

GACETA JUDICIAL



GACETA JUDICIAL

Director
Dr. José Raúl Torres Kirmser
Ministro

Año 2016 – Número 3

INSTITUTO DE
INVESTIGACIONES JURÍDICAS

INTERCONTINENTAL
E D I T O R A

Asunción, Paraguay

© **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
GACETA JUDICIAL**

Calle Alonso y Testanova, Asunción, Paraguay

Queda prohibida cualquier forma de reproducción, transmisión o archivo en sistemas recuperables, sea para uso privado o público por medios mecánicos, electrónicos, fotocopiadoras, grabaciones o cualquier otro sistema de archivo y recuperación de información total o parcial del presente ejemplar, con o sin finalidad de lucro, sin autorización expresa por escrito.

GACETA JUDICIAL N° 3/2016
Primera edición 2016: 500 ejemplares

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS (IJ)
DR. JOSÉ RAÚL TORRES KIRMSER, MINISTRO ENCARGADO
ABG. CARMEN MONTANÍA CIBILS, DIRECTORA
ABG. PABLO COSTANTINI, COORDINADOR GACETA JUDICIAL

EQUIPO DE ELABORACIÓN
ABG. NATALIA MUÑOZ CARMAN, INVESTIGADORA
ABG. NORA MURDOCH GUIRLAND, INVESTIGADORA
ABG. FANNY LÓPEZ RIVAROLA, INVESTIGADORA
PAULA MÉNDEZ F., ASISTENTE

Contactos: revistagacetajudicial@gmail.com – Tel.: (021) 420 570, interno 2790

© **INTERCONTINENTAL EDITORA S.A.**
Caballero 270. *Teléfonos:* 496 991 – 449 738
Fax: (+595 21) 448 721
Pág. web: www.libreriaintercontinental.com.py
E-mail: agatti@libreriaintercontinental.com.py

Hecho el depósito que marca la Ley N° 1.328/98

ISBN: 978-99967-48-30-1

CONTENIDO

ÍNDICES

Índice Temático	13
Índice por Tribunales	19

DOCTRINA

ACERCA DE LA PRESCRIPCIÓN EN CURSO DE CAUSA CIVIL, Por <i>Giuseppe Fossati López</i>	23
--	----

OPINIÓN CONSULTIVA

OPINIÓN CONSULTIVA EMITIDA AL TRIBUNAL DEL MERCOSUR EN LOS AUTOS CARATULADOS: NORTE S.A. IMP. EXP. C/ LABORATORIOS NORTHIA SOCIEDAD ANÓNIMA, COMERCIAL, INDUSTRIAL, FINANCIERA, INMOBILIARIA Y AGROPECUARIA S/ INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS Y LUCRO CESANTE”, EN FECHA 21 DE DICIEMBRE DE 2006.	137
---	-----

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

LEY N° 194/93. DAÑOS Y PERJUICIOS. Indemnización de daños y perjuicios. CSJ. Sala Civil. 15/12/99. (Ac. y Sent. N° 687).....	199
LEY N° 194/93. JURISDICCIÓN. Ley aplicable. CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Dere-	

CONTENIDO

cho a la igualdad. CSJ. Sala Constitucional. 12/11/01. (Ac. y Sent. N° 827).....	203
LEY N° 194/93. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA. CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Garantías procesales. DEBIDO PROCESO. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA. LEY N° 194/93. COMPETENCIA. Cuestión de competencia. SENTENCIA ARBITRARIA. PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. LEY N° 948/96. CONVENCIÓN DE NUEVA YORK. CSJ. Sala Constitucional. 25/05/06. (Ac. y Sent. N° 285).....	208
SENTENCIA ARBITRARIA. Sentencias. Sentencias que deciden <i>ultra petita</i> . COMPETENCIA. Cuestión de competencia. Declaración de competencia. CSJ. Sala Constitucional. 17/10/13. (Ac. y Sent. 1332).....	222
LEY N° 194/93. CONTRATO DE REPRESENTACIÓN. Plazo. Naturaleza. DAÑOS Y PERJUICIOS. Indemnización de daños y perjuicios. CSJ. Sala Civil. 15/12/08. (Ac. y Sent. N° 1256).....	227
LEY N° 194/93. Marco regulatorio. CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN. Revocación. PRUEBA. Validez de la prueba. MAGISTRADO. Facultades del Magistrado. Mala fe. CSJ. Sala Civil. 27/08/12. (Ac. y Sent. N° 1185).....	238
CONTRATO DE REPRESENTACIÓN. CONTRATO DE AGENCIA. LEY N° 194/93. DAÑOS Y PERJUICIOS. Indemnización de daños y perjuicios. CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN. CONTRATO DE AGENCIA. CSJ. Sala Civil. 31/08/12. (Ac. y Sent. N° 1223).....	259

TRIBUNAL DE APELACIÓN CIVIL Y COMERCIAL

LEY N° 194/93. Marco regulatorio. Representantes, agentes o distribuidores. CONTRATO. Prueba del contrato. Contrato formal. Requisitos. JUICIO ORDINARIO. INDEMNIZACIÓN	
---	--

CONTENIDO

DE DAÑOS Y PERJUICIOS. Requisitos para la procedencia de la reparación de daños. PRUEBA. Valoración de las pruebas. MAGISTRADO. Función jurisdiccional. PRUEBA DE PERITOS. Dictamen pericial. Apreciación de la prueba pericial. TApel. Civ. y Com. Segunda Sala. 21/12/00. (Ac. y Sent. N° 191).....	279
COMPETENCIA. Cuestión de competencia. LEY N° 194/93. Constitución de la República del Paraguay. Tratados Internacionales. CONTRATO. Cláusulas generales del contrato. LEY N° 194/93. PROTOCOLO. Protocolo de Buenos Aires. PROCESO. PARTES. MALA FE. TApel. Civ. y Com. Segunda Sala. 27/08/12. (A. I. N° 698)	288
CONTRATO DE REPRESENTACIÓN. Medidas cautelares. TApel. Civ. y Com. Tercera Sala. 05/02/99. (Ac. y Sent. N° 16).	300
CONTRATO. Modificación del contrato o contractual. CONSENTIMIENTO. Conducta positiva. LEY N° 194/93. PRESCRIPCIÓN. Prescripción de la acción. PLAZOS. CONTRATO DE REPRESENTACIÓN. Daños. Quantum indemnizatorio. TApel. Civ. y Com. Tercera Sala. 27/11/13. (Ac. y Sent. N° 127).....	304
DEMANDA. Efectos de la demanda. RECONOCIMIENTO DE DOCUMENTO. Documento. CONTRATO. Incumplimiento del contrato. Efectos. DAÑO. Presupuesto para que configure el daño. TApel. Civ. y Com. Tercera Sala. 13/07/14. (Ac. y Sent. N° 81)	314
LEY N° 194/93. PRUEBA DOCUMENTAL. MORA. CONTRATO DE REPRESENTACIÓN. Marco regulatorio. DAÑOS Y PERJUICIOS. Indemnización de daños y perjuicios. Responsabilidad contractual. Responsabilidad objetiva. TApel. Civ. y Com. Tercera Sala. 03/12/04. (Ac. y Sent. N° 174)	322
LEY N° 194/93. CONTRATO. Forma y prueba de contrato. COMPETENCIA. Competencia desleal. FRAUDE. Requisitos para que se configure. Conflicto de intereses. TApel. Civ. y Com. Tercera Sala. 13/11/06. (Ac. y Sent. N° 137)	332

CONTENIDO

LEY N° 194/93. CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN. PRUEBA DE CONFESIÓN. CONFESIÓN FICTA. CONTRATO DE REPRESENTACIÓN. PRUEBA. DAÑOS Y PERJUICIOS. Indemnización de daños y perjuicios. TApel. Civ. y Com. Tercera Sala. 29/06/10. (Ac. y Sent. N° 53).....	348
LEY N° 194/93. COMPETENCIA. Cuestión de competencia. Efectos. RECURSO DE APELACIÓN. SENTENCIA. Nulidad de la sentencia. Falta de fundamentación. MEDIDA CAUTELAR. Presupuestos para su otorgamiento. LEY N° 619/95. MERCOSUR. PROTOCOLO DE MERCOSUR. PROTOCOLO DE OURO PRETO. LEY N° 597/95. Jurisdicción aplicable. JERARQUÍA DE LAS NORMAS. ORDEN PÚBLICO INTERNO. TApel Civ. y Com. Cuarta Sala. 09/06/06. (A.I. N° 408).....	360
CONTRATO DE AGENTES. Indemnización. TApel. Civ. y Com. Cuarta Sala. 20/08/10. (Ac. y Sent. N° 120).....	375
MAGISTRADO. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA. Incongruencia citra petita. SENTENCIA. Fundamentación de la sentencia. Fundamentación aparente. LEY N° 194/93. SENTENCIA. Vicios de la sentencia. Incongruencia extra petita. ARBITRARIEDAD. CONTRATO. Vigencia del contrato. PRUEBA. SOCIEDAD. DOCTRINA DEL DISGREGAR OF LEGAL ENTITY. Presupuestos. CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO. TApel. Civ. y Com. Cuarta Sala. 09/05/16. (Ac. y Sent. N° 36).....	383
SENTENCIA. CUESTIÓN DE PURO DERECHO. PRUEBA. RECURSO DE NULIDAD. Procedencia del recurso de nulidad. CONTRATO. Lesión. COMPETENCIA. Declaración de incompetencia. Competencia territorial. CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL PARAGUAY. Principio de irretroactividad. Supremacía de la Constitución. LEY. Irretroactividad de la ley. ACCIÓN PERSONAL. EXCEPCIÓN DE NULIDAD. Procedencia de la excepción de nulidad. TApel. Civ. y Com. Quinta Sala. 19/06/03. (Ac. y Sent. N° 84).....	451

CONTENIDO

COMPETENCIA. Declaración de incompetencia en razón a la materia. CONTRATO. Contrato de distribución. JUICIO ARBITRAL. Cláusula arbitral. LEY N° 194/93. PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. ORDEN PÚBLICO. COMPETENCIA. Declaración de incompetencia en razón a la materia. JURISDICCIÓN. Ley aplicable. TApel. Civ. y Com. Quinta Sala. 01/12/04. (A. I. N° 994).....	470
LEY N° 194/93. COMPETENCIA. LEY N° 597/95. Protocolo de Buenos Aires del Mercosur. TApel. Civ. y Com. Quinta Sala. 06/08/09. (A. I. N° 515).....	476
CONTRATO. Contrato de representación y distribución. Causales de rescisión. LEY N° 194/93. CONTRATO. Contrato de representación y distribución. Causales de rescisión. DAÑOS Y PERJUICIOS. Indemnización de daños y perjuicios. Responsabilidad por daños y perjuicios. DEMANDA. De la no contestación. Efectos. Aplicabilidad. JURISPRUDENCIA. TApel. Civ. y Com. Quinta Sala. 30/12/13. (Ac. y Sent. N° 132)	482

Índice Temático

- ACCIÓN PERSONAL, 453
- ARBITRARIEDAD, 384
- CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO, 385, 386, 387
- COMPETENCIA, 209, 223, 288, 332, 334, 360, 452, 470, 472, 476, 477
 - Competencia desleal, 332, 334
 - Competencia territorial, 452
 - Cuestión de competencia, 209, 223, 288, 360
 - Declaración de competencia, 223
 - Declaración de incompetencia, 452
 - Declaración de incompetencia en razón a la materia, 470, 472
 - Efectos, 360
- CONFESIÓN FICTA, 348
- CONSENTIMIENTO, 305
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY, 204, 208, 452
 - Derecho a la igualdad, 204
 - Garantías procesales, 208
 - Principio de irretroactividad, 452
 - Supremacía de la Constitución, 452
- CONTRATO, 279, 289, 304, 315, 332, 334, 385, 452, 471, 482
 - Causales de rescisión, 482
 - Cláusulas generales del contrato, 289
 - Contrato de distribución, 471

ÍNDICE TEMÁTICO

- Contrato de representación y distribución, 482
- Contrato formal, 279
- Efectos, 315
- Forma y prueba de contrato, 332, 334
- Incumplimiento del contrato, 315
- Lesión, 452
- Modificación del contrato o contractual, 304
- Prueba del contrato, 279
- Requisitos, 279
- Vigencia del contrato, 385

- CONTRATO DE AGENCIA, 259, 260

- CONTRATO DE AGENTES, 375, 376
 - Indemnización, 376

- CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN, 238, 239, 240, 260, 348, 349, 350
 - Revocación, 238

- CONTRATO DE REPRESENTACIÓN, 228, 229, 239, 259, 261, 300, 306, 322, 323, 348, 349, 350
 - Daños, 306
 - Marco regulatorio, 322, 323
 - Medidas cautelares, 300
 - Naturaleza, 228
 - Plazo, 228
 - Quantum indemnizatorio, 306

- CONVENCIÓN DE NUEVA YORK, 210

- CUESTIÓN DE PURO DERECHO, 451

- DAÑO, 315
 - Presupuesto para que configure el daño, 315

- DAÑOS Y PERJUICIOS, 199, 200, 228, 229, 259, 260, 322, 323, 349, 350, 482
 - Indemnización de daños y perjuicios, 199, 200, 228, 229, 259, 260, 322, 323, 349, 350, 482

ÍNDICE TEMÁTICO

Responsabilidad contractual, 322, 323
Responsabilidad objetiva, 323
Responsabilidad por daños y perjuicios, 482

DEBIDO PROCESO, 208

DEMANDA, 314, 483
De la no contestación, 483
Efectos, 483
Efectos de la demanda, 314

DOCTRINA DEL DISREGARD OF LEGAL ENTITY, 385, 386, 387
Presupuestos, 386, 387

EXCEPCIÓN DE NULIDAD, 453
Procedencia de la excepción de nulidad, 453

FRAUDE, 333
Conflicto de intereses, 333
Requisitos para que se configure, 333

INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS, 280, 281
Requisitos para la procedencia de la reparación de daños, 280, 281

INDEMNIZACIÓN EN CONTRATO DE REPRESENTACIÓN, 228, 229

JERARQUÍA DE LAS NORMAS, 362

JUICIO ARBITRAL, 471
Cláusula arbitral, 471

JUICIO ORDINARIO, 280, 281

JURISDICCIÓN, 203, 472
Ley aplicable, 203, 472

JURISPRUDENCIA, 484

LEY, 452
Irretroactividad de la ley, 452

ÍNDICE TEMÁTICO

- LEY N° 194/93, 199, 200, 203, 204, 208, 209, 210, 228, 229, 238, 239, 240, 259, 260, 261, 279, 288, 290, 305, 322, 323, 332, 333, 334, 348, 349, 350, 360, 362, 384, 470, 471, 472, 476, 477, 482, 483, 484
 - Aplicabilidad, 484
 - Constitución de la República del Paraguay, 288
 - Contrato de distribución, 362
 - Marco regulatorio, 238, 239, 240, 279
 - Representantes, agentes o distribuidores, 279
 - Tratados Internacionales, 288
- LEY N° 597/95, 361, 362, 476, 477
 - Jurisdicción aplicable, 361, 362
 - Protocolo de Buenos Aires del Mercosur, 476, 477
- LEY N° 619/95, 361
- LEY N° 948/96, 210
- MAGISTRADO, 239, 282, 383
 - Facultades del Magistrateo, 239
 - Función jurisdiccional, 282
 - Mala fe, 239
- MALA FE, 290
- MEDIDA CAUTELAR, 361, 362
 - Presupuestos para su otorgamiento, 361, 362
- MERCOSUR, 361
- MORA, 322
- ORDEN PÚBLICO, 362, 471
- ORDEN PÚBLICO INTERNO, 362
- PARTES, 290
- PLAZOS, 305

ÍNDICE TEMÁTICO

PRESCRIPCIÓN, 305

Prescripción de la acción, 305

PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD, 471

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA, 208, 383

Incongruencia citra petita, 383

PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD, 209

PROCESO, 290

PROTOCOLO, 290

Protocolo de Buenos Aires del Mercosur, 290

PROTOCOLO DE MERCOSUR, 361

PROTOCOLO DE OURO PRETO, 361

PRUEBA, 240, 281, 282, 349, 350, 385, 451

Validez de la prueba, 240

Valoración de las pruebas, 281

PRUEBA DE CONFESIÓN, 348

PRUEBA DE PERITOS, 282

Apreciación de la prueba pericial, 282

Dictamen pericial, 282

PRUEBA DOCUMENTAL, 322

RECONOCIMIENTO DE DOCUMENTO, 314

Documento, 314

RECURSO DE APELACIÓN, 360

RECURSO DE NULIDAD, 451

Procedencia del recurso de nulidad, 451

SENTENCIA, 209, 360, 361, 384, 451

Falta de fundamentación, 360, 361

ÍNDICE TEMÁTICO

Fundamentación aparente, 384

Fundamentación de la sentencia, 384

Incongruencia *extra petita*, 384

Nulidad de la sentencia, 360, 361

Vicios de la sentencia, 384

SENTENCIA ARBITRARIA, 209, 222

Sentencias, 222

Sentencias que deciden *ultra petita*, 222

SOCIEDAD, 385, 386, 387

Índice por Tribunales

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sala Civil

CSJ. Sala Civil. 15/12/99. “Excepción de Inconstitucionalidad en el juicio: Galerías Guaraní S.A. c/ Maybelline Sales Inc. y otros s/ Indemnización de Daños y Perjuicios” (Ac. y Sent. N° 687)..	199
CSJ. Sala Constitucional. 12/11/01. “Excepción de Inconstitucionalidad en el juicio: Electra Amambay S.R.L. c/ Compañía Antártica Paulista Ind. Brasileira de bebidas e conexos s/ Medida Cautelar” (Ac. y Sent. N° 827).	203
CSJ. Sala Constitucional. 25/05/06. “Acción de Inconstitucionalidad en el juicio: Gunder ICOSA c/ Kia Motors Corporation s/ Indemnización de Daños y Perjuicios” (Ac. y Sent. N° 285).	208
CSJ. Sala Constitucional. 17/10/13. “Chemicorp S.A. c/ Solvay Química S.A. s/ Indemnización de Daños y Perjuicios por Responsabilidad Contractual”. (Ac. y Sent. 1332).	222
CSJ. Sala Civil. 15/12/08. “Rafael de los Ríos S.A.C.I. c/ Myrurgia S.A. s/ Cobro del valor de existencia de mercaderías y otros” (Ac. y Sent. N° 1256).	227
CSJ. Sala Civil. 27/08/12. “YAMA del Paraguay S.R.L. c/ Laboratorio CUENCA S.A. s/ Indemnización de Daños y Perjuicios” (Ac. y Sent. N° 1185).	238

ÍNDICE POR TRIBUNALES

CSJ. Sala Civil. 31/08/12. “Distribuidora de Productos para la Medicina S.R.L. c/ Cook Incorporated s/ Indemnización de Daños y Perjuicios” (Ac. y Sent. N° 1223).....	259
--	-----

TRIBUNAL DE APELACIÓN CIVIL Y COMERCIAL

Segunda Sala

TApel. Civ. y Com. Segunda Sala. 21/12/00. “Makrosa C.I.S.A c/ Clark Corp USA s/ Indemnización de Daños y Perjuicios” (Ac. y Sent. N° 191).....	279
TApel. Civ. y Com. Segunda Sala. 27/08/12. “Chemicorp S.A. c/ Solvay Química S.A. s/ Indemnización de Daños y Perjuicios por Responsabilidad Contractual” (A.I. N° 698).....	288

Tercera Sala

TApel. Civ. y Com. Tercera Sala. 05/02/99. “Galerías Guaraní SAC c/ Maybelline Sales Inc. y/o Maybelline Co. Loreal Chile S.A. y Loreal (Paris-Francia) s/ Indemnización de Daños y Perjuicios” (Ac. y Sent. N° 16).	300
TApel. Civ. y Com. Tercera Sala. 27/11/13. “Intertec Paraguay S.R.L. c/ 3M Uruguay S.A. y/o 3M Sucursal Paraguay s/ Indemnización de Daños y Perjuicios” (Ac. y Sent. N° 127).	304
TApel. Civ. y Com. Tercera Sala. 13/07/14. “AG Representaciones c/ Nadir Figueredo I.C.S.A. s/ Incumplimiento de Contrato e Indemnización” (Ac. y Sent. N° 81).	314
TApel. Civ. y Com. Tercera Sala. 03/12/04. “Rafael de los Ríos S.A.C.I. c/ Myrurgia S.A. s/ Cobro del valor de existencia de mercaderías y otros” (Ac. y Sent. N° 174).....	322

ÍNDICE POR TRIBUNALES

TApel. Civ. y Com. Tercera Sala. 13/11/06. “Fausto José García c/ Elevadores Sur. S.A. Industrial y Comercial s/ Obligación de indemnizar y determinación de monto” (Ac. y Sent. N° 137). .. 332

TApel. Civ. y Com. Tercera Sala. 29/06/10. “Yama del Paraguay S.R.L. c/ Laboratorio Cuenca S.A. s/ Indemnización de Daños y Perjuicios” (Ac. y Sent. N° 53). 348

Cuarta Sala

TApel Civ. y Com. Cuarta Sala. 09/06/06. “Compulsas de Norte Sociedad Anónima Importación-Exportación s/ Medida Cautelar (A.I. N° 408). 360

TApel. Civ. y Com. Cuarta Sala. 20/08/10. “Distribuidora de Prod. p/ Medicina S.R.L. (D.P.M.) c/ Cook Incorporated s/ Indemnización” (Ac. y Sent. N° 120). 375

TApel. Civ. y Com. Cuarta Sala. 09/05/16. “Compañía de Petróleo y Asfalto (COMPASA) c/ Petrobras Distribuidora S.A. s/ Indemnización de Daños y Perjuicios (Ac. y Sent. N° 36)..... 383

Quinta Sala

TApel. Civ. y Com. Quinta Sala. 19/06/03. “Distriware SRL c/ Dart Argentina S.A. s/ Indemnización de Daños y Perjuicios y otros” (Ac. y Sent. N° 84)..... 451

TApel. Civ. y Com. Quinta Sala. 01/12/04. “Gunder I.C.S.A. c/ Kia Motors Corporation s/ Indemnización de Daños y Perjuicios” (A. I. N° 994). 470

TApel. Civ. y Com. Quinta Sala. 06/08/09. “Norte Sociedad Anónima Importación–Exportación c/ Laboratorios Northia S.A.E.C.F.I.A. s/ Indemnización de Daños y Perjuicios y Lucro Cesante” (A. I. N° 515). 476

ÍNDICE POR TRIBUNALES

TApel. Civ. y Com. Quinta Sala. 30/12/13. “Galerías Guaraní S.A.
c/ Omega S.A. s/ Indemnización de Daños y Perjuicios por
Responsabilidad Contractual y otros” (Ac. y Sent. N° 132). 482

Doctrina

ACERCA DE LA PRESCRIPCIÓN EN CURSO DE CAUSA CIVIL

*Por Giuseppe Fossati López**

Sumario: 1) Planteamiento del problema; 2) La cuestión en el código de Vélez; 2.1) Relación con el régimen general de interrupción y suspensión de la prescripción; 3) Fuentes del artículo 648 del código civil 4) Consecuencias sistemáticas de la elección legislativa; 5) La operatividad del artículo 648 del código civil: 5.1) Distinción entre la caducidad de instancia y la prescripción liberatoria; 5.2) La prescripción en curso de causa en el proceso civil paraguayo; 5.3) Los supuestos de improcedencia de la perención y la prescripción en curso de causa; 5.4) La prescripción en el curso de los procesos de ejecución de sentencia; 5.5) Aspectos procesales de la prescripción en curso de causa civil: a. Modalidad del pedido de prescripción en curso de causa; b. Momento procesal idóneo para el planteo del

* Abogado. Doctor en Derecho (“Estado y Persona en los Ordenamientos Jurídicos, enfoque Derecho Civil”); Universidad de Bologna, Italia, XXIII ciclo. PhD Fellow, *Istituto di Studi Avanzati*, Universidad de Bologna, Italia. Máster en Negocio Bancario y Agente Financiero por la Universidad de Alcalá de Henares y el Centro Internacional de Formación Financiera, España. Profesor de Derecho Civil, Obligaciones, en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”, Sede Regional Asunción. Miembro del plantel docente del Máster en Derecho de la Empresa y del Curso de Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”, Sede Regional Asunción.

incidente de prescripción; c. El problema de las costas y honorarios del juicio. 6) Conclusiones; 7) Bibliografía**.

1. Planteamiento del problema

A pesar del enorme potencial de aplicación que lleva implícito el artículo 648 del código civil al prever la posibilidad de invocar la prescripción en curso de causa, innovando así significativamente en relación con el código de Vélez, la modificación pasó casi desapercibida para nuestra doctrina¹.

** El presente trabajo es el resultado final de una elaboración forense del año 2014, realizada en el marco de las funciones de asesoría del autor en la Procuraduría General de la República; por lo que corresponde aclarar que media autorización del Ministro Procurador General de la República, Prof. Roberto Moreno Rodríguez Alcalá, a los efectos de su publicación, de conformidad con el artículo 2179 del Código Civil.

Sin embargo, la autorización en cuestión resultaría, en puridad, superflua; toda vez que el trabajo original fue objeto de una profunda revisión formal y de método. Manteniéndose las ideas originalmente sostenidas, las exigencias metodológicas propias de un artículo académico han forzado a una alteración de varios aspectos de la elaboración primigenia; señaladamente en cuanto al orden expositivo seguido en un principio –que debido a sus destinatarios, respondía a las reglas de la retórica– y sobre todo respecto de la ampliación de los argumentos y problemáticas desarrollados.

Lo expuesto en el párrafo anterior hace de la presente elaboración un trabajo absolutamente original y distinto respecto del primero; no obstante lo cual, resulta conveniente mencionar la génesis de la inquietud, la apertura intelectual del profesor Moreno Rodríguez Alcalá y su anuencia para utilizar en sede científica el trabajo que alguna vez fuera sometido a su consideración.

También es de estricta justicia dejar consignados los agradecimientos a los colegas Rubén E. Gaona G. y Alfredo González Palacios, quienes se ocuparon, de modo desinteresado, de la obtención de material bibliográfico relacionado con el tema tratado. Estos agradecimientos también quieren ser una muestra de lo difícil que resulta en nuestro país acceder a doctrina extranjera, lo que siempre depende, en mayor o menor medida, del esfuerzo y circunstancias personales de los autores.

1. Esta es la conclusión que surge del recuento que sigue, en el que mencionaremos la literatura nacional que trata sobre la prescripción sin detenerse sobre

el aspecto *sub examine*: SILVA ALONSO, Ramón. *Derecho de las obligaciones en el código civil paraguayo*. Asunción, Intercontinental, 2013, 13ª ed., págs. 637 a 639. La actualización de la obra en cuestión, autoría de MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio, tampoco aborda el punto. Por su parte, PANGRAZIO, Miguel Ángel y PETTIT, Horacio Antonio. *Código civil paraguayo comentado y concordado*. Asunción, Intercontinental, 2012, 6ª ed., libro II, pág. 615, refieren un ejemplo que no hace sino parafrasear la norma en cuestión, sin ningún tipo de esfuerzo hermenéutico. También se limita a la paráfrasis el comentario contenido en AA.VV. *Código civil de la República del Paraguay comentado*. Asunción, La Ley, 2009, 1ª ed., tomo IV, págs. 702 y 703 (en el cual no se consigna, conforme constancias de la página 2, el autor responsable del comentario al artículo que nos ocupa).

Los pocos autores que han aludido al tema no lo han ahondado, y se advierte la ausencia de un esfuerzo de integración de la norma *sub examine* con la legislación procesal. En este sentido, CENTURIÓN, Francisco. *Derecho civil*. Asunción, El constitucionalista, 1994, 1ª ed., tomo II, pág. 698; afirma que la disposición es aplicable solamente a los juicios de naturaleza voluntaria, pues en los demás casos el instituto de la caducidad resuelve el problema. Al mismo tiempo, considera que si nos encontrásemos ante una “*infinita sucesión de curso de interrupción*” (sic., ibídem), como cómputo distinto al de la perención; al ser los términos procesales una realidad inexcusable en el proceso, la disposición se contrapone al régimen ritual, sin que pueda saberse si el lapso de tiempo entre actos procesales sea un término o una mera inactividad de las partes. Esta crítica a la norma soslaya por completo sus antecedentes históricos y nos resulta francamente abstrusa, por cuanto los actos interruptivos, precisamente, implican el inmediato decurso de un nuevo plazo prescripcional, como lo diremos en el texto (*infra*, título 4), tratándose precisamente la caducidad y la prescripción de dos institutos distintos (también esto lo veremos más adelante, específicamente en el título 5.1).

Por otro lado, MARTYNIUK BARÁN, Sergio. *Obligaciones*. Asunción, Intercontinental, 2005, 2ª ed., tomo I, pág. 479, considera que la norma se refiere a la interrupción del plazo de caducidad (con lo cual habría un problema de derogación, atentos a que el código procesal civil —que regula dicha cuestión en su artículo 173— es de fecha posterior, encontrando así aplicación el artículo 7º del código civil). Considera que la eficacia interruptiva de la demanda no cesa mientras el actor prosiga el juicio, y este estado se prolonga hasta que haya una sentencia o que se declare la caducidad de instancia. Para la revisión crítica de esta concepción a la luz de nuestra normativa, *infra*, títulos 3 y 4.

En cuanto a la jurisprudencia, las escasísimas veces que el tema propuesto fue afrontado —al menos, eso es lo que resulta de los fallos a los que se tuvo acceso

No se trata aquí de la oportunidad procesal de invocar la prescripción, cuestión suscitada por el artículo 3962 del código civil argentino, en su redacción original. La norma disponía cuanto sigue: “*La prescripción puede oponerse en cualquier instancia, y en todo estado del juicio, anterior al tiempo en que las sentencias hayan pasado en cosa juzgada; pero ante los tribunales superiores no puede oponerse, si no resulta probada por instrumentos presentados, o testigos recibidos en primera instancia*”². La mejor doctrina advirtió, con autoridad, que la disposición en cuestión era estrictamente procesal y por ende no correspondía su inclusión en el código civil³, lo cual nos basta para advertir que tal hipótesis no es la que ocupará

y de la revisión de las bases de datos en cuanto a la cuestión que nos ocupará a lo largo de estas páginas— las soluciones propuestas no han sido pacíficas. En este sentido, resulta emblemático un fallo de la Sexta Sala del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Capital (con inhibición de uno de sus miembros originarios), en el cual los votos de los conjueces contienen argumentos absolutamente distintos entre sí, en cuanto a la procedencia o no de la prescripción en curso de causa (Acuerdo y Sentencia N° 27, del 18 de septiembre del 2013).

Resulta evidente, en una primera aproximación, que las pocas interpretaciones intentadas en doctrina no tienen en cuenta la fuente del segundo párrafo del artículo 648 del código civil; y sobre todo tienden a proponer las mismas soluciones interpretativas aceptadas por la literatura argentina, que sin embargo carece de la disposición normativa comentada. Ciertamente, el problema hermenéutico debe ser afrontado teniendo en cuenta el instituto de la caducidad procesal —de lo cual nos ocuparemos específicamente en el título 5 del presente trabajo, así como en sus subtítulos— en el marco de un esfuerzo de armonización integral.

2. En la Argentina, el problema interpretativo que suscitó el artículo de marras quedó zanjado con la modificación introducida por la ley 17.711, publicada en el boletín oficial del vecino país el 26 de abril de 1968, que alteró el texto original dejándolo escrito en los siguientes términos: “*la prescripción debe oponerse al constatar la demanda o en la primera presentación en el juicio que haga quien intenta oponerla*”.

3. Al respecto, son especialmente útiles las explicaciones dadas por MACHADO, José Olegario. *Exposición y comentario del código civil argentino*. Buenos Aires, Félix Lajouane, 1922, 2ª ed., tomo XI, pág. 71 y siguientes.

nuestra atención. De hecho, nuestro código omitió, con buen criterio, toda referencia al asunto⁴.

4. Es interesante notar como la justificación de la norma a la que refiere el texto no responde a razones de orden técnico sino a consideraciones de orden moral. Así lo explica Argañaras, citando a Vazeille, quien comenta idéntica disposición en el código civil francés: “*el legislador no ha equiparado la condición de la prescripción a la de otras excepciones que deben ser opuestas in limine litis, pues no obstante la grande y decisiva importancia de la prescripción, media un sentimiento de delicadeza que frecuentemente impulsa al deudor a oponer preferentemente otras defensas. El legislador ha debido tener en cuenta que el demandado, al guardar silencio sobre la prescripción durante una parte del juicio, ha podido estar determinado por la confianza que abrigaba en la eficacia de otros medios de defensa y que habría conservado la intención de oponer la prescripción si el rigor de su derecho se lo imponía*” (ARGAÑARAS, Manuel J. *La prescripción extintiva*. Buenos Aires, TEA, 1966, 1ª ed., pág. 21).

Estas razones serían difíciles de comprender en la sociedad moderna, y francamente el supuesto de un “*deudor con sentimientos de delicadeza*” no es muy frecuente en nuestros días. Así, en esta cuestión nuestro código aparece como doblemente superior al anteriormente vigente: desde el punto de vista técnico, por dejar el tema en el ámbito que corresponde, el procesal; desde el punto de vista de la política legislativa, por abandonar una norma inspirada en criterios que tienen en cuenta concepciones morales difícilmente aplicables en la actualidad.

Desde luego, aquí viene a cuento recordar que la noción de la moral es esencialmente variable según la época histórica en la que la misma sea juzgada: se habla así de la moral media de un pueblo en un momento dado (BUERES, Alberto J. *Objeto del negocio jurídico*. Buenos Aires, Hammurabi, 1986, 1ª ed., pág. 173); o bien se considera que el orden moral es cambiante a la par que las costumbres y las tradiciones de la sociedad (MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio. *Curso de derecho civil. Hechos y actos jurídicos*. Asunción, Intercontinental, 2001, 4ª ed., pág. 143). Otros consideran que la moral es de base religiosa, y se trata de “*la que define la iglesia y enseñan los teólogos y doctores*” (LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de derecho civil, parte general*. Buenos Aires, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, 2003, 20ª ed., tomo II, págs. 289 y 290; posición que en nuestro medio es compartida por GAUTO BEJARANO, Marcelino. *El acto jurídico. Hechos y actos jurídicos*. Asunción, Intercontinental, 2010, 1ª ed., pág. 112).

La problemática aquí esbozada puede ampliarse con la consulta de AGUIAR, Henoah D. *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley*. Buenos Aires, TEA, 1950, 2ª ed., tomo II, págs. 38 y siguientes, con un abordaje de los aspectos filosófi-

El artículo 648 del código civil legisla otro supuesto, de mucho mayor interés, cuya consideración estaba completamente ausente en el antecedente argentino. La norma en cuestión contempla la posibilidad de que la prescripción se produzca *durante el proceso*, a través de la expresa previsión del cómputo del plazo prescripcional desde el fin de la interrupción, que viene dado por el último acto de procedimiento de las partes o del tribunal. A los efectos de una lectura más ágil, transcribiremos la disposición que nos ocupa:

“La interrupción de la prescripción causada por demanda se tendrá por no sucedida si el juicio terminare por desistimiento del actor, por perención o por sentencia definitiva absolutoria del demandado.

Si el proceso fuere abandonado, la interrupción concluirá con el último acto de procedimiento de las partes o del tribunal. La prescripción comienza a correr nuevamente desde el fin de la interrupción y volverá a interrumpirse, por la prosecución del juicio por cualquiera de las partes”.

El último párrafo del artículo mencionado pone sobre el tapete la posibilidad de que el abandono del proceso genere el inicio del curso del plazo prescripcional, y consiguientemente la prescripción en curso de causa.

cos del problema. Sea de ello lo que fuere, resulta notorio que la norma es fruto de una perspectiva de política legislativa en cuya virtud se tendía a elaborar la ley sobre la base de lo que sus redactores consideraban ser los principios morales a seguir (denuncia la cuestión, en relación con las normas contractuales del *common law*, ATIYAH, Partick S. *Promises, morals, and law*. Oxford, Clarendon Press, 1981, 1ª ed., pág. 2).

Lo expuesto justifica la elección del legislador nacional; ya que no resulta práctico, en razón de consideraciones morales de dudosa actualidad, fundadas en el presunto reparo o elegancia del deudor, alterar el curso normal del proceso civil. Una cuestión estrictamente técnica como la prescripción debe estar regulada con criterios de igual tipo, por encima de los criterios morales y sociales, que escapan a cualquier intento de tipificación en razón de la variabilidad de la conciencia colectiva histórica (MOSCATI, Enrico. *Le obbligazioni naturali tra diritto positivo e realtà sociale*, en *Rivista di diritto civile*, 1991, parte 1, pág. 182); y en cualquier caso debe tenerse presente que las valoraciones de la moral pueden ser divergentes de las ponderaciones de la ley positiva (GAZZONI, Francesco. *Manuale di diritto privato*. Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, XIV ed., pág. 5).

Como quiera que la demanda notificada interrumpe la prescripción, a tenor del artículo 647, inc. a), del código civil –con lo que el cómputo de la misma reinicia (artículo 655, código civil)– la prescripción operada con anterioridad a dicho momento se opone bajo la forma de excepción previa o como medio general de defensa, atentos a la regla que surge de los artículos 224 inc. g) y 233 del código procesal civil. Este no es el supuesto que nos ocupa, aunque su mención sirve como *finium regundorum* para la problemática de nuestro interés.

Establecido lo anterior, el artículo 648 del código civil permite que el cómputo del plazo prescripcional reinicie durante el proceso, en el caso de que éste fuere abandonado. Queda claro que la prescripción operada antes de la notificación de la demanda se rige por las reglas enunciadas en el párrafo anterior, con lo que queda por ver qué sucede después de la notificación de la demanda. En este momento procesal, el cómputo prescripcional reinicia desde cero; y aún vuelve a iniciar, con los efectos indicados en el artículo 655 del código civil, con cada acto procesal de prosecución, pudiendo operar la prescripción en caso de abandono del proceso.

Esta es la hipótesis que se abordará en el presente trabajo. Su importancia práctica es notoria, pues presupone, por definición, la existencia de un litigio; lo que desnuda aún más el extraño y total desinterés de la doctrina nacional al respecto⁵, y justifica la necesidad de un detenido estudio de sus alcances.

2. La cuestión en el código de Vélez

Hemos dicho ya que el segundo párrafo del artículo 648 del código civil carece de formulación positiva en su antecedente argentino. En efecto, el artículo 3987 del código de Vélez reza:

“La interrupción de la prescripción, causada por la demanda, se tendrá por no sucedida, si el demandante desiste de ella, o si ha tenido lugar la deserción de la instancia, según las disposiciones del código de procedimientos, o si el demandado es absuelto definitivamente”.

5. Nos remitimos a la nota 1.

No puede dejar de advertirse la profundidad del significado del segundo párrafo del artículo 648 de nuestro código civil, ausente en el antecedente argentino. El abandono del procedimiento, que nuestra norma prevé de modo innovador, condiciona profundamente no solo los comentarios a la disposición en cuestión, sino el modo mismo de operar de la interrupción del proceso producida por medio de demanda judicial.

Por el momento, destacaremos, con Spota, que "los incs. 1° a 3° del art. 2247, C. C. francés, constituyen uno de los antecedentes históricos de esta norma [en referencia al artículo 3987 del código civil argentino]; ellos se refieren a los supuestos de que el actor 'desista de su demanda', o 'deje perimir la instancia' o si su pretensión 'es rechazada'. Pero nuestro legislador también se inspiró en el art. 1895, Pr. C.C. español de 1851, cuyos incs. 2° y 3° prevén los indicados supuestos en estos términos: 'si el actor desistiere de la demanda o dejare extinguir la instancia, con arreglo a lo dispuesto en el Código de Procedimientos Civiles', o 'si el demandado fuere absuelto en la demanda' (v. García Goyena, Concord., t. IV, p. 337). El legislador, al redactar el art. 3987, acentuó, con el calificativo definitivamente, que la absolución debía ser tal que importara un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión, no dejando al demandante una pretensión a deducir, es decir, que permitiera oponer la cosa juzgada frente a toda otra demanda que se interpusiere"⁶.

Se comprende, pues, que la norma argentina contempla solamente los supuestos del desistimiento, de la perención y de la sentencia absolutoria, que son los incluidos en el primer párrafo del artículo 648 del código civil. El abandono del proceso, que nuestra norma regula en el segundo párrafo, no se halla previsto en el antecedente argentino.

La discrepancia es notoria, y pone de manifiesto la divergencia de las premisas normativas a la luz de las cuales debe afrontarse el problema de la prescripción en curso de causa. Precisamente por la ausencia de una norma como el segundo párrafo del artículo 648 de nuestro código civil, la doctrina que comenta el código de Vélez considera, de modo prácticamente unánime, que entablada la demanda el efecto interruptivo permanece has-

6. SPOTA, Alberto G. *Tratado de derecho civil. Parte general*. Buenos Aires, Depalma, 1959, 1ª ed., tomo I, volumen 3⁸ (10), pág. 398, nota 828.

ta su terminación⁷. Al respecto, resultan por demás incisivas las enseñanzas de Argañarás, quien transcribe doctrina francesa: “*si la demanda judicial tiene la virtud de matar toda prescripción en curso, ¿cómo podría ser que una prescripción vuelva a nacer y se desenvuelva mientras esta demanda subsista? ¡Tanto valdría como hablar de congelar el agua bajo la influencia del fuego! Es, pues, una perfecta herejía la que atribuyera a la demanda judicial el efecto de anoadar la prescripción anterior y de permitir que dé comienzo a la nueva prescripción. La verdad jurídica –verdad que se sabe está escrita en la naturaleza misma de las cosas y ha sido proclamada por todos los tiempos– es que la interrupción de la prescripción dura tanto como dura el juicio, así fuesen cuarenta o más años*”⁸.

Esta es la interpretación tradicional que se ha seguido en el vecino país, y ciertamente la misma responde a enseñanzas de rancia doctrina

7. *Ex plurimis*: SALVAT, Raymundo M. *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones en general*. Buenos Aires, TEA, 1956, 6ª ed., actualizada por GALL, Enrique V., tomo III, pág. 491; BOFFI BOGGERO, Luis María. *Tratado de las obligaciones*. Buenos Aires, Astrea, 1981, 1ª ed., tomo 5, págs. 78 y 79; AREAN, Beatriz, comentario *sub art.* 3987, en BUERES, Alberto J. (coordinador), y HIGHTON, Elena I. (directora). *Código civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*. Buenos Aires, Hammurabi, 2001, 1ª ed., tomo VI-B, pág. 696. Numerosa jurisprudencia también acoge este principio, pueden verse, entre otros, LL 1981-B-419; ED 92-378; LL 132-785; LL Córdoba 2002-1191; a los que se añaden los fallos mencionados en LÓPEZ MESA, Marcelo J. *Código civil y leyes complementarias. Anotados con jurisprudencia*. Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, 1ª ed., tomo IV, pág. 992. En España, puede verse lo anotado por ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *La prescripción extintiva*. Madrid, Colegio de registradores de la propiedad y mercantiles de España, 2004, 2ª ed., pág. 294.

Mención aparte merece aquí el trabajo de LÓPEZ HERRERA, Edgardo. *Interrupción de la prescripción*, en LÓPEZ HERRERA, Edgardo. *Tratado de la prescripción liberatoria*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, 2ª ed., págs. 283 y 284. Amén de la conformidad con lo dicho en el texto –lo que para el autor mencionado resulta pacífico– se mencionan en la obra diversos ordenamientos jurídicos en los cuales la permanencia del efecto interruptivo hasta la terminación del proceso resulta de una norma expresa.

8. MARCADÉ, citado por ARGANARAS, Manuel J. *La prescripción extintiva*. Buenos Aires, TEA, 1966, 1ª ed., pág. 123, nota 206.

européa de inicios del siglo XX, e incluso anterior⁹. Sin embargo, bajo las aguas de una aparente calma, no resulta clara la modalidad técnica a través de la que opera el efecto interruptivo que nos ocupa.

En efecto, gran parte de los autores hasta aquí mencionados¹⁰ consideran, simplemente, que el efecto interruptivo se extiende a lo largo de toda la duración del juicio, sin precisión ulterior¹¹. Esta modalidad operativa no es tan pacífica, ya que hay estudiosos –del mismo prestigio y abo-lengo que los recientemente recordados– que consideran que al tiempo de la interrupción ocasionada por la demanda interviene, paralelamente, un efecto suspensivo. Así lo entienden, por ejemplo, los traductores italianos

9. Un atisbo de tal afirmación ya puede verse en la nota anterior, y las citas sugestivas en tal sentido son varias. En el tratado de Planiol y Ripert se dice, en la misma tesitura, que la inutilización del tiempo transcurrido con anterioridad, propia de la interrupción de la prescripción civil por demanda, es incompatible con el inicio inmediato de una nueva prescripción, que debe aguardar a las resultas del juicio (PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Tratado elemental de derecho civil*. Traducción de CAJICA JR., José M. México, D.F., Cárdenas editor y distribuidor, 1991, 2ª ed., págs. 366 y 367). BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel y TISSIER, Albert *Traité théorique et pratique de droit civil. De la prescription*. Paris, Librairie de la société du recueil general des lois et des arrêts, 1899, 12ª ed., pág. 334, consideran que la interrupción se prolonga por toda la duración de la instancia, dejando al demandante al abrigo de la prescripción.

Veremos más demostraciones de lo dicho en esta nota a lo largo del trabajo, y haremos la remisión pertinente cuando ello sea oportuno.

10. Nos remitimos sobre todo a las citas de la nota 7, con excepción de la obra de LÓPEZ HERRERA, Edgardo, que utiliza otra terminología, a la que nos referiremos seguidamente (nota 14).

11. Ya LLERENA, Baldomero. *Concordancias y comentarios del código civil argentino*. Buenos Aires, Imprenta, litografía y encuadernación de Jacobo Peuser, 1903, 2ª ed., tomo X, pág. 474, escribía que “*la interrupción dura el tiempo que dura el juicio*”, lo que no se aparta de la doctrina francesa recordada en la nota 9. MOISSET DE ESPANÉS, Luis. *Prescripción*. Córdoba, Advocatus, 2006, 2ª ed., pág. 454, fundamenta esta posición y niega expresamente la posibilidad de que cada acto del proceso sea un acto interruptivo, considerando que la demanda es un hecho continuado en el tiempo, que no se extingue ni deja de producir efectos sino hasta la caducidad, desistimiento o sentencia firme. Sobre esta fundamentación nos explayaremos más adelante (nota 21).

de Windscheid, para quienes “*la interrupción por medio de demanda judicial se conjuga conceptualmente a la suspensión por todo el tiempo que dure el procedimiento*”¹². Giorgio Giorgi se expide también en el mismo sentido, con cita a diversos autores franceses¹³.

En la doctrina argentina, a la que habremos de prestar particular atención por su influencia en la interpretación de nuestro actual código civil, también se advierten ecos de esta posición¹⁴, aunque con un fundamento técnico distinto. Según esta tesis, que para nosotros resulta sobremanera importante porque resulta la solución acogida por el legislador nacional, cada acto procesal idóneo ocurrido dentro del proceso tiene una

12. FADDA, Carlo y BENZA, Paolo Emilio, en sus notas a WINDSCHEID, Bernardo. *Diritto delle pandette*. Torino, UTET, 1926, 1ª ed. (reimpresión), tomo IV, pág. 655.

13. GIORGI, Giorgio. *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*. Firenze, Fratelli Cammelli, 1911, 7ª ed., tomo VIII, pág. 454.

14. También esta postura reconoce antecedentes lejanos en el tiempo. En efecto, esta línea de argumentación fue sostenida, en su momento, por MACHADO, José Olegario. *Exposición y comentario del código civil argentino*. Buenos Aires, Félix Lajouane, 1922, 2ª ed., tomo XI, págs. 141 y 142, quien enfáticamente escribió cuanto sigue: “*Se ha seguido en el error, generalizado en nuestros Tribunales, de que la interrupción de la prescripción, una vez que ha tenido lugar, prolonga su acción indefinida en el porvenir, confundiendo los efectos de la interrupción con los de la suspensión*” (pág. 141), para concluir indicando que “*el tiempo se debe contar desde la última diligencia judicial*” (pág. 142). COLMO, Alfredo. *De las obligaciones en general*. Buenos Aires, Librería y casa editora de Jesús Menéndez, 1920, 1ª ed., pág. 648, comparte la idea de que todos los actos del procedimiento son interruptivos.

LÓPEZ HERRERA, Edgardo. *Interrupción de la prescripción*, en LÓPEZ HERRERA, Edgardo. *Tratado de la prescripción liberatoria*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, 2ª ed., pág. 283, también considera que cada acto del proceso tiene efecto interruptivo, aunque no profundiza en la explicación del fenómeno, y en nota (291) cita además alguna jurisprudencia en el mismo sentido: LL 87-725; LLBA 2005-366.

virtualidad interruptiva autónoma, y por ende el efecto de la interrupción por demanda judicial agota sus efectos con su interposición¹⁵.

Particularmente enrolado en este orden de ideas se halla Spota, cuya opinión sobre el punto merece una transcripción *in extenso*, por la relevancia de lo dicho —a tenor de nuestro actual código civil— y sobre todo por las herramientas conceptuales utilizadas para desarrollar su razonamiento:

“Desde ese punto de vista —y volvemos a repetir que él no se concibe, pese a la doctrina jurisprudencial prevaleciente, en el sistema de la ley 14.191, cuyo propósito fue barrer con toda la jurisprudencia formada en torno a la ley 4550, que admitió la renuncia a la perención por consentirse cualquier trámite procesal tendiente a activar el procedimiento— se plantea el interesante problema de si el efecto interruptivo de la prescripción por la demanda perdura indefinidamente y mientras no advenga otra hipótesis de deserción de la instancia o algún otro de los supuestos de hecho previstos en el art. 3987.

Ese problema lo resuelve el fallo citado [el autor remite allí a la mención de JA 1958-I-312; LL 85-127; LL 83-74], siguiendo la doctrina que establecieron las Cásms. Civs. y Com. Cap., mediante sentencia plenaria, en el año 1924. En esa decisión plenaria se consideró que no mediando 'deserción' de la instancia, ni desistimiento de esta última, ni tampoco 'absolución' del demandado (art. 3987), el efecto interruptivo subsiste 'indefinidamente', es decir, sine die, y, claro está, mientras no acaezca algún *factum* de los que terminamos de mencionar.

Tal doctrina se ciñe, ante todo, a lo literal del art. 3987: no dándose ninguno de esos tres supuestos aprehendidos por esta norma, la prescripción deja de correr, creándose, de ese modo, como una suerte de 'suspensión' de la prescripción. Además, los antecedentes históricos del menciona-

15. Corresponde recordar aquí que en la sistemática del código de Vélez, bastaba la interposición de la demanda para producir el efecto interruptivo, conforme con el artículo 3986 del mencionado cuerpo normativo; lo que en nuestro derecho no ocurre, atentos al texto del artículo 647, inc. a) del código civil, que requiere la notificación de la demanda: SILVA ALONSO, Ramón. *Derecho de las obligaciones en el código civil paraguayo*. Asunción, Intercontinental, 2000, 6ª ed., pág. 396.

do precepto conducen a brindar indudable apoyo a esta comprensión de la regla legal implicada.

Sin embargo, entendemos que el art. 3987 no puede ser debidamente comprendido si no se lo analiza en armonía con el efecto de la interrupción de la prescripción. Ese efecto consiste en que el plazo anterior en el cual corrió la prescripción queda como no advenido; pero, a partir de la causa interruptiva, comienza a correr de nuevo esa prescripción (art. 3998 y su arg.). Además, en la interpretación de la ley nunca es indiferente el buen resultado social a alcanzar. Y no cabe vacilar en señalar que la prolongación indefinida de los efectos de la interrupción desconoce el espíritu de ese instituto de orden público que es la prescripción.

Es cierto que en manos del demandado está impedir que el indefinido efecto de la interrupción se produzca, recurriendo al instituto de la prescripción o caducidad de la instancia. También es verdad que la misma prescripción ya ganada puede remitirse (art. 3965); y tampoco puede negarse que el proceso no concluye sino por las causas que la ley procesal admite, y que mientras no se extingue, la instancia permanece subsistiendo. Pero es decisivo señalar que interesa al orden público que los procesos no se eternicen y debe repudiarse la actitud displicente de las partes que conduce a la prolongación de los procedimientos por el abandono en que ambas incurren.

Si es ello lo que impone una sana estimativa o axiología jurídica, entonces corresponde afirmar que se altera el sistema legal al brindar a la interrupción de la prescripción los efectos de la suspensión de ella. Cuando se pretende cohonestar esto, aseverando que no existe suspensión 'en el sentido jurídico del vocablo' y sí únicamente 'prolongación' de los efectos interruptivos, se formula una argumentación inconvincente, viciada más que de un exceso de lógica, por el menoscabo que se infiere, no sólo al concepto de la interrupción de la prescripción, sino sobre todo al indicado fundamento de orden público que inspira a un instituto de alto interés social y económico. No debe olvidarse, finalmente, que aquella doctrina que parte del aforismo por el cual la instancia judicial impide que la acción perezca, o en otros términos, que tal pretensión no se extingue en tanto perdure el proceso y no se cierre la instancia (acciones quae tempore pereunt, semel inclusae iudicio, salvae permanent), no deja de admitir que la misma instancia judicial queda sometida al plazo ordinario de prescripción y, por ende, la propia acción, que ya no puede ser en adelante deducida. En otras

palabras, ya no se trata de la prescripción a la que está sometido el derecho, sino de la referida prescripción de derecho común (en nuestro C. C. la prevista por el art. 4023); pero ello también implica aceptar que la inacción procesal tiene la consecuencia de extinguir, más que la instancia, el propio derecho. Sólo el plazo en el cual esa consecuencia sobreviene difiere con lo que estimamos procedente: en una tesis, rige la prescripción a la cual está sometido el derecho de que se trata; en la otra, rige la prescripción ordinaria o de derecho común”¹⁶.

Se advierte claramente una lectura innovadora respecto de la doctrina tradicional que comentaba el código de Vélez, y sobre todo una aproximación mucho más técnica al fenómeno de los efectos de la interrupción de la prescripción por demanda, efectos poco compatibles con una prolongación del efecto interruptivo, que sobre todo no venía prevenida por la norma¹⁷. En efecto, los artículos 3986 y 3987 del código de Vélez nada decían acerca de la extensión del efecto interruptivo de la interposición de la demanda; por lo que ciertamente resultaba cuanto menos llamativo admitir, sin ningún tipo de interrogante, el efecto interruptivo prolongado *sine die* en el tiempo¹⁸.

16. SPOTA, Alberto G. *Tratado de derecho civil. Parte general*. Buenos Aires, Depalma, 1959, 1ª ed., tomo I, volumen 3⁸ (10), págs. 412-416.

17. Tampoco los artículos 3966 a 3983 del código de Vélez —que se ocupan de la suspensión de la prescripción— contienen ningún tipo de indicación acerca de una hipotética suspensión del plazo prescripcional mientras dure el juicio civil.

18. Si bien la jurisprudencia rioplatense formada bajo la vigencia del código de Vélez se inclina mayoritariamente por la consideración del efecto interruptivo prolongado a lo largo de todo el proceso —dejamos constancia de ello en la nota 7, a la que remitimos— no han faltado jueces que han fallado, con argumentos persuasivos, a favor del efecto interruptivo de la prescripción aplicado a cada acto procesal, planteándose la interrogante que se reseña en el texto. Particularmente interesante, y por demás recomendada, resulta la lectura del fallo plenario de las cámaras civiles y comerciales de la Capital Federal, del 12 de marzo de 1924, cuya transcripción puede encontrarse en JA 1960-I-662 y siguientes. El voto del Dr. Casares reproduce in extenso la opinión de Mourlon, quien se hace el siguiente cuestionamiento: “¿Es decir que por esto si el proceso dura más de 30 años el deudor se encontrará libre de toda obligación cuando venga la sentencia que lo condene a pagar?”. Mediando actividad procesal idónea a través de los actos necesarios

Esta anomalía fue notada, en tiempos más cercanos, por un penetrante artículo, de autoría de Wenceslao Tejerina¹⁹. El mencionado autor advierte acerca de las consecuencias del cambio de la legislación de la provincia de Buenos Aires en relación con la caducidad de instancia²⁰, para luego insistir, con diversidad de argumentos, acerca de la imposibilidad de sostener la interpretación tradicional seguida en el vecino país. Se ensayan incluso argumentos constitucionales, vinculados con la necesidad de que los procesos tengan una duración razonable, y se postula la necesidad de que el instituto de la prescripción prevalezca incluso sobre el de la perención de instancia; además de destacar que en el código de Vélez la disciplina de las causales de interrupción y suspensión se legislabo de manera indistinta para la posesión, con lo que cabía distinguir la interrupción causada por demanda en sus vertientes relacionadas con la prescripción adquisitiva y liberatoria.

Dejando de lado los aspectos de crítica a la legislación provincial bonaerense, que no contribuyen a la hermenéutica del artículo 648 de nuestro código civil; las reflexiones indicadas hasta aquí, críticas respecto del entendimiento tradicional de la doctrina argentina en cuanto a las disposiciones del código de Vélez, permiten abordar ciertas nociones de interés

para llegar a la sentencia, la respuesta no puede ser sino negativa (Ibídem, págs. 662 y 663).

19. TEJERINA, Wenceslao. La prescripción liberatoria y su elusión procesal. La demanda interruptiva: efectos y alcances, en LL 2009-F. Sección doctrina, pág. 1248 y siguientes.

20. Menciona Tejerina que en la provincia de Buenos Aires, por efecto de la ley 12.357 (Adla, LX-A, 639) se modifica el artículo 315 del código procesal civil y comercial de dicha provincia, al imponer la intimación por cinco (5) días al acreedor a realizar ‘actividad útil para la prosecución del trámite, bajo apercibimiento de decretarse la caducidad de la instancia’; a lo que hace seguir una serie de críticas a la decisión legislativa (Ibídem, págs. 1250 y 1251; 1255 y 1256), que en esta sede no interesan. Quizás haya sido tal modificación legislativa la que motivó la necesidad de una interpretación de la norma que innove respecto de la concepción tradicional, ya que con dicho régimen efectivamente pueden cobrar virtualidad los ejemplos propuestos por la doctrina francesa mencionada en las notas 8 y 9; y consiguientemente se advierte la necesidad de encontrar un remedio que permita poner fin a los procesos, impidiendo su prolongación indefinida.

conceptual para el resto del trabajo. Nos referimos, señaladamente, al diverso alcance de las causas y los efectos de interrupción y suspensión de la prescripción.

2.1. Relación con el régimen general de interrupción y suspensión de la prescripción.

El desarrollo que antecede permitió develar tres modalidades técnicas de llegar al mismo resultado, esto es, la inutilización del plazo de duración del juicio a los efectos del cómputo de la prescripción. Como lo vimos, ante la ausencia de normativa expresa la doctrina que afrontó el problema adoptó una de las siguientes soluciones, abstractamente todas posibles: a) La perduración del efecto interruptivo por toda la duración del juicio (quizás, técnicamente, la que ofrece mayores reparos)²¹; b) El efecto

21. En la nota 11, a la que remitimos, consignábamos la fundamentación de Moisset de Espanés, quien considera que la demanda es un hecho continuo. A este respecto, debemos tener presente que el hecho continuo es aquel en el que la conducta humana, o el hecho que constituye el presupuesto de la aplicación normativa, se prolonga a través del tiempo (SANTORO PASSARELLI, Francesco. *Dottrine generali del diritto civile*. Napoli, Jovene, 2002, 9ª ed. (reimpresión), pág. 105). En similares términos se sostiene que los hechos pueden ser estados de hecho, si configuran situaciones de carácter más o menos duradero (BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, 2ª ed. (reimpresión corregida), pág. 13; BREBBIA, Roberto H. *Hechos y actos jurídicos*. Buenos Aires, Astrea, 1979, 1ª ed., tomo I, pág. 17); y al tratarse de una conducta humana como objeto del hecho, se requiere que dicha conducta no cese (especialmente agudo en cuanto a este punto FRANZONI, Massimo. *L'illecito*. Milano, Giuffrè, 2010, 2ª ed., págs. 50 y 51).

Queda claro que bajo esta tesitura, el efecto jurídico de la interrupción de la prescripción se encuentra vinculado al hecho “demanda” (para esta noción genérica, según la cual el hecho jurídico es todo acontecimiento al que el ordenamiento asigna consecuencias jurídicas, no cabe mejor cita que la de GALGANO, Francesco. *Il negozio giuridico*. Milano, Giuffrè, 2002, 2ª ed., pág. 1). Agregamos también el penetrante trabajo de BIANCA, Cesare Massimo. *Ex facto oritur ius*, en *Rivista di diritto civile*, 1995 I, pág. 787 y siguientes, que si bien no se refiere a los aspectos de doctrina general en los términos que aquí interesan; en las primeras páginas lleva a cabo un iluminante análisis sobre los orígenes históricos de tal concepción y

las derivaciones que tuvo a lo largo del tiempo, además de plantear, en lúcidos términos, los problemas de filosofía del derecho que se vinculan con ella.

Bajo esta perspectiva, limitándonos al análisis del artículo 3986 del código de Vélez –ya que, como se dijera repetidas veces, en nuestro código civil no se presenta el problema– queda claro que resulta muy difícil percibir allí la mención a un estado de cosas o a un hecho permanente. La norma refiere, lisa y llanamente, a la demanda como un acto único, y hace lo mismo el artículo 3987. En vano se buscará en esos dos artículos la postulación de la demanda como un hecho permanente, o como una conducta continuada a través del tiempo.

Este análisis se confirma a través de la doctrina procesal. En efecto, el acto procesal “demanda”, es cosa bien distinta del proceso, al cual la norma no refiere mínimamente. La idea de interpretar la palabra “demanda” como un hecho continuo no es otra cosa que asimilar el acto inicial de inicio a todo el proceso, que tiene una definición técnica bien distinta. Así, se ha dicho que “*cabe definir al proceso como el conjunto de actos recíprocamente coordinados entre sí de acuerdo con reglas preestablecidas, que conducen a la creación de una norma individual destinada a regir un determinado aspecto de la conducta del sujeto o sujetos, ajenos al órgano, que han requerido la intervención de éste en un caso concreto, así como la conducta del sujeto o sujetos también extraña al órgano frente a quienes se ha requerido esa intervención*” (PALACIO, Lino Enrique. *Derecho procesal civil*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011, 3ª ed., tomo I, pág. 163). Puede verse también la definición de BARRIOS DE ANGELIS: “*Proceso es la sucesión de actos interdependientes coordinados a la obtención de la satisfacción jurídica mediante el ejercicio de la jurisdicción*” (BARRIOS DE ANGELIS, Dante. *Teoría del proceso*. Montevideo - Buenos Aires, B de f, 2005, 2ª ed., pág. 14)

La concepción del proceso como una concatenación de actos en los términos arriba reseñados puede considerarse un dato definitivamente adquirido en la doctrina procesal, y nos limitaremos a mencionar, *ex multis*, a ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. Buenos Aires, EDIAR, 1956, 2ª ed., tomo I, pág. 400 –que recalca, además, la utilización relativamente moderna del término, ya que en el pasado el concepto en cuestión se graficaba con la palabra “juicio”, que tampoco es utilizada por Vélez en la expresión del artículo 3986 de su código– y a DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Nociones generales de derecho procesal civil*. Madrid, Aguilar, 1966, 1ª ed., pág. 129 y siguientes; todos siguiendo las ideas de CHIOVENDA, José (Giuseppe). *Principios de derecho procesal civil*. Traducción de CASAÍF Y SANTALÓ, José. Madrid, Reus, 1922, 1ª ed., tomo I, pág. 86.

De acuerdo con estos conceptos, puramente procesales, resulta bastante dudoso asimilar la demanda a todo el proceso por medio de la consideración de aqué-

intERRUPTIVO acompañado de un efecto suspensivo, que dura a lo largo de todo el proceso (lo que, cuanto menos en el código de Vélez, carece de toda base legal, señaladamente en materia de suspensión de la prescripción); y c) El efecto interruptivo asignado no sólo a la demanda, sino a cada acto procesal de impulso. Esta última interpretación es la que nuestro código civil ha acogido expresamente en el último párrafo del artículo 648.

Antes de pasar al examen pormenorizado de dicha disposición, se advierte que en la materia que nos ocupa la interacción de los institutos de interrupción y suspensión de la prescripción es por demás estrecha, y convendrá detenernos, siquiera brevemente, a los efectos de delinear ciertos conceptos que serán de utilidad a la hora de afrontar la norma en análisis; señaladamente en relación con la interrupción de la prescripción

En primer lugar, es obvio, por elemental, que “la interrupción de la prescripción consiste en la pérdida del tiempo transcurrido para que ella se produzca, por el advenimiento de un hecho que lo hace desaparecer. Este hecho es generalmente un acto del acreedor que connota un reclamo al deudor o un acto de éste que reconoce la existencia de la obligación”²².

De esta manera, el acto interruptivo implica un inmediato reinicio del cómputo del plazo prescripcional, en lenguaje coloquial, *el tiempo se vuelve a contar desde cero*, de inmediato. Esto es lo que dispone, con clari-

lla como un “hecho continuo”, máxime cuando la primera es entendida como el acto (nótese bien, sin ninguna característica de continuidad o permanencia en el tiempo) que desencadena el proceso; sin que haya ningún tipo de indicación normativa en tal sentido (que en otros ordenamientos sí existe, conforme lo dejamos indicado en la nota 7, a la que remitimos). En este orden de ideas, pueden verse las apreciaciones de PALACIO, Lino Enrique. *Derecho procesal civil*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011, 3ª ed., tomo I, pág. 286; CARLI, Carlo. *La demanda civil*. La Plata, Lex, 2008, 1ª ed. (reimpresión), págs. 71 a 73 y FALCÓN, Enrique M. *Tratado de derecho procesal civil y comercial*. Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2011, 1ª ed. (reimpresión), tomo I, págs. 1070 a 1073.

Estas consideraciones habrán de tenerse presentes por su particular armonía con la idea de los efectos instantáneos e inmediatos de la interrupción de la prescripción, idea a la que nos referiremos en el texto.

22. SILVA ALONSO, Ramón. *Derecho de las obligaciones en el código civil paraguayo*. Asunción, Intercontinental, 2000, 6ª ed., pág. 396.

dad, el artículo 655 de nuestro código civil, concordante con el artículo 3998 del código de Vélez.

Por supuesto, aquí hay una diferencia de fuste con las consecuencias derivadas de la suspensión de la prescripción. Según el artículo 646 del código civil, que encuentra su correlato en el artículo 3983 del código de Vélez, *“el efecto de la suspensión es inutilizar para la prescripción el tiempo por el cual ella ha durado”*. Esto es, el cómputo del plazo *se detiene, sin reiniciar*, para reanudarse allí donde se ha detenido, una vez desaparecida la causal de suspensión de la prescripción. En otros términos, como mención *ex plurimis* de doctrina unánime, se ha dicho que *“se computa el período transcurrido hasta la aparición de la causal de suspensión, pero se prescinde del tiempo en que ella opera, y el curso de la prescripción se reanuda una vez que cesa el motivo por el cual fue suspendido. Se contabiliza, pues, el tiempo anterior a la suspensión, sumado al posterior a ella”*²³.

Tenemos, pues, que la suspensión produce un *congelamiento* del cómputo del plazo, sin inutilizar el tiempo anteriormente transcurrido, mientras que la interrupción hace correr el plazo de cero. Esta diferencia tiene un profundo fundamento doctrinario, del cual han de extraerse ulteriores consecuencias a los efectos de la comprensión de la naturaleza del acto interruptivo. Se ha dicho, en distinción que merece transcripción *in extenso*, cuanto sigue:

“El legislador no ha procedido arbitrariamente al conceder efectos distintos a la interrupción y a la suspensión, sino que ha atendido, precisamente, a las razones que dan fundamento a estas alteraciones del plazo de prescripción.

Debemos recordar que la prescripción liberatoria es una consecuencia de la inactividad de las partes, que hace presumir que la relación jurídica que las unía se ha extinguido, o que han perdido interés en hacerla valer. Pero, puede suceder que esa inactividad no deba computarse para extraer tal presunción, porque es la consecuencia de una imposibilidad material o jurídica de obrar.

23. ALTERINI, Atilio Aníbal; AMEAL, Oscar José y LÓPEZ CABANA, Roberto M. *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, 2ª ed., pág. 649.

Cuando se presentan hipótesis de tal laya la ley no puede sancionar la inactividad con la pérdida de la pretensión accionable, sino que tomará en cuenta la existencia del impedimento, y concederá al acreedor el beneficio de la suspensión de la prescripción. La enumeración de estas hipótesis es de carácter taxativo, y el plazo sólo puede suspenderse en las situaciones expresamente previstas por la ley.

En resumen, el derecho admite la posibilidad de que se suspenda el plazo de prescripción cuando el acreedor no puede desplegar la actividad necesaria para mantener vivo su derecho, siempre y cuando considere que esa inactividad encuentra justificativos suficientes.

La interrupción, en cambio, es una consecuencia directa de la actividad de las partes, cuya conducta pone de relieve la subsistencia del vínculo que las une. Esta actividad puede emanar tanto del acreedor, como del deudor, o de ambos sujetos a la vez.

Los dos sujetos, obrando conjuntamente, pueden interrumpir la prescripción sometiendo el problema a juicio de árbitros; la sola actividad del deudor tiene también virtualidad interruptiva, cuando reconoce la existencia de la obligación; y finalmente, en el campo estrictamente civil, el acreedor sólo puede interrumpir la prescripción si entabla una demanda judicial, reclamando el cumplimiento de la obligación.

En resumen, la interrupción de la prescripción encuentra su fundamento en la actividad de las partes, que demuestra de manera inequívoca su propósito de mantener vivo el vínculo que las une.

Hay, pues, una diferencia sustancial entre las situaciones suspensivas, que tienen su origen en una inactividad justificada, y los actos interruptivos, que son la consecuencia de una actividad desplegada por las partes²⁴.

La distinción entre la naturaleza de las causales de interrupción y suspensión de la prescripción resulta nítida, y una lectura de los artículos 644 y 647 del código civil confirma inmediatamente la diferencia que dejamos reseñada: la interrupción encuentra su fundamento en la actividad de los sujetos de la relación obligatoria, mientras que la suspensión con-

24. MOISSET DE ESPANÉS, Luis. *Prescripción*. Córdoba, Advocatus, 2006, 2ª ed., págs. 270 y 271.

templa determinadas circunstancias personales de tales sujetos, que para el legislador configuran impedimentos para la activación del acreedor en orden al ejercicio de su derecho de crédito²⁵.

De este modo, como los actos de interrupción de la prescripción obedecen al común denominador de significar, todos ellos, una demostración de actividad de los sujetos de la relación obligatoria²⁶; queda absolutamente claro que en materia de interrupción por demanda, la actividad se traduce no ya en el abandono del proceso, sino precisamente en la voluntad de las partes orientada a su prosecución. No tendría sentido considerar como actividad suficiente, o como acto interruptivo prolongado, la mera iniciación de un proceso que luego quede abandonado, sin una disposición normativa expresa en tal sentido.

En cuanto a la posibilidad mencionada *sub b*), es decir, la interrupción acompañada, inmediatamente, de un efecto suspensivo que perdure a lo largo del proceso²⁷, diremos, siquiera brevemente, que la misma requiere una disposición normativa que consagre la suspensión del curso de la prescripción mientras el proceso dure. Ahora bien, desde el punto de vista técnico, es posible que a la interrupción se le acompañe inmediatamente

25. Por todos: SALVAT, Raymundo M. *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones en general*. Buenos Aires, TEA, 1956, 6ª ed., actualizada por GALLI, Enrique V., tomo III, págs. 437 y 438, que recuerda el brocardo *contra non valentem agere non currit praescriptio*; MESSINEO, Francesco. *Manuale di diritto civile e commerciale*. Milano, Giuffrè, 1952, 8ª ed., tomo I, pág. 185; además del estimulante ensayo de MAZZAMUTO, Salvatore. *Tempo e prescrizione*, en MAZZAMUTO, Salvatore (coordinador). *Tempo e diritto. In memoria di Paolo Vitucci*. Napoli, Jovene, 2010, 1ª ed., pág. 99.

26. DIEZ-PICAZO, Luis. *La prescripción extintiva en el código civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Cizur Menor, Thomson Civitas, 2007, 2ª ed., pág. 137, habla de actos de revigorización del derecho subjetivo o de las facultades jurídicas, que se traducen en actos de conservación y defensa del derecho. Pueden verse además BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto civile VII. Le garanzie reali, la prescrizione*. Milano, Giuffrè, 2012, 1ª ed., págs. 601 y 602; y la visión de ROSELLI, Federico, en VITUCCI, Paolo (coordinador). *La prescrizione*. Milano, Giuffrè, 1999, 1ª ed., tomo II, pág. 48 y siguientes.

27. En las notas 12 y 13 dejamos consignados los autores que reconstruyen el fenómeno de esta manera.

un efecto suspensivo²⁸; como por ejemplo, el reconocimiento del crédito (acto interruptivo *ex* artículo 647 del código civil) por parte del tutor hecho a favor del interdicto, antes de presentada la cuenta final (situación con efectos suspensivos de la prescripción de acuerdo al artículo 644, inc. c), del código civil).

Luego de realizadas las precisiones que anteceden, estamos en condiciones de afrontar la solución normativa expresamente prevista por nuestro código civil en su artículo 648: esto es, la asignación de efectos interruptivos de la prescripción a cada acto que implique la prosecución del juicio.

3. Fuentes del artículo 648 del código civil

Lo dicho hasta aquí permite comprender la enorme relevancia, incluso doctrinaria, de la disposición contenida en el segundo párrafo del artículo 648 del código civil. Ciertamente, el acogimiento expreso de la solución según la cual cada acto de impulso procesal es interruptivo de la prescripción implica una serie de consecuencias hermenéuticas que a la luz de lo que se viene exponiendo, resultan cruciales a los efectos de una acabada comprensión de las implicancias de la elección del legislador.

Tal comprensión se ve ampliada, apenas se consideren las fuentes de la norma que nos ocupa. Prescindiremos del examen del primer párrafo del artículo 648 del código civil, que reproduce, con terminología actualizada²⁹, el artículo 3987 del código de Vélez³⁰; para ocuparnos directamente del segundo párrafo de dicha norma, que volveremos a reproducir:

28. ARGANARAS, Manuel J. *La prescripción extintiva*. Buenos Aires, TEA, 1966, 1ª ed., pág. 69; y sobre todo AZZARITI, Gaetano y SCARPELLO, Gaetano. *Prescrizione e decadenza*; en AA.VV. *Tutela dei diritti. Commentario del codice civile*, al cuidado de SCIALOJA, Antonio y BRANCA, Giuseppe. Bologna - Roma, Zanichelli - Il Foro Italiano, 1964, 2ª ed., pág. 246: “*En el segundo caso, existiendo la causa de suspensión ya en el momento en el cual el derecho puede ser exigido, no se verifica la solución de continuidad a la que se aludía antes, sino que el inicio del cómputo de la prescripción se desplaza al momento en el cual cesa la causa suspensiva*”.

29. En efecto, cuando Vélez se refiere a “*la deserción de la instancia según las disposiciones del código de procedimientos*”, evoca el instituto de la caducidad

“Si el proceso fuere abandonado, la interrupción concluirá con el último acto de procedimiento de las partes o del tribunal. La prescripción comienza a correr nuevamente desde el fin de la interrupción y volverá a interrumpirse, por la prosecución del juicio por cualquiera de las partes”.

Este párrafo aparece, con algunas leves modificaciones de estilo que no alteran su sustancia, en el artículo 3571 del anteproyecto De Gásperi³¹, que resulta ser así la fuente inmediata de la disposición en cuestión. Mucho más interesantes resultan, empero, sus fuentes mediatas.

Dejamos dicho que el agregado del segundo párrafo del artículo 648 del código civil no encuentra antecedentes en el Código Civil argentino. Dicha norma proviene, directamente, del proyecto de reforma de Bibiloni, que propuso la siguiente redacción del artículo 3987 del código civil argentino:

“La interrupción de la prescripción causada por demanda, se tendrá por no sucedida cuando la instancia ha terminado por desistimiento del actor, por perención o por sentencia definitiva absolutoria del demandado.

Si el proceso ha sido abandonado, la interrupción concluye con el último acto de procedimiento de las partes o del tribunal. La prescripción empieza a correr desde el fin de la interrupción y vuelve a interrumpirse, a su vez, por la prosecución de la instancia por cualquiera de las partes, de la misma manera que por la deducción de la acción”³².

Basta un vistazo al artículo 648 del código civil para comprender su derivación directa de la fuente cuyo análisis nos ocupa.

procesal o perención. Por todos, CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. *Derecho de las obligaciones*. Buenos Aires, La Ley, 2010, 4ª ed., tomo III, pág. 575 y siguientes; además de las oportunas aclaraciones de LLERENA, Baldomero. *Concordancias y comentarios del código civil argentino*. Buenos Aires, Imprenta, litografía y encuadernación de Jacobo Peuser, 1903, 2ª ed., tomo X, págs. 476 y 477; y de MACHADO, José Olegario. *Exposición y comentario del código civil argentino*. Buenos Aires, Félix Lajouane, 1922, 2ª ed., tomo XI, pág. 145.

30. DE GÁSPERI, Luis. *Anteproyecto de código civil*. Asunción, El Gráfico, 1964, 1ª ed., pág. 1036.

31. DE GÁSPERI, Luis. *Anteproyecto de código civil*, ibídem.

32. BIBILONI, Juan Antonio. *Anteproyecto de reformas al código civil argentino*. Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1932, 1ª ed., tomo VII, pág. 38.

Bibiloni explica la modificación en términos tales que disipan toda duda sobre las intenciones del legislador al contemplar tal supuesto: “Véase la polémica entre Marcadé y Mourlon sobre el efecto del abandono de la instancia por inacción en la *Revue critique*, tomos 5 y 6, proseguida por el primero, en su *Tratado*, tomo 12, páginas 170 y siguientes. El Código alemán ha adoptado las conclusiones del segundo, como lo había hecho el artículo 1010 de nuestro antiguo código de comercio”³³.

Las pocas suspicacias que pudieran haber permanecido deben disiparse, obligatoriamente, al tener en cuenta el propósito de la fuente. Se contempló claramente el abandono de la instancia, como supuesto distinto y paralelo al de la perención, desistimiento y sentencia absolutoria; con la consecuencia de habilitar el curso del plazo prescripcional y permitir que se produzca la prescripción durante el proceso iniciado.

Por lo demás, la interpretación exegética del segundo párrafo del artículo 648 del código civil indica no solo la diferencia entre las hipótesis de desistimiento, perención, absolución definitiva y abandono del proceso; sino que muestra claramente el *modus operandi* de cada acto interruptivo en curso de causa. Esto es: “la interrupción concluirá con el último acto de procedimiento de las partes o del tribunal. La prescripción comienza a correr nuevamente desde el fin de la interrupción, y volverá a interrumpirse, por la prosecución del juicio por cualquiera de las partes”.

La norma es absolutamente clara en indicar que cada acto procesal es un acto interruptivo, porque a partir de cada uno de ellos la prescripción vuelve a correr, y se vuelve a interrumpir con la prosecución del juicio. Esto, desde luego, es profundamente coincidente con la ubicación de la norma dentro de la regulación de la interrupción de la prescripción, e implica una clara toma de posición respecto del debate que dejamos reseñado en los títulos anteriores.

Además de ello, interesa subrayar que Bibiloni expresa haber tomado como modelo la disciplina alemana sobre el punto, que en consecuencia debe ser referencia obligada a la hora de interpretar el artículo 648 del

33. BIBILONI, Juan Antonio. *Anteproyecto de reformas al código civil argentino*, ibídem. Específicamente, nótese la elección expresa de la solución de Mourlon para el problema de los actos procesales interruptivos, que ya recordamos en la nota 18, a la que nos remitimos.

código civil. Pues bien, dicha doctrina no ofrece ningún tipo de dudas, comentando la norma que inspiró el pensamiento del jurista argentino: *“El segundo apartado es también aplicable cuando el proceso, sin un pronunciamiento judicial, de hecho cae en una paralización (...). Esto puede suponerse cuando no es instado el proceso, sin que exista un desistimiento tácito del mismo. La interrupción termina cuando las partes no impulsan el proceso hacia delante (...). La interrupción de la prescripción se termina con el último acto procesal. Bajo esta previsión caen todos los actos de las partes o del tribunal, que sirvan al impulso o a la terminación del litigio, como por ejemplo la deducción de la demanda, la notificación de la misma; sin embargo, no interrumpen la prescripción los actos extraprocesales (...) El impulso del proceso se halla constituido por cada acto procesal de una parte orientado a impulsar el proceso, aún cuando el acto, en su verificación, carezca de un resultado efectivo”*³⁴.

Los autores disponibles en traducción castellana no se apartan de este entendimiento: *“La interrupción consiguiente a la interposición de la demanda dura hasta que el procedimiento se termina por resolución firme o de otro modo, o hasta que el procedimiento se suspende por mandato del tribunal o se paraliza de hecho. En el último caso la interrupción termina con el último acto procesal de las partes o del tribunal. La nueva prescripción que se inicia se interrumpe por cualquier acto procesal ulterior de una de las partes”*³⁵.

Para el código civil suizo, inspirado en lo atinente al punto que aquí interesa, en la normativa alemana, la doctrina enseña cuanto sigue: *“Cuando la interrupción se deba a actos judiciales del acreedor, el art. 138 dispone lo siguiente, respecto al comienzo de la nueva prescripción: La nueva prescripción, iniciada al interrumpirse la antigua por medio de demanda o de excepción, vuelve a interrumpirse cuantas veces, en el transcurso*

34. PALANDT, Otto. *Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen*. Munchen, C. H. Beck, 48ª ed., 1986, págs. 197 y 198. Se agradece aquí la invaluable colaboración, con traducción incluida, de la Dra. BUONGERMINI P., María Mercedes, a los efectos de la consulta de este material bibliográfico.

35. ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. *Tratado de derecho civil (parte general)*. Traducción de PÉREZ GONZÁLEZ, Blas; y ALGUER, José. Barcelona, Bosch, 1981, 3ª ed., tomo I, II, segunda parte, pág. 1057.

del litigio, se produzca un acto judicial de las partes o un acto de disposición o resolución del juez. A partir del momento en que se proclame la sentencia, empieza a correr la prescripción decenal del art. 137³⁶.

De este modo, el texto del artículo 648 del código civil, en cuanto prevé la interrupción de la prescripción por demanda, y hace que cada acto procesal implique una nueva interrupción, permitiendo la extinción de la pretensión por el transcurso del tiempo sin actividad durante el proceso, consagra la hipótesis del abandono de hecho del proceso como idónea para producir el efecto señalado. Esta es una solución querida por el legislador, lo cual se evidencia, a todas luces, de la fuente inmediata de la norma, que expresamente contempló tal situación como paralela a la caducidad de instancia. La doctrina alemana, origen último de la disposición que nos ocupa, es absolutamente conteste en la interpretación que hemos señalado, con lo que es indudable que cada acto de impulso procesal es interruptivo de la prescripción, y que el abandono de hecho del proceso hace que la prescripción pueda operar hallándose el mismo en trámite. La letra del código se corresponde, así, con la intención del legislador y también con la del anteproyectista, e implica una decisión adoptada en perfecto conocimiento de la polémica doctrinaria que dejamos referida con anterioridad, precisamente para zanjar la cuestión con una disposición normativa³⁷.

