de la tarde.

En cuanto a los testigos de la demandada, se presentaron los señores: Andrés Avelino Cañete Bogarin, Ana María Velázquez de Barreto, Mario Maldonado Obregón, Ramona Lovera Sotelo, manifestaron que, el demandado posee el depósito de materiales de construcción desde el año 2003; que Miguel Cabrera empezó a trabajar en dicho depósito desde el 2004. Al preguntado sobre el motivo del cese laboral, respondió el primero que dejó de trabajar en forma voluntaria porque tenía problemas en la columna, y los tres restantes, dijeron que se operó de la vesícula. A la sexta, fueron preguntados si el actor hizo abandono de trabajo o fue despedido. Tres testigos manifestaron que abandonó el trabajo, el cuarto dijo que no fue despedido.

De la exposición detallada de los 8 testigos que prestaron declaración, examen en el cual hemos sido minuciosos a falta de otros elementos probatorios que acrediten los extremos que sostienen ambas partes. Así, los 4 primeros no fueron uniformes en sus dichos, especialmente sobre el horario de trabajo, independientemente de que las preguntas no fueron exactamente las más precisas sobre los puntos controvertidos, por ejemplo, sobre el conocimiento que tienen del despido o no del señor Cabrera.

Los 4 últimos testigos han sido más uniformes, brindando breves detalles sobre la causa del cese laboral del señor Miguel Cabrera, por motivos de enfermedad, igualmente con el funcionamiento del negocio, respaldado por la instrumental obrante a fs. 16, en el cual consta que funciona desde el año 2003, y que el trabajador empezó desde el 2004.

En las condiciones apuntadas, no podemos dar por acreditado, ninguna causal prevista en el Art. 81 del C.T., es decir el despido del trabajador, tampoco el Art. 94, referente a la antigüedad que sostiene el mismo, ni las horas extras que dijo haber cumplido.

Con respecto al aumento de la indemnización compensatoria, el propio Art. 233 del C.P.T. deja a criterio exclusivo del Juez, primero, decidir si concede o no tal beneficio y en su caso el porcentaje del mismo, siendo una facultad exclusiva y excluyente del mismo que lo avalúa conforme lo dispone el Art. 138 del mencionado cuerpo legal.

Por consiguiente el recurso de apelación de la accionante no puede prosperar, y la sentencia debe ser confirmada, con costas en el orden causado por no existir oposición de la adversa.

A su Turno, la magistrada Concepción Sánchez, dijo: A mi criterio debe prosperar los agravios la parte actora. En efecto, si bien es verdad que el demandado en oportunidad de la audiencia ante la Dirección del Trabajo, negó el despido alegado por el trabajador y puso a su disposición su puesto de trabajo, no es menos cierto que la jurisprudencia constante de nuestros Tribunales, señala que cuando el empleador niega el despido y alega que su dependiente simplemente dejó de concurrir a su empleo, debe demostrar su buena fe mediante una intimación por medio fehaciente de que efectivamente el trabajador ya no desea seguir con la relación laboral. En el caso de autos, al contestar la demanda el empleador dijo que el actor “simplemente no quiso trabajar mas como ayudante de camión en el deposito de materiales de construcción... que el

mismo simplemente se borró del lugar en fecha 05 de abril del año en curso no apareciendo mas hasta que sorpresivamente en fecha 18 de abril de 2008 recibió la notificación del MJT ...”. Nótese que dejó pasar casi 15 días sin preocuparse de la suerte de su dependiente, quien por su parte se ratificó en que fue despedido por los insistentes reclamos a su patrón para que se le aumente su salario y se le reduzca su horario de trabajo, ya que solo percibía Gs.1.000.000 por mes y laboraba de 06 a 18:00 horas de lunes a sábado y los domingos de 07 a 12:00 horas. No hay que olvidar que el despido nunca se realiza en presencia de terceros, razón demás para exigir al patrón una mínima actividad probatoria para desacreditar las afirmaciones del trabajador. En estos autos, el demandado, se limitó a negar el despido poniendo a disposición del actor su lugar de trabajo, pero esto no es suficiente para tener por probado que la relación laboral terminó por voluntad exclusiva del actor, quien al decir del demandado “simplemente se borró” porque ya no quiso seguir trabajando como ayudante de camión. Si esto fuera cierto, nada obstaba remitir al mismo un TC intimándolo para que se reintegre bajo apercibimiento de que de no hacerlo en el plazo de tres días, el mismo incurriría en justa causa de despido, prevista en el inc. q) del art. 81 CT. Pero tampoco obró de esta forma. No es frecuente que un trabajador con casi treinta años de antigüedad en el empleo simplemente un día cualquiera, abandone su lugar de trabajo, sin más. Es importante señalar aquí, que los testigos propuestos por el trabajador afirmaron que el actor dejó de concurrir a sus labores por problemas de salud, uno de ellos aclaró que por problemas con la columna, los otros tres que se operó de la vesícula. Esta versión de los testigos es coincidente con la afirmación hecha por el demandado al contestar la demanda que “... debido a las dolencias que el mismo manifestaba tener, posterior entonces lo llevé al depósito de materiales para trabajar como ayudante de camión”. Toda duda hubiera quedado despejada de haberse preocupado el demandado de averiguar porqué su dependiente dejó de concurrir a su lugar de trabajo, pero el mismo se colocó en una cómoda posición de alegar que el no le despidió que simplemente no quiso seguir como ayudante de camión. El hecho de poner a disposición del actor su puesto de trabajo, no sule su obligación de intimar su reintegro por medio fehaciente. Por lo demás, la tesis del empleador no fue corroborada con ningún elemento de juicio, todo lo cual hace mas creíble la versión del actor de que ante los reclamos por mejora salarial y horas trabajadas efectuados a su patrón éste le despidió. Esta posición se halla robustecida

con el reconocimiento del demandado de que el salario del señor Cabrera era solamente de Gs.1.000.000. El patrón también negó la antigüedad del actor, que al final fue reconocido por el juzgador, decisión ésta que el patrón no cuestionó. Al solo efecto de reforzar la poca sinceridad del empleador, menciono algunos hechos afirmados por el actor en su escrito de demanda, negados por el demandado pero que finalmente fueron corroborados y por lo mismo admitidos por el juez, todo lo cual me lleva a concluir que efectivamente el mismo despidió injustificadamente al actor: 1. En su escrito de demanda el actor, afirmó que inició sus tareas con el demandado en el año 1981 como albañil, ya que en ese tiempo el señor Esteban Marino Valdez Armoa, solo era contratista de obras, y que mas tarde cuando éste abrió el negocio de venta de materiales de construcción, lo llevo a trabajar en dicho negocio como ayudante de camión. Al contestar la demanda, el demandado negó que el actor fuera contratado en el año 1981; que no era cierto que se desempeñó como albañil ni que formara parte del grupo de trabajadores de la construcción a su cargo. Y agregó: “Lo cierto es que el mismo trabajaba como albañil en forma independiente en distintos lugares y en forma casual para mi persona”. Estas alegaciones no pasaron de tales, porque no fueron demostradas en juicio. Todo lo contrario, denota que efectivamente el demandado era contratista de obra y que contaba con un grupo de albañiles a su cargo, entre los que estaba el actor. En autos, no hay constancia de que el señor Cabrera Maldonado solo trabajó “en forma casual para su persona”. El demandado también reconoció que primeramente lo llevó como “ayudante de albañil... a lo cual debido a las dolencias que el mismo manifestaba tener, posterior entonces lo llevé al depósito de materiales para trabajar como ayudante de camión”. Tal como lo tengo señalado más antes, estas afirmaciones no fueron corroborados por ningún elemento de juicio por lo que son absolutamente insuficientes para demostrar que el actor inició sus actividades laborales con el demandado recién en el año 2004, como sostuvo el demandado. La pretendida justificación del señor Valdez Armoa, de que su actividad en el ramo de venta de materiales de construcción la inició recién en el año 1993, tampoco demuestra que la relación laboral con el actor se inició en la fecha alegada por el mismo. En efecto a f.14 se encuentra agregada copia de la Cédula Tributaria a su nombre expedida por la Subsecretaría de Estado de Tributación que data del 2/02/1991 aunque a f. 16 está agregada la declaración jurada en el que consta que la apertura del negocio de venta de materiales de construcción data del año 2003,