Cualquier acto válido de impulso, ya sea de las partes o del tribunal, es idóneo para interrumpir el plazo prescripcional, conforme lo dispone el artículo que nos ocupa y lo confirma la doctrina citada, y consiguientemente

36. VON TUHR, Andreas. Tratado de las obligaciones. Granada, Comares, 2007, 1ª ed., pág. 412.

37. Se aplica a este problema la constatación de MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ, Roberto. *Arqueología de la responsabilidad civil en el derecho paraguayo*. Asunción, La Ley Paraguaya, 2009, 1ª ed., pág. 35: “*El código civil paraguayo, como ya afirmé, es un agregado bien multiforme de fuentes, por lo que resulta absurdo adscribirlo a 'la única fuente' – en este caso, el anteproyecto. Las profundas diferencias entre el código y el anteproyecto van más allá de cuestiones puramente superficiales*”. En el caso que nos ocupa, la norma del artículo 648 del código civil, de origen alemán, se inserta como modo de reacción a un sistema de inspiración francesa, recibido a través de la codificación de Vélez; por lo que todos estos elementos deben ser tenidos en cuenta en el esfuerzo de sistematización.

te a partir de cada uno de dichos actos se inicia un nuevo cómputo del plazo prescripcional, conforme con el precepto del artículo 655 del código civil, según el cual: *“Interrumpida la prescripción, no se tendrá en cuenta el tiempo corrido con anterioridad al hecho que la determinara. Para que proceda aquélla, será menester el transcurso de un nuevo plazo”*.

4. Consecuencias sistemáticas de la elección legislativa

En primer término, queda claro que nuestro código incluyó expresamente el abandono del proceso como elemento interruptivo de la prescripción, innovando sobre el antecedente argentino, que preveía solamente el desistimiento, la perención y la sentencia definitiva absolutoria; al tiempo de distinguir el abandono de la caducidad de instancia a los efectos de la interrupción de la prescripción. Por ende, no puede desconocerse el párrafo segundo del artículo 648 del código civil, tomando como supuestos válidos solamente los mencionados en el primer párrafo, porque ello equivaldría, lisa y llanamente, a “borrar” el segundo párrafo de dicha norma, que sin embargo existe y tiene un objetivo bien preciso en la intención del legislador³⁸.

En otros términos, el artículo 648 del código civil, al prever la posibilidad de la prescripción operada luego del planteamiento de la demanda,

38. Con esto queda refutada la posición de los autores nacionales que afrontaron la cuestión, ya mencionados en la nota 1, quienes –como lo dijéramos allí y lo dejamos reiterado– obvian los antecedentes de la norma y sobre todo su finalidad: la de constituir una respuesta definitiva para el problema de la caracterización y modalidades operativas de la interrupción de la prescripción por demanda.

Nunca se insistirá bastante sobre la semejanza absoluta que ofrece nuestro código con la concepción de Bibiloni –a la cual nos referimos en el título anterior– que también postulaba la perención y el abandono del proceso como hipótesis distintas, en materia de interrupción de la prescripción. Es por ello que corresponde hacer hincapié en que no es posible atribuir al legislador nacional una confusión o ambigüedad, como lo hace la doctrina a la que referimos en la nota 1. La letra del artículo es suficientemente clara en el sentido de que el supuesto de perención está considerado y valorado por el legislador de modo paralelo al efecto instantáneo de los actos interruptivos de la prescripción en el curso del proceso; y esto se confirma sin sombra de dudas por los antecedentes históricos de la norma.

supone que el proceso no es tomado como un evento interruptivo único y total, que mantiene la acción viva mientras que exista; sino que por el contrario, la demanda y su notificación constituyen simplemente un evento interruptivo singular, al cual deben seguir más actos procesales, de modo a continuar produciendo sucesivas interrupciones. Si entre un acto procesal y otro, ya dentro del proceso, se produce un lapso de inactividad que iguale al plazo prescripcional de la acción que se viene debatiendo, la parte beneficiada puede proponer la prescripción, siempre que la misma sea posterior a la demanda³⁹.

Por otro lado, la construcción normativa permite acoger, sin ambages, la doctrina según la cual los actos de interrupción tienen siempre efecto instantáneo⁴⁰; es decir, la prescripción inicia a correr inmediatamente

39. Esta consecuencia hermenéutica ofrece, además, la ventaja de una profunda armonía con la concepción del proceso como un conjunto de actos tendientes a un fin determinado, concepción a la que nos hemos remitido *supra*, en la nota 21.

40. Queda claro que esta cuestión –como se dijo a lo largo del texto y se reiterará *infra*, en la nota 42– depende en demasía del dato normativo que concretamente se analice, ya que en presencia de disposición distinta la construcción del sistema ha de ser otra. Con esta premisa, lo que se deja expuesto hasta aquí –en conjunto con el análisis de los demás supuestos de interrupción previstos en el artículo 647 del código civil– demuestra que en nuestro derecho tal posición es de recibo, ya que en todos los casos el plazo prescripcional inicia inmediatamente a ser computado por un nuevo período.

Esto ha sido sostenido como forzoso incluso a nivel lógico, por varios juristas de renombre. Así, por ejemplo, se ha escrito: “Por regla general, el efecto de los actos que interrumpen la prescripción extintiva se conforma a la noción ordinaria de la interrupción; el tiempo transcurrido anteriormente no cuenta, se ha perdido para el cálculo de la prescripción, pero ésta recomienza a correr inmediatamente” (RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. Tratado de derecho civil según el tratado de Planiol. Traducción de GARCÍA DAIREAUX, Celia; y supervisión de LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Buenos Aires, La Ley, 1965, 1ª ed., tomo V, pág. 624; el énfasis es original). JOSSERAND, Louis. Derecho civil. Traducción de CUNCHILLOS Y MANTEROLA, Santiago. Buenos Aires, EJEA, 1950, 1ª ed., tomo II, volumen I, pág. 754; considere que dicho principio no admite ninguna excepción, ya que el efecto interruptivo se agota de inmediato. Para DIEZ-PICAZO, Luis. La prescripción extintiva en el código civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Cizur Menor, Thomson Civitas, 2007, 2ª ed., pág. 137, la idea de interrupción se vincula con la actividad

después del acto interruptivo –salvo que haya una causal de suspensión⁴¹– hasta tanto otro acto interruptivo no acaezca. Esta constatación, por lo demás, es una clara indicación de que el legislador considera oportuno que el interés del acreedor se mantenga en todo momento⁴², independientemente de que se haya notificado o no la demanda interpuesta: si cada acto procesal idóneo tiene efecto interruptivo, es claro que la inacción perjudicial para el acreedor también puede ocurrir durante el proceso. En otros términos, no basta un momento o acto que denote actividad; sino que en nuestro derecho, tal actividad debe mantenerse en el tiempo, renovándose a través de otros actos de impulso con idoneidad interruptiva del cómputo del plazo prescripcional.

Esta conclusión resulta plenamente coincidente con el fundamento del instituto de la prescripción liberatoria, lo cual hace que el elemento teleológico también refuerce la interpretación propuesta. En efecto, no caben dudas en doctrina acerca del hecho de que la prescripción tiene por finalidad consolidar el estado de hecho que deriva de la inacción del deu-

concreta de los sujetos de la relación obligatoria, y entre tanto la misma se renueve sucesivamente mediante otros actos nada obsta a que dicha relación obligatoria permanezca viva.

A estas autorizadas citas puede agregarse lo afirmado por MACHADO, José Olegario. *Exposición y comentario del código civil argentino*. Buenos Aires, Félix Lajouane, 1922, 2ª ed., tomo XI, pág. 141, que sostiene que el efecto de la interrupción “*es actual, sin que continúe en el porvenir, como sucede con la suspensión*”; además de lo expuesto en TEJERINA, Wenceslao. *La prescripción liberatoria y su elusión procesal. La demanda interruptiva: efectos y alcances*, en LL 2009-F. Sección doctrina, pág. 1249.

41. Para lo cual puede verse lo dicho en la nota 28.

42. Este argumento se refuerza aún más apenas se recuerde lo que se dejó escrito en la nota 7, y reiterado en las páginas que anteceden: a diferencia de otros ordenamientos, donde el efecto “prolongado” de la interrupción a lo largo del proceso está expresamente establecido, o en los que se consagra la suspensión del curso de la prescripción mientras dure el juicio, en nuestro derecho dicha previsión está ausente; a cambio del artículo 648, segundo párrafo, del código civil, que implica una elección neta a favor del efecto interruptivo de cada acto procesal, con inicio inmediatamente posterior del nuevo cómputo a tenor del artículo 655 del código civil.

durante un cierto tiempo⁴³, por lo cual, siempre que haya actividad idónea se demuestra el interés de las partes en mantener viva la relación obligatoria de la que se trate⁴⁴.

43. Esta noción es absolutamente unánime, y las citas aquí podrían ser interminables. *Ex plurimis*, pueden consultarse útilmente VITUCCI, Paolo y ROSELLI, Federico. *La prescrizione*. Milano, Giuffrè, 2012, 2ª ed., tomo I, pág. 6. Insiste sobre el punto el primero de los autores citados, sosteniendo lo siguiente: “*la ley civil sacrifica tal interés [el del acreedor] a través de la prescripción, en los límites en los que ésta opera, en nombre de intereses que entiendo prevalecientes sobre los individuales. Ciertamente, de la prescripción se prevalece un sujeto individual, titular del interés contrapuesto al del sujeto titular del derecho prescripto (...). Pero la protección al acreedor se niega, por parte de la ley civil, en cuanto la misma considera que el retraso en el ejercicio de la pretensión es equivalente al desinterés por parte de su titular; ya que el juicio sobre el fundamento de su reclamo estaría confiado a elementos siempre más débiles, si fuese consentido iniciarlo a tanta distancia de tiempo de los hechos sobre los cuales la pretensión se funda (los documentos se pierden, como el recuerdo de los hechos); y tampoco es oportuno, desde la perspectiva social y económica, distraer recursos de la ubicación que encontraron espontáneamente, mientras permanecía la inercia en el ejercicio de la pretensión. El conjunto de estas consideraciones justifica el sacrificio del interés individual*” (VITUCCI, Paolo. *Prescrizione e decadenza*, en BESSONE, Mario (coordinador). *Istituzioni di diritto privato*. Torino, Giappichelli, 2002, 9ª ed., págs. 1230 y 1231).

En el mismo orden de ideas, AZZARITI, Gaetano y SCARPELLO, Gaetano. *Prescrizione e decadenza*; en AA.VV. *Tutela dei diritti. Commentario del codice civile*, al cuidado de SCIALOJA, Antonio y BRANCA, Giuseppe. Bologna - Roma, Zanichelli - Il Foro Italiano, 1964, 2ª ed., pág. 203: “*los fundamentos racionales de la prescripción han intentado explicarse de modo variado: se invocó una renuncia tácita del titular; una sanción por la falta de ejercicio de los derechos; la dificultad de determinar, mediando una distancia de tiempo considerable, la verdad jurídica; la presunción de legitimidad del estado actual de cosas, la tutela de la buena fe; el carácter temporal de las relaciones jurídicas y otras alegaciones más. Sin embargo, conforme con la más acreditada doctrina, debe entenderse que el fundamento del instituto deba buscarse en la insuprimible exigencia social de asegurar la certeza en las relaciones jurídicas, motivo que absorbe varios de los otros que se han invocado*”.

Hemos considerado oportuno transcribir estas enseñanzas a los efectos de comprender acabadamente el profundo fundamento, incluso social, de la prescripción, como instituto que permite consolidar una determinada situación fáctica generada por la inactividad de los sujetos de una determinada relación obligatoria.

Los elementos conceptuales adquiridos hasta aquí nos permiten dejar sentados ciertos datos sistemáticos y teleológicos que serán de mucha utilidad a la hora de determinar la operatividad concreta de la prescripción en curso de causa civil en el derecho positivo paraguayo. En primer lugar, no pueden abrigarse dudas acerca de que el plazo prescripcional continúa computándose mientras se tramite el juicio civil, y se interrumpe con cada acto de impulso procesal, conforme con lo dispuesto por el artículo 648 del código civil. La prosecución del juicio implica la realización de actos procesales y cada uno de ellos tiene efecto interruptivo. No puede aceptarse ya, en nuestro derecho, la idea de que la demanda produce un efecto interruptivo *sine die*.

En segundo lugar, la elección que nuestro código civil recoge es una decisión normativa orientada específicamente a zanjar una discusión doctrinaria relacionada con los efectos de la demanda a los efectos de la prescripción, que elige una de las múltiples soluciones posibles, respondiendo a

Estas ideas, como se dijera, son absolutamente pacíficas, y desde luego el anteproyectista de nuestro código las tenía bien presentes, ya que los términos de su cátedra son prácticamente los mismos: véase DE GÁSPERI, Luis. *Tratado de las obligaciones en el derecho civil paraguayo y argentino*. Buenos Aires, Depalma, 1946, 1ª ed., tomo III, pág. 284. Idénticas posturas pueden encontrarse en LLAMBIAS, Jorge Joaquín. *Tratado de derecho civil. Parte general*. Buenos Aires, Lexis Nexis - Abeledo Perrot, 2003, 20ª ed., tomo II, págs. 587 y 588; SPOTA, Alberto G. *Tratado de derecho civil. Parte general*. Buenos Aires, Depalma, 1959, 1ª ed., tomo I, volumen 3⁸ (10), pág. 48 y siguientes; MOISSET DE ESPANÉS, Luis. *Prescripción*. Córdoba, Advocatus, 2006, 2ª ed., págs. 25 y 26; HINESTROSA, Fernando. *La prescripción extintiva*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, 2ª ed., págs. 53 y siguientes; entre muchos otros.

En relación específica con la prescripción como instituto de política judicial, tendiente a evitar litigios, puede consultarse BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto civile. Le garanzie reali, la prescrizione*. Milano, Giuffrè, 2012, 1ª ed., pág. 513. En nota al pie (n. 22), el autor cita a TUNC, quien afirma: “*la prescription a pour fin principale la meilleure administration de la justice par l’élimination des procès les plus poussieux*”; y a FRANKS (*Limitation of actions*), quien en el derecho inglés señala la limitación de los litigios como finalidad principal del instituto (*interest reipublicae ut sit finis litium*).

44. Para las citas, *supra*, nota 40.

una finalidad absolutamente clara: la ponderación de la actividad tendiente al mantenimiento en vida de la relación obligatoria aún durante el proceso. En la sistemática de nuestro código, la mera notificación de la demanda no resulta suficiente para obtener un efecto interruptivo “prolongado”, o una suspensión de la prescripción: se requiere, por el contrario, que la actividad de los sujetos de la relación obligatoria se renueve y repita en el tiempo a través de actos interruptivos sucesivos. En el caso concreto de la interrupción por demanda, cada acto procesal idóneo para proseguir el juicio configura una nueva interrupción del cómputo prescripcional, que vuelve a computarse desde el inicio a partir de cada uno de esos actos.

Por último, la letra del artículo 648 del código civil implica que en nuestro derecho civil, el efecto de los actos con virtualidad interruptiva es inmediato. Sin excepción, en todos los casos, el cómputo del plazo de prescripción se reinicia inmediatamente luego de la realización del acto interruptivo, lo cual coincide con el fundamento de la prescripción e implica una decidida toma de posición del legislador respecto de las cualidades que ha de tener la actividad de los sujetos de la relación obligatoria en orden a su ejecución completa: si bien el acto interruptivo denota interés y por lo mismo inutiliza el tiempo anteriormente transcurrido, a norma del artículo 655 del código civil; también es cierto que –sin excepciones– el plazo reinicia inmediatamente a correr, puesto que la actividad que el legislador requiere implica necesariamente que el proceso siga vivo e impulsado por quienes tienen interés en ello.

Estas primeras conclusiones nos servirán para determinar en qué condiciones el artículo 648 del código civil debe encontrar aplicación, ya que es necesario un esfuerzo hermenéutico que permita ajustar lo dicho hasta aquí con las normas que rigen nuestro proceso civil.

5. La operatividad del artículo 648 del código civil

El análisis que precede nos ha llevado a determinar el significado e interpretación del artículo 648 del código civil en un significado prácticamente literal y aislado, tal y como debe entenderse a la luz de la evolución histórica normativa que llevó a su redacción. Ahora, sin embargo, abordaremos un ejercicio interpretativo forzosamente original, por cuanto se trata de colocar la norma dentro del sistema positivo paraguayo, determinando su ámbito de operatividad.

La necesidad del estudio que se deja propuesto en las páginas que anteceden hace que el sesgo metodológico que habrá de seguir se concentre únicamente en el desarrollo del contenido anunciado en el título que actualmente nos ocupa. En otros términos, intentaremos realizar un análisis de la aplicación concreta del artículo 648 del código civil que sea suficientemente completo y exhaustivo, y que permita determinar cómo y cuándo, en el marco de nuestro proceso civil, puede invocarse el artículo en cuestión y configurarse la prescripción en curso de causa.

A tal efecto, el estudio nos llevará necesariamente a la delimitación de la operatividad de varias figuras procesales, para lo cual habremos de echar mano de numerosos institutos que se enmarcan en dicha rama del derecho positivo. Al mismo tiempo, allí donde sea oportuno, deberemos también distinguir y esclarecer el ámbito de operatividad de dichos conceptos, verificando la posibilidad o no de coexistencia con el artículo 648 del código civil.

Para lograr tal cometido, será necesario delimitar cuidadosamente los institutos de la prescripción y de la caducidad procesal, tal y como se halla disciplinada en nuestro código de forma, para poder luego analizar la interacción que opera entre dichas figuras a la luz del artículo 648 del código civil. Con dichos elementos, podremos verificar la aplicabilidad de las conclusiones obtenidas tanto para los distintos tipos de proceso como también para sus diferentes etapas. Este es el plan que nos ocupará durante el resto de las páginas de este trabajo.

5.1. Distinción entre la caducidad de instancia y la prescripción liberatoria

La diferencia entre el instituto de la caducidad de los derechos y la prescripción es materia recurrente en todas las obras que profundizan el instituto de la prescripción, por lo que no haremos sino remitirnos a dichos estudios⁴⁵, ya que la cuestión no forma parte de la distinción que interesa

45. En efecto, para los fines del presente trabajo es suficiente determinar el distinto ámbito de operatividad que tienen la perención o caducidad de instancia y la prescripción. No obstante, es propicio aprovechar la remisión anunciada en el

texto para advertir acerca de algunas cuestiones espinosas que propone la distinción entre la caducidad de los derechos en el derecho de fondo y la prescripción.

En primer lugar, las notas distintivas entre ambas figuras están bien delineadas por la doctrina, pueden verse, *ex plurimis*: CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. *Derecho de las obligaciones*. Buenos Aires, La Ley, 2010, 4ª ed., tomo III, págs. 656 y 657; ARGANARAS, Manuel J. *La prescripción extintiva*. Buenos Aires, TEA, 1966, 1ª ed., pág. 316 y siguientes; SALVAT, Raymundo M. *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones en general*. Buenos Aires, TEA, 1956, 6ª ed., actualizada por GALLI, Enrique V., tomo III, págs. 684 y 685; BORDA, Guillermo A. *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones*. Buenos Aires, Perrot, 1966, 1ª ed., tomo II, págs. 103 y 104; PUIG BRUTAU, José. *Caducidad, prescripción extintiva y usucapión*. Barcelona, Bosch, 1996, 3ª ed., pág. 33 y siguientes (con un análisis particularizado de jurisprudencia española); además de la excelente y exhaustiva exposición contenida en WILLIAMS, Jorge N. *La letra de cambio y el pagaré en la doctrina, legislación y jurisprudencia*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1981, 1ª ed., tomo II, pág. 584 y siguientes. También resulta útil la lectura del fallo consignado en ZAVALA RODRÍGUEZ, Carlos Juan. *Código de comercio y leyes complementarias*. Buenos Aires, Depalma, 1980, 1ª ed. (reimpresión), tomo VI, págs. 303 y 304.

De las enseñanzas arriba mencionadas resulta suficiente asimilar que en la prescripción la prestación debida subsiste bajo la forma de obligación natural, mientras que en la caducidad el derecho se extingue por completo; a lo que se suma la imposibilidad de declarar la prescripción de oficio, a diferencia de lo que ocurre con la caducidad. Estos datos ya bastan para comprender que la prescripción tiene un efecto menos intenso, ya que no aniquila por completo la relación obligatoria, aspecto que nos basta a los fines que aquí nos ocupan.

Esta constatación, sin embargo, atañe al campo de los efectos jurídicos de ambos institutos, y nos lleva derechamente a la complicada cuestión acerca del objeto de la prescripción. En efecto, si la relación obligatoria prescripta no se extingue por completo, ¿entonces qué es lo que prescribe?

La respuesta a esta pregunta requiere, sin dudas, un estudio independiente a éste, y la doctrina no es conteste sobre el punto. En efecto, no faltan los autores que refieren que la prescripción incide directamente sobre el derecho, lo cual defendió vehementemente, en Argentina, SPOTA, Alberto G. *Tratado de derecho civil. Parte general*. Buenos Aires, Depalma, 1959, 1ª ed., tomo I, volumen 3ª (10), pág. 5 y siguientes; aunque la cuestión presenta dificultades a la hora de compaginar este efecto con la permanencia de la obligación natural –que para Spota no implica la sobrevivencia mutilada de la obligación anterior, sino el nacimiento de una nueva relación jurídica. Sin dudas este es uno de los aspectos más complejos de esta pos-

tura, y así lo demuestra, por ejemplo, la lectura de FADDA, Carlo y BENSA, Paolo Emilio, en sus notas a WINDSCHEID, Bernardo. *Diritto delle pandette*. Torino, UTET, 1926, 1ª ed. (reimpresión), tomo IV, pág. 669– y distinguir el instituto de la caducidad en cuanto a su esencia, lo que puede verse ibídem, pág. 647 y siguientes. La misma idea extintiva acerca de la prescripción es la que prevalece en autores como VITUCCI, Paolo y ROSELLI, Federico. *La prescrizione*. Milano, Giuffrè, 2012, 2ª ed., tomo I, pág. 9 y siguientes, quienes abiertamente equiparan la caducidad y la prescripción en el sentido de que ambas inciden sobre el derecho de fondo, produciendo su pérdida; y en el mismo orden de ideas también puede verse MESSINEO, Francesco. *Manuale di diritto civile e commerciale*. Milano, Giuffrè, 1952, 8ª ed., tomo I, pág. 178.

Modernamente, ha ganado muchos adeptos la idea de que lo que prescribe es la pretensión procesal, es decir, la facultad de acudir a los estrados jurisdiccionales a obtener la satisfacción del derecho concretamente involucrado en el reclamo, y no la acción como derecho abstracto de acudir a la tutela estatal. Esta doctrina puede verse reflejada en ciertos fallos españoles, recogidos en DIEZ-PICAZO, Luis. *La prescripción extintiva en el código civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Cizur Menor, Thomson Civitas, 2007, 2ª ed., pág. 78. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *La prescripción extintiva*. Madrid, Colegio de registradores de la propiedad y mercantiles de España, 2004, 2ª ed., pág. 17, desarrolla argumentos por demás similares. Por otro lado, en las últimas elaboraciones doctrinarias argentinas también se advierte dicha posición: LÓPEZ HERRERA, Edgardo. *Objeto de la prescripción*, en LÓPEZ HERRERA, Edgardo. *Tratado de la prescripción liberatoria*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, 2ª ed., págs. 283 y 284. En nuestro medio, ha sostenido esta tesitura IRÚN CROSKEY, Sebastián. *Prescripción y caducidad de los derechos, las acciones y las pretensiones: Un nuevo enfoque*, en *Revista jurídica paraguaya La Ley*, 2005, págs. 1021 y 1022, recordando allí, correctamente, que esta tesis encuentra apoyo en la doctrina alemana, que concretamente refiere la prescripción a dicho instituto (*Anspruch*): pueden verse en tal sentido ENNECERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. *Tratado de derecho civil (parte general)*. Traducción de PÉREZ GONZÁLEZ, Blas; y ALGUER, José. Barcelona, Bosch, 1981, 3ª ed., tomo I, II, segunda parte, pág. 1011 y siguientes.

Esta posición resulta, en esencia, un perfeccionamiento de la idea tradicional según la cual la prescripción afecta a la acción, aunque hay autores que mantienen esta última postura y critican la anterior: DE GÁSPERI, Luis. *Tratado de las obligaciones en el derecho civil paraguayo y argentino*. Buenos Aires, Depalma, 1946, 1ª ed., tomo III, pág. 281 y siguientes. Para la idea tradicional de que la prescripción extingue la acción: LLAMBIAS, Jorge Joaquín. *Tratado de derecho civil*.

Parte general. Buenos Aires, Lexis Nexis, 2003, 20ª ed., tomo II, pág. 587; GIORGI, Giorgio. *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano.* Firenze, Fratelli Cammelli, 1911, 7ª ed., tomo VIII, pág. 363 y siguientes, con una compendiosa nota al pie en la que reconoce la dificultad de la cuestión.

Si bien, luego de lo dicho hasta aquí, podríamos hasta dispensarnos de dar una opinión propia; consideramos que en realidad no es fructífero el abordaje puramente procesal del problema que se propone por parte de algunos autores. A nuestro modo de ver, la solución del problema pasa por un adecuado enfoque de los componentes esenciales de toda relación obligatoria, y la utilización de dicha herramienta conceptual para la solución de la problemática. No caben dudas, y así lo reconoce la mejor doctrina, de que el vínculo complejo que deriva de la obligación reconoce el deber de satisfacer la prestación (*schuld*), y la responsabilidad por dicho incumplimiento, que se traduce en un poder de agredir el patrimonio del deudor para satisfacer la obligación (*haftung*). En este sentido, pueden verse, *ex plurimis*: BRECCIA, Umberto. *Le obbligazioni.* Milano, Giuffrè, 1991, 1ª ed.; pág. 67 y siguientes; LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de derecho civil. Obligaciones.* Buenos Aires, Perrot, 1973, 2ª ed., tomo I, pág. 16 y siguientes, quien ejemplifica la cuestión precisamente con la obligación natural; ALTERINI, Atilio Aníbal; AMEAL, Oscar José y LÓPEZ CABANA, Roberto M. *Derecho de obligaciones civiles y comerciales.* Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, 2ª ed., pág. 21 y siguientes (quien propone el mismo ejemplo); para la doctrina nacional, véase la exposición de GAUTO BEJARANO, Marcelino. *Tratado de las obligaciones.* Asunción, Intercontinental, 2011, 1ª ed., tomo I, pág. 46 y siguientes.

Una formulación completa y exhaustiva de la forma de interacción de estos dos elementos puede verse en el trabajo de BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni.* Milano, Giuffrè, 1953, 1ª ed., tomo II, pág. 28 y siguientes, cuya lectura al respecto es obligada, y nos permite comprender la síntesis entre estos dos conceptos (ibídem, especialmente en la página 62 y siguientes). También son ampliamente ilustrativas las precisiones que formula respecto de esta idea GIORGIANNI, Michele. *L'obbligazione (la parte generale delle obbligazioni).* Milano, Giuffrè, 1968, 1ª ed. (reimpresión), pág. 151 y siguientes, quien indica que los dos aspectos no son autónomos y pasibles de vida independiente, sino que en realidad se presentan como íntimamente ligados en la estructura del vínculo obligatorio, ya que la responsabilidad no es un fenómeno exclusivo de la estructura de la relación obligatoria (ibídem, pág. 187).

Con estos elementos, parece posible concluir –*cum grano salis*– que lo que se extingue con la prescripción es la responsabilidad del deudor; o dicho de otro modo, el derecho de índole sustancial de atacar el patrimonio del deudor para sa-

tisfacer la prestación debida, lo que nuestro código consagra expresamente en su artículo 420 del código civil. Con esta concepción, queda claro que el fenómeno de la prescripción tiene una incidencia sustancial, y no meramente procesal; además de que la extinción de la pretensión procesal no es sino una consecuencia lógica de la pérdida de coercibilidad de la obligación: en otros términos, la prescripción no incide en aspectos procesales sino en la estructura de la relación obligatoria, privando a ésta de su coercibilidad sin extinguir el vínculo obligatorio por completo. No es otra cosa lo que dice el artículo 633 del código civil, que habla específicamente de eximición de la obligación a favor del deudor –y no de extinción *tout court*– lo que nos remite, indudablemente, a un ámbito sustancial. Naturalmente, esta privación queda sujeta a la oposición de la excepción por parte del deudor.

Esta afirmación, sin embargo, deberá ser ulteriormente valorada a la luz de las doctrinas sobre la obligación natural, y señaladamente, sobre la posibilidad de configurarla como un vínculo jurídico. Al respecto es escéptico GIORGIANNI, Michele. *L'obbligazione (la parte generale delle obbligazioni)*. Milano, Giuffrè, 1968, 1ª ed. (reimpresión), pág. 110 y siguientes, quien trata a la obligación natural no ya como un vínculo jurídico sino como un *titulus retinendi* que subsigue a un acto a título gratuito. Ciertamente, si se considerase que la obligación natural no es un vínculo jurídico, entonces debería acogerse la idea de que la prescripción extingue el derecho por completo, y a partir de allí aparece un deber social, que no encuentra protección jurídica salvo en el caso de cumplimiento espontáneo.

Corresponde advertir, empero, que en el derecho italiano el artículo 2940 del *codice civile* disciplina separadamente la cuestión del pago espontáneo del crédito prescripto como hipótesis peculiar, separada normativamente de las obligaciones naturales. Nos remitimos a la exposición del problema hecha por BALESTRA, Luigi. *Le obbligazioni naturali*. Milano, Giuffrè, 2004, 1ª ed., pág. 227 y siguientes; quien reseña (particularmente, en la nota 159), la idea de que esta norma indica que el cumplimiento de la deuda prescripta implica la ejecución de una obligación de tipo jurídico patrimonial, y no ya de un deber social o moral, y advierte además la complejidad del problema (ibídem, pág. 231), lo que nos llevaría a una figura híbrida (ibídem, pág. 233).

Un recorrido muy similar al propuesto aquí también puede encontrarse en la excelente obra del connotado profesor HINESTROSA, Fernando. *La prescripción extintiva*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, 2ª ed., págs. 61 y siguientes. De cualquier modo, lo dicho hasta aquí –que no pretende ser más que una reflexión incompleta, lo único posible en esta sede, desde luego– refleja la complejidad de las inquietudes que plantea la determinación del objeto de la pres-

delinear aquí. En efecto, en esta sede nos atañe una distinción de alcances más modestos, que permita indicar claramente el distinto ámbito de operatividad de la caducidad de instancia –tal y como se encuentra regulada en los artículos 172 y siguientes del código procesal civil– y de la prescripción.

Este aspecto resulta sumamente importante por cuanto es absolutamente necesario determinar el grado de compatibilidad de ambos institutos en el marco de un proceso en trámite, ya que según el primer párrafo del artículo 648 del código civil, la interrupción de la prescripción causada por demanda se tendrá por no sucedida si el juicio terminare por perención.

A este respecto, ya adelantábamos –en los prolegómenos de la presente exposición⁴⁶– que no es suficiente considerar que el instituto de la caducidad procesal elimina la aplicabilidad del artículo 648 del código civil –lo que implicaría un problema de derogación conforme con el artículo 7 del código civil, siendo la norma procesal posterior a la norma de fondo– porque ello implica negarse a un examen detenido del asunto –examen que deseamos emprender en los párrafos que siguen– además de contradecir la letra del código y sus antecedentes, que expresamente tratan ambos supuestos como diferenciados.

Para ello, el camino ha de transitar, necesariamente, por una delimitación cuidadosa de la finalidad y la esfera de funcionamiento de la perención de instancia, para verificar si el instituto puede coexistir, y en qué términos, con la prescripción.

En este sentido, afortunadamente la doctrina procesal es absolutamente conteste en considerar a la caducidad de instancia como un medio de extinción del proceso operado por el transcurso del tiempo⁴⁷. Su ámbito

cripción y sus efectos en la estructura de la relación obligatoria, así como la importancia excluyente del dato normativo a la hora del abordaje de la cuestión.

46. Nos remitimos a lo dicho *supra*, en la nota 1; y también reiteramos lo expuesto en la nota 38.

47. Cuestión absolutamente pacífica, pueden verse, por ejemplo, PARRY, Adolfo E. *Perención de la instancia*. Buenos Aires, OMEBA, 1964, 3ª ed., pág. 19, donde se consignan varias acepciones en el mismo sentido; EISNER, Isidoro, en AA.VV. *Caducidad de instancia*. EISNER, Isidoro (director). Buenos Aires, Depal-

de incidencia, así, es exclusivamente procesal, y nada tiene que ver con el derecho sustantivo que eventualmente sea objeto de la discusión en cada litigio en particular⁴⁸.

Esto permite fácilmente advertir que al recaer los institutos sobre objetos distintos, los mismos pueden coexistir. En otros términos, no es necesario que un proceso caduque —o tan siquiera esté abierto— para que haya transcurrido el tiempo previsto por el código para la prescripción; o viceversa, un proceso puede caducar sin que por ello haya operado la prescripción. Esto puede ocurrir precisamente porque los ámbitos de operatividad de ambos institutos son distintos.

Si se admite esta premisa, se llega a comprender fácilmente que no puede hablarse, simplemente, de exclusión de un instituto por otro, o de la absorción del problema de la prescripción por la caducidad de instancia⁴⁹. El hecho de que sean institutos distintos en su ámbito de operatividad y en sus consecuencias indica que los mismos pueden coexistir claramente, y que en todo caso el problema se centra en determinar la coordinación entre dichas figuras.

Tal coordinación, en nuestro derecho, viene definida por dos normas. La primera es el primer párrafo del artículo 648 del código civil, a cuyo tenor la interrupción de la prescripción causada por demanda se tiene por no sucedida si el juicio culmina por perención. La misma norma, idéntica, viene reproducida por el último párrafo del artículo 179 del código procesal

ma, 2005, 1ª ed. (reimpresión), págs. 4 y 5; REDENTI, Enrico. *Derecho procesal civil*. Traducción de SENTÍS MELENDO, Santiago y AYERRA REDÍN, Marino. Buenos Aires, EJEA, 1957, 1ª ed., tomo I, pág. 497. Para nuestra doctrina, puede consultarse el compendio contenido en TRIGÜIS, María Gloria. *Caducidad de la instancia*. Asunción, Intercontinental, 2006, 1ª ed., pág. 16 y siguientes, además de ROJAS WIE-MANN, Javier. *La caducidad de la instancia en el proceso civil*. Asunción, La Ley Paraguaya, 2013, 1ª ed., pág. 27.

48. En este sentido, es categórico ALSINA, Hugo. Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial. Buenos Aires, EDIAR, 1961, 2ª ed., tomo IV, pág. 428: “La prescripción produce la extinción del derecho sustancial, en tanto que la perención sólo extingue el procedimiento sin afectar al derecho”.

49. Lo cual, insistimos, es sostenido por parte de la doctrina nacional, a la que se hizo referencia *supra*, en la nota 1.

civil: “Operada la caducidad, la demanda se tiene por inexistente a los efectos de la interrupción de la prescripción”.

Esto tiene una relevancia práctica bien sencilla: si el proceso caduca, es desistido o concluye con sentencia absolutoria, *la entera interrupción de la prescripción se tiene por no sucedida*. Esto es, la prescripción corre desde que nace el derecho a exigir –conforme lo dispone el artículo 635 del código civil– y toda la demanda caduca o desistida se tiene *por no entablada*. Esto es, la norma dispone que en el supuesto de caducidad, la interrupción causada por demanda *nunca haya existido*, y por ende todo el acto interruptivo pierde virtualidad, recuperando vigor el plazo transcurrido *antes* del entablamiento de la demanda, al que se le suma el plazo de duración del proceso perimido o desistido, como idóneo para la prescripción. Para el caso específico de la caducidad, se pudo sostener que “*Lógico era entonces que subsistiendo el derecho ejercido mediante la demanda caducada, quedara eliminada la interrupción de la prescripción, y ésta restituida a su curso precedente*”⁵⁰; y con carácter general, se ha dicho, con obviedad, cuanto sigue: “*En todas estas hipótesis desaparecen los efectos de la interrupción, como si nunca hubiere existido, ni se hubiere interpuesto la demanda, y el plazo de prescripción deberá computarse desde el momento en que comenzó a correr originariamente*”⁵¹.

Con esto puede apreciarse con nitidez la primera parte del problema, es decir, la influencia de la caducidad sobre la prescripción: operada la caducidad, la interrupción causada por demanda se tiene por no ocurrida y

50. LLAMBIÁS, Jorge Joaquín. *Tratado de derecho civil. Parte general*. Buenos Aires, Lexis Nexis, 2003, 20ª ed., tomo II, pág. 607.

51. MOISSET DE ESPANÉS, Luis. *Prescripción*. Córdoba, Advocatus, 2006, 2ª ed., pág. 103. Naturalmente, esto es absolutamente pacífico, pues surge de una lectura plana del primer párrafo del artículo 648 del código civil, y es sabido desde antaño: mencionaremos, además del autor consignado líneas arriba, a BOFFI BOGGERO, Luis María. *Tratado de las obligaciones*. Buenos Aires, Astrea, 1981, 1ª ed., tomo 5, pág. 79. Para la jurisprudencia, una extensa recopilación puede encontrarse en TRIGO REPRESAS, Félix A., comentario *sub* art. 3987, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, KIPER, Claudio y TRIGO REPRESAS, Félix A. (directores). *Código civil comentado*. Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2006, 1ª ed., tomo XVIII, pág. 439 y siguientes.

el cómputo del plazo prescripcional no se ve afectado por la notificación hecha con anterioridad, en el proceso perimido. Queda por ver, sin embargo, qué ocurre cuando no hay caducidad; o lo que es lo mismo, cuál es el significado del segundo párrafo del artículo 648 del código civil.

5.2. La prescripción en curso de causa en el proceso civil paraguayo

Lo dicho poco antes lleva a la importante conclusión de que los dos párrafos del artículo 648 del código civil son independientes entre sí. En efecto, si opera la caducidad en el proceso se aplicará directamente el primer párrafo de la norma en cuestión, con lo cual ya no interesa saber el efecto de los actos interruptivos ocurridos durante el proceso: la perención les quitará toda virtualidad jurídica y toda la interrupción se tendrá por no ocurrida.

En otros términos, toda vez que la caducidad pueda operar, esta absorberá a la prescripción *durante el proceso*, con un efecto mucho más beneficioso para el deudor, pues eliminará la virtualidad jurídica de la interrupción. En otras palabras, si el expediente puede caducar, el segundo párrafo del artículo 648 del código civil no encontrará aplicación, porque producida la caducidad todo el efecto interruptivo desaparece y el cómputo de la prescripción iniciada con antelación incluye el tiempo del proceso perimido, con lo que ya carece de sentido invocar el efecto interruptivo del acto procesal, cuando es la entera demanda la que desaparece como consecuencia de la caducidad.

Por otro lado, explica suficientemente, si aún fuere necesario, la autonomía del primer párrafo de la norma respecto del segundo; en otros términos, la entidad independiente del abandono de hecho del proceso como supuesto diferente a los tres primeros establecidos en la norma.

Esto, que surge directamente de la norma interpretada, permite ver cómo no pueden encontrar aplicación *simultánea* los supuestos previstos en los dos párrafos del artículo 648 del código civil. En efecto, si opera la caducidad, el desistimiento o la absolución, todo el efecto interruptivo de la demanda *desaparece*, y por ende el plazo prescripcional inicia a correr desde donde se originó. Este momento originario se sitúa, indefectiblemente, *antes* de la notificación de la demanda, acto interruptivo que desaparece con la caducidad, desistimiento o absolución. En consecuencia, cuando estas hipótesis se verifican, es suficiente aplicar el primer párrafo del ar-

título 648 del código civil, que desplaza el origen del cómputo de la prescripción a un momento anterior al proceso, por la desaparición del efecto interruptivo de la demanda notificada. En consecuencia, allí carece de sentido aplicar el segundo párrafo del artículo 648 del código civil, por cuando todo el efecto interruptivo desaparece y el entero proceso carece de virtualidad jurídica a los efectos de la prescripción.

Se ve, pues, que el segundo párrafo del artículo 648 del código civil no puede operar en presencia de los supuestos previstos en el primer párrafo de la norma mencionada. Por ende, tampoco operará cuando el proceso sea susceptible de caducidad, precisamente porque, a norma del artículo 174 del código procesal civil, este instituto opera de derecho, con declaración incluso de oficio a norma del juez o tribunal, conforme lo estatuye el siguiente artículo del código ritual⁵².

Queda claro entonces que el efecto interruptivo de cada acto procesal, consagrado por el segundo párrafo del artículo 648 del código civil, queda sin aplicación cuando se produce la caducidad. Por ende, el abandono del proceso que allí se consagra como presupuesto para la prescripción en curso de causa encuentra sentido cuando el instituto de la caducidad no puede operar.

Es aquí donde corresponde echar mano de los cánones de la interpretación sistemática, según los cuales “Las normas legales no deben interpretarse nunca aisladamente, sino armonizándolas con las otras disposiciones de la misma ley; únicamente así puede obtenerse el recto significado de sus disposiciones. Pero no sólo es necesario armonizar las diferentes disposiciones de una misma ley, sino que también debe coordinárselas con las de otras leyes, particularmente de las que son posteriores. Esta tarea es fecundísima, porque permite hacer concordar la vieja ley con el

52. Sobre el punto, que surge directamente del dato normativo y no ofrece inconvenientes, pueden consultarse CASCO PAGANO, Hernán. *Código procesal civil comentado y concordado*. Asunción, La Ley Paraguaya, 2000, 4ª ed., tomo I, pág. 352 y siguientes; además de las precisiones operativas contenidas en PODETTI, J. Ramiro. *Tratado de los actos procesales*. Buenos Aires, EDIAR, 1955, 1ª ed., pág. 370 y siguientes.

espíritu de la legislación contemporánea, e interpretar aquélla de acuerdo con las necesidades y tendencias jurídicas actuales”⁵³.

En términos más profundos, “para comprender el sentido de la ley es indispensable tener presente: 1) la lógica lingüística, siempre que se trate de normas actuadas mediante enunciaciones (declaraciones), o bien la lógica del comportamiento, cuando se trate de normas identificadas por medio de la costumbre; 2) la lógica de la materia disciplinada, como se infiere de la naturaleza económico-social de las relaciones reguladas (la llamada 'naturaleza de las cosas'); 3) la lógica jurídica, es decir, de la disciplina, del tratamiento jurídico como tal, considerado en el doble momento sistemático (lógica en sentido estricto) y teleológico”⁵⁴. No se puede dudar, entonces, de que “en la cultura jurídica moderna, y en particular en la cultura jurídica de los países de Europa continental con derecho codificado, como el nuestro, las reglas de la inferencia lógica se incluyen entre las normas que disciplinan el comportamiento de los órganos de la aplicación de la ley”⁵⁵.

Se impone, pues, un ejercicio de lógica jurídica, que permita una interpretación sistemática, a los efectos de preservar la coherencia del legislador⁵⁶ y al mismo tiempo ofrecer una solución unitaria dentro del siste-

53. BORDA, Guillermo A. *Tratado de derecho civil argentino. Parte general*. Buenos Aires, Perrot, 1965, 4ª ed., tomo I, pág. 203.

54. BETTI, Emilio. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. Milano, Giuffrè, 1971, 2ª ed., pág. 273.

55. TARELLO, Giovanni. *L'interpretazione della legge*. Milano, Giuffrè, 1980, 1ª ed., págs. 81 y 82.

56. En sentido muy semejante al del texto: “El argumento por congruencia se funda en la conveniencia de una proposición cuya verdad ha sido demostrada concluyentemente, con otras proposiciones conocidas con seguridad como verdaderas, con objeto de patentizar con mayor claridad la verdad de la primera. Con este argumento se manifiesta que la verdad ya establecida es además congruente con otras verdades evidentes, con las cuales mantiene una positiva armonía”: MANS PUIGARNAU, Jaime M. *Lógica para juristas*. Barcelona, Bosch, 1978, 1ª ed. (reimpresión), pág. 205.

ma⁵⁷. El ejercicio en cuestión propone, inmediatamente, la siguiente pregunta: ¿cuándo opera el segundo párrafo del artículo 648 del código civil?

Naturalmente, conforme con lo dicho hasta aquí, debe excluirse el supuesto en el cual la caducidad de instancia pueda operar. En otros términos, siempre que el último acto procesal producido sitúe al proceso en un estado en el que éste pueda perimir, será aplicable el artículo 175 del código procesal civil, con un efecto más intenso y favorable para el deudor, a cuyo tenor se retrotraerá el cómputo de la prescripción a un momento anterior a la demanda notificada, eliminando el efecto interruptivo de esta última.

Esta premisa, que quedó demostrada en los desarrollos que anteceden, nos lleva derechamente a considerar los supuestos previstos por el artículo 176 del código procesal civil: “*No se producirá la caducidad: a) en los procedimientos de ejecución o cumplimiento de sentencia; b) en los procesos sucesorios, y en general, en los voluntarios, salvo que en ellos se susci-*

57. Se refieren a este aspecto AFTALIÓN, Enrique R. y VILANOVA, José. *Introducción al derecho*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994, 2ª ed. (reimpresión), pág. 875, cuando indican que la interpretación sistemática presupone la consideración de la totalidad del ordenamiento jurídico, y que la asignación de sentido a las normas se realiza en el interior del sistema, en función del caso que se considere. La sistemática, así, “*organiza el conjunto de normas, estructura lógicamente los conceptos jurídicos que debe utilizar el intérprete y gravita en la labor de asignar el sentido jurídico al caso concreto*”. En un contexto más general, pueden leerse también las expresiones de PERELMAN, Chaïm y OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*. Traducción de SEVILLA MUÑOZ, Julia. Madrid, Gredos, 2015, 1ª ed., pág. 699: “*Los elementos aislados para su investigación forman, en realidad, un todo; están en constante interacción, la cual se produce desde varios puntos de vista: interacción entre diversos argumentos enunciados, interacción entre éstos y el conjunto de la situación argumentativa, entre éstos y su conclusión y, por último, interacción entre los argumentos contenidos en el discurso y los que tienen a este último por objeto*”.

En la doctrina italiana, son significativas las enseñanzas de BOBBIO, Norberto. *Teoria generale del diritto*. Torino, Giappichelli, 1993, 1ª ed., pág. 205: “*Que el ordenamiento jurídico, o al menos una parte de él, constituye un sistema, es un presupuesto habitual de la actividad interpretativa, una de las herramientas, lo diremos así, del jurista*”.

taren controversias; y, c) cuando los procesos estuvieren pendientes de alguna resolución y la demora en dictarla fuere imputable al juez o tribunal”.

En todos los casos descriptos por la norma la caducidad no puede operar, pero el plazo de prescripción sigue corriendo, precisamente por la distinción entre ambos institutos —que dejamos delineada *supra*— y por la previsión expresa del segundo párrafo del artículo 648 del código civil, que convierte a cada acto idóneo para el avance del procedimiento en interruptivo de la prescripción. En otros términos, la paralización del proceso que no engendra caducidad sí puede generar prescripción, precisamente por la repercusión que la inactividad genera en cuanto al derecho sustancial discutido, repercusión que nuestro código civil extiende inequívocamente también al curso del proceso, conforme lo dejamos ampliamente reseñado.

Esto es, en una interpretación armónica y sistemática del derecho positivo, el abandono de hecho del proceso, y el significado de cada acto procesal —del juez o de las partes, según la norma que nos ocupa— como interruptivo del plazo prescripcional tienen sentido precisamente cuando la caducidad no puede operar, como elemento final que permite dar a la inactividad de las partes un significado pleno en orden a la pérdida del derecho, en los términos generales del artículo 633 del código civil.

En otros términos, si el expediente es susceptible de caducidad la inactividad tendrá un efecto más intenso, pues eliminará todo el tiempo del proceso, haciendo desaparecer la causal interruptiva de la demanda y contando el tiempo de prescripción sin interrupciones, desde su origen. Pero si hay inactividad procesal en un expediente *no susceptible* de caducar, entonces esa inactividad, calificada a tenor del artículo 648, segundo párrafo, del código civil, operará haciendo iniciar el cómputo de prescripción desde el último acto procesal de impulso.

Esto es plenamente coherente con las consideraciones que dejamos desarrolladas líneas arriba⁵⁸. Recordándolas brevemente, se había dicho que el artículo 648 del código civil es el resultado de una elección expresa, que zanja, en el plano del derecho positivo, una conocida polémica doctrinaria acerca del efecto interruptivo de la demanda. Abandonando la con-

58. Nos remitimos a las primeras conclusiones, compendiadas *supra*, bajo el título 4.

cepción francesa clásica, que la doctrina mayoritaria en Argentina acogió, el legislador nacional dispuso expresamente que cada acto procesal determinaba una nueva interrupción, y por ende un nuevo cómputo del plazo prescripcional, salvo las excepciones previstas en el primer párrafo del artículo 648.

Esto determina la aplicabilidad excluyente del primer o del segundo párrafo de dicha norma, según se configuren los supuestos de hecho allí previstos; y ello implica una armonía sustancial con el régimen de la prescripción y con su fundamento teleológico, además de imponer al acreedor una actividad –en orden a la satisfacción de su crédito– que no se detiene con la iniciación idónea del proceso sino que requiere además su continuidad a lo largo de toda su duración.

Lo dicho hasta aquí hace que ante la imposibilidad de aplicar el segundo párrafo del artículo 648 del código civil cuando la caducidad sea viable, aquél adquiere toda su virtualidad en los casos en los que la perención de instancia no procede; con lo que en dichos supuestos debe estarse necesariamente al elemento prescripcional, computado desde el último acto de las partes o del juez, como factor que permite integrar de modo coherente los efectos de la inactividad del acreedor que reclama. De hecho, esto es lo que ha entendido una parte de la jurisprudencia nacional⁵⁹.

59. En la nota 1 recordábamos un fallo del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Capital, Sexta Sala (Acuerdo y Sentencia N° 27, del 18 de septiembre del 2013), y dejamos anotada la divergencia entre los fundamentos de los conjueces. En el voto del Dr. MARTÍNEZ PRIETO, se dice textualmente, al justificar la posibilidad de la prescripción una vez iniciada la demanda: *“Ello supone que el proceso no es tomado como un evento interruptivo único y total, que mantiene la acción viva mientras el proceso exista, sino que por el contrario, la demanda y su notificación constituyen simplemente un evento interruptivo singular, al cual deben seguir más actos procesales, de modo de (sic.) continuar produciendo sucesivas interrupciones. Si entre un acto procesal y otro, ya dentro del proceso, se produce un lapso de inactividad que iguale al plazo prescripcional de la acción que se está debatiendo, la parte interesada puede proponer la prescripción. Ahora bien, nótese que esa prescripción debe ser posterior a la demanda y su notificación, las prescripciones operadas con anterioridad solo pueden ser planteadas en la etapa procesal específica, que es la de excepciones”*. Esta postura no fue compartida por los demás integrantes del órgano colegiado.

5.3. Los supuestos de improcedencia de la perención y la prescripción en curso de causa

Lo expuesto hasta aquí impone un análisis de los supuestos en los que la caducidad de instancia no se produce, a los efectos de corroborar la posibilidad de la aplicación del segundo párrafo del artículo 648 del código civil. Dichos supuestos se encuentran compendiados en el artículo 176 del código procesal civil.

Puede descartarse rápidamente, a los efectos de este análisis, el inciso b) del artículo en cuestión, según el cual la caducidad de instancia no se produce en los procesos sucesorios, y en general, en los voluntarios, salvo que en ellos se suscitaren controversias. En efecto, es sabido que en el procedimiento sucesorio no se producen problemas relacionados con la prescripción, ya que no existe plazo para su apertura⁶⁰.

Ahora bien, la posición que se reseñó es la misma que el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Capital, Tercera Sala –del cual es integrante natural el Dr. MARTÍNEZ PRIETO– ya sostuvo, con anterioridad, en forma unánime: véase el A.I. N° 452, del 9 de agosto de 2013.

Naturalmente, a tenor de lo expuesto en el texto, tal postura debe ser compartida, aunque tendremos oportunidad de volver a la consideración de dichos fallos en oportunidad de debatir los corolarios que se obtienen de la premisa que se deja anotada, la cual es, desde luego, normativamente correcta.

60. Son ampliamente iluminadoras las consideraciones que siguen: “No existe término para abrir la sucesión; consecuente con ello el derecho a abrir la sucesión es imprescriptible, sin perjuicio de que prescriba o caduque el derecho a la forma de aceptar la herencia o a los bienes que la componen. No hay sanción legal en contra de quienes no abren la sucesión a la cual tienen derecho (...). Además, la ley impide a los herederos la libre disposición de los bienes hasta que se haya cumplido con los requisitos que con respecto a la sucesión señala. Y ello en virtud, no sólo de estar comprendido el orden social y legal de las personas y los bienes en juego en la sucesión, sino también el de los terceros con respecto al carácter en sí de derechohabientes, pero que pueden tener un interés protegido en ella. Es necesario, pues, definir situaciones, y aún más, fijarlas para poder determinar en el tiempo y en el espacio una transmisión, el nacimiento, desarrollo o extinción de un derecho y las consecuencias que respecto de las partes y de terceros impliquen”:

De este modo, al no poder concebirse la prescripción de la acción para promover el juicio sucesorio, no se presenta la posibilidad de aplicación del segundo párrafo del artículo 648 del código civil. De hecho, es precisamente éste el fundamento que justifica la elección del legislador en relación con la imposibilidad de que caduquen este tipo de procesos, conforme lo ha señalado la jurisprudencia más atenta y antigua: “*Los tribunales de La Plata han declarado que ha triunfado en nuestra jurisprudencia la tesis de que en los juicios sucesorios no procede la perención, porque no hay controversia y no puede extinguirse la acción, y citaron otros pronunciamientos en ese sentido*”⁶¹.

Puede predicarse lo mismo de los procesos voluntarios. De hecho, buena parte de la literatura considera que se justifica la equiparación de los juicios sucesorios a los voluntarios en general, a los efectos de la caducidad, puesto que aquéllos son una especie de éstos, con lo que resultan aplicables exactamente los mismos argumentos desarrollados precedentemente⁶².

GOYENA COPELLO, Héctor Roberto. Curso de procedimiento sucesorio. Buenos Aires, La Ley, 2008, 9ª ed., pág. 117.

En la doctrina nacional, puede verse la posición –idéntica– de LÉVERA GÓMEZ, Arnaldo. *Comentario sub art. 731 del código procesal civil*, en *Código procesal civil de la República del Paraguay*, dirigido por TELLECHEA SOLÍS, Antonio y coordinado por IRÚN CROSKY, Sebastián. Asunción, La Ley Paraguaya, 2012, 1ª ed., tomo V, pág. 116.

Apenas sí vale la pena apuntar que –como es obvio– no nos referimos aquí ni a la colación ni a la petición de herencia, acciones que sí tienen un plazo de prescripción expresamente previsto en el código civil –artículo 659, incisos c) y d)– y que presuponen procesos distintos al juicio sucesorio: para nociones sobre estos institutos, véase DE GÁSPERI, Luis. *Tratado de derecho hereditario*. Buenos Aires, TEA, 1953, 1ª ed., tomo II, págs. 117 y siguientes (petición de herencia), y 253 y siguientes (colación); además de MAFFIA, Jorge O. *Tratado de las sucesiones*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, 3ª ed., tomo I, págs. 459 y siguientes (petición de herencia), y 693 y siguientes (colación).

61. La mención, con la cita del fallo (JA 1-559) pertenece a PARRY, Adolfo E. *Perención de la instancia*. Buenos Aires, OMEBA, 1964, 3ª ed., pág. 328.

62. *Ex plurimis*, para la caracterización de los procesos sucesorios como voluntarios, puede verse la explicación de FENOCHIETTO, Carlos Eduardo y ARAZI,

De hecho, los procesos voluntarios se caracterizan por la ausencia de la pretensión de obtener una decisión que importe un efecto jurídico respecto de otra persona, “sino por la necesidad de lograr un pronunciamiento al cual la ley condiciona el nacimiento o la eficacia de una determinada relación jurídica; de allí que en los procesos voluntarios las decisiones judiciales se dicten, eventualmente, en favor del peticionario, pero no en contra o frente a un tercero”⁶³. En términos ilustrativos, se ha enseñado que “en la jurisdicción voluntaria, lo que se lleva al magistrado es un pedido de la realización de un acto que la ley considera necesario para dar vida a una nueva relación jurídica o producir un determinado efecto jurídico. En un caso hay una litis, en el otro no. Eso es todo”⁶⁴.

Roland. *Código procesal civil y comercial de la nación*. Buenos Aires, Astrea, 1993, 2ª ed., tomo 3, págs. 335 y 336. Significativos también MORELLO, Augusto Mario; SOSA, Gualberto Lucas; y BERIZONCE, Roberto Omar. *Códigos procesales en lo civil y comercial de la provincia de Buenos Aires y de la nación*. La Plata - Buenos Aires, Librería Editora Platense - Abeledo Perrot, 1999, 2ª ed., tomo IX - A, pág. 4, quienes caracterizan al juicio sucesorio como el ejemplo más usual de “*las actividades de la jurisdicción voluntaria*”.

En cuanto a lo dicho respecto de la caducidad de instancia, resulta útil la completa reseña jurisprudencial contenida en LOUTAYF RANEA, Roberto G; y OVEJERO LÓPEZ, Julio C. *Caducidad de la instancia*. Buenos Aires, Astrea, 2014, 2ª ed. (reimpresión), pág. 468 y notas al pie; amén de lo expuesto por FALCÓN, Enrique M. *Caducidad o perención de instancia*. Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2004, 3ª ed., pág. 85: “*Pero, sin duda, el proceso sucesorio es un proceso voluntario, ya que todos los intervinientes pretenden, sin oposición, llegar al mismo destino*”.

63. PALACIO, Lino Enrique. *Derecho procesal civil*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011, 3ª ed., tomo I, pág. 222. Coincide con esta posición IBÁÑEZ FROCHAM, Manuel. *La jurisdicción*. Buenos Aires, Astrea, 1972, 1ª ed., págs. 109 y 110, quien en el marco de un análisis por demás interesante sobre la naturaleza jurisdiccional de los procesos voluntarios, indica que en ellos no hay controversia ni tampoco contraparte, en oposición al proceso contencioso.

64. LASCANO, David. *Jurisdicción y competencia*. Veracruz, Praxis Jurídica, 1978, 1ª ed., pág. 65.

En síntesis, en el proceso voluntario no hay una decisión que dirima un enfrentamiento entre dos sujetos de derecho⁶⁵, por lo que no hay un litigio en el sentido de controversia, de contraposición de posiciones antagónicas entre sí.

Apenas se comprenda esto, y se vincule este dato con el otro, según el cual la prescripción resulta ser una forma de eximición de la obligación por el transcurso del tiempo, que exonera a quien estuviere obligado al cumplimiento de un hecho o a abstenerse de él⁶⁶, de cumplir con la prestación que le es debida, y le permite resistir la demanda en tal sentido; resulta obvio que al no haber pretensión contradictoria en los procedimientos voluntarios, lo que allí se debate no puede ser objeto de prescripción, por lo que no podrá encontrar aplicación el artículo 648, segundo párrafo, del código civil.

En efecto, la prescripción presupone una obligación no cumplida y exigible prolongada en el tiempo, es decir, una situación en la cual el acreedor puede exigir –o si se prefiere, pudo exigir antes de que se cumpla el plazo prescripcional– el cumplimiento de una prestación en *contraposición* de intereses ante el deudor: precisamente, la antítesis de la jurisdicción voluntaria, conforme lo dejamos dicho⁶⁷. No en vano el código civil previene, como principio general, que la prescripción inicia a correr desde que nace el derecho a exigir, conforme con el artículo 635⁶⁸, lo cual es índice inequívoco que la prescripción presupone una pretensión a dilucidarse –si la cuestión llegase a los estrados judiciales– en contradictorio.

65. Muy ilustrativo en cuanto a esta cuestión CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Traducción de SENTÍS MELENDO, Santiago. Buenos Aires, EJE, 1959, 1ª ed., tomo I, pág. 50: “*Verosíblemente el nombre de jurisdicción voluntaria proviene de que el juez no decide entre dos litigantes y, por tanto, contra uno de ellos (contra nolentem), sino en relación con uno solo, que le pide que provea (adversus volentem)*”.

66. Parafraseamos aquí el artículo 633 del código civil.

67. Volvemos a remitir a la nota 65, y a la ilustrativa cita de Carnelutti.

68. Precisamente por esta razón SALVAT, Raymundo M. *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones en general*. Buenos Aires, TEA, 1956, 6ª ed., actualizada por GALLI, Enrique V., tomo III, pág. 417; indica que “*la prescripción es inseparable de la acción y comienza desde que aquélla existe*”.

Más precisamente, la prescripción presupone la existencia de una obligación jurídicamente exigible, que dejó de serlo por el paso del tiempo⁶⁹. Esa exigencia, de proponerse en juicio, interrumpirá el curso de la prescripción si llegare en tiempo oportuno –a tenor del artículo 647, inciso a), del código civil– y generará un procedimiento que será contencioso por naturaleza, en cuanto habrá una parte (acreedor) que pretenderá el cumplimiento de una obligación por parte de otra (deudor)⁷⁰.

Queda así demostrado que en los procedimientos voluntarios, como no hay controversia, no puede pensarse en la prescripción del derecho que se alega; ya que la prescripción va íntimamente ligada con una pretensión de cumplimiento de determinada obligación ante otro sujeto, lo cual nunca podrá ser materia de un procedimiento voluntario sino contencioso. Esta es la razón por la cual no interesa detenerse, a los fines del presente trabajo, en el inciso b) del artículo 176 del código procesal civil, ya que el mismo no requiere ser coordinado con el artículo 648 del código civil.

Distinta es la situación que se presenta con el inciso a) del artículo 176 del código procesal civil⁷¹. Trataremos la cuestión con detalle más adelante⁷²; pero nos apresuramos a adelantar que aquí la coordinación sí es necesaria, porque en los procedimientos de ejecución o cumplimiento de sentencia la prescripción es absolutamente concebible, y resulta de las previsiones del artículo 659, inciso b), del código civil, y su concordancia, el artículo 526 inciso b) del código procesal civil, que consagra la oportunidad de la oposición de la prescripción en tales tipos de procesos. Esta es la conocida prescripción de la *actio iudicati*, que merecerá tratamiento aparte en relación con el problema que nos ocupa en el presente trabajo. Por el momento basta señalar que –precisamente porque puede haber prescrip-

69. En este sentido LÓPEZ HERRERA, Edgardo. *Concepto. Elementos. Caracteres*; en LÓPEZ HERRERA, Edgardo. *Tratado de la prescripción liberatoria*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, 2ª ed., pág. 27.

70. Resulta oportuno reiterar aquí lo dicho en la nota 45, acerca de las implicancias y estructura de la relación obligatoria, sobre todo en cuanto al poder de agresión que confiere al acreedor respecto del patrimonio del deudor.

71. La improcedencia de la caducidad en los procedimientos de ejecución o cumplimiento de sentencia.

72. Para lo cual remitimos al lector *infra*, al título 5.4.

ción en la ejecución de sentencia, por previsión normativa expresa— este es un supuesto en el que encontrará aplicación el segundo párrafo del artículo 648 del código civil. En otros términos, aquí sí podrá operar la prescripción en curso de causa⁷³.

Queda por analizar, así, el inciso c) del artículo 176 del código procesal civil, que refiere a la improcedencia de la caducidad cuando los procesos estuvieren pendientes de alguna resolución y la demora en dictarla fuere imputable al juez o tribunal. Esta hipótesis ofrece un interés práctico muy agudo.

En primer lugar, excluirémos de esta hipótesis, de inmediato, la pendencia de dictado de resoluciones de mero trámite. Conforme con la doctrina⁷⁴ y jurisprudencia⁷⁵ más autorizadas, esta situación no se encua-

73. Las condiciones de dicha operatividad serán analizadas en el título 5.4, al cual ya hemos remitido en la nota anterior.

74. *Ex multis*: MAURINO, Alberto Luis. *Perención de la instancia en el proceso civil*. Buenos Aires, Astrea, 2008, 2ª ed. (reimpresión), págs. 312 y 313; LOUTAYF RANEA, Roberto G; y OVEJERO LÓPEZ, Julio C. *Caducidad de la instancia*. Buenos Aires, Astrea, 2014, 2ª ed. (reimpresión), págs. 528 y 529; PARRY, Adolfo E. *Perención de la instancia*. Buenos Aires, OMEBA, 1964, 3ª ed., pág. 79. En la doctrina nacional: TRIGÜIS, María Gloria. *Caducidad de la instancia*. Asunción, Intercontinental, 2006, 1ª ed., pág. 119.

Debe puntualizarse aquí que la opinión contraria, en Argentina, puede sostenerse válidamente en virtud del dictado de la ley 22.434/1981, que ha variado sustancialmente la redacción del artículo 313, inciso 3), del código procesal civil y comercial de la nación, introduciendo el siguiente agregado: “o la prosecución del trámite dependiere de una actividad que este código o las reglamentaciones de superintendencia imponen al secretario o al oficial primero”, con lo cual se ve que el entendimiento de “demora imputable al tribunal” resulta mucho más amplio en el vecino país. En nuestro derecho procesal no se contempla tal supuesto. Sobre la situación de la cuestión antes y después del cambio, es exhaustiva la explicación de LOUTAYF RANEA, Roberto G; y OVEJERO LÓPEZ, Julio C. *Caducidad de la instancia*. Buenos Aires, Astrea, 2014, 2ª ed. (reimpresión), págs. 528 y siguientes. Puede verse también, en cuanto al comentario a dicha modificación, PALACIO, Lino E.; y ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Código procesal civil y comercial de la nación*. Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1993, 1ª ed., tomo 7, págs. 108 y siguientes.

75. Los fallos en tal sentido son numerosísimos. Mencionaremos, por todos, los siguientes: ED 23-459; ED 46-433; ED 54-359; LL 1998-F-873; ED 69-201; ED

dra en el artículo 176, inciso c), del código procesal civil, y por ende, de transcurrir el plazo de caducidad, permite que ésta opere⁷⁶. Con ello, se produce la desaparición del efecto interruptivo de la demanda al que alude el primer párrafo del artículo 648 del código civil, con lo que el segundo párrafo del artículo 648 del código civil no encontrará aplicación⁷⁷.

Así las cosas, tenemos que considerar el caso en el cual estén pendientes de decisión cuestiones que deciden artículo –interlocutorias– en los términos del artículo 158 del código procesal civil, o bien la sentencia definitiva en sí misma. Aquí se presupone –precisamente por la carga que tienen las partes de instar el procedimiento hasta llegar a su fin– que el proceso está en condiciones de ser resuelto válidamente⁷⁸, o cuanto menos

65-434; LL 154-220; LL 132-1056. En nuestro país, puede verse LLP 1998-72; amén de los fallos de la Sala Civil y Comercial de la Corte Suprema de Justicia, que sostienen dicha postura: A.I. N° 609, 30 de abril de 2009; A.I. N° 787, 20 de mayo de 2009, entre otros.

76. Va de suyo que si no se acepta la tesis a la que se aludió en las dos notas anteriores, según la cual la pendencia del dictado de cualquier providencia permite el cómputo del plazo de la caducidad, se aplicará entonces el segundo párrafo del artículo 648 del código civil, de la manera que se indicará en el texto. Es decir, en otros términos, si se considera que el hecho de que el expediente esté pendiente de una providencia es impeditivo de la caducidad, entonces se tendrá que computar el plazo prescripcional conforme se indicará en el texto; y se tendrá que equiparar la hipótesis a la pendencia en el dictado de resoluciones que deciden artículo, o al supuesto del dictado de sentencia definitiva.

77. Reenviamos al lector a lo dicho *supra*, en los títulos 5.1 y 5.2.

78. Es absolutamente pacífico que la carga de las partes de instar el procedimiento sigue hasta que el expediente esté en condiciones de ser resuelto. Véanse, *ex plurimis*, COLOMBO, Carlos J. *Código procesal civil y comercial de la nación*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1969, 1ª ed., tomo II, pág. 700: “*El código libera a las partes de la carga de instar el proceso cuando deben esperar que termine la actividad que sólo puede realizar el juez o tribunal, sin poder llevar a cabo aquellas, actos procesales útiles*”; FENOCHIETTO, Carlos Eduardo y ARAZI, Roland. *Código procesal civil y comercial de la nación*. Buenos Aires, Astrea, 1993, 2ª ed., tomo 2, pág. 41; ROJAS WIEMANN, Javier. *La caducidad de instancia en el proceso civil*. Asunción, La Ley Paraguaya, 2013, 1ª ed., págs. 51 y 52 (aunque, si entendemos bien, parecería contradictorio con lo dicho *ibidem*, pág. 45, nota 84). Para la juris-

que la resolución interlocutoria está en estado para ser pronunciada, sin que las partes tengan ya carga procesal alguna.

De este modo, viene en consideración, como primer elemento a tener en cuenta, el plazo del que gozan los jueces para dictar resolución. El mismo se halla establecido en el artículo 162 del código procesal civil – fijado en días hábiles de conformidad con el artículo 147 del mismo cuerpo legal– y es de diez o quince días, según se trate de juez o tribunal de apelación, para los autos interlocutorios; y de cuarenta o sesenta días, según se trate de juez o tribunal, para las sentencias definitivas. En ambos casos, el cómputo se inicia desde que el expediente queda en estado para resolver, de manera firme.

En estos supuestos, queda claro que el último acto de impulso es la providencia que pone el expediente en estado de resolución, momento desde el cual ya no es posible hablar de caducidad –para el caso de resoluciones definitivas o interlocutorias, conforme con lo que dejamos dicho– por lo menos hasta el momento en el que la resolución se dicte. En este estadio procesal, la concordancia con el segundo párrafo del artículo 648 del código civil es posible y necesaria, ya que mediando pendencia de resolución el expediente no puede perimir, pero sí podrá prescribir, conforme con lo que se tiene dicho hasta aquí.

Sin embargo, en este caso particular el cómputo de la prescripción deberá tener en cuenta algunas peculiaridades. En efecto, corresponde recordar que las partes no pueden impulsar el procedimiento ulteriormente en tanto el expediente esté en estado de resolución, lo cual, para el caso de la sentencia definitiva, está expresamente previsto en el artículo 383 del código procesal civil⁷⁹.

prudencia, léanse, entre muchos otros, LL 1993-C-448; LL 1982-A-15; LL 1982-A-173; LL 1981-A-567; LL 1980-C-317.

79. Recordamos aquí lo dicho en la nota anterior. Para el caso de las resoluciones interlocutorias, corresponde traer a consideración las disposiciones de los artículos 189 y 229 del código procesal civil, que expresan idéntico principio. Desde luego, no nos referimos aquí a las interlocutorias que decidan incidencias que no impidan el curso del proceso principal, en los términos del artículo 182 del código procesal civil, puesto que las mismas no son causal impeditiva de la caducidad del principal (véase, en este sentido, PALACIO, Lino Enrique. *Derecho procesal civil*.

Ante esta situación, nos hallamos ante un último acto interruptivo de la prescripción –el llamamiento de autos para resolver o para sentencia, según el caso– que es seguido de un período de tiempo en el que el acreedor interesado nada puede hacer para poder impulsar ulteriormente el procedimiento hasta que el plazo para dictar resolución haya transcurrido. En ese primer momento, en consecuencia, el cómputo prescripcional –el de la caducidad, como se dijera, no procede– no puede iniciar inmediatamente, precisamente por la imposibilidad de las partes de activarse válidamente hasta el transcurso del mencionado período.

Encuentra así aplicación el principio general del artículo 635 del código civil, según el cual el plazo prescripcional inicia a correr desde que nace el derecho a exigir⁸⁰. En la situación delineada, el acreedor –y más en general, las partes del proceso– no pueden realizar actividad útil durante el plazo de tiempo del que dispone el órgano jurisdiccional para resolver.

De este modo, en esta hipótesis el cómputo de la prescripción en curso de causa no iniciará de inmediato, sino solamente cuando el último día del plazo para resolver haya transcurrido sin mediar resolución judicial. Ello así, porque luego de dicho día nace la posibilidad de las partes de realizar peticiones para impulsar el procedimiento, en los términos del segundo párrafo del artículo 648 del código civil, a través de la vía del urgimiento y ulterior queja por retardo de justicia, expresamente prevista en el artículo 412 del código procesal civil, según el cual, transcurrido el plazo

Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011, 3ª ed., tomo IV, pág. 206, y jurisprudencia citada en nota), por lo que se excluyen del presente razonamiento.

80. Para la explicación de este punto, son sumamente ilustrativos VITUCCI, Paolo y ROSELLI, Federico. *La prescrizione*. Milano, Giuffrè, 2012, 2ª ed., tomo I, pág. 110 y siguientes. También es útil la lectura de MOLLE, Giacomo. *I contratti bancari*. Milano, Giuffrè, 1966, 1ª ed., pág. 138: “*En ausencia de una norma expresa, la doctrina se encontraba dividida en cuanto al momento inicial del cómputo de la prescripción en general. Algunos sostenían que la acción nacía en el mismo momento en el que se verificaba la lesión del derecho (teoría llamada de la violación); otros, por el contrario, remittían dicho momento a aquél en el que el derecho podía ser ejercido válidamente (teoría de la realización). Tal contraste hoy es superado por el artículo 2935 [exactamente igual al artículo 635 de nuestro código civil] según el cual la prescripción inicia a computarse desde el día en el que el derecho es exigible*”.

para dictar resolución sin que ello haya ocurrido, el juez o tribunal podrá ser requerido al efecto por cualquiera de los interesados en el proceso.

Allí nace la facultad de las partes de exigir al juez que se pronuncie, y en consecuencia la posibilidad de exigir válidamente, incluso a través de la queja por retardo de justicia, lo que torna aplicable, a los efectos de la prescripción, el artículo 639 del código civil⁸¹. La norma sobre el recurso de queja por retardo de justicia⁸², así, revela su operatividad para determinar el *dies a quo* de la prescripción que corre, en curso de causa, cuando el expediente se halla pendiente de resolución. Nótese, además, como los presupuestos del recurso –actividad de las partes para suplir la mora del juez– denotan un interés en el impulso que es absolutamente compatible

81. El artículo 3559 del anteproyecto DE GÁSPERI (DE GÁSPERI, Luis. *Anteproyecto de código civil*. Asunción, El Gráfico, 1964, 1ª ed., pág. 1033) es aún más claro, puesto que habla de denuncia o conminación de un hecho a quien lo haya de efectuar. Esta norma, fuente del artículo 639 del código civil, es de claro origen alemán: véase ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. *Tratado de derecho civil (parte general)*. Traducción de PÉREZ GONZÁLEZ, Blas; y ALGUER, José. Barcelona, Bosch, 1981, 3ª ed., tomo I, II, segunda parte, págs. 1027 y 1028.

82. En efecto, el recurso de queja por retardo de justicia presupone precisamente el vencimiento de los plazos para dictar resolución, y se configura como una potestad de impulso que en nuestro derecho, incumbe al apoderado como una obligación. Véase, en este sentido, BARRIOCANAL, Raúl Fernando. *Comentario sub art. 412 del código procesal civil*, en *Código procesal civil de la República del Paraguay*, dirigido por TELLECHEA SOLÍS, Antonio y coordinado por IRÚN CROSKEY, Sebastián. Asunción, La Ley Paraguaya, 2012, 1ª ed., tomo II, págs. 317 y 318; así como RIVAS, Adolfo Armando. *Tratado de los recursos ordinarios*. Buenos Aires, Ábaco, 1991, 1ª ed., tomo 2, pág. 789 y siguientes.

También en otros ordenamientos la idea del recurso de queja por retardo de justicia aparece íntimamente vinculada al retraso en el dictado de la resolución, y presupone una actividad de urgimiento o instancia para resolver; es decir, demuestra el interés de las partes en juicio: IBÁÑEZ FROCHAM, Manuel. *Tratado de los recursos en el proceso civil*. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1957, 1ª ed., págs. 403 y 404; PODETTI, J. Ramiro. *Tratado de los recursos*. Buenos Aires, EDIAR, 1958, 1ª ed., pág. 281.

con lo que se viene diciendo hasta aquí, y señaladamente con los fundamentos de la prescripción, a los que nos referimos con anterioridad⁸³.

Naturalmente, una vez dictada la resolución –dentro o fuera del plazo que tienen los jueces para tal efecto– al ser ello un acto de impulso, el cómputo vuelve a iniciarse según las reglas de la interrupción, de acuerdo con el segundo párrafo del artículo 648 del código civil⁸⁴. Resulta irrelevante aquí que la decisión se haya notificado o no, que sea definitiva o interlocutoria, puesto que su mero dictado es acto suficiente de impulso que determina un nuevo cómputo en los términos del artículo 648, segundo párrafo, del código civil. Naturalmente, los sucesivos actos de notificación serán otros tantos actos de impulso que determinarán el reinicio de un nuevo cómputo, según las reglas generales sobre la interrupción⁸⁵.

Aun cuando son supuestos no previstos en el artículo 176 del código procesal civil, dedicaremos breves líneas a la posibilidad de prescripción en dos casos previstos en el artículo 173 del código procesal civil: la paralización del proceso por acuerdo de las partes o disposición judicial, y la remisión del expediente a la vista a pedido de otro órgano jurisdiccional.

Para el caso en el que haya suspensión acordada de los trámites del proceso, a tenor del artículo 152 del código procesal civil⁸⁶, se aplicará el mismo razonamiento desarrollado en oportunidad de determinar la influencia de los plazos procesales para dictar resolución en cuanto al *dies a quo* del cómputo de la prescripción. Queda claro que entretanto dure dicha suspensión acordada, el proceso no podrá ser impulsado válidamente y por consiguiente no se podrá computar la prescripción mientras dicha suspensión dure, ya que en tal situación no cabrá la posibilidad de solicitar el

83. Ver, sobre todo, la nota 43.

84. Volvemos a recordar, como lo hiciéramos en este mismo apartado, líneas más arriba, que nos ocuparemos del problema de la prescripción de la ejecución de sentencia en un título independiente, *infra*, 5.4.

85. Nos remitimos a lo dicho en el capítulo 4. Por su parte, veremos el problema en relación con las distintas instancias en las que se puede presentar *infra*, título 5.5.b.

86. Para esta figura, puede consultarse PALACIO, Lino E.; y ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Código procesal civil y comercial de la nación*. Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1989, 1ª ed., tomo 4, pág. 365.

avance del proceso. Una vez más, encuentra aplicación el principio del artículo 635 del código civil.

Resulta claro que una vez excedido el plazo de suspensión acordada, se reinicia la posibilidad de activar el proceso a través del pedido de reanudación de trámites, con lo que el plazo de prescripción vuelve a computarse a partir de allí. Se aplica aquí el mismo razonamiento que en sede de perención de instancia⁸⁷; quedando claro que tratándose el problema que nos ocupa de prescripción, y por ende de aplicación del artículo 648, segundo párrafo, del código civil, el pedido de suspensión resulta un acto de procedimiento que es idóneo para producir la interrupción del plazo, con lo que el cómputo prescripcional en curso de causa reiniciará una vez fenecido el plazo de suspensión acordada, cuando el procedimiento esté en condiciones de ser reanudado.

Para los demás supuestos de suspensión, así como para el caso de remisión de los autos a otro órgano jurisdiccional, el problema que nos ocupa –la incidencia en el cómputo de la prescripción– no puede tener una respuesta única, y la solución dependerá de la motivación en concreto de la suspensión de la que se trate. En efecto, la remisión de los autos, o la suspensión del proceso, puede tener múltiples causales⁸⁸, por lo que la situa-

87. Para lo cual véase la completa explicación de BACRE, Aldo, en AA.VV. *Caducidad de instancia*. EISNER, Isidoro (director). Buenos Aires, Depalma, 2005, 1ª ed. (reimpresión), págs. 158 y 159. Para la jurisprudencia, es descriptivo lo dicho por LL 149-996: “Una vez vencido el plazo de suspensión acordado por las partes, a partir de ese momento el procedimiento retoma su cauce normal, por lo cual los litigantes, a fin de evitar ulterioridades, están obligados a soportar la carga procesal de activar el procedimiento; o sea, que sólo a partir de entonces se debe computar el plazo de caducidad”.

88. Esto resulta absolutamente pacífico. Véase, para nuestra doctrina, CASCO PAGANO, Hernán. *Código procesal civil comentado y concordado*. Asunción, La Ley Paraguaya, 2000, 4ª ed., tomo I, págs. 293 y 307; y *ex multis*, para la doctrina extranjera, la completísima reseña contenida en MORELLO, Augusto Mario; SOSA, Gualberto Lucas; y BERIZONCE, Roberto Omar. *Códigos procesales en lo civil y comercial de la provincia de Buenos Aires y de la nación*. La Plata - Buenos Aires, Librería Editora Platense - Abeledo Perrot, 2009 (reimpresión), 2ª ed., tomo IV - A, pág. 124 y siguientes.

ción concreta debe ser analizada de acuerdo al caso que en la especie se presente.

Sin embargo, partiendo de las premisas que se desarrollaron hasta aquí, es posible establecer un criterio que servirá de guía segura para cada caso concreto de suspensión de los trámites procesales o de remisión del expediente: la posibilidad de realizar actos de impulso procesal⁸⁹. Toda vez que sea posible impulsar el proceso, el plazo prescripcional seguirá corriendo, con el inicio del cómputo a partir del último acto procesal, tal y como lo preceptúa el artículo 648, segundo párrafo, del código civil. Dicho en términos jurisprudenciales, *“una vez cesadas las causas que justificaban la permanencia del expediente en otro tribunal, renace el deber de los litigantes de instar el proceso y se reanuda el plazo de la caducidad que se hallaba suspendido, pues desaparece el fundamento que justificó la imposibilidad jurídica de peticionar con éxito”*⁹⁰.

Este criterio resulta tanto más aplicable a la prescripción, por cuanto el artículo 648, segundo párrafo del código civil lo contempla expresamente, y además resulta acorde con el principio general consagrado en el artículo 635 del mismo cuerpo normativo. En otros términos, se deberá ver, caso por caso, si existe posibilidad válida de realizar actos procesales de impulso, que serán interruptivos del plazo prescripcional. Toda vez que ello pueda hacerse, entonces correrá la prescripción.

Con estas herramientas, es posible resolver los múltiples casos de suspensión que puedan presentarse. Por ejemplo, si la suspensión se produce en virtud del trámite de una cuestión de competencia por inhibitoria,

89. Resulta sintomático que el mismo criterio es propiciado por la doctrina más moderna en materia de perención, que se refiere a dicha regla de solución para los casos de suspensión del cómputo de los plazos de la caducidad por la remisión de los autos *ad effectum videndi*: por ello, habrá de verse, en cada caso particular, si dicha remisión derivó en la imposibilidad de instar el procedimiento o de proseguir la instancia. En este sentido LOUTAYF RANEA, Roberto G; y OVEJERO LÓPEZ, Julio C. *Caducidad de la instancia*. Buenos Aires, Astrea, 2014, 2ª ed. (reimpresión), págs. 371 y siguientes, así como la numerosísima jurisprudencia allí mencionada.

90. LL 1996-C-807, y numerosos pronunciamientos concordantes: LL 2002-F-718; ED 159-692; ED 90-410; ED 59-320; JA 1977-III-112; ED 7-402.

en los términos del artículo 13 del código procesal civil, está claro que el impulso de dicho trámite tendrá efectos interruptivos de la prescripción, mientras que su abandono, o la demora más allá de los plazos legales en resolver la inhibitoria, producirá el inicio del cómputo de la prescripción según los principios aquí descriptos. Puede decirse lo mismo del incidente de acumulación de procesos, previsto en el artículo 126 del código procesal civil. El abandono del trámite del incidente de acumulación, o la demora en resolver luego de los plazos legales sin urgimiento, producirá la prescripción toda vez que transcurra el plazo previsto en el código civil para el efecto, dependiendo de la acción de la que se trate.

Supuestos más complejos también pueden ser resueltos satisfactoriamente. Por ejemplo, en el caso de muerte del apoderado de una de las partes, luego de la fijación del plazo previsto en el artículo 64, inciso f) del código procesal civil, la vía está expedita para la intimación a la comparecencia y —en caso de que tal supuesto no se produzca— la continuación del juicio en rebeldía, por lo que luego de fenecido dicho plazo reinicia el cómputo de la prescripción, a tenor del artículo 648, segundo párrafo, del código civil, en concordancia con lo dicho en este título.