no es menos cierto que nada obsta que con anterioridad su propietario haya decidido la clausura y posterior apertura del mismo. Bien lo señaló el juzgador, el demandado no acompañó contrato de trabajo escrito que pruebe la fecha de inicio de la relación laboral, a lo que debo agregar que el demandado al contestar la demanda guardó un prudente silencio con relación a esta afirmación del trabajador, pero además, todo lo señalado precedentemente, avala la decisión del juzgador quien acogió la antigüedad alegada por el trabajador, 27 años y 2 meses, que tampoco fue impugnado por el señor Valdez Armoa, ergo, lo reconoció. Y siendo esto así, debió ajustarse a lo dispuesto por el art.95 del C.T. y al no hacerlo así, debe tenerse por acreditado el despido sin causa afirmado por el actor en su escrito de demanda. Consecuentemente corresponde hacer lugar a los agravios de la apelante, en el sentido de modificar el monto de la condena al que deben adicionarse las indemnizaciones por despido incausado y falta de preaviso, previstas en los arts. 97 y 87 inc. d) del C.T. , el salario por 18 días trabajados en el mes de abril/2008 que solo fue reconocido 5 por el juez, así como las vacaciones proporcionales, todo lo cual arroja un total de Gs. 55.999.961 conforme a la liquidación que sigue. Es mi voto.

Miguel Arístides Cabrera Maldonado.

Antigüedad: 27 años, 2 meses.

Salario mensual: Gs.1.341.775.

Indemnización por despido injustificado: Gs. 36.228.060.

Falta de Preaviso - 90 días: Gs. 4.025.325.

Salario por 18 días/abril/08: Gs. 805.068.

Vacaciones causadas: Gs. 1.341.775.

Vacaciones proporcionales: Gs. 178.904.

Reajuste de salario, 12 meses: Gs. 4.101.300.

Aguinaldo/2007: Gs. 1.341.775.

Aguinaldo proporcional/08: Gs. 447.258.

Sub Total: Gs.48.469.465.

Indemnización compensatoria 10%: Gs. 4.846.946.

Indemnización complementaria, 2 meses: Gs. 2.683.550.

Total: Gs. 55.999.961.

En cuanto al recurso de apelación que interpuso la parte demandada coincido con la opinión del colega preopinante por lo que dicha apelación debe ser declarada desierta.

Opinión de la magistrada Miryam Peña: Coincido con la opinión de la colega Concepción Sánchez. No obstante, solo a modo de aclaración, agrego unas breves consideraciones sobre el tema de la carga de la prueba en los juicios en que se discute la existencia del despido afirmado por el trabajador.

Sobre dicha cuestión, es conocida la jurisprudencia inveterada y constante de los Tribunales del Trabajo que, apartándose del principio clásico que dice que “quien afirma debe probar” (acogido por el Art. 249 C.P.C.), impone al empleador la prueba de no ser el causante de la terminación de la relación laboral cuando el trabajador afirma que fue despedido.

En ese sentido, la jurisprudencia laboral sostiene que si el trabajador deja de concurrir a sus tareas, el empleador debe intimar a éste a presentarse a su trabajo, bajo advertencia de que en caso de no hacerlo será interpretada tal actitud como exteriorización de su voluntad (del trabajador) de dar por terminado la relación laboral. En la práctica, el medio más utilizado para cumplir dicha intimación es el telegrama colacionado, y suele presentarse la dificultad probatoria cuando hay cruces de telegramas los dirigidas al empleador por el trabajador reclamando los beneficios por despido y los remitidos por aquel en que intima a esté a reincorporarse a su empleo. A cuál de ellas debe creerse?

La dificultad, se agrava cuando tales comunicaciones se hacen en el mismo día o a pocos días del supuesto despido. En esos casos, personalmente vengo sosteniendo que no existen reglas rígidas en relación a la carga de la prueba de la causa de la terminación de la relación. A mi criterio, en dichas circunstancias debe flexibilizarse la carga de la prueba de acuerdo con las circunstancias específicas que presenta cada caso concreto. Mi posición sobre este tema (carga de la prueba, inversión y reinversión de la carga de la prueba) está expuesta de forma más detallada y exhaustiva en el Ac. y S. N° 28/2007, T.A.L. 2ª Sala, a cuyos términos me remito, por razones de brevedad y practicidad.

Sin embargo, en el caso concreto de autos no existe la dificultad señalada, ya que no existen cruces de interpelaciones entre las partes. El demandado en ningún momento intimó al actor a presentarse a su empleo, a pesar de pasar bastante tiempo de que el mismo dejó de venir al trabajo (05.04.04), entonces no hay motivo para apartarse de la norma jurisprudencial señalada, según la cual corresponde al empleador la prueba de que fue el trabajador quien se alejó del trabajo.

En efecto, nótese que el empleador, en la contestación de la demanda (f.

JURISPRUDENCIA

19), afirmó que el actor dejó de venir al trabajo (desapareció) el 05 de abril/2008, no sabiendo más nada de él hasta el 18 de abril de ese año, cuando recibió la notificación de la citación de la A.A.T.. Sin embargo, en todo ese tiempo no averiguo la causa de la inasistencia del actor, no le intimó a volver al trabajo, dejando pasar más de un tiempo prudencial para hacerlo. Ante tal circunstancia, la sola manifestación hecha en la audiencia realizada ante la A.A.T., de que el puesto del actor “se encuentra a disposición del mismo”, carece de toda relevancia a los efectos de desvirtuar el despido afirmado por el actor y tampoco produjo prueba eficaz en ese sentido, como bien señala la colega Concepción Sánchez en su minucioso análisis de los elementos de juicio obrantes en autos, por lo que adhiero a su voto.

Con lo que se dio por terminado el acto firmando los Señores miembros todo por ante mi que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue a continuación:

VISTO: Los méritos que ofrece el acuerdo precedente, el Tribunal de Apelación del Trabajo Segunda Sala;

RESUELVE: Declarar Desierto el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la S.D. N° 608 de fecha 17 de noviembre de 2009. Hacer Lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora y en consecuencia modificar el monto de la condena establecida en la S.D. N° 608 del 17 de noviembre de 2009, a G. 55.999.961 (Guaraníes cincuenta y cinco millones novecientos noventa y nueve mil novecientos sesenta y uno), conforme a los fundamentos expuestos en mayoría en el acuerdo que antecede. Imponer las costas de esta instancia a la vencida. Anotar, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Concepción Sánchez Godoy, Guido Cocco Samudio, Miryam Peña.

Ante mí: Gloria Machuca, Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 50

RECURSO DE NULIDAD. Procedencia Del recurso de nulidad.

Con respecto al recurso de nulidad para la procedencia del mismo a tenor de lo dispuesto en el Art. 248 del C.P.T, éste medio de impugnación siempre es

aplicado “in extremis”, es decir, cuando las supuestas falencias no pueden ser subsanadas por vía del recurso de apelación.

RECURSO DE NULIDAD. Procedencia Del recurso de nulidad.

La nulidad requiere la constatación de ciertos presupuestos insalvables para su vialidad, como ser por ejemplo, la advertencia de violaciones graves de las formas o solemnidades prescriptas por las leyes que lo descalifique como acto jurisdiccional; por falta de fundamentación; por omisión de pronunciamiento de alguna cuestión planteada; y por sobre todo que cause gravamen irreparable, sin descuidar la indefensión procesal.

CONTRATO DE TRABAJO. Relación laboral.

La relación laboral debe quedar acreditada en autos en forma indudable. Art. 114 del CPT, y en este caso no podemos utilizar las presunciones a favor del actor y por la forma en que ha quedado trabada la litis asume el trabajador la carga de justificar fehacientemente su relación laboral con la empresa, sin embargo la demandada arrimó informes provenientes de entidades públicas y privadas, en los cuales no se encuentra registros laborales de uno de los actores en la empresa demandada.

CONTRATO DE TRABAJO. Estabilidad laboral.

En cuanto a las previsiones del Art. 102, del mismo cuerpo legal, corresponde a una modalidad ventajosa para el trabajador que le falta seis meses para cumplir 10 años de servicios y consecuentemente para alcanzar la estabilidad, mecanismo que opera a su favor, en el caso de producirse su despido y se probare que la terminación de la relación laboral se produjo con el objeto de impedir que cumpla los 10 años de servicio. Esto no significa que la estabilidad laboral se adquiere a los 9 años y 6 meses.

CONTRATO DE TRABAJO. Presunción a favor del trabajador.

El trabajador ha presentado declaración jurada pero por la otra el empleador ha cumplido con el emplazamiento de presentar los libros y documentos laborales exigidos por la ley, consecuentemente en estas circunstancias no rige las presunciones previstas en el Art. 161 del C.P.T.

HECHOS NUEVOS.

En cuanto a los hechos nuevos denunciados por el apelante independientemente de su aceptación o no como medio probatorio, en atención a los preceptuado en la última parte del Art. 198 del CPT. Mientras no exista una sentencia penal firme del absolución o condena del procesado, no puede reputarse culpable o inocente, Art. 17 inc. 1-) Const. Nac.

Trib. de Apel. en lo Lab., Segunda Sala, 27.04.11 “Roberto Galeano Cabral y otro c/ La empresa FIDESA S.A s/ reposición y cobro de guaraníes” (Ac. y Sent. N° 50)

CUESTIÓN:

¿Está ajustada a derecho la resolución apelada?

Conforme al sorteo de ley, dio como resultado el siguiente orden, Guido R. Cocco Samudio, Myriam Peña y Angel Cohene.

A la cuestión planteada el magistrado Guido Cocco Samudio, dijo: Por la sentencia recurrida el Juez Aquo resolvió: 1) No Hacer Lugar, con costas, a la excepción de falta de acción opuesta por la empresa Fidesa Sociedad Anónima contra el coactor Roberto Galeano Cabral, de conformidad con los fundamentos expuestos precedentemente. 2) No Hacer Lugar, con costas, a la excepción de falta de acción opuesta por la empresa Fidesa Sociedad Anónima contra el coactor Néstor Lorenzo Portillo Cañete, de conformidad con los fundamentos expuestos precedentemente. 3) Hacer Lugar, con costas, a la presente demanda promovida por los trabajadores Roberto Galeano Cabral y Néstor Lorenzo Portillo Cañete contra la empresa Fidesa Sociedad Anónima, y en consecuencia condenar a la misma, a que en el perentorio término de 48 horas de quedar ejecutoriada la presente sentencia, reintegre a los demandantes a sus respectivos puestos de trabajo y les abone los salarios caídos y demás beneficios sociales a partir del distracto y hasta su efectiva reincorporación, de conformidad con la liquidación a ser practicada por Secretaria y los fundamentos expuestos en el considerando de la presente resolución. 4) Anotar...”.

Agravios respecto al coactor Sr. Néstor Lorenzo Portillo.

Recurso de nulidad. Sostiene el recurrente que la sentencia es nula porque solo cita el art. 233 del C.P.T. como argumento legal, el que solo establece una condena accesoria. Refiere que, solo se ha tenido en cuenta las testificales para reconocer la supuesta relación laboral, sin explicar los motivos, y el Art. 138 del CPT dispone al respecto que el Juez debe, criticar y apreciar la prueba, no solo mencionarla, en autos no se ha dado cumplimiento a dicha norma, hecho que acarrea la nulidad de la sentencia por violación de las formas o solemnidades que prescriben las leyes.

Recurso de Apelación. Expone el apelante que, agravia a su parte el hecho de que el Aquo haya reconocido la existencia de la relación laboral fundado en dos simples testimoniales como prueba absoluta. Señala que, la testigo Sra.

Agustina Mateu Vda. de Acosta ha declarado que había promovido denuncia penal contra el Presidente de Fidesa, don Antonio Lezcano, lo cual hace que su declaración no sea imparcial, sino interesada. Prosigue diciendo que, por el contrario, los testigos ofrecidos de su parte han sido claros y precisos al informar entre otros que, el actor no fue empleado de la empresa, que tienen contrato de trabajo firmado y seguro de IPS desde el inicio de la relación laboral, explicando sobre la forma de otorgar las autorizaciones para conducir vehículos de la firma y que la empresa no contrata a personas que sean parientes entre sí, descartándose la posibilidad de que ambos hayan trabajado siendo que ambos son cuñados. Además se agrego un informe fs. 157/8 en el cual consta que Néstor Portillo trabaja en la firma Mueblería Sinpar, igualmente la nota del Sindicato de Trabajadores de Fidesa S.A. dice que el señor Nelson Portillo no ha pertenecido a dicha agremiación. Revela que, en los informes del I.P.S. y del M.J.T. no se encuentra registrado como empleado. Concluye que, su parte ha presentado pruebas que acreditan que el señor Néstor Lorenzo Portillo Cañete nunca ha sido empleado de la firma Fidesa S.A.

Contestación Recurso de Nulidad (Portillo).

Sostiene que con exceso ritualista se solicita la nulidad del fallo por haber, la sentencia, invocado el Art. 233 del C.P.T. siendo esta una norma que establece una condena accesoria, sin embargo, el fallo impugnado se encuentra acabadamente fundado, y el tema del juzgamiento de las testificales es una cuestión que debe tratarse con el estudio del recurso de apelación.

Contestación Recurso de Apelación. Responde que, el Juez A-quo ha valorado correctamente las declaraciones testificales ofrecidas por su parte de dos personas con 28 y 40 años de antigüedad en la empresa que conocían a todos los empleados. Asevera que su parte ha probado efectivamente la relación laboral, teniendo en cuenta que la firma demandada no lo ha negado, ya que no es lo mismo negar la relación laboral que negar la naturaleza de la relación laboral, en el primer caso la prueba incumbe al actor, en el segundo a la patronal. Alude igualmente que, la firma demandada no asegura en el I.P.S. ni los incluye en sus libros laborales a muchos de sus empleados porque les asigna el rol de “fleteros” y por tal, son independientes, que es la situación del Sr. Portillo. Prosigue que, la adversa en la contestación de la demanda niega que haya existido relación laboral entre Fidesa S.A. y el actor, es decir, admite tácitamente que su comitente prestaba servicios para Fidesa, sólo desconoce que dicho vínculo sea laboral,

en parte alguna de su presentación la demandada negó conocer al Sr. Néstor Portillo. En estas condiciones, en aplicación del Art. 19 del C.T., debe presumirse la existencia del contrato de trabajo, por la inversión de la carga de la prueba. Reitera que la demandada no fue clara en el escrito de responde en lo que se refiere a la relación laboral. Agrega que, de todas formas, con las testificales ofrecidas por su parte, Sra. Agustina Acosta Vda. de Mateu y Francisco Sosa Ruiz se logró acreditar la existencia de la relación laboral. Afirma que, ninguno de los testigos ofrecidos por la parte demandada ha sido convincente, aparte de sus respuestas muy escuetas. En lo que respecta a los informes, todos son falsos, superfluos y fraudulentos y por tanto carentes de valor probatorio.