En caso de muerte de una de las partes, si existe apoderado se aplicará el artículo 64, inciso e), del código procesal civil, mientras que si no hay se aplicará el artículo 50 del mismo cuerpo legal. En cualquier caso —respetando los treinta días a los que alude el artículo 737 del código procesal civil⁹¹, sin perjuicio de los días de llanto y luto a los que refiere el artículo 2455 del código civil⁹²— es posible activarse en el juicio sucesorio

91. CASCO PAGANO, Hernán. *Código procesal civil comentado y concordado*. Asunción, La Ley Paraguaya, 2000, 4ª ed., tomo II, pág. 1295. Este plazo de treinta días es crucial, porque indica que recién transcurridos los mismos el acreedor podrá activarse en el sucesorio a los efectos de la percepción de su crédito, por lo que la prescripción se computará desde el día siguiente de fenecido dicho plazo, siempre de conformidad con los principios que surgen de los artículos 635 y 648, segundo párrafo, del código civil.

92. A este respecto, pueden consultarse DE GÁSPERI, Luis. *Tratado de derecho hereditario*. Buenos Aires, TEA, 1953, 1ª ed., tomo I, págs. 126 y 127; VANELLA, Wilma R. y VÁZQUEZ, Ángela C., comentario *sub art.* 3357, en BUERES, Alberto J. (coordinador), y HIGHTON, Elena I. (directora). *Código civil y normas complementa-*

para obtener el nombramiento de un administrador provisional, con facultad incluso para proseguir la tramitación del juicio –que por hipótesis está en curso– en los términos de los artículos 735 y 754 del código procesal civil^{93 94}. Naturalmente, esta presentación del acreedor en el sucesorio – que será el supuesto de mayor interés, por la obvia intención de procurar el cobro de su crédito⁹⁵ – también producirá la interrupción de la prescripción de acuerdo al artículo 647, inciso b), del código civil^{96 97}.

rias. Análisis doctrinario y jurisprudencial. Buenos Aires, Hammurabi, 2001, 1ª ed., tomo VI-A, pág. 155 y siguientes.

93. Véase aquí LÉVERA GÓMEZ, Arnaldo. *Comentario sub arts. 735 y 754 del código procesal civil*, en *Código procesal civil de la República del Paraguay*, dirigido por TELLECHEA SOLÍS, Antonio y coordinado por IRÚN CROSKEY, Sebastián. Asunción, La Ley Paraguaya, 2012, 1ª ed., tomo V, págs. 125 y 126, 156 y siguientes.

94. Entre tanto, de no haber heredero alguno, será posible echar mano de los mecanismos previstos por los artículos 2501 y 2503 del código civil, este último si no hubiere heredero aceptante.

95. En el caso de fallecimiento del acreedor, usualmente el deudor no tendrá ningún interés en impulsar el juicio. En este sentido, el proceso quedará igualmente suspendido por disposición judicial a tenor de los artículos 64 inciso e) o 50 del código procesal civil, según el caso; y se producirá el cómputo de la prescripción conforme con los criterios que se dejan enunciados en el texto: esto es, los herederos del acreedor deberán activarse en el procedimiento, y desde que puedan válidamente hacerlo sin que ello ocurra, la prescripción se volverá a computar.

Para este supuesto, debe recordarse que de conformidad con el artículo 2519, inciso b) del código civil, cualquiera de los herederos puede adoptar las acciones para conservar el patrimonio de la masa por el todo, lo cual quiere decir que el proceso quedará suspendido hasta que pueda realizarse válidamente la citación a la que alude el artículo 50 del código procesal civil. Una vez conocidos los herederos, o citados por edictos, en el peor de los casos, el plazo prescripcional podrá iniciar a computarse nuevamente, de conformidad con el segundo párrafo del artículo 648 del código civil, que refiere inequívocamente a actos de procedimiento provenientes del juez o de las partes.

96. Esto es noción absolutamente pacífica, y desde luego surge de la mera lectura del artículo mencionado en el texto; léanse, por todos, MOISSET DE ESPANÉS, Luis. *Prescripción*. Córdoba, Advocatus, 2006, 2ª ed., págs. 261 y 262; LÓPEZ HERRERA, Edgardo. *Interrupción de la prescripción*, en LÓPEZ HERRERA, Edgardo.

Se ve así confirmada la bondad del criterio rector que surge de la aplicación del artículo 635 del código civil: toda vez que sea posible activarse positivamente para la reanudación del proceso suspendido, cada uno de los actos tendientes a tal fin producirá la interrupción de la prescripción en los términos del artículo 648 del código civil, mientras que su omisión determinará el inicio del cómputo de la prescripción desde que el acto pudo válidamente realizarse. Al mismo tiempo –y señaladamente en los casos de sucesión– los actos procesales pueden significar, al mismo tiempo, causales de interrupción distintas, que producirán el mismo efecto en cuanto al cómputo del plazo prescripcional, conforme se dejó descripto en los párrafos que anteceden.

En términos sistemáticos, la inferencia no puede ser más nítida: el somero examen, hecho con hipótesis analizadas en virtud de su frecuencia, confirma el principio general al que aludíamos *supra*, en títulos anteriores⁹⁸: el interés del acreedor debe mantenerse vivo en todo momento y exteriorizarse a través de actos que denoten su deseo de proseguir el proceso, puesto que cada acto interruptivo, ya sea de promoción o de continuación del juicio, tiene efecto instantáneo y determina el inicio inmediato de un nuevo cómputo del plazo prescripcional.

5.4. La prescripción en el curso de los procesos de ejecución de sentencia

Tratado de la prescripción liberatoria. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, 2ª ed., págs. 245 y 246; SALVAT, Raymundo M. *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones en general*. Buenos Aires, TEA, 1956, 6ª ed., actualizada por GALLI, Enrique V., tomo III, págs. 484 y 485.

97. Desde luego, nada impide que en el marco del juicio sucesorio los herederos reconozcan el crédito y se allanen a su verificación a tenor del artículo 2472 del código civil, lo cual implicara, de nuevo, otra causa de interrupción de la prescripción a tenor del artículo 647, inciso c), del código civil. En este supuesto, el problema de la prescripción en curso de causa se “trasladará” a los autos sucesorios.

98. Nos remitimos al título 4 del presente trabajo.

Adelantábamos en el título anterior la conveniencia de ocuparnos, por separado, del supuesto de los procesos de ejecución de sentencia. Ello así, no solo por las premisas de derecho común de las cuales es obligatorio partir para iniciar el análisis que aquí se propone, sino por el interés jurisprudencial: en efecto, los pocos fallos nacionales que se ocuparon del problema⁹⁹ analizan precisamente el supuesto de la aplicación del segundo párrafo del artículo 648 del código civil en el marco de los procesos de ejecución de sentencia.

Además de ello, la posibilidad de que se produzca la prescripción en curso de causa en esta clase de juicios implica postular que los mismos pueden concluir, no ya por vías procesales –ya que este tipo de procesos no perime, conforme con el artículo 176, inciso a), del código procesal civil, lo que desde luego es premisa de este análisis– sino por razones de derecho sustancial: precisamente, por el efecto de la prescripción operada. Las implicancias prácticas de esta inferencia determinan la enorme utilidad de verificar su corrección.

Puestos en esta tarea, habremos de advertir, en primer lugar, que en nuestro derecho la prescripción de la *actio iudicati* tiene acogida expresa en el artículo 659, inciso b), del código civil, a diferencia de lo que ocurría en el código de Vélez, por lo que toda la controversia sobre este punto puede ser soslayada¹⁰⁰, atentos a que nuestro ordenamiento contempla una solución expresa a tal respecto.

99. Para comodidad del lector, volvemos a citarlos aquí: Acuerdo y sentencia N° 27, del 18 de septiembre del 2013, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la capital, Sexta Sala; A.I. N° 452, del 9 de agosto de 2013, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la capital, Tercera Sala.

100. Sobre este punto, pueden leerse con utilidad BARRIO, Héctor. *La prescripción de la actio iudicati*, en JA - Doctrina - 1973, pág. 686 y siguientes; ARGANARAS, Manuel J. *La prescripción extintiva*. Buenos Aires, TEA, 1966, 1ª ed., pág. 169 y siguientes; además de la revisión de derecho comparado contenida en LÓPEZ HERRERA, Edgardo. *Plazos de prescripción en el código civil: el plazo de diez años*, en LÓPEZ HERRERA, Edgardo. *Tratado de la prescripción liberatoria*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, 2ª ed., pág. 442 y siguientes.

Un completo y exhaustivo panorama de la cuestión, así como sobre los fundamentos de tal elección legislativa, se encuentra en RUPERTO, Saverio, en VITUC-

En este sentido, la norma del código civil mencionada en el párrafo anterior tiene origen alemán, conforme lo indica De Gásperi en la apostilla al artículo 3583 de su anteproyecto¹⁰¹, con la particularidad de que allí el plazo de prescripción es de treinta años¹⁰². El plazo decenal coincide con lo previsto en el artículo 526, inciso b), del código procesal civil, para el cual el plazo de prescripción de la ejecutoria es de diez años¹⁰³.

CI, Paolo (coordinador). *La prescrizione*. Milano, Giuffrè, 1999, 1ª ed., tomo II, pág. 285 y siguientes.

101. DE GÁSPERI, Luis. *Anteproyecto de código civil*. Asunción, El Gráfico, 1964, 1ª ed., pág. 1039.

102. ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. *Tratado de derecho civil (parte general)*. Traducción de PÉREZ GONZÁLEZ, Blas; y ALGUER, José. Barcelona, Bosch, 1981, 3ª ed., tomo I, II, segunda parte, págs. 1053 y 1054.

¹⁰³ No nos ocuparemos aquí del interesantísimo problema que propone el artículo 471 del código procesal civil, respecto de la interacción entre juicio ejecutivo –conviene subrayar aquí que no nos referimos a la ejecución de sentencia– y el juicio ordinario. Dicho artículo establece que el juicio ordinario posterior al ejecutivo puede ser promovido dentro del plazo de sesenta días, a contar desde la notificación de la sentencia firme de remate.

Existen dos posiciones bien definidas en nuestra jurisprudencia en torno a la naturaleza jurídica del plazo en cuestión. Para la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia –A.I. N° 474, del 4 de abril de 2013– se trata de una caducidad de derecho sustancial a norma del artículo 634 del código civil. Esto implica que fenecido dicho plazo, el derecho de fondo que sería el fundamento de la pretensión en juicio ordinario se extingue, con lo que se configura la falta de acción por ausencia del derecho reclamado. De hecho, así lo decidió, en el interlocutorio que se menciona, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.

Por otro lado, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Capital, Tercera Sala –A.I. N° 385, del 13 de julio de 2015– considera que el plazo en cuestión es prescripcional, por lo que requiere la alegación de parte para que pueda operar, sin que el juez pueda pronunciarlo de oficio. Aún más, dicha decisión reconoce que tal disposición implica una modificación de los plazos prescripcionales dispuestos por el código civil, siempre y cuando el juicio ordinario sea precedido de un juicio ejecutivo, resultando así aplicable el artículo 471 del código procesal civil.

Sin tomar posición en este interesante debate –lo cual excedería, por mucho, los límites del trabajo que nos hemos impuesto– anotaremos algunas breves observaciones en relación con el problema que nos ocupa. Ciertamente, si se tratase de

De este modo, todo derecho reconocido por sentencia firme tiene un plazo prescripcional distinto, cuyo cómputo inicia, precisamente, a partir de que la resolución adquiere firmeza¹⁰⁴.

Aquí no nos interesa que haya transcurrido el plazo prescripcional luego de quedar firme la sentencia definitiva y antes del inicio del proceso de ejecución de sentencia, hipótesis en la que no encontrará aplicación el artículo 648, segundo párrafo, del código civil. El supuesto que nos ocupa es el del inicio del procedimiento de ejecución de sentencia en tiempo útil, pero su abandono –luego de la etapa procesal de oposición de excepciones, conforme con los artículos 525 y 526 del código procesal civil– por el plazo de diez años.

Los principios desarrollados a lo largo de este trabajo permiten concluir fácilmente que la prescripción en curso de causa opera también en estos juicios. En efecto, el plazo prescripcional para la ejecución de sentencia se halla expresamente previsto, con lo que no caben dudas de que dicho

un plazo de caducidad, a nuestros efectos la cuestión no reviste mayor interés. Bastará con advertir que ello implicaría una verdadera extinción del derecho de fondo, con la consecuente atribución de la calidad de cosa juzgada material a la sentencia recaída en el juicio ejecutivo, cerrando definitivamente la discusión judicial sobre la causa fuente de la obligación. Empero, si se acoge la idea de que la norma prevé un supuesto de prescripción especial, aplicable a todas las acciones ordinarias que se promuevan con posterioridad a que la sentencia en un juicio ejecutivo quede firme y ejecutoriada, tendríamos un plazo prescripcional inferior al de caducidad de instancia. Se aplicaría así el artículo 172 del código procesal civil, con lo que también la caducidad de instancia tendría igual plazo. Otro corolario sería que el plazo para que opere la prescripción en curso de causa será el de sesenta días prevenido en el artículo 471 del código procesal civil, computado, naturalmente, según los parámetros que se dejan expuestos a lo largo del texto.

104. La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha tenido oportunidad de analizar a fondo esta situación para el caso particular de la prescripción de los honorarios profesionales de los abogados, que según el artículo 663, inciso d), del código civil, se produce a los dos años; pero que una vez regulados judicialmente tienen el plazo prescripcional decenal, derivado de la ejecutoria. Véanse, al respecto –sobre todo para el problema del momento procesal de oposición de la prescripción bienal– los A.I. N° 1897, del 9 de septiembre de 2011, y 1930, del 10 de julio de 2012.

instituto opera en tal hipótesis. Por otro lado, el artículo 648, segundo párrafo, del código civil, armoniza a la perfección con la imposibilidad de perención de dichos juicios: los mismos no podrán caducar, pero el abandono del proceso por el tiempo de diez años permitirá que los mismos prescriban. Simplemente, es cuestión de interpretar la normativa vigente de conformidad con lo desarrollado líneas arriba¹⁰⁵.

Sin embargo, el aporte jurisprudencial, si bien comparte la tesitura general que se defiende en este trabajo, no acoge esta inferencia en toda su extensión¹⁰⁶. En efecto, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala¹⁰⁷, considera que dicho principio no se aplica luego de dictada la sentencia definitiva –entiéndase, la sentencia de trance y remate a la que alude el artículo 528 del código procesal civil– por lo que aquí la prescripción en curso de causa ya no puede operar.

La fundamentación esgrimida para justificar dicha conclusión radica en que como la prescripción extingue la acción, debe haber, precisamente, una acción en curso para que sus efectos se produzcan. Al decir del fallo que nos ocupa, la acción se extingue como consecuencia de la sentencia definitiva –*rectius*: de la sentencia de remate en los términos del artículo 528 del código procesal civil– por lo que en dicho estadio la prescripción ya no tiene razón de ser. La sentencia de remate, así, sería el último acto interruptivo de una serie de actos procesales realizados a lo largo del proceso.

Se ve, pues, que toda la posición expuesta encuentra su base en una toma de posición bien precisa: la consideración de la prescripción como extintiva de la acción, en sentido técnico¹⁰⁸. En efecto, solamente la acción, como concepto genérico de tutela estatal, se extingue con la sentencia, puesto que allí hay un pronunciamiento respecto de la petición que el in-

105. Nos remitimos a lo dicho en el apartado 5.2.

106. Véase la nota 59, donde adelantábamos el análisis que nos proponemos emprender.

107. A.I. N° 452, del 9 de agosto de 2013, cuyos argumentos condensaremos en el texto.

108. Aquí se impone la remisión a lo dicho *supra*, sobre todo en la nota 45. Esta remisión es presupuesto de los desarrollos del texto, y de igual modo se tienen por reproducidas las citas que se dejaron consignadas en dicha nota.

interesado impetra en contradictorio. Sin embargo, si por ventura se admitiese que lo se extingue es la pretensión, ya no sería posible comulgar con la posición del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la capital, Tercera Sala; puesto que la pretensión, entendida como el reclamo concreto que hace el acreedor, solo se extingue mediante su satisfacción. La sentencia –definitiva o de remate– en sí y por sí considerada, no cambia ni satisface el interés concreto del actor victorioso: el temperamento que produce dicha satisfacción es la efectiva percepción de la prestación debida, o en su caso, el cobro de la indemnización por equivalente pronunciada en la condena¹⁰⁹.

Esta última consideración –sobre la que apenas puede haber dudas– es la que deberá valorarse a la luz de la normativa positiva nacional. Dicho en los términos del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala, una vez dictada la sentencia de remate la acción se extingue, pero el proceso continúa –y la sujeción del deudor al poder estatal también– porque el hecho de que el acreedor obtenga tal pronunciamiento no lo disuadirá de continuar persiguiendo su interés genuino: la percepción de su acreencia, declarada como tal por sentencia judicial. Ese proceso que continúa –extinguida ya la acción– no puede caducar, por imperio del artículo 176, inciso a), del código procesal civil; y tampoco podría prescribir, puesto que la acción ya se extinguió como consecuencia de la sentencia, por lo que a partir de la sentencia de remate en adelante el deudor –naturalmente, por sinécdoque, nos referimos a su patrimonio– quedaría definitivamente sujeto a la potestad del deudor, sin otra posibilidad de liberación que el pago efectivo.

Consideramos que el problema, así resuelto por la decisión que aquí se comenta, requiere otro enfoque. En efecto, la postulación según la cual luego de la sentencia de remate la prescripción ya no opera –y resulta útil subrayar, aún a riesgo de insistir en lo obvio, que hablamos de prescripción y no de caducidad– implica admitir y proteger la inactividad del acreedor luego de la sentencia de remate, lo cual es profundamente con-

109. Sobre este punto, resulta suficiente, a nuestros fines, la exacta descripción del fenómeno –con la extensión a la ejecución forzada– de BRECCIA, Umberto. *Le obbligazioni*. Milano, Giuffrè, 1991, 1ª ed., pág. 628 y siguientes.

trario a la esencia y fundamentos del instituto, que ya tuvimos ocasión de ver líneas arriba¹¹⁰.

La posición analizada tampoco coincide con la estructura y finalidades del proceso de ejecución. Luego de la sentencia de remate, ciertamente los actos de impulso procesal ya resultan puramente de ejecución, destinados a que el acreedor reciba el pago efectivo y orientados a que éste efectivamente ocurra, tal como lo dispone, expresamente, el artículo 530 del código procesal civil¹¹¹. Es decir, por expresa disposición normativa, el trámite procesal posterior a la sentencia de remate está dirigido a materializar el pago que el acreedor debe recibir, y naturalmente regula la modalidad de ejecución forzada, es decir, el cobro coactivo de lo que haya dispuesto la sentencia de condena, que por lo general encuentra su momento cumbre en el remate judicial¹¹².

110. Reenviamos al lector a la nota 43, donde se deja expuesta la cuestión.

111. El texto de dicho artículo reza: “Consentida, firme o ejecutoriada la sentencia que mande llevar adelante la ejecución, se procederá según las reglas establecidas para el cumplimiento de la sentencia de remate, hasta hacerse pago al acreedor”.

Sobre este aspecto, es ilustrativa la cita siguiente: “Se trata, según anticipamos al comentar el art. 551, de una etapa de ejecución aunque se la denomine ‘cumplimiento de la sentencia de remate’, ya que la restringida faz cognoscitiva ha sido superada y quedado atrás a partir de la firmeza de la sentencia ejecutiva. La realización de los bienes del condenado constituye la meta de este procedimiento, a cuyo fin se regulan institutos esencialmente ejecutorios: el embargo y la subasta judicial”. FENOCHIETTO, Carlos Eduardo y ARAZI, Roland. Código procesal civil y comercial de la nación. Buenos Aires, Astrea, 1993, 2ª ed., tomo 2, págs. 820 y 821. En otros términos, “se trata de continuar la ejecución comenzada con el libramiento del mandamiento de intimación de pago y (eventual) embargo” (HERNÁNDEZ, Hernando. Tratado de la ejecución. Buenos Aires, Universidad, 1991, 1ª ed. (reimpresión), tomo 1, pág. 7).

112. “Cuando la venta en remate se efectúa como una etapa o un medio de la ejecución procesal forzada, nos encontramos frente a un remate judicial (...). De aquí se sigue que no puede haber duda de que el remate o subasta, realizado en los trámites de ejecución forzada, es una actuación judicial, y en consecuencia debe ajustarse a las reglas que el juez fije (...) El remate judicial, conviene reiterarlo, es un acto de la etapa de ejecución coactiva de las sentencias, un medio o instrumento

Sentado así que las actuaciones procesales posteriores a la sentencia de remate tienen como finalidad el pago al acreedor¹¹³ –que es el interés que mueve a éste a afrontar el proceso, claro está– el deudor continúa sujeto a su acreedor hasta tanto no honre su deuda por completo; y satisfaga además los gastos del juicio, en caso de haber sido condenado en costas, en los términos del artículo 192 del código procesal civil.

Este es un dato fundamental, por cuanto la etapa de cumplimiento de sentencia de remate está orientada a satisfacer el interés del acreedor al cumplimiento efectivo de la prestación que se le debe, es decir, determina la continuidad de la sujeción del deudor al acreedor, sujeción que desaparecerá únicamente por medio del pago, principio al cual refiere, desde luego, el artículo 530 del código procesal civil¹¹⁴. En este sentido, entre tanto exista dicha sujeción la relación obligatoria –si se prefiere decirlo de otro modo, la obligación de pago– persiste, el deber de pagar del deudor también, y no se ve el porqué no pueda prescribir.

El elemento literal del código civil ofrece un serio apoyo a esta tesis, ya que es inequívoco –más allá de la discusión exquisitamente conceptual, que dejamos convenientemente reseñada líneas arriba¹¹⁵– que el artículo 633 refiere específicamente a la eximición de la obligación: *“Todo aquel que estuviere obligado al cumplimiento de un hecho o a abstenerse de él, podrá eximirse de su obligación fundado en el transcurso del tiempo, conforme con las disposiciones de este código”*.

Entonces, si se acepta –como desde luego lo hacemos nosotros– que la prescripción incide en la relación obligatoria, es decir, exime al deudor de cumplir con su obligación –y tal es la letra del artículo 633 del código

para realizar la voluntad de la ley”. PODETTI, J. Ramiro. Tratado de las ejecuciones. Buenos Aires, EDIAR, 1952, 1ª ed., pág. 338.

113. Naturalmente, tiene la misma finalidad la subasta, como momento en el que se realizan los bienes del deudor a los efectos de pagar al acreedor ejecutante: MAURINO, Alberto Luis. *Subasta judicial*. Buenos Aires, Astrea, 2010, 1ª ed., págs. 12 y 13.

114. Volvemos a remitir a la nota 45, para la idea de sujeción del deudor a la potestad del acreedor de agredir su patrimonio, y su relación con los efectos de la prescripción.

115. Una vez más, el reenvío a la nota 45 se impone.

civil— esa obligación persiste, por definición, en la etapa de cumplimiento de sentencia, orientada precisamente a pagar al acreedor, en los términos del artículo 530 del código procesal civil. De este modo, si la finalidad de dicha etapa procesal es el pago, y permanece la sujeción del deudor al acreedor, el transcurso del tiempo es una válida causal de eximición del cumplimiento, y al producirse en curso de causa deberá ajustarse a los requerimientos del segundo párrafo del artículo 648 del código civil.

Esta solución, además, resulta profundamente coherente con otras situaciones que pueden seguirse, directamente, de la fase patológica de ejecución de sentencia. Ya hemos visto suficientemente que la prescripción se concibe como una reacción al desinterés del acreedor¹¹⁶, y lo dicho hasta aquí coincide ampliamente con tal presupuesto.

Amén de ello, si nos ponemos en la perspectiva del acreedor interesado —es decir, aquél que oportunamente activa todos los mecanismos para percibir su crédito— veremos que una vez ocurrido el remate de los bienes embargados, el producido puede ser suficiente o no para satisfacer su crédito, más los gastos originados por el proceso. Si ocurre lo primero, *nulla quaestio*: la obligación queda extinguida por pago. Si ocurre lo segundo, el acreedor podrá embargar otros bienes del deudor para hacer efectivo su crédito, salvo que no los haya, o ya hayan sido agotados.

En esta segunda hipótesis —o, en línea más general, ante la inexistencia de ulteriores bienes embargables del deudor, con lo que se configura la imposibilidad procesal de continuar coactivamente el procedimiento para el cobro— aparece, en primer término, la figura de la inhibición general de enajenar y gravar bienes, prevista en el artículo 718 del código procesal civil¹¹⁷, que contempla expresamente el supuesto de que no se conozcan ulteriores bienes del deudor, o que todo lo embargado haya sido insufi-

116. Véase la nota 43.

117. Resulta sintomático que se reconoce a esta figura, por la mejor doctrina, el carácter de sucedánea del embargo, condicionada a la circunstancia de no conocerse bienes del deudor, y por ende no poder continuarse favorablemente la ejecución: NOVELLINO, Norberto J. *Embargo y desembargo y demás medidas cautelares*. Buenos Aires, La Ley, 2006, 5ª ed., pág. 320 y siguientes. Por su parte, la jurisprudencia es absolutamente conteste: ED 104-624; LL 131-1140; LL 143-538; LL 1977-A-545.

ciente para satisfacer al acreedor, de conformidad con el principio general del artículo 430 del código civil. La medida en cuestión, una vez decretada, surtirá efectos desde su anotación, de acuerdo con el artículo 719 del código procesal civil; y perdurará por un período de cinco años, si antes no fuese reinscripta, de conformidad con el artículo 701 del código procesal civil¹¹⁸.

Nótese que el hecho de que se decrete e inscriba una inhibición general de enajenar y gravar bienes determina un indudable acto procesal de impulso, en los términos del segundo párrafo del artículo 648 del código civil. Dicho acto, se realiza, por definición, como sucedáneo del embargo, lo que determina la imposibilidad de proseguir coactivamente con la ejecución y que el acreedor satisfaga su interés.

Hasta aquí, pues, llega la posibilidad de exigir a la que hace referencia el artículo 635 del código civil¹¹⁹. Al no existir bienes que dar a embargo y ejecutar coactivamente, el acreedor no puede hacer más, por lo que no puede continuar con los trámites de ejecución, y allí entra a jugar el instituto de la inhibición general de enajenar y gravar, que permite al deudor adquirir bienes pero no venderlos ulteriormente –así lo dispone el artículo 719 del código procesal civil– todo a las resultas del proceso.

El momento en el cual el acreedor ya se ve imposibilitado de exigir – y por ende, la prescripción no vuelve a correr luego de los actos interruptivos en curso de causa previstos en el segundo párrafo del artículo 648 del código civil, por no mediar el presupuesto del artículo 635 del mismo cuerpo legal– está nítidamente definido, conforme lo dejamos expuesto, y con una solución clara. Una vez agotados los bienes del deudor, la inhibición

118. Así lo ha dicho la jurisprudencia: “La inhibición se extingue por el vencimiento de su plazo de vigencia, si no se reinscribe la misma. Producida la extinción, es necesario un auto previo del órgano jurisdiccional decretándola para anotar una nueva”: ED 54-232.

Recordamos, por otra parte, que el plazo original de duración de la inscripción era de diez años, conforme con el artículo 302 del código de organización judicial. La norma posterior del código procesal civil que se menciona en el texto vino a modificar dicho plazo: CASCO PAGANO, Hernán. *Código procesal civil comentado y concordado*. Asunción, La Ley Paraguaya, 2000, 4ª ed., tomo II, pág. 1230.

119. Reenviamos al lector *supra*, nota 80, para las citas al respecto.

perdura por el plazo de cinco años, y puede ser reinscripta antes de su vencimiento. Le basta esto al acreedor para realizar un acto interruptivo válido –el pedido de inhibición– que impedirá el reinicio del cómputo prescripcional hasta transcurridos los cinco años de su vigencia¹²⁰, precisamente por los presupuestos de su dictado, momento en el que –si no media pedido anterior de reinscripción– reiniciará a computarse el plazo decenal de prescripción de la ejecutoria. Naturalmente, si vence el plazo de cinco años, y aún luego de operada la caducidad de la inhibición, el acreedor puede pedir nueva inhibición en caso de no haber bienes embargables, pedido que será, nuevamente, interruptivo de la prescripción decenal de la ejecutoria, conforme con el criterio del segundo párrafo del artículo 648 del código civil.

Entonces, con la inhibición general de enajenar y gravar bienes se produce el acto de impulso válido que determina, al mismo tiempo, la imposibilidad de seguir activándose válidamente para el cobro de la deuda por inexistencia de bienes embargables. Esto determina el límite de la actividad posible del acreedor –y consiguientemente la imposibilidad de exigir que impide el inicio del cómputo del plazo prescripcional, de acuerdo con el artículo 635 del código civil– y al mismo tiempo desplaza la iniciativa en cabeza del deudor: si éste quiere librarse de la inhibición, debe presentar a embargo bienes suficientes u ofrecer caución bastante, en los términos del artículo 720 del código procesal civil¹²¹. En este supuesto, reiniciará el plazo prescripcional en curso de causa, ya que existen bienes a rematar y el acreedor puede volver a activarse para el cobro de su acreencia.

120. *Mutatis mutandis*, se aplicará el mismo razonamiento desarrollado en el título 5.3, en relación con la manera de computar la prescripción en el supuesto de que exista resolución pendiente por parte del órgano jurisdiccional.

121. MARTÍNEZ BOTOS, Raúl. *Medidas cautelares*. Buenos Aires, Universidad, 1994, 2ª ed., pág. 366. La jurisprudencia allí citada, nuevamente, demuestra su coherencia con lo dicho en el texto, por cuanto el ofrecimiento al cual alude el artículo 720 del código procesal civil debe tener la anuencia del acreedor: LL 156-488; LL 134-1016; y la apreciación acorde que de mediar inhibición dictada por otros magistrados, la anuencia debe ser solicitada en dicho proceso: LL 1975-B-883; LL 1976-D-646.

Con este temperamento, el acreedor queda a salvo de la prescripción e impulsa el proceso de cobro hasta donde resulta jurídicamente posible llevar el cobro coactivo y la agresión al patrimonio del deudor.

Además de lo dicho hasta aquí, el acreedor tiene otra opción para el caso de que no pueda proseguir ulteriormente el cobro coactivo de su acreencia. En efecto, la imposibilidad de proseguir con la ejecución por insuficiencia de bienes embargables es un supuesto clásico de quiebra, en los términos del artículo 1° de la ley 154/1969¹²², y por definición habrá, en el supuesto que nos ocupa, un título de deuda líquida y exigible – obviamente, la sentencia– que permitirá cumplimentar los requisitos de los artículos 64 y 65 del mencionado cuerpo legal, trátase de deudor comerciante o no comerciante¹²³. Naturalmente, la presentación del título de deuda en el procedimiento concursal importa otra causal de interrupción de la prescripción, a tenor del artículo 647, inciso b), del código civil¹²⁴.

122. En relación con estos aspectos, véase la clara explicación del relacionamiento –y la distinción conceptual– entre insolvencia e incumplimiento que desarrolla GARCÍA MARTÍNEZ, Francisco. *El concordato y la quiebra*. Buenos Aires, Depalma, 1964, 4ª ed., tomo I, págs. 221 y 222. La hipótesis que nos ocupa traduce, naturalmente, la insolvencia, puesto que presupone la constatación de la ausencia de bienes que ejecutar en el marco del proceso de cumplimiento de sentencia de remate.

123. Se deja hecha la salvedad que para el deudor no comerciante se requiere la existencia de dos ejecuciones promovidas por distintos acreedores quirografarios; lo cual no obsta a la conclusión que se deja señalada en el texto, precisamente porque con la inhibición general de enajenar y gravar bienes ya se alcanza el objetivo de interrumpir la prescripción, sin que vuelva a correr de inmediato. La petición de quiebra no es una opción obligatoria para el acreedor.

Para los artículos mencionados en el texto, véanse LEBRÓN, Horacio. *Ley de quiebras. N° 154/69*. Asunción, La Ley Paraguaya, 2002, 2ª ed., pág. 64 y siguientes. Una compilación muy completa de jurisprudencia y doctrina puede encontrarse en CAMP AUSINA, Carlos Alberto. *Convocación de acreedores y quiebra*. Asunción, La Ley Paraguaya, 1997, 1ª ed., tomo I, pág. 313 y siguientes.

124. Por todos: MOISSET DE ESPANÉS, Luis. *Prescripción*. Córdoba, Advocatus, 2006, 2ª ed., págs. 210 y 211; BORDA, Guillermo A. *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones*. Buenos Aires, Perrot, 1966, 1ª ed., tomo II, pág. 38. En la

Lo expuesto hasta aquí demuestra a las claras que entre tanto la deuda siga impaga, el procedimiento de ejecución posterior a la sentencia de remate persigue la finalidad de la satisfacción del acreedor, en los términos del artículo 530 del código procesal civil. Esto presupone la subsistencia de la relación obligatoria, y por ende la posibilidad de que opere la prescripción en curso de causa, en los términos del segundo párrafo del artículo 648 del código civil, ya que la prescripción permite al deudor eximirse de la obligación de pagar, conforme con el artículo 633 del código civil. Por ende, la prescripción puede operar en el procedimiento de ejecución posterior a la sentencia de trance y remate, en cuanto el acreedor sigue teniendo la posibilidad de realizar actos procesales ulteriores para la satisfacción de su crédito.

La imposibilidad de seguir haciéndolo determinará el acto interruptivo configurado por la petición de la inhibición general de vender y gravar, cuya concesión impedirá el decurso ulterior de la prescripción hasta tanto transcurra el plazo de cinco años a partir de la inscripción. El pedido de reinscripción determinará otro acto interruptivo válido, que implicará el reinicio del cómputo prescripcional, nuevamente, luego de los cinco años de vigencia de la medida. Entre tanto no se produzca alguno de estos supuestos, el abandono del proceso de cumplimiento de sentencia –o la caducidad de la inhibición general de enajenar y gravar a norma del artículo 701 del código procesal civil, sin que haya pedido de reinscripción o nueva petición de dictado de la medida– implica una inactividad del acreedor que habilita la operatividad de la prescripción, transcurrido el plazo decenal sin actividad procesal, conforme con el artículo 648, segundo párrafo, del código civil¹²⁵.

jurisprudencia: JA 72-837; ED 25-643; ED 46-464; JA 1945-III-523; JA 1978-IV-60; LL 1984-D-120; LL 1981-D-375; LL 1991-C-552, entre otros.

125. La posibilidad de que los juicios de ejecución de sentencia civil prescriban en curso de causa, tal como se deja sentado en el cuerpo del trabajo, resuelve el espinoso problema de la caducidad registral de los embargos ejecutivo y ejecutorio, polémica de las más álgidas en nuestra práctica forense. La posición tradicional –que tomamos de la completa reseña contenida en el A.I. N° 149, del 7 de abril de 2014, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la capital, Tercera Sala, que la sostiene ante el embate que referiremos en el párrafo que

sigue— defendida también por las autoridades registrales, que se basan en la interpretación uniforme de los Tribunales de Apelación de la capital, en los términos del artículo 325 del código de organización judicial, considera que la caducidad prevenida por el artículo 701 del código procesal civil no es de aplicación a los embargos ejecutivos. El interlocutorio en cuestión comparte dicha tesis, con mención doctrinaria por demás abundante, que se funda, esencialmente, en que el embargo ejecutivo carece de naturaleza cautelar, sino que resulta una fase necesaria para efectivizar la ejecución, a lo cual agregamos que en el proceso de ejecución de sentencia estas enseñanzas son aún más contundentes.

Esta postura, por demás pacífica desde hace un buen tiempo, sufrió un duro ataque por parte de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Por S.D. N° 848, del 24 de agosto de 2007, se ha dicho que la distinción a la que alude la posición tradicional, según la cual la caducidad prevenida por el artículo 701 del código procesal civil es de aplicación a los embargos preventivos y no a los ejecutivos, no tiene razón de ser. En efecto, considera dicha sentencia que la ley no distingue, por lo que también a los embargos ejecutivos alcanzaría la disposición del artículo 701 del código procesal civil, ya mencionado.

Resulta sintomático que el fundamento de esta última decisión se basa en la calificación disvaliosa del desinterés del acreedor, y en la ausencia de identificación del interés protegido con la distinción, que llevaría a desconocer los efectos del transcurso del tiempo sobre los derechos, mediando inactividad del interesado. Estas interrogantes, si bien han llevado a una solución técnica que aquí no se comparte, evidencian no obstante una preocupación que no sólo es legítima, sino que está contemplada por el legislador, conforme se dejó consignado a lo largo de todo este trabajo: el deudor no puede estar sometido *sine die* a la sujeción a su acreedor, mediando inactividad de éste.

El legislador provee una respuesta a tal cuestión, que no es puramente procesal o registral —perención o caducidad de la inscripción del embargo— sino sustancial, como de hecho es sustancial el poder del acreedor de perseguir el cobro coactivo a través de la agresión al patrimonio del deudor. En efecto, la ejecución de sentencia no perime —con lo cual la solución de la caducidad registral resulta puramente provisoria, pues nada impide una nueva inscripción del embargo, con efectos desde la fecha en que se realice— pero sí puede prescribir en curso de causa, manteniéndose viva en tanto perdure el interés del acreedor ejecutante. Una vez que dicho interés mute en dejadez o indiferencia, la extinción de pleno derecho de la inhibición general de gravar y vender, operada por el transcurso del plazo de cinco años, determinará el inicio del cómputo prescripcional decenal, que se contabilizará hasta su cumplimiento, salvo actividad idónea del acreedor que de nuevo

5.5. Aspectos procesales de la prescripción en curso de causa civil

Luego de delimitada la operatividad de la prescripción en curso de causa civil a la luz de nuestra normativa procesal, dedicaremos algunas líneas a esclarecer la modalidad en la que dicha prescripción debe operar. La premisa absolutamente necesaria para este análisis es que debe mediar un pedido del deudor interesado, ya que la prescripción no opera de oficio¹²⁶.

Determinado el punto de partida, es posible analizar el modo en el que la cuestión debe proponerse, así como algunos aspectos técnicos que presenta el problema, propios de la estructura de nuestro proceso civil.

a. Modalidad del pedido de prescripción en curso de causa

Queda claro que aquí no se trata de la prescripción ocurrida antes del proceso, o de la prescripción iniciada luego de dictada la sentencia definitiva en el proceso ordinario y antes del inicio del procedimiento de ejecución; que ven reglada la oportunidad procesal para hacer valer dicha defensa, para el proceso ordinario, en los artículos 224, inciso g) (excepción previa), 233 (medio general de defensa); en el juicio ejecutivo en el artículo

inste el procedimiento. Así, es la prescripción el elemento técnico –con efectos en la relación obligatoria sustancial– que permite salvaguardar el principio de la imposibilidad de sujeción perpetua del deudor al acreedor.

126. AZZARITI, Gaetano y SCARPELLO, Gaetano. *Prescrizione e decadenza*; en AA.VV. *Tutela dei diritti. Commentario del codice civile*, al cuidado de SCIALOJA, Antonio y BRANCA, Giuseppe. Bologna - Roma, Zanichelli - Il Foro Italiano, 1964, 2ª ed., págs. 239 y 240. VITUCCI, Paolo y ROSELLI, Federico. *La prescrizione*. Milano, Giuffrè, 2012, 2ª ed., tomo I, pág. 234, llegan a precisar, inclusive, que “*el juez no puede declarar de oficio la prescripción ni siquiera cuando resulte manifiestamente de los hechos deducidos por las partes, y tampoco puede considerarla implícitamente opuesta por medio de la solicitud de rechazo de la demanda*”. Los antecedentes históricos de esta elección quedan claramente expuestos en DIEZ-PICAZO, Luis. *La prescripción extintiva en el código civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Cizur Menor, Thomson Civitas, 2007, 2ª ed., págs. 94 y 95. Para la doctrina argentina, puede verse ARGANARAS, Manuel J. *La prescripción extintiva*. Buenos Aires, TEA, 1966, 1ª ed., págs. 18 y 19. También se ocupa de la cuestión, en lúcidas páginas, HINESTROSA, Fernando. *La prescripción extintiva*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, 2ª ed., pág. 97 y siguientes.

462, inciso e); y en la ejecución de sentencia en el artículo 526, inciso b), todos del código procesal civil.

Por definición¹²⁷, aquí se trata de una prescripción iniciada y ganada en el transcurso del proceso, cuando la demanda ya se inició y notificó, quedando no obstante el trámite abandonado. También se presupone que la caducidad de instancia no puede operar, por los desarrollos consignados con anterioridad¹²⁸.

Sentadas estas premisas y ámbito de operatividad de la prescripción en curso de causa civil, la interrogante que surge inmediata es cómo hacerla valer; es decir, a través de qué mecanismo el deudor interesado puede obtener la declaración de prescripción, con el consiguiente archivo del procedimiento y la liberación de su deuda.

La respuesta está dada por el artículo 180 del código procesal civil. Naturalmente, la prescripción ocurrida en curso de causa se configura como una cuestión accesoria, relacionada íntimamente con el objeto principal del procedimiento, sin que tenga previsto un procedimiento especial. De hecho, la doctrina procesal más calificada postula que *“la práctica abre amplísimas posibilidades al planteamiento de cuestiones que rebasan el mencionado esquema [etapas instructiva, probatoria y decisoria] y se traducen en el despliegue de una actividad procesal que, por esa circunstancia y pese a su frecuencia, cabe calificar de anormal”*, aclarando que la calificación de anormal no implica vicio o defecto, sino una vicisitud producida *“al margen de los carriles ordinarios del proceso”*¹²⁹.

Los planteos a los que aludimos encuentran su cauce natural en el incidente, que resulta así el modo de plantear y resolver asuntos conexos o accesorios al objeto principal del pleito¹³⁰. De hecho, se reconoce que los incidentes tienen la potencialidad de ser el medio para tramitar cuestiones

127. Como ya lo advirtiéramos en el título 1, al presentar el problema a la consideración del lector.

128. Ver la exposición contenida en el título 5.2.

129. PALACIO, Lino Enrique. *Derecho procesal civil*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011, 3ª ed., tomo IV, pág. 201.

130. COLOMBO, Carlos J. *Código procesal civil y comercial de la nación*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1969, 1ª ed., tomo II, pág. 165; CHIAPPINI, Julio O. *Concepto y clases de “incidentes”*, en JA-1984-I-745.

que carezcan de un procedimiento propio, y los mismos, ciertamente, persiguen una pretensión de mérito¹³¹.

Queda claro que la prescripción operada en curso de causa reviste estos caracteres, y por definición es un fenómeno que se produce enteramente dentro del proceso, por lo que deberá plantearse, tramitarse y resolverse por vía del incidente¹³².

Las probanzas a la luz de las cuales habrá de resolverse la cuestión radicarán casi exclusivamente en las actuaciones del expediente, puesto que el debate fáctico versará sobre la inexistencia de actos procesales idóneos para producir la interrupción a tenor del artículo 648, segundo párrafo, del código civil; por lo que la hipótesis de que resulte necesaria prueba ulterior en los términos del artículo 186 del código procesal civil resulta muy remota, por no decir imposible, y deberá estarse en todo caso a las alegaciones de las partes en los escritos de promoción y réplica del incidente.

La resolución favorable de la incidencia determinará, como es obvio, la extinción del proceso en cuyo marco se produzca, ya que se declarará que la prescripción ha operado, con los efectos previstos en el artículo 633 del código civil, eximiendo así al deudor del cumplimiento de su obligación.

b. Momento procesal idóneo para el planteo del incidente de prescripción

El problema relacionado con la etapa del proceso en la cual se puede plantear la prescripción en curso de causa merece atento análisis, puesto que involucra varias aristas que deben ser cuidadosamente sopesadas.

La primera norma que debe ser tomada en consideración es la del artículo 191 del código procesal civil. Una aproximación apresurada al problema podría inducir a concluir que el incidente debe ser planteado dentro del plazo indicado en dicha norma, es decir, dentro de los cinco días de conocida la causa en la que se fundare. Por ende, el deudor interesado

131. FALCÓN, Enrique M. *Tratado de derecho procesal civil y comercial*. Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2011, 1ª ed. (reimpresión), tomo I, pág. 699.

132. De hecho, así lo entendió el A.I. N°452, del 9 de agosto de 2013, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Capital, Tercera Sala, solución que no puede sino compartirse, por los fundamentos expuestos en el texto.

deberá estar pendiente del transcurso del plazo prescripcional para plantear el incidente dentro del término allí indicado.

Sin embargo, entendemos que la solución no puede ser tan simplista. En efecto, no debe perderse de vista que nos encontramos en materia de prescripción, y sobre todo, en materia de prescripción ya operada. En efecto –y se disculpará la obviedad– la cuestión solo podrá ser planteada útilmente una vez que la prescripción haya operado en curso de causa, de acuerdo con lo que se dejó escrito hasta aquí.

Ahora bien, la prescripción ya operada queda definitivamente ganada para el deudor, y los posteriores actos interruptivos que puedan ocurrir luego de transcurrido el plazo prescripcional son irrelevantes y no ponen en la nada el efecto liberatorio ya adquirido. Con específica referencia al problema que nos ocupa, la doctrina alemana –que como vimos, es fuente de la norma contenida en el segundo párrafo del artículo 648 del código civil¹³³– ha podido decir lo siguiente, una vez producida la prescripción: “*Los actos judiciales verificados después de la paralización del proceso no interrumpen ya la prescripción*”¹³⁴.

Esta noción, por lo demás, es pacífica y común en materia de prescripción, y descende directamente del artículo 640 del código civil, que permite la renuncia a la prescripción ya ganada. En este sentido, los actos interruptivos posteriores al transcurso completo del plazo prescripcional no tienen, en principio, dicha virtualidad de renuncia, y por sí solos no son idóneos para determinar un reinicio del cómputo¹³⁵.

133. Remitimos al lector *supra*, al título 3.

134. RG 157, 384, citado por ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. *Tratado de derecho civil (parte general)*. Traducción de PÉREZ GONZÁLEZ, Blas; y ALGUER, José. Barcelona, Bosch, 1981, 3ª ed., tomo I, II, segunda parte, pág. 1057, nota 21.

135. Esta es una enseñanza común en la materia. Véase lo dicho por AZZARITI, Gaetano y SCARPELLO, Gaetano. *Prescrizione e decadenza*; en AA.VV. *Tutela dei diritti. Commentario del codice civile*, al cuidado de SCIALOJA, Antonio y BRANCA, Giuseppe. Bologna - Roma, Zanichelli - Il Foro Italiano, 1964, 2ª ed., pág. 239: “*La prescripción no funciona de manera automática. La misma produce sus efectos solamente si es opuesta por el interesado. Pero una vez que esto ocurre, opera desde el momento en el que se cumplió el plazo prescripcional, de manera que el derecho*

De este modo, una vez operada la prescripción, los actos interruptivos que sean posteriores no implican, necesariamente, una renuncia a la prescripción ganada. Colocado este dato en la perspectiva del presente trabajo, se advierte fácilmente como el plazo de cinco días para la promoción del incidente al que hace referencia el artículo 191 del código procesal civil no permite una respuesta satisfactoria, por sí sólo, al problema planteado¹³⁶. Por no abundar en hipótesis, pondremos solamente una: el su-

atacado por prescripción se extingue desde dicha fecha. Solamente en este sentido debe acogerse la afirmación común de que la prescripción opera de derecho". Coincide con esta postura HINESTROSA, Fernando. *La prescripción extintiva*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, 2ª ed., pág. 201, quien considera el principio como dictado por las reglas de la lógica elemental.

No se apartan de este entendimiento los autores geográficamente más cercanos a nosotros. SPOTA, Alberto G. *Tratado de derecho civil. Parte general*. Buenos Aires, Depalma, 1959, 1ª ed., tomo I, volumen 3⁸ (10), pág. 425, sostiene explícitamente que –en materia de reconocimiento como acto interruptivo– sólo podría concebirse en tal sentido si el mismo se refiriese a una prescripción en curso, aún no cumplida. Lo contrario deberá interpretarse, si fuere el caso, como una renuncia a la prescripción. En el mismo sentido SALVAT, Raymundo M. *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones en general*. Buenos Aires, TEA, 1956, 6ª ed., actualizada por GALLI, Enrique V., tomo III, pág. 505; además de la reseña contenida en LÓPEZ HERRERA, Edgardo. *Interrupción de la prescripción*, en LÓPEZ HERRERA, Edgardo. *Tratado de la prescripción liberatoria*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, 2ª ed., pág. 303, con abundante mención jurisprudencial, contenida en la nota 443.

En relación con la caracterización de la renuncia a la prescripción, pueden leerse con utilidad BOFFI BOGGERO, Luis María. *Tratado de las obligaciones*. Buenos Aires, Astrea, 1981, 1ª ed., tomo 5, pág. 269 y siguientes; además de ARGÁNARAS, Manuel J. *La prescripción extintiva*. Buenos Aires, TEA, 1966, 1ª ed., pág. 143 y siguientes.

136. Resulta sintomática aquí la acotación que formula CASCO PAGANO, Hernán. *Código procesal civil comentado y concordado*. Asunción, La Ley Paraguaya, 2000, 4ª ed., tomo I, pág. 371, en relación con el inicio del cómputo del mencionado plazo: *“El momento desde el cual se lo computa [al plazo en cuestión] constituirá una cuestión de hecho cuya apreciación, finalmente, corresponderá hacerla al juez o tribunal que entienda en la cuestión”*. Esta advertencia resulta plenamente aplicable al supuesto sobre el cual venimos discutiendo, como podrá advertirse con claridad a través de los desarrollos que seguirán en el texto.

puesto de que operada la prescripción, y luego del transcurso del plazo de cinco días, el proceso siga sin ser impulsado. ¿Acaso el artículo 191 del código procesal civil hará que la prescripción no pueda ya ser solicitada en juicio?

Se presenta aquí un problema de armonización de principios. En efecto, el hecho de que la prescripción ya ganada queda definitivamente adquirida al patrimonio del deudor –salvo que medie renuncia en los términos del artículo 640 del código civil– debe ser ponderado, en el marco de un juicio en curso, con otro axioma fundamental de nuestro proceso civil: el principio de preclusión¹³⁷, expresamente consagrado en el artículo 103 del código procesal civil, que dispone: “*Clausurada una etapa, no es posible renovarla, aunque haya acuerdo de partes. Por la cosa juzgada se opera la preclusión del proceso*”.

Esta es, pues, la espinosa interrogante que se plantea al intérprete. Reduciéndola a su mínima expresión, debe determinarse hasta cuándo es posible solicitar la prescripción operada en curso de causa, teniendo en cuenta que los meros actos interruptivos, por sí solos, no implican una renuncia a la prescripción ya ganada.

Iniciaremos diciendo que si es el deudor beneficiado con la prescripción quien aparece solicitando expresamente la continuación del proceso, ello implicará un acto de renuncia, tácita pero inequívoca, a valerse de la prescripción, con los efectos previstos en el artículo 640 del código civil. En efecto, la renuncia en cuestión puede ser implícita, resultando de las cir-

137. Sobre este principio, puede leerse la excelente definición de ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. Buenos Aires, EDIAR, 1956, 2ª ed., tomo I, págs. 454 y 455: “*Ahora bien, el paso de un estadio al siguiente supone la clausura del anterior, de tal manera que los actos procesales cumplidos quedan firmes y no puede volverse sobre ellos. Esto es lo que constituye la preclusión: el efecto que tiene un estadio procesal de clausurar el anterior. Precisamente, los conceptos de preclusión e impulso procesal nos explican el mecanismo del proceso: el impulso procesal carecería de objeto sin la preclusión, porque de lo contrario los actos procesales podrían repetirse y el proceso no progresaría; tampoco la preclusión sería suficiente por sí misma, porque no se pasa de un estadio a otro mecánicamente, sino por efecto del impulso procesal*”.

cunstances que puedan ser comprobadas en cada caso¹³⁸, y así lo entiende, desde luego, prestigiosa doctrina¹³⁹. En nuestro caso particular, de conformidad con el artículo 648, segundo párrafo, del código civil, cada acto de avance del proceso es interruptivo de la prescripción, por lo que si el deudor pretende impulsar el proceso ante la prescripción ya ganada en curso de causa, sin hacerla valer, resulta absolutamente obvio que su conducta es palmariamente contraria a valerse de la prescripción, y antes bien implica un deseo de proseguir con el procedimiento, por lo que aquí habrá de entenderse configurada la renuncia a la que alude el artículo 640 del código civil. Esto se refuerza apenas se piense en que –atentos a los plazos de prescripción previstos por el código– esto se traducirá, en los hechos, en una prolongadísima inactividad de la cual el deudor no querrá valerse, en el caso de que solicite la prosecución de los trámites.

Distinta es la cuestión cuando no se presenta esta circunstancia, y ya transcurrió el plazo de cinco días al que alude el artículo 191 del código procesal civil. Aquí se impone balancear los distintos intereses en pugna, que como dijimos, se concentran, por un lado, en el respeto de la preclusión procesal; y por el otro en el hecho de que la prescripción ya ganada se adquiere al patrimonio del deudor, y no se pierde por actos interruptivos posteriores.

138. En este sentido CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. *Derecho de las obligaciones*. Buenos Aires, La Ley, 2010, 4ª ed., tomo III, pág. 604.

139. RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. *Tratado de derecho civil según el tratado de Planiol*. Traducción de GARCÍA DAIREAUX, Celia; y supervisión de LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. Buenos Aires, La Ley, 1965, 1ª ed., tomo V, pág. 636, indican que la renuncia a la prescripción puede deducirse de todo hecho que implique la intención de no servirse de ella. Sostienen lo propio BORDA, Guillermo A. *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones*. Buenos Aires, Perrot, 1966, 1ª ed., tomo II, pág. 100 y DIEZ-PICAZO, Luis. *La prescripción extintiva en el código civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Cizur Menor, Thomson Civitas, 2007, 2ª ed., pág. 193. En términos muy similares se expresa GIORGI, Giorgio. *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*. Firenze, Fratelli Cammelli, 1911, 7ª ed., tomo VIII, pág. 539, al enseñar que la renuncia tácita “*resulta de cualquier hecho o acto incompatible con la voluntad del deudor de beneficiarse de la prescripción adquirida; resulta en una secuela del principio de contradicción, como lo son todas las renunciaciones, y deberá ser tratada con las mismas normas*”.

Ante esta situación, creemos que es posible dar una respuesta –que será, necesariamente, ponderada por la doctrina y la jurisprudencia– distinguiendo según las etapas del proceso y las instancias en las que el problema se plantee.

En efecto, habíamos dicho antes que la prescripción en curso de causa puede concebirse únicamente cuando la perención no puede operar, y que esto se producía en los supuestos de demora en el dictado de resoluciones que no sean de mero trámite –esto es, que decidan artículo– y en los procedimientos de ejecución de sentencia, incluso luego de la sentencia de remate y hasta el decreto de la inhibición general de enajenar y gravar bienes¹⁴⁰.

Pues bien –siempre dejando a salvo que la presencia de un acto de impulso del deudor implica la renuncia tácita a valerse de la prescripción, conforme lo dijéramos párrafos más arriba– creemos que el punto de inflexión que permite determinar la imposibilidad de articular ulteriormente el problema viene dado por el artículo 383 del código procesal civil, según el cual, una vez llamados los autos para sentencia, queda cerrada toda discusión y no podrán presentarse más escritos ni producirse más pruebas.

Esta disposición, que según la doctrina procesal unánime significa el impedimento definitivo del planteo de cuestiones no alegadas oportunamente¹⁴¹, determinará así el momento a partir de cual ya no se podrá plantear útilmente la prescripción en curso de causa. Queda absolutamente claro, conforme ya se dijera con anterioridad¹⁴², que aquí no nos referimos a la prescripción ocurrida fuera del proceso sino dentro de él, en los términos del artículo 648, segundo párrafo, del código civil. Esta prescrip-

140. *Supra*, títulos 5.2, 5.3 y 5.4.

141. PALACIO, Lino Enrique. *Derecho procesal civil*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011, 3ª ed., tomo VI, pág. 166; indica claramente que operado el llamamiento de autos para sentencia las partes no pueden formular nuevas alegaciones. Por lo demás, esto surge palmariamente del texto del artículo que comentamos. Pueden verse al respecto, además, FENOCHIETTO, Carlos Eduardo y ARAZI, Roland. *Código procesal civil y comercial de la nación*. Buenos Aires, Astrea, 1993, 2ª ed., tomo 2, pág. 548; y FASSI, Santiago C. *Código procesal civil y comercial*. Buenos Aires, Astrea, 1972, 1ª ed., tomo II, pág. 163.

142. Específicamente, al iniciar el apartado 5.5.a.

ción, que ocurrirá cuando esté pendiente de resolución alguna cuestión que decida artículo –supuesto en el que no procede la caducidad, como ya lo dejamos dicho *supra*¹⁴³– podrá ser denunciada útilmente hasta el llamamiento de autos para sentencia, siempre que no haya mediado actividad procesal del deudor incompatible con la voluntad de valerse de dicha prescripción.

Ahora bien, siempre según lo dicho al hablar de los supuestos de procedencia de la prescripción en curso de causa¹⁴⁴, la misma puede ocurrir mientras el expediente esté pendiente de resolución luego del llamado de autos para sentencia, toda vez que no medie urgimiento útil y, en su caso, recurso de queja por retardo de justicia. Aquí ya no valdrá la solución anterior, precisamente por la prohibición del artículo 383 del código procesal civil, que prohíbe expresamente la presentación de todo escrito o alegación ulterior. Sin embargo, el siguiente acto procesal sería la sentencia definitiva, con lo cual la instancia queda definitivamente concluida. ¿Cómo, cuándo y dónde plantear, en estas condiciones, el incidente de prescripción en curso de causa?

Antes de proponer una solución, habremos de advertir que el mismo problema aparece en los casos de transcurso del plazo prescripcional luego de dictada la sentencia pero antes de su notificación a las partes¹⁴⁵. También allí puede producirse la prescripción, que naturalmente, se computará según el plazo originario, por cuanto la prescripción decenal que deriva de la ejecutoria, conforme con el artículo 659, inciso b) del código civil,

143. Nos referimos al título 5.3, y especialmente lo dicho en las notas 78 y 79.

144. *Ibidem*.

145. Una vez producida la notificación a las partes, solamente la perdedosa, claro está, tendrá interés y podrá plantear la prescripción que eventualmente haya acaecido con arreglo al artículo 648, segundo párrafo, del código civil. Sin embargo, esa notificación impone a la perdedosa la carga de apelar, conforme con lo que se dirá en el desarrollo del texto, con lo que allí entran a jugar otros principios y soluciones.

requiere que la sentencia esté firme¹⁴⁶, con lo que si no hay notificación el segundo párrafo del artículo 648 del código civil operará en relación con el plazo de prescripción originario.

En estos supuestos, entra a tallar el artículo 163 del código procesal civil. Una primera lectura podría inducir a indicar que en ausencia de disposición expresa que permita la interposición de incidentes, la prescripción ocurrida luego del llamamiento de autos pero antes de la sentencia, y luego del dictado de la sentencia pero antes de su notificación, no puede ser planteada. Esta conclusión, sin embargo, nos llevaría al curioso caso de un derecho –en este caso, el derecho a liberarse del vínculo crediticio por vía de la prescripción– que no puede hacerse efectivo por ausencia de normas rituales.

No creemos que esta solución, sustancialmente disvaliosa, pueda compartirse¹⁴⁷. Por lo demás, toda la doctrina es conteste en que el artículo 163 del código procesal civil es susceptible de una lectura integradora, por cuanto las expresiones allí contenidas no implican, propiamente, una conclusión de la competencia del juzgador. En este sentido, se ha dicho que *“la suspensión provisional de la competencia del juez no es empero absoluta, sino que se limita a vedar a éste la potestad de sustituir o de alterar el contenido sustancial de las declaraciones emitidas en la sentencia. Fuera de esa limitación, el juez de primera instancia mantiene su competencia en orden al cumplimiento de diversos actos procesales que atañen al perfeccionamiento e integración de la sentencia, al dictado de decisiones respecto*

146. Remitimos al lector a la nota 100, donde encontrará las referencias bibliográficas sobre el punto; que tampoco puede ser controvertido, en atención al texto expreso de la ley.

147. Seguimos aquí las penetrantes enseñanzas de DI MAJO, Adolfo. *La tutela civile dei diritti*. Milano, Giuffrè, 2003, 4ª ed., pág. 1, quien introduce al lector al espíritu de la obra con este párrafo aleccionador: *“Entre las tareas primarias del ordenamiento jurídico se encuentra la de proveer a una eficaz tutela de los derechos que el mismo reconoce y garantiza. Faltaría a sus deberes un ordenamiento que se limitara a reconocer la titularidad abstracta de derechos, o de cualquier modo la importancia de determinadas clases de intereses, pero no se preocupase por garantizar la tutela de dichos derechos o la satisfacción de los intereses en cuestión”*.

*de facultades que la ley confiere a las partes como consecuencia directa de aquélla, y a la sustanciación y resolución de cuestiones incidentales*¹⁴⁸.

Queda claro que en la hipótesis que nos ocupa, el juez no estaría en condiciones de pronunciarse sobre la prescripción por cuanto las partes no pudieron plantearla, de conformidad con la disposición del artículo 383 del código procesal civil; por lo que allí no se altera el contenido de la sentencia, ni se vuelve sobre una cuestión ya decidida¹⁴⁹. A ello no obsta que el artículo 163 del código procesal civil no incluya expresamente la promoción de incidentes, como sí lo hace la norma argentina¹⁵⁰, por cuanto resulta absolutamente obvio que el incidente debe promoverse en la instancia en la que se suscita la cuestión accesoria de la que se trate¹⁵¹, lo que no

148. PALACIO, Lino E.; y ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Código procesal civil y comercial de la nación*. Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1989, 1ª ed., tomo 4, págs. 497 y 498.

149. ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. Buenos Aires, EDIAR, 1961, 2ª ed., tomo IV, pág. 112. Son aún más categóricos FENOCHIETTO, Carlos Eduardo y ARAZI, Roland. *Código procesal civil y comercial de la nación*. Buenos Aires, Astrea, 1993, 2ª ed., tomo 1, pág. 661: “La sentencia dictada en el principal no agota la competencia del juez para entender en los distintos incidentes que se tramiten, vinculados a la causa”. En el mismo sentido MORELLO, Augusto Mario; SOSA, Gualberto Lucas; y BERIZONCE, Roberto Omar. *Códigos procesales en lo civil y comercial de la provincia de Buenos Aires y de la nación*. La Plata - Buenos Aires, Librería Editora Platense - Abeledo Perrot, 2011 (reimpresión), 2ª ed., tomo II- C, pág. 275: “También conserva el sentenciante sus atribuciones para proseguir el trámite de los incidentes separados (art. 175), tanto los anteriores, si existieren y no quedaren englobados en la sentencia, como los que se promuevan con ulterioridad, esté o no la misma sometida a recurso”.

150. Específicamente, el artículo 166, inciso 5º del código procesal civil y comercial de la nación.

151. Así lo entiende la doctrina procesalista nacional: CASCO PAGANO, Hernán. *Código procesal civil comentado y concordado*. Asunción, La Ley Paraguaya, 2000, 4ª ed., tomo I, pág. 359; VILLALBA BERNIÉ, Pablo. *Comentario sub art. 180 del código procesal civil, en Código procesal civil de la República del Paraguay*, dirigido por TELLECHEA SOLÍS, Antonio y coordinado por IRÚN CROSKEY, Sebastián. Asunción, La Ley Paraguaya, 2012, 1ª ed., tomo I, pág. 498.

resulta sino aplicación del conocido brocardo *accessorium sequitur principale*.

La prescripción en curso de causa, producida por la ausencia de actuación entre el llamamiento de autos para sentencia y el dictado de la sentencia, o luego de dictada la sentencia y antes de notificada; podrá ser pronunciada así por el juez de la causa principal, mediando interposición de incidente luego del dictado de la sentencia.

El problema de la prescripción ocurrida luego de la notificación de la sentencia es un poco más delicado, pero puede resolverse a la luz de los principios hasta aquí expuestos. En efecto, tal notificación –reduciendo la cuestión a su mínimo común denominador– puede hacerse útilmente a dos personas: el actor y el demandado. Simplificando la hipótesis, a los efectos de un razonamiento más llano, uno de ellos será vencedor y otro derrotado en juicio.

Si la primera notificación es para el vencedor, y entre ésta y el anoticiamiento al vencido transcurre el plazo prescripcional, éste podrá plantear la incidencia conforme con el principio visto hasta aquí, ya que para él la sentencia no está firme porque no le fue notificada, sin perjuicio de su posibilidad de interponer los recursos de apelación y nulidad en los términos de los artículos 395 y 404 del código procesal civil.

Sin embargo, si la primera notificación es para el vencido, aquí no podrá ya hablarse de plazo prescripcional alguno porque tendrá cinco días

La cuestión tampoco es dudosa en Argentina. Así, FALCÓN, Enrique M. *Tratado de derecho procesal civil y comercial*. Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2011, 1ª ed. (reimpresión), tomo I, pág. 702, indica claramente que el incidente refiere a toda cuestión accesoria sobrevenida en la instancia. Refieren específicamente sobre la competencia del juez de la causa principal para decidir el incidente ocurrido en su instancia MORELLO, Augusto Mario; SOSA, Gualberto Lucas; y BERIZONCE, Roberto Omar. *Códigos procesales en lo civil y comercial de la provincia de Buenos Aires y de la nación*. La Plata - Buenos Aires, Librería Editora Platense - Abeledo Perrot, 2011 (reimpresión), 2ª ed., tomo II- C, pág. 402. Adviértase, además, el argumento adicional que aporta la jurisprudencia: “*Existe, a su vez, conveniencia práctica de que sea el órgano judicial competente para conocer en determinado proceso quien, en razón de su contacto con el material fáctico y probatorio de aquél, también lo sea para conocer de las pretensiones que, aunque no sean accesorias, estén vinculadas con la materia controvertida en dicho proceso*”. LL 1975-B-854.

para apelar, de acuerdo al artículo 396 del código procesal civil. Entonces, de no producirse esta eventualidad, la sentencia queda firme para él y la oportunidad del planteo de la prescripción en curso de causa se pierde, porque habrá operado la cosa juzgada para él y con ella la preclusión del proceso a tenor del artículo 103 del código procesal civil, como ya lo dejamos dicho. Consiguientemente, con esa preclusión del proceso aparecerá el nuevo plazo prescripcional decenal correspondiente a la *actio iudicati*.

En cualquier caso, ya sea que la prescripción en curso de causa haya ocurrido antes o después del dictado de la sentencia, solamente el vencido tendrá interés en plantear la prescripción, dado que el vencedor verá declarado su derecho por sentencia. Si el vencedor es el deudor, verá declarada la improcedencia de la pretensión de cobro del acreedor. De allí surge que solamente el deudor perdidoso tendrá un interés concreto en solicitar la prescripción en las condiciones que se vienen exponiendo. Dicho deudor perdidoso tiene el plazo máximo de cinco días para plantear la incidencia de prescripción en curso de causa –conforme con el artículo 191 del código procesal civil– a contar desde la fecha de la notificación de la decisión definitiva, sin perjuicio de su facultad de apelar la sentencia. Si no plantea el incidente de prescripción en dicho plazo, no podrá ya proponer la prescripción de manera útil en la instancia que corresponda, ya que luego de dichos cinco días la posibilidad de promover el incidente quedará absolutamente precluida, y con ella la proponibilidad de la prescripción que haya ocurrido entre el llamamiento de autos y la sentencia, o entre ésta y la notificación.

Sintetizando lo dicho hasta aquí, la prescripción en curso de causa ocurrida antes del llamamiento de autos para sentencia puede ser planteada, por vía del incidente, hasta antes de que dicho llamamiento de autos quede firme; por cuanto allí opera la preclusión para la discusión de las vicisitudes ocurridas en dicha etapa del proceso. Mientras tanto, la prescripción en curso de causa ocurrida luego del llamamiento de autos y antes de la sentencia, o luego de ésta y antes de su notificación, puede también ser planteada por vía del incidente a iniciativa del deudor perdidoso, hasta el término final de cinco días luego de la notificación de la sentencia definitiva, conforme con el artículo 191 del código procesal civil. Transcurrido

dicho plazo, opera la preclusión respecto de la prescripción ocurrida en dicha instancia, y la cuestión ya no puede plantearse en lo sucesivo¹⁵². En todos estos casos, el plazo prescripcional a ser aplicado será el originario, puesto que no existe todavía, por definición, sentencia firme que defina el litigio y permita aplicar el plazo prescripcional decenal del artículo 659, inciso b), del código civil.

Vemos así que el artículo 191 del código procesal civil tiene una función específica para determinar el momento en el que precluye la posibilidad de plantear la prescripción, salvando así la aplicabilidad del artículo 648 del segundo párrafo del código civil, y dando una respuesta efectiva al justiciable, respetando también el principio de preclusión procesal.

El análisis, empero, no se completa aquí –si bien los resultados alcanzados son de extrema utilidad para los razonamientos que seguirán– ya que cabe preguntarse si es que la prescripción en curso de causa puede ser planteada en instancias posteriores a la originaria.

Antes de proseguir con la validación de esta hipótesis, debemos precisar que la instancia recursiva presupone que haya habido un recurso interpuesto en tiempo y forma, conforme con el artículo 395 del código procesal civil, como consecuencia de la notificación de la resolución apelada. Si dicho recurso no se interpone, entonces la sentencia queda firme y resultan de aplicación los razonamientos recientemente desarrollados en relación con dicha hipótesis.

Una vez apelada la sentencia, puede sobrevenir nuevamente la prescripción en cuanto no haya actos procesales posteriores –señaladamente, en cuanto los recursos no sean concedidos– y podrá allí interponerse el incidente de prescripción en curso de causa, de acuerdo a lo dicho en este apartado. Ahora bien, una vez concedido el recurso, se abre la instan-

152. Con esto queda claro que los plazos para apelar la resolución recurrida y para promover el incidente son distintos y no deben ser confundidos a los efectos que interesan en el texto. En efecto, el deudor perdidoso puede apelar la sentencia sin promover el incidente de prescripción en curso de causa, caso en el cual precluirá su facultad de plantear dicho medio extintivo; y puede también promover el incidente de prescripción en curso de causa sin apelar la sentencia, caso en el cual esta última ya no podrá ser revisada por la vía recursiva; y el deudor verá sujeta su suerte únicamente a las resultas de la prescripción planteada.

cia recursiva y por ende se inicia la posibilidad de que dicha instancia caduque¹⁵³, con lo cual la prescripción en curso de causa ya no puede ser planteada, conforme con lo ya establecido *supra*¹⁵⁴.

153. El entendimiento de que la segunda instancia inicia con la concesión del recurso es ampliamente acogido en nuestros tribunales: pueden verse, a tal efecto, los fallos recopilados en TRIGÜIS, María Gloria. *Caducidad de la instancia*. Asunción, Intercontinental, 2006, 1ª ed., pág. 32 (A.I. N° 1574, del 12 de octubre de 2001, Sala Civil y Comercial de la Corte Suprema de Justicia; pág. 33 (A.I. N° 286, del 14 de diciembre de 1999, Tribunal de Apelación del Trabajo, Primera Sala), y la autora manifiesta también su conformidad con dicho criterio (pág. 25). A estos fallos agregamos los pronunciamientos de la actual Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, que sostiene invariablemente dicha posición: véanse, a modo de ejemplo, los A.I. N° 10, del 1 de febrero de 2012, y 789, del 27 de mayo de 2013, entre numerosísimos otros.

La doctrina es mayoritariamente coincidente con esta interpretación. Ya PARRY, Adolfo E. *Perención de la instancia*. Buenos Aires, OMEBA, 1964, 3ª ed., pág. 236, consideraba que la instancia se abre con la concesión del recurso de apelación, y la gran parte de los estudiosos han acompañado dicha tesis. Véanse, *ex multis*, BACRE, Aldo, en AA.VV. *Caducidad de instancia*. EISNER, Isidoro (director). Buenos Aires, Depalma, 2005, 1ª ed. (reimpresión), pág. 65; FALCÓN, Enrique M. *Caducidad o perención de instancia*. Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2004, 3ª ed., págs. 55 y 56 (con numerosa jurisprudencia conforme citada en nota); MAURINO, Alberto Luis. *Perención de la instancia en el proceso civil*. Buenos Aires, Astrea, 2008, 2ª ed. (reimpresión), pág. 100.

Si se quisiese acoger la minoritaria opinión contraria, según la cual el cómputo de la caducidad de la instancia recursiva arranca con la interposición del recurso (para esta posición puede verse la completa exposición de LOUTAYF RANEA, Roberto G; y OVEJERO LÓPEZ, Julio C. *Caducidad de la instancia*. Buenos Aires, Astrea, 2014, 2ª ed. (reimpresión), pág. 81 y siguientes, con amplia mención de jurisprudencia al respecto. En nuestro país, sostiene esta tesis ROJAS WIEMANN, Javier. *La caducidad de la instancia en el proceso civil*. Asunción, La Ley Paraguaya, 2013, 1ª ed., pág. 54); el problema propuesto se simplifica aún más. En efecto, notificada la sentencia, habrá cinco días para interponer el incidente de prescripción, conforme con lo desarrollado en el texto, para el caso de que dicha prescripción se haya producido luego del llamamiento de autos y antes de la sentencia; o bien después de la sentencia y antes de su notificación. Si ninguno de estos supuestos ocurre, la sentencia quedará firme o no dependiendo de la interposición de recursos contra la misma. Por otra parte, en caso de apelación no podrá

Cerrado así el análisis de los posibles supuestos en los cuales la prescripción en curso de causa puede producirse en la instancia originaria; queda por ver si puede ocurrir lo propio en instancias ulteriores. De hecho, luego de lo dicho, la respuesta afirmativa surge casi intuitivamente, puesto que –siempre por definición– si la sentencia está apelada no está firme, y si no está firme entonces todavía no opera el plazo de prescripción decenal derivado de la ejecutoria¹⁵⁵.

Cabe advertir que la prescripción en curso de la instancia originaria, en todos los supuestos que se han individualizado, no es la que nos ocupará en lo sucesivo. En otros términos, si no se plantea la prescripción en curso de causa en la instancia en la que la misma se produjo, de acuerdo a los principios vistos hasta aquí, habrá precluído la facultad de invocarla en las instancias sucesivas. Lo que interesa, en materia de prescripción en curso de instancia recursiva, es el transcurso del plazo prescripcional que se produzca ya hallándose en trámite dicha instancia.

Esto lleva fácilmente a comprender que el problema se producirá cuando el recurso esté listo para ser decidido, ya que durante su trámite, como la instancia recursiva puede caducar, no podrá operar el segundo párrafo del artículo 648 del código civil, de acuerdo a lo que dejamos expresado reiteradamente¹⁵⁶.

En efecto, ya sea que el recurso sea concedido libremente –con el trámite previsto en los artículos 424 y siguientes del código procesal civil– o en relación –con el trámite reglado por los artículos 432 y siguientes del código procesal civil– en todo caso la caducidad de instancia podrá producirse hasta que el expediente quede en estado de resolución, conforme con los artículos 427 y 434 del código procesal civil, según la forma de conce-

ya darse la prescripción en curso de causa por la demora en la concesión del recurso, pues si la segunda instancia se considera abierta desde la interposición del recurso, ya es posible declarar la caducidad de la instancia recursiva, con lo que no encuentra aplicación el segundo párrafo del artículo 648 del código civil, según lo que ya se expuso en el título 5.2.

154. Más precisamente, en el título 5.2 del presente trabajo.

155. Como ya lo dijéramos en la nota 100, *supra*.

156. De nuevo, remitimos al título 5.2.

sión de recurso de la que se trate¹⁵⁷. Por ende, desde que pueda dictarse válidamente resolución en alzada, la caducidad no podrá operar y volverá a computarse la prescripción en curso de causa en los términos del plazo originario, ya que precisamente la apelación de la sentencia hace que no pueda aplicarse el término prescripcional decenal, reservado a la sentencia firme, como ya se dijera¹⁵⁸.

De esta manera, interesará la aplicación del segundo párrafo del artículo 648 del código civil en la instancia recursiva, en primer lugar, luego de que el expediente esté en estado de resolución y antes de que se dicte la resolución. A tal respecto, valen los mismos razonamientos desarrollados *supra*¹⁵⁹: tendrá que tenerse en cuenta, para el inicio del cómputo del plazo prescripcional, lo dispuesto por el artículo 162 del código procesal civil, en cuanto al tiempo que tienen los tribunales para dictar su decisión. Una vez transcurrido dicho plazo, se inicia el cómputo de la prescripción, que podrá interrumpirse con los urgimientos previstos en sede de recurso de queja por retardo de justicia.

También se aplica lo dicho párrafos arriba, en cuanto a la aplicabilidad de la prescripción –concurriendo los requisitos del segundo párrafo del artículo 648 del código civil– una vez dictada la sentencia, siempre que entre dicho acto y su notificación transcurra el plazo prescripcional que corresponda a la obligación originaria. Predíquese lo mismo del caso en el cual la sentencia o resolución de segunda instancia sea apelable por ante la Corte Suprema de Justicia en los términos del artículo 403 del código

157. LOUTAYF RANEA, Roberto G. *El recurso ordinario de apelación en el proceso civil*. Buenos Aires, Astrea, 2009, 2ª ed., tomo 2, pág. 511 y siguientes; BACRE, Aldo, en AA.VV. *Caducidad de instancia*. EISNER, Isidoro (director). Buenos Aires, Depalma, 2005, 1ª ed. (reimpresión), pág. 73; COLOMBO, Carlos J. *Código procesal civil y comercial de la nación*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1969, 1ª ed., tomo II, pág. 665; además de los fallos consignados en MORELLO, Augusto Mario; SOSA, Gualberto Lucas; y BERIZONCE, Roberto Omar. *Códigos procesales en lo civil y comercial de la provincia de Buenos Aires y de la nación*. La Plata - Buenos Aires, Librería Editora Platense - Abeledo Perrot, 2009 (reimpresión), 2ª ed., tomo IV - A, pág. 189.

158. *Supra*, nota 100.

159. En lo específico, en el título 5.3 del presente trabajo.

procesal civil: los supuestos serán resueltos conforme se dejó escrito más arriba, en este mismo título.

Cuando la sentencia definitiva que resuelve el caso civil no admita más recursos –ya sea porque fue confirmada en segunda instancia, o porque recayó pronunciamiento definitivo de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en caso de apelación sujeta al artículo 403 del código procesal civil¹⁶⁰– con su notificación se determinará el momento en el que la sentencia en cuestión quede firme¹⁶¹. En efecto, producida tal notificación de la sentencia y transcurrido el plazo para interponer el recurso de aclaratoria, en los términos de los artículos 386 y 387 del código procesal civil, la decisión no será susceptible de ulterior recurso, con lo que adquirirá el

160. Sobre el punto, resultando la cuestión de la letra de la norma, pueden verse CASCO PAGANO, Hernán. *Código procesal civil comentado y concordado*. Asunción, La Ley Paraguaya, 2000, 4ª ed., tomo I, pág. 656; BARRIOCANAL, Raúl Fernando. *Comentario sub art. 403 del código procesal civil*, en *Código procesal civil de la República del Paraguay*, dirigido por TELLECHEA SOLÍS, Antonio y coordinado por IRÚN CROSKY, Sebastián. Asunción, La Ley Paraguaya, 2012, 1ª ed., tomo II, págs. 270 y 271.

161. Esta noción es bastante elemental: véanse, por todos, PALACIO, Lino Enrique. *Derecho procesal civil*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011, 3ª ed., tomo V, pág. 463; CASCO PAGANO, Hernán. *Código procesal civil comentado y concordado*. Asunción, La Ley Paraguaya, 2000, 4ª ed., tomo II, pág. 966; LUGO, Andrea. *Manuale di diritto processuale civile*. Milano, Giuffrè, 2005, 15ª ed., pág. 207; COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires, Depalma, 1958, 3ª ed., pág. 402; ROCCO, Ugo. *La sentencia civil*. Traducción de GRECO, Rafael. Buenos Aires, Valletta, 2005, 1ª ed., pág. 204.

Muy elocuente también lo dicho por la jurisprudencia, específicamente por la Segunda Sala de La Plata, República Argentina (fallo consignado en MORELLO, Augusto Mario; SOSA, Gualberto Lucas; y BERIZONCE, Roberto Omar. *Códigos procesales en lo civil y comercial de la provincia de Buenos Aires y de la nación*. La Plata - Buenos Aires, Librería Editora Platense - Abeledo Perrot, 2004, 2ª ed. (reimpresión), tomo VI - A, pág. 93: “La ejecutoriedad es la consecuencia del consentimiento o firmeza que ha adquirido en el curso del proceso, toda vez que recién puede cumplimentarse lo resuelto cuando no exista posibilidad alguna de ataque por vía de los remedios que la ley adjetiva ha estructurado”.

carácter de firme, y a los efectos de la prescripción, ya deberá tenerse en cuenta el plazo decenal derivado de la ejecutoria^{162 163}.

Ese será, pues, el momento en el que opere la preclusión del proceso que es propia de la cosa juzgada, en los términos del artículo 103 del códi-

162. De nuevo, remitimos al lector a la nota 100.

163. En efecto, el único recurso que podrá interponerse aquí es el de aclaratoria, que de todos modos no podrá alterar lo sustancial de la decisión, a tenor del artículo 387 del código procesal civil, que prohíbe expresa y categóricamente tal temperamento. Sin embargo, el hecho de que tal recurso pueda interponerse hace que la sentencia no quede firme sino hasta luego de que suceda lo que se deja consignado en el texto: véase en este sentido, expresamente, FENOCHIETTO, Carlos Eduardo y ARAZI, Roland. *Código procesal civil y comercial de la nación*. Buenos Aires, Astrea, 1993, 2ª ed., tomo 2, pág. 607.

Por consiguiente, notificada la sentencia de la última instancia, el último momento en el que podrá producirse la prescripción en curso de causa a tenor del artículo 648, segundo párrafo, del código civil –conforme con los parámetros que se indican en el texto, específicamente en el título 5.3, y naturalmente en relación con el plazo prescripcional de la obligación original– es el que media entre la interposición de la aclaratoria y su resolución. Se iniciará el cómputo, en esta hipótesis, una vez transcurrido el tiempo que tiene el órgano decisor para dictarla: tres días, de conformidad con el artículo 388 del código procesal civil. Sin embargo, esta hipótesis resulta hartamente de escuela, con pocas posibilidades de verificarse en la práctica.

Dictada la aclaratoria, por definición ya no resultará posible ningún otro recurso ordinario dentro del proceso civil (en este sentido, RIVAS, Adolfo Armando. *Tratado de los recursos ordinarios*. Buenos Aires, Ábaco, 1991, 1ª ed., tomo 1, pág. 147: “Ni quien pidió aclaratoria podrá volver a interponer una nueva si la resolución que aquella provocó es a la vez confusa, incompleta o contiene errores, ni, por los motivos dados en el párrafo anterior, puede hacerlo la contraria al tomar conocimiento de lo aclarado”), y si se tratare de sentencia dictada por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, no habrá ningún otro medio de impugnación, de conformidad con el artículo 17 de la ley 609/1995. En esta hipótesis, ya habrá sentencia firme por cuanto la misma ya no puede ser válidamente impugnada, y operará, como se dirá en el texto a continuación, la preclusión del proceso que es propia de la cosa juzgada; requiriéndose su notificación ya al solo efecto de la puesta en conocimiento de la decisión recaída en la aclaratoria, que no podrá –recordamos– alterar lo sustancial de la decisión, conforme con el artículo 387 del código procesal civil.

go procesal civil¹⁶⁴. Consiguientemente, a partir de allí ya no podrá tenerse en cuenta el plazo prescripcional original, sino el prevenido para la *actio iudicati*, en los términos del artículo 659, inciso b), del código procesal civil^{165 166}.