Agravios respecto al señor Roberto Galeano Cabral.

Recurso de nulidad. Manifiesta remitirse íntegramente a los mismos argumentos expuestos por el Sr. Néstor Portillo para solicitar la nulidad de la sentencia.

Recurso de Apelación. Señala que el punto central criticado por su parte es la antigüedad que el Aquo atribuyó al demandante Roberto Galeano Cabral exigiendo la presentación del contrato de trabajo por escrito, considerando a este documento como el único que puede demostrar la antigüedad, y que a su criterio no es así, ya que según el Art. 43 del C.T. el contrato puede ser verbal o escrito, y sólo se exige este último cuando se estipule una remuneración superior al salario mínimo legal. En el caso del Sr. Galeano es aplicable la primera parte de la mencionada norma (contrato verbal), porque el mismo había alegado que percibía salario mínimo, entonces la presunción no puede ser tan rígida contra el empleador. Alega igualmente que, el trabajador no tenía 10 años de antigüedad, este extremo se demuestra con el documento de fs. 10 en el cual consta que la fecha de ingreso fue el 20 de abril de 1997, y computando a la fecha de despido acaecido en noviembre de 2006, resulta una antigüedad de 9 años y 7 meses, lo que no otorga estabilidad y al no tener estabilidad laboral no tiene derecho a la reincorporación al empleo porque el trabajador no reclamó su reincorporación de acuerdo al Art. 102 del C.T. sino, lo hizo teniendo como un hecho cierto su estabilidad laboral, este aspecto decisivo no lo atendió el Juzgador. Prosigue diciendo que otro aspecto que surge del mismo documento consiste en que la fecha de nacimiento del trabajador es el 17 de abril de 1966, es decir, a la fecha de ingreso tenía 33 años, de lo que se puede concluir que si el despido se produjo en noviembre de 2006, significa que el actor ingresó a trabajar en el año

1999 y no 1997, lo que resulta dicho documento inhábil y con sospecha de haber sido adulterado, hecho que se encuentra en estudio en el fuero penal cuya prueba obra en autos. Manifiesta que, otras pruebas de su parte son, el informe de la Dirección del Trabajo (fs. 181/199) en el cual consta como fecha de entrada del trabajador el 10/03/1999, no redargüido de falsedad; notificación de las vacaciones firmada por el trabajador en el cual consta su antigüedad de 7 años en abril de 2006; liquidación de las vacaciones firmada por el trabajador en mayo de 2006; Telegrama colacionado de despido al trabajador poniendo a disposición su liquidación; Testimoniales de fs. 233, 232, 231 y 230, quienes afirmaron que Roberto Galeano ingreso en el 1999 o 2000. Refiere que, además los documentos más antiguos presentados por la actora son de 1999, salvo los recibos apócrifos de 1997 que fueron objeto de una denuncia penal. Continúa expresando que, en dichos recibos se han pagado quincenas con el salario mínimo correspondiente al año 1999 que era de Gs. 295.723. Adhiere igualmente como prueba, los recibos firmados por el trabajador en los que consta su antigüedad de 7 años a la fecha de su vinculación. Agrega igualmente que, si bien el trabajador ha prestado declaración jurada, su parte ha presentado los libros de tenencia obligatoria, entonces las presunciones legales no juegan a favor del demandante, según el Art. 161 del CPT. Refiere asimismo que, el Aquo ha violado los derechos y garantías procesales de su representado y por tanto perjudicó a su parte ya que su defensa no solo se apoyó en el informe del IPS sino en varias pruebas contestes unas con otras ya citadas.

En la misma presentación se ha denunciado como hechos nuevos ciertas diligencias realizadas en el juicio penal en la causa “Roberto Galeano Cabral S/ Producción de Documentos no Auténticos”, consistente en que, en el Requerimiento fiscal N° 30 de fecha 15 de setiembre de 2010, se formuló imputación contra el procesado por la comisión del hecho punible que se está investigando y que el Juez dispuso la aplicación de medidas sustitutivas a la prisión, solicitando vía oficio copias de dichas actuaciones.

Contestación recurso de nulidad (Galeano).

Sostiene la presentación que, al igual que su adverso se remite a los argumentos de defensa presentados por su parte en el responde a favor del señor Portillo, solicitando la desestimación del mismo.

Contestación recurso de apelación. Con respecto a la antigüedad del trabajador calificada como “estable” por el Juez por haber cumplido más de 10 años

de antigüedad, refiere que de conformidad al Art. 137 del CPT y las presunciones de iure, corresponde a la demandada la prueba de este extremo. A este respecto, los testigos: Agustina Acosta Vda. de Mateu y Francisco Sosa Ruiz, antiguos empleados de la empresa han corroborado estas afirmaciones, dando suficiente razón de su dichos, además la empresa demandada no ha presentado contrato de trabajo siendo este el medio idóneo para acreditar tal extremo, según la jurisprudencia, en estas condiciones la situación de Fidesa se complica más aun porque los cuatro testigos presentados por la demandada han declarado que es habitual que los empleados de la firma cuentan con contrato de trabajo escrito, de lo que se concluye que, si fidesa suscribe contrato de trabajo escrito con todos sus empleados, siendo Galeano dependiente de la firma, porqué la demandada no presentó su contrato?, esta omisión se debe a que se ha registrado en dicho documento de que Galeano ingreso en el mes de octubre de 1996. Igualmente manifiesta que, la instrumental presentada a fs. 74 por Fidesa en lo que refiere a comunicación de vacaciones, la antigüedad del trabajador ha sido adulterada es decir, del número 9 original se ha sobrescrito 7. Alega igualmente que, los cuatro testigos ofrecidos por el empleador no han podido desvirtuar éste extremo, a pesar de que a algunos no se le ha dirigido la pregunta sobre la antigüedad y otros han respondido en forma deficiente. Afirma que, no procede la tesis de la defensa en cuanto afirma que la estabilidad laboral se adquiere una vez cumplido los 10 años de trabajo, en razón de que por virtud del Art. 102 del C.T. dicha estabilidad se adquiere a los 9 años y seis meses. En cuanto a la Denuncia Penal manifiesta que, el Sr. Justo Lezcano, Presidente de Fidesa acostumbra a inventar una causa penal contra su ex empleado para extorsionarlo y arribar a un acuerdo, la misma cosa ocurrió con el señor Jose Octavio Samaniego. En conclusión expresa que, Fidesa no ha producido ninguna prueba acerca de sus afirmaciones sobre la antigüedad del actor, por su parte, las presunciones legales a favor del trabajador se vieron reforzadas con los testimonios de sus ex compañeros de trabajo, por tanto corresponde la confirmación en todas sus partes de la sentencia apelada, con costas.

Inicialmente atendemos los recursos interpuestos contra la sentencia apelada en cuanto se relacionan al señor Nestor Lorenzo Portillo. Con respecto al Recurso de Nulidad, para la procedencia del mismo a tenor de lo dispuesto en el Art. 248 del CPT, éste medio de impugnación siempre es aplicado “in extremis”, es decir cuando las supuestas falencias no puedan ser subsanadas por vía del

recurso de apelación. Por lo mismo, la nulidad requiere de la constatación de ciertos presupuestos insalvables para su viabilidad, como por ejemplo, la advertencia de violaciones graves de las formas o solemnidades prescriptas por las leyes que lo descalifique como acto jurisdiccional; por falta de fundamentación; por omisión de pronunciamiento de alguna cuestión planteada; y por sobre todo que cause gravamen irreparable, sin descuidar la indefensión procesal. En el caso de autos, no se advierte en la sentencia recurrida ni entre los reclamos del afectado, ninguno de los defectos apuntados precedentemente, por consiguiente el recurso debe ser desestimado. Es mi voto.

Con respecto al Recurso de Apelación, el punto controvertido consiste en la existencia de la relación laboral entre el señor Néstor Lorenzo Portillo y la empresa Fidesa, aquél sostiene que fue contratado por la firma demandada en el año 1996 y desempeñaba tareas en el depósito, también oficiaba de chofer repartidor. La demandada en forma expresa niega toda relación laboral (fs. 57/59) con el demandante. En estas condiciones, queda a cargo del actor la carga de justificar este extremo, consecuentemente vamos a revisar la actividad probatoria del interesado a los efectos de evaluar finalmente el resultado de las diligencias producidas.

En cuanto a las instrumentales presentadas con el escrito de demanda: 1) A fs. 33 una fotocopia simple con membrete de la empresa Fidesa S.A., sin firma, en el cual se autoriza al señor Néstor Portillo a utilizar el vehículo marca Mercedes Benz. 2) A fs. 34, también con membrete de Fidesa S.A., un recibo de dinero firmado por el señor Néstor Portillo. 3) A fs. 35, con el mismo membrete de Fidesa S.A. una fotocopia simple, en el cual certifica que el señor Néstor Portillo Cañete es funcionario de Fidesa S.A. Estos documentos han sido impugnados por la adversa a fs. 62/3. En estas condiciones, por ser instrumentos privados, aquellos que cuentan con sus originales deberían ser reconocidos en juicio, conforme lo establece el Art. 158 del C.P.T.

Respecto a la prueba confesoria, a fs.237 obran las respuestas del señor Nestor Portillo que son uniformes y correspondientes con el escrito de demanda, excepto en las preguntas: 9^a) manifestando que ha firmado contrato personal de trabajo con la firma Fidesa S.A., y en la 15^a) expresó que llevaba productos en el camión de Fidesa para pesar en la firma GICAL S.A. Por parte de la demandada, el representante de la empresa Fidesa S.A., Sr. Justo Antonio Lezcano Martínez, a fs. 251, sostuvo las expresiones vertidas en el escrito de responde, es decir, que Néstor Portillo, nunca ha sido empleado de la firma.

Por otra parte, ambos litigantes han producido testificales, la actora dos y la demandada cuatro. Examinadas sus declaraciones, estas seis personas no han sido objeto de tacha alguna, no obstante de acuerdo al Art. 188, en concordancia con los Arts. 138 y 202, avaluamos la validez procesal de las mismas. Por parte de la actora se han presentado a declarar los señores Agustina Acosta vda. de Mateu (fs.222) y Francisco Sosa Ruíz (fs.223), la primera reconoció que había promovido acción penal contra el Presidente de Fidesa don Antonio Lezcano porque este señor le echó de la fábrica, dicha afirmación no necesita ser corroborada por instrumentales porque no es objeto de la presente litis, tampoco fue cuestionada ni desmentida, por tanto debe tenerse por cierta, lo que sin duda alguna disminuye el grado de certeza de sus declaraciones y emerge ciertas dudas sobre su imparcialidad. El señor Sosa Ruíz dijo, en síntesis que el señor Portillo trabajó en la empresa Fidesa como trece años. Por parte de la demandada, comparecieron los señores: Andrés Méndez (fs. 230), Zoraida Fanny Cantero Díaz (fs. 231), Andrés Molas Enciso (fs. 232) y Primitivo Olazar Acosta (fs. 233), este último declaró que es pariente de Antonio Lezcano y según consta en el Acta de Asamblea (fs. 246) fue designado Director Titular de Fidesa y a fs. 247 que también es accionista de dicha firma, en estas condiciones sus declaraciones serían interesadas a favor de la demandada, perdiendo eficacia procesal como testimonio probatorio. Las demás declaraciones son aceptables, es decir, los tres primeros, al responder a la tercera pregunta que, contestaron que el señor Néstor Portillo, no ha sido trabajador de la firma Fidesa S.A. En cuanto a las condiciones personales de cada uno de ellos, todos (los seis) están o estuvieron involucrados con la empresa en relación de dependencia. Evidentemente los testimonios entre unos y otros testigos, con mayor o menor grado de credibilidad, son contradictorios, no existe razón fundada para aceptar unos y rechazar otros, tampoco podemos calificar a un grupo por cantidad y descalificar al otro por la misma causa. Nosotros entendemos que los testimonios de empleados de la empresa demandada son válidos siempre y cuando no exista prueba similar que lo contradiga, hecho que aquí no se produce. En situaciones procesales similares se ha decidido que, cuando los dichos de los testigos son contradictorios, se anulan recíprocamente y este género de prueba pierde virtualidad. Por los motivos expuestos nos vemos obligados a optar por esta determinación en cuanto a las pruebas testificales.

También consta en autos, a fs. 220, que el actor ha prestado declaración jurada, pero las presunciones a favor del trabajador sobre la veracidad expuesta en el escrito de demanda, según el Art. 161 del CPT, funcionan sólo en caso de que el empleador no niegue la relación laboral, y además no presente en forma los libros y documentos laborales de tenencia obligatoria. A fs. 181 al 189 se han agregado planillas remitidas al Ministerio de Justicia y Trabajo de Sueldos y Jornales de los trabajadores de la empresa desde el año 2001 hasta el 2006, en cuyo listado no figura el señor Néstor Portillo.

En cuanto a la prueba de informes: 1) A fs. 157 se encuentra agregado un informe remitido al Juzgado por la firma Informconf, en el cual consta que en el mes de marzo de 1998, el señor Néstor Portillo Cañete, trabajaba como vendedor en la “Mueblería Sinpar”. 2) A fs. 170 la firma Gical S.A. contestó el pedido de informe que Fidesa SA nunca ha utilizado los servicios de almacenamiento que presta Gical. 3) A fs. 267, en el informe remitido por el Ministerio de Justicia y Trabajo da cuenta que el señor Néstor Portillo, hasta el 2º semestre de 2007, no figura inscripto en la nomina de trabajadores de la firma Fidesa S.A. 4) A fs. 269/271 obra el informe remitido por el I.P.S. en el cual consta que Néstor Lorenzo Portillo Cañete, es asegurado siendo su empleador la firma Industrias Lácteas Guaraní SA, desde febrero de 1983 hasta abril de 1985, y desde enero 1986 a abril de 1989. No figura desde 1983 a diciembre 2006 como asegurado de IPS en la firma Fidesa SA. 5) Se advierte a fs. 201 el informe remitido por la firma “Collipeumo S.A.” que explota la Estación de Servicios expendedora de combustible, comunica que el señor Néstor Portillo no se hallaba registrado como personal autorizado de la firma Fidesa SA para cargar combustible en dicha empresa.

Desarrollado así, los extremos arrimados por ambas partes, encontramos más evidencias a favor de la empresa que del trabajador. La relación laboral debe quedar acreditada en autos en forma indudable, Art. 114 del CPT, y en este caso no podemos utilizar las presunciones a favor del actor por los motivos expresados precedentemente. Por la forma en que ha quedado trabada la litis, asume el trabajador la carga de justificar fehacientemente su relación laboral con la empresa, sin embargo la demandada arrimó informes de provenientes de entidades públicas y privadas, en los cuales no se encuentra registros laborales del señor Néstor Portillo en la empresa Fidesa S.A.

En las condiciones apuntadas al no surgir fehacientemente demostrado el vínculo laboral, no puede hacerse lugar a la presente demanda, debiendo ser

revocada la sentencia recurrida en el segundo punto y parte del tercero, haciendo lugar a la falta de acción y en consecuencia rechazar, con costas, la demanda promovida por Néstor Portillo Cañete contra la firma Fidesa S.A., con costas, al actor.