164. A este respecto, no sabríamos indicar mejor cita que la exhaustiva monografía de CHIOVENDA, Giuseppe; *Cosa giudicata e preclusione*, en CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile*. Milano, Giuffrè, 1993, 1ª ed., tomo 3, pág. 231 y siguientes; especialmente allí donde enseña, perentoriamente: “*La relación entre cosa juzgada y la preclusión puede formularse de este modo: la cosa juzgada es un bien de la vida reconocido o negado por el juez; la preclusión es el expediente del cual se sirve el derecho para garantizar al vencedor el goce del resultado del proceso; es decir, el goce del bien reconocido al actor vencedor, la liberación de la pretensión adversaria para el demandado vencedor*”.

165. En principio, desde el momento de la notificación de la sentencia que no admite recurso alguno –tal como se viene exponiendo en el texto– inicia el cómputo de la prescripción decenal correspondiente a la *actio iudicati* (en este sentido, puede verse MOISSET DE ESPANÉS, Luis. *Prescripción*. Córdoba, Advocatus, 2006, 2ª ed., págs. 390 y 391). Sin embargo, esto deberá tenerse solamente como una orientación general, susceptible de integración a tenor de la disposición orientadora del artículo 635 del código civil, según el cual la prescripción corre desde que nace el derecho a exigir (remitimos, para este extremo, a lo dicho en la nota 80). De este modo, si la sentencia hubiere fijado un plazo determinado para el cumplimiento, dicho plazo deberá transcurrir íntegramente para que inicie el cómputo de la prescripción decenal.

166. El lector advertirá que toda la enumeración de hipótesis hecha en el texto, así como el razonamiento sobre el reinicio del cómputo, tienen implícita la postulación del efecto instantáneo del acto interruptivo de la prescripción, tal y como surge del segundo párrafo del artículo 648 del código civil. A esto nos referimos abundantemente *supra*, en el título 4, al cual remitimos para las citas que guardan relación con la presente nota al pie.

Esto permite subrayar la profunda simetría y coherencia de los mecanismos procesales de aplicación de la prescripción en curso de causa con los fundamentos del instituto; confirmando el deseo del legislador de que la actividad e interés del acreedor se mantengan a lo largo de toda la relación obligatoria, incluso en su fase patológica, y en la eventual demanda que sea su consecuencia. Esto, además, armoniza con las finalidades del instituto de la prescripción y permite confirmar la bondad de la interpretación de las normas sustanciales expuesta en el presente trabajo.

c. El problema de las costas y honorarios del juicio

Abusando de la paciencia del lector, nos detendremos brevemente a considerar la incidencia de la declaración de la prescripción en curso de causa respecto de las costas y parámetros para el cálculo de los honorarios que sean debidos. La cuestión resulta espinosa, puesto que por definición – como ya lo dijéramos¹⁶⁷ – aquí no se trata de la prescripción operada antes de la promoción de la demanda, sino la que ocurre en el transcurso del proceso.

Naturalmente, implicando la prescripción la liberación por parte del deudor, a tenor de lo dicho en el artículo 633 del código civil, el hecho de que ésta se haya producido en curso de causa determinará naturalmente el archivamiento del proceso, ya que el deudor estará eximido del pago. Ante esta situación, el régimen de imposición de costas y regulación de honorarios, si bien a primera vista parecería sencillo, presenta algunas aristas que resulta útil atender.

En primer lugar, *nulla quaestio* si la prescripción en curso de causa –y el incidente que es su consecuencia– se produce antes del dictado de la sentencia definitiva en la causa originaria: el incidente de prescripción, favorablemente acogido, tendrá como consecuencia la inutilidad de proseguir con el proceso, por lo que el mismo será archivado, sin que haya mediado el dictado de sentencia de mérito. En tal caso, las costas se impondrán de conformidad con los artículos 194 y 192 del código procesal civil¹⁶⁸,

167. Específicamente, en los títulos 1 y 5.5.a.

168. Sobre las costas en los incidentes, pueden leerse con utilidad PALACIO, Lino E.; y ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Código procesal civil y comercial de la nación*. Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1989, 1ª ed., tomo 3, pág. 130 y siguientes; FENOCHIETTO, Carlos Eduardo y ARAZI, Roland. *Código procesal civil y comercial de la nación*. Buenos Aires, Astrea, 1993, 2ª ed., tomo 1, págs. 301 y 302; PALACIO, Lino Enrique. *Derecho procesal civil*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011, 3ª ed., tomo III, pág. 321 y siguientes. En nuestro país, véase VILLALBA BERNIÉ, Pablo. *Comentario sub art. 194 del código procesal civil*, en *Código procesal civil de la República del Paraguay*, dirigido por TELLECHEA SOLÍS, Antonio y coordinado por IRÚN CROSKY, Sebastián. Asunción, La Ley Paraguaya, 2012, 1ª ed., tomo I, págs. 544 y 545; además de CASCO PAGANO, Hernán. *Código procesal civil comentado y concordado*. Asunción, La Ley Paraguaya, 2000, 4ª ed., tomo I, pág. 376.

y naturalmente ello implicará el pago de los gastos de todo el procedimiento, precisamente porque el mismo quedará concluido por efecto de la prescripción pronunciada. El deudor victorioso verá aplicado a su favor el artículo 192 del código procesal civil, a tenor de la remisión que realiza el artículo 194 del mismo cuerpo legal.

Mucho más delicado se presenta el problema en las demás hipótesis, que quedaron suficientemente descritas en el título anterior. A los efectos del problema de las costas, es suficiente puntualizar que es posible solicitar la prescripción en curso de causa luego de que se haya dictado sentencia definitiva, conforme lo dejamos ampliamente explicado, hasta el término final de cinco días luego de la notificación de la sentencia definitiva, de acuerdo con el artículo 191 del código procesal civil¹⁶⁹.

Una aproximación simplista a la cuestión podría permitir la inferencia superficial según la cual la sentencia ya fue dictada, por lo que el régimen de costas afectaría al incidente, desde luego, pero no a la condena dictada en el juicio principal; que recordamos, en la hipótesis que analizamos ya fue pronunciada. Con esta conclusión tendríamos una sentencia con condena en costas al acreedor victorioso... que al mismo tiempo se ve privado de la satisfacción de su interés por la prescripción. Dicho acreedor podría así obtener el reembolso de las costas del juicio, sin obtener la satisfacción de su crédito.

Esta solución resulta chocante, y creemos que puede ser superada a través de una adecuada aplicación de principios procesales básicos. En primer lugar, debemos recordar que la condena en costas debe imponerse a la parte vencida en juicio, conforme con los términos claros del artículo 192 del código procesal civil –al que reenvía el artículo 194 del mismo cuerpo legal– y ciertamente el que vence en el incidente de prescripción gana el juicio, precisamente porque como consecuencia de dicha decisión el deudor se exime de pagar su deuda.

Esto, naturalmente, supone que el vencido en juicio es aquel que no ve satisfecha la pretensión que ventila ante los estrados judiciales: noción

169. Sobre todo *supra*, en el epígrafe inmediatamente anterior.

esta, precisamente, unánime en la doctrina especializada¹⁷⁰. Por ende, no pueden caber dudas de que en nuestro caso, será vencido el acreedor con-

170. Aquí puede citarse, en primer término, la autoridad de Chiovenda: “El segundo de los requisitos para que, conforme a la regla general, haya condena en costas, es que una de las partes quede vencida. Es, pues, fundamental para nosotros el concepto de vencimiento. Vencido, en el lenguaje usual, es realmente el sometido por una fuerza que sobre él actúa. El significado procesal no difiere sustancialmente de éste, puesto que vencido es el que pierde en la lucha judicial (qui victus est iudicio superatus)” (CHIOVENDA, Giuseppe. *La condena en costas* (sin indicación del traductor). Buenos Aires, Valletta, 2004, 1ª ed., pág. 147). Insiste sobre el punto en CHIOVENDA, José (Giuseppe). *Principios de derecho procesal civil*. Traducción de CASAÍS Y SANTALÓ, José. Madrid, Reus, 1922, 1ª ed., tomo II, pág. 405. Especialmente ilustrativo lo dicho en la página 407: “La obligación de las costas no surge durante el pleito con la figura de un crédito eventual o condicional, por esto, durante el pleito no puede hablarse de un crédito y de un derecho a las costas. Únicamente en el momento de pronunciarse en el fondo, esto es, cuando se determina la derrota, nace, no ya el derecho del vencedor a las costas, sino la obligación del juez de condenar al vencido en las costas mismas, y sólo de la condena ya pronunciada nace el derecho y la obligación de las costas”. En otro trabajo, sostuvo el mismo autor lo siguiente: “Dado que la condena en costas es el complemento necesario del reconocimiento del derecho, se comprende bien que la cuestión de la buena o mala fe, de la excusabilidad o inexcusabilidad del perdedor, y cualquier otra investigación subjetiva es vana: la condena en costas requiere únicamente la derrota” (CHIOVENDA, Giuseppe; *La pubblica amministrazione e la condanna nelle spese davanti la IV Sezione del Consiglio di Stato*, en CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile*. Milano, Giuffrè, 1993, 1ª ed., tomo 3, pág. 231 y siguientes).

Por su parte, la doctrina argentina no se aparta de este entendimiento, teniendo la cuestión como obvia: “El vencimiento, pues, presupone necesariamente un pronunciamiento que puede versar sobre el fondo del litigio o sobre un incidente, es decir, presupone una sentencia definitiva que pone fin al litigio, o en su caso una sentencia interlocutoria que decida un artículo con fuerza de definitiva, desde que dentro del régimen de nuestra legislación, el concepto de vencimiento no aparece ligado a la cuestión principal” (REIMUNDÍN, Ricardo. *La condena en costas en el proceso civil*. Buenos Aires, Zavallia, 1966, 2ª ed., pág. 101; reiterando la idea en la pág. 107, al formular las conclusiones acerca del concepto del vencimiento a los efectos de la imposición de costas). “En principio, la relación que se establece entre los argumentos de la demanda y los resultados logrados, califican la síntesis del

tra quien se haya declarado operada la prescripción en curso de causa. Éste será, pues, quien deberá soportar las costas del juicio.

Este dato se armoniza con otra observación, muy sutil, pero que permite sostener con suficiencia la posición que se defenderá en el texto. Si se analizan detenidamente los supuestos enunciados en el título anterior, en los cuales procede la declaración de prescripción en curso de causa aún luego de pronunciada la sentencia definitiva, se verá que todos tienen un denominador común: la sentencia dictada no se encuentra firme.

Una vez que la sentencia se encuentre firme, ya no entra a jugar la prescripción ordinaria sino la decenal correspondiente a la *actio iudicati*¹⁷¹, y el resultado del proceso anterior se encuentra definitivamente fijado sin posibilidad de revisión ulterior. Sin embargo, todos los supuestos que hemos estudiado en el título anterior tienen en común el hecho de que la sentencia no se encuentra firme.

En estas condiciones, el hecho de que la sentencia no se encuentre firme hace, precisamente, que la calidad de victorioso en el proceso no se encuentre todavía definida; y lo que definirá dicha calidad es la firmeza de la sentencia, o bien la firmeza de la decisión acerca de la prescripción en curso de causa. Hemos visto en el título anterior que ambas situaciones no pueden producirse simultáneamente: o bien la sentencia se encuentra firme, y por ende la prescripción ya no es la ordinaria sino la decenal de la

éxito” (GOZAINI, Osvaldo A. Costas procesales. Buenos Aires, EDIAR, 2007, 3ª ed., tomo 1, pág. 58). “El vencimiento -dice REIMUNDÍN- se determina por el resultado del proceso o del incidente, es este resultado del proceso o del incidente el que determina la condición de vencido” (LOUTAYF RANEA, Roberto G. Condena en costas en el proceso civil. Buenos Aires, Astrea, 2000, 1ª ed. (reimpresión), pág. 53).

La jurisprudencia comparte ampliamente esta tesitura, pueden verse, *ex multis*, LL 1981-B-59; LL 142-620; JA 1970-6-134; LL 144-537; LL 149-492; JA 1982-I-173; LL 1981-C-527; LL 1980-C-524; LL 142-616; JA 1975-26-30; LL 1975-B-853, etc.

En nuestro país, expone este punto de vista VILLALBA BERNIÉ, Pablo. *Comentario sub art. 194 del código procesal civil*, en *Código procesal civil de la República del Paraguay*, dirigido por TELLECHEA SOLÍS, Antonio y coordinado por IRÚN CROSKY, Sebastián. Asunción, La Ley Paraguaya, 2012, 1ª ed., tomo I, pág. 530; además de la jurisprudencia mencionada en las páginas 534 y 535.

171. Véase especialmente lo dicho en la nota 165.

ejecutoria –con lo que el problema de costas aquí analizado no se presenta–; o bien la sentencia no se encuentra firme y por ende la prescripción opera con un efecto extintivo sobre el proceso. En este último caso, al no encontrarse firme tampoco la condena en costas, no existe obstáculo técnico para aplicar el principio general del artículo 192 e imponer las costas del juicio al vencido, que será el acreedor perdidoso por vía de la prescripción^{172 173}.

El mismo razonamiento se aplica para la prescripción en instancias ulteriores. El hecho de que la sentencia esté en recurso implica, a nuestros efectos, que el apelante es el deudor perdidoso¹⁷⁴, y por ende la condena en

172. Significativo lo dicho por LOUTAYF RANEA, Roberto G. Condena en costas en el proceso civil. Buenos Aires, Astrea, 2000, 1ª ed. (reimpresión), págs. 285 y 286: “Tratándose de incidentes que versan sobre cuestiones sustanciales, a los efectos de las costas rigen los principios generales que inspiran esa cuestión de fondo. El trámite incidental es el procedimiento que se utiliza en el tratamiento del asunto; pero rigen los postulados generales que informan la institución de fondo”.

173. Naturalmente, si la prescripción en curso de causa ocurre en el marco de un proceso de ejecución de sentencia los problemas técnicos son mucho menores. Interesa solamente señalar que la liberación del deudor se producirá por el saldo no cobrado, sin que pueda extenderse a los eventuales montos percibidos en el curso de la ejecución, ya sea por el pago hecho en ocasión de la intimación a la que alude el artículo 460 del código procesal civil, aplicable en virtud de la remisión del artículo 522 del mismo cuerpo legal, o en virtud de eventuales cobros realizados como consecuencia de subastas realizadas a tenor del artículo 501 del código ritual.

Dicho en otros términos, la liberación del deudor nunca podrá tener efecto *ex tunc*, precisamente porque cada acto procesal implica el reinicio de un nuevo cómputo, con lo que los cobros anteriores tienen título suficiente y fueron debidos por el deudor, sin que les alcance la prescripción, que opera para el futuro, producida la inacción del acreedor.

174. Esto ya fue explicado en el título anterior, al cual remitimos. Agregaremos aquí que es posible la prescripción en curso de causa cuando el deudor fuese ganancioso, pero ello implicará un recurso interpuesto por el acreedor perdidoso, y una estrategia procesal orientada a lograr la prescripción. Esto tendrá un interés práctico solamente luego de llamados los autos para sentencia en segunda instancia, o bien en la hipótesis marginal de que el acreedor perdidoso haya apelado, el recurso no se haya concedido y falte notificar la sentencia definitiva al ganador. De nuevo cabe la referencia a lo dicho en el título inmediatamente precedente.

costas no se encuentra firme. El incidente de prescripción determinará definitivamente la calidad de ganancioso en el pleito y por ende la aplicación del artículo 203 del código procesal civil¹⁷⁵, con lo que la imposición de costas quedará determinada en consecuencia, respetando el principio general consagrado por el artículo 192 del código procesal civil.

La misma suerte seguirá, como es obvio, el pedido de regulación de honorarios. Finalizado el juicio en virtud del incidente de prescripción en curso de causa acogido favorablemente, los honorarios deben ser regulados conforme con el precepto general del artículo 32 de la ley 1376/88, resultando ganancioso el deudor beneficiado con la prescripción, con lo que su abogado podrá regular honorarios en carácter de juicio terminado¹⁷⁶. La concordancia de lo dicho hasta aquí con el artículo 29 del mismo cuerpo

175. Una vez más, resulta persuasivo lo dicho por CHIOVENDA, Giuseppe. *La condena en costas* (sin indicación del traductor). Buenos Aires, Valletta, 2004, 1ª ed., pág. 168: “No hay dos vencimientos, uno del apelante en primera instancia, y otro del apelado en la segunda, sino un solo vencimiento: el de aquel contra quien se hace la declaración de derecho definitiva (sic.). La declaración del primer juez se tiene por no hecha: la demanda fue discutida dos veces, las ideas de los dos jueces se manifestaron en sentido contrario, pero ello es consecuencia de existir la segunda instancia. En cuanto al vencedor en apelación, el pleito entero fue necesario para el reconocimiento de su derecho, y fue motivado por la acción o la resistencia de su contrario; por lo cual el juez que entiende en el recurso, al reformar la sentencia, dictará la condena en costas del vencido en ambas instancias”.

176. La conclusión deviene claramente del resultado del incidente de prescripción en curso de causa, que no solo permite la terminación del juicio sino que además zanja la cuestión de mérito, produciendo los efectos extintivos de derecho sustancial y la derrota definitiva del acreedor perdidoso. Así lo entendió un meduloso fallo argentino: “Admitida la excepción de prescripción, y producida la conclusión de la litis, no cabe tomar los trabajos en ella desarrollados como pretensión autónoma, en los términos del art. 175 del CPCCN, sino que deben ser considerados como integrantes de la primera etapa del juicio”. JA 1988-I-410.

Al tiempo de compartir dicho fallo, se ha agregado, con agudeza, lo siguiente: “Es que, con independencia de la procedencia o improcedencia del planteo deducido en las excepciones previas, esas labores no pueden regularse como un incidente, pues una de sus características es que no abren una nueva instancia dentro del juicio donde son opuestas” (PASSARÓN, Julio Federico y PESARESI, Guillermo Mario. *Honorarios judiciales*. Buenos Aires, Astrea, 2008, 1ª ed., tomo I, pág. 494).

legal¹⁷⁷ –según el cual la regulación definitiva se produce una vez determinados los valores exactos y el vencedor, al terminar el juicio– resulta demasiado notoria para ahondar en la misma. Queda claro que el vencimiento definitivo es el que determina la calidad de ganancioso y por ende brinda el parámetro para la regulación de honorarios.

Así, resuelta favorablemente la prescripción en curso de causa, habrán de justipreciarse los emolumentos profesionales como juicio terminado, aún de oficio, conforme lo autoriza el artículo 9° de la ley 1376/88. No hay contradicción con lo que sostenemos en relación con la forma de proponer la prescripción en curso de causa –esto es, la vía del incidente¹⁷⁸– por cuanto una cosa es el cauce procesal a través del cual realizar el planteo y otra muy distinta los efectos que la decisión acerca de la prescripción en curso de causa tiene no sólo respecto del proceso, sino de la pretensión ventilada en juicio.

De este modo, de prosperar el incidente habrá que considerar al juicio como terminado, lo que ocurre por vía de una defensa sustancial, de mérito, autorizada por el segundo párrafo del artículo 648 del código civil. Queda claro que la forma de solución del litigio requiere, sin lugar a dudas y con una atracción irresistible, la aplicación del principio contenido en el artículo 23 de la ley 1376/88, según el cual, si el progreso de las excepciones previas determina la imposibilidad de proponer una acción idéntica, los honorarios del abogado vencedor se regulan como si se tratase de la causa principal.

El fundamento de dicha disposición radica, precisamente, en la virtualidad que tienen dichas excepciones de terminar el pleito¹⁷⁹. Esto ocu-

177. TORRES KIRMSER, José Raúl. *Honorarios de abogados y procuradores*. Asunción, edición del autor, 2004, 4ª ed., pág. 290. Sobre los antecedentes de esta norma, es interesante la lectura de ALBARRACÍN GODOY, Jorge. *Honorarios de abogados y procuradores*. Buenos Aires, Depalma, 1948, 1ª ed., pág. 104.

178. *Supra*, título 5.5.a.

179. La jurisprudencia que anota al respecto TORRES KIRMSER, José Raúl. *Honorarios de abogados y procuradores*. Asunción, edición del autor, 2004, 4ª ed., pág. 206 y siguientes, no permite vacilaciones. Se dejan asentados aquí, entre otros, los fallos consignados en LLP 2000-471; y sobre todo los pronunciamientos extranjeros: LL 120-902 y LL 122-687. Significativa también la resolución que

rre, exactamente de la misma manera, con la prescripción en curso de causa, admitida por nuestro código civil. De este modo, a los efectos del justiprecio de honorarios, resulta totalmente contingente la circunstancia de que la misma se haga valer por vía del incidente, ya que el hecho de que la prescripción se haya producido en curso de causa no permite otro medio procesal idóneo para oponer la defensa en cuestión. Esto no obsta a que como resultado de la interposición victoriosa del incidente, el juicio quede terminado definitivamente y por ende los valores exactos y el vencedor del pleito establecidos de manera inmutable, cuando la decisión en cuestión quede firme¹⁸⁰.

El mismo razonamiento se aplica en instancias posteriores. Siempre teniendo presente que la posibilidad de plantear la prescripción en curso de causa implica que la sentencia dictada no se halla firme, queda claro que el vencedor no se encuentra todavía determinado, en los términos del artículo 29 de la ley 1376/88, por lo que de ocurrir la declaración de prescripción en curso de causa, tal será el evento que determinará las calidades definitivas de ganancioso y perdedoso, y consiguientemente la terminación del juicio. Obviamente, en estos casos la regulación se hará conforme con los parámetros del artículo 33 de la ley 1376/88, porque por definición se trata de actuaciones de segunda o ulterior instancia¹⁸¹.

anotan ALBRECHT, Paulina G. y AMADEO, José Luis. *Honorarios de abogados*. Buenos Aires, Ad Hoc, 2003, 2ª ed., pág. 129: “*La excepción de prescripción pone fin al juicio, y por ende no puede considerarse, a los fines regulatorios, como un incidente. Como consecuencia de la defensa opuesta por la demandada, se rechazó la acción entablada por la actora (...)*”

180. Queda absolutamente clara la evidencia de que en caso de rechazo del incidente de prescripción en curso de causa, la regulación se hace con carácter incidental, ya que el juicio sigue.

181. Naturalmente, aquí nos referimos solamente a los parámetros abstractos relacionados con la prescripción en curso de causa en sí y por sí considerada, sin atender las circunstancias particulares del juicio, para las cuales vienen en auxilio los artículos 21 y 22 de la ley 1376/88. Por ejemplo, si la prescripción en curso de causa es solicitada en segunda instancia por un abogado distinto al que llevó el caso por el deudor en primera instancia, a este último se le regulará por juicio terminado y como ganancioso, pero la consideración del valor y calidad jurí-

6. Conclusiones

Dada la considerable extensión que alcanzó la investigación, resulta oportuno sintetizar los resultados que han sido alcanzados a lo largo de su desarrollo; al tiempo de ofrecer la posibilidad de ahorrar una lectura, a lo mejor tediosa, para acudir directamente a la ponderación de las conclusiones que aquí se formulan. Por lo demás, la extensión a la que tuvimos ocasión de aludir aconseja incluir un epígrafe bibliográfico, para coadyuvar a una consulta ágil de los datos que puedan ser de interés.

A continuación, los resultados anunciados:

- A diferencia del código de Vélez, nuestro código admite expresamente la posibilidad de que la prescripción se produzca en curso del juicio civil.
- La redacción del segundo párrafo del artículo 648 del código civil implica que cada acto dentro del proceso determina un nuevo acto interruptivo, con el reinicio del plazo prescripcional, con lo que el efecto de la interrupción ocasionada por demanda es instantáneo y no se prolonga en el tiempo.
- Tal elección legislativa fue querida por el legislador, que pretendió zanjar una antigua disputa doctrinaria sobre la duración de los efectos de la interrupción de la prescripción por demanda civil.

dica de su labor (artículo 21, inciso b), ley 1376/88) implicará un porcentaje de regulación considerablemente inferior al del abogado de segunda instancia.

Lo mismo ocurrirá si el abogado que plantea el incidente de prescripción en curso de causa no es el que llevaba el juicio por el deudor. En estas circunstancias, deberán tenerse en cuenta las etapas profesionales de la labor de cada profesional (artículo 27, ley 1376/88), y naturalmente la calidad jurídica del trabajo de cada uno de los letrados. Todo ello para evitar duplicaciones e injusticias a la hora de valorar las actuaciones en juicio: *“El fundamento de esa división en etapas (que reconoce una larga tradición) aplicado a la regulación de honorarios es de puro sentido común: no podría reconocerse que, en general, la retribución del abogado cuya actuación se limitó a contestar la demanda sea igual a la de aquel que trabajó en todo el juicio”* (PASSARÓN, Julio Federico y PESARESI, Guillermo Mario. *Honorarios judiciales*. Buenos Aires, Astrea, 2008, 1ª ed., tomo I, págs. 429 y 430).

- De este modo, el artículo 648 del código civil contiene en realidad dos normas distintas, ya que los supuestos del primer y segundo párrafo de su redacción no podrán encontrar jamás aplicación simultánea.
- La coordinación de dicho artículo con las normas de nuestro proceso indica que la prescripción en curso de causa puede producirse toda vez que la perención de instancia no pueda operar, precisamente en razón de que la caducidad deja sin efecto el acto interruptivo de la demanda entablada.
- Por ende, la prescripción en curso de causa civil podrá ocurrir en los casos en que no procede la caducidad.
- La forma de hacer valer la prescripción en curso de causa civil es la del incidente.
- Dicho incidente debe plantearse en la instancia en la que haya ocurrido la prescripción en curso de causa civil, en los términos y condiciones que se dejaron expuestos en el presente trabajo.
- Sólo la sentencia firme permite considerar la prescripción decenal de la ejecutoria como aplicable.
- El incidente de prescripción en curso de causa favorablemente acogido determina la imposición de las costas del juicio al acreedor perdedor, y la regulación de honorarios del profesional ganador en carácter de juicio terminado.

7. Bibliografía

AA.VV. *Caducidad de instancia*. EISNER, Isidoro (director). Buenos Aires, Depalma, 2005, 1ª edición (reimpresión).

AA.VV. *Código civil comentado*. Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2004/2006, 1ª edición.

AA.VV. *Código civil de la República del Paraguay comentado*. Asunción, La Ley, 2009, 1ª edición.

AA.VV. *Código civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*. Buenos Aires, Hammurabi, 1995/2001, 1ª edición.

AA.VV. *Código procesal civil de la República del Paraguay*. Asunción, La Ley Paraguaya, 2012, 1ª edición.

AFTALIÓN, Enrique R. y VILANOVA, José. *Introducción al derecho*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994, 2ª edición (reimpresión).

AGUIAR, Henoch D. *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley*. Buenos Aires, TEA, 1950/1952, 2ª edición

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *La prescripción extintiva*. Madrid, Colegio de registradores de la propiedad y mercantiles de España, 2004, 2ª edición.

ALBARRACÍN GODOY, Jorge. *Honorarios de abogados y procuradores*. Buenos Aires, Depalma, 1948, 1ª edición.

ALBRECHT, Paulina G. y AMADEO, José Luis. *Honorarios de abogados*. Buenos Aires, Ad Hoc, 2003, 2ª edición.

ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. Buenos Aires, EDIAR, 1956/1965, 2ª edición.

ALTERINI, Atilio Aníbal; AMEAL, Oscar José y LÓPEZ CABANA, Roberto M. *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, 2ª edición.

ARGAÑARAS, Manuel J. *La prescripción extintiva*. Buenos Aires, TEA, 1966, 1ª edición.

ATYIAH, Partick S. *Promises, morals, and law*. Oxford, Clarendon Press, 1981, 1ª edición.

AZZARITI, Gaetano y SCARPELLO, Gaetano. *Prescrizione e decadenza*; en AA.VV. *Tutela dei diritti. Commentario del codice civile*, al cuidado de SCIALOJA, Antonio y BRANCA, Giuseppe. Bologna - Roma, Zanichelli - Il Foro Italiano, 1964, 2ª edición.

BALESTRA, Luigi. *Le obbligazioni naturali*. Milano, Giuffrè, 2004, 1ª edición.

BARRIO, Héctor. *La prescripción de la actio judicati*, en JA - Doctrina - 1973.

BARRIOS DE ANGELIS, Dante. *Teoría del proceso*. Montevideo - Buenos Aires, B de f, 2005, 2ª edición.

BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel y TISSIER, Albert *Traité théorique et pratique de droit civil. De la prescription*. Paris, Librairie de la société du recueil general des lois et des arrêts, 1899, 12ª edición.

BESSONE, Mario (coordinador). *Istituzioni di diritto privato*. Torino, Giappichelli, 2002, 9ª edición.

BETTI, Emilio. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. Milano, Giuffrè, 1971, 2ª edición.

BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, 2ª ed. (reimpresión corregida).

BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano, Giuffrè, 1953, 1ª edición.

BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto civile VII. Le garanzie reali, la prescrizione*. Milano, Giuffrè, 2012, 1ª edición.

BIANCA, Cesare Massimo. Ex facto oritur ius, en *Rivista di diritto civile*, 1995, I.

BIBILONI, Juan Antonio. *Anteproyecto de reformas al código civil argentino*. Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1932, 1ª edición.

BOBBIO, Norberto. *Teoria generale del diritto*. Torino, Giappichelli, 1993, 1ª edición.

BOFFI BOGGERO, Luis María. *Tratado de las obligaciones*. Buenos Aires, Astrea, 1973/1985, 1ª edición.

BORDA, Guillermo A. *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones*. Buenos Aires, Perrot, 1966, 1ª edición.

BORDA, Guillermo A. *Tratado de derecho civil argentino. Parte general*. Buenos Aires, Perrot, 1965, 4ª edición.

BREBBIA, Roberto H. *Hechos y actos jurídicos*. Buenos Aires, Astrea, 1979, 1ª edición.

BRECCIA, Umberto. *Le obbligazioni*. Milano, Giuffrè, 1991, 1ª edición.

BUERES, Alberto J. *Objeto del negocio jurídico*. Buenos Aires, Hammurabi, 1986, 1ª edición.

CAMP AUSINA, Carlos Alberto. *Convocación de acreedores y quiebra*. Asunción, La Ley Paraguaya, 1997, 1ª edición.

CARLI, Carlo. *La demanda civil*. La Plata, Lex, 2008, 1ª edición (reimpresión).

CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Traducción de SENTÍS MELENDO, Santiago. Buenos Aires, EJE, 1959, 1ª edición.

CASCO PAGANO, Hernán. *Código procesal civil comentado y concordado*. Asunción, La Ley Paraguaya, 2000, 4ª edición.

CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. *Derecho de las obligaciones*. Buenos Aires, La Ley, 2010, 4ª edición.

CENTURIÓN, Francisco. *Derecho civil*. Asunción, El constitucionalista, 1994, 1ª edición.

CHIAPPINI, Julio O. *Concepto y clases de "incidentes"*, en JA-1984-I.

CHIOVENDA, Giuseppe. *La condena en costas* (sin indicación del traductor). Buenos Aires, Valletta, 2004, 1ª edición.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile*. Milano, Giuffrè, 1993, 1ª edición.

CHIOVENDA, José (Giuseppe). *Principios de derecho procesal civil*. Traducción de CASAÍS Y SANTALÓ, José. Madrid, Reus, 1922, 1ª edición.

COLMO, Alfredo. *De las obligaciones en general*. Buenos Aires, Librería y casa editora de Jesús Menéndez, 1920, 1ª edición.

COLOMBO, Carlos J. *Código procesal civil y comercial de la nación*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1969, 1ª edición.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires, Depalma, 1958, 3ª edición.

DE GÁSPERI, Luis. *Anteproyecto de código civil*. Asunción, El Gráfico, 1964, 1ª edición.

DE GÁSPERI, Luis. *Tratado de derecho hereditario*. Buenos Aires, TEA, 1953, 1ª edición.

DE GÁSPERI, Luis. *Tratado de las obligaciones en el derecho civil paraguayo y argentino*. Buenos Aires, Depalma, 1946, 1ª edición.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Nociones generales de derecho procesal civil*. Madrid, Aguilar, 1966, 1ª edición.

DI MAJO, Adolfo. *La tutela civile dei diritti*. Milano, Giuffrè, 2003, 4ª edición.

DIEZ-PICAZO, Luis. *La prescripción extintiva en el código civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Cizur Menor, Thomson Civitas, 2007, 2ª edición.

ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. *Tratado de derecho civil (parte general)*. Traducción de PÉREZ GONZÁLEZ, Blas; y ALGUER, José. Barcelona, Bosch, 1981, 3ª edición.

FALCÓN, Enrique M. *Caducidad o perención de instancia*. Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2004, 3ª edición.

FALCÓN, Enrique M. *Tratado de derecho procesal civil y comercial*. Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2006/2014, 1ª edición (reimpresión).

FASSI, Santiago C. *Código procesal civil y comercial*. Buenos Aires, Astrea, 1971/1974, 1ª edición.

FENOCHIETTO, Carlos Eduardo y ARAZI, Roland. *Código procesal civil y comercial de la nación*. Buenos Aires, Astrea, 1993, 2ª edición.

FRANZONI, Massimo. *L'illecito*. Milano, Giuffrè, 2010, 2ª edición.

GALGANO, Francesco. *Il negozio giuridico*. Milano, Giuffrè, 2002, 2ª edición.

GARCÍA MARTÍNEZ, Francisco. *El concordato y la quiebra*. Buenos Aires, Depalma, 1964, 4ª edición.

GAUTO BEJARANO, Marcelino. *El acto jurídico. Hechos y actos jurídicos*. Asunción, Intercontinental, 2010, 1ª edición.

GAUTO BEJARANO, Marcelino. *Tratado de las obligaciones*. Asunción, Intercontinental, 2011, 1ª edición.

GAZZONI, Francesco. *Manuale di diritto privato*. Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, XIV edición.

GIORGI, Giorgio. *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*. Firenze, Fratelli Cammelli, 1911, 7ª edición.

GIORGIANNI, Michele. *L'obbligazione (la parte generale delle obbligazioni)*. Milano, Giuffrè, 1968, 1ª edición (reimpresión).

GOYENA COPELLO, Héctor Roberto. *Curso de procedimiento sucesorio*. Buenos Aires, La Ley, 2008, 9ª edición.

GOZAINI, Osvaldo A. *Costas procesales*. Buenos Aires, EDIAR, 2007, 3ª edición.

HERNÁNDEZ, Hernando. *Tratado de la ejecución*. Buenos Aires, Universidad, 1991, 1ª edición (reimpresión).

HINESTROSA, Fernando. *La prescripción extintiva*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, 2ª edición.

IBAÑEZ FROCHAM, Manuel. *La jurisdicción*. Buenos Aires, Astrea, 1972, 1ª edición.

IBAÑEZ FROCHAM, Manuel. *Tratado de los recursos en el proceso civil*. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1957, 1ª edición.

IRÚN CROSKEY, Sebastián. Prescripción y caducidad de los derechos, las acciones y las pretensiones: Un nuevo enfoque, en *Revista jurídica paraguaya* La Ley, 2005.

JOSSERAND, Louis. *Derecho civil*. Traducción de CUNCHILLOS Y MANTEROLA, Santiago. Buenos Aires, EJE, 1950, 1ª edición.

LASCANO, David. *Jurisdicción y competencia*. Veracruz, Praxis Jurídica, 1978, 1ª edición.

LEBRÓN, Horacio. *Ley de quiebras. N° 154/69*. Asunción, La Ley Paraguaya, 2002, 2ª edición.

LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de derecho civil, parte general*. Buenos Aires, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, 2003, 20ª edición.

LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de derecho civil. Obligaciones*. Buenos Aires, Perrot, 1973, 2ª edición.

LLERENA, Baldomero. *Concordancias y comentarios del código civil argentino*. Buenos Aires, Imprenta, litografía y encuadernación de Jacobo Peuser, 1903, 2ª edición.

LÓPEZ HERRERA, Edgardo. *Tratado de la prescripción liberatoria*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, 2ª edición.

LÓPEZ MESA, Marcelo J. *Código civil y leyes complementarias. Anotados con jurisprudencia*. Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, 1ª edición.

LOUTAYF RANEA, Roberto G. *Condena en costas en el proceso civil*. Buenos Aires, Astrea, 2000, 1ª edición (reimpresión).

LOUTAYF RANEA, Roberto G. *El recurso ordinario de apelación en el proceso civil*. Buenos Aires, Astrea, 2009, 2ª edición.

LOUTAYF RANEA, Roberto G; y OVEJERO LÓPEZ, Julio C. *Caducidad de la instancia*. Buenos Aires, Astrea, 2014, 2ª edición (reimpresión).

LUGO, Andrea. *Manuale di diritto processuale civile*. Milano, Giuffrè, 2005, 15ª edición.

MACHADO, José Olegario. *Exposición y comentario del código civil argentino*. Buenos Aires, Félix Lajouane, 1922, 2ª edición.

MAFFIA, Jorge O. *Tratado de las sucesiones*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, 3ª edición.

MANS PUIGARNAU, Jaime M. *Lógica para juristas*. Barcelona, Bosch, 1978, 1ª edición (reimpresión).

MARTÍNEZ BOTOS, Raúl. *Medidas cautelares*. Buenos Aires, Universidad, 1994, 2ª edición.

MARTYNIUK BARÁN, Sergio. *Obligaciones*. Asunción, Intercontinental, 2005, 2ª edición.

MAURINO, Alberto Luis. *Perención de la instancia en el proceso civil*. Buenos Aires, Astrea, 2008, 2ª edición (reimpresión).

MAURINO, Alberto Luis. *Subasta judicial*. Buenos Aires, Astrea, 2010, 1ª edición.

MAZZAMUTO, Salvatore (coordinador). *Tempo e diritto. In memoria di Paolo Vitucci*. Napoli, Jovene, 2010, 1ª edición.

MESSINEO, Francesco. *Manuale di diritto civile e commerciale*. Milano, Giuffrè, 1952, 8ª edición.

MOISSET DE ESPANÉS, Luis. *Prescripción*. Córdoba, Advocatus, 2006, 2ª edición.

MOLLE, Giacomo. *I contratti bancari*. Milano, Giuffrè, 1966, 1ª edición.

MORELLO, Augusto Mario; SOSA, Gualberto Lucas; y BERIZONCE, Roberto Omar. *Códigos procesales en lo civil y comercial de la provincia de Buenos Aires y de la nación*. La Plata - Buenos Aires, Librería Editora Platense - Abeledo Perrot, 1982/2005, 2ª edición.

MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ, Roberto. *Arqueología de la responsabilidad civil en el derecho paraguayo*. Asunción, La Ley Paraguaya, 2009, 1ª edición.

MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio. *Curso de derecho civil. Hechos y actos jurídicos*. Asunción, Intercontinental, 2001, 4ª edición.

MOSCATI, Enrico. Le obbligazioni naturali tra diritto positivo e realtà sociale, en *Rivista di diritto civile*, 1991, parte 1.

NOVELLINO, Norberto J. *Embargo y desembargo y demás medidas cautelares*. Buenos Aires, La Ley, 2006, 5ª edición.

PALACIO, Lino E.; y ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Código procesal civil y comercial de la nación*. Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1988/1998, 1ª edición.

PALACIO, Lino Enrique. *Derecho procesal civil*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011, 3ª edición.

PALANDT, Otto. *Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen*. München, C. H. Beck, 1986, 48ª edición.

PANGRAZIO, Miguel Ángel y PETTIT, Horacio Antonio. *Código civil paraguayo comentado y concordado*. Asunción, Intercontinental, 2012, 6ª edición.

PARRY, Adolfo E. *Perención de la instancia*. Buenos Aires, OMEBA, 1964, 3ª edición.

PASSARÓN, Julio Federico y PESARESI, Guillermo Mario. *Honorarios judiciales*. Buenos Aires, Astrea, 2008, 1ª edición.

PERELMAN, Chaïm y OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*. Traducción de SEVILLA MUÑOZ, Julia. Madrid, Gredos, 2015, 1ª edición.

PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Tratado elemental de derecho civil*. Traducción de CAJICA JR., José M. México D.F., Cárdenas editor y distribuidor, 1991, 2ª edición.

PODETTI, J. Ramiro. *Tratado de las ejecuciones*. Buenos Aires, EDIAR, 1952, 1ª edición.

PODETTI, J. Ramiro. *Tratado de los actos procesales*. Buenos Aires, EDIAR, 1955, 1ª edición.

PODETTI, J. Ramiro. *Tratado de los recursos*. Buenos Aires, EDIAR, 1958, 1ª edición.

PUIG BRUTAU, José. *Caducidad, prescripción extintiva y usucapión*. Barcelona, Bosch, 1996, 3ª edición.

REDENTI, Enrico. *Derecho procesal civil*. Traducción de SENTÍS MELLENDO, Santiago y AYERRA REDÍN, Marino). Buenos Aires, EJEJA, 1957, 1ª edición.

REIMUNDÍN, Ricardo. *La condena en costas en el proceso civil*. Buenos Aires, Zavalía, 1966, 2ª edición.

RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. *Tratado de derecho civil según el tratado de Planiol*. Traducción de GARCÍA DAIREAUX, Celia; y supervisión de LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Buenos Aires, La Ley, 1965, 1ª edición.

RIVAS, Adolfo Armando. *Tratado de los recursos ordinarios*. Buenos Aires, Ábaco, 1991, 1ª edición.

ROCCO, Ugo. *La sentencia civil*. Traducción de GRECO, Rafael. Buenos Aires, Valletta, 2005, 1ª edición.

ROJAS WIEMANN, Javier. *La caducidad de la instancia en el proceso civil*. Asunción, La Ley Paraguaya, 2013, 1ª edición.

SALVAT, Raymundo M. *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones en general*. Buenos Aires, TEA, 1956, 6ª edición, actualizada por GALLI, Enrique V.

SANTORO PASSARELLI, Francesco. *Dottrine generali del diritto civile*. Napoli, Jovene, 2002, 9ª edición (reimpresión).

SILVA ALONSO, Ramón. *Derecho de las obligaciones en el código civil paraguayo*. Asunción, Intercontinental, 2000 y 2013, 6ª y 13ª edición, actualizada por MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio.

SPOTA, Alberto G. *Tratado de derecho civil. Parte general*. Buenos Aires, Depalma, 1947/1959, 1ª edición.

TARELLO, Giovanni. *L'interpretazione della legge*. Milano, Giuffrè, 1980, 1ª edición.

TEJERINA, Wenceslao. La prescripción liberatoria y su elusión procesal. La demanda interruptiva: efectos y alcances, en LL 2009-F. Sección doctrina.

TORRES KIRMSER, José Raúl. *Honorarios de abogados y procuradores*. Asunción, edición del autor, 2004, 4ª edición.

TRIGÜIS, María Gloria. *Caducidad de la instancia*. Asunción, Intercontinental, 2006, 1ª edición.

DOCTRINA

VITUCCI, Paolo (coordinador). *La prescrizione*. Milano, Giuffrè, 1999, 1ª edición, tomo segundo.

VITUCCI, Paolo y ROSELLI, Federico. *La prescrizione*. Milano, Giuffrè, 2012, 2ª edición, tomo primero.

VON TUHR, Andreas. Tratado de las obligaciones. Granada, Comares, 2007, 1ª edición.

WILLIAMS, Jorge N. La letra de cambio y el pagaré en la doctrina, legislación y jurisprudencia. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1981, 1ª edición.

WINDSCHEID, Bernardo. *Diritto delle pandette*. Traducción al italiano y notas de FADDA, Carlo y BENZA, Paolo Emilio. Torino, UTET, 1926, 1ª edición (reimpresión).

ZAVALA RODRÍGUEZ, Carlos Juan. *Código de comercio y leyes complementarias*. Buenos Aires, Depalma, 1964/1980, 1ª edición (reimpresión).



Opinión consultiva

OPINIÓN CONSULTIVA EMITIDA AL TRIBUNAL DEL MERCOSUR EN LOS AUTOS CARATULADOS: NORTE S.A. IMP. EXP. C/ LABORATORIOS NORTHIA SOCIEDAD ANÓNIMA, COMERCIAL, INDUSTRIAL, FINANCIERA, INMOBILIARIA Y AGROPECUARIA S/ INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS Y LUCRO CESANTE”, EN FECHA 21 DE DICIEMBRE DE 2006.

En la ciudad de Asunción, República del Paraguay, a los tres días del mes de abril de dos mil siete,

I. VISTO

La petición de Opinión Consultiva planteada por la Señora Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Primer Turno de la jurisdicción de Asunción, Paraguay, Magistrada María Angélica Calvo, en los autos caratulados: Norte S.A. Imp. Exp. c/ Laboratorios Northia Sociedad Anónima, Comercial, Industrial, Financiera, Inmobiliaria y Agropecuaria s/ Indemnización de Daños y Perjuicios y Lucro Cesante”, vía la Excm. Corte Suprema de Justicia de la República del Paraguay, recibida por este Tribunal en fecha 21 de diciembre de 2006; y

II. CONSIDERANDO

Traídos los autos a la vista, y estando el Tribunal Permanente de Revisión (en adelante TPR), reunido en plenario e integrado por el Dr. Nicolás Eduardo Becerra en su calidad de Presidente actual del TPR, el Dr. Joao Grandino Rodas, el Dr. Wilfrido Fernández de Brix, el Dr. Ricardo Olivera García y el Dr. José Antonio Moreno Ruffinelli en su calidad de Quinto Arbitro. Se deja constancia de la excusación obrante en autos del

Dr. Roberto Puceiro. A su vez, se detalla que conforme al Art. 6° Inc. 3 del Reglamento del Protocolo de Olivos (en adelante PO), se hace constar que por consenso fue designado Coordinador de la redacción de la respuesta a la consulta el Dr. Wilfrido Fernández de Brix. Igualmente, se deja constancia de que por providencia de este TPR en mayoría, en fecha 1 de febrero de 2006 se corrió traslado por treinta días corridos a las Coordinaciones Nacionales del Grupo Mercado Común, a través de la Presidencia Protempore de Turno. Este plazo a la fecha se encuentra vencido, sin que ninguna Coordinación Nacional haya presentado postura alguna. Seguidamente, expone el Coordinador designado.

III. RELATORIO JURÍDICO Y FÁCTICO DEL CASO

1. Que conforme a las compulsas remitidas por la Magistrada Calvo, en autos se trata de la referida opinión consultiva surgida en el marco de un litigio judicial entre una empresa argentina (Laboratorios Northia Sociedad Anónima, Comercial, Industrial, Financiera, Inmobiliaria y Agropecuaria) y una empresa paraguaya (Norte S. A. Imp. Exp.). La empresa paraguaya demanda a la empresa argentina por indemnización de daños y perjuicios y lucro cesante ante la jurisdicción de Asunción. La empresa argentina ha opuesto una excepción de incompetencia de jurisdicción argumentando la prevalencia del Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual (Decisión CMC N° 01/94) (en adelante PBA) por sobre la Ley nacional paraguaya N° 194/93. Argumenta, en consecuencia, el debido respeto a la elección de jurisdicción contractualmente pactada, de conformidad al Art. 4° de tal Protocolo, sosteniendo la primacía del tratado sobre la ley, más todavía en el caso de ley posterior, dispuesto por el Art. 136 ¹ de la Constitución Nacional paraguaya. Considera entonces que se dan las circunstancias para la prórroga de la competencia territorial permitida por el Art. 3° del Código de Procedimiento Civil paraguayo. Finalmente, sostiene que el orden público meramente interno de la Ley paraguaya N° 194/93, debe ceder ante las normas arriba citadas. La parte excepcionada rechazando la argumentación de la empre-

1. En realidad y sin hacer ningún juicio de valor sobre el derecho interno paraguayo, se consigna meramente, que los Arts. que tratan el tema son los Arts. 137 y 141. El Art. 136 norma sobre la competencia y responsabilidad de los magistrados.

OPINIÓN CONSULTIVA

sa argentina, a su vez invoca el Protocolo de Santa María sobre Relaciones de Consumo (Decisión CMC N° 10/96) (en adelante PSM), manifestando el carácter irrenunciable de los derechos establecidos por la Ley paraguaya N° 194/93 (Art. 9°), y afirmando que conforme a los Arts. 7° y 10 de la misma, es procedente la competencia de la jurisdicción paraguaya. Manifiesta, además, que por los Arts. 2° y 3° del Código Procesal Civil paraguayo, la competencia del Juzgado de Asunción sería apropiada, adicionando a su vez la cita del Código de Organización Judicial paraguayo. Menciona, además, a su favor un conocido Acuerdo y Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República del Paraguay (Electra Amambay SRL c/ Compañía Antártica Paulista Ind. Brasileira de Bebidas - Acuerdo y Sentencia N° 827 del 11 de diciembre de 2001). La parte excepcionada hace notar, además, que este fallo de la Corte Suprema de Justicia es posterior a la Ley N° 597/95 que internalizó el PBA, y, concluye que existiendo tal precedente judicial la competencia del Juzgado de Asunción es indiscutible. Hace notar, además, que conforme al Art. 2° del PBA, el tipo de contrato de autos está excluido del ámbito de su aplicación. En cuanto al PSM, sustenta su argumentación basado en los Arts. 4°, 5° y 10. Adicionalmente, sustenta que al presentar la contraparte un incidente de mejora de contracautela, ya se ha consentido la competencia del Juzgado de Asunción. Finalmente, peticiona expresamente que en caso de existir dudas con respecto a la aplicabilidad al caso de la norma comunitaria invocada por la otra parte, de las que surgiere una controversia sobre la interpretación jurídica de la normativa del Mercosur, se formalice la opinión consultiva pertinente al TPR. A continuación consideramos oportuno destacar:

a. El título de la Ley N° 194/93 reza Ley que aprueba con modificaciones el Decreto Ley N° 7 del 29 de marzo de 1991, por el que se establece el régimen legal de las relaciones contractuales entre fabricantes y firmas del exterior y personas físicas o jurídicas domiciliadas en el Paraguay.

b. El incidente de mejora de contracautela citado por la parte excepcionada, fue presentado por la parte excepcionante en relación a medidas cautelares decretadas previo al inicio de la acción de fondo.

c. Tales medidas cautelares decretadas previo al inicio de la acción de fondo han sido anuladas por A. I. N° 408, de fecha 9 de junio de 2006, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Cuarta Sala de la Circunscripción Judicial de Asunción, Paraguay. Este A.I. anula la resolución del aquo inferior concedente de las medidas cautelares, por no

OPINIÓN CONSULTIVA

haberse fundamentado la asunción de competencia ni los presupuestos para la concesión de la medida cautelar. Asimismo, tal A.I. del Tribunal de Apelación declara incompetente en razón del territorio a los órganos jurisdiccionales de la República del Paraguay para entender en el dictado u ordenamiento de medidas cautelares en esta causa. Muy en concreto, este A.I. sustenta la primacía del PBA por sobre la Ley, paraguaya N° 194/93 y en consecuencia confirma la validez de la cláusula contractual en cuanto al foro aplicable.

d. Se deja constancia de que en el contrato vinculado a la demanda, celebrado en fecha 22 de mayo de 2000 entre las partes en litigio, y específicamente en la cláusula 22, se ha pactado como jurisdicción competente la de los Tribunales Ordinarios de la Ciudad de Buenos Aires, República Argentina, y como ley, aplicable en forma exclusiva, el derecho argentino. Igualmente en la cláusula 22, textualmente las partes han acordado dar plena vigencia a la normativa incorporada por el Mercosur, vinculadas a contrataciones de compra-venta internacional de mercaderías, mencionándose expresamente el PBA.

2. Las cuestiones a ser tratadas en esta opinión consultiva son las siguientes.

A. RÉGIMEN NORMATIVO ACTUAL DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS

1. Que el PO en su Art. 3° ha autorizado al Consejo del Mercado Común a establecer mecanismos de solicitudes de opiniones consultivas. A su vez el Reglamento del Protocolo de Olivos (en adelante RPO) en su Art. 2°, ya ha autorizado la petición de opiniones consultivas a este Tribunal, habilitando a solicitarlas, entre otros, a los Tribunales Superiores de los Estados Partes con jurisdicción nacional. Asimismo, el Art. 4° del RPO se refiere al tema estipulando que las opiniones consultivas deberán abarcar exclusivamente cuestiones atinentes a la interpretación jurídica de la normativa del Mercosur, siempre que se vinculen con causas que estén siendo tramitadas en el Poder Judicial del Estado Parte solicitante.

2. Es dable resaltar que el Inc. 2 del Art. 4° del RPO establece que el procedimiento para solicitudes de opiniones consultivas debe ser reglamentado, lo cual a la fecha de inicio de esta causa aún no había acontecido. La cuestión que suscita el nuevo Reglamento de Opiniones Consultivas aprobado por Decisión N° 02/07, de fecha 18 de enero de 2007, será tratada por separado. Consecuentemente, es dable asimismo resaltar que enten-

demos de perfecta aplicación al caso, el conocido aforismo jurídico que estipula que la falta de reglamentación de un derecho o acción, no puede ser obstáculo para el ejercicio de tal derecho o acción. Sin entrar a emitir ningún juicio de valor sobre los derechos internos nacionales, simplemente citamos como aporte ilustrativo que en algunos países como en la República del Paraguay este consabido aforismo tiene expresa jerarquía constitucional (Art. 45 de la Constitución Nacional paraguaya). A su vez la Constitución de la República Oriental del Uruguay tiene una disposición similar en su Art. 332. En otros, como en la República Argentina, han sido estipulados en consabidos fallos judiciales incluyendo la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) ².

3. En estas circunstancias, estimamos procedente la admisión de esta primera Opinión Consultiva a ser estudiada, más todavía considerando su trascendental importancia para asentar los sólidos cimientos del concepto, naturaleza y objetivo de las opiniones consultivas dentro de un proceso de integración, dado el contexto de la consulta.

B. CONCEPTO, NATURALEZA Y OBJETIVO DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS

1. En realidad, aplicado al escenario de un sistema de solución de controversias dentro de un proceso de integración, y en especial en cuanto a consultas originadas en los órganos judiciales nacionales, el concepto de opiniones consultivas resulta incorrecto. En verdad se trata de interpretaciones prejudiciales o en todo caso de consultas prejudiciales Santiago Benadava, gran estudioso del Derecho Internacional enseña: *“La opinión consultiva, a diferencia de una sentencia de la Corte, no decide, con fuerza obligatoria, un caso contencioso entre partes. Solo da respuesta a una pregunta de carácter jurídico y esta respuesta no es obligatoria. Sin embargo, la autoridad que conlleva la opinión, determina que los órganos que la solicitan, se muestren poco dispuestos a apartarse de ella. Las opiniones*

2. CSJN “Banco Ctral. de la Rep. Argentina en Centro Financiero S.A. Cía. Financiera - incid. de verificación de inconstitucionalidad y recurso directo”, 20/03/2003 (Fallos 326:742; voto de la mayoría por remisión al dictamen del Procurador Fiscal (apartado II); ver asimismo, “Zofracor S.A. c/ Estado Nacional s/ amparo”, 20/09/2002 (Fallos 325:2394; considerando 5° del voto concurrente del juez Boggiano.

consultivas emitidas por una Corte, no poseen el efecto obligatorio que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa” ³. Por el contrario, la interpretación prejudicial en el marco de un proceso de integración, “*es el mecanismo de cooperación entre el juez nacional y el comunitario, en la que este último representado por el tribunal de justicia, interpreta de forma objetiva la norma comunitaria y al primero le corresponde aplicar el derecho que se ventila en el orden interno. Su finalidad no es otra que resguardar la aplicación uniforme del derecho pertinente por todos los jueces en el territorio de los países miembros. En efecto, la función del tribunal comunitario en estos casos es interpretar la norma comunitaria desde el punto de vista jurídico; es decir buscar el significado para precisar su alcance; función que difiere de la de aplicar la norma a los hechos, tarea exclusiva del juez nacional dentro de la esfera de su competencia. No obstante, el tribunal de justicia se encuentra facultado para referirse a los hechos cuando ello sea indispensable para la interpretación solicitada”* ⁴.

2. Ricardo Vigil Toledo, actual Presidente del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante TJCA) sostiene: “Se conoce como la pieza clave del sistema jurisdiccional de la Comunidad andina Esta acción es de colaboración entre el juez nacional y el juez comunitario” ⁵. A su vez, Paolo Mengozzi enseña: “El ejercicio por parte del Tribunal de Justicia de la función prejudicial es importante, sin embargo, más que por la dimensión que ha tomado, a) por las implicaciones que ha comportado y b) por los electos que ha determinado. Por cuanto se refiere al primer punto ... se ha contribuido notablemente, además de asegurar la uniforme inter-

3. Benadava, Santiago. Derecho Internacional Público. Editorial Jurídica Cono Sur Santiago, Chile. Pág. 324.

4. Sánchez Miralles, Samantha Publicaciones Jurídicas Venezolanas - www.zur2.com/fp/samantha.htm. Benadava como Sánchez Miralles están a su vez citados en el trabajo presentado por el Dr. Wilfrido Fernández sobre “El Mercosur y el Tribunal Permanente de Revisión: la Opinión Consultiva” al primer Encuentro de los Magistrados de la Cortes Supremas de la Comunidad Andina, del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur. Lima y Arequipa, Perú - 12, 13, 14 de octubre, 2015.

5. Vigil Toledo. Ricardo La Solución de Controversias en el Derecho Comunitario Andino. Trabajo presentado a la XL Conferencia de la Federación Interamericana de Abogados - Madrid, 22-26 de junio, 2004. Pág. 14.

pretación y aplicación del Derecho Comunitario, a concretar dos elementos característicos del Derecho Comunitario ya ampliamente considerados supra: la caracterización de los individuos y de las empresas como sujetos del ordenamiento comunitario ... En relación al segundo punto, las sentencias prejudiciales del Tribunal de Justicia han tenido un papel determinante en el proceso de afirmación del principio de la aplicabilidad directa y de toda aquella ulterior serie de principios que, como ya se ha indicado, han constituido el motor del proceso en continua evolución que ha llevado a la transformación del Derecho del Mercado Común en Derecho Comunitario”⁶.

3. El sistema de interpretaciones prejudiciales por la naturaleza de su función, obviamente debe ser obligatorio para los jueces que enfrentan la aplicación de normas comunitarias, cuando estos fueren de única o última instancia en la causa en cuestión; y opcional para que aquellos magistrados nacionales que se encuentran con la necesidad de aplicación de tal tipo de normas, cuando estos no fueren de única o última instancia en la causa en cuestión. Aunque con matices diferentes, este es el sistema prevalente tanto en la Comunidad Andina como en la Unión Europea, dos procesos de integración con mucho mejor desarrollo institucional que el nuestro. La única diferencia es que en la Unión Europea se aplican las teorías del acto claro y del acto aclarado para eximir excepcionalmente a los magistrados de la obligación de la remisión de la opinión consultiva. A nuestro entender el sistema vigente en la Comunidad Andina es el más apropiado, no solo para nuestra realidad mercosureña sino para nuestra realidad latinoamericana en general. Primero, porque dada nuestra realidad coadyuva mejor a la concientización de los órganos judiciales nacionales sobre la importancia de la interpretación prejudicial en el marco del Derecho Comunitario (o Derecho de Integración) y segundo, porque si bien a riesgo de ser innecesariamente repetitivo, proporciona sin embargo al tribunal comunitario la oportunidad de evolucionar y modificar sus propios criterios anteriores. El derecho es y debe ser siempre evolutivo.

4. A su vez en nuestro régimen actual, lamentablemente la mal llamada opinión consultiva no es obligatoria en las circunstancias preceden-

6. Mengozzi, Paolo. Derecho Comunitario y de la Unión Europea. Editorial Tecnos. Madrid - 2000. Pág. 259.

temente esbozadas, ni mucho menos vinculante para el juez nacional consultante. En primer término es característica de todo tribunal su imperatividad, pero mucho más que ello, con un sistema no obligatorio ni vinculante respecto al magistrado nacional, se desnaturaliza por completo el concepto, la naturaleza y el objetivo de lo que debe ser un correcto sistema de interpretación prejudicial. Ello atenta principalmente con el objetivo de la consulta del juez nacional en el ámbito de un proceso de integración que es lograr la interpretación de la norma comunitaria de manera uniforme en todo el territorio integrado, objetivo por lo demás declarado por el guión cuarto del Artículo 2º de la Decisión CMC N° 25/00 (“Art. 2.- Sin perjuicio de la consideración de otros temas que pudieran ser propuestos por los Estados Partes serán analizados los siguientes: “... Alternativas para una interpretación uniforme de la normativa MERCOSUR”) que fue el antecedente del PO. Tanto en el sistema centroamericano de integración como en el caribeño, así como en la Unión Europea y en la Comunidad Andina, cualquier respuesta del tribunal comunitario a consultas prejudiciales que le remitan los jueces nacionales es siempre vinculante ⁷. Nuestro sistema actual, siempre lamentablemente, no tiene parangón en el Derecho Comparado. Visto lo anterior y teniendo en cuenta lo previsto en el Art. 1º de la reciente Decisión CMC N° 09/07, a cuyo tenor, el CMC instruye “al Grupo de Alto Nivel para la Reforma Institucional del Mercosur ... a elaborar y someter al Consejo del Mercado Común, antes de fines de junio de 2007, ajustes al Protocolo de Olivos en base a las propuestas de los Listados Partes”, instamos pues muy respetuosamente a que en un futuro cercano, las autoridades pertinentes mejoren las características, hoy día ya absolutamente uniformes en el derecho comparado en cuanto al carácter obligatorio del planteo de la consulta así como en cuanto al carácter vinculante de la respuesta de este TPR. Se deja expresa constancia de que varios representantes de las Cortes Supremas de Justicia del Mercosur ya se han pronunciado en tal sentido, en ocasión de las diversas reuniones anuales del Foro Permanente de Cortes Supremas del Mercosur y Asociados, que son

7. Se aclara que en el Sistema de la Integración Centroamericana (SICA), no existe aún la obligatoriedad de parte del magistrado nacional de formular la consulta, pero una vez formulada la misma, la decisión de la Corte Centroamericana de Justicia es vinculante.

llevadas a cabo actualmente en Brasilia en la sede del Supremo Tribunal Federal. A su vez, siendo esta la primera oportunidad que este TPR interviene en el marco de una opinión consultiva, es dable destacar que en el marco del Derecho Comparado, los Tribunales Supremos de los respectivos Estados Miembros no desarrollan ninguna función o competencia vinculada a la tramitación de las consultas prejudiciales que son dirigidas por los jueces nacionales. Por tal razón, este Tribunal desea llamar la atención sobre este importante aspecto, en la esperanza de que los órganos competentes legislen mecanismos de solicitudes de opiniones consultivas, de manera tal que se permita el contacto más directo y expedito posible entre este Tribunal y los jueces nacionales consultantes, a fin de respetar y observar la naturaleza y finalidad de tales consultas.

5. Que ante la pobreza normativa de nuestro régimen en el tema de las Opiniones Consultivas, es justo y necesario deslindar claramente en esta primera opinión consultiva lo que el TPR puede hacer y debe hacer, y lo que el magistrado consultante puede y debe hacer. Ello a fin de estructurarse ab-initio un mecanismo institucional de reparto de competencias en base a lo aconsejado por la unánime doctrina y jurisprudencia del Derecho Comparado. En efecto, es competencia del TPR, interpretar el derecho del Mercosur, siendo competencia del magistrado consultante el aplicar esa interpretación del TPR (lamentablemente no es vinculante nuestra opinión), así como interpretar el derecho nacional (derecho interno e internacional) y aplicarlo al caso. El TPR solo puede referirse a los hechos que hacen al caso, pero nunca emitir juicio de valor sobre los mismos. En consulta sobre este punto al Ex Presidente de TJCA y ex miembro de la Corte Suprema de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, Doctor Moisés Troconis, afirma textualmente: “El Tribunal no puede interpretar sino la ley común; la cuestión a interpretar solo puede conducir a un juicio de derecho, no a un juicio de hecho; y la providencia del Tribunal no puede ser sino un acto de interpretación, no de aplicación. En cuanto al reparto de competencia entre el Tribunal Comunitario y los Tribunales Nacionales, cabe precisar que, si se trata de una controversia sometida al conocimiento de un Tribunal Nacional, en la cual se invoque o se plantee la aplicación de una norma común, el único ámbito de competencia del Tribunal Comunitario es el de rendir la interpretación de la ley común que se le solicite. En cambio, será de la competencia del Tribunal Nacional la valoración de los hechos constitutivos de la controversia, el uso no vincu-

lante de la interpretación de la ley, común rendida por el Tribunal Comunitario, y la aplicación a la controversia tanto de la ley nacional como de la ley común” (correo electrónico del 31/01/2007).

C. PREVALENCIA DE LA NORMA DE DERECHO DE INTEGRACIÓN SOBRE LA LEY NACIONAL

1. Las tres características básicas del derecho comunitario son; i) la aplicación inmediata; ii) el efecto directo; y iii) la prevalencia normativa sobre derecho interno. En la Unión Europea el jurista español Ricardo Alonso García, brinda un claro y detallado comentario sobre el concepto y evolución de tales características ⁸. Igualmente, el Ex-Presidente del TJCA, Dr. Walter Kaune, hace otra interesantísima reseña de tales características en la experiencia andina ⁹. En esta oportunidad debemos centrarnos sobre la tercera característica arriba citada. En relación a la misma resulta evidente que esta causa le da al TPR la oportunidad de una creación pretoriana para insertarla dentro del régimen jurídico comunitario mercosureño, lo cual es perfectamente posible dada nuestra presente normativa en vigencia. Siendo ello así, se concluye que tal tercera característica es perfectamente insertable dentro de nuestro derecho de integración, con lo cual este TPR cumple su responsabilidad institucional al respecto declarándolo así.

2. Ha sido hasta la fecha un error constante tanto de la jurisprudencia como de la doctrina existente, el solo recurrir al argumento de la prevalencia del tratado sobre la ley para sostener la prevalencia o no del derecho del Mercosur sobre el derecho nacional. Si bien este es un argumento jurídicamente correcto, nunca debe constituirse en el argumento principal para el arribo a tal conclusión.

8. Alonso García, Ricardo. Las Sentencias Básicas del Tribunal de Justicia de Las Comunidades Europeas - Centro de Estudios Políticos y Constitucionales - Madrid, España - 1003. Págs. 483 y sigts.

9. Kaune, Walter. La Necesidad de la Integración y el Orden y el Ordenamiento Jurídico Comunitario - Trabajo publicado en el libro editado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina “De la Necesidad de la Integración y su Proyección; Orden y Ordenamiento Jurídico Comunitario - Comunidad Andina - Mercosur - Abril 2004 - Págs. 41 y sigts.

3. El argumento principal debe ser siempre este: el derecho de integración por su concepto, naturaleza y finalidad debe ser siempre prevalente sobre los derechos nacionales respectivos por su misma esencia. Caso contrario, se desnaturaliza el concepto, la naturaleza y sobre todo la finalidad no solo del Derecho de Integración, sino del proceso de integración en sí mismo, o en palabras del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante TJCE) se pondría “en tela de juicio la base jurídica misma del Mercosur”. La anterioridad o posterioridad de la norma nacional deviene absolutamente irrelevante ¹⁰.

4. Respecto a ello, con las distancias del caso, parafraseamos al tratadista Luis Ignacio Sánchez Rodríguez citado por Walter Kaune cuando dice: “*Entre los principios rectores del Derecho Comunitario la primacía de este sobre los ordenamientos nacionales ocupa un lugar dominante; en consecuencia los conflictos entre las normas comunitarias y las normas nacionales deben resolverse mediante la aplicación del principio de la primacía de la norma comunitaria*” ¹¹. A su vez, Ricardo Alonso comentando el histórico fallo europeo conocido como Flaminio Costa - Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo del 15 de julio de 1964, donde se estableció jurisprudencialmente el principio de la primacía del derecho comunitario enseña: “*Ya en el asunto Flaminio Costa (1964) apuntó el TJCE su aproximación al principio de primacía del Derecho Comunitario sobre el Derecho interno*

10. TJCE, sentencia del 15 de julio de 1964. Costa/ENEL asunto 6/61. EEE 1964-1966, pág. 99 (considerando décimo). A su vez, dada su similitud con el presente asunto, resulta interesante recordar el siguiente pasaje de dicho caso pionero (considerando octavo): “Considerando que esta integración en el Derecho de cada país miembro de disposiciones procedentes de fuentes comunitarias, y más en general los términos y el espíritu del Tratado, tienen como corolario la imposibilidad de que los Estados hagan prevalecer, contra un orden jurídico por ellos aceptado sobre una base de reciprocidad, una medida unilateral posterior, que no puede, por tanto, oponerse a dicho ordenamiento; que la fuerza vinculante del Derecho comunitario no puede en efecto variar de un Estado a otro, en razón de legislaciones internas ulteriores, sin que se ponga en peligro la realización de los objetivos del Tratado ...; que las obligaciones contraídas mediante el tratado constitutivo de la Comunidad no serían incondicionales, sino solamente eventuales, si pudieran quedar cuestionadas por los actos legislativos futuros de los signatarios”.

11. Kaune, Walter. Obra citada en nota de pie N° 8.

en términos absolutos y globales. i.e. del Derecho Comunitario considerado en su conjunto, incluido el de rango constitucional - según consagrara Internationale Handelsgesellschaft (1970) - en sus aspectos más esenciales ... Ello, no obstante, así como todos los Estados miembros han aceptado al día de hoy dicha primacía sobre la ley interna, que se traduce, según puso de manifiesto el TJCE en el asunto Simmenthal (1978), de inaplicarla al caso concreto por su propia autoridad (esto es, sin esperar su propia depuración por el legislador o la jurisdicción constitucional), no sucede lo mismo con el propio texto constitucional, cuyo valor de norma suprema sigue siendo defendido por los más altos Tribunales nacionales” ¹².

5. Es, asimismo, tajante la siguiente jurisprudencia: “El derecho de la integración, como tal, no puede existir si no se acepta el principio de su primacía o prevalencia sobre los derechos nacionales o internos de los Países Miembros ... En los asuntos cuya regulación corresponde al derecho comunitario, según las normas fundamentales o básicas del ordenamiento integracionista, se produce automáticamente un desplazamiento de la competencia, la que pasa del legislador nacional al comunitario. La Comunidad organizada invade u ocupa, por así decirlo, el terreno legislativo nacional, por razón de la materia, desplazando de este modo el derecho interno. El legislador nacional queda así inhabilitado para modificar, sustituir o derogar el derecho común vigente en su territorio, así sea con el pretexto de reproducirlo o de reglamentarlo, y el juez nacional, a cuyo cargo está la aplicación de las leyes comunitarias, tiene la obligación de garantizar la plena eficacia de la norma común ... El derecho de la integración no deroga leyes nacionales, las que están sometidas al ordenamiento interno tan solo hace que sean inaplicables las que le resulten contrarias. Ello no obsta, por supuesto, para que dentro del ordenamiento interno se considere inconstitucional o inaxequible toda norma que sea incompatible con el derecho común ... “ [TJCA, sentencia de 21 de agosto de 2002, proceso 34-AI-2001, Secretaría General/Ecuador, GOAC N° 839, 25/09/02 (recordando la sentencia dictada en el proceso 2-IP-90)].

6. Finalmente, Alejandro Daniel Perotti tiene el mérito indiscutible dentro del Mercosur de haberse percatado de esta cuestión. En efecto, sostiene Perotti, recordándonos el origen pretoriano de la prevalencia del

12. Alonso García, Ricardo. Obra citada en nota de pie N° 7. Págs. 57 y 58.

derecho comunitario en la Unión Europea: *“El origen del principio de primacía según el mismo Tribunal comunitario, no debe buscarse en previsiones o reconocimientos del derecho nacional de los Estados que participan del proceso de la integración, sino en la propia naturaleza del derecho de la comunidad”* (Los Principios del Derecho Comunitario y el Derecho Interno en Europa y la Comunidad Andina. Aplicabilidad en el Derecho del Mercosur - Alejandro Daniel Perotti - Montevideo 12 de febrero de 2006 – pág. 23). Perotti, historiando con profundidad el desarrollo del principio de la prevalencia de la norma comunitaria en la Comunidad Andina, señala: *“Aun más contundente fue el tribunal en el proceso 1-IP-87 (A. Volvo), al sostener “que el ordenamiento jurídico de la integración andina prevalece en su aplicación sobre las normas internas o nacionales, por ser característica esencial del Derecho Comunitario, como requisito básico para la construcción integracionista”* (Perotti, obra citada, pág. 27). A su vez, ya comentando la aplicabilidad de la prevalencia normativa de nuestro derecho de integración mercosureño sostiene: *“Efectivamente, el Tratado de Asunción y sus instrumentos complementarios se distinguen claramente de los tratados internacionales clásicos, en tanto han dado origen a un ordenamiento jurídico propio, distinto pero integrado en el derecho propio, cuya obligatoriedad se impone a las autoridades nacionales, incluyendo a los jueces de los Estados. Así mismo, la entrada en vigencia del derecho del Mercosur en el derecho interno “y más en general los términos y el espíritu del tratado tienen como consecuencia la imposibilidad de que los Estados hagan prevalecer contra un ordenamiento jurídico por ellos aceptado sobre una base de reciprocidad, una medida unilateral posterior, que no puede por tanto oponerse a dicho ordenamiento”. De lo contrario, permitiéndose la legitimidad jurídica de normas nacionales incompatibles con el derecho del Mercosur, ello provocaría, de una parte la violación del Art. 38 del POP¹³ y, de la otra situación discriminatoria prohibida en el marco regional* (Perotti, obra citada páginas 32, 33 y 34). Concluye finalmente Perotti que: *“tal como se ha podido comprobar, la preeminencia del Derecho del Mercosur no está basada, jurídicamente en una permisón, autorizaci3n o reconocimiento por parte del Derecho Nacional o Internacional, ni aun cuando*

13. El autor se refiere al Protocolo de Ouro Preto. En adelante siempre citado como POP.

ello fuere sostenido en base a la doctrina judicial de los Tribunales Supremos de los Estados miembros. En efecto, el principio de primacía, del Derecho del Mercosur, se deriva de la naturaleza misma de la norma regional, de su esencia, de su finalidad y del propio sistema instrumentado a partir del Tratado de Asunción” (Perotti, obra citada - pág. 36).

D. PREVALENCIA DE LA NORMA DE DERECHO DE INTEGRACIÓN SOBRE EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y PRIVADO

1. Por los mismos argumentos citados, igualmente el derecho de integración (o sea aunque no fuere aún derecho comunitario pleno) debe prevalecer sobre el derecho internacional público y privado de todos los Estados Partes, independientemente de que tales normas de estas dos ramas del Derecho Internacional, fueren anteriores o posteriores a la norma del Derecho de Integración. No sería lógico posibilitar el incumplimiento de una normativa mercosureña de parte de uno de los Estados Partes mediante la alegación de un compromiso instrumentado en un tratado de carácter bilateral, multilateral o de la índole que fuere, como justificativo de tal incumplimiento. Siempre en esa hipótesis, el Derecho de Integración así como el proceso de integración por sí mismo perdería por completo su naturaleza y finalidad.

2. El Derecho de Integración y el Derecho Comunitario originario, si bien tienen su origen en una fuente propia del derecho internacional como lo son los tratados - por ejemplo, el Tratado de Asunción, el Protocolo de Ouro Preto, el Protocolo de Olivos, etc., a partir de su entrada en vigor adquieren evidentemente absoluta autonomía e independencia del ordenamiento internacional ¹⁴.

14. En tal sentido, el TJCE ha destacado desde un primer momento -en conceptos aplicables al MERCOSUR- que “Considerando que, a diferencia de los Triados internacionales ordinarios, el Tratado de la CEE creó un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros desde la entrada en vigor del Tratado, y que vincula a sus órganos jurisdiccionales”; [TJCE, sentencia de 15 de julio de 1964. Costa/ENEL, asunto 6/64, EEE 1964/1966, pág. 99 (considerando séptimo)].

La misma doctrina puede percibirse en la jurisprudencia del Tribunal ad hoc (ver, TAHM, laudo de 4 de abril de 2003, incompatibilidad del Régimen de Estímulo a la Industrialización de Lana otorgado por Uruguay establecido por la Ley 13.695/68 y Decretos complementarios con la Normativa Mercosur que regula

OPINIÓN CONSULTIVA

Si bien es cierto que las normas de un proceso de integración pueden regular cuestiones de naturaleza de derecho internacional privado -en el sentido de regular situaciones con puntos de conexidad jurídica con derechos de dos o más Estados Partes-, y así sucede con determinadas normas del MERCOSUR, de la Comunidad Andina y de la Comunidad Europea, tal circunstancia no hace novar la naturaleza jurídica de derecho de la integración con la que ellas nacieron y se originaron. Por tal razón, en tanto normas del derecho de la integración -aun cuando regulen situaciones iusprivatistas-, las mismas están revestidas, evidentemente, de la nota de aplicación prevalente sobre las normas nacionales e internacionales. A mayor abundamiento, el Art. 34 del PO ya ha sido claramente inter-

la aplicación y utilización de incentivos en el comercio intrazona, asunto 1/03, BOM N° 24, 2003, págs. 179 a 204 (VIII:63. “63. *Sin perjuicio de que la exceptio non adimpleti contractus, que Uruguay extrae sustancialmente del artículo 60 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, no se entiende pueda resultar extensiva a situaciones que no encuadren en los extremos específicamente contemplados en dicho texto, y en particular, no se entiende pueda resultar extensiva a normativa derivada de la intervención de órganos creados en el seno de un sistema de integración regional con poderes para la elaboración de reglas comunes, lo cierto es que el ordenamiento jurídico del MERCOSUR (que no hay duda que puede y debe calificarse de tal, por mucho que pueda discutirse su plenitud, habida cuenta de que estamos, como se ha descrito, ante un ordenamiento “organizado y estructurado, que posee sus propias fuentes, dotado de órganos y procedimientos aptos para emitirlas, interpretarlas, así como para constatar y sancionar los casos de incumplimiento y las violaciones”) ha previsto una vía específica para reaccionar frente a infracciones al mismo por los Estados Partes, vía que no es otra que el sistema de solución de controversias del Protocolo de Brasilia”); así también, TAHM, laudos de 28 de abril de 1999, Comunicados N° 37/1997 y N° 7/1998 del Departamento de Operaciones de Comercio Exterior (DECEX) de la Secretaría de Comercio Exterior (SECEX): Aplicación de Medidas Restrictivas al comercio recíproco, asunto 1/99 BOM N° 9, junio 1999. Pág. 227 (§57); y de 27 de septiembre de 1999. Subsidios a la producción y exportación de carne de cerdo, asunto 2/99, BOM N° 11, diciembre, 1999, pág. 263 (§55); de 29 de septiembre de 2001. Restricciones de Acceso al Mercado Argentino de bicicletas de Origen Uruguayo, asunto 2/01, BOM N° 19, diciembre, 2001, pág. 321 (§3.1).*

pretado y deslindado por este mismo Tribunal en su primer Laudo (Laudo N° 1/2005 de este TPR de 20 de diciembre de 2005, pág.)¹⁵.

E. PREVALENCIA DE LA NORMA DE DERECHO DE INTEGRACIÓN POR SOBRE EL ORDEN PÚBLICO NACIONAL E INTERNACIONAL

1. Pueden distinguirse dos modalidades de orden público: i) el orden público nacional; ii) el orden público internacional. En un sistema de integración, en realidad lo que existe es un orden público regional que precisamente hace imperiosa la prevalencia de la norma de un derecho de integración por sobre cualquier otra ley nacional en sentido lato, que pudiere ser correctamente tipificada como de orden público en cualquiera de sus dos modalidades. Es precisamente ese orden público regional, el custodio y la garantía de la imperatividad de cualquier norma del Derecho de Integración, y en consecuencia este concepto de orden público regional debe prevalecer como regla general por sobre cualquier otro concepto de orden público, dentro del espacio de integración en cuestión. Además, en el marco de un proceso de integración el orden público nacional deberá ser interpretado teniendo en cuenta el orden público regional que cabe a este TPR interpretar, de esta manera el orden público nacional resulta enriquecido por el orden público regional, consecuencia de la participación del estado en una comunidad de derecho de orden regional. Dentro del orden público regional puede mencionarse el respeto de los derechos fundamentales de la persona, los cuales, por lo demás, no resultan lesionados, en el ius iudice, por las disposiciones del Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual, antes citado.

2. No obstante, en reiteradas ocasiones, como ocurre con el Artículo 5° del PBA, las normas regionales suelen remitir al derecho interno de los Estados Partes para determinadas situación o extremos, por lo cual, en tales supuestos, los jueces nacionales podrán aplicar dichas disposiciones. En este contexto, dicha remisión puede implicar para el juez local el hecho de tener que aplicar normas que hacen al orden público nacional. El juez

15. Laudo del Tribunal Permanente de Revisión en el Recurso de Revisión presentado por la República Oriental del Uruguay c/ el Laudo Arbitral del Tribunal Arbitral Ad hoc de fecha 25 de octubre de 2005, en la controversia “Prohibición de Importación de Neumáticos Remoldeados Procedentes del Uruguay”.

nacional, al momento de aplicar dichas disposiciones nacionales, en particular las vinculadas al orden público interno, deberá considerar, necesariamente, que aquellas normas y este concepto deben ser interpretados teniendo en cuenta la participación del Estado Parte en el proceso de integración, razón por la cual, la misma deberá ser efectuado de forma concordante entre el derecho del MERCOSUR y el derecho nacional. En tal sentido, el juez nacional deberá tener en consideración que, en lo que hace al orden público interno, dicho concepto no ha de ser interpretado de forma aisladamente nacional, sino teniendo un cuenta el marco comunitario o regional. Tal exigencia se desprende, entre otros fundamentos, de la necesidad de garantizar la interpretación y aplicación uniforme de las normas del MERCOSUR, en su vinculación con las disposiciones nacionales eventualmente aplicables, así como en el patrimonio jurídico común que existe entre los ordenamientos de los Estados Partes.

3. Por lo demás, lo mencionado encuentra recepción en la jurisprudencia de algunos tribunales supremos de los Estados Partes. Así, por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, desde antiguo, *“ha destacado las presentes exigencias de cooperación, armonización e integración internacional que la República Argentina ha hecho propias, así como la necesidad de prevenir la eventual responsabilidad del Estado Nacional por los actos de sus órganos internos que no se ajusten a los compromisos internacionales”*¹⁶, habiéndose referido también dicho Tribunal a la necesidad de abordar el concepto de orden público atendiendo a las relaciones internacionales establecidas por el Estado¹⁷. Dicha doctrina judicial, evidentemente, preserva conceptos importantes del derecho interno, sin olvidar, en su aplicación a un caso determinado, las implicancias de la participación del Estado en un proceso de integración.

16. CSJN “Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros”, 07/07/1992 (Fallos 313:1492; considerando 19 del voto de la mayoría). “Fibraca Constructora S.C.A. c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande”, 07/07/1993 (Fallos 316:1669; considerando 3º), y “Cafés La Virginia S.A. s/ Apelación (por denegación de repetición)”, 13/10/1994 (Fallos 317:1282; considerando 27 del voto concurrente del juez Boggiano).

17. CSJN, “Solá, Jorge Vicente s/ sucesión ab intestato”, 12/11/1996 (Fallos 319:2779).

En el mismo sentido puede entenderse la tendencia en el derecho uruguayo, en particular a la luz del Proyecto de Ley denominado “Ley General de Derecho Internacional Privado” (elevado por el Poder Ejecutivo a la Asamblea General en 2004, a instancia del entonces Ministro de Relaciones Exteriores, Prof. Dr. Didider Opertti), el cual, como se explica en su Exposición de Motivos, ha utilizado como fuentes, entre otros, varias normas del MERCOSUR¹⁸. Dicho Proyecto, que tuvo por finalidad principal adecuar las normas uruguayas en la materia (que datan de 1941) al desarrollo del derecho internacional privado, expresa particularmente que tales cambios en el ámbito internacional *“determinan la conveniencia de contar con normas jurídicas adecuadas tanto en el plano internacional -en los tratados- como en el derecho interno, en este último escenario, con una regulación que contemple específicamente las necesidades del país en el ámbito de las relaciones privadas, aunque en razonable armonía con el contexto regional y universal”*¹⁹. En idéntico sentido puede citarse la “Declaración de la Delegación de la República Oriental del Uruguay”, al firmar los acuerdos de la CIDIP II.