A su turno los magistrados Miryam Peña y Ángel Daniel Cohene, Dijeron: que adhieren a la conclusión del colega preopinante por sus mismos fundamentos.

Y el magistrado Guido Cocco Samudio, Prosiguió Diciendo: En lo que atañe al señor Roberto Galeano Cabral, en el Recurso de Nulidad, ha utilizado el mismo fundamento e igual respuesta que el agravio anterior. Luego de un examen de la sentencia recurrida, no hemos encontrado vicios, errores u omisiones que afecten la forma o solemnidad prevista por la ley, por tanto y de conformidad al Art. 248 del CPT, debe ser rechazado. Es mi voto.

En cuanto al Recurso de Apelación, la controversia gira en torno a la antigüedad del trabajador. El señor Galeano asegura tener la antigüedad necesaria para adquirir estabilidad laboral (mas de 10 años), en cambio la firma demandada sostiene que a la fecha del despido no ha alcanzado la estabilidad laboral prevista en la ley. La firma reclamada al contestar la demanda, reconoció la existencia de la relación laboral, negando que adquiriera, a la fecha del despido (28/XI/06) la estabilidad laboral invocada por el trabajador.

En los términos que ha quedado trabada la litis, corresponde a la demandada la demostración de los extremos objeto de controversia, especialmente sobre la antigüedad del trabajador despedido.

Aprovechamos aquí para exponer nuestro criterio sobre la estabilidad en el trabajo, según el Art. 94 del C.T. “El trabajador que cumple diez años ininterrumpidos de servicios con el mismo empleador, adquiere estabilidad en el empleo...”. En cuanto a las previsiones del Art. 102 del mismo cuerpo legal, corresponde a una modalidad ventajosa para el trabajador que le falta seis meses para cumplir 10 años de servicios y consecuentemente para alcanzar la estabilidad, mecanismo que opera a su favor, en el caso de producirse su despido y se probare que la terminación de la relación laboral se produjo con el objeto de impedir que cumpla los 10 años de servicio. Esto no significa que la estabilidad laboral se adquiere a los 9 años y 6 meses.

Cabe destacar aquí que, en el tema controversial de la antigüedad del trabajador, éste promovió la demanda como un dependiente estable, o sea, con

10 años de antigüedad laboral, por esta razón no ha ingresado como cuestión litigiosa el supuesto previsto en el Art. 102 del C.T.

Analizamos, si constituye un requisito fundamental para acreditar el punto discutido, la exhibición de un contrato individual de trabajo escrito. Al respecto, el Art. 43 del C.T. estipula que: “El contrato de trabajo, en cuanto a su forma de celebrarlo, puede ser verbal o escrito. Deberán constar por escrito los contratos individuales en que se estipule una remuneración superior al salario mínimo legal correspondiente a la naturaleza del trabajo.” En el caso de autos, no obra ninguna constancia de que el trabajador percibía un salario mayor al mínimo. En oportunidad de producirse la confesoria del representante de la demandada, la cuarta posición (fs. 250) dirigida al absolvente confirma este extremo, es decir, que el señor Galeano percibía salario mínimo legal, respondiendo afirmativamente el empleador (fs. 251). Entonces, de acuerdo al tenor de la norma invocada, en este caso no se le puede exigir a la Empresa el contrato de trabajo escrito porque la propia ley no lo hace. Por lo mismo, en la conocida obra nacional “Lecciones de Derecho Laboral” de los autores, Di Martino y Kriskovich, pág. 94, en lo pertinente se lee “...Para los defensores de la teoría de la relación de trabajo, la importancia de la distinción entre Relación Laboral y Contrato de Trabajo, radica en que el contrato no es necesario para la producción de los efectos propios del mismo. No se requiere, por consiguiente que el contrato de trabajo exista o sea válido, para que se apliquen las normas laborales a una situación objetiva por la cual alguno suministra trabajo a otro, mediante remuneración y bajo dependencia. En tales casos, el objeto de las normas legislativas reguladores es el hecho del trabajo más que el contrato o conjunción de voluntades...”.

En cuanto a las instrumentales, verificamos: a) la obrante a fs. 10 de autos, Ficha Personal, presentada por el trabajador, la misma es una fotocopia simple, sin ninguna firma. En este instrumento se registra como fecha de ingreso del trabajador el 20/04/97, la demanda afirma que ingreso a la empresa en el mes de octubre de 1996. Se advierte igualmente que esa ficha en coincidencia con la cédula de identidad del señor Galeano, fs. 120, es correcto que su fecha de nacimiento es el 17 de abril de 1966, lo que no es correcto es que en el año 1997 tenía 33 años, sino 31 años de edad (1997-1966 = 31). En otros términos, si el trabajador tenía 33 años al inicio de la relación laboral, significa que su ingreso se produjo en 1999. Estas evidencias, por una parte, así presentadas, no favo-

recen al accionante. Pero por la otra, tomando exclusivamente el dato consignado en la casilla “Fecha de ingreso”, o sea 20/04/97, sería un registro a ser tenido en cuenta, por ser el más antiguo y porque la propia demandada reconoce en los agravios fs. 363. b-) Con la contestación de la demanda la empresa ha acompañado planillas y recibos del IPS en el cual consta que la fecha de registro de dicho Dependiente como asegurado de la previsual se produjo en el mes de marzo de 1999, según consta a fs. 67. Coincidimos aquí con el Aquo en el sentido de que estos registros no pueden acreditar fehacientemente la antigüedad del trabajador, mas aun cuando se encuentra discutido éste extremo. c) La nota de fecha 28 de abril de 2006, fs. 74, en el cual se comunica el goce de las vacaciones al Sr. Roberto Galeano, se encuentra sobrescrito los números 7 y 9 referente a la antigüedad del mismo. Por una parte, siendo un instrumento privado no se le dio el trámite de establecido en el Art. 158 del CPT. Tampoco fue impugnado, oportuna y convenientemente por la adversa. El documento no fue salvado, ni redargüido de falso, tampoco fue sometido a peritaje ni aclarado por la parte que presentó el documento. No obstante, es criterio de este preopinante que, en atención a los defectos puesto de resalto no puede servir como prueba de antigüedad del actor.

A fs. 219 consta que, por una parte, el señor Roberto Galeano Cabral, ha presentado declaración jurada, pero por la otra el empleador ha cumplido con el emplazamiento de presentar los libros y documentos laborales exigidos por la ley, consecuentemente en estas circunstancias no rige las presunciones previstas en el Art. 161 del C.P.T.

En cuanto a la prueba confesoria del señor Roberto Galeano, a fs. 234/5, el absolvente confirmó que en 1999 tenía 33 años, pero luego expresó que empezó a trabajar en el año 1966. La confesoria del representante de la demandada, a fs. 250/1, refirió que Galeano tiene contrato colectivo de trabajo porque es sindicalizado; que fue asegurado en el IPS desde que ingresó a la empresa en 1999. En definitiva, lo que se puede extraer es la presunción de certeza acerca de la edad del trabajador a su ingreso a la empresa demandada (1999) que no concuerda con lo sostenido por el mismo (1996).

En cuanto a las testificales, la situación procesal probatoria no varía en cuanto al señor Galeano, es el mismo que el anterior. La valoración de las respuestas de los testigos y la idoneidad de los mismos no puede ser distinta, ya que son los mismos en ambos casos, por tanto esta prueba se descuenta como

elemento útil para clarificar extremos contradictorios. Poniendo de resalto el testimonio de la señora Zoraida Fanny Cantero Díaz, quien respondió que el señor Galeano es empleado de Fidesa desde el año mil nueve noventa y algo. Esta afirmación no favorece ni perjudica a ninguna de las partes, los profesionales presentes no utilizaron los medios correspondientes en dicha audiencia para precisar mejor esta respuesta.