4. Por los argumentos anteriores, resulta aplicable al caso la siguiente jurisprudencia del TJCE: “por consiguiente, si bien no corresponde al Tribunal de Justicia definir el contenido del concepto de orden público de un Estado contratante, si le corresponde controlar los límites dentro de los cuales los tribunales de un Estado contratante pueden recurrir a este concepto para no reconocer una resolución dictada en otro Estado contratante por el solo hecho de que el tribunal de origen no haya respetado las normas del Convenio relativas a la competencia” (TJCE, Sentencia del 28 de marzo de 2000, Dieter Krombach, asunto C-7/98, Rec. I-1935).

F. PROTOCOLO DE BUENOS AIRES SOBRE JURISDICCIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA CONTRACTUAL (PBA) - PROTOCOLO DE SANTA MARÍA SOBRE RELACIONES DE CONSUMO (PSM)

1. Ab-initio, antes de entrar a la interpretación del articulado del PBA, que estimamos aplicable al caso en cuestión, es preciso resaltar que

18. Proyecto de Ley, “Ley General de Derecho Internacional Privado” N° R/1293, elevado por el Poder Ejecutivo (Ministerio de Relaciones Exteriores) a la Asamblea General, el 14 de septiembre de 2004.

19. La cursiva fue agregada.

el referido Protocolo fue aprobado y ratificado por todos los actuales Estados Partes. La República del Paraguay en particular lo hizo por Ley N° 597/95 y la República Argentina por Ley 24669/96. En consecuencia, está legitimado tal Protocolo para tener prevalencia sobre la ley nacional de todos los Estados Partes del Mercosur.

2. Art. 1° PBA: esta norma es necesario interpretarla en cuanto a su inciso a) que cubre la hipótesis de que ambas partes estén domiciliadas o sediadas en diferentes Estados Partes. A primera vista parecería ser que el “requisito de conexión favorable” no fuere aplicable a tal caso por no estar el mismo mencionado en forma expresa, sino a continuación en el inciso b) que ya trata de otra hipótesis. Es necesario aclarar que el “requisito de conexión razonable”, lo mismo rige para este inciso a) ya que como se verá más adelante al interpretarse el Art. 4° el típico ejemplo de obtención en forma abusiva de un acuerdo de jurisdicción, es haberse seleccionado una jurisdicción que no tenga una “conexión razonable” con el contrato y las partes involucradas.

3. Art. 2° PBA: la esencial interpretación que amerita el Art. 2° en relación al caso en cuestión es el inciso 6). En efecto, por este artículo y en especialidad por este inciso 6) quedan exceptuados los contratos de venta al consumidor, en razón de la especial protección que merece la parte más débil en tal tipo de contratos. Vale decir, en los contratos de venta al consumidor no se puede aplicar el alcance que se da a la autonomía de la voluntad por tal Protocolo para escoger foro y derecho aplicable. Asimismo, cabe consignar que precisamente el PSM de Relaciones de Consumo a la fecha no internalizado por ningún Estado Parte, solamente puede ser invocado como un marco referencial doctrinario o como soft law dado que aún no se encuentra en vigor. Ricardo Alonso aclara: “*La expresión anglosajona soft law caracteriza aquellos instrumentos carentes por si mismos de fuerza vinculante pero no de efectos jurídicos*”²⁰. No obstante, cabe interpretar sin duda alguna, con o sin tal marco referencial citado, que dentro del Mercosur y dada la intención legislativa de este artículo 2° interpretado, no cabe la aplicación del presente Protocolo cuando una de las partes involucradas en el contrato no es un consumidor final. Nada obsta a que también se concluya que un consumidor final pueda ser una persona

20. Alonso García, Ricardo. Obra citada - Pág. 36.

física o jurídica ²¹. En efecto, las profesoras Paula All y Adriana Dreyzin de Klor en el segundo trabajo mencionado en nuestra nota al pie número 18 sostienen concretamente hablando sobre el concepto de consumidor en el derecho comparado en general: *“En una primera aproximación al tema puede apreciarse una noción amplia de consumidor y una más restringida. Desde la primera, el consumidor es asimilado a la figura del adquirente y tal noción es utilizada por aquellas legislaciones cuyo objetivo es la protección preventiva al consumidor. Desde la segunda, los criterios para calificarlo se dividen y encontramos que se define al mismo como aquel adquirente que satisface un uso privado, familiar o doméstico, o que la actividad que lleva a cabo no es profesional”* ²². Concluimos que evidentemente la intención legislativa del Artículo 2º inc. 6 del PBA acogió la segunda modalidad de conceptualización, vale decir, la más restringida. Es más, el PBA, al exceptuar del ámbito de su aplicación a los contratos de venta al consumidor evidentemente debe acoger “la interpretación finalista” que solamente incluye como consumidor a aquel que compra un producto para uso propio o de su familia, siendo esta la única interpretación coherente con el fin de la norma interpretada y de todo el PBA en general. Asimismo, debe culminarse la interpretación de este artículo concluyéndose que los contratos de agencia, representación o distribución no están incluidos dentro de este inc. 6) ni dentro de ningún otro, y en consecuencia a tal tipo de contratos le es perfectamente aplicable este PBA.

4. Art. 4º PBA: tal vez sea la interpretación de este artículo la más relevante para el presente caso. El principio de la autonomía de la voluntad en contratos internacionales no es de larga data. Como mero dato his-

21. Resultan muy instructivos dos trabajos que se citan: 1) Consideraciones Generales sobre el Artículo 2º del Proyecto de Reglamentación Interamericana en Materia de Protección de los Consumidores presentado por Brasil. Profesores Paula M. All Adriana Dreyzin de Klor - Foro de Expertos en Materia de Protección de Consumidores para la Preparación de la CIDIP VIII – OEA. 2) Consideraciones Generales sobre el Artículo 1º de los Proyectos de Reglamentación Interamericana en Materia de Protección de los Consumidores presentado por Brasil y Uruguay; también de autoría de los referidos profesores y presentados al mismo foro citado. Ambos publicados en la página de la OEA <http://www.oas.org/>

22. Segundo trabajo citado en la nota de pie anterior. Pág. 2.

tórico, y siempre sin emitir juicio de valor sobre ningún derecho interno, meramente se consigna que varios juristas ²³ han tomado como ejemplo de ello, el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889. Según los mismos, tal Tratado no había consagrado este principio. Tal opinión igualmente mencionaba que el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, tampoco lo consagró en su total alcance posibilitando solo la elección de foros, derecho aplicable, cuando la legislación aplicable al contrato conforme al mismo Tratado así lo permitía. Solo ulteriormente en la última mitad del siglo XX, tal principio de autonomía de la voluntad en cuanto a foro y derecho aplicable a contratos internacionales empezó a tener concreción normativa. Así por ejemplo la Convención Interamericana de Derecho Internacional aplicable a Contratos Internacionales y precisamente el presente PBA objeto de esta Opinión Consultiva.

5. Art. 4° PBA: Esta norma consagra así la facultad de las partes intervinientes a elegir foro aplicable para cualquier cuestión emergente del contrato en cuestión con una sola condición, a la cual brevemente nos hemos referido precedentemente: que el acuerdo en cuestión no pudiese ser tipificado como obtenido en forma abusiva. El magistrado nacional, al considerar la aplicación o no de esta excepción deberá cerciorarse de si ha existido o no en autos el acto abusivo: abuso del derecho en sus varias formas (abuso de posición, de oportunidad, de contratación) o el consecuente abuso de hecho o abuso circunstancial. Pablo Rodríguez Grez define al acto abusivo “como aquel que consiste en ejercer un derecho subjetivo margen de los intereses jurídicamente protegidos por el derecho objetivo, obteniendo un provecho que sobrepasa este interés, sea o no intencionalmente, como consecuencia de romper el equilibrio original que prevalecía entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, al momento de gestarse la relación jurídica subjetiva y en el cual se fundan los derechos y obligaciones que en ella se resuelve” (El Abuso del Derecho y el Abuso Circunstancial - Pablo Rodríguez Grez - Editora Jurídica de Chile 1999 - pág. 78). Siempre según el referido autor, el abuso del derecho “*consiste en exceder o desviar el interés jurídicamente tutelado por la norma que consagra esta facultad*” (obra citada – pág. 7). Sigue enseñando el referido autor que: “*quien sirviéndose*

23. Ver primer trabajo citado en la nota de pie N° 15 – Págs. 2 y 3.

de las alteraciones producidas en el escenario fáctico en el cual el derecho subjetivo surgió (al activarse la hipótesis considerada por la norma) procura - consciente o inconscientemente - un provecho, que sobrepasa los intereses protegidos, incurre en un “abuso circunstancial”; quien en este mismo contexto ejerce este mismo derecho aprovechándose de alteraciones temporales, incurrirá en un “abuso de oportunidad”; y quien invoca en su favor la mutación o modificación de los roles que al momento de generarse la relación cabía a cada parte ligada, incurrirá en un “abuso de oportunidad”; y quien invoca en su favor la mutación o modificación de los roles que al momento de generarse la relación que cabía a cada parte ligada, incurrirá en un “abuso de posición”; y finalmente, quien con el ejercicio de su libertad contractual, consigue la satisfacción de un interés que la norma jurídica no ampara, incurrirá en un “abuso de contratación” (obra citada – pág. 77). Finalmente, cabe destacar que: “mientras el primero - el abuso del derecho- opera en la fase pretensional, el segundo -el abuso circunstancial- opera en la fase prestacional. Dicho de otra manera, quien incurre en “abuso del derecho” invoca una facultad aparente y en ella funda su pretensión; quien incurre en “abuso circunstancial- exige una prestación que deriva de la extinción de una “situación jurídica intersuggestiva” (obra citada – pág. 10). Un ejemplo típico de cómo evidenciar la obtención abusiva de una elección contractual de foro o derecho aplicable, al menos si la elección es de un foro judicial, es la elección de un foro aplicable sin una conexión razonable con el contrato y las partes involucradas- Milton Feuillade tiene una magistral síntesis comentando el Artículo 7º del PBA cuando dice: “Pero es de destacar que la conexión razonable es el requisito interno de la competencia judicial internacional argentina ya anunciado y pretende excluir los fraudes judiciales, las jurisdicciones excesivas y el fórum shopping” (Competencia Internacional Civil y Comercial - Milton C. Feuillade - Editorial Abaco de Rodolfo Depalma - Buenos Aires - 2004 - pág. 137). Resulta obvio que la intención del PBA, al incluir la excepción interpretada, tiene un norte bien determinado: la protección a la parte débil de la negociación pertinente. También es dable interpretar que las partes involucradas pueden ser personas físicas o jurídicas a condición de que tipifiquen como particulares; lo cual a su vez conlleva a una exclusión de personas del derecho público.

6. Arts. 5º y 6º PBA: dejando tan solo de resalto que en cuanto al Art. 5º, la validez y efectos del acuerdo de elección de foro- debe regirse siempre

por el derecho que fuere más favorable a la validez del acuerdo de referencia, se pasa a interpretar el Art. 6º, en cuanto a lo que se considera aplicable al caso. La admisión voluntaria de la que habla este artículo requiere dos condiciones: i) que sea positiva; y ii) que sea no ficta. Existe jurisprudencia mercosureña inclusive, que en otros escenarios han calificado a la excepción de incompetencia de jurisdicción como una admisión voluntaria de jurisdicción (obra citada - Milton Feuillade - pág. 143). Tal tipo de razonamiento de tales sentencias quedan descartadas para la interpretación del presente articulado precisamente por el requisito expreso de ambos extremos arriba citados. El Art. 6º al requerir tales ambos extremos restringe correctamente las hipótesis fácticas que puedan tipificar como admisión voluntaria de jurisdicción, ya existiendo otro foro contractualmente pactado. Ilustrativamente, solo el contestar derechamente la demanda podría equivaler ab initio dentro del contexto de este Protocolo a una admisión voluntaria de jurisdicción. Con mayor razón aún, cualquier incidencia procesal previa a la acción de fondo o inmediatamente posterior a la misma que no sea un acto o actuación procesal con tales caracteres citados, no podrá ser tipificada como una admisión voluntaria que haga posible la prórroga de jurisdicción vis a vis la jurisdicción contractualmente seleccionada.

G. SITUACIÓN DEL NUEVO REGLAMENTO DEL PROCEDIMIENTO PARA OPINIONES CONSULTIVAS AL TPR

1. Cuestión de inaplicabilidad por irretroactividad: la Magistrada Calvo dictó la providencia decidiendo la consulta a nuestro Tribunal en fecha 7 de setiembre de 2006, remitiendo la misma al Señor Presidente de la Excma. Corte Suprema de Justicia del Paraguay por oficio de fecha 14 de octubre de 2006. Esta Excma. Corte Suprema de Justicia en forma errada, remite la consulta al Ministerio de Relaciones Exteriores del Paraguay por oficio de fecha 15 de diciembre de 2006 (al respecto cabe destacar que las Cortes Supremas de Justicia deben comunicarse directamente con el TPR, y no a través del Ministerio de Relaciones Exteriores), y finalmente este Ministerio a través de la Dirección de Asuntos Legales, remite la consulta a este Tribunal, la cual fue recibida por Secretaría en fecha 21 de diciembre de 2006. La Decisión del Consejo del Mercado Común, que aprueba este Reglamento, es la Decisión N° 02/07 de fecha 18 de enero de 2007. Este Reglamento deviene entonces inaplicable in totum al presente

caso por el básico principio jurídico de la irretroactividad de la norma, considerando la mera reseña cronológica arriba expuesta.

2. Cuestión de inaplicabilidad por inconformidad con el Derecho originario del Mercosur: he aquí lo más grave.

i) El Reglamento de referencia contiene varios artículos que contrarían no solamente el derecho originario del Mercosur, sino los mismos principios generales del Derecho, incluyendo los principios generales de Derecho de Integración (Art. 34 inciso 1-PO). Como primera sub-cuestión, cabe preguntarse si este TPR tiene o no competencia para estudiar y declarar inaplicables normas del derecho derivado que transgreden manifiestamente el derecho originario del Mercosur. La respuesta es afirmativa. En efecto, una lectura finalista de las normas mercosureñas, es decir que tengan en cuenta el contexto en el que se desarrolla un proceso de integración y los objetivos del mismo -entre ellos la seguridad jurídica-, demuestra que se impone una respuesta afirmativa a dicha sub-cuestión. En tal sentido, los giros normativos “cualquier cuestión jurídica comprendida” en el derecho del Mercosur e “interpretación jurídica de la normativa del Mercosur” contenidos respectivamente en los Arts. 3º, incisos 1 y 4 del RPO, analizados a la luz del espíritu y del sistema del PO -cuyo preámbulo afirma: “Que la evolución del proceso de integración en el ámbito del Mercosur requiere del perfeccionamiento del sistema de solución de controversias”-, ameritan que en base tal fundamento normativo pueda conferirse a este Tribunal la posibilidad de pronunciarse sobre la inaplicabilidad de las normas del derecho derivado por violación de disposiciones del derecho originario del MERCOSUR, pues caso contrario este TPR se encontraría aberrantemente obligado a declarar aplicable y/o aplicar una norma del derecho derivado, aun cuando la misma estuviera en manifiesta contradicción al Tratado de Asunción o al resto del derecho originario, lo cual a su vez sería un contrasentido institucional de gravísimo nivel. A su vez, además de los referidos principios del Derecho de Integración- puede considerarse que la atribución para proceder en tal sentido (inaplicabilidad de una norma derivada) surge implícita de la escala normativa del derecho del MERCOSUR (artículos 41 del POP, y 1, 34 y 39 del PO) ²⁴. En tal sen-

24. Perotti, Alejandro Daniel, “El control de legalidad de las normas del MERCOSUR por el juez nacional”, Revista DeCitas. Derecho del Comercio Inter-

tido, textualmente se lee en las conclusiones del informe final del Foro Constitucional Iberoamericano: “Así, debe interpretarse que el actual sistema permite, como mínimo, inaplicaciones al caso concreto de la normativa mercosureña, que los Tribunales Ad Hoc o el TPR consideren “ilegales” en el marco de las controversias de las cuales estén conociendo. Así también, debe interpretarse que el actual sistema permite al TPR pronunciarse acerca de dicha “ilegalidad” en el marco de las opiniones consultivas” (Informe final - Foro Constitucional Iberoamericano - 9 al 14 de agosto de 2004 - Asunción, Paraguay - pág. 2). Se aclara que no estamos diciendo que este TPR tiene competencia en esta instancia para declarar la nulidad de los artículos en cuestión, pero sí obviamente facultad para declarar su inaplicabilidad al caso concreto.

ii) Desconocer la potestad del TPR para proceder conforme, significaría que los propios tribunales nacionales, tendrían entonces la competencia de declarar la incompatibilidad precedentemente mencionada, provocando entonces la vigencia no uniforme del derecho del Mercosur en el territorio de los Estados Partes; además de desnaturalizar por completo la competencia jurisdiccional de un tribunal comunitario (una vez más sin parangón alguno en el Derecho Comparado).

iii) El laudo Arbitral del 4 de abril de 2003 ya había afirmado: “Lo cierto es que el ordenamiento jurídico del Mercosur (que no hay duda que puede y debe calificarse de tal, por mucho que pueda discutirse su plenitud, habida cuenta de que estamos, como se ha descrito, ante un ordenamiento organizado y estructurado, que posee sus propias fuentes, dotados de órganos y procedimientos aptos para emitirlos, interpretarlos, así como para constatar y sancionar los casos de incumplimientos y las violaciones”²⁵.

nacional. Temas y actualidades, N° 3, 2005, ed. Zavalía, Buenos Aires, Argentina, págs. 558 a 560.

25. Laudo del Tribunal Arbitral Ad Hoc del Mercosur - Incompatibilidad del Régimen de Estímulo a la Industrialización de Lana Otorgado por Uruguay establecido por la Ley 13.695/68 y Decretos Complementarios con la Normativa Mercosur que Regula la Aplicación y Utilización de Incentivos en el Comercio Intrazona, Asunto 1/03; BOM N° 24, 2001. Pág. 179.

iv) Citamos tan solo enunciativamente la Decisión CMC 25/00, el Preámbulo del PO donde se menciona expresamente la interpretación, aplicación y cumplimiento del Derecho del Mercosur en forma consistente y sistemática; el Preámbulo del RPO donde se habla de asegurar la efectividad de los mecanismos pertinentes y la mayor seguridad jurídica del proceso de integración, el Preámbulo de la Decisión CMC 30/05 (Reglas de Procedimiento del TPR), así como el punto 3.2 del Programa de Trabajo 2004/2006 aprobada por la Decisión CMC N° 23/06, donde en el ítem 3.2 reza textualmente: *“poner en funcionamiento el Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur dotándolo de la infraestructura y recursos necesarios para el adecuado ejercicio de sus tareas”*. Todo ello demuestra que la constante preocupación en el Mercosur ha sido lograr la mayor uniformidad posible en la interpretación del Derecho del bloque y al mismo tiempo la eficacia y efectividad del accionar de este Tribunal.

v) Específicamente, entonces, el Art. 1° del Reglamento del Procedimiento para las Solicitudes de Opiniones Consultivas, viola flagrantemente las normas del Mercosur precedentemente citadas, porque de ninguna manera establece un mecanismo que asegure la uniforme interpretación del Derecho del Mercosur en los Estados Partes, dejando a cada país la regulación de las mismas en cuanto al trámite interno se refiere, así como otorgando poderes a cada Corte Suprema de Justicia a la hora de tramitar las opiniones consultivas. Por el contrario, el sistema establecido se estructura de manera tal a producir electos totalmente contrarios a tales objetivos, y se logra desafortunadamente un derecho derivado que no solo está en absoluta inconformidad con el pertinente derecho originario, sino que da rienda suelta a la creación de un derecho derivado por cada Estado Parte, lo cual es inconcebible. Además, específicamente viola el Art. 3 del PO, pues el Consejo del Mercado Común no definió los procedimientos, sino que los delega inapropiadamente a cada tribunal interno.

vi) En cuanto al Art. 6° del Reglamento analizado, la frase “por intermedio de la PPT”, en primer término le despoja al TPR de un atributo básico de cualquier tribunal: el control directo de las etapas y plazos que hacen al procedimiento de una causa ya iniciada ante el mismo. En segundo término, crea un sistema de absoluta y tajante desigualdad procesal, ya que será siempre la Coordinación Nacional del país que ejerza la Presidencia Pro Témpore, la que redistribuirá a las demás Coordinaciones Nacionales la documentación que hace al caso, venciendo los plazos de respuesta

en fechas totalmente diferentes entre sí, sin que el TPR pueda hacer nada al respecto. Mucho menos asegurar siquiera su cumplimiento. En ambos extremos citados se viola el principio de la certeza y seguridad jurídica consagrado en el derecho originario del Mercosur, desnaturalizándose con todo ello el citado principio del fortalecimiento institucional del TPR (entre otros: Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, Protocolo de Las Leñas, el mismo PO y el mismo RPO. En tercer lugar el Art. 6° viola el Art. 13 del Protocolo Constitutivo del Parlamento del Mercosur, aprobado por la Decisión CMC 23/05, ya en vigor en los cuatro Estados Partes. Es más, el Parlamento ya ha sido inaugurado el 14 de diciembre de 2006. Se debió incluir en el Art. 6 al Parlamento del Mercosur, lo que implica otra violación de una obligación instituida en el derecho originario.

vii) En cuanto al Art. 11 del Reglamento analizado, no garantiza un mecanismo que asegure la participación de los particulares, ya que la forma de pago de los gastos desincentivará con toda seguridad las opiniones consultivas de todos los países, pequeños o grandes del Mercosur. Al limitar el acceso de los particulares infringe el punto 3.2 del Programa de Trabajo 2004-2006 aprobado por la decisión CMC 23-06. Asimismo, infringe el mismo Tratado de Asunción, que textualmente reza: “CONSIDERANDO que la ampliación de las actuales dimensiones de sus mercados nacionales, a través de la integración, constituye condición fundamental para acelerar sus procesos de desarrollo económico con justicia social” (párrafo primero), “CONSCIENTES de que el presente Tratado debe ser considerado como un nuevo avance en el esfuerzo tendiente al desarrollo en forma progresiva de la integración de América Latina - (párrafo quinto), “CONVENCIDOS de la necesidad de promover el desarrollo científico y tecnológico de los Estados Partes y de modernizar sus economías para ampliar la oferta y la calidad de los bienes y servicios disponibles a fin de mejorar las condiciones de vida de sus habitantes” (párrafo primero) (párrafo sexto) y “REAFIRMANDO su voluntad política de dejar establecidas las bases para una unión cada vez más estrecha entre sus pueblos” (párrafo séptimo); (los subrayados son nuestros). De ello se desprende, de una parte que la finalidad principal de la carta constitucional del MERCOSUR ha sido, en definitiva, mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos de los Estados Partes, lo cual se transforma en el objetivo básico y fundante del proceso de integración, y por otra parte que resulta incompatible con el derecho del

OPINIÓN CONSULTIVA

MERCOSUR toda discriminación injustificada entre los ciudadanos de un Estado Parte y otro”. Igualmente, este Art. 11 es discriminatorio en cuanto a la forma de pago de las consultas, según provengan de los Órganos del Mercosur, los países o las Cortes Supremas de Justicia. Esto viola la naturaleza y finalidad de la opinión consultiva con lo cual clara y terminantemente se puede hablar de una violación al PO, a su espíritu e intención legislativa. El PO reza en tal sentido que “RECONOCIENDO Que la evolución del proceso de integración en el ámbito del Mercosur requiere del perfeccionamiento del sistema de solución de controversias” y “CONSIDERANDO La necesidad de garantizar la correcta interpretación, aplicación y cumplimiento de los instrumentos fundamentales del proceso de integración y del conjunto normativo del Mercosur, de forma consistente y sistemática” (párrafos segundo y tercero). Además, puede considerarse como violatoria de “la dinámica implícita en todo el proceso de integración y a la consecuente necesidad de adaptar la estructura institucional del Mercosur a las transformaciones ocurridas” (reconocida en el preámbulo del POP, párrafo cuarto). También es discriminatorio porque las opiniones consultivas tienen el objetivo de la interpretación y aplicación uniforme del Derecho de Integración del Mercosur, y pagando solo el Estado Parte del juez consultante, trae como conclusión un beneficio gratuito para los otros Estados Partes. Vale decir el Estado Parte que hace el esfuerzo por la consolidación institucional y jurídica del Mercosur, paga por todos los demás. Al ser un beneficio para todos los Estados Partes, habrá que aplicar el principio que rige en materia de presupuesto en la Secretaría del Mercosur, expuesto en el Art. 45 del POP (financiamiento por partes iguales de las Estados Partes). Esto último atenta inclusive contra el mero sentido común pero además, resulta indudable que el principio del no enriquecimiento ilícito está receptado como principio general del Derecho de Integración. Como se menciona, al limitar de esta forma el acceso de los particulares, el sistema creado infringe el punto 3.2 del Programa de Trabajo 2004-2006, aprobado por Decisión CMC N° 26/03, ya que términos relativos costará más a un Estado Parte que a otro, y en los hechos significará sin duda alguna que los particulares de un Estado Parte tendrán más facilidad para acceder en opinión consultiva al TPR en relación con los particulares de otros Estados Partes, con lo cual nuevamente se provoca una discriminación. En las opiniones consultivas, a diferencia de las controversias país-país, hay un interés directo común en todo el territorio del espacio comuni-

tario. Se reitera que la opinión consultiva tendrá mucha mayor fuerza expansiva que la controversia país-país, en el sentido de que será de utilidad para todos los tribunales nacionales de los Estados Partes del Mercosur (no solamente beneficiará a la judicatura del magistrado consultante o a su país). La construcción del derecho del Mercosur es tarea común de todos los Estados Partes. El Art. 11 profundiza flagrantemente las asimetrías porque no le sale lo mismo, en términos de PIB, una consulta al Uruguay que al Brasil y por ello, el sistema adoptado va frontalmente en contra de la política adoptada por el Mercosur de reducir la asimetría, en este caso económica. El sistema adoptado va a provocar con toda seguridad que haya países que ante una cuestión presupuestaria limiten y restrinjan subrepticamente - a través de las Cancillerías y las Cortes - los pedidos de sus jueces consultantes. Ello provoca a su vez que se infrinja la política de asimetría del Mercosur, política que implica la eliminación de los grados de desarrollo diferenciado que puede provocar el proceso de integración, y que tuvo su plasmación normativa en el POP, al mencionar su preámbulo que “(los Estados Partes) Reafirmando los principios y objetivos del Tratado de Asunción y atentos a la necesidad de una consideración especial para los países y regiones menos desarrollados del Mercosur. Esto siguió luego siendo desarrollado a lo largo de una vasta actividad legislativa del Mercosur (traducida en varios Protocolos, Acuerdos y Decisiones sobre Asimetrías).

viii) En suma, los artículos citados devienen inaplicables por su absoluta inconformidad con el derecho originario del Mercosur más arriba expuesto.

3. Cuestión de inaplicabilidad por inconformidad con el Derecho originario del Mercosur de la Resolución del Grupo Mercado Común 02/07.

Esta resolución autoriza a la República del Paraguay a solventar los gastos derivados de la tramitación de esta opinión consultiva. Brevitatis causa, por los mismos argumentos ya mencionados esta resolución deviene igualmente inaplicable por su manifiesta inconformidad con el Derecho originario del Mercosur.

4. Carácter vinculante de las declaraciones de inaplicabilidad.

Es obvio que esta opinión consultiva para la Magistrada consultante, no es vinculante para la misma (Art. 11 del RPO). Ahora bien, la inaplicabilidad decretada en los ítems 2 y 3 precedentes, constituye una cuestión interna del Mercosur, es decir, una cuestión que afecta al TPR

con el Consejo del Mercado Común, el Grupo del Mercado Común y la Secretaría del Mercosur. En razón de ello, esta declaración de inaplicabilidad debe ser vinculante, siendo ella una cuestión ajena a la Magistrada consultante. Esta obligatoriedad debe ser determinada por el TPR, al ser este, junto con los Tribunales Ad Hoc los órganos exclusivos del Mercosur facultados a proceder a la interpretación y, aplicación de las normas del Mercosur. Los artículos 2.1 y 3° de las Reglas de Procedimiento del TPR así lo confirman. Asimismo, dada la trascendencia institucional de una declaración de inaplicabilidad de una norma del Mercosur, deviene absolutamente necesario que se establezca que dicha declaración es y debe ser obligatoria. Sostener lo contrario, implicaría una gravísima situación institucional ya que ello comportaría el hecho de que una norma del Mercosur de Derecho derivado reconocida por el TPR como incompatible con el Derecho originario del Mercosur, fuere susceptible al mismo tiempo de ser aplicada por los órganos del bloque que estén involucrados en su elaboración y cumplimiento.

H. HONORARIOS Y GASTOS DEL PRESENTE CASO

1. Siendo inaplicable el Reglamento establecido, conforme a lo precedentemente expuesto, entendemos que este Tribunal está perfectamente habilitado conforme a la normativa vigente, a establecer la forma de pago de los mismos.

2. La opinión consultiva, dada su naturaleza, si bien surge dentro del contexto de una controversia nacional, es la función más importante de un tribunal comunitario, según nos enseña indiscutiblemente la experiencia histórica en el Derecho Comparado. A diferencia de una controversia país-país, en una opinión consultiva existe un interés social común, ya que la interpretación y aplicación uniforme del derecho de integración beneficia por igual a todos los Estados Partes, según ya se dejó esbozado.

3. En consecuencia, lo correcto es estipular que la presente opinión consultiva sea sufragada en cuanto a honorarios y gastos se refiere, en forma proporcional e igualitaria, por todos los Estados Partes del Mercosur, con los fondos existentes de cada una de las sub-cuentas nacionales del Fondo Especial para Controversias, estructurado por la Decisión CMC N° 17/04.

4. Sin perjuicio de la determinación de este Tribunal - acerca de que los gastos de la presente Opinión Consultiva deberán ser sufragados por partes iguales, por todos los Estados Partes, a partir de las Cuentas Na-

OPINIÓN CONSULTIVA

cionales del “Fondo Especial para Controversias”, previsto en la Decisión CHIC N° 17/04-, debe señalarse que la efectivización del pago a cada uno de los integrantes del Tribunal deberá ser realizada por la Secretaría del MERCOSUR dentro del plazo de 30 DÍAS siguientes a la emisión de esta Opinión Consultiva. En el caso en que para la ficha indicada, la Cuenta Nacional de algún Estado Parte no disponga de fondos suficientes para afrontar, en parte o la totalidad, de los gastos del integrante del Tribunal a que corresponde su nacionalidad, la Secretaría del MERCOSUR deberá, obligatoriamente, proceder a descontar los fondos faltantes de las Cuentas Nacionales de los demás Estados Partes, en forma igualitaria, debiendo posteriormente -cuando existieran fondos en la cuenta faltante- realizar las compensaciones y traspaso de cuentas pertinentes.

La competencia de este tribunal para determinar la presente forma de pago surge implícita del artículo 36 del Protocolo de Olivos, interpretado a la luz del preámbulo de dicho Protocolo y, más en general, del sistema y del espíritu del mecanismo de solución de controversias del MERCOSUR. En tal sentido, no debe olvidarse que, tal como lo mencionó el Tribunal *ad hoc*, el Derecho del MERCOSUR debe ser interpretado de una manera global (interpretación sistemática). En efecto, tal Tribunal sostuvo en su momento que *“la tarea del Tribunal no consiste en decidir acerca de la aplicación de alguna o algunas disposiciones específicas y aisladas, sino en situar y resolver la controversia planteada bajo la perspectiva del conjunto normativo del MERCOSUR (protocolo de Ouro Preto, Art. 41), interpretándolo a la luz de las relaciones recíprocas que emanan del conjunto de esas normas y de los fines y objetivos que los Estados Partes asumieron explícita e implícitamente al adoptar dichas normas, confirmados por sus actos posteriores en el contexto de un proyecto integrador común”*²⁶; enten-

26. TAHM, laudo de 28 de abril de 1999, Comunicados N° 37/1997 y N° 7/1999 del Departamento de Operaciones de Comercio Exterior (DECEX) de la Secretaría de Comercio Exterior (SECEX): Aplicación de Medidas Restrictivas al comercio recíproco, asunto 1/99, BOM N° 9, junio, 1999, pág. 227 [considerando §49, ver asimismo considerandos 50, 51 y 85 (i)]; en igual sentido similar laudos de 10 de marzo de 2000, Aplicación de Medidas de Salvaguardia sobre productos Textiles (Res. 861/99) del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos (MEOySP), asunto 1/00, BOM N° 13, junio, 2000, pág. 115 (considerandos III.D.3),

dimiento este que ha sido también acompañado por este Tribunal Permanente, en su asunto TPR-1/06 (*neumáticos recapados*)²⁷.

I. RESALVA DE DISIDENCIA

Este preopinante deja constancia de su disidencia en cuanto a la providencia de traslado por treinta días corridos decretada por este TPR en mayoría, en fecha 1 de febrero de 2006, a las Coordinaciones Nacionales del GMC, porque en la oportunidad en que fue dictada transgredía el Art. 7° del Reglamento del PO, entre otros motivos. Asimismo, se deja constancia de que por principio estamos totalmente de acuerdo en el traslado de cada petición de opinión consultiva a tales Coordinaciones Nacionales por ser institucionalmente muy correcto ese paso, pero siempre en la oportunidad procesal adecuada, y no a destiempo.

A su turno el Dr. Nicolás Becerra expone:

A) Relación fáctica del caso.

1. El día 22 de mayo de 2000, la sociedad argentina “Laboratorios Northia S.A.C.I.F.I.A.” celebró un contrato de distribución con la sociedad paraguaya “Norte S.A. Importación - Exportación”, En la cláusula 22 del referido contrato se estableció: “22.1. Ley aplicable: el presente contrato, todos los términos del mismo y la relación entre las partes estará exclusivamente regida y se le aplicarán las leyes sustantivas argentinas. Las partes acuerdan dar plena vigencia a la normativa incorporada por el MERCOSUR, entre los Estados Parte, que regula las contrataciones de compraventa internacional de mercaderías, sometiéndose a lo establecido por el Protocolo de Buenos Aires. 22.2. Jurisdicción: cualquier controversia

y de 6 de septiembre de 2006. Omisión del Estado argentino en adoptar medidas apropiadas para prevenir y/o hacer cesar los impedimentos a la libre circulación derivados de los cortes en territorio argentino de vías de acceso a los puentes internacionales Gral. San Martín y Gral. Artigas que unen la República Argentina con la República Oriental del Uruguay, asunto TAH-1/06 (considerandos II-G:155 y III-186; pendiente de publicación en el Boletín Oficial del MERCOSUR, disponible en <http://www.mercosur.int/msweb/>).

27. TPR, aclaratoria de 13 de enero de 2006. Laudo de revisión Prohibición de importación de neumáticos remoldeados, asunto TPR-1/06 (considerandos 2:VII, 2:XII y 2:XXIX; pendiente de publicación en el Boletín Oficial del MERCOSUR, disponible en <http://www.mercosur.int/msweb/>).

o petición que surja del contrato o esté relacionada con el mismo, o cualquier contrato que en adelante surja del presente, ya sea referente a la contratación, o a un agravio, o todo lo referido al periodo de finalización o validez del mismo, será exclusivamente establecido en los tribunales ordinarios de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de la República Argentina”.

2. “Norte S.A. Importación - Exportación” demandó ante la Jurisdicción de Asunción, República del Paraguay, a “Laboratorios Northia S.A.C.I.F.I.A.” por daños y perjuicios derivados de responsabilidad contractual. La demandada opuso la excepción previa de incompetencia, sustentando su posición en la existencia de un acuerdo sobre elección de foro, al amparo de lo establecido por el artículo 4 del “Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual” (en adelante PBA) y su aplicación prevalente sobre la Ley paraguaya N° 194/93. La actora, al contestar el excepcionamiento, rechazó la argumentación de la excepcionante, invocando en lo sustancial los siguientes extremos: a) el carácter irrenunciable de la Ley paraguaya N° 194/93; b) que el caso encuadra dentro de los contratos excluidos del ámbito de aplicación del PBA (“contrato de venta al consumidor”); y c) que corresponde la aplicación del “Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo” (en adelante PSM). Asimismo, pidió a la Señora Juez que elevara los antecedentes del caso a la Corte Suprema de Justicia de la República de Paraguay, a los efectos de que esta solicitara al TPR del MERCOSUR una opinión consultiva, de conformidad con el artículo 3° del “Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR” (en adelante PO).

B) Régimen normativo de las opiniones consultivas. Competencia del TPR.

4. Que el PO en su Art. 3° ha autorizado al Consejo del Mercado Común a establecer mecanismos de solicitudes de opiniones consultivas. A su vez el Reglamento del Protocolo de Olivos (en adelante RPO) en su Art. 2°, ya ha autorizado la petición de opiniones consultivas a este Tribunal, habilitando a solicitarlas, entre otros, a los Tribunales Superiores de los Estados Partes con jurisdicción nacional. Asimismo, el Art. 4° del RPO se refiere al tema estipulando que las opiniones consultivas deberán abarcar exclusivamente cuestiones atinentes a la interpretación jurídica de la

OPINIÓN CONSULTIVA

normativa del Mercosur, siempre que se vinculen con causas que estén siendo tramitadas en el Poder Judicial del Estado Parte solicitante.

5. En el inc. 2) del Art. 4º del RPO, se establece que el procedimiento para solicitudes de opiniones consultivas debe ser reglamentado, lo cual ha sucedido como consecuencia del dictado de la Decisión N° 02/07 de fecha 18 de enero de 2007.

De las normativas mencionadas surge claramente la competencia del TPR para emitir la opinión consultiva requerida, toda vez que estas habrán de referirse exclusivamente a la interpretación jurídica del Tratado de Asunción, del Protocolo de Ouro Preto, de los protocolos y acuerdos celebrados en el ámbito del Tratado de Asunción, de las Decisiones del CMC, de las Resoluciones del GMC y de las Directivas del CMC.

En el caso que nos ocupa se trata de interpretar el Protocolo de Buenos Aires (en adelante PBA), que fuera oportunamente aprobado y ratificado por todos los actuales Estados Partes. La República del Paraguay lo hizo por Ley 597/95 y la República Argentina por Ley 24.669/96.

C) Naturaleza y alcance de la Opinión Consultiva.

En el marco de un sistema de integración, las opiniones consultivas emanadas de un Juez Nacional y dirigidas a un Tribunal Comunitario deben ser consideradas como interpretaciones prejudiciales, toda vez que el Juez Comunitario debe interpretar el derecho de integración -en este caso Mercosureño-, quedando claramente definido que la aplicación de tal interpretación, resulta de exclusiva competencia jurisdiccional del órgano Judicial que ha formulado la consulta.

D) Protocolo de Buenos Aires. Su aplicabilidad.

La organización comunitaria Mercosureña desarrolla su “Constitución material” a través de siete tipos normativos o formas jurídicas de la Integración con un régimen jurídico diferenciado: 1- Tratado de Asunción, 2- Protocolos Institucionales, 3- Acuerdos de Complementación Económica, 4- Protocolos Operativos, 5- Acuerdos de Cooperación Intraregional, 6- Acuerdos de Cooperación Interregional, 7- Acuerdos de intención y entendimiento (confrontar en Rimoldi de Ladmann, Eve, “La integración como sistema. Las variables política, económica y jurídica”. Tesis doctoral, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, 1982). La dinámica implícita en todo proceso comunitario se integra, como vemos con los protocolos, los cuales forman parte del Tratado, de tal modo que la adhesión de un país a este último implica la aplica-

ción ipso iure de los mismos. Ello determina que su naturaleza jurídica participe de la del Tratado al que acceden, y así pasan a conformar Derecho Comunitario originaria y constitucional en sentido material (ello surge en forma expresa del Protocolo de Ouro Preto, que en el artículo 41, al indicar las fuentes jurídicas del Mercosur, cita en forma conjunta "I - El Tratado de Asunción, sus protocolos y los instrumentos adicionales o complementarios...").

Según Laura Dromi San Martino en Derecho Constitucional de la Integración, págs. 263 y sgtes., los protocolos se distinguen entre institucionales y operativos. Los primeros regulan los mecanismos de gobierno y administración del MERCOSUR y la estructuración de los órganos comunitarios. Los protocolos y acuerdos operativos tienen por finalidad instrumentar normas de coordinación y políticas de armonización legislativa en asuntos determinados, así como también facilitar la circulación de los factores de producción, coadyuvando a realizar los objetivos de la integración, sean estos previstos originariamente por el Tratado de Asunción o no.

Dentro de los mecanismos de armonización y cooperación jurídica adoptados en el marco de la - mercosureña se observan acuerdos Y protocolos relativos a asistencia jurídica mutua, a cooperación jurisdiccional, determinación de responsabilidades y protocolos relativos a la solución de controversias.

Entre los protocolos de cooperación jurisdiccional puede mencionarse el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual, que se aplica a la jurisdicción contenciosa internacional de contratos de naturaleza civil celebrados entre particulares, personas físicas o jurídicas con domicilio o sede social en el territorio de al menos uno de los Estados Partes del MERCOSUR.

En el caso que nos ocupa entiendo que resulta de aplicación el Protocolo de Buenos Aires, que ha sido oportunamente suscripto y ratificado por los Estados Partes. El tema traído a consulta se encuentra comprendido en el ámbito de aplicación del referido protocolo, en tanto y en cuanto se trata de un conflicto referido a un contrato internacional de naturaleza comercial que se ha generado entre personas jurídicas con domicilio en dos Estados Partes del MERCOSUR (Argentina y Paraguay). El Protocolo de Buenos Aires, siguiendo el criterio predominante actual en materia de contratación internacional, consagra el principio de la autonomía de la voluntad en materia de elección de jurisdicción. Consecuentemente, la

cláusula 222 del Contrato suscripto entre las sociedades en conflicto tiene plena validez.

Por otra parte, el caso traído a la opinión del TPR no está comprendido en ninguna de las situaciones excluidas del ámbito de aplicación del PBA por su Artículo 2°. Asimismo no puede calificarse al Contrato de relación de consumo, toda vez que se trata de un convenio de distribución excluido de la aplicación del Protocolo de Santa María sobre jurisdicción internacional en materia de Relaciones de Consumo. Protocolo que, por otra parte, no se encuentra vigente.

Dicho esto interpreto que correspondería la elección de los Tribunales de la República Argentina realizada en el Contrato, la que es válida en tanto no surge que haya sido obtenida de forma abusiva (Artículo 4°), y dicha jurisdicción tiene vínculos de razonabilidad con el conflicto planteado (Artículo 1°). Esta interpretación es sin perjuicio de la que oportunamente realice la Jueza interviniente.

El principio de primaria indica que las normas comunitarias tienen jerarquía superior a las del derecho interno de los Estados miembros. En el bloque de constitucionalidad del MERCOSUR no se establece la supremacía o primaria de las normas comunitarias, cuando estas entran en conflicto con las del derecho interno. Sin embargo, el principio de preferencia o primaria es una respuesta jurídica a la necesidad de homogeneizar el régimen jurídico de integración, dándole seguridad jurídica en el ámbito de los países miembros. Sin embargo, concuerdo en la reserva de orden público que el propio PBA contiene en su Artículo 5° y que constituye una valla a la actuación del derecho extranjero, como también que las normas de derecho comercial nacional e internacional son por regla general de orden público relativo, dado que generalmente no existe un interés social comprometido.

En definitiva entiendo que en el caso en cuestión prevalece la aplicación del PBA sobre la Ley Nacional Paraguaya N° 1294/93.

E) Aplicabilidad de la decisión CMC N° 02/07 y régimen de honorarios y gastos (Res. 02/07 GMC).

En este tema concuerdo con el voto del Dr. Ricardo Olivera, toda vez que desde el punto de vista procesal entiendo que resulta perfectamente aplicable la reglamentación dictada para las opiniones consultivas y también lo establecido como régimen de honorarios Y gastos por el CMC y GMC. Sin perjuicio de considerar que en virtud de los principios que rigen

la integración, resultaría apropiado que los gastos y costos de las opiniones consultivas sean soportados por todos los Estados Partes.

A su turno el Dr. José Antonio Moreno Ruffinelli, acompañado por el Dr. Joao Grandino Rodas, exponen:

El MERCOSUR constituye aún hoy un proceso de integración marcado por el accionar intergubernamental. No obstante ello, el derecho del MERCOSUR “necesita no quedar sujeto al albur de lo que establezcan las normas nacionales de los Estados Partes. Esa y no otra es la filosofía de la decisión del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) en “Costa *c/* ENEL”, dictada cuando la Comunidad Económica Europea había apenas comenzado y no había indicios tan claros de que se llegaría a la supremacía del derecho comunitario. El TJCE señaló que no hay otra forma posible de hacer funcionar la Comunidad y de hacer respetar las obligaciones asumidas por los Estados que colocar el derecho emanado del bloque en otro nivel diferente. La supranacionalidad -como superación de lo intergubernamental- es un término a veces ambiguo. No obstante, el mismo hecho entre otros de que los Estados se hayan comprometido a respetar las decisiones de las controversias sometidas al TPR ya crea, en cierto sentido, un marco de supranacionalidad. Las opiniones consultivas, si bien no son vinculantes para el juzgador nacional, constituyen un formidable instrumento de armonización, contribuyendo así, de manera efectiva, a la atmósfera de supranacionalidad que debe impregnar como aspiración el avance de todo proceso de integración.

Esta consulta guarda relación con el Protocolo de Buenos Aires de 1994 sobre Jurisdicción Internacional en materia contractual (PBA) y su aplicación a un caso en particular, tal cual se describe más arriba.

Al respecto, corresponde fijar algunas precisiones generales muy importantes como pautas interpretativas para este y otros casos análogos que pudieran presentarse dentro del bloque.

Los Protocolos de Derecho internacional privado son convenciones internacionales, pero convenciones muy particulares al estar contenidas en Decisiones del MERCOSUR -que tienen carácter obligatorio según el Protocolo de Ouro Preto. Y haber sido adoptadas en el marco de un proceso de integración. Estos datos son fundamentales a la hora de fijar la interpretación de sus normas. Es verdad que hay que seguir el proceso de incorporación previsto en cada Estado dado que aún no existe una instancia supranacional legisferante de la que pudieran derivar normas como estas

destinadas a su aplicación directa en los países miembros, pero una vez en vigor esas convenciones deben interpretarse y aplicarse en función de las finalidades del MERCOSUR.

Con respecto al PBA, hace ya casi 40 años que la Convención de Viena de derecho de los tratados recogió la ya establecida regla de que no se pueden invocar normas nacionales para evadir el cumplimiento de normas contenidas en tratados en vigor. Las Constituciones paraguaya y argentina en vigor, además, consagran el mismo principio.

Las normas del PBA no son dudosas ni condicionales. Por el contrario, establecen claramente que, dentro de su ámbito de aplicación, es competente en primer lugar el juez que las partes hayan elegido, libre y voluntariamente, pues no es otro el alcance del principio de la autonomía de la voluntad consagrado en el PBA.

El Protocolo de Santa María ha sido invocado por error. No solo no está en vigor sino que se refiere a una cuestión muy concreta que son las relaciones de consumo, situación que no tiene nada que ver con la planteada en el caso de marras.

En el juego normal del Derecho internacional privado la internacionalidad de los casos es un presupuesto. La hipótesis de tener que litigar en el extranjero forma parte de ese juego normal. La admisión de la autonomía de la voluntad para determinar el juez competente, que es una tendencia ampliamente generalizada a nivel mundial tiene, entre otras virtudes, la de “avisar” a los contratantes de la existencia de la posibilidad de tener que litigar en el extranjero. Aceptar libre y voluntariamente la cláusula y después intentar desconocerla es, en principio, un claro acto de mala fe.

En particular, entre países limítrofes que participan de un proceso de integración, no hay ningún elemento que autorice a descartar lo que las partes han pactado libremente para sustituirlo por la voluntad unilateral de una de ellas. Los Estados Partes del MERCOSUR y cualquier Estado puede legítimamente prohibir la autonomía de la voluntad; sin embargo, los países del MERCOSUR han incorporado todos a su ordenamiento el PBA que dice exactamente lo contrario. Así como todos aceptan el arbitraje, a través de las reglas nacionales y de las Convenciones de Panamá y Nueva York. Sería contradictorio que el juez paraguayo no pudiera entender en la causa por una sumisión a árbitros que actúen en otro continente,

por ejemplo, y que en cambio no respetara una sumisión a los tribunales de un Estado Parte del MERCOSUR.

Tal es el sentido y alcance del principio de la autonomía de la voluntad, plenamente vigente como regla en los cuatro países del MERCOSUR en lo que respecta a prórroga de jurisdicción, erigiéndose como un pilar de suma trascendencia del espíritu integracionista.

Pasamos ahora a otra cuestión estrechamente vinculada, la del orden público como límite excepcional a la autonomía de la voluntad. En Derecho internacional privado el orden público constituye la valla para la aplicación de un derecho foráneo que en virtud de una norma de origen convencional –tratado- o legal hubiera tenido virtualidad por contravenir, en el caso específico que se presente, postulados fundamentales del derecho del tribunal juzgador.

Se ha acuñado, además, la expresión de orden público internacional para así expresar que un tribunal local debería evaluar de manera distinta una vinculación meramente local de una internacional, dadas sus peculiaridades, como ocurrió por ejemplo en Francia en su momento, cuando la Corte de Casación entendió que una cláusula-oro que atara una obligación a dicho valor, si bien se hallaba restringida para vinculaciones internas, podría ser pactada para operaciones internacionales sin que con ello se esté afectando el “orden público interno”. De modo que, en las transacciones internacionales, para esta doctrina, la violación al orden público debería ser “manifiesta”, expresión que se viene insertando desde hace varias décadas en instrumentos de Derecho internacional privado emanados de La Haya y otros inspirados en ellos.

Pero en paralelo a esta valla genérica a la aplicación del derecho foráneo conocida como orden público u orden público internacional, se encuentran normas específicas también de orden público, conocidas como normas “imperativas”, “de aplicación directa o inmediata”, “mandatory” (en inglés) o “de póllice” (en francés), que como tales son directamente aplicables. Es decir, no se entra al análisis conflictualista de cuál derecho correspondería aplicar para solo a partir del resultado en concreto evaluar si se está violando o no el orden público, sino se aplican directamente las normas imperativas. Aquí la terminología no es uniforme, porque estas normas también son calificadas como de orden público. Como sea, los distintos sistemas jurídicos cuentan con estas normas que son irrenunciables y que evitan desde el vamos que opere el mecanismo conflictual del Dere-

cho internacional privado. Ante ellas, el juzgador del foro procederá directamente a su aplicación y así lo habilitan las respectivas reservas de orden público que suelen contener los instrumentos internacionales.

Cabe ahondar que las normas imperativas corresponden fundamentalmente a dos órdenes de intereses que se pretenden resguardar. Por un lado, el llamado orden público de dirección, es decir, la potestad que tiene el Estado de intervenir en cuestiones que afecten su soberanía o accionar económico, como ocurre con regulaciones relativas a la moneda o a la defensa de la competencia, por citar ejemplos. Y por otro lado el llamado orden público de protección, que cada Estado lo establece y regula normalmente para salvaguardar derechos de partes débiles en la contratación, como por ejemplo los consumidores. Esta protección se establece en el entendimiento cíe que hay supuestos en que la contratación no es fruto de la libre voluntad sino de otros factores. Y al no haber voluntad libre no puede hablarse de autonomía de la voluntad, que es precisamente el presupuesto que haría operativo el PBA en este caso. En definitiva, depende de cada Estado el alcance de su orden público de dirección o protección, como límites excepcionales a la autonomía de la voluntad.

Queda claro, pues, que el PBA no colisiona con lo dicho. El mismo está destinado a regular operaciones contractuales libremente contraídas. Condena los abusos (artículo 2.1), lo que deberá ser evaluado por el juez en cada caso en particular, el que también deberá evaluar si en el caso en cuestión se está afectando su orden público de dirección o de protección, en general o a través de violaciones específicas de normas imperativas - también de orden público- que pudiera tener el país en cuestión.

En círculos universales y regionales suele abogarse fervientemente, cada vez con mayor ímpetu, acerca de la necesidad de que se armonicen también las restricciones de tinte imperativo, en aras de una más eficaz integración de los distintos sistemas jurídicos, y tal debería ser el Norte de los negociadores y legisladores de los países del MERCOSUR. Estos deberían apuntar a que las restricciones de orden imperativo sean no solo excepcionales -para no hacer mella del principio de la autonomía de la voluntad, uno de los pilares de la contratación moderna- sino, fundamentalmente, a que las soluciones sean homogéneas, tal cual vino ocurriendo en la Unión Europea con las diversas directivas de orden imperativo que atañen a la contratación internacional.

En conclusión, cabe interpretar el PBA como un instrumento que garantiza la sumisión a foros extranjeros dentro del bloque a través del ejercicio de la autonomía de la voluntad. Los abusos o las violaciones en concreto a normas o principios de tinte imperativo serán objeto de juzgamiento de parte del juzgador nacional interviniente.

A su turno el Dr. Ricardo Olivera García expone:

A) Relación fáctica del caso.

1. El día 22 de mayo de 2000, la sociedad argentina “Laboratorios Northia S.A.C.I.F.I.A.” celebró un contrato de distribución con la sociedad paraguaya “Norte S.A. Importación - Exportación”. En la cláusula 22 del referido contrato se estableció “22.1. *Ley aplicable: el presente contrato, todos los términos del mismo y la relación entre las partes estará exclusivamente regida y se le aplicarán las leyes sustantivas argentinas. Las partes acuerdan dar plena vigencia a la normativa incorporada por el MERCOSUR, entre los Estados Parte, que regula las contrataciones de compraventa internacional de mercaderías, sometiéndose a lo establecido por el Protocolo de Buenos Aires.* 22.2. *Jurisdicción: cualquier controversia o petición que surja del contrato o esté relacionada con el mismo, o cualquier contrato que en adelante surja del presente, ya sea referente a la contratación, o a un agravio, o todo lo referido al período de finalización o validez del mismo, será exclusivamente establecido en los tribunales de ordinarios de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de la República Argentina*”.

2. “Norte S.A. Importación - Exportación” demandó ante la Jurisdicción de Asunción, República del Paraguay, a “Laboratorios Northia S.A.C.I.F.I.A.” por daños y perjuicios derivados de responsabilidad contractual. La demandada opuso la excepción previa de incompetencia, sustentando su posición en la existencia de un acuerdo sobre elección de foro, al amparo de lo establecido por el artículo 4 del “Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual” (en adelante PBA) y su aplicación prevalente sobre la Ley paraguaya N° 194/93. La actora, al contestar el excepcionamiento, rechazó la argumentación de la excepcionante, invocando en lo sustancial los siguientes extremos: a) el carácter irrenunciable de la Ley paraguaya N° 194/93; b) que el caso encuadra dentro de los contratos excluidos del ámbito de aplicación del PBA (“contrato de venta al consumidor”); y c) que corresponde la aplicación del “Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo” (en adelante PSM). Asimismo peticionó a la Seño-

OPINIÓN CONSULTIVA

ra Juez que elevara los antecedentes del caso a la Corte Suprema de Justicia de la República de Paraguay, a los efectos de que esta solicitara al TPR del MERCOSUR una opinión consultiva, de conformidad con el artículo 3° del “Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR” (en adelante PO).

B) Competencia del TPR para emitir la opinión consultiva requerida.

3. Antes de emitir juicio alguno en torno a la consulta formulada, corresponde realizar ciertas precisiones relativas a la competencia del TPR para expedirse respecto a la aplicación del PBA dado su aparente conflicto con la Ley paraguaya N° 194/93.

4. Realizando una lectura piedeletrista del inciso 3 del artículo 4° del “Reglamento del Procedimiento para la Solicitud de Opiniones Consultivas al TPR por los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Partes del MERCOSUR” (02/07), solo serían procesables consultas relativas a la interpretación y aplicación de normas del MERCOSUR. En la especie, una vez definida la aplicación del PBA por el consultante, el TPR sería competente para aclarar el sentido y alcance de sus disposiciones enfrentadas al caso concreto. En efecto, la norma reza: *“Las opiniones consultivas solicitadas se referirán exclusivamente a la interpretación jurídica del Tratado de Asunción, del Protocolo de Ouro Preto, de los protocolos y acuerdos celebrados en el ámbito del Tratado de Asunción, de las Decisiones del CMC, de las Resoluciones del GMC y de las Directivas de la CCM”*. Debe tenerse presente que es un poder jurídico del CMC determinar el alcance y régimen de las opiniones consultivas, lo cual fue acordado por los Estados Parte en el artículo 3° del PO. Similar disposición a la transcrita se encuentra contenida en la Decisión del CMC N° 37/03²⁸, mencionada por el actor.

28. “Artículo 4°. Tramitación de la solicitud de los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Parte. I. El TPR podrá emitir opiniones consultivas solicitadas por los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Parte con jurisdicción nacional. En este caso, las opiniones consultivas se referirán exclusivamente a la interpretación jurídica de la normativa del MERCOSUR, mencionada en el artículo 3°, párrafo 1 del presente Reglamento, siempre que se vinculen con causas que estén bajo trámite en el Poder Judicial del Estado Parte solicitante”.

5. La consulta planteada no se refiere estrictamente a la interpretación de las normas contenidas en el PBA, sino a la dilucidación del aparente conflicto de fuentes normativas aplicables.

6. Sin embargo, dado el “*principio de colaboración con la justicia*” y el espíritu reflejado en el considerando único del citado Reglamento, según el cual las opiniones consultivas tienen por finalidad la de “... *contribuir a la interpretación y aplicación correctas y uniformes de las normas del MERCOSUR*”; este órgano procederá a evacuar la consulta planteada.

7. Finalmente corresponde señalar que en el estadio actual de evolución del Derecho de Integración del MERCOSUR, las opiniones consultivas son dictámenes técnico-jurídicos del TPR que carecen de efecto vinculante.

C) Fuente normativa aplicable.

a. Aplicabilidad del Protocolo de Buenos Aires.

8. En cuanto al aparente conflicto entre dos fuentes normativas diversas, el PBA y la Ley paraguaya N° 194/93, entendemos que en este caso particular resulta de aplicación el nombrado en primer término.

9. Arribamos a la conclusión precedente teniendo en cuenta las relaciones entre las normas de Derecho Internacional Privado (en adelante DIP) de fuente supranacional (como sinónimo de internacional) y las de fuente nacional, cuestión recogida en la “Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado” (OEA. CIDIP II, Montevideo, 1979). Dicha Convención ha sido ratificada por todos los Estados Partes del MERCOSUR y en su artículo 1° establece: “*La determinación de la norma jurídica aplicable para regir situaciones vinculadas con Derecho Extranjero, se sujetará a lo regulado en esta Convención y demás convenciones internacionales suscritas o que se suscriban en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados Partes. En defecto de norma internacional, los Estados Partes aplicarán las reglas conflictuales de su Derecho interno*”. Similar principio sienta el artículo 27 de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”.

10. Como expresa la Dra. Cecilia Fresnedo²⁹, con independencia de si consagra o no el “monismo internacional”, el referido artículo resuelve

29. Fresnedo, Cecilia. “Curso de Derecho Internacional Privado”. Tomo I, Parte General. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, Año 2001. Pág. 45.

un problema de “ámbitos de aplicación”. En esa línea manifiesta: *“Lo que se desprende inequívocamente de esta norma es que los Estados Partes solo podrán aplicar su DIPr interno o nacional cuando no exista DIPr internacional que los vincule sobre la materia de que se trate. En otras palabras, lo que la norma ordena es que califiquemos adecuadamente la relación jurídica a regular, teniendo en cuenta los ámbitos de aplicación material, espacial y temporal de las normas de DIPr existentes. Si existe tratado vigente que vincule a los Estados involucrados y que regule la materia en cuestión, deberá aplicarse este. Solo en su defecto se podrá aplicar el DIPr de fuente interna o nacional”* ³⁰. Conviene tener presente que son normas de DIP de fuente internacional o supranacional las contenidas en Tratados, Convenios, Convenciones o Protocolos (sean estos multilaterales, regionales o bilaterales) y de fuente nacional las contenidas en Constituciones, códigos o leyes puramente nacionales, con vocación de regulación de relaciones jurídicas internacionales trabadas entre particulares.

11. En el caso planteado, el PBA ha sido suscrito y ratificado tanto por Argentina como por Paraguay (también por Uruguay y Brasil), de lo que se desprende que convencionalmente todas estos Estados han admitido como válido el procedimiento de analizar la existencia de Tratados sobre una determinada cuestión, para excluir la aplicación de la norma de DIP de fuente nacional, sea esto en materia de ley aplicable o de jurisdicción competente. Ello descarta, en lo que a la jurisdicción se refiere, la aplicación de la Ley paraguaya N° 194/93 de 17 de junio de 1993. Esta última contiene normas de DIP de fuente nacional paraguaya; en efecto, la citada ley regula algunos aspectos de las relaciones contractuales entre fabricantes y firmas del exterior con personas físicas o jurídicas domiciliadas en Paraguay. En tanto normas de DIP de fuente nacional, estas únicamente son de aplicación en lo que a la jurisdicción respecta, tratándose de casos iusprivatistas internacionales que involucren los ordenamientos jurídicos de Paraguay y de otros Estados con los cuales no existan Tratados, Convenios o Convenciones sobre la materia ³¹.

30. Fresnedo, Cecilia. “Curso de Derecho Internacional Privado”. Pág. 45.

31. Advirtamos que los Protocolos adoptados en el ámbito del MERCOSUR tienen la misma naturaleza convencional que los demás convenios internacionales vigentes entre los Estados. En efecto el MERCOSUR no es una organización su-

12. Por lo demás, a idéntica conclusión se arribaría si se tomara el argumento de Derecho positivo paraguayo esgrimido por el propio Tribunal de Alzada en la providencia cautelar N° 408 conexas a este asunto, según el cual la Constitución paraguaya coloca en un nivel jerárquico superior al tratado respecto a la ley.

b. Aplicación del sistema de fuentes de DIP al caso.

13. Dos cuestiones que siempre han sido objeto del DIP son la determinación de la ley aplicable y de la jurisdicción competente, además de lo atinente al “reconocimiento y ejecución de sentencias foráneas”, dado un caso con elementos de extranjería relevantes. La opinión consultiva de referencia tiene precisamente por objeto la aplicabilidad o no del Protocolo de Buenos Aires y en consecuencia la determinación de la jurisdicción competente.

14. Las opiniones vertidas en este Cuerpo son coincidentes en torno a que resulta de aplicación el referido instrumento (PBA). No obstante ello, existen discrepancias en cuanto a los caminos que conducen a dicha conclusión. Por un lado, como viene de verse en este dictamen, se utiliza el clásico razonamiento de DIP, acudiendo a los mecanismos existentes para la aplicación de tratados, convenciones, convenios o protocolos. Por otro, se esgrimen argumentos propios del Derecho Comunitario.

15. Afiliándonos a la primera de las posiciones enunciadas abordaremos los argumentos que le sirven de fundamento.

16. Según expresan Tomás Hutchinson y Julián Peña ³²: “Por Derecho Comunitario entendemos una estructura jurídica común a varios países, según el modelo que surge en Europa con la creación primero de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (Tratado de París), y luego de

pranacional de Derecho Comunitario, por lo cual las normas emanadas de sus órganos deben ser incorporadas por los Estados Partes de acuerdo a sus normas constitucionales para que resulten de aplicación (artículo 42 del Protocolo de Ouro Preto). Cfr. Fernández Arroyo, Diego. “El Derecho Internacional Privado en el MERCOSUR: “Hacia un sistema institucional”, en “El Derecho Internacional Privado Interamericano en el umbral del siglo XXI”. Sexta Jornada de Profesores de DIPr. Segovia, 1995. Editorial Eurolex, Madrid, Año 1997. Págs. 153 - 194.

32. Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 5. Ed. Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, Argentina, 1994, págs. 453-454.

la Comunidad Económica Europea (Tratado de Roma). Dicho Derecho es independiente del Derecho Interno. Las cualidades principales de dicho ordenamiento son su supremacía, su aplicabilidad inmediata y directa y su efecto directo”. Agregan: “Al firmarse un tratado comunitario con características similares al de Roma, los Estados crean una persona jurídica superior a ellos, a la cual le conceden parte de su soberanía por medio de la delegación de competencias a los órganos comunitarios”.

17. En la misma línea Jorge Pérez Otermin ³³ destaca dos particularidades de este Derecho: “La primera radica en que, si bien se constituye mediante tratados, o acuerdos internacionales, es decir, normas de Derecho Internacional Público, su normativa no se agota en ellos, sino que se continúa por normas emanadas de los órganos creados por dichos tratados. La segunda consiste en que si bien emana de tratados, sus normas no van dirigidas a regular únicamente la relación entre Estados, sino que van dirigidas a regular las relaciones entre los particulares, personas físicas o jurídicas de los Estados Partes”. Asimismo destaca sus tres características primordiales: “La aplicabilidad inmediata, que significa que la norma de derecho comunitario adquiere automáticamente estatuto de derecho positivo en el orden interno de los Estados; la aplicabilidad directa, que significa que la norma comunitaria es susceptible de crear por ella misma, derechos y obligaciones a los particulares; y la primacía o prevalencia, que significa que la norma comunitaria se aplica con prioridad a toda norma nacional” ³⁴.

18. Las nociones vertidas precedentemente en cuanto al Derecho Comunitario no resultan aún trasladables al MERCOSUR, dado su estado de evolución actual. En efecto, siguiendo a Diego Fernández Arroyo ³⁵,

33. El Mercado Común del Sur desde Asunción a Ouro Preto, Ed. FCU. Montevideo, Uruguay, junio 1995, págs. 93 - 94.

34. El alcance y notas características del Derecho Comunitario fueron definidos por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en los casos “*Costa c/E.N.E.L.*” y “*Van Gend and Loos*”, interpretando los artículos 5º y 189 del Tratado de Roma.

35. El Derecho Internacional Privado en el MERCOSUR: ¿Hacia un sistema institucional? en El Derecho Internacional Privado Interamericano en el umbral

entendemos que en este último caso: “... no puede hablarse de un ordenamiento jurídico comunitario, dotado de autonomía, efecto directo y primacía. Existe sí un Derecho institucional, entendido como el Derecho que emana de una organización con personalidad jurídica de Derecho Internacional, pero que se incorpora a los ordenamientos nacionales por el cauce técnico de los convenios internacionales (desigualmente regulado según cada Estado Parte) o por la normativa interna”. Además afirma: “... todos los instrumentos del MERCOSUR relativos al DIP tienen la misma naturaleza convencional y por tanto concurren con los demás convenios internacionales vigentes en cada uno de los Estados, operando en cada caso las cláusulas de compatibilidad”. En visión coincidente, señala Cecilia Fresnedo de Aguirre ³⁶ que: “En la actualidad el MERCOSUR no es una organización supranacional sino intergubernamental. Carece de organismos comunitarios con potestades legislativas delegadas, por lo que las normas que emanan de sus órganos carecen de eficacia directa y deben ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos de cada Estado conforme a los respectivos mecanismos constitucionales vigentes. Esto está establecido además en el propio Protocolo de Ouro Preto artículo 42”.

19. El artículo 42 y disposiciones concordantes del Protocolo de Ouro Preto, no consagraron un sistema de fuentes de Derecho Comunitario. Como lo destaca Pérez Otermin ³⁷: “Pese a los ingentes esfuerzos de la delegación uruguaya, no se pudo aceptar la aplicación inmediata ... Brasil argumentó que de acuerdo a su texto constitucional le era imposible aceptar tal particularidad; razón por la cual fue imposible avanzar en el tema. A ello se agregó que tanto las delegaciones de Argentina como de Paraguay, no obstante tener textos constitucionales recientemente aprobados que habilitaban a dichos países para sostener la aplicación inmediata mantuvieron una posición contraria ...”. Expresa también que: “Desterrada la aplicación inmediata, presupuesto de la aplicación directa y la primacía, la dele-

del siglo XXI, Sextas Jornadas de Profesores de DIP. Segovia, Madrid, 1995 Eurolex, 1997, págs. 178 y 193.

36. Curso de Derecho Internacional privado. Tomo I. Parte general Ed. FCU. Montevideo. Uruguay, junio 2001, pág. 170.

37. Ob. cit. págs. 101 y 106.

gación uruguaya debió elaborar un mecanismo que sustituyera las ventajas de aquella ...”.

20. Héctor Gros Espiell ³⁸, comparando el Tratado de Asunción con el de Roma, señala que: “Es un tratado muy diferente al Tratado de Roma. Mientras el Tratado de Roma es un tratado extenso, de más de 250 artículos que crea y establece el Mercado Común con una gran cantidad de precisiones y la creación de un sistema orgánico definitivo o casi definitivo, el Tratado de Asunción es completamente distinto. Es un tratado que consta solamente de 24 artículos y de 4 anexos. Lo más importante es tener clara conciencia que este tratado constituye, en lo esencial, un tratado que establece el proceso hacia el Mercado Común y no un tratado que establece el Mercado Común... Es pues un camino hacia el Mercado Común, la fijación de un objetivo, un programa para crear el Mercado Común, pero que resulta de un texto internacional de naturaleza convencional, es decir, que genera obligaciones y deberes jurídicamente existentes” ³⁹. Esta opinión no se vio desvirtuada por la entrada en vigor del Protocolo de Ouro Preto, que si bien estructuró una persona jurídica internacional dotada de órganos y fuentes jurídicas, como se adelantara, no dotó a estas últimas de la supremacía propia del Derecho Comunitario.

21. Como lo destacara recientemente el Prof. Erik Jayme de la Universidad de Heidelberg ⁴⁰: “En Europa, los instrumentos usados al comienzo consistieron en convenciones entre los Estados miembros, las cuales han derivado, particularmente desde el Tratado de Maastricht, en reglamentos y directivas... El MERCOSUR carece todavía de una estructura institucional para una legislación centralizada, pero el desarrollo de un DIP común tiende a configurar un pilar para la futura creación de un nuevo derecho comunitario”.

38. MERCOSUR, El Tratado de Asunción Ed Instituto de Estudios Empresariales de Montevideo. Montevideo. Uruguay-1991, pág. 25.

39. En similar posición, Hutchinson y Peña (ob. cit. pág. 457) afirman que “El Tratado de Asunción no es un tratado comunitario, es un tratado internacional acorde a las pautas establecidas en la Convención de Viena. No obstante, tiene una característica especial: es un tratado constitutivo de un Mercado Común”.

40. Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR. Varios Autores. Ed. Zabalía, Buenos Aires. Argentina, 2003. Págs. 21 - 22.

22. Concluyendo, si bien entendemos que objetivamente el MERCOSUR no ha alcanzado el grado de evolución suficiente como para calificar a sus normas como de Derecho Comunitario, no dejamos de reconocer que a partir de Ouro Preto su sistema institucional cuenta con órganos con atribuciones suficientes para la promulgación de normas propias. Es decir, la natural tendencia del MERCOSUR es evolucionar hacia un sistema de Derecho Comunitario que se consolide en un auténtico Mercado Común. Sin embargo, lamentablemente esa no es su realidad actual. Dicha evolución depende de la voluntad que expresen los Estados en los protocolos que se adopten y no es función de que pueda ser ejercida por este Tribunal. Al respecto, señala Fernández Arroyo, citando a Noodt Taquela y Uriondo de Martinolli ⁴¹: *“Pero la integración no solo repercute sobre los presupuestos, también puede generar la configuración de un espacio “comunitario”, diferente del espacio interno y del puramente internacional, regido por sus propias normas y por unos principios característicos que en su conjunto pueden constituir un ordenamiento diferente. En la CE es una realidad y se llama derecho comunitario; en el MERCOSUR lo que existe es un derecho de la integración que va, paulatinamente, cobrando perfiles propios, como se puede atisbar en los laudos arbitrales producidos hasta ahora”*.

23. En virtud de lo expuesto, descartando que las normas del MERCOSUR constituyan Derecho Comunitario (lo que explica que los dictámenes de opinión consultiva no sean aún prejudiciales respecto del fuero nacional, en el sentido de que no son vinculantes para el Juez consultante), es que se ha concluido que corresponde recurrir al clásico sistema de Derecho Internacional Privado relativo a las fuentes. En el ámbito del TPR no corresponde analizar las normas constitucionales vigentes al respecto en los Estados Partes, las que por lo demás, ni siquiera resultan coincidentes.

24. Resulta útil la distinción que realiza la doctrina entre las normas de “DIP mercosureño strictu sensu” o “autónomo” y las normas de “DIP mercosureño latu sensu” o “heterónomas”. Las primeras son generadas por los órganos del MERCOSUR y las segundas son los convenios provenientes de distintos foros internacionales que están vigentes entre los

41. Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR. Varios Autores. Ed. Zabalía, Buenos Aires. Argentina, 2003. Pág. 66.

cuatro países (Convenciones Interamericanas de DIP, Convenios Bilaterales, etc.)⁴².

25. En tal sentido es que se ha acudido para concluir en la aplicación del PBA al auxilio del clásico sistema de aplicación de las normas de DIP, recogido por artículo 1º de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de DIP (CIDIP II, Montevideo, 1979), vigente entre los cuatro Estados Partes del MERCOSUR. Se trata de una norma de DIP mercosureño *latu sensu* o heterónoma Expresa Fernández Arroyo⁴³: “Las interacciones entre las distintas dimensiones del sistema de DIPr son a su vez complejas en sí mismas. En primer lugar, los cuatro Estados del MERCOSUR difieren en la forma de tratar al derecho convencional en general, incluyendo las reglas que han ido generando los órganos de integración. Esto significa que la jerarquía entre las normas correspondientes a cada una de las dimensiones no responde a criterios homogéneos. Ninguno de los ordenamientos mercosureños da un tratamiento especial al derecho de la integración, el cual, en lo atinente al DIPr, se presenta bajo la forma de convenciones internacionales. Al decir esto, queremos dejar claro que en ningún caso las normas del MERCOSUR, incluidas las de DIPr, se mueven en un nivel diferente al de las convenciones internacionales en general, es decir, que cuando en el MERCOSUR se habla de “supremacía” se está hablando de algo muy diferente a la “primacía” del derecho comunitario europeo, que está por encima tanto del derecho autónomo como del derecho internacional. Lo que sí varía es que mientras Argentina y Paraguay consagran visiblemente la jerarquía supralegal de las normas convencionales (y, por lo tanto, también de las mercosureños), en Brasil y Uruguay [ello no es así] ... Sin embargo, debe destacarse que en los cuatro Estados del MERCOSUR está vigente la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (CIDIP II)”.

26. En definitiva, la Convención Interamericana sobre Normas Generales de DIP recoge el sistema general de razonamiento que en materia de fuentes debe privar dado un caso de tráfico jurídico externo. Dicho sistema es unánimemente admitido por doctrina y jurisprudencia. Por lo demás, cuando aludimos a las normas de DIP de fuente supranacional o

42. Diego Fernández Arroyo. Ob. cit. Pág. 116. N° 58.

43. Diego Fernández Arroyo. Ob. cit. Pág. 87. N° 34.

internacional no estamos pronunciándonos respecto a la jerarquía de las fuentes. Simplemente se trata de una denominación doctrinaria que permite diferenciar a las normas convencionales de aquellas que si bien forman parte del DIP, son adoptadas por el legislador nacional (normas de DIP de fuente nacional).

27. Ratificamos entonces el criterio sustentado, según el cual, vigente el Protocolo de Buenos Aires (fuente jurídica del MERCOSUR conforme al artículo 41 del Protocolo de Ouro Preto), este resulta de aplicación al caso objeto de la opinión consultiva requerida.

D) Juez competente conforme al Protocolo de Buenos Aires.

28. La situación planteada se encuentra perfectamente comprendida en el ámbito de aplicación del mencionado Protocolo, en tanto se trata de un conflicto relativo a un contrato internacional ⁴⁴ de naturaleza comercial suscitado entre personas jurídicas domiciliadas en dos Estados Partes del MERCOSUR. El referido Protocolo consagra en forma amplia la “autonomía de la voluntad” ⁴⁵ en lo que a la elección de la jurisdicción se refiere, en consonancia con la posición predominante actual en materia de contratación internacional. En consecuencia, la cláusula atributiva de competencia contenida en el contrato (cláusula 22.2) celebrado entre las sociedades argentina y paraguaya, es válida. Ello significa que son los Tribunales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina, quienes tienen competencia en la esfera internacional para entender en el litigio.

29. Asimismo, el caso no encuadra dentro de ninguna de las situaciones excluidas de su ámbito de aplicación por el artículo 2 del PBA. La referencia del actor al numeral 6 de la citada disposición (“contratos de venta al consumidor”) no es pertinente. Se trata de un contrato de distri-

44. El Prof. Werner Goldschmidt señalaba que: “... un contrato es internacional si su lugar de celebración o su lugar de cumplimiento o el domicilio de una de las partes en el momento de la celebración se halla en el extranjero”. “Derecho Internacional Privado”, 5ta. Edición. Editorial Depalma. Buenos Aires, Argentina.

45. Sobre el concepto y alcance de la “autonomía de la voluntad” véase “La autonomía de la voluntad en la contratación internacional”, Dra. Cecilia Fresnedo de Aguirre, Editorial FCU, Montevideo, Uruguay, Año 1991. Véase también “La cláusula atributiva de jurisdicción en los contratos internacionales en general”. Dr. Domingo M. López Saavedra en www.elderechodigital.com.

bución u otra especie comercial, pero no puede ni remotamente calificarse de “relación de consumo”⁴⁶. Tal consideración excluye además la aplicación del “Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en materia de Relaciones de Consumo”, que por otra parte, aún no es Derecho vigente.

30. En consecuencia debe prevalecer la elección de los Tribunales de la República Argentina realizada en el propio contrato. Dicha elección debe reputarse válida, en tanto de los antecedentes no surge que haya sido obtenida en forma abusiva⁴⁷. Asimismo, el foro seleccionado en el caso en examen tiene vínculos de razonabilidad con el litigio planteado. En tal sentido, doctrina especializada en obra coordinada por el Prof. Diego P. Fernández Arroyo, expresa que: “*Existe conexión razonable en todos los supuestos en que un Estado estaría investido de jurisdicción subsidiaria (Art. 1.b), según los arts. 7° a 12 del Protocolo*”⁴⁸.

31. El inciso 2° del artículo 5° establece: “... La validez y los efectos del acuerdo de elección de foro se regirán por el derecho de los Estados Partes que tendrían jurisdicción de conformidad a las disposiciones del presente Protocolo”. El Prof. Diego P. Fernández Arroyo ha manifestado al

46. El “Anexo al Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo”, define la “relación de consumo” de la siguiente forma: “*Es el vínculo que se establece entre el proveedor que, a título oneroso, provee un producto o presta un servicio, y quien lo adquiere o utiliza como destinatario final. Equiparase a esta la provisión de productos y la prestación de servicios a título gratuito, cuando se realicen en función de una eventual relación de consumo*”.

47. Según expresa la doctrina: “Para que el acuerdo sea válido no debe haber sido obtenido en forma abusiva (Art. 4°). La fórmula fue propuesta por la delegación uruguaya, quien la reiteró en los Acuerdos de arbitraje del MERCOSUR (Art. 4°), ya que se trata de un criterio aceptado por la doctrina uruguaya (Tellechea Bergman), que fue incluso negociado en el Convenio de Cooperación Jurídica entre España y Uruguay del 4 de noviembre de 1987, al determinar los criterios de la competencia internacional indirecta (Art. 5°)”. “Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR, Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay”. Varios Autores. Editorial Zavallia. Buenos Aires, Argentina. Año 2003. Pág. 19 -

48. “Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR. Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay”. Págs. 188 y 189.

respecto que los referidos Derechos regulan “aquellos aspectos de la declaración de voluntad de las partes que no estén contemplados expresa o implícitamente por las normas materiales del tratado internacional”, por ejemplo cuestiones tales como la existencia misma del acuerdo y los vicios del consentimiento ⁴⁹. Debe tenerse en cuenta lo manifestado al respecto por el Prof. Eduardo Tellechea Bergman: “En razón de que en dicha situación puede haber más de un Estado con jurisdicción internacional concurrente para conocer del litigio, el artículo excluye la aplicación acumulativa de las leyes de los mismos y explícita que la situación se resolverá aplicando el Derecho más favorable a la validez del acuerdo. Solución 'favor negoti', con amplia recepción en el DIPr contemporáneo, principalmente en relación a la contratación internacional” ⁵⁰.

32. En este punto resulta adecuado aludir a la posibilidad de que existan “normas de policía” (también llamadas “normas rigurosamente obligatorias” o “normas de aplicación inmediata”) en los ordenamientos jurídicos involucrados, que excluyan la validez de los pactos de elección del foro, hipótesis que no se da en la especie. El Prof. Rubén Santos ha manifestado que las normas de policía son reglas no susceptibles de derogación por ser indispensables para el éxito de una política social o económica. De manera coincidente se ha pronunciado el Prof. Antonio Boggiano al decir que “*las normas de policía son inmediatamente excluyentes*” ⁵¹. Adviértase que ni el Tribunal de Alzada paraguayo actuante en la pieza cautelar ni el propio actor invocan que la Ley N° 194/93 contenga disposiciones de tal naturaleza.

49. Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR, Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay”. Pág. 191.

50. Tellechea Bergman, Eduardo. “Nuevas Regulaciones Regionales en Materia de Jurisdicción Internacional. Los vigentes Protocolos de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en materia contractual y de San Luis en Materia de Responsabilidad Civil emergente de Accidentes de Tránsito”, contenido en el Libro de las “XIII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal”. Maldonado, Uruguay. Año 2006. Pág. 481.

51. Boggiano, Antonio. “Derecho Internacional Privado”. Tomo II, “Derecho Mercantil Internacional”. Editorial Abeledo - Perrot. Buenos Aires, Argentina. Año 1991. Pág. 278.

33. Otra cuestión conexas, aunque distinta de la anterior, es la “excepción de orden público internacional”. La misma se encuentra consagrada en el artículo 5° de la “Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado” (OEA, CIDIP II, Montevideo, 1979). Como su nombre lo indica, se trata de una “excepción” a la aplicación del derecho extranjero, de interpretación absolutamente estricta. La misma opera cuando una norma de DIP de fuente supranacional o nacional torna aplicable un Derecho extranjero que vulnera en forma concreta, grave y manifiesta las normas y principios fundamentales sobre los cuales el Estado de que se trata sienta su individualidad jurídica. En el caso planteado la norma contenida en el PBA no asigna competencia a Derecho extranjero alguno, sino que valida los pactos sobre elección del foro. En consecuencia, descartamos la aplicación de la citada excepción.

34. Por lo demás, que la Ley paraguaya N° 194/93 sea de orden público interno ⁵², carece de absoluta relevancia. No se trata de la aplicación de una norma imperativa en el ámbito puramente interno, sino de la aplicación de la norma de fuente supranacional suscrita y ratificada por los Estados cuyos ordenamientos jurídicos se encuentran involucrados a un caso con elementos de extranjería relevantes.

E) Aplicabilidad de la Decisión CMC N° 02/07 y régimen de Honorarios y gastos.

35. El pago de los gastos derivados de la presente opinión consultiva es de cargo de la República del Paraguay, en aplicación del artículo 11 del “Reglamento del Procedimiento para la Solicitud de Opiniones Consultivas al TPR por los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Partes del MERCOSUR”.

36. La aplicación inmediata al caso del nuevo Reglamento aprobado por la Decisión del CMC N° 02107 supone entender que dicha norma pasa

52. Debe tenerse presente la distinción efectuada por el autor suizo Charles Brocher entre “orden público interno” y “orden público internacional”. La primera alude a normas internas que no pueden ser derogadas por voluntad de los particulares. La segunda se refiere a normas y principios que no pueden ser desplazados en virtud de la aplicación de leyes extranjeras. Tal distinción es puesta de manifiesto por la Prof. Berta Kaller de Orchansky en su “Manual de Derecho Internacional Privado”. Editorial Plus Ultra. Buenos Aires, Argentina. Año 1979.

OPINIÓN CONSULTIVA

a regir los actos procesales de este proceso de opinión consultiva que se perfeccionen a partir de su vigencia, con exclusión de toda normativa anterior y de igual rango que regule cualquier aspecto incluido en la nueva reglamentación, en concreto excluye toda disposición en contrario contenida en la Decisión del CMC N° 37/03 y disposiciones concordantes.

37. El proceso de emisión de opiniones consultivas solicitadas al TPR, tal como se encuentra regulado, tiene naturaleza claramente jurisdiccional, pese a que su dictamen carece de efecto vinculante para el Juez nacional. Se trata de un procedimiento llevado adelante por un Tribunal jurisdiccional del MERCOSUR que constituye un mecanismo de cooperación jurisdiccional internacional en beneficio de Tribunales nacionales. De esta manera corresponde la aplicación de los principios de derecho procesal a la hora de interpretar y aplicar las reglas que los alcanzan.

38. El principio universalmente admitido de la aplicación inmediata de las normas procesales no puede confundirse con el fenómeno de la retroactividad, con el que precisamente se opone. Una norma procesal, cualquiera sea el proceso de que se trate, una vez que nace a la vida jurídica de un determinado sistema normativo, pasa a integrarlo inmediatamente y es de aplicación en los procesos en trámite respecto de los actos aún no cumplidos, así como a todos los actos procesales de los procesos que se inicien en el futuro.

39. La retroactividad de las normas en materia procesal es sumamente excepcional y en general es rechazada. Ella supone la aplicación de una nueva norma procesal a actos procesales ya perfeccionados en el pasado. Tratándose de una temática propia de la Teoría General del Proceso corresponde tener presente la postura de los maestros en esta disciplina. Siguiendo a Carnelutti, cabe sostener que si surge una nueva norma procesal que establece nuevos requisitos para la promoción de un acto de proposición- o en el caso, para la presentación de una solicitud de opinión consultiva - y la misma ya ha sido presentada en el pasado, esta norma no puede aplicarse y el acto de proposición será regular con tal que haya cumplido con los requisitos requeridos por la norma anterior; ello sin perjuicio de que a los nuevos actos se les aplique la norma recientemente sur-

gida, con el límite de no quitar validez a actos ya cumplidos o coherencia al proceso ⁵³.

40. Una norma procesal nueva que se promulga durante la tramitación de un proceso es aplicable a él, en tanto refiera a actos procesales que todavía no se hubieren cumplido a la fecha de la aparición normativa y en tanto no atente contra la validez de actos ya ejecutados. Según Carnelutti *“la ley posterior que modifica las formas del juicio, rige [...] también los procesos iniciados en virtud de una demanda [acto de proposición] debidamente propuesta durante la vigencia de la ley anterior, siempre porque la proposición de la demanda es un hecho del que emana, sí, el deber del juez de juzgar, pero no el deber de juzgar según una determinada forma”* ⁵⁴.

41. Sobre el punto que viene de analizarse conviene tener presente la opinión del jurista francés Roubier, quien ha analizado profundamente y desde la perspectiva de teoría general, la problemática de la aplicación de las normas en el tiempo. Para este autor la norma 'de procedimiento' es de aplicación inmediata y, por tanto, *“[n]o es posible afirmar que en Derecho Procesal exista la retroactividad como principio, pues la retroactividad es siempre una cosa excepcional”* ⁵⁵. Según dicho autor la confusión se explica solamente por la falta de distinción entre efecto inmediato y efecto retroactivo de las normas. Siguiendo dicha posición expresa Véscovi que *“es muy común ver en doctrina y jurisprudencia la afirmación de que las leyes procesales se aplican retroactivamente [...] cuando se ha hecho solamente un estudio superficial del problema. Tal afirmación no resiste a un profundo análisis y la mayor parte de las opiniones modernas la contradice [...] [Esta postura] coincide con casi todos los demás [derechos] conocidos,*

53. Luego de sustentar la tesis de la aplicación inmediata de la norma procesal, Carnelutti expresa: “Suponiendo, por ejemplo, que una nueva norma procesal cambie la forma de la demanda judicial, esta norma se aplicará incluso si el litigio se refiere a hechos acaecidos antes de que la nueva norma entre en vigor; en cambio, no se aplica si el hecho procesal, o sea la propia demanda, se ha realizado antes de que la nueva norma haya comenzado a regir” (Sistema de Derecho Procesal Civil, t. I Introducción y Función del Proceso Civil, traducción de Alcalazo-Zamora y Castillo y Sentís Melendo, Uthea, Buenos Aires, 1944, pág. 10 -

54. Ob. cit., págs. 109 y 110.

55. “Les conflits del lois dans le temps - Théorie dite de la nonrétroactivité des lois. t. II, Paris. Sirey, 1929, págs. 659-90.

el principio de la no retroactividad de las leyes alcanza también al Derecho Procesal, el que no hace excepción a la regla. De manera que lo que sucede en Derecho Procesal, no es que las leyes se apliquen en forma retroactiva, sino que por virtud de la función y la naturaleza de estas leyes su aplicación se realiza en forma inmediata al proceso compuesto por una serie de actos” ⁵⁶.

42. Según Chioyenda lo que sucede no es que las normas procesales se apliquen en forma retroactiva, sino que por virtud de su función y naturaleza su aplicación se realiza en forma inmediata al proceso, rigiendo los actos que lo componen que aún no se han perfeccionado ⁵⁷. Sobre el punto expresó Hugo Alsina que *“Los actos cumplidos hasta el momento en que la ley entra en vigencia, permanecen inalterados: la ley no puede tener efecto retroactivo para destruir actos procesales definitivamente ejecutados”* ⁵⁸.

43. Por tanto, se reitera que el nuevo reglamento relativo a procesos de emisión de opiniones consultivas es aplicable al presente asunto, respecto de los actos procesales que aún no se han cumplido, sin perjuicio de la supervivencia de las normas del anterior reglamento que no han tenido derogación expresa. La aplicación del nuevo reglamento tiene relevancia respecto a la regulación de los actos procesales alcanzados por él que aún no se hayan cumplido en este procedimiento.

44. Debe tenerse presente que el anterior Reglamento (Decisión CMC N° 37103) no contiene norma que regule el régimen de gastos y ho-

56. Aplicación de la Ley Procesal en el Tiempo. Retroactividad y Ultractividad de las Normas que Regulan el Proceso. UDELAR, 1960, págs. 14 y 15.

57. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Traducción de Gómez Orbaneja, Madrid, 1948, t. 1. N° 27, p. 90. En el mismo sentido se expresa Alsina en Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, t. 1, Buenos Aires 1956, págs. 64 y ss.

58. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Buenos Aires, 1963, p 69. En el mismo sesudo, existen fallos de jurisprudencia de Uruguay que expresan que las normas procesales son de aplicación inmediata, lo que no implica retroactividad, que sólo existiría si se afectaran procesos terminados o actos realizados. En “Código General del Proceso anotado, comentado y concordado” (p. 266), obra de integrantes del instituto Uruguayo de Derecho Procesal, dirigida por el Dr. Vescovi se citan los siguientes fallos: LJU, t. 55, c. 6706, p. 155; LJU, t. 50, c. 6273, p. 143; c. 6280, p. 166; t. 57, c. 6949, p. 293, etc.

norarios (costas y costos) del proceso de emisión de opiniones consultivas, tampoco existe disposición al respecto en la norma marco que instituyó el mecanismo de las opiniones consultivas, el Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR (art. 3º). Por lo tanto, la aplicación inmediata en el presente caso no supone conflicto alguno entre una norma anterior que pueda pretenderse tenga ultractividad y una nueva norma. Es decir, que hasta la aparición del nuevo reglamento no existía norma escrita que estableciera el régimen de costas y costos y tampoco un criterio jurisprudencial que pueda invocarse.

45. En el caso, el nuevo reglamento es claramente aplicable en lo que respecta al régimen de gastos y honorarios, pues es evidente que dichas cuestiones son objeto de pronunciamiento del TPR en un acto que aún no se ha cumplido, a saber, la emisión del dictamen de opinión consultiva: tal como sucede en los laudos que se dictan en procesos contenciosos, en los que se determina para el caso concreto el régimen de costas y costos. En definitiva, el nuevo reglamento ha devenido vigente con anterioridad a la oportunidad procesal donde se fija el régimen de costas y costos y por tanto tiene plena vocación temporal para regular dicho acto.

46. Despejada entonces la imputación que pudiera realizarse respecto de la aplicación retroactiva de una norma procesal, resta indagar, conforme disidencias existentes, si la aplicación del nuevo reglamento supone la violación de preceptos superiores del derecho del MERCOSUR. No tenemos dudas respecto a que el TPR, en ejercicio de su función jurisdiccional típica e incluso en el ámbito de procesos consultivos, puede desaplicar una norma reglamentaria que entienda sea violatoria de preceptos superiores que surjan de normas de mayor rango (Tratados, Protocolos, principios generales, etc.), al igual que puede hacerlo el Juez nacional frente a un reglamento ilícito, sea que cuente con facultades anulatorias o no ⁵⁹. En

59. Se reconoce pacíficamente en doctrina que “...el reglamento ilegal puede ser desaplicado [...] por el juez, cualquiera sea su categoría, que entienda en un asunto contencioso ya sea de carácter civil, laboral, comercial o administrativo. El juez debe aplicar la ley y no el reglamento ilegal. Por la sencilla razón de que el juez dice el derecho, o sea, que tiene la potestad de interpretar el orden jurídico” (Daniel Hugo Martins, “Regulación Jurídica del Reglamento en el Derecho Público Uruguayo, una Actividad Reglamentaria de la Administración, FCU, Montevideo,

general no vemos que las normas del nuevo Reglamento sean contradictorias con principio alguno de rango superior. El sistema de distribución de costas y costos plasmado en el nuevo reglamento no resulta violatorio de norma expresa alguna. Precisamente el Protocolo de Olivos deja en manos del CMC la determinación del alcance y procedimientos de las opiniones consultivas, sin restringir el alcance de dicha delegación (Art. 3º). Más aun entendemos que el nuevo reglamento no es violatorio de ningún principio superior en la materia, pues precisamente recoge una solución que además de lógica y oportuna resulta la regla en los ordenamientos procesales de la región ⁶⁰. Es absolutamente lógico y compartible que quien realiza una consulta que refiere a un caso concreto, tenga que correr con los gastos correspondientes al procedimiento impulsado, sin que ello suponga violación alguna de un principio superior ⁶¹.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR

DECLARA:

1. (Voto unánime). Las Opiniones Consultivas peticionadas por los órganos judiciales nacionales deben ser consideradas como interpretaciones prejudiciales consultivas, a la fecha aún no vinculantes. En las mismas, le cabe al TPR interpretar el derecho de integración mercosureño, siendo la aplicación de tal interpretación así como la interpretación y aplicación del derecho nacional, exclusiva competencia jurisdiccional de tales órganos judiciales consultantes.

2. (Voto en mayoría de los Doctores José Antonio Moreno Ruffinelli, Joao Grandino Rodas y Ricardo Olivera García). Las normas del Mercosur

1989, pág. 100; ver también, Enrique Sayagués Laso, "Tratado de Derecho Administrativo", tomo II, FCU, Montevideo, 1988, p. 620. En el mismo sentido "Competencia del poder judicial para conocer de la validez de un acto administrativo como premisa del fallo", en La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, t. 71, FJU, 1971).

60. Esta es la solución consagrada en el artículo 12 del "Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica" del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Montevideo, 1988. Editorial M.B.A.

61. Artículo 173.1 del citado "Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica".

internalizadas prevalecen sobre las normas del derecho interno de los Estados Partes. El Protocolo de Buenos Aires se aplica en los países que lo han internalizado, quedando a cargo del juez nacional la evaluación de si los acuerdos suscriptos en virtud de él han sido obtenidos en forma abusiva o afectan el orden público internacional que lo hagan manifiestamente inaplicable al caso en particular.

2.1 (Voto concurrente del Miembro Coordinador Doctor Wilfrido Fernández y Doctor Nicolás Becerra). Las normas del Mercosur internalizadas prevalecen sobre las normas del derecho interno de los Estados Partes. Corresponde en este caso la prevalencia del Protocolo de Buenos Aires sobre la Ley nacional paraguaya 194/93). Dicha primacía resulta de la propia naturaleza del Derecho del MERCOSUR. Las normas del Derecho del MERCOSUR deben tener prevalencia sobre cualquier norma del derecho interno de los Estados Partes aplicables al caso, incluyendo el derecho interno propiamente dicho y el derecho internacional público y privado de los Estados Partes, comprendiéndose aquellos derechos de orden público de los Estados Partes, de conformidad a los deslindes realizados en relación al concepto de orden público, y a la necesaria interpretación restrictiva de los derechos de orden público constitucional de carácter absoluto, conforme lo impone un sistema de integración. Dejase constancia interpretativa de que las normas del derecho comercial nacional e internacional, son por regla general solo de orden público relativo, pues en las mismas siempre como regla general, no existe un interés social comprometido.

3. (Voto unánime). Dejar interpretado que el Protocolo de Santa María sobre Relaciones de Consumo no tiene aplicabilidad al caso por este doble motivo: a) no estar vigente por no haber sido internalizado por ningún Estado Parte, b) por referirse a relaciones de consumidor, excluidas expresamente del Protocolo de Buenos Aires.

4. (Voto en mayoría de los Doctores Ricardo Olivera García, Joao Grandino Rodas y Nicolás Becerra). El pago de los gastos derivados de la presente opinión consultiva es de cargo de la República del Paraguay, en aplicación del artículo 11 del “Reglamento del Procedimiento para la Solicitud de Opiniones Consultivas al TPR por los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Partes del MERCOSUR”, debiéndose seguir el procedimiento de estilo a tales efectos.

4.1 (Voto en disidencia del Miembro Coordinador Doctor Wilfrido Fernández).

OPINIÓN CONSULTIVA

a) Declarar la inaplicabilidad in totum al presente caso del Reglamento del Procedimiento para la Solicitud de Opiniones Consultivas al Tribunal Permanente de Revisión por los Tribunales de Justicia de los Estados Partes del Mercosur (Decisión 02/07), debido al principio de irretroactividad.

b) Declarar vinculante la inaplicabilidad de los Arts. 1, 6 y 11 del referido Reglamento, así como de la Resolución del Grupo Mercado Común 02/07, en relación a los órganos del Mercosur involucrados, por su manifiesta inconformidad con el derecho del Mercosur originario.

c) Determinar que los honorarios y gastos de este Tribunal para el presente caso sean sufragados en forma igualitaria y proporcional por todos los Estados Partes del Mercosur.

d) Disponer que la presente opinión consultiva sea notificada para su inmediato cumplimiento en su parte pertinente (declaraciones de inaplicabilidad), al Consejo del Mercado Común y al Grupo del Mercado Común, a través de la Presidencia *Pro Tempore*, y a la Secretaría del Mercosur.

4.2 (Voto en disidencia del Doctor José Antonio Moreno Ruffinelli). Determinar que el pago de los honorarios y gastos de la presente opinión consultiva deben soportar los cuatro países del bloque por los fundamentos expuestos en el apartado 5 de la presente Resolución.

5. (Voto unánime). Sin perjuicio del voto de los miembros de este Tribunal, el mismo entiende por unanimidad que es necesario recomendar al Consejo de Mercado Común la revisión de las Resoluciones N° 02/07 del CHIC y N° 02/07 del GMC, en cuanto al pago de los honorarios, en razón de que la opinión consultiva no afecta a un solo país, siendo un mecanismo de cooperación judicial que enriquece el proceso de integración. La opinión consultiva construye el derecho de integración, por lo tanto todos los países son beneficiarios del mismo, y en consecuencia éstos deben soportar los gastos y honorarios correspondientes.

6. (Voto unánime). Disponer la notificación inmediata de esta opinión consultiva, al Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de la jurisdicción de Asunción, actualmente a cargo de la Señora Juez Doctora María Angélica Calvo, vía la Excma. Corte Suprema de Justicia de la República del Paraguay.

7. (Voto unánime). Disponer que la presente opinión consultiva sea notificada al efecto informativo a las Cortes Supremas de Justicia de los

OPINIÓN CONSULTIVA

Estados Partes del Mercosur, a las Coordinaciones Nacionales del Grupo Mercado Común y a la Secretaría del Mercosur.

8. (Voto unánime). Disponer la traducción inmediata al portugués y al español de la presente opinión consultiva en sus partes pertinentes.

9. (Voto unánime). Disponer la publicación inmediata de la presente opinión consultiva en las páginas web del Tribunal Permanente de Revisión y de la Secretaría del MERCOSUR con inmediata posterioridad a la notificación de la misma a la Excm. Corte Suprema de Justicia de la República del Paraguay.

10. (Voto unánime) Regístrese en forma inmediata.

Dr. Nicolás Becerra, Presidente del Tribunal Permanente de Revisión.

Dr. Wilfrido Fernández, Tribunal Permanente de Revisión.

Dr. Ricardo Olivera García, Tribunal Permanente de Revisión.

José Antonio Moreno Ruffinelli, Tribunal Permanente de Revisión.

Dr. Joao Grandino Rodas, Tribunal Permanente de Revisión.



Jurisprudencia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ACUERDO Y SENTENCIA N° 687

***Cuestión debatida:** El accionante aduce que la Ley N° 194/93 en el que sustenta la demanda viola las garantías constitucionales de igualdad (Arts. 46 y 47 C.N.) y de, libertad de concurrencia (Art. 107 C.N.) y los principios generales internacionales de no discriminación y de trato nacional consagrados en la Ley N° 260/93 “Que ratifica el acuerdo general sobre aranceles aduaneros y comercio”, y la Ley N° 444/93 “Que ratifica el acta final de la Ronda de Uruguay del GATT”. Agrega que la Ley N° 194/93 consagra desigualdades de trato entre personas nacionales y extranjeras discriminando a estas últimas en clara violación de las garantías constitucionales y principios generales internacionales. Establece una relación de dependencia casi laboral entre personas extranjeras y persona nacional donde el representante, agente o distribuidor local adquiere el privilegio de la indemnización si la parte extranjera cancela sin causa el vínculo comercial (Art. 6).*

LEY N° 194/93. DAÑOS Y PERJUICIOS. Indemnización de daños y perjuicios.

Que conforme se desprende de lo expuesto, la mencionada ley no da privilegios a ninguna de las partes. Las mismas se encuentran en iguales condiciones jurídicas. Desde luego que resulta justo establecer el pago de alguna indemnización cuando la firma o producto extranjero decide unilateralmente cesar la relación contractual sin causa alguna, teniendo en cuenta el perjuicio económico que puede ocasionar a la firma nacional que ha promocionado y vendido el producto representado, atendiendo a la ero-

gación realizada cuando el producto extranjero haya sido introducido con éxito en el mercado nacional, extremo este que está sujeto a comprobación cuando se peticiona el pago de indemnización en sede judicial.

LEY N° 194/93. DAÑOS Y PERJUICIOS. Indemnización de daños y perjuicios.

Esta ley brinda protección y garantía a ambas partes al reglamentar las relaciones contractuales ya existentes, no permitiendo abusos que pudieran cometerse por alguna de las partes al término de dicha relación. Es incorrecto sostener que existe una dependencia cuasi laboral de la firma extranjera en relación a la nacional, en razón de que la relación que vincula a ambas partes es comercial y cada una de ellas conserva su identidad sin ningún privilegio. Por lo demás, estimo que las partes deben ceñirse estrictamente al convenio existente entre ellas (instrumento que no se tiene a la vista) y la ley que regula la modalidad específica en el caso de darse el cese del vínculo, ya sea con causa o sin causa.

LEY N° 194/93. DAÑOS Y PERJUICIOS. Indemnización de daños y perjuicios.

La impugnación a la Ley N° 194/93 no contiene ninguna violación de estos presupuestos y tampoco se observa dentro del contexto general transgresión de derechos o garantías de orden constitucional. No impone traba a la introducción de productos extranjeros autorizados legalmente ni coarta la libertad a firmas extranjeras a comercializar sus productos en igualdad de condiciones dentro del territorio nacional.

CSJ. Sala Civil. 15/12/99. “Excepción de Inconstitucionalidad en el juicio: Galerías Guaraní S.A. c/ Maybelline Sales Inc. y otros s/ Indemnización de Daños y Perjuicios” (Ac. y Sent. N° 687).

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

CUESTION:

¿Es procedente la excepción de inconstitucionalidad deducida?.

A la cuestión planteada el Doctor FERNANDEZ GADEA dijo: Que el abogado Manuel Riera por la Compañía Maybelline Inc. y por la Compañía L Oreal (Paris) promueve excepción de inconstitucionalidad de la Ley 194/93 “Que aprueba con modificaciones el Decreto Ley N° 7 del 27 de marzo de 1991 por el que se establece el régimen legal de las relaciones contractuales entre fabricantes y firmas del exterior y personas físicas o jurídicas domiciliadas en el Paraguay”.

Que, el accionante aduce que la Ley N° 194/93 en el que sustenta la demanda viola las garantías constitucionales de igualdad (Arts. 46 y 47 C.N.) y de, libertad de concurrencia (Art. 107 C.N.) y los principios generales internacionales de no discriminación y de trato nacional consagrados en la Ley N° 260/93 “Que ratifica el acuerdo general sobre aranceles aduaneros y comercio”, y la Ley N° 444/93 “Que ratifica el acta final de la Ronda de Uruguay del GATT”. Agrega que la Ley 194/93 consagra desigualdades de trato entre personas nacionales y extranjeras discriminando a estas últimas en clara violación de las garantías constitucionales y principios generales internacionales. Establece una relación de dependencia casi laboral entre personas extranjeras y persona nacional donde el representante, agente o distribuidor local adquiere el privilegio de la indemnización si la parte extranjera cancela sin causa el vínculo comercial. (Art. 6).

Que, examinada la Ley N° 194/93 surge que ella regula las relaciones contractuales para la promoción, venta o colación dentro del país o de otra área determinada, de productos o servicios proveídos por fabricantes y firmas extranjeras por medio de representantes, agentes o distribuidores domiciliados en la República y se fijan las pautas de las indemnizaciones que correspondan con motivo del cese, sin expresión de causa, de las relaciones contractuales (Art. 1°). El Art. 6° de la misma Ley establece que el fabricante o firma extranjera podrá cancelar, revocar, modificar o negarse a prorrogar la representación, agencia o distribución con justa causa, sin estar obligado a pagar indemnización alguna invocando las causales que son señaladas en los incisos a) hasta el f) inclusive, previo requerimiento del fabricante o firma extranjera al representante, agente o distribuidor que solucione la causal invocada dentro del plazo, el afecto podrá ejercer inmediatamente su derecho, salvo lo previsto en el inc. b).

Que conforme se desprende de lo expuesto, la mencionada ley no da privilegios a ninguna de las partes. Las mismas se encuentran en iguales condiciones jurídicas. Desde luego que resulta justo establecer el pago de alguna indemnización cuando la firma o producto extranjero decide unilateralmente cesar la relación contractual sin causa alguna, teniendo en cuenta el perjuicio económico que puede ocasionar a la firma nacional que ha promocionado y vendido el producto representado, atendiendo a la erogación realizada cuando el producto extranjero haya sido introducido con

éxito en el mercado nacional, extremo este que está sujeto a comprobación cuando se petitiona el pago de indemnización en sede judicial.

Que, la firma o productor extranjero puede cancelar la relación comercial con la firma nacional sin responsabilidad de indemnizar en el supuesto de que proceda a invocar las causales previstas en la referida ley.

Que, cabe agregar, que esta Ley brinda protección y garantía a ambas partes al reglamentar las relaciones contractuales ya existentes, no permitiendo abusos que pudieran cometerse por alguna de las partes al término de dicha relación. Es incorrecto sostener que existe una dependencia cuasi laboral de la firma extranjera en relación a la nacional, en razón de que la relación que vincula a ambas partes es comercial y cada una de ellas conserva su identidad sin ningún privilegio. Por lo demás, estimo que las partes deben ceñirse estrictamente al convenio existente entre ellas (instrumento que no se tiene a la vista) y la Ley que regula la modalidad específica en el caso de darse el cese del vínculo, ya sea con causa o sin causa.

Que, en cuanto a la transgresión del Art. 107 C.N. y los principios generales internacionales de no discriminación y de trato nacional consagrados en la Ley N° 260/93 y la Ley 444/94 es menester puntualizar que tampoco se visualiza alguna violación del principio constitucional de la libre concurrencia, ni existe trato discriminatorio en materia de comercio internacional o en las relaciones comerciales internacionales. La impugnación Ley 194/93 no contiene ninguna violación de estos presupuestos y tampoco se observa dentro del contexto general transgresión de derechos o garantías de orden constitucional. No impone traba a la introducción de productos extranjeros autorizados legalmente ni coarta la libertad a firmas extranjeras a comercializar sus productos en igualdad de condiciones dentro del territorio nacional.

Que, en atención a los fundamentos expuestos y el dictamen del Sr. Fiscal General del Estado la excepción de inconstitucionalidad no puede prosperar. Por consiguiente, corresponde rechazar la defensa interpuesta por improcedente, con aplicación de costas a la parte vencida. Es mi voto.

A su turno los Doctores SAPENA BRUGADA y LEZCANO CLAUDE, manifestaron que se adhieren al voto del Ministro preopinante, Doctor FERNANDEZ GADEA, por los mismos fundamentos.

JURISPRUDENCIA

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

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

RESUELVE:

RECHAZAR la excepción de inconstitucionalidad intentada.

IMPONER costas a la perdedora.

ANOTAR, registrar y notificar.

Ministros: Luis Lezcano Claude, Carlos Fernández Gadea, Raúl Sa-pena Brugada.

Ante mí: Alfredo Benítez Fantilli, Actuario Judicial.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 827

Cuestión debatida: *En el presente fallo se analiza la Excepción de Inconstitucionalidad planteada contra los Artículos 1, 4, 5, 6, 7 y 8 de la Ley N° 194/93, fundado en que los artículos impugnados evidencian la injusta y arbitraria discriminación a la que están sujetos los fabricantes y firmas extranjeras ya que establecen obligaciones, presunciones y sanciones única y exclusivamente en contra de los fabricantes y firmas extranjeras, no así a las personas domiciliadas en el país.*

LEY N° 194/93. JURISDICCIÓN. Ley aplicable.

Que, por otra parte a mi modo de ver no existe violación de los Arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional. La interpretación del excepcionante es errónea y no se compadece con el texto completo de la ley el cual debe interpretarse en su conjunto. No es verdad que exista una violación a la jurisdicción cuando el Art. 10° de la Ley N° 194/93 establece la obligatoriedad de la competencia de los Tribunales Ordinarios de la ciudad de Asunción. Esta norma constituye una garantía para las partes a fin de que la cuestión que se suscitare se pueda discutir en el lugar de la ejecución del contrato. Nada más lógico y justo. Los interesados tendrán oportunidad de constatar su cumplimiento o no en el lugar de los hechos.

LEY N° 194/93. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la igualdad.

Que, finalmente cabe destacar que esta ley no responde a un proteccionismo exagerado del Estado, sino más bien a una seguridad y equilibrio jurídico teniendo en cuenta que una de las partes (empresa extranjera) está en mejores condiciones económicas que su representante local y esta se encuentra en una especie de desigualdad ya sea por falta de capacitación técnica, recursos económicos y personal calificado. Es por ello que el Estado al promulgar esta ley interviene en esta relación señalando reglas precisas a las cuales deben ajustarse las partes especialmente cuando la empresa extranjera decide unilateralmente dar término a esta relación, sin causa. Es en esta situación que se produce perjuicios económicos a la representante nacional, compensando de algún modo este perjuicio con el pago de indemnizaciones. Como se tiene dicho, existen causales que son perjuicios económicos a la representante nacional, compensando de algún modo este perjuicio con el pago de indemnizaciones. Como se tiene dicho, existen causales que son justificativos eximentes de la obligación de indemnizar por las cuales la empresa extranjera puede exonerarse de esta responsabilidad. Las causales se encuentran previstas en la propia ley (V. Art. 6°).

CSJ. Sala Constitucional. 12/11/01. “Excepción de Inconstitucionalidad en el juicio: Electra Amambay S.R.L. c/ Compañía Antártica Paulista Ind. Brasileira de bebidas e conexos s/ Medida Cautelar” (Ac. y Sent. N° 827).

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

CUESTIÓN:

¿Es procedente la excepción de inconstitucionalidad promovida?

A la cuestión planteada, el Doctor FERNÁNDEZ GADEA dijo: Que, la Abogada Brigitte Urbietta de Clerck en representación de Compañía Antártica Paulista Ind. Brasileira De Bebidas E Conexoz promueve excepción de inconstitucionalidad de los Arts. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 12 de la Ley N° 194/93 en los que funda su demanda la parte actora.

Que, la Ley 194/93 aprueba con modificaciones el Decreto Ley N° 7 del 27 de marzo de 1991 por el que se establece el régimen legal de las relaciones contractuales entre fabricantes y firmas del exterior y personas físicas o jurídicas domiciliadas en el Paraguay.

Que, la excepcionante sostiene que los artículos 1, 4, 5, 6, 7 y 8 impugnados evidencia la injusta y arbitraria discriminación a la que están sujetos los fabricantes y firmas extranjeras. Establecen obligaciones, presunciones y sanciones única y exclusivamente en contra de los fabricantes y firmas extranjeras, no así a las personas domiciliadas en el país. Esta desigualdad viola los Arts. 46 y 47 inc. 2) de la Constitución Nacional. Asimismo afecta a las personas físicas y jurídicas domiciliadas en el país que contratan entre sí. Esta relación contractual no se halla regida por la Ley 194/93, sino por las disposiciones del Código Civil.

Que, analizadas las disposiciones legales cuestionadas no se infiere de las mismas, discriminación entre las firmas extranjeras y las personas que se encuentran domiciliadas en el país. Las partes contratantes pueden pactar libremente su relacionamiento contractual el cual debe ajustarse al Código Civil que rige la materia. Esta Ley, 194/93, de carácter especial regula las relaciones entre fabricantes y firmas extranjeras y sus representantes, agentes o distribuidores de sus productos, domiciliados en el país. Y en el caso del cese de estas relaciones sin expresión de causa señala como debe calcularse el monto de las indemnizaciones. Es de uso corriente que la firma extranjera que contrata los servicios de personas físicas o jurídicas domiciliadas en el Paraguay marca las pautas de dicho relacionamiento, estableciendo los derechos y obligaciones de ambas partes. Con la promulgación de esta ley se sitúa en un mismo plano de igualdad a las partes, estableciendo las indemnizaciones que deberá ser abonada por la firma extranjera en caso de ruptura del vínculo contractual sin causa justificada. La firma o persona que se encuentra en el país, para la promoción, ventas o colocación dentro de la república de productos o servicios proveídos por la firma extranjera necesariamente tuvo que hacer gastos en inversiones para que el referido producto tenga aceptación en el mercado local. Sin embargo, es menester puntualizar que si existiere justa causa la firma o proveedor extranjero dispone de los medios idóneos pertinentes para solicitar la exoneración de la responsabilidad de indemnizar.

Que, el Art. 2° de la citada ley dice excepcionalmente al definir los distintos tipos de relaciones contractuales sobrepasa abusivamente la intención, voluntad e interés de los fabricantes que sólo desean exportar sus productos sin establecer ninguna otra relación contractual que no sea la simple compra venta violando los Arts. 107 y 108 de la Constitución Nacional. El Art. 9° pretende elevar la norma a la categoría de orden público.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

En este caso no se encuentra comprometido el orden social. Los intereses comprometidos corresponden a un sector minoritario y no al interés general. Asimismo, los Art. 3° y 11° violan las disposiciones constitucionales citadas anteriormente.

Que, en relación a este punto estimo que no es lógico pensar que los fabricantes extranjeros tengan interés sólo en una simple operación de compra venta. El relacionamiento entre las partes puede ir más allá de esta operación. El mismo debe hallarse instrumentado. En cuanto al Art. 9° que pretende elevar a la referida ley a la categoría de orden público, esta se encuentra revestida de esta característica por haber sido dictada por el poder público. No está dada en defensa de interés particulares, rige para todas las personas en general.

Que, en relación a los Art. 3° y 11°, estos no violan el régimen de igualdad de oportunidades ni la libre competencia. El Art. 3° establece que los representantes ... “podrán ser exclusivos...”, dejando a la voluntad de las partes conforme al acuerdo en que llegaren y el Art. 11° al disponer la exigencia de la inscripción en el Registro Público los documentos y contratos está brindando seguridad jurídica a las partes y terceros.

Que, en cuanto a la violación de los Arts. 176, 86, 87, 109 y 181 de la Constitución Nacional se puede afirmar que la ley 194/93 no se halla dirigida a frenar todo deseo de fabricantes o firmas extranjeras de otorgar representación. Al contrario está protegiendo este relacionamiento estableciendo reglas claras al respecto desde el punto de vista legal. Con ello ninguna de las partes tendrá oportunidad de alegar cuestiones no previstas o darle una interpretación interesada protegiendo sus intereses. A esta normativa legal deben ajustarse ambas partes. Tampoco es verdad que impida la creación de fuentes de trabajo, seguridad y protección. A contrario sensu las favorece y las amplía.

Que, la afirmación de que la formula para establecer el monto de indemnización cuando se produce el cese de esta relación sin causa justificada tenga carácter confiscatorio y viola la propiedad privada es incorrecta. El monto que se llegare a establecer puede ser cuestionada si las bases que se tomaron como referencia no se ajustan a la verdad. Ella está sujeta a control de las partes.

Que, por otra parte a mi modo de ver no existe violación de los Arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional. La interpretación del excepcionante es errónea y no se compadece con el texto completo de la ley el cual debe

interpretarse en su conjunto. No es verdad que exista una violación a la jurisdicción cuando el Art. 10° de la ley 194/93 establece la obligatoriedad de la competencia de los Tribunales Ordinarios de la ciudad de Asunción. Esta norma constituye una garantía para las partes a fin de que la cuestión que se suscitare se pueda discutir en el lugar de la ejecución del contrato. Nada más lógico y justo. Los interesados tendrán oportunidad de constatar su cumplimiento o no en el lugar de los hechos.

Que, finalmente cabe destacar que esta ley no responde a un proteccionismo exagerado del Estado, sino más bien a una seguridad y equilibrio jurídico teniendo en cuenta que una de las partes (empresa extranjera) está en mejores condiciones económicas que su representante local y esta se encuentra en una especie de desigualdad ya sea por falta de capacitación técnica, recursos económicos y personal calificado. Es por ello que el Estado al promulgar esta ley interviene en esta relación señalando reglas precisas a las cuales deben ajustarse las partes especialmente cuando la empresa extranjera decide unilateralmente dar término a esta relación, sin causa. Es en esta situación que se produce perjuicios económicos a la representante nacional, compensando de algún modo este perjuicio con el pago de indemnizaciones. Como se tiene dicho, existen causales que son perjuicios económicos a la representante nacional, compensando de algún modo este perjuicio con el pago de indemnizaciones. Como se tiene dicho, existen causales que son justificativos eximentes de la obligación de indemnizar por las cuales la empresa extranjera puede exonerarse de esta responsabilidad. Las causales se encuentran previstas en la propia ley (V. Art. 6°).

Que, por los fundamentos expuestos y no existiendo transgresión de normas constitucionales establecidas en nuestra Ley Fundamental, la excepción articulada no puede prosperar. En consecuencia debe ser rechazada por improcedente, con imposición de costas a la parte vencida. ES MI VOTO.

A su turno, los Doctores LEZCANO CLAUDE y SAPENA BRUGADA, manifestaron que se adhieren al voto del Ministro preopinante, Doctor FERNÁNDEZ GADEA, por los 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 sigue:

VISTO: Los méritos del Acuerdo que antecede, la
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA CONSTITUCIONAL

RESUELVE:

RECHAZAR la excepción de inconstitucionalidad promovida en autos por improcedente.

COSTAS a la parte vencida.

ANOTAR, REGISTRAR Y NOTIFICAR.

Ministros: Dr. Carlos Fernández Gadea, Dr. Luis Lezcano Claude, Dr. Raúl Sapena Brugada.

Abog. Héctor Fabián Escobar Díaz, Secretario Judicial.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 285

***Cuestión debatida:** El objeto de estudio se circunscribirá a determinar si existe conculcación a las garantías constitucionales de defensa en juicio y debido proceso, así como a verificar la existencia o no de la aludida arbitrariedad, en lo referente a la aplicación o no de la Cláusula Arbitral.*

LEY N° 194/93. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.

Se observa en consecuencia, la trasgresión al principio de congruencia, que en Alzada se circunscribe a la observancia de dos estados o etapas procedimentales: a) la que resulta de la relación procesal y b) la contenida en el escrito de fundamentación de los agravios vertidos. Este principio se encuentra expresamente contenido en nuestro ordenamiento positivo, cuando el Art. 420 del Código Procesal Civil establece que “El Tribunal no podrá fallar sobre cuestiones no propuestas en primera instancia, ni tampoco sobre aquello que no hubiese sido materia de recurso, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 113. Asimismo, el Art. 15 inc. d) de dicho cuerpo legal establece que es deber de los jueces el de pronunciarse necesaria y únicamente sobre lo que ha sido objeto de petición.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Garantías procesales. DEBIDO PROCESO. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.

La violación al principio de congruencia, no es sino un atentado a las garantías de defensa en juicio y debido proceso, por cuanto que, en virtud al mismo, el órgano jurisdiccional debe expedirse necesariamente sobre lo

que ha sido materia de debate. Es decir, la congruencia exige que el juzgador se expida sobre lo sustentado por ambas partes en los respectivos escritos de constitución del proceso dentro de los cuales ha quedado determinado el objeto de controversia.

LEY N° 194/93. COMPETENCIA. Cuestión de competencia. SENTENCIA. SENTENCIA ARBITRARIA.

De la interpretación de dichos artículos surge que: a) las partes pueden reglar libremente sus derechos mediante contratos, conforme a las disposiciones del Código Civil; b) los convenios a los que arriben en forma alguna pueden implicar la renuncia a derechos reconocidos por esa ley; c) las partes se someterán a la competencia de los Tribunales de la República y d) se podrá transigir toda cuestión de origen patrimonial o someterla al arbitraje antes o después de deducida la demanda en juicio ante la justicia ordinaria

En consecuencia, la conclusión del Tribunal en el sentido de que la excepción a la competencia de los Tribunales de la República lo constituye el arbitraje, no encuentra sustento normativo alguno. Deviene así en una afirmación meramente dogmática, basada en el mero parecer de los juzgadores y la sentencia dictada en consecuencia no puede sino ser calificada como arbitraria.

LEY N° 194/93. PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.

Además, cuando dicha ley expresamente consagra el principio de libertad contractual, imponiendo como límite la imposibilidad de renunciar a los derechos reconocidos por ella, está evidenciando el carácter de norma de orden público. Esta calidad priva a las partes de modificar o dejar sin efecto lo expresamente dispuesto en ella y en tal sentido, la competencia ha sido determinada a favor de los Tribunales de la República. Como ya hemos dicho, es cierto que la ley reconoce la posibilidad de que las partes puedan transigir o someter toda cuestión de origen patrimonial al arbitraje, pero ello no implica que el mismo sea realizado fuera de la jurisdicción territorial de la República.

LEY N° 194/93. PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.

Cabe mencionar que en el ámbito contractual reviste gran importancia el principio de la autonomía de la voluntad o libertad contractual ya que una de las consecuencias más importantes de este principio consiste

en el poder que la ley reconoce a las partes la facultad de reglar por sí mismas el contenido y modalidades de las obligaciones que se imponen contractualmente. Esta circunstancia se pudo observar a cabalidad en el ámbito de las relaciones internacionales, específicamente en el contrato suscripto por las firmas Kia Motors Corporation (fabricante con sede en Corea) y Gunder ICSA (distribuidor paraguayo). De más está decir que este mismo esquema, con sus exigencias, se reproduce en el ámbito nacional, en los contratos suscriptos entre las empresas distribuidoras (normalmente: Asunción) y agencias concesionarias (cualquier ciudad del interior).

LEY N° 194/93. LEY N° 948/96. CONVENCIÓN DE NUEVA YORK.

La Convención de Nueva York aprobada y ratificada por la República del Paraguay según Ley N° 948/96 (vigente a la firma del contrato), -segundo en el orden de prelación luego de la Constitución Nacional conforme al Artículo 137 C.N. determina la posibilidad de someter el conflicto a arbitraje, estableciendo lo siguiente: “1. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelta por arbitraje. 2. La expresión acuerdo por escrito denotará una cláusula compromisoria incluida de un contrato o un compromiso, firmadas por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas. 3. El Tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz e inaplicable”. De esta manera, desde el momento en que el Paraguay aprobó la Convención de Nueva York, quedaron derogadas todas las limitaciones territoriales, porque el sentido y la intencionalidad del arbitraje precisamente conceden a la elección de Tribunales Arbitrales en cualquier sede, admitiéndose de esta forma el arbitraje internacional. Así también, concordantemente la Ley N° 1978/2002 “De arbitraje y mediación”, en sus Artículos 22 y 23 concede a las partes la facultad de convenir el procedimiento y el lugar de arbitraje de la siguiente manera: “Art. 22: Con sujeción a las disposiciones de la presente ley, las partes tendrán libertad para

convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto en la presente ley y noticia a las partes, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado....” “Art. 23: Las partes podrán determinar libremente el lugar de arbitraje. En caso de no haber acuerdo al respecto, el tribunal arbitral determinará el lugar del arbitraje, atendidas las circunstancias del caso, inclusive la conveniencia de las partes.....”. De todo lo expuesto, no cabe duda que el arbitraje está previsto en nuestro ordenamiento jurídico como medio de solución de controversias y que para ésta la prórroga de competencia territorial también está permitida.

CSJ. Sala Constitucional. 25/05/06. “Acción de Inconstitucionalidad en el juicio: Gunder ICSA c/ Kia Motors Corporation s/ Indemnización de Daños y Perjuicios” (Ac. y Sent. N° 285).

¿Es procedente la acción de inconstitucionalidad deducida?.

A la cuestión planteada el Doctor FRETES dijo: El abogado José Antonio Moreno Ruffinelli, en representación de Gunder Industrial y Comercial Sociedad Anónima (Gunder I.C.S.A.), se presentó a promover acción de inconstitucionalidad contra el A.I. N° 994 de fecha 01 de diciembre de 2004 dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial Quinta Sala, en los autos mencionados.

El recurrente en el escrito de fundamentación de la acción planteada afirma que la resolución atacada por esta vía colisiona con los Arts. 3 y 202, 16, 256, 46 y 47 de la Constitución, ya que es violatoria del derecho a la defensa y debido proceso y entraña una clara denegación en el acceso a la Justicia en contra de su mandante (Arts. 17, 18, 46 y 47 C.N.), por violar el sistema de interdependencia y recíproco control entre los Poderes del Estado, al arrogarse el Tribunal funciones legislativas, derogando de hecho la ley 194/93. Asimismo alega que se trata de una sentencia que adolece de arbitrariedad en la interpretación de la ley; arbitrariedad en la motivación del fallo por motivación aparente, no apoyada en la ley sino en meras afirmaciones dogmáticas; y arbitrariedad por incongruencia, al omitir la consideración de cuestiones decisivas articuladas por su parte y el alterar el proceso lógico de razonamiento (violación del principio de logicidad).

Expresa que la solución dada por el Tribunal, en virtud de la cual se reputa como válida la cláusula arbitral contenida en el contrato de distribución suscripto por las partes, según la cual este caso debe resolverse ante un Tribunal Arbitral establecido en la República de Corea y bajo la

ley coreana –donde fija domicilio Kia Motors- provoca una clara y concreta violación del derecho a la defensa en juicio y la denegación de acceso a la justicia en perjuicio de su mandante, ya que evidentemente no tiene la mas remota posibilidad de que sus derechos sean respetados en Corea del Sur y menos aún si se aplica la ley de ese país y no la ley 194/93. Alega que dicha ley de orden público no puede ser suprimida por acuerdo de partes, citando a tal efecto doctrina y jurisprudencia internacional.

Con respecto a la conclusión del Tribunal, manifiesta que la posibilidad de un arbitraje extranjero colisiona frontalmente con la finalidad de la ley, la que si bien es cierto la admite, remite la jurisdicción a los Tribunales de la República, conforme a los Arts. 9 y 10. En lo que hace a la motivación aparente del fallo alude a que ello se verifica en los siguientes supuestos: a) la supuesta admisión del arbitraje sea nacional o extranjero: es completamente dogmática, ya que carece de argumento o explicación aunque sea somero que lo habilite a semejante conclusión, ya que es contrario al Art. 10 de la ley 194; b) la supuesta validez de la cláusula arbitral por no haberse pedido expresamente la nulidad de la misma: no encuentra sustento en norma jurídica alguna, ya que el Tribunal ha obviado la disposición del Art. 359 del Código Civil y por ello es contraria a derecho la exigencia de que Gunder haya tenido que demandar la nulidad de la cláusula arbitral, ya que la ley expresamente determina que la nulidad debe ser declarada de oficio cuando aparece manifiesta en el acto o ha sido comprobada en juicio. Asimismo dice el accionante que con ello los miembros del Tribunal han desconocido principios elementales de Derecho procesal al sostener tal afirmación puesto que el momento idóneo para invocar la nulidad, ineficacia o inaplicabilidad de la cláusula arbitral es luego de que una de las partes haya instado la remisión del litigio al arbitraje; c) caracterización de la ley 194 como de orden público interno, pero no internacional: es una mera afirmación dogmática de derecho, incapaz de sustentar un fallo judicial ya que no existe fundamento jurídico alguno para sostener que las normas de orden público interno pueden ser renunciadas por un acuerdo privado. Además el Tribunal evita referirse al Art. 9 de dicha ley que es la que confiere a la misma el carácter de norma de orden público.

En relación a la arbitrariedad por incongruencia expresa el accionante que el Tribunal se ha negado a considerar los argumentos y razones alegados oportunamente por su parte en la contestación de las excepciones de convenio arbitral e incompetencia, consistentes en la nulidad de la

cláusula arbitral, el fraude a la ley 194 y el “problema de la lex fori”. Así también manifiesta que el razonamiento utilizado no responde a un proceso lógico, ya que no se puede argumentar que “la cláusula arbitral no es nula porque es válida”. Para arribar a la conclusión de la validez se debe previamente comprobar que ella no se halla afectada por ningún vicio que la torne ineficaz, nula o inaplicable. Finalmente peticiona se declare, con costas, la nulidad del fallo impugnado con los efectos previstos en la ley (08/25).

De la vista corrídale al Ministerio Público, éste se expidió en los términos del dictamen N° 928 del 20 de mayo de 2005 (fs. 65/71).

El objeto de estudio para esta Corte se circunscribirá a determinar si existe conculcación a las garantías constitucionales de defensa en juicio y debido proceso, así como a verificar la existencia o no de la aludida arbitrariedad.

Por el A.I. N° 994 del 01 de diciembre de 2004, objeto de esta acción, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Quinta Sala resolvió: “Confirmar el primer punto de la resolución por el cual se declara incompetente; Revocar el segundo punto de la resolución por la que declara la nulidad parcial de la cláusula treinta y tres del contrato que dispone la utilización de la ley del Estado de Corea, por las razones y alcances señalados mas arriba; Imponer las costas a la parte demandante”. (fs. 199/200). El Tribunal consideró que la declaración de incompetencia se hallaba ajustada a la ley 194 ya que la regla general de someter a la competencia territorial de los tribunales de la República encontraba como excepción la posibilidad de transigir el arbitraje (sea nacional o extranjero). La resolución del Juzgado de Primera Instancia, A.I. N° 926 del 17 de mayo de 2004, había resuelto: “Hacer lugar a la excepción de convenio arbitral articulada por la parte demandada y, en consecuencia: declarar que este Juzgado no es competente para entender en el caso; Declarar la nulidad parcial de la cláusula treinta y tres del contrato, en la parte que dispone la utilización exclusiva de la ley coreana, debiendo aplicarse en todo lo pertinente la ley 194/91; Imponer las costas a la parte actora” (fs. 143/146 de los autos principales).

De las constancias de autos surge que la firma Gunder Industrial y Comercial S.A., demandó a la firma Kia Motors Corporation por indemnización de daños y perjuicios, habiendo la parte demandada opuesto las excepciones de convenio arbitral e incompetencia. La actora al contestar

las excepciones sostuvo que la cláusula arbitral inserta en el contrato era inválida (nula), ineficaz e inaplicable, ya que conforme al Art. 9 de la ley 194/93 no está permitido el sometimiento de las partes a la ley extranjera (fs. 131/136). Vemos así que en dichos términos quedó trabada la litis: por una parte el excepcionante sostuvo la validez de la cláusula del contrato suscripto entre las partes, que remitía al arbitraje cualquier cuestión controvertida que surgiera entre ellas; y por la otra la actora alegó la nulidad de dicha cláusula.

Del examen de la resolución impugnada se constata que el Tribunal alegó que "... habiéndose pactado en el contrato de distribución (fojas 6 al 59 de autos) que las partes recurrirían al arbitraje como medio de solución del conflicto derivados de dicho contrato, el demandante debió pedir la nulidad de dicha cláusula al promover la demanda y no resulta suficiente alegar por la misma parte, que la cláusula que establece el arbitraje "es nula, de nulidad insanable y sin efecto jurídico alguno"... La sola alegación de la nulidad sin pedirla expresamente hace que dicha cláusula quede subsistente y con pleno efecto, pues la declaración unilateral de la nulidad no integra la litis y el arbitraje comprometido surte pleno efecto...".

Se observa en consecuencia, la trasgresión al principio de congruencia, que en *Alzada* se circunscribe a la observancia de dos estados o etapas procedimentales: a) la que resulta de la relación procesal y b) la contenida en el escrito de fundamentación de los agravios vertidos. Este principio se encuentra expresamente contenido en nuestro ordenamiento positivo, cuando el Art. 420 del Código Procesal Civil establece que "El Tribunal no podrá fallar sobre cuestiones no propuestas en primera instancia, ni tampoco sobre aquello que no hubiese sido materia de recurso, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 113..." Asimismo, el Art. 15 inc. d) de dicho cuerpo legal establece que es deber de los jueces el de pronunciarse necesaria y únicamente sobre lo que ha sido objeto de petición.

La violación al principio de congruencia, no es sino un atentado a las garantías de defensa en juicio y debido proceso, por cuanto que, en virtud al mismo, el órgano jurisdiccional debe expedirse necesariamente sobre lo que ha sido materia de debate. Es decir, la congruencia exige que el juzgador se expida sobre lo sustentado por ambas partes en los respectivos escritos de constitución del proceso dentro de los cuales ha quedado determinado el objeto de controversia.

Conforme a nuestra legislación vigente, siempre que exista un acuerdo de arbitraje, cualquiera de las partes puede petitionar su remisión, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable (Art. 11 ley 1879/02 “De arbitraje y mediación” y Art. II, numeral 3 de la ley 948/96 “Que aprueba el convenio sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras”). Es por ello que la omisión del Tribunal en cuanto al pronunciamiento de la nulidad o no de la cláusula arbitral, articulada oportunamente, constituye violación a dicho principio.

Asimismo el Tribunal alegó que la incompetencia declarada por el Juzgado de primera instancia se ajustaba a la normativa de la ley 194/93 la que si bien establece como regla general que la competencia recae sobre los Tribunales de la República “.. a renglón seguido establece la excepción a esta regla, cual es transigir el arbitraje (sea nacional o extranjero) como medio alternativo de solución a la justicia ordinaria..”. Con respecto a tal afirmación es importante recordar lo dispuesto en los Arts. 9 y 10 de la Ley 194/93. El primero de ellos dispone: “Las partes pueden reglar libremente sus derechos mediante contratos, sujetos a las disposiciones del Código Civil, pero sin que en forma alguna puedan renunciar a derechos reconocidos por la presente Ley” y el Art. 10 establece: “Las partes se someterán a la competencia territorial de los Tribunales de la República. Podrán transigir toda cuestión de origen patrimonial o someterla al arbitraje antes o después de deducida la demanda en juicio ante la justicia ordinaria, cualquiera sea el estado de ésta, siempre que no hubiese recaído sentencia definitiva y ejecutoriada”.

De la interpretación de dichos artículos surge que: a) las partes pueden reglar libremente sus derechos mediante contratos, conforme a las disposiciones del Código Civil; b) los convenios a los que arriben en forma alguna pueden implicar la renuncia a derechos reconocidos por esa ley; c) las partes se someterán a la competencia de los tribunales de la República y d) se podrá transigir toda cuestión de origen patrimonial o someterla al arbitraje antes o después de deducida la demanda en juicio ante la justicia ordinaria.

En consecuencia, la conclusión del Tribunal en el sentido de que la excepción a la competencia de los Tribunales de la República lo constituye el arbitraje, no encuentra sustento normativo alguno. Deviene así en una afirmación meramente dogmática, basada en el mero parecer de los juzga-

dores y la sentencia dictada en consecuencia no puede sino ser calificada como arbitraria.

Además, cuando dicha ley expresamente consagra el principio de libertad contractual, imponiendo como límite la imposibilidad de renunciar a los derechos reconocidos por ella, esta evidenciando el carácter de norma de orden público. Esta calidad priva a las partes de modificar o dejar sin efecto lo expresamente dispuesto en ella y en tal sentido, la competencia ha sido determinada a favor de los Tribunales de la República. Como ya hemos dicho, es cierto que la ley reconoce la posibilidad de que las partes puedan transigir o someter toda cuestión de origen patrimonial al arbitraje, pero ello no implica que el mismo sea realizado fuera de la jurisdicción territorial de la República.

Cabe mencionar igualmente que esta Corte en el Acuerdo y Sentencia N° 827 del 12 de noviembre de 2001 con respecto a la ley 194/93 ha sostenido: "... No es verdad que exista una violación a la jurisdicción cuando el Art. 10 de la ley 194/93 establece la obligatoriedad de la competencia de los Tribunales Ordinarios de la ciudad de Asunción. Esta norma constituye una garantía para las partes a fin de que la cuestión que se suscitare se pueda discutir en el lugar de la ejecución del contrato. Nada más lógico y justo....el Estado al promulgar esta ley interviene en esta relación señalando reglas precisas a las cuales deben ajustarse las partes...".

Por los fundamentos expuestos, voto por la acogida con costas de la acción promovida y en consecuencia, declarar la nulidad del A.I. N° 994 de fecha 01 de diciembre de 2004 dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial Quinta Sala, con el alcance previsto en el Art. 560 del Código Procesal Civil. Es mi voto.

A su turno el Doctor ALTAMIRANO AQUINO dijo: Se presenta ante esta Corte el abogado José Antonio Moreno Ruffinelli en nombre y representación de la firma Gunder Industrial y Comercial Sociedad Anónima (Gunder ICSA), e impugna por vía de la inconstitucionalidad el A.I. N°. 994 de fecha 01 de diciembre de 2.004, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Quinta Sala, Capital.

1. El Auto Interlocutorio N° 994 de fecha 01 de diciembre de 2.004, resolvió: "CONFIRMAR el primer punto de la resolución por el cual se declara incompetente. REVOCAR, el segundo punto de la resolución por la que declara la nulidad parcial de la cláusula treinta y tres del contrato que

dispone la utilización de la Ley del Estado de Corea, por las razones y alcances señalados más arriba”.- Por A.I. N° 926 de fecha 17 de mayo de 2.004, el A-quo resolvió hacer lugar a la excepción de convenio arbitral articulada por la parte demandada y, en consecuencia declara que el Juzgado no es competente para entender en el caso. En un segundo punto, declara la nulidad parcial de la cláusula treinta y tres (33) del Contrato de Distribución celebrado entre las firmas Kia Motors Corporation y Gunder Industrial y Comercial Sociedad Anónima, en la parte que dispone la utilización exclusiva de la ley coreana, debiendo aplicarse en todo lo pertinente la Ley 194/93. Recurrida la resolución, el Tribunal de Apelación confirmó el primer punto y revocó el segundo punto de la resolución del inferior.

2. Como fundamento de esta acción de inconstitucionalidad el accionante aduce que la resolución en cuestión resiente de notoria arbitrariedad e infringe principios constitucionales consagrados en los artículos 3 “Del Poder Público”, 202 “De los Deberes y de las Atribuciones”, 16 “De la defensa en juicio”, 256 “De la forma de los juicios”, 46 “De la igualdad de las personas” y 47 “De las garantías de la igualdad” de nuestra Carta Magna.

3. Del análisis de las constancias de autos, y sin convertir a esta Corte en una tercera instancia que analiza cuestiones debatidas en instancias inferiores, es necesario hacer un análisis de las circunstancias que rodean el caso sometido a estudio. En los autos principales, la firma Gunder Industrial y Comercial Sociedad Anónima (Gunder ICESA) había planteado demanda de indemnización de daños y perjuicios en contra de la firma Kia Motors Corporation de Corea, alegando que esta última había determinado la resolución unilateral e injustificada del contrato de representación que ligaba a las partes por más de 20 años. Por su parte, en el momento procesal oportuno, la firma Kia Motors Corporation representada por el abogado Carlos Benítez Balmelli, interpone las excepciones previas de Compromiso Arbitral e Incompetencia de Jurisdicción, basado en lo establecido en la Cláusula 33 del Contrato de Distribución celebrado entre las partes, haciendo el A-quo lugar a dicha Excepción; resolvió que el convenio arbitral es válido; que la ley aplicable es la ley paraguaya, Ley 194/93 que establece el régimen legal de las relaciones contractuales entre fabricantes y firmas de representación, agentes y distribuidores y que el arbitraje debe hacerse en Corea, como lo dice el contrato. Interpuesto el Recurso de Apelación, el Tribunal resolvió conforme al A.I. N° 994 de fe-

cha 01 de noviembre de 2.004, hoy objeto de la presente acción de inconstitucionalidad en la que se resolvió confirmar el primer punto (referente a la excepción planteada por la firma demandada y a la declaración de incompetencia) y revocar el segundo punto (referente a la declaración de nulidad de la cláusula 33 del contrato de distribución) fundamentando la resolución con relación a este último punto que: “El segundo punto de la sentencia debe ser revocada, porque si el Juzgado se declaró incompetente no puede pronunciarse válidamente sobre ninguna de las otras cuestiones planteadas...”.

4. Por otro lado, del examen de la resolución impugnada se constata que el Ad-quem fundamenta su resolución, alegando: “...habiéndose pactado en el contrato de distribución que las partes recurrirían al arbitraje como medio de solución de conflicto derivado de dicho contrato, el demandante debió pedir la nulidad de dicha cláusula al promover la demanda y no resulta suficiente alegar por la misma parte, que la cláusula que establece el arbitraje “es nula, de nulidad insanable y sin efecto jurídico alguno” ... “La sola alegación de la nulidad sin pedirla expresamente hace que dicha cláusula quede subsistente y con pleno efecto, pues la declaración unilateral de la nulidad no integra la litis y el arbitraje comprometido surte pleno efecto. La nulidad de dicha cláusula al no ser solicitada en forma expresa no integra la litis, y por tanto quedó subsistente la cláusula 33 donde se pactó el arbitraje...”. Sobre el punto, comparto la opinión del Ad-quem y estoy convencido de que si las partes han pactado en su momento el Arbitraje, como medio de solución de controversias, el acuerdo es válido y plenamente eficaz como ocurre en el caso en discusión, en el que las partes han estipulado en el Contrato de Distribución al que han arribado, en la Cláusula 33, lo siguiente: “Todas las disputas, controversias, reclamos o diferencias que puedan surgir entre las partes, en relación o conexión con este Acuerdo o por la violación del presente, que no puedan ser resueltos mediante la cooperación y negociación amistosa serán finalmente resueltos por arbitraje en Seúl, Corea, de conformidad con las Reglamentaciones y Procedimientos de la Cámara de Comercio Internacional. El laudo emitido por el (los) árbitro (s) será definitivo y obligatorio para las partes involucradas. La validez, el desempeño, la interpretación y el efecto de este Acuerdo serán regidos por las leyes substantivas de la República de Corea sin recurso a principios de conflictos de leyes”. Por tanto, sería definitivamente inaceptable que quien forma parte de un con-

trato, quien fue partícipe de la intención formulada en el contrato, hoy lo objete y lo impugne con el argumento que se le priva el acceso a la justicia y que el convenio arbitral es nulo e inaplicable por violar las disposiciones de la Ley 194/93, específicamente los artículos 9 y 10, debido a que las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma y deben ser cumplidas por sobre todas las cosas de buena fe. Es decir, al existir una cláusula compromisorio libremente pactada y válida, toda argumentación de nulidad sería inadmisiblesalvo caso que existan cláusulas que sean manifiestamente leoninas o afectadas de nulidad manifiesta (sin discernimiento, intención, libertad –art. 277 y sptes C.C.), aspectos no denunciados ni judicialmente cuestionados en estos autos; resulta, por el contrario, manifiesto que Gunder ICSA acordó el arbitraje expresamente con el contrato “.....la violación del presente, que no pueden ser resueltos mediante la cooperación y negociación amistosa serán finalmente resueltos por arbitraje en Seúl, Corea...”. Es decir, la jurisdicción arbitral surge del acuerdo y pleno consentimiento al que la misma prestó en su momento, es así que de ninguna manera podría alegarse la nulidad del arbitraje, cuando el demandante no pidió la nulidad de dicha cláusula al promover la demanda, ni lo ha objetado durante largos años de vigencia del contrato, por el hecho de objetarlo ahora que Kia Motors Corporation, ha determinado la resolución del contrato.

5. Cabe mencionar que en el ámbito contractual reviste gran importancia el principio de la autonomía de la voluntad o libertad contractual ya que una de las consecuencias más importantes de este principio consiste en el poder que la ley reconoce a las partes la facultad de reglar por sí mismas el contenido y modalidades de las obligaciones que se imponen contractualmente. Esta circunstancia se pudo observar a cabalidad en el ámbito de las relaciones internacionales, específicamente en el contrato suscripto por las firmas Kia Motors Corporation (fabricante con sede en Corea) y Gunder ICSA (distribuidor paraguayo). De más está decir que este mismo esquema, con sus exigencias, se reproduce en el ámbito nacional, en los contratos suscriptos entre las empresas distribuidoras (normalmente: Asunción) y agencias concesionarias (cualquier ciudad del interior).

6. La Convención de Nueva York aprobada y ratificada por la República del Paraguay según Ley N° 948/96 (vigente a la firma del contrato), -

segundo en el orden de prelación luego de la Constitución Nacional conforme al artículo 137 C.N.- determina la posibilidad de someter el conflicto a arbitraje, estableciendo lo siguiente: “1. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelta por arbitraje. 2. La expresión acuerdo por escrito denotará una cláusula compromisoria incluida de un contrato o un compromiso, firmadas por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas. 3. El Tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz e inaplicable”. De esta manera, desde el momento en que el Paraguay aprobó la Convención de Nueva York, quedaron derogadas todas las limitaciones territoriales, porque el sentido y la intencionalidad del arbitraje precisamente conceden a la elección de Tribunales Arbitrales en cualquier sede, admitiéndose de esta forma el arbitraje internacional. Así también, concordantemente la Ley 1978/2002 “De arbitraje y mediación”, en sus artículos 22 y 23 concede a las partes la facultad de convenir el procedimiento y el lugar de arbitraje de la siguiente manera: “Art. 22: Con sujeción a las disposiciones de la presente ley, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto en la presente ley y noticia a las partes, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado.....” “Art. 23: Las partes podrán determinar libremente el lugar de arbitraje. En caso de no haber acuerdo al respecto, el tribunal arbitral determinará el lugar del arbitraje, atendidas las circunstancias del caso, inclusive la conveniencia de las partes.....”. De todo lo expuesto, no cabe duda que el arbitraje está previsto en nuestro ordenamiento jurídico como medio de solución de controversias y que para ésta la prórroga de competencia territorial también está permitida.

7. De esta manera, no existe argumento que autorice decretar la resolución como inconstitucional, pues ésta tiene razonabilidad y no carece de fundamento normativo. En efecto, considero que todos los elementos han sido apreciados conforme lo presupone una racional administración de

justicia. Tampoco se configura la arbitrariedad manifestada por la accionante, pues “arbitrariedad” es la determinación caprichosa y sin reconocer parámetros de la voluntad de la autoridad, no permitida por el ordenamiento jurídico siempre que carezca de la suficiente motivación que permita suponer un injusto proceder, lo que no ocurre en autos, pues el accionante manifiesta únicamente su disconformidad con la apreciación de los órganos jurisdiccionales.

8. En estas circunstancias no puede hacerse lugar a una declaración de inconstitucionalidad, cuando que la valoración se ha hecho conforme la ley. El hecho de que el accionante no concuerde con el sentido del fallo que realiza el tribunal de alzada, no autoriza la apertura de un nuevo debate, ni puede tacharse de arbitraria la decisión respectiva desde que ha sido sancionada por magistrados en el marco de las facultades que la ley asigna.

9. Considero que en el presente caso, la cuestión ha sido debidamente debatida culminando con el dictamienento del A.I. N° 994 de fecha 01 de diciembre de 2.004, hallándose el mismo ajustado a derecho.

10. En conclusión, y por las razones expuestas, en concordancia con el Dictamen Fiscal N° 928 de fecha 20 de mayo de 2.005, considero que la presente acción debe ser rechazada, Voto pues en ese sentido.

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

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

VISTO: Los Méritos del Acuerdo que anteceden, la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sala Constitucional

R E S U E L V E:

HACER LUGAR, con costas, a la acción de inconstitucionalidad promovida por la firma Gunder Industrial y Comercial S.A., y en consecuencia, declarar la nulidad del A.I. N° 994 de fecha 01 de diciembre de 2004 dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial Quinta Sala y remitir los autos al Tribunal que sigue en orden de turno, conforme a lo expuesto en el considerando de esta resolución.

ANOTAR, registrar y notificar.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Ministros: Dr. Antonio Fretes, Dr. José Altamirano, Dr. Víctor Núñez.

Ante mí: Abog. Héctor Fabián Escobar, Secretario.

Acuerdo y Sentencia N° 1332

Cuestión debatida: *El presente fallo que se analiza una demanda de nulidad de cláusulas contractuales e indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad contractual, concretamente, por cancelación unilateral e infundada de un contrato de agencia comercial entre dos firmas domiciliadas en países distintos: por un lado, la demandante es la firma CHEMICORP S.A. y por el otro, la demandada es la firma SOLVAY QUÍMICA S.A.*

SENTENCIA ARBITRARIA. Sentencias. Sentencias que deciden *ultra petita*.

Constituye este el típico caso de una sentencia arbitraria, en el cual el juzgador no da una razón valedera para concluir como lo hizo, y aún más, prescindiendo de las constancias de autos para la solución del caso.

Con respecto a la crítica de que la resolución es autocontradictoria, se observa que el interlocutorio, a más de incurrir en esa deficiencia, se aboca al estudio de una cuestión de fondo, cual es la nulidad o no de la cláusula 22 del contrato, incurriendo así en un típico caso de sentencia *ultra petita*, ya que debió, como se dijo, tratarse al momento de dictarse sentencia, oportunidad en la que se estudiará la viabilidad o no de la nulidad de las cláusulas contractuales.

Podemos concluir, por tanto, que la resolución impugnada es violatoria del deber de fundar las resoluciones judiciales en la Constitución y la ley, conforme lo consagra el Artículo 256 de la Carta Magna, por lo que hace necesaria la procedencia de la acción, ya que es el medio otorgado por la Constitución a la Corte Suprema de Justicia para mantener la vigencia del Estado de Derecho.

COMPETENCIA. Cuestión de competencia. Declaración de competencia.

Abordando la temática sometida a estudio, es sabido que la cuestión de competencia puede ser planteada por vía de la inhibitoria o de la declinatoria, y en esta última hipótesis supone la articulación de la excepción previa de incompetencia (Arts. 9, 1era. parte y 224 inc. a) del Código de Rito). Esta defensa está destinada a evitar ab initio un proceso nulo, por lo que toda demanda debe ser incoada y tramitada por juez competente; es por ello que en nuestro diseño procedimental la misma integra el catálogo de excepciones admisibles como artículo de previo y especial pronunciamiento.

COMPETENCIA .Cuestión de competencia.

En esta especial coyuntura, resulta que para resolver la cuestión de la competencia del Tribunal, si correspondería a los tribunales paraguayos o a los de Argentina entender en esta contienda, se hacía necesario entrar a tallar sobre la cuestión de fondo, sobre la pretensión de nulidad; vale decir, que no podía el juzgado resolver sobre su competencia sin antes decidir acerca de la validez o no de la cláusula impugnada, que hacía al objeto mismo de la pretensión y que por lo tanto, debía necesariamente ser materia de estudio y decisión al momento de la sentencia de mérito.

CSJ. Sala Constitucional. 17/10/13. “Chemicorp S.A. c/ Solvay Química S.A. s/ Indemnización de Daños y Perjuicios por Responsabilidad Contractual”. (Ac. y Sent. 1332).

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

C U E S T I O N:

¿Es procedente la acción de inconstitucionalidad deducida?

A la cuestión planteada el Doctor FRETES dijo: El Abogado Sebastián Irún Croskey, en nombre y representación de la firma Chemicorp S.A. promovió acción de inconstitucionalidad contra el A.I. N° 698 del 27 de agosto de 2012, y su aclaratoria A.I. N° 817 del 17 de setiembre del mismo año, dictados por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Segunda Sala de la Capital, en los autos mencionados más arriba.

Por el primero de los interlocutorios citados el Tribunal hizo lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y en consecuencia, revocó el A.I. N° 1873 de fecha 24 de noviembre de 2010 dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, Cuarto Turno, e

hizo lugar a la excepción de incompetencia opuesta por la parte demandada. Impuso las costas a la parte actora en ambas instancias y rechazó el pedido de declarar litigante de mala fe a la parte actora y demandada. Por el segundo, el Tribunal no hizo lugar al recurso de aclaratoria formulado por el Abog. Sebastián Irún Croskey.

Cabe recordar que el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Cuarto Turno de la Capital, resolvió: “Desestimar la excepción de incompetencia de jurisdicción opuesta por la firma accionada Solvay Química S.A., por los fundamentos expuestos en el considerando de esta resolución. Imponer las costas en el orden causado. Disponer la reiniciación del plazo interrumpido, como consecuencia de la oposición de la aludida excepción, una vez firme esta resolución. Notificar por cédula, salvo que las partes consientan hacerlo personalmente”.

El recurrente impugna las resoluciones dictadas, tachándolas de arbitrarias. Afirma que las mismas son violatorias del derecho a la defensa en juicio, art. 16, a la igualdad en el acceso a la justicia, art. 47, a la obligatoriedad de fundar las sentencias en la Constitución y en la Ley. Argumenta que el fallo atacado es arbitrario por falta de derivación razonada del derecho vigente, por fundamentación aparente e inhábil, además de caer en autocontradicción, al señalar que en este tipo de contrato (agencia, distribución y representación “esa relación es de carácter vertical, donde una de las empresas generalmente aquella productora del bien, impone sus condiciones a la otra”), pero finalmente acepta la defensa opuesta.

Analizadas las constancias de autos de los autos principal, traídos a la vista de esta Corte, especialmente el interlocutorio dictado por el Tribunal de Apelación, surge claramente que se apartó de las constancias de los autos. La mencionada resolución contiene una grave omisión inicial, al obviar que en el escrito inicial de demanda se reclamó la nulidad de las cláusulas 16 y 22 del contrato, siendo por tanto, tal como lo señalara la Juzgadora de la Instancia inferior, imposible juzgar la competencia o no de los Juzgados y Tribunales de la República, sino al momento de dictarse sentencia definitiva, cuando se analice la viabilidad o no de la acción de nulidad contra las referidas cláusulas contractuales.

Constituye este el típico caso de una sentencia arbitraria, en el cual el juzgador no da una razón valedera para concluir como lo hizo, y aún más, prescindiendo de las constancias de autos para la solución del caso.

Con respecto a la crítica de que la resolución es autocontradictoria, se observa que el interlocutorio, a más de incurrir en esa deficiencia, se aboca al estudio de una cuestión de fondo, cual es la nulidad o no de la cláusula 22 del contrato, incurriendo así en un típico caso de sentencia ultra petita, ya que debió, como se dijo, tratarse al momento de dictarse sentencia, oportunidad en la que se estudiará la viabilidad o no de la nulidad de las cláusulas contractuales.

Podemos concluir, por tanto, que la resolución impugnada es violatoria del deber de fundar las resoluciones judiciales en la Constitución y la ley, conforme lo consagra el artículo 256 de la Carta Magna, por lo que hace necesaria la procedencia de la acción, ya que es el medio otorgado por la Constitución a la Corte Suprema de Justicia para mantener la vigencia del Estado de Derecho.

Voto por la acogida favorable de la presente acción de inconstitucionalidad, debiendo declararse nulas las resoluciones impugnadas, el A.I. N° 698 del 27 de agosto de 2012, y su aclaratoria A.I. N° 817 del 17 de setiembre del mismo año, dictados por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Segunda Sala de la Capital. En cuanto a las costas, las mismas corresponden que se impongan a la perdidosa, de conformidad con lo dispuesto en el art. 192 del C.P.C.

A su turno el Doctor NÚÑEZ RODRÍGUEZ dijo: Me adhiero al voto del Ministro preopinante en cuanto hace lugar a la presente acción de inconstitucionalidad promovida contra el A.I. N° 698 de fecha 27 de agosto de 2012 y su aclaratoria, el A.I. N° 817 del 17 de setiembre del 2012, dictados por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Segunda Sala de esta Capital, por los mismos fundamentos, y me permito agregar cuanto sigue:

Abordando la temática sometida a estudio, es sabido que la cuestión de competencia puede ser planteada por vía de la inhibitoria o de la declinatoria, y en esta última hipótesis supone la articulación de la excepción previa de incompetencia (Arts. 9, 1era. parte y 224 inc. a) del Código de Rito). Esta defensa está destinada a evitar ab initio un proceso nulo, por lo que toda demanda debe ser incoada y tramitada por juez competente; es por ello que en nuestro diseño procedimental la misma integra el catálogo de excepciones admisibles como artículo de previo y especial pronunciamiento.

Ahora bien, en la casuística se presentó una situación muy particular, puesto que se promovió una demanda de nulidad de cláusulas contractuales e indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad contractual, específicamente, por rescisión unilateral e injustificada de un contrato de agencia comercial entre dos firmas domiciliadas en países distintos: por un lado, la demandante es la firma CHEMICORP S.A. (con domicilio en Paraguay) y por el otro, la demandada es la firma SOLVAY QUIMICA S.A. (con domicilio en Argentina), y cuyos productos –soda cáustica– serían comercializados en nuestro país. La impugnación recayó sobre las cláusulas 16 y 22 del aludido contrato, con el argumento de ser contrarias a una ley de orden público, la Ley N° 194/93 “De Agencia, Distribución y Representación”. Por la cláusula 22 se establecía como ley aplicable la ley argentina como jurisdicción competente la de los tribunales de Buenos Aires. Es decir, justamente se pretendía anular la cláusula de prórroga de jurisdicción.

En esta especial coyuntura, resulta que para resolver la cuestión de la competencia del Tribunal, si correspondería a los tribunales paraguayos o a los de Argentina entender en esta contienda, se hacía necesario entrar a tallar sobre la cuestión de fondo, sobre la pretensión de nulidad; vale decir, que no podía el juzgado resolver sobre su competencia sin antes decidir acerca de la validez o no de la cláusula impugnada, que hacía al objeto mismo de la pretensión y que por lo tanto, debía necesariamente ser materia de estudio y decisión al momento de la sentencia de mérito.

La Alzada, sin embargo, se extralimita en sus facultades decisorias como órgano revisor, al decidir contra legem como lo hizo sobre la incompetencia de los tribunales paraguayos, puesto que olvidó que en este estadio incipiente del proceso, mal podría verter un pronunciamiento atinente al fondo de la cuestión, sin estar prejuzgando ya sobre la pretensión misma en que se sustenta la demanda. En efecto, si bien no rechazó expresamente la demanda de nulidad respecto de la cláusula de prórroga de jurisdicción, tácitamente ya sentó su postura al respecto, puesto que el análisis realizado por el Tribunal versó sobre la eficacia de la citada cláusula, para arribar como corolario a la incompetencia de nuestros tribunales. En suma, el tratamiento de la cuestión de la competencia en este caso en particular, necesariamente debía quedar diferido al momento de la sentencia; puesto que de la validez o no de la cláusula resultaría a su vez la competencia o incompetencia de nuestros tribunales.

JURISPRUDENCIA

Por las razones precedentemente esbozadas, al haberse apartado el Ad Quem de la solución normativa prevista para el caso, y resuelto así de forma arbitraria, su decisión amerita ser descalificada como acto judicial; correspondiendo en consecuencia, hacer lugar a la acción de inconstitucionalidad y declarar la nulidad de los fallos impugnados, con el alcance establecido en el Art. 560 del C.P.C. Costas a la perdidosa. Es mi voto.

A su turno el Doctor BLANCO manifestó que se adhiere a los votos de los Ministros, Doctores FRETES y NÚÑEZ RODRÍGUEZ, por los mismos fundamentos.

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

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

R E S U E L V E:

HACER LUGAR a la acción de inconstitucionalidad promovida y, en consecuencia, declarar la nulidad del A.I. N° 698 del 27 de agosto de 2012, y su aclaratoria, el A.I. N° 817 del 17 de setiembre de 2012, dictados por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Segunda Sala de la Capital.

IMPONER las costas a la perdidosa.

REMITIR estos autos al Tribunal que le sigue en orden de turno para su nuevo juzgamiento, de conformidad al Art. 560 del C.P.C.

ANOTAR, registrar y notificar.

Ministros: Doctor Antonio Fretes, Presidente y Doctores Víctor Manuel Núñez Rodríguez y Sindulfo Blanco, quien integra la Sala por inhibición de la Doctora Gladys Bareiro de Módica.

Ante mí: Abg. Arnaldo Levera Gómez., Secretario Judicial

ACUERDO Y SENTENCIA N° 1256

***Cuestión debatida:** El quid de la controversia radica en la aplicabilidad o no del Artículo 8° de la Ley N° 194/93, que otorga derecho a toda empresa nacional distribuidora de productos extranjeros, de vender a la*

firma cuya representación ostentaba, el saldo de las mercaderías que quedaron en su poder.

Ahora, para determinar la procedencia del reclamo de la parte demandante, es necesario establecer si el distribuido rescindió en forma intempestiva e incausada el contrato que los vinculaba y en caso de tratarse de una rescisión con causa, si ésta fue probada en juicio.

LEY N° 194/93. CONTRATO DE REPRESENTACIÓN. Plazo. Naturaleza.

Las partes estaban facultadas a rescindir del contrato, sin expresión de causa, mediando un preaviso adecuado y sin que el ejercicio de este derecho genere responsabilidad compensatoria alguna. Esto por la aplicación de las reglas típicas de la contratación por tiempo indeterminado. En este sentido, es pertinente la siguiente cita: “La razón práctica de la indeterminación –que es intencional- de la duración de tales contratos, está en el hecho de que ninguno de los contratantes sabe anticipadamente hasta qué momento el contrato le resultará útil. De aquí, también, la posibilidad de hacer cesar su eficacia ad libitum, previo aviso, por parte de cada uno de ellos.

LEY N° 194/93. CONTRATO DE REPRESENTACIÓN. DAÑOS Y PERJUICIOS. Indemnización de daños y perjuicios. INDEMNIZACIÓN EN CONTRATO DE REPRESENTACIÓN.

Esta situación de asimetría en los derechos de las partes contratantes generó una justa reacción que concluyó con el reconocimiento de la procedencia de la reparación en los casos de terminación sin causa del vínculo contractual, primero para los casos en los cuales no hubiera mediado preaviso y luego inclusive reconociendo tal derecho al resarcimiento aun en casos en los cuales hubiera existido el preaviso.

Parte importante de la doctrina entendió que la reparación económica debía ser clasificada en dos categorías: una, la correspondiente a los daños resarcibles y denominada indemnización –en sentido restrictivo-, y compuesta por los rubros de indemnización por falta de preaviso, lucro cesante, daño emergente, reparación del valor llave y daño moral; la otra categoría recibió el nombre de daño restituible y a la reparación acordada se la denominó restitución, y se entendió que comprende los rubros de restitución por clientela y restitución por acumulación de existencias (stock).

LEY N° 194/93. CONTRATO DE REPRESENTACIÓN. DAÑOS Y PERJUICIOS. Indemnización de daños y perjuicios. INDEMNIZACIÓN EN CONTRATO DE REPRESENTACIÓN.

Esta ley no consagra la responsabilidad objetiva o de riesgo creado – que es propia de los hechos extracontractuales- sino que, por el contrario, se remite claramente al sistema de atribución subjetiva de la responsabilidad, basado en la culpa y en el dolo, pero limitando el orbe de estos conceptos a un catálogo de conductas previstas en el Art. 6°, que son las únicas que justifican la terminación de la relación contractual, así como estableciendo importantes innovaciones del orden probatorio ordinario, referidas a ciertas inversiones de la carga probatoria y al modo de cuantificar el daño, todo lo cual se encuentra en una cierta relación de equilibrio normativo dentro de la sistemática de la ley, y que pierde su significado y su valor conmutativo fuera del marco de ella.

CSJ. Sala Civil. 15/12/08. “Rafael de los Ríos S.A.C.I. c/ Myrurgia S.A. s/ Cobro del valor de existencia de mercaderías y otros” (Ac. y Sent. N° 1256).

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

C U E S T I O N E S:

Es nula la sentencia apelada?.

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

A los efectos del análisis correspondiente de las cuestiones a ser estudiadas y con el objeto de establecer un orden a la emisión de los votos, se procede al sorteo, arrojando el siguiente resultado: OSCAR MIGUEL BAJAC, JOSE RAUL TORRES Y SINDULFO BLANCO.

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA, EL MINISTRO MIGUEL OSCAR BAJAC ALBERTINI, DIJO: El recurrente no fundamentó este recurso, situación que amerita declararlo desierto, no sin antes advertir que del estudio de oficio de la sentencia en revisión no se observan vicios o defectos de índole procesal que justifiquen sancionar su nulidad en los términos de los Artículos 113 y 404 del Código Procesal Civil.

ES MI VOTO.

A SU TURNO LOS MINISTROS JOSÉ RAÚL TORRES KIRMSER Y SINDULFO BLANCO MANIFESTARON: que se adhieren al voto que antecede por sus mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL MINISTRO MIGUEL OSCAR BAJAC ALBERTINI, PROSIGUIÓ DICIENDO: Se agravia el apelante, RAFAEL DE LOS RIOS S.A.C.I., en contra del Acuerdo y Sentencia N° 174 de fecha 03 de diciembre de 2004, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala de la Capital, cuya parte dispositiva resolvió: “TENER por desistida a al recurrente del recurso de nulidad.- REVOCAR la sentencia apelada.- IMPONER las costas a la perdidosa; ANOTESE...” (Fs. 318/324).

Los fundamentos vertidos en pro del recurso (fs. 331/350), están encaminados a la revocatoria de la sentencia emanada del órgano jurisdiccional de segunda instancia, y en tal sentido, previa las disquisiciones del caso, solicitan se condenen a la demandada al pago del valor de las mercaderías existentes al momento en que la firma Myrurgia S.A. rescindió el contrato con la demandante (Rafael de los Rios S.A.C.I.), ya que a dicho pago está obligado por expresa disposición de la Ley 194/93.

A su vez la apelada, al contestar el traslado respectivo (fs. 353/359), en primer término solicita se declare desierto el recurso de apelación por considerar que el escrito de expresión de agravios no reúne los presupuestos del Art. 419 del C.P.C. no obstante, advierte que a fs. 11 del memorial se hace referencia a la resolución de la Cámara, razón que amerita un análisis más pormenorizado, y en dicho tren se afana, brindando incluso un capítulo aparte con el título “Contestación de Expresión de Agravios”, en donde justifica la decisión del ad-quem en los términos: “Luego, queda demostrado que el Tribunal de Apelaciones valoró todas las pruebas y de ningún modo se sumió en hechos inexistentes. Muy por el contrario, son hechos reconocidos en forma reiterada y expresa por la propia actora” (sic. fs. 357). Solicita finalmente la confirmación de la resolución recurrida, con costas.