Referente a la prueba de informes: A fs. 267 obra el informe del MJT el cual es coincidente con el del IPS, fs. 269/271, en el sentido de que tiene registrado el ingreso del señor Galeano desde marzo de 1999. Ya dijimos que estos registros no merecen plena fe, excepto que coincidan con otras evidencias no discutidas que no se observan.

En cuanto a los hechos nuevos denunciados por el apelante, independientemente de su aceptación o no como medio probatorio, en atención a lo preceptuado en la última parte del Art. 198 del CPT. Mientras no exista una sentencia penal firme de absolución o condena del procesado, no puede reputarse culpable o inocente, Art. 17 inc. 1) Const. Nacional.

De la variedad de evidencias probatorias la mayoría controvertidas, el único registro más antiguo resulta ser el consignado en el instrumento de fs. 10 a pesar de su precariedad (copia simple), pero como ya expresamos, fue aceptada por la demandada. Haciendo pues el cálculo de antigüedad por esta y la fecha de despido que es coincidente, al 27 de noviembre de 2006, corresponde a 9 años, 7 meses y 7 días. Es decir, no alcanza la antigüedad alegada por el actor para considerarlo estable, por tanto la sentencia en este punto debe ser modificada, con costas, y en consecuencia condenar a la empresa demandada para que en el plazo de 48 horas, abone al trabajador los beneficios sociales previsto en la ley de acuerdo a lo previsto en los Arts. 82, 87, 91, 92 y concordantes del C.T., calculadas sobre la antigüedad de 9 años, 7 meses y el monto del salario alegado por el actor, ya que la empleadora alegó haber despedido al actor, sin causa justificada de conformidad a lo dispuesto por la norma del art. 229 del C.P.T., liquidación que deberá ser realizada por secretaría. En cuanto a las costas respecto a este co-actor, son impuestas en el orden causado, debido a que la pretensión del apelante no prosperó en forma total ya que de igual modo se ha lugar a la demanda laboral promovida por el trabajador aunque en forma oficiosa, por la aplicación del art. 229 C.P.T. Es mi voto.

Asu Turno los Magistrados Miryam Peña y Ángel Daniel Cohene, dijeron:

Que adhieren a la conclusión del colega preopinante, por sus 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 sigue a continuación:

VISTO: Los méritos que ofrece el acuerdo precedente, el Tribunal de Apelación del Trabajo Segunda Sala;

RESUELVE: Revocar, con costas, la sentencia recurrida en sus apartados segundo y parcialmente el tercero, en lo concerniente al señor Néstor Lorenzo Portillo y, en consecuencia, no hacer lugar a la demanda promovida por éste contra la firma Fidesa S.A., de conformidad a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. Modificar parcialmente la demanda con respecto al señor Roberto Galeano Cabral y en consecuencia Hacer Lugar a la presente demanda promovida por éste en contra de la empresa Fidesa S.A. por despido injustificado, con derecho a las indemnizaciones legales previstas para el caso y con los alcances previstos en el exordio de la presente resolución. Imponer las costas de ambas instancias en el orden causado respecto de la demanda promovida por el trabajador Roberto Galeano Cabral, conforme a los fundamentos expuestos precedentemente. Anotar, registrar y remitir copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Miryam Peña, Guido Cocco Samudio, Ángel Daniel Cohene.
Ante mí: Gloria Machuca, Actuario Judicial.

**CIRCUNSCRIPCIONES JUDICIALES
ALTO PARANÁ**

**TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL,
COMERCIAL, LABORAL Y PENAL**

AUTO INTERLOCUTORIO N° 357

EXCEPCIÓN DE ARRAIGO

No coincidimos con el Judicante en su apreciación al dictar la resolución recurrida en el sentido de admitir la excepción de arraigo opuesta por la parte demandada, al considerar equivocadamente que el presente juicio no versa sobre derechos de marca sino que se trata mera y exclusivamente de un proceso civil ordinario.

EXCEPCIÓN DE ARRAIGO. PROTOCOLO DE LAS LEÑAS.

El ámbito de aplicación del Protocolo de Las Leñas incluye, entre otras, la jurisdicción civil y comercial, sin ninguna otra especificación o cualificación adicional.

SEGURIDAD JURÍDICA.

Los gobiernos firmaron el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa conscientes de la importancia que reviste para el proceso de integración de los Estados Partes la adopción de instrumentos comunes que consoliden la seguridad jurídica y tengan como finalidad alcanzar los objetivos del Tratado de Asunción, convencidos de que el mismo coadyuvará al trato equitativo de los ciudadanos y residentes permanentes en dichos Estados y les facilitará el libre acceso a la jurisdicción en los mismo para la defensa de sus derechos e intereses.

EXCEPCIÓN DE ARRAIGO. PROTOCOLO DE LAS LEÑAS.

La norma prevé el “trato nacional” en términos similares a los previstos en el Acuerdo sobre los ADPIC (Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio) en los tratados administrativos por la OMPI “Organización Mundial de la Propiedad Intelectual” (Art. 3), en el Convenio de Paris (Art. 2º y 3º) y en el Convenio de Berna (Arts. 3º y 5º) y es de observancia obligatoria en todos los casos.

EXCEPCIÓN DE ARRAIGO. PROTOCOLO DE LAS LEÑAS.

Fundamental y determinante para el rechazo de la excepción de arraigo por la parte demandada, toda vez que tanto el Convenio de Paris ratificado por Ley 300/94 como el ya referido Protocolo de Las Leñas de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, suscrita entre los gobiernos de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, tienen prelación sobre las leyes nacionales- Salvo la Constitución Nacional- en base a los cuales las partes suscribientes se encuentran liberadas del requisito del arraigo.

EXCEPCIÓN DE ARRAIGO. DERECHO DE MARCAS.

El Juez, al tratarse la demanda (Infracción Civil, Nulidad de Escritura Pública de Constitución de Sociedad y Cancelación Registral) de una cuestión Civil y a la vez innegablemente Marcaria, toda vez que la misma está sustentada, entre otros, en los Arts. 18, 74, 76 y 84 de la Ley de Marcas 1294/98, debió descartar la Ley Nacional que sea contraria al Derecho Comunitario, por supuesto, resguardando el Baremo Constitucional, para resolver correctamente la excepción de arraigo opuesta por la demandada.

Trib.de Apel. en lo Civ., Com., Lab., Penal, Primera Sala, de la Circunscripción Judicial de Alto Paraná. 16.09.11; “Elgin S.A (Brasil) c/ Elgin S.A (Paraguay) s/ Infracción Civil, Nulidad de Escritura Pública de Constitución de Sociedad y Cancelación Registral” (A.I. N° 357).

Ciudad del Este, 16 de Setiembre de 2011.

VISTO: El recurso de apelación interpuesto por el representante convencional de la parte actora contra el punto dispositivo numeral 1 del A.I. N° 101 del 29 de Marzo de 2011, en el que hace lugar a la excepción de arraigo opuesta por la demandada Elgin S.A. (Paraguay) y se fija a mi mandante la caución real de Gs. 30.000.000, dictado por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Segundo Turno de esta Circunscripción Judicial, y;

CONSIDERANDO: Por el referido Interlocutorio, el Judicante, en el punto reprochado, hizo lugar a la excepción de arraigo opuesta por la demandada Elgin S.A. (Paraguay) y fijó en calidad de arraigo, la caución real de Guaraníes Treinta Millones (Gs. 30.000.000), que deberá ser depositada por la actora, en el plazo de 15 días de quedar firme la presente resolución, en el Banco Nacional de Fomento a nombre del presente juicio y a la orden de ese Juzgado.