La contienda que nos ocupa tuvo su génesis en la demanda que fuera planteada por la firma local “RAFAEL DE LOS RIOS S.A.C.I.”, en contra de la empresa española “MYRURGIA S.A.”, en concepto de cobro del importe de las existencias de mercaderías, productos terminados, semi elaborados, insumos y primeras materias, aduciendo que RAFAEL DE LOS RIOS S.A.C.I. ejerció la representación y realizó la distribución y comercialización de la línea MYRURGIA de España, por un lapso superior a los 40 años (extremo éste no discutido por los contendientes, por lo que no puede ser objeto de estudio en esta instancia), hasta que a comienzos

del año 1.996 se suscribiera entre ambas empresas una carta compromiso de pago de las obligaciones pendientes a favor de Myrurgia. Con dicho contrato, la firma paraguaya renunciaba a la indemnización establecida en el Artículo 6° de la Ley 194/93 (cuestión ésta que tampoco se encuentra en tela de juicio y ya no puede ser materia de discusión).

Entonces tenemos que, el quid de la controversia radica en la aplicabilidad o no del Artículo 8° de la Ley 194/93, que otorga derecho a toda empresa nacional distribuidora de productos extranjeros, de vender a la firma cuya representación ostentaba, el saldo de las mercaderías que quedaron en su poder. En dicho sentido es que surge el reclamo por la suma de Gs. 458.172.961, objetivo final de la presente demanda.

Corresponde pues, prima facie, determinar el derecho de la empresa paraguaya a dicha opción, y en su caso, justipreciar en sus justos límites la suma resultante.

A tal efecto, resulta de rigor la transcripción de la norma legal esgrimida en la demanda (Art. 8° de la ley 194/93), que dice: “En la eventualidad de la cancelación, revocación, modificación o negativa de prórroga de las relaciones contractuales entre las partes, el Representante, Agente o Distribuidor tendrá, independientemente de las indemnizaciones que correspondan a los casos previstos en esta Ley, la opción de vender a la otra parte contratante sin que ésta pueda negarse, las existencias de mercaderías, más una utilidad normal de acuerdo con el precio de venta de los productos en el mercado”.

Considero al respecto que las constancias de autos resultan suficientemente explícitas a fin de tener por acreditado la responsabilidad de la firma “MYRURGIA S.A.”, en el sentido de verse obligada a pagar por el residual de las mercaderías que su representante en nuestro país tuviere o hubiere quedado en su poder a la fecha de la terminación del contrato, que para el caso, si bien pueden conjeturarse varias hipótesis con respecto a la culpabilidad de uno u otro de los contratantes a los fines de la justificación o no de la rescisión unilateral, ello resulta intrascendente, ya que conforme a la ley 194/93, se prevén dos modalidades de resarcimiento a favor de la empresa nacional de acuerdo a las situaciones que se presenten, a saber: 1) La indemnización prevista en el Art. 6° de la mencionada ley, en donde si es dable discutir acerca de las causas y consecuente culpabilidad en la terminación del contrato; y 2) La opción de vender a la otra parte contratante, sin que ésta pueda negarse, las existencias de mercaderías,

más una utilidad normal de acuerdo con el precio de venta de los productos en el mercado (Art. 8°).

En este último supuesto (que es el que nos ocupa), solo corresponde verificar la concurrencia de los extremos de la norma – existencia de mercaderías y/o materia prima residual en poder de la representante – a fin de tornar procedente el reclamo, ya que la misma ley se encarga de aclarar el alcance de la regla al decir en una parte del Art. 8 de la ley 194/93: “independientemente de las indemnizaciones que correspondan a los casos previstos”.

Tal extremo resulta lógico desde que, cancelado, revocado, modificado o no prorrogado el contrato de representación, la cantidad de productos, insumos y materias primas que hubieran quedado en poder de la empresa distribuidora nacional, evidentemente constituirían una afectación negativa a su patrimonio, máxime si consideramos que le queda vedado comercializar, y mucho menos seguir produciendo los productos de su otrora representada, so pena de atentar contra *legem* (de autor, inventor y marcas), exponiéndose a las consecuentes sanciones.

Por tanto, surgiendo incontrovertible la terminación del contrato de representación y distribución de productos, entre “Rafael de los Rios S.A.C.I.” y “Myrurgia S.A.” (por rescisión unilateral justificada, conforme lo alegado por la demandada, que para el caso –reitero- resulta irrelevante), como también, estando probado el hecho de la comunicación fehaciente de la firma actora a la accionada de las existencias que tenía en depósito, valoradas en la demanda en la suma de Gs. 458.172.961., suma ésta que no fue objeto de reserva para su posterior ampliación o conversión en moneda extranjera, y, teniendo presente que de la prueba pericial (fs. 175/178), surge incluso un monto superior al reclamado en autos, no pueden surgir dudas acerca de que la acción promovida deviene procedente hasta la suma reclamada (Gs. 458.172.961), tal cual lo consideró en su oportunidad la Juez a-quo que falló en primera instancia, monto éste que conforme surge del escrito de demanda (Numeral 1.6), ya considera el margen de rentabilidad bruta para los productos terminados, tomando el promedio de costos y precios de venta de los años 1994, 1995 y 1996.

Finalmente, en cuanto guarda relación con la aplicación de los intereses moratorios, basta referir que, amén de que los mismos no fueron peticionados en la demanda, en el caos no resultan aplicables, desde el momento que el objeto final de la acción intentada no era otra que la de-

terminación del precio que la firma extranjera Myrurgia S.A. debía pagar por las mercaderías y/o productos residuales que quedaron en poder de la empresa distribuidora nacional Rafael de los Ríos S.A.C.I., como consecuencia de la rescisión del contrato de representación.

Corresponde pues, revocar la sentencia de segunda instancia, y en consecuencia, confirmar la sentencia dictada en primera instancia de conformidad con los fundamentos vertidos en el presente exordio.

Las costas del juicio, por aplicación del Art. 192 y concordantes del Código Procesal Civil, deben ser aplicadas a la perdidosa.

ES MI VOTO.

A SU TURNO EL SEÑOR MINISTRO JOSÉ RAÚL TORRES KIRMSER, MANIFESTO: En estos autos se discute la aplicación de las disposiciones contenidas en la Ley N° 194/93. Esta ley establece las reglas a las cuales deberán ajustarse los contratos de distribución que se celebren en nuestro país con un proveedor extranjero, también llamado distribuido.

Para poder comprender la extensión de la protección que otorga la mencionada ley al distribuidor paraguayo, debemos señalar algunos elementos de los contratos de distribución asignados por la doctrina y las prácticas comerciales.

Los contratos de distribución son caracterizados por consistir en una relación jurídica entre dos empresarios independientes, en la cual uno recibe el nombre de distribuido y es la parte cuyo producto es introducido a un mercado determinado; y el distribuidor, quien asume a su riesgo la colocación de los productos del distribuido en el mercado.

En este sentido, la doctrina ha entendido al distribuidor como alguien que actúa “por su propia cuenta asumiendo los riesgos de negociación de los productos con terceros” (Marzorati, Derecho de los Negocios Internacionales. Pág. 393).

Por el tamaño de la inversión necesaria para este tipo de emprendimientos, estos contratos son celebrados por tiempo indeterminado o, si se celebran por tiempo determinado, son objeto de sucesivas reconducciones, lo cual devela la intención de prolongar por tiempo indeterminado el vínculo contractual.

Como consecuencia directa de los dos elementos indicados, la independencia de los contratantes y la indeterminación temporal del vínculo obligacional, la doctrina interpretó, en un principio, que las partes estaban facultadas a rescindir del contrato, sin expresión de causa, mediando un

preaviso adecuado y sin que el ejercicio de este derecho genere responsabilidad compensatoria alguna. Esto por la aplicación de las reglas típicas de la contratación por tiempo indeterminado. En este sentido, es pertinente la siguiente cita: “La razón práctica de la indeterminación –que es intencional- de la duración de tales contratos, está en el hecho de que ninguno de los contratantes sabe anticipadamente hasta qué momento el contrato le resultará útil. De aquí, también, la posibilidad de hacer cesar su eficacia ad libitum, previo aviso, por parte de cada uno de ellos (Messineo, Derecho Civil y Comercial, Tomo IV, pág. 482). Asimismo: “La distinta perspectiva del distribuidor, que consiste en la consecución de móviles propios al comprar y vender por su cuenta [...] ha sido destacada por la doctrina europea para negarle, en muchos casos, el derecho a una indemnización en caso de rescisión sin causa, anticipada sin causa o anticipada prevista contractualmente” (Marzorati, opus cit. Pág. 399).

Esta situación de asimetría en los derechos de las partes contratantes generó una justa reacción que concluyó con el reconocimiento de la procedencia de la reparación en los casos de terminación sin causa del vínculo contractual, primero para los casos en los cuales no hubiera mediado preaviso y luego inclusive reconociendo tal derecho al resarcimiento aun en casos en los cuales hubiera existido el preaviso.

Parte importante de la doctrina entendió que la reparación económica debía ser clasificada en dos categorías: una, la correspondiente a los daños resarcibles y denominada indemnización –en sentido restrictivo-, y compuesta por los rubros de indemnización por falta de preaviso, lucro cesante, daño emergente, reparación del valor llave y daño moral; la otra categoría recibió el nombre de daño restituible y a la reparación acordada se la denominó restitución, y se entendió que comprende los rubros de restitución por clientela y restitución por acumulación de existencias (stock).

Esta distinción hace referencia no a la causa del resarcimiento, que siempre supone la existencia de una rescisión sin causa, sino a los rubros que integran la reparación económica a favor del distribuidor. Este punto es elemental ya que esta distinción trasvasó a nuestro derecho positivo y explica el texto del Art. 8° de la Ley 194/93, además de brindarnos el parámetro para establecer la procedencia de la obligación de adquirir el stock que pesa sobre el distribuido que hubiere rescindido sin causa el contrato. Que nuestra legislación adoptó esta distinción, es un hecho fá-

cilmente aprensible a partir de la confrontación de la categoría denominada daño resarcible o indemnización con lo dispuesto por el Art. 4° de la Ley 194/93 y de la categoría denominada daño restituible con el Art. 8° del mismo cuerpo legal.

Por lo tanto, no es posible afirmar que el Art. 8° establezca una responsabilidad objetiva u obligación legal a cargo del distribuido. Nuestra jurisprudencia así lo entendió, al establecer que: “La Ley 194/93 reconoce a favor de la empresa paraguaya el derecho a reclamar una reparación económica por la cancelación unilateral de la representación de productos de una compañía extranjera” (Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de Asunción, Tercera Sala. LLP, 1999-987); más recientemente y específicamente sobre este punto, esta Corte ha sostenido: “Debemos hacer, además, una acotación en cuanto al sistema de responsabilidad contenido en la Ley 194/93. Esta ley no consagra la responsabilidad objetiva o de riesgo creado –que es propia de los hechos extracontractuales- sino que, por el contrario, se remite claramente al sistema de atribución subjetiva de la responsabilidad, basado en la culpa y en el dolo, pero limitando el orbe de estos conceptos a un catálogo de conductas previstas en el Art. 6°, que son las únicas que justifican la terminación de la relación contractual, así como estableciendo importantes innovaciones del orden probatorio ordinario, referidas a ciertas inversiones de la carga probatoria y al modo de cuantificar el daño, todo lo cual se encuentra en una cierta relación de equilibrio normativo dentro de la sistemática de la ley, y que pierde su significado y su valor conmutativo fuera del marco de ella” (Acuerdo y Sentencia N° 1265, del 2 de julio de 2004).

Cabe realizar sobre este punto la siguiente cita doctrinaria: “La rescisión ilícita obliga a reparar los daños que sean consecuencia de la misma [...] Con motivo de la rescisión intempestiva, suele quedar en poder del distribuidor una cantidad de productos específicos (por ej. envases), que sólo pueden ser reutilizados por el proveedor. Si esos efectos son recibidos por el distribuidor en comodato, asume la obligación de restituirlos [...] pero si los ha adquirido son de su propiedad y no hay obligación de reintegro. No obstante, es una compra realizada para cumplir una finalidad del contrato extinguido y son bienes que pierden su valor si no hay tal contrato [...] Consecuentemente, es de buen sentido que sean adquiridos por el proveedor” (Lorenzetti, Tratado de los Contratos. Tomo I, pág. 585).

Una vez más, podemos ver el requisito de una “rescisión ilícita” para la procedencia del reclamo restitutorio. Es éste el principio reconocido por el Art. 1° de la Ley 194/93 y que fija los parámetros de interpretación del cuerpo legal y que transcripto prescribe: “Establécese el régimen legal por el cual se definen las relaciones contractuales para la promoción, venta o colocación dentro del país o de otra área determinada, de productos o servicios, proveídos por fabricantes y firmas extranjeras por medio de Representantes, Agentes o Distribuidores domiciliados en la República y se fijan las pautas de las indemnizaciones que correspondan con motivo del cese, sin expresión de causa, de las relaciones contractuales”.

Por lo expuesto, comparto el criterio del ad quem al expresar: “En esta línea de comprensión, la diferencia entre lo dispuesto por el Art. 4° y el Art. 8° de la Ley 194/93 pudiera encontrarse en los daños que cada cual regula. El Art. 4° hace referencia a parámetros tales como la duración de la relación contractual y las ganancias obtenidas por su virtud, esto es, apunta mayormente al lucro cesante; en tanto que el Art. 8°, al aludir a las existencias de mercaderías en poder del representante o agente, señala hacia un perjuicio patrimonial directo, esto es al daño emergente” (f. 323 vlt.).

Ahora, para determinar la procedencia del reclamo de la parte demandante, es necesario establecer si el distribuido rescindió en forma intempestiva e incausada el contrato que los vinculaba y en caso de tratarse de una rescisión con causa, si ésta fue probada en juicio.

Sobre este punto, la demandante incurrió en graves contradicciones, primero al afirmar la gravedad de los incumplimientos que motivaron la rescisión en su escrito de demanda, cesación de pagos que motivó un pedido de convocación de acreedores en los primeros días de 1996, según sus propias expresiones (f. 19) y pretender, después, que el incumplimiento no revistió tal gravedad que justifique la rescisión del contrato. El sentido común revela que un estado de cesación de pagos que motive un pedido de convocatoria de acreedores es suficiente para poner en duda la idoneidad del patrimonio del contratante para cumplir las obligaciones estipuladas.

Asimismo, reconoció el demandante que la rescisión se produjo de común acuerdo (f. 19). Alegó, sin embargo, que dicho consentimiento fue obtenido por el concurso de violencia moral y del dolo, fundado en una supuesta promesa de nuevo contrato. La parte demandada reconoció que el demandado aceptó la causal resolutoria invocada, pero negó haber inti-

midado o ejercido algún tipo de violencia para obtener dicha manifestación, así como también negó haber prometido la celebración de un nuevo contrato al demandante. Por disposición expresa del Código Procesal, al que afirma un hecho controvertido como fundamento de su pretensión, incumbe la carga de la prueba –Art. 237-; en autos, las partes están contestes en que la causa de la rescisión y la rescisión misma fueron aceptadas por la demandante, el hecho controvertido alegado por esta parte, que es el concurso de vicios en la voluntad declarada, no ha sido probado.

Cabe agregar, además, que el Art. 10 de la Ley 194/93 permite a las partes “transigir toda cuestión de origen patrimonial [...] antes o después de deducida la demanda en juicio ante la justicia ordinaria”. El acuerdo por el cual el hoy demandante aceptó el ejercicio del derecho del distribuido de rescindir con causa el contrato y renunció a ulteriores reclamos patrimoniales, está enmarcado dentro de la disposición normativa citada.

A partir de lo explicitado, podemos concluir que la causal de rescisión se encuentra suficientemente demostrada y la demanda debe ser rechazada. Por lo tanto, el acuerdo y sentencia apelado debe ser confirmado.

Las costas deben ser impuestas a la perdidosa, en todas las instancias, de conformidad a las disposiciones de los Arts. 192 y 203 del Código Procesal Civil. Es mi voto.

A SU TURNO EL SEÑOR MINISTRO SINDULFO BLANCO EXPRESO: me adhiero a lo expuesto por el Ministro Miguel Oscar Bajac, por los mismos fundamentos.

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

Y VISTOS: los méritos del Acuerdo que antecede, la Excelentísima.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA CIVIL Y COMERCIAL

RESUELVE:

- 1.- DECLARAR DESIERTO el recurso de nulidad.
- 2.- REVOCAR el Acuerdo y Sentencia N° 174 de fecha 3 de diciembre de 2.004, dictado por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Tercera Sala de la Capital.
- 3.- CONFIRMAR la S.D. N° 234 de fecha 09 de abril de 2.003, dictada por la Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Décimo Turno de la Capital.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

4.- IMPONER las costas del juicio a la perdidosa.

5.- ANOTAR, notificar y registrar.

Ministros: José Raúl Torres Kirmser, Miguel Oscar Bajac Albertini y Sindulfo Blanco.

Ante mí: Alejandrino Cuevas, Secretario Judicial.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 1185

Cuestión debatida: *En estos autos se discute la aplicación de las disposiciones contenidas en la Ley N° 194/93. Esta ley establece las reglas a las cuales deberán ajustarse los contratos de distribución que se celebren en nuestro país con un proveedor extranjero, también llamado distribuido.*

LEY N° 194/93. Marco regulatorio. CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN.

Si bien la recurrente otorgó trascendental importancia a la confesión ficta, para que tenga valor y eficacia probatoria debe ser corroborada con otras pruebas aportadas en Juicio (Artículo 302 del Código Procesal Civil), circunstancia que no se dio en el caso.

LEY N° 194/93. Marco regulatorio. CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN. Revocación.

El Artículo 7°, de la Ley N° 193/94, dispone que las causales mencionadas en el Artículo 6° deben acreditarse ante Juzgados y Tribunales de la República, si eso fue convenido. En caso contrario, se presumirá que la cancelación, revocación, modificación o negativa de prórroga es injustificada.

En el sub lite, se aprecia que la accionada no demostró –siquiera incipientemente- las causales invocadas en el escrito de contestación de demanda, carga que incumbía a su Parte, de conformidad a lo dispuesto en el Artículo 249 del Código Procesal Civil. Ante esa orfandad probatoria se impone asumir razonablemente la revocación unilateral, intempestiva e injustificada del contrato.

LEY N° 194/93. Marco regulatorio. CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN.

El Artículo 4° de la referida Ley N° 193/94, establece la posibilidad que la firma extranjera revoque el contrato de representación sin expresión de causa. Y ello así debido a que el contrato de representación -para distribución de productos de marca extranjera- es contrato de confianza, por lo que no puede obligar a los contratantes a permanecer ligados cuando dicha confianza ha desaparecido. Entonces, el contrato es revocable *ad nutum* por el que otorgó la representación.

LEY N° 194/93. Marco regulatorio. CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN. MAGISTRADO. Facultades del Magistrado. Mala fe.

De lo expuesto no se aprecia sustento de evidente accionar intencionado de la actora; sí el irrestricto ejercicio del Derecho de defensa. Cabe rememorar que la interpretación respecto a la aplicación de sanción o castigo que la norma impone debe ser siempre restrictiva. De ahí que la sanción será procedente solamente cuando la mala fe, la temeridad o malicia sean manifiestas, debiendo estarse en caso de duda por la amplitud de Derecho de defensa.

MAGISTRADO. Facultades del Magistrado. Mala fe.

En cuanto al criterio de aplicación de este tipo de sanciones la Jurisprudencia sólida y enhiesta tiene establecido: “no ha trepidado la pluma de los integrantes de este Tribunal cuando la temeridad y malicia que aquella norma sanciona aparece nítida e indudable; pero con igual claridad hemos establecido un criterio estricto y restrictivo para la aplicación de aquellas sanciones (causas N° 44.970 R.S. 623/01; 46.092, R.S. 50/02, entre otras muchas); es que estando en juego el derecho de defensa de los justiciables aquella norma no debe constituirse en un elemento enervante de tal garantía constitucional”.

LEY N° 194/93. Marco regulatorio. CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN. CONTRATO DE REPRESENTACIÓN.

Los contratos de distribución son caracterizados por consistir en una relación jurídica entre dos empresarios independientes, en la cual uno recibe el nombre de distribuido y es la parte cuyo producto es introducido a un mercado determinado; y el distribuidor, quien asume a su riesgo la colocación de los productos del distribuido en el mercado. En este sentido, la doctrina ha entendido al distribuidor como alguien que actúa normalmente por su propia cuenta –en el sentido de que la representación no es

un elemento natural del contrato, pero que muy bien puede ser pactada por las partes según la conveniencia de las mismas-, asumiendo los riesgos de negociación de los productos con terceros (Marzorati, Derecho de los Negocios Internacionales. Pág. 393.

LEY N° 194/93. Marco regulatorio. CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN. PRUEBA. Validez de la prueba.

La prueba de la existencia de una conducta que amerite la rescisión del contrato debe ser brindada por la parte demandada, es decir, la distribuida, y no puede limitarse a un cúmulo de presunciones, contra las cuales prima la presunción legal, que obliga al juzgador a dar una interpretación diversa a la pretendida por la demandada a los hechos indiciarios, sino que debe basarse en una prueba cierta, que desmerite la presunción legal establecida en la norma citada.

CSJ. Sala Civil. 27/08/12. “YAMA del Paraguay S.R.L. c/ Laboratorio CUENCA S.A. s/ Indemnización de Daños y Perjuicios” (Ac. y Sent. N° 1185).

Previo estudio de los antecedentes la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, Sala Civil y Comercial, resolvió plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S:

Es nula la Sentencia apelada?

En caso contrario, está ella ajustada a Derecho?

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

A la primera cuestión el señor Ministro César Antonio Garay dijo: no se ha interpuesto Recurso de Nulidad (ver fs. 671) y al no advertirse vicios que autoricen la declaración ex officio, en lo términos del Artículo 113 del Código Procesal Civil, corresponde desestimar. Es mi voto.

A sus turnos los Ministros Raúl Torres Kirmsler y Miguel Oscar Bajac manifestaron que se adhieren al voto del Ministro preopinante por sus mismos fundamentos.

A la segunda cuestión el señor Ministro César Antonio Garay prosiguió diciendo: por Acuerdo y Sentencia Número 53, con fecha 29 de Junio del 2.010, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala, resolvió: “DECLARAR DESIERTO el recurso de nulidad; CONFIRMAR el primer apartado de la resolución recurrida; REVOCAR el segundo apartado de la S. D. N° 109 del 02 de marzo de 2009 y en consecuencia hacer lu-

gar a la presente demanda de indemnización de daños y perjuicios que promueve Yama del Paraguay S.R.L. contra Laboratorios Cuenca S.A. y condenar a la parte demandada al pago de la suma de TRESCIENTOS CINCUENTA MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y OCHO GUARANIES (Gs. 350.839.998) en concepto de indemnización legal por terminación sin causa del contrato de representación de conformidad con el art. 4 de la Ley 194/93 y el art. 3 inc. b) del Decreto Ley N° 7 del 27 de marzo de 1.991; IMPONER las costas a la perdedora; ANOTESE...” (fs. 662/9).

Esa Resolución agravió a la recurrente esgrimiendo que el contrato de representación celebrado con la accionante fue cancelado por justa causa. Señaló que aquella no cumplió con las expectativas de distribución al comercializar productos “ISSUE”, de Laboratorios CUENCA S.A., con productos de la competencia directa “OTAWIL” de Laboratorios OTAWIL S.R.L.. Afirmó que existían indicios graves y concordantes que ello ocurrió antes que el contrato entre las Partes fuese concluido, circunstancia a la cual debía sumarse la confesión ficta de la accionante en las posiciones en las cuales confirman la venta simultánea de productos “ISSUE” y “OTAWIL”, según expuso. Aseveró que aunque no existiese justa causa, la acción debía rechazarse por no probar el quantum indemnizatorio, aduciendo que los balances eran insuficientes para probar -por sí mismos- tal extremo. Al respecto, señaló que esos documentos fueron elaborados unilateralmente por la accionante y contradecían declaraciones de ella. Señaló que el actuar de aquella contradecía la Doctrina de los Actos propios. Solicitó que la actora sea declarada litigante de mala fe por alterar manifiestamente la verdad de los hechos, peticionar y diligenciar medidas cautelares innecesarias y excesivas. Arguyó que las Costas debían ser impuestas en proporción al éxito de cada parte (fs. 680/6). A fs. 693, se dio por decaído el Derecho que dejó de usar el Abogado José Benítez González para presentar su escrito de contestación de traslado.

La Ley N° 194/93 (QUE APRUEBA CON MODIFICACIONES EL DECRETO-LEY N° 7 del 27 DE MARZO DE 1.991, POR EL QUE SE ESTABLECE EL REGIMEN LEGAL DE LAS RELACIONES CONTRACTUALES ENTRE FABRICANTES Y FIRMAS DEL EXTERIOR Y PERSONAS FISICAS O JURIDICAS DOMICILIADAS EN EL PARAGUAY), determina el marco legal de las relaciones contractuales para la promoción, venta o colocación dentro del país, de productos o servicios proveídos

por fabricantes y firmas extranjeras por medio de representantes, agentes o distribuidores domiciliados en la República, fijando las pautas de indemnización que correspondan con motivo del cese -sin expresión de causa- de aquel relacionamiento.

El Artículo 2, de la referida normativa, define la representación: “es la autorización otorgada por el contrato, debidamente instrumentada, para que una persona natural o jurídica domiciliada en la República, gestione y realice transacciones comerciales para la promoción venta o colocación, dentro del país o en cualquier otra área determinada de productos y servicios proveídos por un fabricante o firma extranjera”.

En el caso, Yama del Paraguay S.R.L. promovió demanda de indemnización de daños y perjuicios contra Laboratorio Cuenca S.A., por la suma de USD 199, 674,26. Sostuvo que fue designada representante -con carácter exclusivo- de Laboratorio Cuenca S.A., afirmando que tal exclusividad refería a productos cosméticos de la marca “ISSUE” en sus diversas presentaciones y dirigidos a profesionales peluqueros. Afirmó que la representación ejercida supuso incurrir en numerosas inversiones tanto edilicias como de publicidad, de tiempo, conocimientos técnicos y de mercado. Sostuvo que tal representación fue efectivamente ejercida por más de ocho años y contractualmente hace más de cinco. Esgrimió que la adversa procedió de forma intempestiva como inconsulta a cancelar unilateralmente el contrato de representación, expresión de voluntad que conllevaba la obligación de indemnizar, sumándose el conocimiento acerca del posible otorgamiento de representación de productos descriptos a favor de terceros en el país, perjudicando así los Derechos presentes y en expectativa. Expresó que la accionada manifestó, como única razón de rescisión, un supuesto incumplimiento de “expectativas” en cuanto a la distribución de sus productos en nuestro país, afirmando que tal manifestación no constituye causal alguna que justifique legalmente la cancelación de representación. Sostuvo que de haber considerado la falta de satisfacción de sus expectativas como causal de cancelación de contrato, la misma debió abocarse a demostrar el motivo de tal extremo, obligación legal que no se cumplió. Aseguró que por ello correspondía indemnización de acuerdo al promedio de utilidades brutas anuales obtenidas en los tres últimos años de ejercicio, estimándola en USD 199.674,26 (fs. 251/61). A fs. 270/1 amplió demanda afirmando que la rescisión unilateral del contrato -sin causa justificada- le causó perjuicio económico irreparable ya que los frutos de la

inversión fueron cosechados injustamente por terceros, considerando que actualmente esos productos son de fácil venta y distribución en el mercado local gracias a sus esfuerzos.

A fs. 370/5, Laboratorios Cuenca S.A. contestó demanda esgrimiendo que era falso que haya rescindido el contrato sin justa causa y en forma intempestiva, inconsulta y unilateral. Señaló que la justa causa estaba inserta en el Artículo 6º, de la Ley N° 194/93, invocando especialmente las causales establecidas en los incisos b) y f) de dicha normativa. Sostuvo que era fácilmente evidenciable que la actora comercializaba –a sus espaldas– tanto con productos de Laboratorios Cuenca S.A. como con productos de la competencia. Refirió que la conducta de la accionante hizo que su misma negligencia perjudicara igualmente la venta de sus productos, que culminó en disminución continuada del monto de venta en cuestión. Aseveró que esa circunstancia se debió por actos imputables exclusivamente a la actora y redundante en su perjuicio directo, señalando que –además– la actora incurrió en reiteradas ocasiones en excesiva morosidad respecto a pagos pertinentes. Negó que haya otorgado la representación de esos productos a terceros, esgrimiendo que el contrato firmado con RECOFAR S.A. es de fabricación y provisión de productos de cosmetología de la marca “CAPELLI” y no “ISSUE”, señalando que ese contrato era posterior a la fecha formal de rescisión de la relación contractual. Desconoció y rechazó los documentos emanados de terceros intentando demostrar la supuesta inversión millonaria para la promoción de productos de la marca “ISSUE”. Para el negado caso de prosperar la acción, afirmó que el cálculo de la indemnización era totalmente arbitrario e injustificado y no se ajustaba de manera alguna a lo preceptuado en la Ley N° 194/93, señalando que los supuestos documentos que acompañó la actora ni siquiera mencionan productos de su propiedad, afirmando que el presunto monto era erróneo, ficticio, sobrecargado y sin ningún respaldo documentario debido.

La accionante alegó que no incurrió en deslealtad y abuso de confianza, señalando que invirtió muchísimo para lograr imponer en el mercado los productos de referencia. Arguyó que fue la accionada la que le defraudó al rescindir el contrato en forma intempestiva, unilateral y sin justificación alguna, otorgando a otra firma la representación de productos citados. Afirmó que con posterioridad a la rescisión unilateral del contrato se vio obligada a buscar otros productos para satisfacer necesidades de sus clientes, por lo que comercializó la marca OTOWILL, señalando que el

certificado de representación no le prohibía representar o comercializar otro producto (fs. 380/2).

La cuestión discurre si existió o no responsabilidad de la accionada por la revocación del contrato de representación. A tal fin, resulta necesario determinar si la terminación de esa relación contractual fue por “justa causa”, circunstancia que exime de pagar indemnización (Artículo 6º, de la Ley N° 193/94) o si fue “sin expresión de causa”, extremo que genera obligación de dicho pago (Artículo 4º, de la misma normativa).

De la revisión de constancias procesales se constata que la firma Laboratorios Cuenca S.A., representada por su Presidente, con domicilio en Capital Federal, Argentina, el 5 de Septiembre de 1.996 otorgó certificado de representación a favor de Yama del Paraguay S.R.L. “nombrándolo representante exclusivo para la República del Paraguay, quien a partir de la fecha será la única autorizada para comercializar nuestros productos en ese país quedando también facultada para nombrar distribuidores en ciudades o departamentos de su jurisdicción. Por tanto Laboratorio Cuenca S.A., se compromete a respetar la exclusividad, no pudiendo vender a otras personas en todo el territorio de República del Paraguay, sin previa autorización de Yama del Paraguay S.R.L, quien realizará todos los actos legales necesarios para el buen cumplimiento de nuestra representación en ese país...” (fs. 15). Posteriormente, el 2 de Junio del 2.001, Laboratorio Cuenca S.A. decidió terminar la relación contractual, según surge del telegrama colacionado que dice: “Comunico a Ustedes con relación al certificado de representación suscripto en septiembre de 1.999 en la ciudad de Buenos Aires entre Laboratorio Cuenca S.A. y Yama del Paraguay S.R.L. que demos por resuelto el mismo en razón de no cumplir ustedes con las expectativas de la distribución de nuestros productos en la República del Paraguay y a tal efecto comunicamos a Uds. efectuar un cierre final de mercaderías de nuestra empresa en su poder y conciliar los saldos contables...” (fs. 147).

De lo expuesto, se aprecia que el certificado de representación no fijó término de la relación –siquiera implícitamente- por lo que cada Parte podía denunciarlo en cualquier momento. “Ello sin perjuicio de que tal revocación resulte injustificada por haber sido intempestiva, abusiva o de mala fe, en cuyo caso se torna viable el resarcimiento de las expectativas generadas sobre la base de la prosecución de los negocios, por un lapso prudencialmente estimado, en cada caso como razonable, cuando el distri-

buidor se ha conducido con corrección y no media inejecución culpable de sus propias obligaciones contractuales” (Farina, Contratos comerciales Modernos, Editorial Astrea, pág. 394).

La firma accionada reconoció que el contrato de representación tuvo duración desde el 5 de Septiembre de 1.996 hasta el 2 de Junio del 2.001, fecha en la cual decidió terminar la relación debido a que la accionante no cumplió con las expectativas de distribución de productos. Sin embargo, se aprecia que esa causal no se encuentra inserta en los supuestos de “justa causa”, establecidos en la normativa. Cabe mencionar que la existencia de justa causa de revocación del contrato debe relacionarse principalmente a hecho grave que involucre la conducta del representante y afecte la confianza que el representado había en él depositado. Pero no en argumentaciones genéricas, vagas e imprecisas, como ocurrió al tiempo de enviar telegrama colacionado.

Recién al contestar demanda invocó causales establecidas en la normativa respectiva, como ser fraude, abuso de confianza y conflicto de intereses.

De la revisión del certificado de representación surge que si bien la accionada otorgó exclusividad a la accionante para la comercialización de sus productos, no fue pactada exclusividad por la representante. De ahí que la accionante no estaba impedida contractualmente para distribuir otros bienes y servicios, siempre y cuando no fueran competitivos con productos de la accionada, pues de ser así incurriría en causal establecida en el Artículo 6º, inciso f), de la Ley N° 193/94.

Por ello resulta esencial como necesario establecer si el producto OTOWILL es competencia directa de ISSUE y, en caso afirmativo, si la venta de OTOWILL fue realizada mientras estaba vigente el mentado contrato de representación de ISSUE.

De actuaciones y diligencias procesales surge que OTOWILL es crema colorante capilar, producida en la República Argentina por Laboratorio OTOWILL S.R.L. (fs. 364). Es decir, ofrece el mismo servicio que los productos ISSUE del Laboratorio Cuenca S.A. producidos también en la República Argentina. Resulta innegable entonces que aquellos eran competitivos entre sí, incluso en los precios (vide: fs. 363), circunstancia admitida, -implícitamente- por la accionante quien señaló que con posterioridad a la rescisión unilateral del contrato se vio obligada a buscar otros produc-

tos para satisfacer a sus clientes, por lo que comercializó productos de OTOWILL (fs. 380/2).

Se asume, entonces, que los productos OTOWILL e ISSUE eran competitivos entre sí, por lo que resta por establecer si la accionante comercializó el primero estando vigente el contrato de representación respecto al segundo.

A fs. 363, la accionada acompañó ticket de compra expedido por la firma Feria Asunción S.A., con fecha 1/IV/02, en el que se constata que en ese local comercial se vendían productos de tintura “CAPELLI”, cremas coloración “ISSUE” y “OTOWILL”. Sin embargo, ese comprobante no arroja certeza –ni por asomo- que la representante en el país de esos productos sea la firma accionante y, por consiguiente, surja conducta fraudulenta y desleal de la firma accionante. A ello cabe agregar que el ticket fue expedido después de casi 10 meses de haber concluido el contrato de representación, circunstancia que descarta la hipótesis de la venta “paralela” de productos de competencia.

Si bien los documentos obrantes a fs. 364/6 demuestran que la accionante era representante de los productos OTOWILL, no resultan eficientes para acreditar el inicio de dicha representación por Yama del Paraguay S.R.L.. Por lo demás, la Dirección General de Aduanas informó que no registraron importación alguna de productos OTOWILL, durante los años 2.000 al 2.001 (fs. 522).

Además de esas pruebas no fueron agregadas otras que valgan como indicios o presunciones acerca de la conducta desleal y fraudulenta de la accionante.

No podemos obviar ni pasar por alto la decisión asumida por la accionada quien a poco más de un mes de haber revocado unilateralmente contrato con la accionante (fecha 6 de Julio del 2.001; fs. 319), otorgó autorización a la firma RECOFAR S.A. para que en su nombre registre sus productos cosméticos de la marca ISSUE, e importe, comercialice y/o distribuya productos en todo el territorio del Paraguay.

Si bien la recurrente otorgó trascendental importancia a la confesión ficta, para que tenga valor y eficacia probatoria debe ser corroborada con otras pruebas aportadas en Juicio (Artículo 302 del Código Procesal Civil), circunstancia que no se dio en el caso.

En efecto, la confesión ficta tiene valor relativo y “debe ser considerada con relación a las restantes pruebas ofrecidas, en razón del valor

relativo que ella tiene cuando los hechos que se pretenden acreditar con ella -en el caso, continuidad de la prestación laboral afirmada por el actor- se encuentran desvirtuados por aquellas pruebas” (LLC 2.002, 1234). “La confesión ficta -prevista en el art. 225 del Cód. Procesal Civil de la Provincia de Córdoba- carece de valor absoluto, al carecer de un contenido imperativo para el magistrado, facultándolo sólo a tenerlo por confeso, ponderando las circunstancias arrimadas al litigio. No obsta a ello, que en oportunidad de evacuar el traslado de la demanda, hubiera negado los hechos en que la actora sustenta su pretensión resarcitoria, pues precisamente el objeto de las posiciones es obligarlo a que se retracte” (LLC 1.999,1172). “La confesión ficta requiere su ponderación junto con el resto de las probanzas de la causa. En efecto, no es una prueba autónoma: se la estima como una presunción “*juris tantum*”, es decir, debe relacionarse y depende de los restantes elementos probatorios del pleito, pudiendo ser desvirtuada por prueba en contrario” (LLC 1.997, 119).

El Artículo 7º, de la Ley N° 193/94, dispone que las causales mencionadas en el Artículo 6º deben acreditarse ante Juzgados y Tribunales de la República, si eso fue convenido. En caso contrario, se presumirá que la cancelación, revocación, modificación o negativa de prórroga es injustificada.

En el sub lite, se aprecia que la accionada no demostró -siquiera incipientemente- las causales invocadas en el escrito de contestación de demanda, carga que incumbía a su Parte, de conformidad a lo dispuesto en el Artículo 249 del Código Procesal Civil. Ante esa orfandad probatoria se impone asumir razonablemente la revocación unilateral, intempestiva e injustificada del contrato.

El Artículo 4º de la referida Ley N° 193/94, establece la posibilidad que la firma extranjera revoque el contrato de representación sin expresión de causa. Y ello así debido a que el contrato de representación -para distribución de productos de marca extranjera- es contrato de confianza, por lo que no puede obligar a los contratantes a permanecer ligados cuando dicha confianza ha desaparecido. Entonces, el contrato es revocable *ad nutum* por el que otorgó la representación.

Farina explicita: “El principio básico es que las partes no pueden quedar vinculadas eternamente, en razón de no haber previsto un plazo de duración en la relación contractual; por tanto se reconoce el derecho a cualquiera de ellas, de dar por terminado el contrato sin necesidad de in-

vocar causa, dada la especial vinculación basada en la confianza recíproca como elemento sustancial. Pero la opinión preponderante es que el desistimiento contractual no debe ser intempestivo ni de mala fe” (ob cit., pág. 384).

“Ha de tenerse en cuenta que el distribuidor se organizó empresarialmente a los efectos de distribuir esos productos, o bien que de la organización que ya tenía, afectó una parte (adecuando instalaciones, personal, medios de transporte, etc.) al sistema de distribución para cumplir los fines del contrato. La resolución intempestiva genera daños, y, consecuentemente, la obligación de indemnizar en función de la frustración de las expectativas que nacen de todo contrato de duración y, en especial, de los de esta naturaleza” (Turrín, Daniel, Contrato de distribución, RDCO, 1.989-200).

Sin embargo, la revocación unilateral “sin expresión de causa” tiene como consecuencia la obligación del pago de indemnización, conforme lo establece el citado Artículo 4°. Dicha indemnización debe fijarse siguiendo ciertas pautas: I) la duración de la representación de productos de la firma extranjera, en escala ascendente fijando período mínimo de dos a cinco años y máximo de cincuenta años; y II) el promedio de utilidades brutas anuales obtenidas por la representación durante los tres últimos años de ejercicio. El Artículo 5°, de esa misma normativa, dispone que la utilidad bruta es el resultado que arroja el monto de las ventas netas menos el costo de la mercadería vendida.

En el sub examine, la duración del contrato no fue cuestión controvertida en Juicio, es decir, que la relación contractual duró desde el 5 de Septiembre de 1.996 hasta el 2 de Junio del 2.001, quedando por determinar si la accionante probó -suficiente y eficientemente- el promedio de utilidades brutas anuales obtenidas durante los tres últimos años.

El recurrente sostuvo que no se acreditó el quantum indemnizatorio, afirmando que los balances eran insuficientes y contradictorios entre sí. Respecto al balance correspondiente al año 1.999, el impugnante se ha limitado a sostener que faltaban de los años 2.000 y 2.002, pero sin impugnar la validez de aquel (fs. 412). En relación a los balances de los años 2.000 y 2.001, cabe señalar que el A quo los rechazó como prueba instrumental (fs. 430). Sin embargo, el Ad quem revocó tal decisión sosteniendo: “La Ley prevé como base de cálculo el promedio de las utilidades brutas anuales que hubiera obtenido la empresa representante. Dicha cuestión es

una circunstancia de hecho que se debe acreditar, pero que no tiene una prueba tasada, de naturaleza documental. Obviamente el promedio de las utilidades brutas anuales está contenido en los balances de la empresa, pero esa información, es un hecho que se puede demostrar también por otros medios probatorios. El informe producido por el Ministerio de Hacienda, entidad que recibe y aprueba los balances de las entidades jurídicas a los efectos de establecer precisamente sus utilidades con fines impositivos resulta así no solo una vía idónea para poder demostrar el hecho que se pretende acreditar, sino también tiene ventaja de contar con el registro y control de una entidad estatal” (fs. 461/3). Contra esa decisión la accionada promovió Acción de inconstitucionalidad la que fue rechazada “in límine”, por Sala Constitucional de la Excma. Corte Suprema de Justicia (fs. 606/7). Surge entonces que la cuestión referida a la eficacia probatoria de esa prueba pasó en autoridad de Cosa Juzgada y ha operado la preclusión procesal respecto a ella, de conformidad a lo dispuesto en el Artículo 103 del Código Procesal Civil.

Del informe expedido por la Sub Secretaría de Estado de Tributación surge que en el año 1.999, las ventas de mercaderías exentas ISSUE fueron de Gs. 942.635.228, monto que restando con costos de ventas de Gs. 697.158.974, alcanzaron ganancia bruta de Gs. 245.476.254 (fs. 508/9).

Del balance correspondiente al año 2.000, se constata que la accionante vendió mercaderías ISSUE por Gs. 1.269.441.194, siendo el costo de dichas mercaderías Gs. 519.533.973, obteniendo ganancia bruta de Gs. 749.907.221 (fs. 511/2).

- El balance correspondiente al año 2.001 da cuenta que la venta de productos ISSUE alcanzó Gs. 659.076.853, y los costos de ventas Gs. 600.941.333, arrojando ganancia bruta de Gs. 58.135.520 (fs. 514/5).

En estas condiciones, calculando el promedio entre las ganancias brutas de los años 1.999, 2.000 y 2.001, corresponde fijar la suma de Gs. 351.172.998, en concepto de pago por indemnización por revocación unilateral, injustificada e intempestiva de contrato de representación. Sin embargo, teniendo que la accionante solicitó la suma de Gs. 350.839.998 (fs. 620/51), y en atención a la limitación establecida en el Artículo 420 del Código Procesal Civil, corresponde fijar dicha indemnización en esa suma.

El recurrente también peticionó que la accionante sea declarada litigante de mala fé, por solicitar el diligenciamiento de medidas cautelares innecesarias y excesivas.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

De actuaciones procesales surge que la actora peticionó medida cautelar de prohibición de innovar del contrato de representación exclusiva signado entre las Partes y de los registros sanitarios obtenidos en virtud de dicho contrato. La medida cautelar fue admitida por el A quo (fs. 262) y revocada por el Ad quem, en el A. I. N° 405, del 26 de Julio del 2.002, al considerar: “si de la verosimilitud de los documentos y hechos presentados, a juicio del Juez, se podría aplicar una garantía para el cumplimiento de la resolución que podría recaer, esa de ninguna manera puede ser la prohibición de innovar el contrato o de la comercialización del producto pues precisamente lo que ha acontecido es la desaparición del contrato y consecuentemente mal podría ordenarse que no se innove algo que no existe” (fs. 544/6).

De lo expuesto no se aprecia sustento de evidente accionar intencionado de la actora; sí el irrestricto ejercicio del Derecho de defensa. Cabe rememorar que la interpretación respecto a la aplicación de sanción o castigo que la norma impone debe ser siempre restrictiva. De ahí que la sanción será procedente solamente cuando la mala fe, la temeridad o malicia sean manifiestas, debiendo estarse en caso de duda por la amplitud de Derecho de defensa. En cuanto al criterio de aplicación de este tipo de sanciones la Jurisprudencia sólida y enhiesta tiene establecido: “no ha trepido la pluma de los integrantes de este Tribunal cuando la temeridad y malicia que aquella norma sanciona aparece nítida e indudable; pero con igual claridad hemos establecido un criterio estricto y restrictivo para la aplicación de aquellas sanciones (causas N° 44.970 R.S. 623/01; 46.092, R.S. 50/02, entre otras muchas); es que estando en juego el derecho de defensa de los justiciables aquella norma no debe constituirse en un elemento enervante de tal garantía constitucional” (Cfe. Morello-Sosa-Berizone, Códigos Procesales, T II-A, pág. 813 y sgtes.).

Con el abono del Artículo 16 de la Ley Suprema el pedido de litigante de mala fé debe ser rechazado por no existir evidente e inequívoca conducta procesal maliciosa.

Por las motivaciones explicitadas, corresponde en estricto Derecho confirmar el Fallo impugnado, con imposición de Costas en ambas instancias a la perdedora de conformidad a lo dispuesto en los Artículos 192 y 205 del Código Procesal Civil.

A su turno el Ministro Raúl Torres Kirmser dijo: El representante convencional de la parte demandada expresó agravios en los términos del

escrito obrante a fs. 680 a 686 de autos, en el que puntualizó cuanto sigue: “CUENCA se vio obligada a terminar la relación con YAMA en razón de que ésta no cumplió con las expectativas de distribución de los productos ISSUE (fs. 147) debido a la comercialización de productos de competencia directa [...] El A quo concluyó erróneamente que YAMA comercializó los productos OTOWIL luego de terminada la relación con CUENCA, basándose en el informe de Aduanas, según el cual no se registraron importaciones de productos OTOWIL entre los años 2000 y 2001 [...] Este informe es irrelevante debido a que ni el Código Aduanero vigente en aquel entonces (Ley 1173/85, Art. 57), ni su decreto reglamentario (15813/86, Art. 59), exigían mencionar la marca de las mercaderías en los despachos de importación. Es lógico entonces que Aduanas no registre productos de una marca específica durante aquellos años [...] El A quo no consideró una serie de indicios acerca de la comercialización por parte de YAMA de los productos OTOWIL antes de la terminación de la relación entre las partes [...] Resulta imposible que YAMA haya encontrado un nuevo laboratorio extranjero a quien representar, concluido un contrato con éste, obtenido los registros sanitarios de los nuevos productos (RSPA) y puesto en venta el nuevo producto en todo el mercado nacional en sólo unos meses [...] Pesaba sobre YAMA la carga de probar su afirmación de que ello ocurrió después de la terminación de la relación entre las partes, más aún teniendo en cuenta que se hallaba en mejores condiciones de probarlo que CUENCA [...] A esto debe sumarse, la confesión ficta de YAMA [...] YAMA no ha probado el quantum indemnizatorio, es decir, el promedio anual de las utilidades brutas anuales de los últimos tres años. El a quo erróneamente consideró probado este requisito con la agregación irregular de los balances impositivos de YAMA de los años 1999, 2000 y 2001 [...] Los balances son simples declaraciones juradas unilaterales, por ende son ineficaces para probar per se un derecho a favor del demandante [...] Debió presentar las facturas de venta de los productos ISSUE durante los últimos tres años y luego diligenciar la confirmación de su validez por parte de los compradores de acuerdo al Art. 307 in fine del CPC. O en el mejor de los casos, YAMA debió presentar dichas facturas acompañadas de sus libros y registros contables de manera a obligar a CUENCA a presentar pruebas en contrario [...] Se aplicó el Decreto-Ley 7/91 a pesar de que ya no está vigente [...] En ningún caso las costas pueden ser impuestas exclusivamente a CUENCA [...] en el hipotético y equivocado caso de que la sentencia recurrida

fuese confirmada, sólo existiría vencimiento parcial por lo que las costas deberían ser impuestas en proporción al éxito de cada parte de conformidad al Art. 195 del CPC”. Igualmente expresó que la actora violó la prohibición de ir contra sus propios actos, al incurrir en varias contradicciones en el proceso, razón por la que la demanda debería ser desestimada. Concluyó al requerir que la actora sea declarada litigante de mala fe.

En estos autos se discute la aplicación de las disposiciones contenidas en la Ley N° 194/93. Esta ley establece las reglas a las cuales deberán ajustarse los contratos de distribución que se celebren en nuestro país con un proveedor extranjero, también llamado distribuido.

Para poder comprender la extensión de la protección que otorga la mencionada ley al distribuidor paraguayo, debemos señalar algunos elementos de los contratos de distribución asignados por la doctrina y las prácticas comerciales. Los contratos de distribución son caracterizados por consistir en una relación jurídica entre dos empresarios independientes, en la cual uno recibe el nombre de distribuido y es la parte cuyo producto es introducido a un mercado determinado; y el distribuidor, quien asume a su riesgo la colocación de los productos del distribuido en el mercado. En este sentido, la doctrina ha entendido al distribuidor como alguien que actúa normalmente por su propia cuenta –en el sentido de que la representación no es un elemento natural del contrato, pero que muy bien puede ser pactada por las partes según la conveniencia de las mismas-, asumiendo los riesgos de negociación de los productos con terceros (Marzorati, Derecho de los Negocios Internacionales. Pág. 393).

Por el tamaño de la inversión necesaria para este tipo de emprendimientos, estos contratos son celebrados por tiempo indeterminado o, si se celebran por tiempo determinado, son objeto de sucesivas reconducciones, lo cual devela la intención de prolongar por tiempo indeterminado el vínculo contractual.

Como consecuencia directa de los dos elementos indicados, la independencia de los contratantes y la indeterminación temporal del vínculo obligacional, la doctrina interpretó, en un principio, que las partes estaban facultadas a rescindir del contrato, sin expresión de causa, mediando un preaviso adecuado y sin que el ejercicio de este derecho genere responsabilidad compensatoria alguna. Esto por la aplicación de las reglas típicas de la contratación por tiempo indeterminado. En este sentido, es pertinente la siguiente cita: “La razón práctica de la indeterminación –que es inten-

cional- de la duración de tales contratos, está en el hecho de que ninguno de los contratantes sabe anticipadamente hasta qué momento el contrato le resultará útil. De aquí, también, la posibilidad de hacer cesar su eficacia ad libitum, previo aviso, por parte de cada uno de ellos (Messineo, Derecho Civil y Comercial, Tomo IV, pág. 482). Asimismo: “La distinta perspectiva del distribuidor, que consiste en la consecución de móviles propios al comprar y vender por su cuenta [...] ha sido destacada por la doctrina europea para negarle, en muchos casos, el derecho a una indemnización en caso de rescisión sin causa, anticipada sin causa o anticipada prevista contractualmente” (Marzorati, opus cit. Pág. 399).

Esta situación de asimetría en los derechos de las partes contratantes generó una justa reacción que concluyó con el reconocimiento de la procedencia de la reparación en los casos de terminación sin causa del vínculo contractual, primero para los casos en los cuales no hubiera mediado preaviso y luego inclusive reconociendo tal derecho al resarcimiento aun en casos en los cuales hubiera existido el preaviso.

Ahora, para determinar la procedencia del agravio principal de la parte demandada, es necesario establecer si el distribuido rescindió en forma justificada el contrato que lo vinculaba y en caso de tratarse de una rescisión con causa, si ésta fue probada en juicio.

Para ello, es necesario hacer una primera precisión en cuanto a la incumbencia de la carga probatoria en estos autos. Es un hecho probado y no discutido que la firma distribuida rescindió el contrato sin previamente recurrir a los estrados judiciales para comprobar la procedencia de la causal invocada –fs. ___. Al respecto el Art. 7° de la Ley N° 194/93 establece: “Las causales mencionadas en el artículo precedente deberán acreditarse ante los Juzgados y Tribunales de la República o en arbitraje si esto fuere convenido. En caso contrario, se presumirá que la cancelación, revocación, modificación o negativa de prórroga es injustificada”. Por tanto, ante la claridad de la norma legal, cabe a la empresa demandada demostrar, fehacientemente, el concurso de una de las causales que justifiquen la rescisión de la relación contractual, ya que ante la duda o falta de elementos probatorios, la presunción legal impone el deber de tener dicho evento como injustificado.

Por ende, la prueba de la existencia de una conducta que amerite la rescisión del contrato debe ser brindada por la parte demandada, es decir, la distribuida, y no puede limitarse a un cúmulo de presunciones, contra

las cuales prima la presunción legal, que obliga al juzgador a dar una interpretación diversa a la pretendida por la demandada a los hechos indiciarios, sino que debe basarse en una prueba cierta, que desmerite la presunción legal establecida en la norma citada.

De esta manera, el hecho de que la Dirección General de Aduanas no haya exigido la identificación de la marca de los productos importados al país o la supuesta rapidez con que la firma hoy demandante logró concluir un nuevo contrato de distribución con otra empresa y realizó los correspondientes trámites burocráticos para su colocación en el mercado nacional, no constituyen prueba de que la demandante haya actuado de tal forma a que se pueda generar un conflicto de intereses. Estos hechos indiciarios deben ser interpretados a la luz de la presunción legal que pesa a favor de la distribuidora, ante la falta de una prueba cierta por parte de la empresa distribuida. No es inoportuno señalar que la propia demandada expresó en su escrito de contestación de demanda –fs. 370 en adelante–, que la mejor forma de probar si la distribuidora importó productos que competían con la línea de productos distribuidos, era a través de los informes aduaneros sobre la importación de dichas mercaderías. El Art. 57 de la Ley N° 1173/85, en su inciso b) claramente exige la presentación de la factura comercial del producto, en la que usualmente consta el nombre comercial de las mercaderías –su marca– y la identidad del vendedor de las mismas. Por si esto no fuera suficiente, el Art. 58 de la mentada Ley establece claramente: “Forma de Declaración en el Despacho de Importación. Las mercaderías deben ser declaradas conforme a la nomenclatura usada en el Arancel de Aduanas en la partida correspondiente. A continuación debe agregarse la denominación comercial. El valor de las mercaderías será declarada de conformidad con las disposiciones legales vigentes en la materia”. La denominación comercial no es otra cosa que la marca de la mercadería o el nombre por el cual dicha mercadería es conocida en el mercado. Por ende, es de esperar que la Autoridad Aduanera cuente con un registro de las marcas de las mercaderías introducidas al país durante la vigencia de la Ley N° 1173/85, aplicable en aquel entonces.

En cuanto a la aplicación de la doctrina de la carga dinámica de las pruebas, debe apuntarse que no es aplicable, dado que existe una previsión legal expresa en sentido contrario, que impone a la empresa distribuida la carga de probar la existencia de la causa o causas justificadas que motivaron la rescisión de contrato. En otros términos, quien debía requerir

copias de los contratos celebrados o de las solicitudes presentadas ante la autoridad administrativa correspondiente con el objeto de demostrar que la distribuidora inició las tratativas y los trámites con miras a la distribución de un nuevo producto que compita con los productos de la empresa distribuida.

Referente a la confesión ficta de la demandada, lo dispuesto por el Art. 302 del Código Procesal y la jurisprudencia elaborada a partir de dicha norma son claros al establecer que su valor debe ser apreciado juntamente con las demás pruebas y de acuerdo con los principios de la sana crítica. Meras presunciones, fundadas en indicios susceptibles igualmente de una interpretación favorable a la adversa, sumadas a una confesión ficta no pueden ser suficientes para relevar de la carga de producir una prueba convincente sobre la existencia de hechos que justifiquen la procedencia de la pretensión de una parte, en este caso de hechos que constituyan una causal justificada de rescisión contractual.

Por lo demás, no puede dejar de indicarse que la causal invocada en el telegrama remitido por la empresa distribuida a la empresa distribuidora, consistió en “no cumplir las expectativas de la distribución”, nada se dice respecto al supuesto conflicto de intereses que recién en los estrados judiciales viene a ser invocado por la parte demandada –f. 147-. Esto hace pensar en que la rescisión del contrato no tuvo por motivo dicho conflicto, por más que en sus escritos la parte demandada pretenda replantear sus alegaciones.

Inclusive, aún en el supuesto que se pretenda asimilar al llamado incumplimiento de las expectativas de distribución de los productos al supuesto del inciso d) de la Ley N° 194/93, debía, irremediablemente el demandado demostrar que efectivamente se produjo una disminución de las ventas o, al menos, que las partes habían pactado un volumen de ventas que finalmente no habría sido logrado. Nada de esto ocurrió en autos. Ni hubo prueba conducente a la demostración de una disminución continuada en el volumen de las ventas, ni se probó la existencia de una convención en la que se haya estipulado metas de ventas que luego hayan sido incumplidas.

Por lo previamente expuesto, puede afirmarse que la parte demandada no ha logrado demostrar la existencia de una justa causa de rescisión del contrato de distribución, por lo que la resolución apelada debe ser confirmada en este punto.

Cabe agregar que el hecho de que la accionante haya reducido sus pretensiones indemnizatorias no constituye por sí mismo un fundamento para el rechazo total de la pretensión. Implica cierta imprecisión al momento de demandar, que obliga a ajustar las pretensiones a aquello que efectivamente resulte probado en autos, pero tal imprecisión no llega al punto de desvirtuar el hecho probado y no controvertido de la rescisión del contrato de distribución, ni tampoco que dicha rescisión fue incausada.

Sobre la agregación de los balances de la empresa YAMA correspondientes a los años 1999, 2000, 2001, no cabe más que apuntar que dicha cuestión ya ha sido decidida por A.I. N° 740, del 31 de octubre de 2003, dictado por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Tercera Sala –fs. 461 a 463-, resolución que se halla firme y que ha pasado a fuerza de cosa juzgada. Por tanto, dichas instrumentales forman parte del material probatorio de estos autos y deben ser evaluadas a la luz de la sana crítica con las demás pruebas producidas.

Específicamente sobre el valor probatorio de dichos balances, para demostrar las utilidades brutas anuales correspondientes a los últimos tres años de ejercicio de la distribución, no puede más que resaltarse la contradicción en la que incurre –nuevamente, como ya lo hiciera respecto de la prueba de informe de la Aduana- el demandado, al afirmar en esta instancia que los balances no pueden constituir una prueba idónea para demostrar las utilidades brutas, cuando a f. 413, enfáticamente expresaba: “Para los casos en que procediese la indemnización de daños y perjuicios por terminación justificada de relación comercial con una firma nacional, la ley establece claramente que deben tenerse en cuenta los tres últimos balances impositivos de la firma perjudicada”, e inclusive, ofreció como prueba el balance correspondiente al año 1999 de la empresa demandante.

Además, el balance impositivo forma parte de la declaración jurada presentada ante la autoridad tributaria a los efectos de proceder a la determinación del monto adeudado en concepto del impuesto correspondiente. Como tal, está sujeta a controles complejos por parte del órgano administrativo, por lo que lo declarado en dichos instrumentos adquiere relevancia particular, como consecuencia de haber sido sometido a dicho control. Este control hace que el balance presentado ante la autoridad impositiva no sea una mera declaración unilateral, sino que lo constituye en un instrumento que genera un alto grado de convicción sobre los datos allí

asentados como consecuencias de la comprobación de los mismos por la autoridad competente.

En cuanto a la aplicación de disposiciones del Decreto Ley N° 7/91, en lo atinente al coeficiente que debe ser aplicado para establecer la indemnización de daños una vez obtenido el promedio de las utilidades brutas anuales del último trienio, no cabe mayor análisis, desde que el recurrente en realidad no se agravió contra el coeficiente aplicado, es decir, no se produjo agravio alguno el que el promedio anual haya sido multiplicado por uno.

Por lo demás, no cabe sino compartir las conclusiones del preopinante en cuanto a la determinación de la indemnización debida y en consecuencia, en cuanto a la confirmación en este punto de la resolución recurrida.

Antes de analizar los agravios vertidos contra la forma en que fueron impuestas las costas por el Tribunal, corresponde primeramente expresarse sobre el pedido de declaración de litigante de mala fe planteado por la demandada, por las consecuencias que dicho pedido puede tener en cuanto a la imposición de las costas del proceso, de conformidad con lo dispuesto por el Art. 56 del Código Procesal Civil. Tal pedido se basa en la medida cautelar solicitada por la demandante consistente en la prohibición de innovar sobre los registros sanitarios de los productos de CUENCA y la prohibición de importación de cualquier producto de CUENCA. Tales medidas serían excesivas e innecesarias para precautelar el derecho a la obtención de un resarcimiento por parte del distribuido. En efecto, el Art. 52 del Código Procesal Civil, en su inciso b) dispone que se reputa litigante de mala fe a quien solicite el diligenciamiento de medidas cautelares evidentemente innecesarias. En el caso de autos, en el que el demandante no pretendió nunca proteger la exclusividad de la distribución de determinados productos, sino por el contrario, tan solo buscó la reparación de los daños provocados como consecuencia de la terminación de la relación contractual, surge patente la futilidad de las medidas cautelares en cuestión, ya que en ningún momento se dirigieron a asegurar un valor, que pueda ser empleado en la satisfacción de una eventual resolución favorable, sino tan solo a obstar que los productos del distribuido sean comercializados en el territorio nacional. Cabe agregar que las medidas cautelares en cuestión han sido revocadas, justamente por ser innecesarias e ineficaces para precautelar las pretensiones de la accionante en estos autos –A.I. N° 405, del

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

26 de julio de 2002, dictado por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Tercera Sala-. Por lo tanto, corresponde declarar litigante de mala fe a la parte actora, en virtud de lo establecido por el Art. 52, inc. b) del Código Procesal Civil.

Por lo tanto, las costas del juicio deben ser impuestas a la parte demandante, de conformidad con lo dispuesto por el Art. 56 del Código Procesal Civil.

A su turno el Ministro Miguel Oscar Bajac manifestó que se adhiere al voto del Ministro Raúl Torres Kirmser por sus mismos fundamentos.

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

Y VISTOS: los méritos del Acuerdo que antecede, la Excelentísima;
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA CIVIL Y COMERCIAL
R E S U E L V E:
DESESTIMAR el Recurso de Nulidad.

CONFIRMAR el Acuerdo y Sentencia Número 53, con fecha 29 de Junio del 2.010, dictado por el Tribunal de Apelación Civil y Comercial, Tercera Sala en cuanto hace lugar a la demanda de indemnización de daños y perjuicios promovida por Yama del Paraguay S.R.L. y condena a la Parte demandada al pago de la suma de Gs. 350.839.998 (Trescientos cincuenta millones ochocientos treinta y nueve mil novecientos noventa y ocho Guaraníes).

DECLARAR Litigante de mala fe a la Parte actora.

IMPONER Costas a la demandante.

ANOTAR, registrar y notificar.

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

Ante mí: Alejandrino Cuevas, Secretario Judicial.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 1223

Cuestión debatida: *El presente Recurso de Apelación se direcciona a determinar existencia de relación contractual y su duración a fin de atribuir o deslindar responsabilidad de la empresa Cook en la recisión unilateral del contrato de distribución a favor de DPM S.R.L.*

CONTRATO DE REPRESENTACIÓN. CONTRATO DE AGENCIA.

Puede decirse sin temor a equívocos que el Agente es un auxiliar del comerciante que se dedica a la promoción, venta o colocación de productos y servicios por cuenta del principal o *dominus negotii*. Estos se da porque el fabricante que ha derivado bienes que desea ubicar en distintos mercados o país determinado para ser conocido y que sus productos tengan mayor salida comercial por lo que se ve obligado a recurrir a agentes para lograr la eficacia en ese cometido (Voto minoría).

CONTRATO DE REPRESENTACIÓN. CONTRATO DE AGENCIA.

La característica peculiar de la agencia, y dada su naturaleza presenta una figura típica por la que el agente actúa como un comisionista, esto es, por cuenta del proponente pero contratando a su propio nombre. Así también, se le denomina “agentes” a sujetos que no sólo actúan por cuenta ajena sino en nombre ajeno. El agente percibe una comisión, sea la modalidad que sea, toda vez que haya preparado, promovido o concertado negocios pero los gastos de su actividad de promoción o representación quedan a su exclusivo cargo (Voto minoría).

LEY N° 194/93. DAÑOS Y PERJUICIOS. Indemnización de daños y perjuicios.

La norma es clara al respecto, si no se justifica causa de terminación de la relación mercantil, obliga al que lo motivó a pagar una indemnización, cuyas pautas, este mismo articulado lo determina de la siguiente manera: a) Duración de la Representación, Agencia o Distribución de los productos correspondientes al fabricante o firma extranjera, en escala ascendente por períodos de dos a cinco años, de más de cinco a diez años, de más de diez a veinte años, de más de veinte a treinta años, de más de treinta a cincuenta años y más de cincuenta años; y, b) Promedio de las utilidades brutas anuales obtenidas por la Representación, Agencia o Distribución durante los tres últimos años de ejercicio de algunas de ellas.

Estas pautas servirán para establecer el monto mínimo de la indemnización por la vía judicial o arbitral” (Voto minoría).

LEY N° 194/93. DAÑOS Y PERJUICIOS. Indemnización de daños y perjuicios.

Entiéndase por utilidad bruta el resultado que irrogue el monto de las ventas netas menos el costo de la mercadería vendida. En los casos que en la relación contractual se haya previsto el pago de comisiones, la utilidad bruta será el monto total de aquellas. Igualmente se acumulará el tiempo de la Representación, Agencia o Distribución en los casos en los que el proveedor extranjero hubiese cambiado de nombre o domicilio y se proporcionase la misma marca al Representante, Agente o Distribuidor local” (Voto minoría).

CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN. CONTRATO DE AGENCIA.

Según que la distribución se haga por el propio fabricante o por otros empresarios independientes se habla de distribución directa o de distribución indirecta o en cadena. En el primero de estos sistemas la distribución suele articularse, por lo general, a través de representantes de comercio o bien mediante la creación de sucursales o de sociedades filiales; en el segundo, la comercialización de los productos y servicios de un empresario se realiza a través de empresarios independientes que pueden estar o no integrados en una red de distribución.

CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN. CONTRATO DE AGENCIA.

LEY N° 194/93.

El elemento de la representación en los términos técnicos del Art. 344 del Cód. Civ., esto es, el de actuar por otra persona imputando a esta absolutamente todas las consecuencias de la actuación, es así un elemento contingente, que puede o no estar presente en el contrato de colaboración empresarial del que se trate. Puede haber, así, agentes con o sin representación, distribuidores con o sin representación, concesionarios con o sin representación; y nada depone a favor de la tesis según la cual un agente es, necesariamente, representante, que es la tesis que hábilmente pretende ver acogida la parte actora, ya que, como se dijo, no es elemento necesario de la figura contractual de la que se trate. Por lo demás, esto surge inequívocamente de la propia sistemática de la Ley N° 194/1993, en cuyo Art. 2.

CONTRATO DE REPRESENTACIÓN. LEY N° 194/93.

Al no celebrarse el negocio jurídico directamente con la accionada, aquella ha quedado desligada de todas las consecuencias jurídicas y económicas del contrato de distribución. Sólo puede reclamársele indemnización por rescisión del contrato de representación comercial celebrado el 20 de abril del 2001 y rescindido el 3 de diciembre de ese mismo año.

CSJ. Sala Civil. 31/08/12. “Distribuidora de Productos para la Medicina S.R.L. c/ Cook Incorporated s/ Indemnización de Daños y Perjuicios” (Ac. y Sent. N° 1223).

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

C U E S T I O N E S :

Es nula la Sentencia apelada?.

En su caso, se halla 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 BAJAC ALBERTINI, dijo: Este recurso no fue interpuesto, no obstante, los órganos en alzada, se encuentran facultados, conforme al Art. 405 del Código Procesal Civil, a analizar la nulidad de la resolución de oficio por considerarse el Recurso de Nulidad contenido implícitamente en el Recurso de Apelación en autos deducido. Así, del estudio de oficio de la resolución no se desprenden vicios o defectos de índole procesal que provoquen su nulidad en los términos de los artículos 113 y 404 del Código Procesal Civil, por lo que debe declararse desierto este recurso. ES MI VOTO.

A SUS TURNOS LOS SEÑORES MINISTROS JOSÉ RAÚL TORRES KIRMSER y CÉSAR ANTONIO GARAY, manifestaron: Adherirse al voto del señor Ministro preopinante por idénticos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO BAJAC ALBERTINI, dijo: En este juicio, la Empresa Distribuidora de Productos para la Medicina S.R.L. (D.P.M. S.R.L.) a través de su representante convencional demandó a Cook Incorporated por la suma de Gs. 581.856.652 en concepto de indemnización daños y perjuicios por rescisión unilateral de contrato en base a lo dispuesto en la Ley N° 194/93, más Gs. 140.770.128 por mercaderías existentes en su poder pertenecientes a la firma.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Por Sentencia Definitiva N° 53 del 17 de Febrero del 2.009, el Juzgado sentenciante resolvió: “HACER LUGAR, con costas, a la presente demanda ordinaria que por Indemnización de Daños y Perjuicios promueve la firma Distribuidora de Productos para La Medicina S.R.L. (D.P.M. S.R.L.) contra Cook Incorporated, en base a las razones expuestas en el exordio de la presente resolución y condenar a la firma demandada Cook Inc. a abonar a la firma DISTRIBUIDORA DE PRODUCTOS PARA LA MEDICINA S.R.L. (DPM SRL), la suma de Guaraníes Quinientos Ochenta y Un Millones Ochocientos Cincuenta y Seis Mil Seiscientos Cincuenta y Dos (Gs. 581.856.652), en concepto de indemnización por cancelación, sin expresión de causa, de la representación y distribución de los productos de la línea Cook, en el plazo de diez (10) días, de haber quedado firme la presente Resolución...”.

Recurrida la mencionada sentencia, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial Cuarta Sala, resolvió: “DECLARAR desierto el recurso de nulidad. REVOCAR la S.D. N° 53 datada el 17 de Febrero de 2.009, dictada por la Jueza en lo Civil y Comercial del Quinto Turno de la Capital, Secretaria N° 9, por los argumentos y con el alcance previsto en este fallo. Imponer las costas a la parte actora. ANOTAR...”.

La Empresa accionante expresó agravios en los términos de su escrito de fs. 369/374, manifestando puntualmente “el error en que incurrió la Cámara es que confunde la figura de Agente de Comercio, al decir que “éste (agente de Comercio) no puede concluir los contratos en nombre y por cuenta del proponente”. Lo cual supuestamente libera al demandado de las responsabilidades incurridas por la rescisión unilateral de contrato regida por la Ley N° 194/93”. Prosiguió “...de igual manera el inferior enfáticamente manifiesta también que el contrato de agencia se debería incluir un clausula de representación contractual, siendo que ni en la doctrina imperante, el código Civil Paraguayo ni en la ley aplicable nada dicen al respecto, es decir, tal requisito no es exigido en nuestra legislación a fin de reclamar su derecho de indemnización...”. En sustento de su posición, señaló no ser determinante para el reclamo cual fue la nomenclatura utilizada en el contrato (de agencia, distribución, representación, etc.) para realizar la distribución de los productos dentro del país por parte de una empresa extranjera, sino la distribución misma de los productos por el tiempo mínimo establecido por la ley. Siendo solo la distribución del producto, lo que determina quién es el sujeto pasivo sobre quién debe dirigirse

la demanda, es este caso Cook que según afirmó, jamás negó ser propietaria de las marcas distribuidas por el plazo de 10 años.

Sobre los descargos vertidos, peticionó la revocatoria de la resolución atacada por ser injusta y omitir pruebas ofrecidas y producidas por su parte, lo que determina la existencia del contrato de Distribución entre Cook Inc. y su mandante DPM S.R.L. y la rescisión unilateral e intempestiva por parte del demandado.

La contraria, contestó los agravios en los términos de su escrito de fs. 377/384, por la cual manifestó que la sentencia recurrida debe ser confirmada teniendo en cuenta los siguientes puntos: “La relación contractual entre Cook y Compus System S.A. era una relación de distribución exclusiva para América Latina, por la cual esa sociedad uruguaya adquiriría de Cook sus productos y los revendía en América Latina por su cuenta y riesgo; como distribuidor exclusivo, Compus System y como empresa con capacidad de auto organización, nombró a su vez distribuidor exclusivo para Paraguay a DPM S.A., también como una decisión propia y por su cuenta y riesgo”. “En el año 2000 Compus System comunicó la finalización del contrato que mantenía con DPM S.R.L. y en abril del siguiente año, Cook, que había quedado sin distribuidor en América Latina, nombró distribuidor a DPM en Paraguay, pero en el mismo mes y año le comunica la terminación de tal distribución”. “La relación contractual fue inferior a al tiempo requerido por la ley 194/93 por lo que exonera a su representado de toda responsabilidad, la cual recae, según sus expresiones, en la empresa Compus System S.A.”.

Sobre el punto, la Juez sentenciante analizando las pruebas diligenciadas por las partes, doctrina que refieren al caso que no ocupa y las normativas previstas en la Ley 194/93, determino que correspondía la indemnización por los diez años de relación comercial entre actor y demandado, fijando la condena en Gs. 581.856.652.

Por el contrario, el Tribunal partió de la premisa de que el actor no incorporó ninguna instrumental en la que constaba que Cook Incorporated haya autorizado a Compus System S.A. para que celebre contratos en nombre y por cuenta del mismo, para concluir que Compus System S.A. actuó en nombre propio, como Agente General de Cook Inc. y no por cuenta de este ultimo mas no se puede admitir que existió ratificación por el demandado del contrato de distribución. Terminó la resolución rechazando la pretensión del actor al atribuirse incorrectamente al demandado una

relación jurídico-comercial que el actor mantenía con otra persona jurídica.

De esta manera relatada, el presente recurso se direcciona a determinar existencia de relación contractual y su duración a fin atribuir o deslindar responsabilidad de la empresa Cook en la recisión unilateral del contrato de distribución a favor de DPM S.R.L.

La Ley N° 194/93 QUE APRUEBA CON MODIFICACIONES EL DECRETO LEY No. 7 DEL 27 DE MARZO DE 1991, POR EL QUE SE ESTABLECE EL REGIMEN LEGAL DE LAS RELACIONES CONTRACTUALES ENTRE FABRICANTES Y FIRMAS DEL EXTERIOR Y PERSONAS FISICAS O JURIDICAS DOMICILIADAS EN EL PARAGUAY, es aplicable al caso que nos ocupa. Se puede leer en su Artículo 1°: “Establécese el régimen legal por el cual se definen las relaciones contractuales para la promoción, venta o colocación dentro del país o de otra área determinada, de productos o servicios, proveídos por fabricantes y firmas extranjeras por medio de Representantes, Agentes o Distribuidores domiciliados en la República y se fijan las pautas de las indemnizaciones que correspondan con motivo del cese, sin expresión de causa, de las relaciones contractuales”.

Partiendo de la conceptualización de la normativa, nos inmiscuimos en el examen cuidadoso de las instrumentales, que dan cuenta de la existencia de una relación contractual entre Cook Incorporated y la empresa uruguaya Compus System S.A., para distribución exclusiva para América Latina. Esta última, adquiría, de Cook Inc. sus productos para revenderlos a toda América Latina. A su vez, como Agente General de Cook Inc. nombró distribuidor exclusivo para Paraguay a DPM S.R.L., en fecha 25 de Febrero de 1.991. Para el 20 de Abril del 2001, la Firma Cook Inc. por si otorgó el carácter de representante comercial exclusivo en territorio paraguayo a la firma DMP S.R.L. para la promoción, venta y registro de sus productos y finalmente, en fecha 3 de Diciembre del 2.001, la firma Cook Inc., nota mediante, manifestó a la Firma DPM S.R.L. la terminación del contrato de distribución entre mas firmas.

El demandante sostiene que su parte ha probado suficientemente la existencia del contrato, haber sido representante comercial de la firma demandada por 10 años, la que se inició a través de la Firma Compus System y esta situación, fue ratificada por Cook Inc. en fecha 20 de Abril del 2.001.

El fallo en alzada, sostiene lo contrario, no se probó autorización alguna de Cook Inc. a Compus System para la celebración de contratos en nombre y cuenta del mismo, y que menos puede hablarse de ratificación al tiempo de la celebración del contrato de fecha 20 de Abril entre Cook Inc. y la firma accionante.

En este sentido discrepo, con la tesis del Ad-quem. Me remito a la lectura de la nota remitida por la Firma demandada a DPM S.R.L. de fs.89. De ella se desprende el reconocimiento a la firma accionante como representante comercial exclusivo en territorio de la Republica del Paraguay. A reglón siguiente lo autoriza a importar y representar oficialmente a Cook en la promoción, venta y el registro de sus productos. Por último, advirtió que dicho acuerdo puede terminar unilateralmente en cualquier momento y que era renovable.

Lo primero es determinar los alcances de la actividad de Compus System como Agente Comercial de Cook Inc. Para ello debemos definir Agencia. Según el Art. 2º inc. b) de la Ley 194/93 que brinda conceptos claros de representación, distribución y muy especialmente, por el interés del caso, de Agencia y dice: Agencia: La relación contractual, debidamente instrumentada, por la cual un fabricante o firma extranjera faculta a una persona natural o jurídica, domiciliada en la República, a intermediar en la gestión, realización o conclusión de negocios o contratos con clientes, dentro del país o cualquier otra área determinada, para la promoción, venta o colocación de productos o servicios, mediando el pago de una comisión.

Por una parte tenemos una persona natural o jurídica –Agente- que se obliga a promover o concluir contratos por cuenta de otra –Principal- y generalmente en exclusividad, y por la otra, el principal, se obliga al pago de una comisión sobre las ventas realizadas por el agente.

Ahora, ¿Cómo opera el Agente? Puede decirse sin temor a equívocos que el Agente es un auxiliar del comerciante que se dedica a la promoción, venta o colocación de productos y servicios por cuenta del principal o dominus negotii. Estos se da porque el fabricante que ha derivado bienes que desea ubicar en distintos mercados o país determinado para ser conocido y que sus productos tengan mayor salida comercial por lo que se ve obligado a recurrir a agentes para lograr la eficacia en ese cometido.

La característica peculiar de la agencia, y dada su naturaleza presenta una figura típica por la que el agente actúa como un comisionista, esto es, por cuenta del proponente pero contratando a su propio nombre.

Así también, se le denomina “agentes” a sujetos que no sólo actúan por cuenta ajena sino en nombre ajeno. El agente percibe una comisión, sea la modalidad que sea, toda vez que haya preparado, promovido o concertado negocios pero los gastos de su actividad de promoción o representación quedan a su exclusivo cargo.

La doctrina argentina, defendida por autores como Fontanarrosa y Ripert, acompaña a estas apreciaciones al decir que, el agente es titular de una compañía para promover o acordar transacciones y asume el riesgo de la misma. Igualmente, el principal sigue corriendo el riesgo de la definitiva colocación de los bienes cuya venta encomendó la función, los gastos consiguientes y el riesgo de la comercialización a los agentes, que los asumen en los lugares que ellos determinen.

De lo expuesto, tenemos definido que la empresa Compus System era Agente Comercial de Cook Inc. –reconocida como Agente comercial según la propia demandada en su contestación de demanda y por su representante legal al tiempo de absolver posiciones- y con tal carácter, contrató por cuenta de Cook Inc. y a su propio nombre por lo que el principal –Cook Inc.- seguía corriendo el riesgo de la colocación de los bienes cuya venta encomendó la función y el riesgo de la comercialización por Compus System y lo principal, la nota del 20 de Abril del 2.001 por parte de Cook Inc. a DPM S.R.L., que otorgó el reconocimiento de parte de la demandada a DPM (accionante) como su representante exclusivo, ratificando con ello todas las gestiones realizadas con anterioridad con la Empresa Compus System, más la prueba confesoria de fs. 150, con los alcances previstos en el Artículo 276 del Código Procesal Civil. Es más, existen suficientes elementos que demuestran haberse realizado actos de venta, promoción de productos de Cook Inc. en el Paraguay por parte de la firma demandante que demuestran lo vertido por el accionante en su escrito inicial y las documentales de fs. 2/65 del cuaderno de pruebas que obra por cuerda separada.

A la luz de esta regla legal de la ley 194/93 queda claro la relación comercial entre Compus Systemn con DPM y la continuidad de esa relación con Cook Inc., lo que habilita, por consiguiente, a revisar el plazo mínimo exigido en el Artículo 4° de la Ley N° 194/93 para determinar la antigüedad de la relación. La actora ofreció documentales obrante por cuerda separada, que exponen el inicio de las actividades comerciales con Compus System S.A. que datan del mes de enero y febrero de 1.991, como despachos

aduaneros de importación de equipamientos médicos, por citar, los que constituyen elementos determinantes para establecer la antigüedad de la relación comercial para la venta y promoción de productos de la Cook Inc., que a la vista de la nota dirigida a DPM sobre la culminación de la relación contractual, en fecha 3 de Diciembre del 2.001, determina el transcurso de 10 años de trato comercial.

Probada la relación jurídica y el lapso de tiempo transcurrido en la función de representante exclusivo en Paraguay de DPM S.R.L., lo que queda es determinar si la cancelación de dicha representación fue sin expresión de causa y por consiguiente, las consecuencias que generan esa circunstancia.

La prueba clave es la nota de Cook Inc. de fs. 73/74 del cuaderno de pruebas, remitida al Señor Juan Portillo por la firma DPM S.R.L. por la cual se le comunica la terminación de la relación de distribución comercial, sin alegar causa justificada a la decisión.

La Ley 194/93 establece cuanto sigue: “Todo fabricante o firma extranjera que fuese parte de alguna de las relaciones contractuales, indicadas en el Artículo 2o. de esta Ley, podrá cancelar, revocar, modificar o negarse a prorrogar la Representación, Agencia o Distribución, **sin expresión de causa, pero estará obligado, en este caso, a pagar una indemnización...** (las negrillas son mías). La norma es clara al respecto, si no se justifica causa de terminación de la relación mercantil, obliga al que lo motivó a pagar una indemnización, cuyas pautas, este mismo articulado lo determina de la siguiente manera: a) Duración de la Representación, Agencia o Distribución de los productos correspondientes al fabricante o firma extranjera, en escala ascendente por períodos de dos a cinco años, de más de cinco a diez años, de más de diez a veinte años, de más de veinte a treinta años, de más de treinta a cincuenta años y más de cincuenta años; y, b) Promedio de las utilidades brutas anuales obtenidas por la Representación, Agencia o Distribución durante los tres últimos años de ejercicio de algunas de ellas. Estas pautas servirán para establecer el monto mínimo de la indemnización por la vía judicial o arbitral”. Así también, el Art. 5 de la misma ley dice: “A los efectos del artículo anterior entiéndese por utilidad bruta el resultado que irrogue el monto de las ventas netas menos el costo de la mercadería vendida. En los casos que en la relación contractual se haya previsto el pago de comisiones, la utilidad bruta será el monto total de aquellas. Igualmente se acumulará el tiempo de la

Representación, Agencia o Distribución en los casos en los que el proveedor extranjero hubiese cambiado de nombre o domicilio y se proporcionase la misma marca al Representante, Agente o Distribuidor local”.