Contra dicha disposición del fallo es que se alza el apelante, expresando agravios en su escrito de fs. 362/363 de autos, en el que quedaron sintetizados los argumentos esgrimidos por el mismo, pidiendo se revoque con costas la resolución recurrida en el punto objetado, rechazando en consecuencia la excepción de arraigo opuesta por la demandada, cuya réplica luce a fs. 366/368 de autos, en la que, como es obvio suponer, se sostiene la tesis contraria, esto es, que se confirme con costas el Auto Interlocutorio apelado en la parte que fuera objeto de recurso.

El Memorial de agravios del apelante trata, claro está, de una objeción substancial al Auto recurrido y, como se sabe, es ésta la verdadera razón que avalaría la revocatoria del mismo, realizando una crítica razonada de la resolución, señalando y demostrando los errores que a su criterio podría ésta contener. Dicho esto, pasamos a abordar la materia objeto de recurso.

En ese tren de ideas, estimamos que la tesis sustentada por el apelante es la correcta, por lo menos en el caso de autos, pues, analizando sus piezas procesales, observamos con claridad que el Judicante no resolvió bien la cuestión, toda vez que el criterio esbozado por él, el enfoque expuesto y la dirección de su pensamiento, que luego se concretaron en la parte dispositiva, ahora en entredicho, denotan que no ha estudiado cuidadosa y mesuradamente el tema, lo que excluye toda posibilidad que la resolución apelada, pueda ser considerada ceñida a derecho.

Apoyados en este criterio, no coincidimos con el Judicante en su apreciación al dictar la resolución recurrida, en el sentido de admitir la excepción opuesta por la parte demandada, al considerar equivocadamente que el presente juicio no versa sobre derechos de marca sino que se trata mera y exclusivamente de un proceso civil ordinario. Esto implica, tal cual sostiene acertadamente el recurrente que el Juez de grado erróneamente entendió, no sólo la naturaleza de las acciones planteadas, sino que también, al decir que la mutua exoneración de arraigo que permiten los tratados entre Brasil y Paraguay, sólo es aplicable a juicios de marcas o de propiedad intelectual.

Aclaremos por nuestra parte, en total coincidencia con el apelante, que el ámbito de aplicación del Protocolo de Las Leñas incluye, entre otras, la jurisdicción civil y comercial, sin ninguna otra especificación o cualificación adicional. Veamos lo que establecen los Tratados Internacionales al respecto:

Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, suscrito entre los gobiernos de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, firmado el 27 de Junio de 1992 en el Valle de Las Leñas, Provincia de Mendoza (Argentina), aprobado por Ley N° 270 del 10 de diciembre de 1993 y puesto en vigencia el 17 de marzo de 1996.

Los gobiernos firmaron este protocolo, conscientes de la importancia que reviste para el proceso de integración de los Estados Partes la adopción de instrumentos comunes que consoliden la seguridad jurídica y tengan como finalidad alcanzar los objetivos del Tratado de Asunción, convencidos de que el mismo coadyuvará al trato equitativo de los ciudadanos y residentes permanentes en dichos Estados y les facilitará el libre acceso a la jurisdicción en los mismos para la defensa de sus derechos e intereses.

Capítulo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional.

Art. 1° establece: “Los estados Partes se comprometen a prestarse asistencia mutua y amplia cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa. La asistencia jurisdiccional se extenderá a los procedimientos administrativos en los que se admitan recursos ante los tribunales”.

Capítulo de Igualdad de Trato Procesal.

Art. 3° dispone: “Los ciudadanos y los residentes permanentes de uno de los Estados Partes gozarán, en las mismas condiciones que los ciudadanos y residentes permanentes de otro Estado Parte, del libre acceso a la jurisdicción en dicho Estado para la defensa de sus derechos e intereses”.

La norma prevé el “trato nacional” en términos similares a los previstos en el Acuerdo sobre los ADPIC (Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio) en los tratados administrados por la OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual) (Art. 3°), en el Convenio de París (Arts. 2° y 3°) y en el Convenio de Berna (Arts. 3° a 5°) y es de observancia obligatoria, en todos los casos.

Y el Art. 4° reza: “Ninguna caución o depósito, cualquiera sea su denominación, podrá ser interpuesta en razón de la calidad de ciudadano o residente permanente de otro Estado Parte”.

Esto último es un tema central, fundamental y determinante para el rechazo de la excepción de arraigo opuesta por la parte demandada, toda vez que tanto el Convenio de París ratificado por Ley 300/94 como el ya referido Protocolo de Las Leñas de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, suscrito entre los Gobiernos de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, tienen prelación sobre leyes nacionales -salvo la Constitución Nacional- en base a los cuales las partes suscribientes se encuentran liberadas del requisito del arraigo (Ver A.I. N° 132, P. 862. TApel. Civ. y Com. Asunción, Sala 3, 2001/03/28), en los autos: “Sudan Ind. e Comercial de Cigarros Ltda. c/ Tabacalera Boquerón S.A.”.

Lo que significa que en la cuestión del “arraigo”, los párrafos precedentes serán de rigurosa aplicación a las personas jurídicas autorizadas o registradas de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes tanto en los litigios de naturaleza civil, comercial, laboral y administrativo como en los relativos a la falsificación y a la validez de las marcas comunitarias.

Obviamente con ello se produce un avance y se establece en forma definitiva el carácter supranacional de las normas del Mercosur, de tal modo que toda la legislación interna se someterá a las normas de la integración, lo cual, sin duda, constituirá una cesión de soberanía, pero éste es un efecto que toda integración supone y exige para su afianzamiento.

En otros términos, el Juez, al tratarse la demanda (Infracción Civil, Nulidad de Escritura Pública de Constitución de Sociedad y Cancelación Registral) de fs. 122/135 de autos, de una cuestión Civil y a la vez innegablemente marcaría, toda vez que la misma esta sustentada, entre otros, en los Arts. 18, 74, 76 y 84 de la Ley de Marcas 1294/98, debió descartar la Ley Nacional que sea contraria al Derecho Comunitario, por supuesto, resguardando el Baremo Constitucional, para resolver correctamente la excepción de arraigo opuesta por la demandada. El proceso de integración exige necesariamente reemplazar los intereses particulares de los estados por el interés general de la comunidad.

Así, el derecho que surge de la internalización de las normas comunitarias, al integrar el derecho nacional, rige o es aplicable a todos los ciudadanos aunque ambas partes de la controversia pertenezcan al mismo Estado, estableciéndose, mediante la anticipación de la jurisprudencia a la legislación, el principio de la supremacía de las normas comunitarias, tal cual nos demuestran las constancias de autos.

Y, en estas condiciones, no encontrando razonable lo resuelto en el punto dispositivo numeral 1 del Auto en reproche recursivo, el mismo debe ser revocado con costas a la demandada, según rigor del Art. 203 literal “b” del Código Procesal Civil, pues sería espinoso prohiar una solución similar a la del Juez de grado en holocausto de Acuerdos, Convenios Protocolos y Tratados suscritos y ratificados por los Gobiernos de los países que integran el Mercosur, entre ellos, Paraguay y Brasil.

Por tanto, el Tribunal de Apelación en lo Civil, Comercial, Laboral y Penal, Primera Sala, de la Circunscripción Judicial de Alto Paraná,

RESUELVE: Revocar el dispositivo numeral 1 del Auto apelado. Imponer las costas en ambas instancias a la perdidosa. ANOTAR, registrar, notificar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Miembros: Miguel T. Otazo Martínez, Oscar D. Alfonzo S. y Angélica Augsten de Sarubbi

Ante mí: Gladys Angélica Báez Rojas, Actuaría Judicial.