Sentadas estas reglas y probada la relación comercial entre DPM S.R.L. y Cook Inc. por más de diez años, debemos revisar el promedio de utilidades brutas anuales obtenidas por la representación, el cual encontramos a fs. 66/70, correspondientes a los tres últimos periodos de representación de la línea de la firma accionada (años 1998 al 2000). Aplicada la regla ya citada, y efectuados los cálculos aritméticos, finalmente se obtiene la suma de Gs. 581.856.652.

Por las motivaciones expuestas producto de la actividad probatoria en el proceso, me llevan a concluir que el Acuerdo y Sentencia Número 120 de fecha 20 de Agosto del 2.010, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Cuarta Sala de la Capital, debe ser revocado.

Por último, en cuanto a las costas, las mismas deben ser soportadas en esta instancia por la parte perdidosa, conforme al principio general establecido en el Art. 192 del Código Procesal Civil. ES MI VOTO.

A SU TURNO EL SEÑOR MINISTRO JOSÉ RAÚL TORRES KIRMSER, dijo: En el caso de autos resulta muy conveniente reseñar los hechos no controvertidos, a los efectos de delinear el ámbito de la discusión, que quedará así claramente acotado. Conforme lo relata la firma actora, D.P.M. S.R.L., la misma tenía una relación contractual con una firma uruguaya, COMPUS SYSTEM S.A., en virtud de la cual distribuía, en territorio paraguayo, los productos de las firmas Cook Incorporated, Cook Urological y Wilson Cook Medical, todas líneas de Cook Group Inc., firma demandada. Dicha relación contractual con la firma COMPUS SYSTEM S.A., duró aproximadamente hasta el año 2001. En dicha fecha, específicamente, el 20 de abril de 2001 –hecho no controvertido- la relación contractual se materializó ya directamente con el productor, Cook Inc., y duró hasta fines de dicho año, fecha en la que dicha firma rescindió unilateralmente el contrato.

Hasta aquí los términos compartidos por las partes. La discusión se centra, exclusivamente en el carácter en el cual COMPUS SYSTEM S.A. contrató con la firma actora. La demandante, D.P.M. S.R.L., considera que COMPUS SYSTEM S.A. actuó como representante, es decir, en nombre y representación de Cook Inc., mientras que Cook Inc. sostiene que COMPUS SYSTEM S.A. no tenía su representación, es decir, actuaba de modo

autónomo e independiente. Esta diferencia es fundamental, pues incide directamente en el plazo de duración de la relación contractual entre Cook Inc. Y D.P.M. S.R.L., plazo que determina el monto de la indemnización debida en virtud de la Ley 194/1993. De haber representación por parte de COMPUS SYSTEM S.A., es claro que la duración de la relación con Cook Inc. se extiende por todo el período durante el cual actuó por medio de su representante, a norma de la clara disposición del art. 344 del Cód. Civ.; mientras que si no la hubiere, la relación con COMPUS SYSTEM S.A. es autónoma y no es atribuible a la esfera jurídica de Cook Inc.

Desde el punto de vista doctrinario, es claro que nos encontramos frente a un contrato de colaboración empresarial, *genus* dentro del cual se encuentran, muchas veces entremezclados y sin líneas de deslinde precisas, contratos de concesión, agencia, distribución, representación, suministro, etc. En este sentido, “lo esencial del fenómeno en los contratos de colaboración es que hay una delegación gestoria, mediante la cual se diversifica el titular del interés y la persona que realiza el acto, pero no hay, habitualmente, representación y por lo tanto no existe eficacia directa, lo que se observa claramente tanto en la distribución *stricto sensu*, como en la concesión y en la franquicia”. (Lorenzetti, Ricardo Luis. *Tratado de los Contratos*. Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2ª ed., 2007, tomo I, p. 548). “Es habitual presentar esta materia mediante el estudio separado de contratos como la agencia, concesión, suministro, distribución, franquicia. La distribución actual no se agota en estos contratos, ya que existen múltiples formas que agregan elementos particulares a estos contratos con tipicidad social; existen sectores económicos que tienen su propia fisionomía contractual; hay contratos que no son de distribución, pero que son reformulados con una finalidad distributiva” (Lorenzetti, Ricardo Luis. *Tratado de los Contratos*. Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2ª ed., 2007, tomo I, p. 527). “Cuando la opción se decante por encargar o confiar la misión a terceras personas, el instrumento lógico para ello es un instrumento de carácter contractual, y aparecen así una serie de contratos que más que contratos de distribución o contratos en distribución, pueden denominarse contratos de integración en una organización empresarial o contratos de colaboración entre empresarios”. (Diez-Picazo, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Navarra, Civitas, 1ª ed., 2010, tomo IV, p. 441).

Vemos así que lo que interesa no es tanto la denominación que se le quiera dar al contrato, sino la existencia de una colaboración empresarial,

una integración en una determinada estructura que permita diversificar los canales de acceso al público consumidor. Esta estructura, esta integración económica, puede o no incorporar el elemento de la representación comercial. El apelante, en esta instancia, invoca la figura del agente de comercio (fs. 370/371), pero el agente de comercio, al igual que el concesionario, el distribuidor, etc., puede operar en el mercado con o sin representación: “Según que la distribución se haga por el propio fabricante o por otros empresarios independientes se habla de distribución directa o de distribución indirecta o en cadena. En el primero de estos sistemas la distribución suele articularse, por lo general, a través de representantes de comercio o bien mediante la creación de sucursales o de sociedades filiales; en el segundo, la comercialización de los productos y servicios de un empresario se realiza a través de empresarios independientes que pueden estar o no integrados en una red de distribución” (Alonso Soto, Ricardo. Los contratos de distribución comercial, en: Uría, Rodrigo y Menéndez, Aurelio. Curso de Derecho Mercantil II. Navarra, Civitas, 2ª ed., 2007, tomo II, p. 178). El propio apelante invoca citas doctrinarias según las cuales el agente de comercio “actúa de forma autónoma” (f. 370).

El elemento de la representación en los términos técnicos del art. 344 del Cód. Civ., esto es, el de actuar por otra persona imputando a esta absolutamente todas las consecuencias de la actuación, es así un elemento contingente, que puede o no estar presente en el contrato de colaboración empresarial del que se trate. Puede haber, así, agentes con o sin representación, distribuidores con o sin representación, concesionarios con o sin representación; y nada depone a favor de la tesis según la cual un agente es, necesariamente, representante, que es la tesis que hábilmente pretende ver acogida la parte actora, ya que, como se dijo, no es elemento necesario de la figura contractual de la que se trate. Por lo demás, esto surge inequívocamente de la propia sistemática de la Ley 194/1993, en cuyo art. 2, en la definición de las figuras contractuales, se distingue siempre entre “fabricante o firma”, distinción que no tendría sentido si la representación fuese elemento integrante de la economía contractual. Si toda firma – agente o distribuidor- fuese representante del fabricante o proveedor, no habría distinción jurídica entre una y otra, desde que el acto del representante se reputa celebrado por el representado. La posibilidad de que el agente sea el fabricante u otra firma, indica inequívocamente que puede ser un sujeto de derecho distinto del fabricante, que no lo representa.

Desde la perspectiva dogmática, así, no hay contrato de agencia que conlleve necesariamente, como elemento intrínseco, la representación. A esto debe agregarse que el actor, sutilmente, lleva la discusión hacia ese campo, cuando que en primera instancia, en realidad, había hablado de la figura de distribución, asignando a la firma Compus System S.A. –relación que es la que interesa desentrañar- la calidad de distribuidora, aunque presuntamente esta invocaría la calidad de Agente General exclusivo (f. 6). En realidad, a lo largo de toda la discusión procesal, hubo una confusión y utilización promiscua de los términos de agencia, representación, distribución, sin que se haya delineado una discusión tendiente a la delimitación exacta de las distinciones entre dichas figuras, sino más bien a la existencia de representación, es decir, de actuación en nombre y por cuenta ajena; en este caso, de Cook Inc.

Corresponde, pues, examinar las instrumentales a fin de determinar el título del cual el actor pretende que su derecho derive. Y aquí es decisivo subrayar que, para que pueda hablarse de representación en sentido técnico, es indispensable y decisivo, más allá de las denominaciones y de la utilización promiscua de los términos, el requisito de la *contemplatio domini*, es decir, el invocar la representación ajena, el actuar por otro. Así lo indica, claramente, el art. 345 del Cód. Civ., y lo confirma la normativa especial del mandato, a tenor del art. 897 del mismo cuerpo legal, según el cual si el mandatario obra los actos del encargo en su propio nombre, el mandante no se obliga respecto de terceros. Es decir, la representación requiere la invocación de la calidad de tal.

Y es aquí donde el documento presentado por el actor demuestra su insuficiencia. La instrumental de f. 20, le asigna a D.P.M. S.R.L. la calidad de distribuidor exclusivo de los productos de la demandada, y no existe *contemplatio domini* alguna, es decir, COMPUS SYSTEM S.A., en dicho acto, no invoca la calidad de representante. COMPUS SYSTEM S.A. invoca la figura de Agente General Exclusivo – agencia que, como lo vimos, puede ser con o sin representación-, pero no imputa las consecuencias de sus actos a Cook Inc. en los términos de los artículos indicados líneas arriba. No invoca la representación de Cook Inc., no indica la acreditación de su calidad de representante, no imputa la actuación directamente a Cook Inc. Compus System S.A. actúa por sí, en su propio nombre, con hoja membretada de su empresa -elemento este de alta significación en el tráfico comercial, puesto que de ser representante haría constar dicha calidad,

lo que permite invocar el art. 2 de la Ley del Comerciante-, y de ahí, una vez más, la calidad de distribuidor exclusivo.

A este respecto, síntoma de la promiscuidad de términos es que en el propio documento de f. 20 se utilizan indistintamente los términos “Agente General Exclusivo” y “Distribuidor exclusivo”, y es esta leyenda la que también se aprecia en el membrete. De nuevo, esto indica, inequívocamente, que el nombre de la relación contractual es un elemento muy secundario frente a la presencia o no de *contemplatio domini*, de invocación de la calidad de representante y de imputación de las consecuencias de los actos realizados al representado. Ello, en la instrumental de f. 20, no ocurre de ningún modo. *Compus System S.A.* actúa por sí, en nombre propio, confiando por sí la calidad de distribuidor e invocando un derecho propio a nombrar distribuidores, sin evocar en ningún momento representación.

Siendo, pues, la figura de distribuidor la invocada –aun promiscuamente-, cabe destacar que tampoco a su respecto la representación es elemento necesario: “En sentido estricto, es el contrato mediante el cual se asume el compromiso de vender a otro, en forma estable y exclusiva, productos en una determinada zona. No hay representación, hay transmisión de la propiedad, y, como consecuencia de ello, el distribuidor soporta las consecuencias frente a terceros que no se trasladan al proveedor” (Lorenzetti, Ricardo Luis. *Tratado de los Contratos*. Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2ª ed., 2007, tomo I, p. 528). Una de las características de la distribución es que “no hay representación, aunque nada impide pactarla, puesto que el distribuidor obra a su propio nombre y por su cuenta. Como efecto de ello, el distribuidor soporta las consecuencias de su obrar frente a terceros, que no se trasladan al proveedor”. (Lorenzetti, Ricardo Luis. *Tratado de los Contratos*. Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2ª ed., 2007, tomo I, pp. 621-622). En términos más sencillos, “el contrato de distribución es un contrato de colaboración entre concedente y distribuidor, pero no existe representación alguna”. (Farina, Juan M. *Contratos comerciales modernos*. Buenos Aires, Astrea, 3ª ed., 2005, tomo I, p. 92). “Los contratos de distribución en sentido estricto son aquellos en los que el productor o fabricante acuerda con el distribuidor la entrega de un bien para su reventa en una zona determinada (...). En estos contratos el distribuidor actúa por cuenta propia y, por lo tanto, asume el riesgo empresarial de las operaciones en que interviene”. (Alonso Soto, Ricardo. *Los contratos de distribu-*

ción comercial, en: Uría, Rodrigo y Menéndez, Aurelio. Curso de Derecho Mercantil II. Navarra, Civitas, 2ª ed., 2007, tomo II, p. 191).

Comprobamos así, una vez más, que tampoco respecto de esta figura se comprueba una representación necesaria e inherente a la figura; que por lo demás tampoco fue pactada en el caso concreto. A esto debe sumarse que en la ejecución de la relación contractual con Compus System S.A. – elemento primario de interpretación a la luz del art. 708 del Cód. Civ.-, todos los despachos de importación provenían directamente de esta firma. Es decir, en ningún momento se compró directamente de Cook Inc., ni a través de representante, sino de una firma distinta del fabricante, en los términos del art. 2 inc. c) de la Ley 194/1993, firma que es precisamente Compus System S.A. Así lo demuestran las instrumentales de fs. 6, 7, 11, 13, 15, 16, obrantes en el expediente adjunto que contiene documentos varios atinentes al presente juicio.

Esto se confirma, también, por lo expuesto en el dictamen pericial – cuya impugnación se rechazó por A.I. Nº 1363, de fecha 3 de julio de 2007, f. 314, y que fue agregado por A.I. Nº 47, de fecha 17 de febrero de 2006, f. 289 vlto.-, según el cual no se hizo ninguna importación directa de Cook Inc. en los ejercicios de los años 1998 a 2000. De ser Compus System S.A. representante de Cook Inc., no habría distinción entre una y otra persona y la relación contractual se desarrollaría directamente con esta última. Nada de esto ha sucedido, pues los despachos aduaneros, la correspondencia comercial y el informe pericial coinciden en indicar que la relación se mantuvo con Compus System S.A., que actúa en su propio nombre, al no invocar, ni haberlo hecho nunca, la representación de Cook Inc.

De este modo, es claro que la relación con Cook Inc. se inicia recién el 20 de abril de 2001, conforme lo expone el propio actor (f. 7), ya que la relación anterior, con Compus System S.A., es con una persona jurídica distinta a Cook Inc., que no invocó representación. Es decir, no puede hablarse de relación “directa” o “indirecta”: la relación con Compus System S.A., al no haber esta invocado representación, es una relación jurídicamente distinta de la existente con Cook Inc., y esta no es continuación de aquella, por ser, precisamente, distintas. Así las cosas, desde el 20 de abril de 2001 hasta el 3 de diciembre de 2001, fecha de la culminación de la relación contractual, siempre por las postulaciones del actor (f. 7), no transcurrió el plazo mínimo de dos años que prevé el art. 4 inc. a) de la Ley 194/1993 para la procedencia de la indemnización ex art. 4 y 5 de la

citada disposición; por lo que la misma resulta improcedente, por las motivaciones expuestas, que coinciden en lo sustancial con las de la sentencia en recurso.

De pasada, el apelante refiere a la existencia de un stock de productos remanente. Habremos de decir, brevemente, que esto encuadra dentro de las disposiciones de la Ley 194/1993, específicamente en su art. 8. Este rubro de indemnización fue reclamado en la instancia originaria, de acuerdo al punto décimo del petitorio del escrito de demanda (f. 14), pero la sentencia de primera instancia lo rechazó, conforme se aprecia a f. 332, en el segundo párrafo de la decisión. Ante dicho rechazo, la parte actora no lo apeló, por lo que consintió la exclusión definitiva de dicho rubro indemnizatorio, que por ende no forma objeto de los agravios a estudiar en esta instancia en los términos del art. 420 del Cód. Proc. Civ., al no haber sido materia de recurso.

De este modo, la sentencia apelada, atentos a lo expuesto, se ajusta a derecho, por lo que debe ser confirmada. En cuanto a las costas, la dificultad de la cuestión, la promiscuidad de los términos utilizados y la ausencia de una asignación de significado técnico concreto a los mismos; así como la advertencia de tal situación por parte de la propia doctrina, que insiste más en el *genus* que en la calificación individual de este tipo de contratación, pudieron, sin dudas, vistas las aristas peculiares del caso, generar en el actor una razón fundada para litigar, lo que amerita imponer las costas por su orden en las tres instancias, conforme lo permiten los arts. 193, 203, 205 y 206 del Cód. Proc. Civ. Así voto.

A SU TURNO EL SEÑOR MINISTRO CÉSAR ANTONIO GARAY, dijo: Para determinar si es o no procedente el reclamo por indemnización de daños y perjuicios, por causal de rescisión de contrato de distribución, es menester indagar -en primer lugar- si existió nexo causal o relación comercial entre las Partes.

La accionante sostuvo que el 25 de Febrero de 1.991, la firma Compus System S.A., en su carácter de Agente General exclusivo para América Latina de la firma Cook Incorporated, le otorgó la distribución exclusiva – en el territorio paraguayo- de los productos de la citada empresa, señalando que la distribución se extendía a las marcas Cook Incorporated, Cook Urological y Wilson Cook Medical Inc.. Esgrimió que esa actividad fue otorgada por la capacidad que tenía Compus System S.A. de nombrar distribuidores para América Latina, por cuenta y orden de Cook Incorpora-

ted, Cook Urological y Wilson Cook Medical Inc. (fs. 6). La accionada esgrimió que no otorgó a la accionante representación o distribución comercial alguna, afirmando que la firma Compus System S.A. concedió a la actora la distribución comercial por su cuenta y riesgo. Señaló que el 20 de Abril del 2.001, dio a la accionante la representación de sus marcas, por lo que recién desde esa fecha podía reclamársele indemnización por rescisión de contrato, solicitando la exclusión de toda responsabilidad que no surja desde la citada fecha (fs. 69/70).

De las pruebas practicadas en Juicio revisten mayor importancia y trascendencia las documentales (vr. gr.: poderes, cartas, despachos de importación, etc.), pues se trata de dilucidar relaciones comerciales.

En el caso, resulta incontrovertible e incuestionable, por las Partes, que la firma Compus System S.A., en oportunidad de celebrar contrato de distribución con la accionante, era Agente General exclusivo para América Latina de la firma demandada, con Derecho a nombrar distribuidores. Esa circunstancia fue corroborada, además, con documentos obrantes a fs. 24/25 y por Escritura Pública N° 28, del 4 de Febrero de 1.998, autorizada por el Escribano Público Fabio Ubaldo Quiñónez, en virtud de la cual la actora solicitó transcripción del poder otorgado por Compus System S.A., la que dice: “COMPUS SYSTEM S. A..... en su carácter de Agente General Exclusivo para América Latina de la firma COOK INC.... certifica que la firma D.P.M.... es nuestro distribuidor exclusivo para la comercialización de dichos productos en el territorio Paraguayo hasta que se notifique lo contrario... así como nuestro carácter de Distribuidores Exclusivos para América Latina, con derecho a nombrar distribuidores...”; inscripto en la Dirección General de Registros Públicos, conforme surge de fs. 28/32.

Sin embargo, el hecho que Compus System S.A. sea Agente General exclusivo para América Latina, de la firma demandada, no implica que tenga –automáticamente- la facultad de celebrar actos jurídicos, en nombre y por cuenta de la accionada, pues el agente puede actuar con o sin representación de su preponente.

Farina ilustra: “Cuando el agente de comercio actúa en nombre de su preponente en virtud de estar investido de la facultad de representar, es indudable que el vínculo jurídico se establece en forma directa e inmediata entre tercero y preponente, de modo que los derechos y obligaciones son asumidos por ellos desde el momento mismo de la celebración del ne-

gocio. El representante obliga a su representado en la medida que actúa dentro de los límites del poder conferida” (Contratos Modernos, pág. 409).

El citado autor hace mención a Fallo dictado por la Cámara de Apelación, que resolvió: “La actora pretende atribuir al carácter de representación ejercida por los agentes o concesionarios una extensión que no aparece en ninguna disposición legal y, en consecuencia, si de las relaciones contractuales establecidas entre las partes no aparece discernida la facultad para que el agente o representante pueda obligar al fabricante o industrial, no puede inferirse obligaciones que la ley no prevé” (Ibidem: pág. 411).

Resulta irrefutable que el Contrato de Agencia guarda estrecha relación con el mandato comercial, pero “... frente a terceros con quienes el agente celebra los negocios jurídicos, su actividad se presenta como un ejercicio autónomo e independiente” (CN Com, Sala B, 4/12/85).

Por lo demás, si bien las muestras fotográficas obrantes a fs. 2/4, son eficientes para demostrar que la accionante participaba en Congresos Internacionales, en su carácter de distribuidora de la marca Cook, no son idóneas y conducentes para acreditar el nexo causal con la accionada. Tampoco de los documentos aduaneros se constata que la demandada haya contratado directamente con la actora para distribución de productos. Al contrario, de esos documentos se advierten que era Compus System la que se relacionaba -por su propia cuenta- con la accionante (vide: fs. 5, 7, 13, 15/7). La actora presentó documentos obrantes a fs. 86/96, referentes a comprobantes de encomiendas que fueron emitidos por DHL Internacional. Sin embargo, esos documentos no fueron agregados oportunamente como prueba documental y, por vía informativa, la empresa DHL Express, comunicó que no podía informar si fue remitida algún tipo de encomienda “por carecer de registros físicos de envíos provenientes del exterior” (fs. 180), razón por la que dicha diligencia carece de valor probatorio.

Surge, entonces, que no existe documentación o elemento probatorio alguno que demuestre o acredite –siquiera someramente- que entre el 25 de Febrero de 1.991 hasta el 31 de Diciembre del 2.000, la accionada haya otorgado autorización a Compus System S.A. para actuar en su nombre y representación, por lo que se asume que el contrato de distribución fue otorgado por cuenta exclusiva de aquella empresa, que –en su caso- responderá por las obligaciones derivadas del contrato, en su carácter de persona jurídica, a tenor de lo dispuesto en el Artículo 98 del Código Civil.

JURISPRUDENCIA

Al no celebrarse el negocio jurídico directamente con la accionada, aquella ha quedado desligada de todas las consecuencias jurídicas y económicas del contrato de distribución. Sólo puede reclamársele indemnización por rescisión del contrato de representación comercial celebrado el 20 de Abril del 2.001 y rescindido el 3 de Diciembre de ese mismo año.

Sin embargo, entre una y otra fecha no ha transcurrido el plazo legal para la procedencia de la indemnización, en los términos de los Artículos 4 y 5 de la Ley N° 194/1.993, por lo que el reclamo resulta improcedente.

A tenor de lo expuesto, corresponde en Derecho confirmar el Fallo impugnado, con imposición de Costas en el orden causado, razonablemente considerando que la firma accionante pudo tener razón probable para litigar, según lo dispuesto en el Artículo 193 del Código Procesal Civil. Así voto.

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

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

R E S U E L V E:

DECLARAR DESIERTO el recurso de nulidad.

CONFIRMAR, el Acuerdo y Sentencia Número 120 de fecha 20 de Agosto del 2.010, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Cuarta Sala de esta Capital, de conformidad a los argumentos y alcances expuestos en el considerando.

IMPONER las costas por su orden en las tres instancias.

ANOTAR, registrar y notificar.

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

Ante mí: Karinna Penoni de Bellassai, Secretaria Judicial.

TRIBUNAL DE APELACIÓN CIVIL Y COMERCIAL

ACUERDO Y SENTENCIA N° 191

Cuestión debatida: *El apelante se agravia de la Resolución recaída en Primera Instancia por considerar que ha probado la relación contractual entre las partes, y los daños causados por el hecho antijurídico de la cancelación de la representación y distribución de los pañales Huggies sin expresión de causa por parte de la firma KIMBERLY CLARK CORP USA.*

LEY N° 194/93. Marco regulatorio. Representantes, agentes o distribuidores. CONTRATO. Prueba del contrato.

La Ley que regula las cuestiones vinculadas a las pretensiones de las partes (N° 194 del 6 de julio de 1993), es específica debido precisamente a ese particular relacionamiento a través de determinados actos propios de comercio internacional debidos a la promoción, representación o gestión por servicios o productos diversos de firmas proveedoras ofertantes afinadas en país extranjero. Debido a ello, dicha regulación que integra el orden positivo en vigencia, distingue entre representantes, agentes o distribuidores, siguiendo principios tradicionales, comunes y básicos del Derecho privado, tales como lo son la amplia libertad en las convenciones (Arts. 669 y 715 del C.C.); la suficiencia del instrumento privado; la interpretación favorable a la validez del acto (Arts. 699, inc. c), 701, 711, 712, 713 y 714, etc.). En este sentido, la ley específica en primer lugar hace obligatorio el contrato para la demostración del relacionamiento y, establecido éste, le serán aplicados los presupuestos condicionantes de validez (total o parcialmente), v.gr., la obligatoriedad de la equidad y buena fe (Arts. 671, 689, 691), o para justificar el resarcimiento cuando medie cese sin expresión de causa (Art. 1° de la ley citada).

CONTRATO. Contrato formal. Requisitos.

De constancias del *sub exámine*, el contrato formal a través de instrumento no resultaba obligatorio porque la referida ley es posterior (1993), al relacionamiento contractual de representación que dice haber

tenido la accionante desde el año 1991 pero no en forma directa sino en base a una suerte de triangulación cuyo punto intermedio y vinculante entre actora y demandada resulta ser Kimberly Clark do Brasil. Para la accionada esto no es verdad desde que el contrato de fs. 750 es autónomo; es decir referido exclusivamente a la firma brasileña y la actora Makrosa. Posteriormente, dicha firma brasileña es comprada por la similar Melhoramentos Papeis S.A., la que a su vez se relaciona con la que es individualizada como “distribuidora y aliada estratégica mundial en el Paraguay”, Unilever Capsa del Paraguay S.A.

JUICIO ORDINARIO. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS. Requisitos para la procedencia de la reparación de daños.

Como toda demanda en la que se reclama reparación económica derivada de daños y perjuicios, necesariamente tienen que confluir estos elementos: hecho dañoso e injusto; responsabilidad en el agente productor, derecho a ser indemnizado en el reclamante y, finalmente, la demostración eficiente de la cantidad o suma de dinero objeto del resarcimiento. En el tema, la actora habla de la importancia de “la inversión publicitaria”, como así también del volumen de compras de la firma accionada, apreciada en US\$. 3.162.116 dólares americanos, a los que se agregarán el 18% por despachos aduaneros y 27% el valor de salida por venta. También está la suma de US\$. 2.000 referida a la moneda estadounidense por mercaderías en depósito que, por la abrupta y unilateral interrupción del contrato ya no pudieron ser comercializadas. Posteriormente se amplía la demanda alegándose hechos nuevos y manifestando que: “...tenemos que el mercado calculado sobre el año 1996 que nos quitan Kimberly Clark Corporation al otorgar la distribución a Unilever Capsa está en el orden de US\$. 2.082.296 por año, a precios de ventas, según cuadro adjunto. Realizando una Proyección para el año 1997, considerando el crecimiento del último año, tendremos que el mercado podría representar US\$. 2.554.353...”. El A-quo en la parte final de su considerando ha dicho: “... las pruebas allegadas al juicio no acreditan la relación de hecho entre las partes antes de la vigencia de la Ley N° 194/93, por lo que, necesariamente la respuesta al eventual vínculo entre los litigantes es negativa, debiendo pues hacerse lugar a la falta de acción opuesta como medio general de defensa, por la demandada. Que siendo así, se hace innecesario entrar a analizar el derecho a percibir la indemnización y el quantum de la misma. Que en relación

a las costas, la conclusión a que ha llegado el Juzgado es una cuestión opinable, por lo que creemos apropiada imponer las costas en el orden causado”

JUICIO ORDINARIO. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS. Requisitos para la procedencia de la reparación de daños. PRUEBA.

De acuerdo a lo que precedentemente dicho, para las cuestiones en donde se reclama indemnización por hecho dañoso, el estudio del primer punto, como lo ha hecho notar el A-quo, es prioritario pues de no haber vinculación entre las partes los demás carecen de objetivo. Por ello es que se analizará si entre las partes de este proceso hubo o no contrato no escrito y que de acuerdo al normal relacionamiento comercial internacional, Kimberly Clark Corporation por decisión unilateral y antijurídica, dejó sin efecto el contrato de representación que tenía desde el año 1991 con la firma demandante Makrosa.

JUICIO ORDINARIO. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS. Requisitos para la procedencia de la reparación de daños. PRUEBA. Valoración de las pruebas.

En el tema, la actora habla de la importancia de “la inversión publicitaria”, como así también del volumen de compras de la firma accionada, apreciada en US\$. 3.162.116 dólares americanos, a los que se agregarán el 18% por despachos aduaneros y 27% el valor de salida por venta. También está la suma de US\$. 2.000 referida a la moneda estadounidense por mercaderías en depósito que, por la abrupta y unilateral interrupción del contrato ya no pudieron ser comercializadas. Posteriormente se amplía la demanda alegándose hechos nuevos y manifestando que: “...tenemos que el mercado calculado sobre el año 1996 que nos quitan Kimberly Clark Corporation al otorgar la distribución a Unilever Capsa está en el orden de US\$. 2.082.296 por año, a precios de ventas, según cuadro adjunto. Realizando una Proyección para el año 1997, considerando el crecimiento del último año, tendremos que el mercado podría representar US\$. 2.554.353. El A-quo en la parte final de su considerando ha dicho: “...las pruebas allegadas al juicio no acreditan la relación de hecho entre las partes antes de la vigencia de la Ley N° 194/93, por lo que, necesariamente la respuesta al eventual vínculo entre los litigantes es negativa, debiendo pues hacerse lugar a la falta de acción opuesta como medio general de defensa, por la demandada. Que siendo así, se hace innecesario entrar a analizar el dere-

cho a percibir la indemnización y el quantum de la misma. Que en relación a las costas, la conclusión a que ha llegado el Juzgado es una cuestión opinable, por lo que creemos apropiada imponer las costas en el orden causado"... sic.

MAGISTRADO. Función jurisdiccional. PRUEBA. PRUEBA DE PERITOS. Dictamen pericial. Apreciación de la prueba pericial.

Un comentario especial merece la prueba pericial rendida en autos por cuanto en la demanda se ha dicho que "...para establecer el monto mínimo de la indemnización deberá practicarse en el período de pruebas por vía de la pericia contable...", lo que significa que el tema propuesto a Informe pericial no puede incluir un juicio de derecho sobre si hubo o no contrato entre las partes según interpretación sobre el contrato suscripto entre Makrosa y Kimberly Clark do Brasil Ltda. (informe de los Peritos Cubilla y Lemir); otro tanto ocurre con Víctor Mora Gómez que absuelve posiciones por la firma actora en donde luego de sentar posición de que entre actora y demandada no hubo relación contractual pero que a su entender se dio por consentimiento tácito a través de un ejecutivo de la accionada. La función jurisdiccional es indelegable y, en este aspecto la juridicidad de un acto solamente puede ser determinado por el órgano de tal carácter, debido a ello ni los testigos ni los peritos pueden hacer juicio de valor de lo que corresponde en exclusiva al juzgador. Por ello deviene oportuno hacer mención a la pericia como elemento de convicción recordando que en materia de pruebas y específicamente la citada, su presencia en el proceso resulta de la necesidad de profundizar un conocimiento por medio de experto en el tema, arte, profesión o industria. Por el motivo expuesto, se constituye en auxiliar necesario y en algunos casos decididamente indispensables. Pero, aun así, su gran importancia, no permite al perito que consciente o inconscientemente, emita juicio de valoración jurídica, función que le corresponde exclusivamente al juzgador. Por ello es que Carlos A. Machado Schiaffino en "Pericias", Edic. La Roca, Bs. Aires, pone énfasis en dicha diferenciación manifestando que "...la labor del perito se basa en una ciencia; la periciología que, si bien ha alcanzado suficiente madurez, asegurando una vida independiente; no obstante, no siempre logra superar definitivamente el error. De ahí entonces surge la justificación de que la decisión en definitiva instancia corresponde como función propia del juzgador...". Su presencia procesal resulta del conocimiento experto sobre asun-

to específico, “...dirigido al desentrañar un arte en lo posible; no está por tanto destinado a establecer medios de prueba sino a brindar al Juez los elementos de apreciación a fin de evitar..., toda injerencia en la parte jurídica del debate, (Recuell Sirey, Peritaje Judicial, op. cit.)

Tapel. Civ. y Com. Segunda Sala. 21/12/00. “Makrosa C.I.S.A c/ Clark Corp USA s/ Indemnización de Daños y Perjuicios” (Ac. y Sent. Nº 191).

¿Es nula la sentencia apelada?

En caso negativo, está ajustada a derecho?

A la primera cuestión el Dr. Baez Maiola dijo: la parte recurrente del respectivo recurso ha desistido expresamente y así debe dársele por no hallar vicio que pueda justificar una declaración ex officio.

A sus turnos los doctores Zuccolillo Garay de Vouga y Domínguez, votaron en el mismo sentido.

A la segunda cuestión el doctor Báez Maiola prosiguió diciendo: Ambas partes han recurrido por apelación; la demandada, por cuanto las costas han sido dispuestas en el orden causado; la otra por considerarse agraviada por lo resuelto en la sentencia, pidiendo en consecuencia su revocatoria. Resulta obvio que el estudio debe empezar por la apelación total ya que la segunda depende del resultado de aquélla. Al examinar las constancias del proceso, surge que éste se inicia por demanda en reclamo de indemnización de daños y perjuicios por el hecho antijurídico “... de cancelar la representación y distribución de los pañales “Huggies” sin expresión de causa. Esta misma disposición en este caso, le obliga a pagar una indemnización, fijando las pautas mínimas para establecer el monto y que constituye la causa principal de esta demanda... sic”. Las partes convienen que entre ellas no hubo contrato escrito, pero mientras la demandada sostiene que tampoco lo fue bajo forma tácita, la accionante afirma lo contrario, lo cual dice tener demostración por los distintos medios ofrecidos, tales como el haber realizado por cuenta propia gastos de propaganda y de publicidad “...enunciando que es el representante, agente o distribuidor de los productos o servicios del fabricante o firma extranjera, con el conocimiento de ello por parte de dicho fabricante o firma sin haber existido oposición, se presenta ejemplares de la publicidad realizada en diversos periódicos de gran circulación, así como detalle de las facturas de pago por publicidad y por espacios televisivos acompañando un video con los cortos publicitarios de promoción de los productos de Kimberly Clark USA., actividades éstas

referidas a imponer la marca que se presenta con su número de despacho, números de factura comercial, monto y moneda, de los años 1991, 1992, 1993, 1994, 1995, 1996 y 1997, prueban con suficiencia que se han realizado operaciones mercantiles con el acuerdo tácito de la Empresa norteamericana a partir del año 1991, conforme así se regula en el Art. 12 inc. d) de la Ley N° 194/93... sic”.

La Ley que regula las cuestiones vinculadas a las pretensiones de las partes (N° 194 del 6 de julio de 1993), es específica debido precisamente a ese particular relacionamiento a través de determinados actos propios de comercio internacional debidos a la promoción, representación o gestión por servicios o productos diversos de firmas proveedoras ofertantes afincadas en país extranjero. Debido a ello, dicha regulación que integra el orden positivo en vigencia, distingue entre representantes, agentes o distribuidores, siguiendo principios tradicionales, comunes y básicos del Derecho privado, tales como lo son la amplia libertad en las convenciones (Arts. 669 y 715 del C.C.); la suficiencia del instrumento privado; la interpretación favorable a la validez del acto (Arts. 699, inc. c), 701, 711, 712, 713 y 714, etc.). En este sentido, la ley específica en primer lugar hace obligatorio el contrato para la demostración del relacionamiento y, establecido éste, le serán aplicados los presupuestos condicionantes de validez (total o parcialmente), v.gr., la obligatoriedad de la equidad y buena fe (Arts. 671, 689, 691), o para justificar el resarcimiento cuando medie cese sin expresión de causa (Art. 1° de la ley citada).

De constancias del sub exámine, el contrato formal a través de instrumento no resultaba obligatorio porque la referida ley es posterior (1993), al relacionamiento contractual de representación que dice haber tenido la accionante desde el año 1991 pero no en forma directa sino en base a una suerte de triangulación cuyo punto intermedio y vinculante entre actora y demandada resulta ser Kimberly Clark do Brasil. Para la accionada esto no es verdad desde que el contrato de fs. 750 es autónomo; es decir referido exclusivamente a la firma brasileña y la actora Makrosa. Posteriormente, dicha firma brasileña es comprada por la similar Melho ramientos Papeis S.A., la que a su vez se relaciona con la que es individualizada como “distribuidora y aliada estratégica mundial en el Paraguay”, Unilever Capsa del Paraguay S.A.

Como toda demanda en la que se reclama reparación económica derivada de daños y perjuicios, necesariamente tienen que confluir éstos

elementos: hecho dañoso e injusto; responsabilidad en el agente productor, derecho a ser indemnizado en el reclamante y, finalmente, la demostración eficiente de la cantidad o suma de dinero objeto del resarcimiento.

En el tema, la actora habla de la importancia de “la inversión publicitaria”, como así también del volumen de compras de la firma accionada, apreciada en U\$S. 3.162.116 dólares americanos, a los que se agregarán el 18% por despachos aduaneros y 27% el valor de salida por venta. También está la suma de U\$S. 2.000 referida a la moneda estadounidense por mercaderías en depósito que, por la abrupta y unilateral interrupción del contrato ya no pudieron ser comercializadas. Posteriormente se amplía la demanda alegándose hechos nuevos y manifestando que: “...tenemos que el mercado calculado sobre el año 1996 que nos quitan Kimberly Clark Corporation al otorgar la distribución a Unilever Capsa está en el orden de U\$S. 2.082.296 por año, a precios de ventas, según cuadro adjunto. Realizando una Proyección para el año 1997, considerando el crecimiento del último año, tendremos que el mercado podría representar U\$S. 2.554.353...”. El A-quo en la parte final de su considerando ha dicho: “... las pruebas allegadas al juicio no acreditan la relación de hecho entre las partes antes de la vigencia de la ley 194/93, por lo que, necesariamente la respuesta al eventual vínculo entre los litigantes es negativa, debiendo pues hacerse lugar a la falta de acción opuesta como medio general de defensa, por la demandada. Que siendo así, se hace innecesario entrar a analizar el derecho a percibir la indemnización y el quantum de la misma. Que en relación a las costas, la conclusión a que ha llegado el Juzgado es una cuestión opinable, por lo que creemos apropiada imponer las costas en el orden causado”... sic.

De acuerdo a lo que precedentemente dicho, para las cuestiones en donde se reclama indemnización por hecho dañoso, el estudio del primer punto, como lo ha hecho notar el A-quo, es prioritario pues de no haber vinculación entre las partes los demás carecen de objetivo. Por ello es que se analizará si entre las partes de este proceso hubo o no contrato no escrito y que de acuerdo al normal relacionamiento comercial internacional, Kimberly Clark Corporation por decisión unilateral y antijurídica, dejó sin efecto el contrato de representación que tenía desde el año 1991 con la firma demandante Makrosa.

La labor publicitaria, sostiene Makrosa haber realizado “...una ingente labor publicitaria, con millonarios costos de ejecución. En igual sen-

tido..., por los medios televisivos..., enunciando que es el representante, agente o distribuidor, con el conocimiento de ello por parte de dicho fabricante o firma sin haber existido oposición... sic". En ampliatoria de posición la firma actora dijo que la publicidad fue ordenada por Makrosa, (a fs. 723).

Vinculación entre Kimberly Clark Corporation y Makrosa. En absolución de posiciones, la firma accionante declaró que el contrato entre ésta y Kimberly Clark do Brasil fue de carácter exclusivo entre ambas (fs. 750) que data de 1993. Respecto del relacionamiento con la accionada datan del año 1994 por valor de U\$S. 48.617,42, según pruebas informativas (de Coopers & Lybrand (fs. 661/69) y confesoria (posición 5).

Un comentario especial merece la prueba pericial rendida en autos por cuanto en la demanda se ha dicho que "...para establecer el monto mínimo de la indemnización deberá practicarse en el período de pruebas por vía de la pericia contable...", lo que significa que el tema propuesto a Informe pericial no puede incluir un juicio de derecho sobre si hubo o nó contrato entre las partes según interpretación sobre el contrato suscripto entre Makrosa y Kimberly Clark do Brasil Ltda. (informe de los Peritos Cubilla y Lemir); otro tanto ocurre con Víctor Mora Gómez que absuelve posiciones por la firma actora en donde luego de sentar posición de que entre actora y demandada no hubo relación contractual pero que a su entender se dio por consentimiento tácito a través de un ejecutivo de la accionada. La función jurisdiccional es indelegable y, en este aspecto la juridicidad de un acto solamente puede ser determinado por el órgano de tal carácter, debido a ello ni los testigos ni los peritos pueden hacer juicio de valor de lo que corresponde en exclusiva al juzgador. Por ello deviene oportuno hacer mención a la pericia como elemento de convicción recordando que en materia de pruebas y específicamente la citada, su presencia en el proceso resulta de la necesidad de profundizar un conocimiento por medio de experto en el tema, arte, profesión o industria. Por el motivo expuesto, se constituye en auxiliar necesario y en algunos casos decididamente indispensable. Pero, aún así, su gran importancia, no permite al perito que consciente o inconscientemente, emita juicio de valoración jurídica, función que le corresponde exclusivamente al juzgador. Por ello es que Carlos A. Machado Schiaffino en "Pericias", Edic. La Roca, Bs. Aires, pone énfasis en dicha diferenciación manifestando que "...la labor del perito se basa en una ciencia; la periciología que, si bien ha alcanzado suficiente madurez, asegu-

rando una vida independiente; no obstante, no siempre logra superar definitivamente el error. De ahí entonces surge la justificación de que la decisión en definitiva instancia corresponde como función propia del juzgador...”. Su presencia procesal resulta del conocimiento experto sobre asunto específico, “...dirigido al desentrañar un arte en lo posible; no está por tanto destinado a establecer medios de prueba sino a brindar al Juez los elementos de apreciación a fin de evitar..., toda ingerencia en la parte jurídica del debate, (Recuell Sirey, Peritaje Judicial, op. cit.).

Para el A-quo, no llegó la accionada al aporte razonable de la existencia del contrato que dice haber celebrado con la firma estadounidense, criterio que comparto por los motivos que tuvo para arribar a dicho fallo y más aún por lo obrado ya en el proceso. Al efecto, como ya lo hiciera notar, a través de la confesoria y de la pericia, se trató de justificar la existencia de un contrato escrito sin ser medios idóneos para ello, tanto es así que la propia actora, in prima facie así lo tuvo entendido cuando en su Escrito inicial de demanda dijo: “ En la estación procesal oportuna, se probará por medio de un peritaje de mercadeo del producto en la capital de la República y principales ciudades y puntos de venta, para determinar cantidades vendidas, con estimación anual de las mismas... sic” y asimismo “... la liquidación exacta de la utilidad bruta, según el Art. 5° de la Ley N° 194/93, para establecer el monto mínimo de la indemnización, el cual deberá practicarse en el período de pruebas por vía de la pericia contable, que desde ya se ofrece...”. No hay dudas entonces de que la pericia fue al solo efecto de la demostración de cifras y nó de la existencia o nó de contrato, constituyéndose tal hecho prácticamente en una confesión espontánea de que realmente no hubo contrato de representación entre las partes de este proceso. Por las razones y fundamentos expuestos, me pronuncio por la confirmatoria del fallo en cuanto hizo lugar a la excepción de falta de acción y, por ende, al rechazo de la demanda.

En cuanto a la exoneración de las costas a la perdidosa, como se dispuso en la Instancia previa no estoy de acuerdo porque realmente no existe motivo para alterar el principio general de la teoría objetiva que consagra el Art. 192 del C.P.C., por lo que debe hacer lugar a la apelación de la accionada. Así voto.

A sus turnos los doctores Zuccolillo Garay de Vouga y Domínguez: manifestaron adherir al voto precedente por sus mismos fundamentos.

TRIBUNAL DE APELACIÓN CIVIL Y COMERCIAL

Por el mérito que ofrece el acuerdo y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Segunda Sala,

Resuelve:

Tener por desistido, el recurso de nulidad.

Confirmar, salvo en lo que hace relación a la imposición de costas en el orden causado, la S.D. N° 226 dictada el 23 de abril de 2000 por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, Décimo Turno.

Hacer Lugar, al recurso de apelación interpuesto por la parte accionada y en consecuencia, imponer las costas procesales a la parte actora en ambas instancias.

Magistrados: Gerardo Báez Maiola, Luis Mauricio Domínguez, María Sol Zuccolillo Garay de Vouga.

Ante mí: Abog. Evert Esquivel Meza, Actuario Judicial.

AUTO INTERLOCUTORIO N° 698

Cuestión debatida: *El caso en estudio, se centra principalmente en que la parte actora CHEMICORP, empresa paraguaya, con domicilio en la República del Paraguay demanda a la accionada, SOLVAY QUÍMICA S.A., empresa extranjera, con sede en la República Argentina, siendo la causal invocada la nulidad parcial de cláusulas contractuales referentes a las Cláusulas 16 y 22 referentes a la renuncia a la Indemnización así como a la prórroga de la jurisdicción.*

COMPETENCIA. Cuestión de competencia. LEY N° 194/93. Constitución de la República del Paraguay. Tratados Internacionales.

Como los contratos regulados por la Ley N° 194/93 pueden estar incluidos entre los aquéllos cubiertos por el Protocolo de Buenos Aires, es claro que en estos casos, se da una contradicción entre ambas normas en lo que hace relación a los tribunales competentes. El Protocolo permite que las partes puedan elegir el foro nacional competente, mientras que la Ley N° 194/93 obliga a litigar en Paraguay. Dicha contradicción es fácilmente resuelta por el Art. 137 de la Constitución que da prelación a los tratados internacionales ratificados sobre las leyes nacionales internas. Por tanto,

habiendo sido ratificado el Protocolo de Buenos Aires, la libre elección del foro consagrada por en el mismo debe prevalecer sobre la disposición contraria de la Ley N° 194/93. El hecho de que la ley sea o no de orden público no puede dejar sin efecto el Protocolo de Buenos Aires. Admitir lo contrario equivaldría a permitir, por ejemplo, que un decreto presidencial deje sin efecto una ley del congreso por el solo hecho auto-declararse de orden público o irrenunciable. Para que ellos fuesen así, la ley debería establecer que la misma no será aplicable frente decretos de orden público. Este no es el caso de aquí, el Protocolo no establece que cederá ante leyes imperativas orden público de los Estados Partes.

Ahora, bien, el protocolo de Buenos Aires, en su Artículo 4°; sí, contiene una excepción a la regla de la libertad de elección de jurisdicción, esto es que dicha elección haya sido obtenida de manera abusiva, por lo que hay que descartar la existencia de ese abuso.

Aplicando lo expuesto al caso de autos, se tiene en primer término que ambas partes aceptan que el contrato celebrado entre ellas se encuentra dentro del tipo de contratos que son objeto del Protocolo de Buenos Aires, y coincido con esta posición. Siendo así, la Ley N° 194/93 no puede invalidar la cláusula jurisdiccional acordada por las partes que otorga competencia a los tribunales de la República Argentina. Este tipo de cláusula está permitida por el citado tratado, el cual torna inaplicable aquella ley interna en este aspecto. No existe una cuestión de orden público sino una mera prelación de una norma sobre otra conforme a la Constitución. Es claro, que nada de esto afecta la aplicación de la Ley N° 194/93 en cuanto al fondo de la cuestión por parte tribunales extranjeros elegidos por las partes.

CONTRATO. Cláusulas generales del contrato.

Pero precisamente, por tratarse de categorías contractuales carentes en muchos casos de regulación legal, las pruebas relativas a las condiciones de suscripción del contrato, deben ser las más indubitadas posibles, y si se alegase la nulidad de cláusula donde se impone la renuncia a un derecho o la imposición de una determinada jurisdicción, ella, deberá sostenida dese el inicio, alegando qué se trata de condiciones generales de contratación, por ejemplo, que permita la aplicación del Art. 713 del CC, por ejemplo y no como consecuencia de la interposición de la excepción pertinente, y menos cuando al promover la demanda, se alegó la innecesaridad de estudiar ningún tipo de abuso o vicio de consentimiento.

LEY N° 194/93. PROTOCOLO. Protocolo de Buenos Aires del Mercosur.

Cabe acotar, a mayor abundamiento, que con la frase obrante a fs. 88 y que fuera transcripta, la actora introdujo al debate la cuestión del abuso, pero de una manera negativa, es decir, negando la existencia o por lo menos declarando la innecesaridad de su estudio, por lo que la demandada al oponer excepción, sólo remarcó lo señalado por la actora, que no existe el abuso, y por ende no existe la excepción a la regla prevista en el Art. 4° del PROTOCOLO DE BUENOS AIRES, de jerarquía superior a la Ley N° 194/93, y tanto la renuncia a la indemnización, como el pacto de otorgar jurisdicción a los tribunales argentinos, se encuadran dentro de lo previsto en la norma, y debe ser aplicado lo pactado entre las partes, debiendo prosperar en consecuencia la excepción, y revocarse en ese sentido la resolución.

PROCESO. PARTES. MALA FE.

En cuanto a la declaración de litigante de mala fe solicitada por ambas partes, corresponde rechazar ambas, ya que si bien en los escritos presentados por cada una de ellas, se denota el esfuerzo, la vehemencia y enjundia con cada uno de los abogados, defiende la postura representada por su parte, no existe un abuso o una abierta alteración de hechos, lo manifestado por la actora que el abogado de la adversa, omitió mencionar que había sido miembro del Tribunal Consultivo del Mercosur y que la parte del fallo transcripto era de la minoría, no llega al grado de alterar el hecho sino apeonas al grado del autor que se cita a sí mismo, de modo que corresponde el rechazo de las petición de declararse recíprocamente litigantes de mala fe.

TApel. Civ. y Com. Segunda Sala. 27/08/12. “Chemicorp S.A. c/ Solvay Química S.A. s/ Indemnización de Daños y Perjuicios por Responsabilidad Contractual” (A.I. N° 698).

VISTOS: Los recursos de apelación interpuestos por el Abogado Sebastián Irún Croskey en representación de la parte actora y por el Abogado Wilfrido Fernández en representación de la parte demandada contra el A. I. N° 1873 del 24 de noviembre de 2010, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de la Capital del Cuarto Turno, y

CONSIDERANDO:

Que por medio del citado interlocutorio (fs. 187) se resolvió: “DES-ESTIMAR la excepción de incompetencia de jurisdicción opuesta por la

firma accionada Solvay Química S.A., por los fundamentos expuestos en el considerando de esta resolución. IMPONER las costas en el orden causado. DISPONER la reiniciación del plazo interrumpido como consecuencia de la oposición de la aludida excepción, una vez firme esta re-solución. NOTIFICAR por cédula, salvo que las partes consientan hacerlo personalmente. ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia”.

OPINIÓN DEL MAGISTRADO PAREDES BORDÓN. LA NULIDAD. Ninguna de las partes interpuso este recurso, conforme a los escritos respectivos de fs. 190 y 191 y si bien el Art. 405 del CPC, considera a este recurso implícito dentro del de apelación y ello es solo a los efectos de que el Tribunal, pueda ejercer el control de regularidad del proceso, Art. 113 del CPC, a los efectos de declarar oficiosamente el recurso de nulidad ante la existencia de vicios que así lo ameriten.

Pero no habilita a las partes, aun cuando la A-quo, erróneamente haya concedido recursos no interpuestos, a explayarse u fundar este recurso, que reitero, no interpuso, vale decir, no habilitó la instancia recursiva a los efectos de la nulidad, sino solo de la apelación.

Por ende los recursos de nulidad, fueron mal concedidos por la A-quo.

OPINIÓN EN PARCIAL DISIDENCIA DEL MAGISTRADO BÁEZ MAIOLA. Solamente no concuerdo en que por falta de interposición expresa del recurso de nulidad, el recurrente por apelación no puede fundamentar y alegar nulidad, por la razón de que expresamente la Ley (Art. 405 CPC) dice que este recurso está ínsito en la apelación.

OPINIÓN DEL MAGISTRADO BASILICIO GARCÍA. Que adhiere a la opinión del Dr. Paredes Bordón en el mismo sentido.

OPINIÓN DEL MAGISTRADO PAREDES BORDÓN. LA APELACIÓN. La parte demandada; que solicita revocación total del auto interlocutorio, funda su recurso, alegando en primer término que la cuestión de competencia debe ser resuelta como de previo y especial pronunciamiento por constituir una cuestión accesoria y no como señala la A-quo que le era imposible, juzgar la competencia porque se había solicitado la nulidad de la cláusula del contrato entre las partes que establecía la prórroga de la competencia a favor de tribunales argentinos.

Sostiene la demandada que el acuerdo firmado es válido bajo el Protocolo de Buenos Aires, ratificado tanto por Paraguay como por Argentina.

Sostiene seguidamente que la demandada ha formulado extemporáneamente y no ha probado que la cláusula jurisdiccional haya sido obtenida de manera abusiva. Alega asimismo que las disposiciones de la Ley 194/93 no pueden dejar sin efecto las normas del Protocolo por tratarse de una norma de inferior jerarquía, según el Art. 137 de la Constitución Nacional.

En autos la parte actora CHEMICORP, empresa paraguaya, con domicilio en la República del Paraguay demanda a la accionada, SOLVAY QUÍMICA S.A., empresa extranjera, con sede en la República Argentina, en primer término por nulidad parcial de cláusulas contractuales y en segundo lugar por indemnización de daños y perjuicios.

En cuanto a la primera acción, solicita nulidad de las cláusulas 16 y 22 del contrato suscrito entre las partes, alegando que las mismas, al establecer la primera la renuncia a la indemnización y la segunda la prórroga de la jurisdicción son contrarias a la Ley 194/93, que es de orden público.

Seguidamente, establecida la nulidad, solicita la indemnización por daños y perjuicios, basada precisamente en la mencionada Ley 194/93.

La accionada antes de contestar la demanda opone la excepción de falta de competencia de los tribunales, fundada a su vez, en la preeminencia de la Ley 597/95, que aprueba el PROTOCOLO DE BUENOS AIRES SOBRE JURISDICCIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA CONTRACTUAL.

Sostiene la excepcionante que esta última norma, por contener un tratado suscrito dentro del Marco del MERCOSUR, es jerárquicamente superior a la ley 194/93.

Por las normas de esta Ley, 597/95, las partes pueden en el contrato optar libremente por la elección de una jurisdicción y dicha elección será válida, siempre que la misma no haya sido obtenida de manera abusiva. Art. 4 del Protocolo.

La demandada sostiene que la actora; en el escrito inicial no alegó la existencia del abuso, por ende el presente caso cae dentro de los general de la norma del Art. 4° del Protocolo y no dentro de la excepción, y habiendo las partes pactado la jurisdicción de los tribunales argentinos, los órganos jurisdiccionales paraguayos resulten ser incompetentes para entender en el presente pleito.

Corrido traslado de la excepción; el representante de la actora, alega que las cláusulas cuya nulidad se solicita, fueron obtenidas por abuso de la

firma demandada, acompañando documentos que a su criterio prueban dicha circunstancia. Señala que la oportunidad procesal pertinente para alegar la existencia del abuso es cuando la demandada opone la excepción y que no existe obligación de hacerlo al promover la demanda.

Sostiene que la cláusula si ha sido obtenida de manera abusiva, llegando la demandada a retener los pagos a favor de aquélla dos meses antes de la firma del contrato. Asimismo, sostiene que el planteamiento del abuso no es extemporáneo ya que, por razones de economía procesal, el hecho debió ser alegado sólo una vez opuesta la excepción de competencia. La actora afirma igualmente que el Protocolo de Buenos Aires no puede ser aplicado si acarrea una violación del orden público internacional.

En cuanto a la apelación de la parte actora, la misma se agravia exclusivamente en cuanto a las costas, afirmando que las mismas debieron ser impuestas a la excepcionante según el principio objetivo establecido en el Art. 192 del CPC. Asimismo, la parte actora solicita se declare litigante de mala fe a la parte demandada por supuesta alteración de hechos. Afirma que la parte demandada ocultó mencionar que la opinión mayoritaria de la opinión del Tribunal de Permanente del MERCOSUR en el caso Norte c. Northia porque no le favorece. Igualmente, sostiene que la accionada primero sostuvo que la cuestión debatida en autos se hallaba resuelta por el citado Tribunal pero cambió diciendo que lo resuelto por dicho Tribunal no era vinculante. Posteriormente, la parte actora desiste del pedido de mala fe en relación al representante de la accionada. Por su parte, al contestar el pedido de declaración de mala fe, la parte demandada, además de negar los hechos alegados por la actora, solicitó se declare a la demandante como litigante de mala fe y en ejercicio abusivo del derecho. La accionada basa su pedido en supuestas contradicciones cometidas por la accionante entre su escrito de demanda y la contestación de la excepción, como también la supuesta tergiversación de los hechos en el pedido de declaración de litigante de mala fe formulado por la actora.

Pasando al estudio de las cuestiones planteadas, corresponde en primer término entender la apelación interpuesta por la parte accionada en cuanto al fondo de la excepción de falta de competencia. Al respecto se tiene por un lado el Protocolo de Buenos Aires que regula la competencia de los Tribunales de los Estados Partes del MERCOSUR en materia de contratos comerciales internacionales celebrados por personas domiciliadas dentro del bloque (Arts. 1 y 2). El Art. 4 del Protocolo permite a las

partes elegir libremente la jurisdicción competente de algún Estado Parte, siempre y cuando el acuerdo el acuerdo sea escrito y no haya sido obtenido de manera abusiva. Por otro lado, tiene la Ley 194/93, cuyo Art. 10 establece los tribunales paraguayos tienen competencia para entender los litigios que surgieren en relación a. contratos celebrados entre distribuidores, representantes o agentes domiciliados en el país con firmas o fabricantes extranjeros. El Art. 9, establece que las partes no pueden renunciar a los derechos reconocidos en dicha ley. Como los contratos regulados por la Ley 194/93 pueden estar incluidos entre los aquéllos cubiertos por el Protocolo de Buenos Aires, es claro que en estos casos, se da una contradicción entre ambas normas en lo que hace relación a los tribunales competentes. El Protocolo permite que las partes puedan elegir el foro nacional competente, mientras que la Ley 194/93 obliga a litigar en Paraguay. Dicha contradicción es fácilmente resuelta por el Art. 137 de la Constitución que da prelación a los tratados internacionales ratificados sobre las leyes nacionales internas. Por tanto, habiendo sido ratificado el Protocolo de Buenos Aires, la libre elección del foro consagrada por en el mismo debe prevalecer sobre la disposición contraria de la Ley 194/93. El hecho de que la Ley sea o no de orden público no puede dejar sin efecto el Protocolo de Buenos Aires. Admitir lo contrario equivaldría a permitir, por ejemplo, que un decreto presidencial deje sin efecto una ley del congreso por el solo hecho auto-declararse de orden público o irrenunciable. Para que ellos fuesen así, la ley debería establecer que la misma no será aplicable frente decretos de orden público. Este no es el caso de aquí, el Protocolo no establece que cederá ante leyes imperativas o orden público de los Estados Partes.

Ahora, bien, el protocolo de Buenos Aires, en su artículo 4°; sí, contiene una excepción a la regla de la libertad de elección de jurisdicción, esto es que dicha elección haya sido obtenida de manera abusiva, por lo que hay que descartar la existencia de ese abuso.

Aplicando lo expuesto al caso de autos, se tiene en primer término que ambas partes aceptan que el contrato celebrado entre ellas se encuentra dentro del tipo de contratos que son objeto del Protocolo de Buenos Aires, y coincido con esta posición. Siendo así, la Ley 194/93 no puede invalidar la cláusula jurisdiccional acordada por las partes que otorga competencia a los tribunales de la República Argentina. Este tipo de cláusula está permitida por el citado tratado, el cual torna inaplicable aquella ley interna en este aspecto. No existe una cuestión de orden público sino una

mera prelación de una norma sobre otra conforme a la Constitución. Es claro, que nada de esto afecta la aplicación de la Ley 194/93 en cuanto al fondo de la cuestión por parte tribunales extranjeros elegidos por las partes.

Cabe ahora entonces determinar si la cláusula jurisdiccional puede ser dejada de lado conforme al Art. 4 del Protocolo de Buenos Aires.

Al respecto, debe determinarse si la alegación de abusiva de dichas cláusulas o la obtención abusiva de las mismas, ha sido oportunamente planteada y en su caso, probado.

Para estas determinaciones, es menester revisar el fundamento de la acción de nulidad de las cláusulas 16 y 22 del contrato. Este fundamento obrante a fs. 87, se circunscribe la violación que dichas cláusulas importan a las disposiciones de los Arts. 9 y 10 de la Ley 194/93, sin alegar que las mismas hayan sido obtenidas abusivamente.

Es más, a fs. 88 dice textualmente la parte actora: "Carece de interés estudiar aquí su existió o no preeminencia de la parte contractualmente más fuerte; algún vicio del consentimiento o algún otro motivo por el cual mi mandarte en su momento asintió la inclusión de dichas cláusulas".

Del párrafo transcripto se tiene que la actora, ab-initio, descartó la existencia de abuso en la obtención de inclusión de las cláusulas atacadas de nulidad.

Sin embargo, opuesta la excepción, varió sustancialmente de postura, alegando ahora sí, la existencia de presiones, como falta de remisión o de pago de comisiones por parte de la accionada y una serie de acciones que, según el representante a la actora, ahogaron a su representada, obligándola a suscribir el contrato con dichas cláusulas. Sostiene además, que mi hecho público la preeminencia de las grandes corporaciones internacionales sobre las compañías nacionales para la suscripción de contratos de esta naturaleza, por lo que su prueba es innecesaria.

Sobre este punto, haciendo un paréntesis, digamos que efectivamente, en la práctica y en la doctrina se reconoce que estos tipos contractuales, Agencia, Distribución, Representación, que integran una relativamente nueva generación de contratos comerciales contemporáneos, tiene entre sus características, que a pesar de establecer una relación cooperación y colaboración entre dos empresas independientes en las que una coloca los productos de la otra, en un cierto y determinado mercado consumidor, esa

relación es de carácter vertical, donde una de las empresas, generalmente aquella productora del bien, impone sus condiciones a la otra.

Pero precisamente, por tratarse de categorías contractuales carentes en muchos casos de regulación legal, las pruebas relativas a las condiciones de suscripción del contrato, deben ser las más indubitadas posibles, y si se alegase la nulidad de cláusula donde se impone la renuncia a un derecho o la imposición de una determinada jurisdicción, ella, deberá sostenida desde el inicio, alegando qué se trata de condiciones generales de contratación, por ejemplo, que permita la aplicación del Art. 713 del CC, por ejemplo y no como consecuencia de la interposición de la excepción pertinente, y menos cuando al promover la demanda, se alegó la innecesidad de estudiar ningún tipo de abuso o vicio de consentimiento.

Esta variación de la postura procesal de la actora, que inicialmente descartó la existencia de abuso, y luego la alegó e intentó probarla, es venire contra factum, es contradictoria consigo mismo, y no puede encontrar respaldo jurisdiccional.

Cabe acotar, a mayor abundamiento, que con la frase obrante a fs. 88 y que fuera transcripta, la actora introdujo al debate la cuestión del abuso, pero de una manera negativa, es decir, negando la existencia o por lo menos declarando la innecesidad de su estudio, por lo que la demandada al oponer excepción, sólo remarcó lo señalado por la actora, que no existe el abuso, y por ende no existe la excepción a la regla prevista en el Art. 4° del PROTOCOLO DE BUENOS AIRES, de jerarquía superior a la Ley 194/93, y tanto la renuncia a la indemnización, como el pacto de otorgar jurisdicción a los tribunales argentinos, se encuadran dentro de lo previsto en la norma, y debe ser aplicado lo pactado entre las partes, debiendo prosperar en consecuencia la excepción, y revocarse en ese sentido la resolución.

En cuanto a la jurisprudencia alegada por la actora, respecto al pronunciamiento de la CSJ en el caso de GUNDER/KIA MOTORS, debe aclararse que es un caso que no se rige por las mismas normas, dado que la República de Corea, está fuera del MERCOSUR y la solución y decisión en el presente se basa en una norma que rige para los países del MERCOSUR.

En cuanto a las costas, no encuentro razones para el apartamiento del principio general del Art. 192 del CPC, modificando la decisión de primera instancia, otorgando la costas a la parte vencedora en la excepción, a

las que, por aplicación del art. 203 deberán adicionare las correspondientes a esta instancia.

En consecuencia, corresponde lógicamente el rechazo de la apelación de la parte actora solicitando la imposición de costas a su favor.

En cuanto a la declaración de litigante de mala fe solicitada por ambas partes, corresponde rechazar ambas, ya que si bien en los escritos presentados por cada una de ellas, se denota el esfuerzo, la vehemencia y enjundia con cada uno de los abogados, defiende la postura representada por su parte, no existe un abuso o una abierta alteración de hechos, lo manifestado por la actora que el abogado de la adversa, omitió mencionar que había sido miembro del Tribunal Consultivo del Mercosur y que la parte del fallo transcrito era de la minoría, no llega al grado de alterar el hecho sino apeonas al grado del autor que se cita a sí mismo, de modo que corresponde el rechazo de las petición de declararse recíprocamente litigantes de mala fe.

A SUS TURNOS LOS MAGISTRADOS BÁEZ MAIOLA Y BASILICIO GARCÍA manifiestan que adhieren a la opinión que antecede por su mismo fundamento.

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

RESUELVE:

DECLARAR MAL CONCEDIDOS los recursos de nulidad.

RECHAZAR el recurso de apelación interpuesto por la parte actora.

HACER LUGAR al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, REVOCAR el A. I. 1873 de fecha 24 de noviembre de 2010 dictado por Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, Cuarto Turno, y HACER LUGAR a la excepción de incompetencia opuesta por la parte demandada.

IMPONER las costas a la parte actora en ambas instancias.

RECHAZAR el pedido de declarar litigante de mala fe a la parte actora y demandada.

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

Dr. Juan Carlos Paredes Bordón, Presidente, Gerardo Báez Maiola, Miembro y Basilio García Ayala, Miembro.

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

A. I. N° 817 (ACLARATORIA).

JUICIO: “CHEMICORP S.A. C/ SOLVAY QUÍMICA S.A. S/ INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS PERJUICIOS POR RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL”.

Asunción, 17 de setiembre de 2012.

VISTO: El recurso de aclaratoria interpuesto a fs. 236/7 de autos, y
CONSIDERANDO:

Que el Abog. Sebastián Irún, INTERPONE RECUSO DE ACLARATORIA respecto al A.I. N° 698 de fecha 27 de agosto de 2012, solicitando que el Tribunal aclare los siguientes puntos: 1) Si la Ley aplicable a la controversia es la Ley 194/93, es decir, el Derecho Paraguayo o las leyes de la República Argentina, 2) Si la afirmación del Tribunal, arriba transcrita, implica o no hacer lugar parcialmente a la demanda de nulidad de dicha cláusula 22^a en cuanto a la ley aplicable y en su caso, como se imponen las costas, 3) En qué norma o principio o regla del derecho se basa el Tribunal para afirmar que “nada de esto afecta la aplicación de la Ley 194/93 en cuanto al fondo de la cuestión por parte (de) tribunales extranjeros elegidos por las partes, es decir que los Tribunales Argentinos aplicarán la citada Ley 194/93, y 4) Aclare el Tribunal, si a su criterio la Ley 194/93 es o no una norma de orden público de aplicación imperativa por los Tribunales Paraguayos y por qué creen los miembros de este Tribunal que habrán de aplicarla jueces extranjeros.

Que el recurso de aclaratoria está previsto en el Art. 387 del CPC, a fin de que el Tribunal dicte resolución a los fines señalados, en dicho artículo, sin modificar lo sustancial de la decisión, debiendo interponerse el recurso en el plazo de tres días de notificada la resolución que se pretende aclarar. Siendo que el recurso fue interpuesto dentro del plazo señalado corresponde pasar a estudiar el mismo.

De acuerdo a los términos del Art. 387 del CPC, el recurso de aclaratoria sólo puede tener por finalidad: a) corregir cualquier error material; b) Aclarar alguna expresión oscura; y c) suplir cualquier omisión en que hubiere incurrido sobre algunas de las pretensiones deducidas y discutidas en el litigio. Dispone igualmente como condición que en ningún caso se alterará lo sustancial de la decisión.

JURISPRUDENCIA

Por el A. I. N° 698 de fecha 27 de agosto de 2012, el Tribunal RESOLVIÓ: DECLARAR MAL CONCEDIDOS los recursos de nulidad. RECHAZAR el recluso de apelación interpuesto por la parte actora. HACER LUGAR al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, REVOCAR el A. I. 1873 de fecha 24 de noviembre de 2010 dictado por Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, Cuarto Turno, y HACER LUGAR a la excepción de incompetencia opuesta por la parte demanda. IMPONER las costas a la parte actora en ambas instancias. RECHAZAR el pedido de aclarar litigante de mala fe a la parte actora y demandada.

De los términos en que se planteó el recurso, se tiene que el recurrente no se refiere a ninguno de los supuestos señalados en el Art. 387 del CPC.

No obstante ello, cabe señalar que la decisión se basó principalmente en dos puntos esenciales: primero, el orden de prelación de las leyes, Art. 137 de la CN. El Protocolo de Buenos Aires, es un tratado internacional tratado ratificado por el Congreso Paraguayo por Ley N° 597/95 y por ende resultan superiores sus normas a las de la Ley 194/93; independientemente que esta última sea o no de orden público; por expresa disposición del Art. 137 de la CN; y segundo, que la actora, al promover la demanda, señaló expresamente a fs. 88, que no existió abuso para la inclusión de la cláusula de elección de jurisdicción; sin embargo posteriormente varió su posición en una contradicción procesal que no puede recibir amparo jurisdiccional.

La parte resolutive del A. I. N° 698 de fecha 27 de Agosto de 2002, es suficientemente clara en el sentido de que, la excepción ha prosperado totalmente y las costas son a cargo de la actora; consecuentemente nada hay que aclarar en el mencionado auto interlocutorio.

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

RESUELVE:

NO HACER LUGAR al recurso de aclaratoria formulada por el Abog. Sebastián Irún Croskey.

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

TRIBUNAL DE APELACIÓN CIVIL Y COMERCIAL

Magistrados: Dr. Juan Carlos Paredes Bordón, Presidente, Gerardo Báez Maiola, Miembro y Basilio García Ayala, Miembro.

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

ACUERDO Y SENTENCIA N° 16

Cuestión debatida: *Analizadas las constancias de autos, la cuestión se plantea a partir de la decisión de L'Oréal Chile S.A. de cancelar la representación de Galerías Guaraní S.A. que tenía de los productos de la marca "Maybelline", otorgada por la compañía Maybelline Sales, Inc., según documento agregado a fs. 61 de autos. Galerías Guaraní S.A., amparada en la Ley N° 194/93, que otorga una indemnización a los representantes nacionales de compañías extranjeras por la resolución sin causa de dichas representaciones, solicita una indemnización pecuniaria y como medida cautelar exige la prohibición de innovar y de controlar sobre productos de la marca "Maybelline", de cuya representación fue privado unilateralmente, y de productos de la marca "L'Oréal, alegando que la compañía L'Oréal de Francia es propietaria de ambas marcas.*

La cuestión central aquí consiste en determinar si las medidas cautelares ordenadas por el inferior se adecuan al objeto de las pretensiones deducidas y son aptas para amparar suficientemente las mismas. Para ello debe analizarse cuál es el derecho que otorga la Ley N° 194/93, en la que se funda la pretensión de la actora.

CONTRATO DE REPRESENTACIÓN.

Las relaciones contractuales entre las dos primeras no pueden transferirse a la tercera, sin que exista un compromiso por parte de ésta, compromiso que no ha sido aún, ni sumariamente, demostrado por la demandante. Las obligaciones nacidas del contrato de representación no son ambulatorias per se, vale decir, no se transfieren automáticamente con la enajenación del bien o cosa sobre la cual el contrato recaía.

CONTRATO DE REPRESENTACIÓN. Medidas cautelares.

En cuanto a la relación entre el pedido de substitución y el del levantamiento, nada obsta a que la parte interesada pueda obtener el reemplazo de una medida cautelar por otra menos onerosa, a fin de evitar per-

juicios mayores, con posterioridad al pedido de levantamiento definitivo y entre tanto discute o cuestiona la procedencia misma de la medida originaria.

Tapel. Civ. y Com. Tercera Sala. 05/02/99. “Galerías Guaraní SAC c/ Maybelline Sales Inc. y/o Maybelline Co. Loreal Chile S.A. y Loreal (Paris-Francia) s/ Indemnización de Daños y Perjuicios” (Ac. y Sent. N° 16).

VISTO: Los recursos de apelación y nulidad interpuestos por el representante legal de Galerías Guaraní S.A.C. contra el A.I. N° 1.510 de fecha 26 de agosto de 1.998 (fs. 188), y;

C O N S I D E R A N D O :

Que, habiendo el recurrente desistido expresamente del recurso de nulidad interpuesto, el mismo no corresponde que sea estudiado.

Se agravia el apelante de la resolución dictada por el Juzgado fundado en que el pedido de substitución de las medidas cautelares (mediante fianza bancaria) solicitado por L’Oréal (París) “modifica totalmente los intereses contrapuestos en ocasión de deducirse el incidente”, alegando que dicho pedido importa el reconocimiento de la validez y vigencia de las medidas levantadas. Además señala que la medida cautelar levantada fue correctamente dictada porque L’Oréal (París) es la propietaria de la marca “Maybelline” y es quien suspendió en Paraguay la actividad de la marca a través de L’Oréal Chile, y porque el “titular del derecho de propiedad de una marca debe responder de todas las consecuencias que implican su calidad de adquirente”. La apelación también se fundamenta en que el certificado de representación esta enunciado “en conceptos sumamente amplios y genéricos” y que no esta “referido exclusivamente a los productos de la marca Maybelline”. Al mismo tiempo, pide que la imposición de costas sea revocada pues el levantamiento de la medida es parcial.

Al contestar el traslado, el representante de L’Oréal (París) sostiene la legalidad del fallo recurrido. Señala la imposibilidad de prohibir innovar y contratar a L’Oréal (París) respecto de productos de la marca L’Oréal porque la compañía es solo propietaria de la marca “Maybelline”, señalando que el conflicto se plantea respecto de esta última marca. El representante legal de L’Oréal sostiene que la medida presupone el peligro de que se altere la situación de hecho o de derecho volviendo ineficaz la sentencia, que la cautela no pudiera obtenerse por otra medida y que sea necesaria para asegurar la ejecución, y que en el caso tales circunstancias no se dan,

pues la pretensión de la demanda es percibir un crédito y no el reconocimiento de un derecho sobre la marca. Insiste en la necesidad de distinguir entre la razón social y la marca comercial

Analizadas las constancias de autos, la cuestión se plantea a partir de la decisión de L'Oréal Chile S.A. de cancelar la representación de Galerías Guaraní S.A. tenía de los productos de la marca "Maybelline", otorgada por la compañía Maybelline Sales, Inc., según documento agregado a fs. 61 de autos. Galerías Guaraní S.A., amparada en la Ley 194/93, que otorga una indemnización a los representantes nacionales de compañías extranjeras por la resolución sin causa de dichas representaciones, solicita una indemnización pecuniaria y como medida cautelar exige la prohibición de innovar y de controlar sobre productos de la marca "Maybelline", de cuya representación fue privado unilateralmente, y de productos de la marca "L'Oréal, alegando que la compañía L'Oréal de Francia es propietaria de ambas marcas.

La cuestión central aquí consiste en determinar si las medidas cautelares ordenadas por el inferior se adecuan al objeto de las pretensiones deducidas y son aptas para amparar suficientemente las mismas. Para ello debe analizarse cual es el derecho que otorga la Ley N° 194/93, en la que se funda la pretensión de la actora. La ley invocada por la actora reconoce a favor de la empresa paraguaya el derecho a reclamar una reparación económica por la cancelación unilateral de la representación de productos de una compañía extranjera. Toda reparación económica autoriza eventualmente a solicitar un embargo preventivo considerando que el recurrente aduce su carácter de acreedor de una deuda en dinero acreditada por un contrato bilateral, y obtenerlo, en su caso, siempre que se pruebe como verosímil el derecho invocado. La cuestión es : autoriza también a obtener una prohibición de innovar y de contratar sobre los productos y marcas representados, y/o sobre otros productos y marcas de la cual también es titular la demandada?. Esta última medida exige como presupuesto el peligro de que sea alterada la situación de hecho o de derecho inicial volviendo la sentencia ineficaz o de cumplimiento imposible y que la cautela no pudiera obtenerse por otro medio (Art. 725 C.P.C.). Para que proceda, pues, es necesario que estén en discusión bienes o derechos cuya alteración fáctica o jurídica perjudiquen la pretensión de la parte actora. En autos se discute, dijimos, el derecho a una reparación económica, es decir, a una indemnización en dinero. La parte actora no está reclamando bienes

de la marca “Maybelline”, ni el derecho a la marca misma. “La prohibición de innovar protege el interés de los litigantes –de uno y otro o de ambos o cualquiera de ellos-, impidiendo que se modifique la situación de hecho, existente en el momento en la cual se decreta; v.g., que se avance en determinada explotación o construcción o venta de un fruto o producto o mercadería; que se transfiera, grave o de cualquier modo se modifique el status jurídico de un bien” (PODETTI, Tratado de las Medidas Cautelares. Tomo IV, pág 289/90, n° 110. Edit. Ediar). La medida sólo puede decretarse y afectar la cosa o el derecho litigioso, la cosa física (v.g. productos de a marca “Maybelline”) o el derecho (v.g. la marca “Maybelline”). En autos no están en discusión ni lo uno ni lo otro. Sólo está en discusión el derecho a una reparación económica por vía de indemnización. Por tanto, tampoco la medida puede exceder de la pretensión jurídica reclamada en autos. Nunca ella puede extenderse más allá de la res litis, aún en el supuesto que proceda.

En cuanto a la verosimilitud del derecho, ella ha sido discutida por la accionada, pues ha sido negada la relación entre la actora y la firma L’Oreal, demandada a raíz de la representación de productos de la marca Maybelline y sobre quien, y sobre cuyos productos recayó la medida cautelar cuestionada. La ley N° 194/93 autoriza a reclamar la indemnización de los contratantes y no surge claramente de autos la relación contractual entre Galerías Guaraní y L’Oreal Chile o L’Oreal Francia. En efecto el contrato de representación fue suscrito entre Maybelline y Inc. y Galerías Guaraní, que son personas jurídicas distintas e independientes de L’Óreal. Por tanto las relaciones contractuales entre las dos primeras no pueden transferirse a la tercera, sin que exista un compromiso por parte de ésta, compromiso que no ha sido aún, ni sumariamente, demostrado por la demandante. Las obligaciones nacidas del contrato de representación no son ambulatorias per se, vale decir, no se transfieren automáticamente con la enajenación del bien o cosa sobre la cual el contrato recaía.

Por último, en cuanto a la relación entre el pedido de substitución y el del levantamiento, nada obsta a que la parte interesada pueda obtener el reemplazo de una medida cautelar por otra menos onerosa, a fin de evitar perjuicios mayores, con posterioridad al pedido de levantamiento definitivo y entre tanto discute o cuestiona la procedencia misma de la medida originaria.

TRIBUNAL DE APELACIÓN CIVIL Y COMERCIAL

En consecuencia, no dándose en el sub exánime los presupuestos que el Código de Forma exige para que la medida proceda, es correcto que ella sea levantada.

En cuanto a las costas, deben ser impuestas a la perdidosa de conformidad con el Art. 192 del C.P.C..

OPINION DEL DR. RAUL TORRES KIRMSEY: En cuanto a la imposición de costas soy del parecer que las mismas deben imponerse en el orden causado por haber requerido interpretación jurisprudencial.

Por los fundamentos que anteceden, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercer Sala;

R E S U E L V E:

CONFIRMAR, el fallo ocurrido.

IMPONER las costas a la perdidosa.

ANOTESE, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: José Raúl Torres Kirmser, Augusto Sanabria, María Mercedes Buongermini.

Ante mí: Ma. Del Carmen Romero, Actuaría Judicial.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 127

Cuestión debatida: *En el presente fallo se discute la procedencia o no de la indemnización por daños y perjuicios, solicitada por Intertec Paraguay S.R.L. referentes a un contrato de representación celebrado por una empresa extranjera con una empresa nacional relacionado con la aplicación de la Ley N° 194/93.*

CONTRATO: Modificación del contrato o contractual.

Ahora bien, en cuanto al presunto consentimiento de la parte actora de las nuevas condiciones, es decir, la no exclusividad en la distribución del producto: equipos de terapia de infusión y sus set accesorios, debemos decir que toda modificación contractual supone una declaración de voluntad de las partes que se configura en forma idéntica a la concertación del contrato, es decir a través de la oferta de modificación y la aceptación de ella. La declaración de voluntad bien puede ser tácita tanto respecto de la

oferta como respecto de su aceptación; pero de cualquier modo esta manifestación tácita de voluntad debe reunir requisitos insoslayables para ser tal, a saber: una conducta positiva y concluyente del declarante.

CONSENTIMIENTO. Conducta positiva.

Por conducta positiva se entiende siempre una actividad, nunca omisión o silencio, puesto que el silencio no es considerado manifestación de voluntad salvo en los casos especialísimos previstos en el art. 282 del Cód. Civ. La conducta positiva debe ser también concluyente, esto es, debe existir una relación de causa efecto de tal índole entre la conducta y la voluntad tácitamente atribuida, que no sea posible de modo alguno atribuir dicha conducta a otra intención del sujeto agente. En estos autos se ha alegado que ante la apertura de una sucursal de 3M Uruguay S.A., en el Paraguay, en junio de 1995, la hoy actora guardó silencio y con ello consintió en que se produjera una modificación a la relación contractual de representación exclusiva respecto de los productos ut supra individualizados. Como hemos dicho, la conducta omisiva o el silencio no constituye manifestación positiva de voluntad, por consiguiente no puede concluirse que haya habido una modificación contractual aceptada.

LEY N° 194/93. PRESCRIPCIÓN. Prescripción de la acción. PLAZOS.

En estos autos también se ha alegado que la conducta emisiva del actor en reclamar por la vía pertinente los derechos lesionados con la violación contractual, ya analizada, ha podido provocar la prescripción de la acción. Analizado el texto de la Ley N° 194/93, se advierte que la misma no tiene una normativa especial que regula la prescripción, rige la norma general contenida en la Sección IV del Capítulo V del Título II del Cód. Civ. y en particular el Art. 659 que establece la prescripción decenal para todas las acciones personales que no tengan fijado otro plazo por la ley. Tampoco existe una disposición especial en la Sección IV, que pudiera significar un plazo más corto de prescripción. En efecto, en este caso estamos frente a una acción personal que deriva del incumplimiento de una relación contractual. En ningún caso es aplicable a las violaciones contractuales, cualquiera sea su índole, extensión o especie, la normativa referente a los ilícitos, que por su naturaleza son siempre extracontractuales y generan obligaciones personales también extracontractuales.

CONTRATO DE REPRESENTACIÓN. Daños. Quantum indemnizatorio.

El *quantum* indemnizatorio es esencial para la procedencia de la demanda, al no haber sido probado éste, la acción no puede prosperar y debe ser desestimada. La sentencia recurrida debe ser confirmada.

Tapel. Civ. y Com. Tercera Sala. 27/11/13. “Intertec Paraguay S.R.L. c/ 3M Uruguay S.A. y/o 3M Sucursal Paraguay s/ Indemnización de Daños y Perjuicios” (Ac. y Sent. N° 127).

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes;

C U E S T I O N E S:

¿ES NULA LA SENTENCIA APELADA?

EN SU CASO, SE DICTO CONFORME A DERECHO?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: BUONGERMINI P., TORRES KIRMSER y MARTINEZ PRIETO.

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA LA DRA. BUONGERMINI PALUMBO, DIJO: El recurrente ha desistido expresamente del recurso de nulidad interpuesto. Por consiguiente, y al no advertirse vicios o defectos que autoricen a declarar la nulidad de las resoluciones recurridas de oficio, el mismo debe tenerse por desistido.

A SUS TURNOS los Dres. Torres Kirmsers y Martínez Prieto, manifestaron que votan en idéntico sentido.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA, LA DRA. MARÍA MERCEDES BUONGERMINI PROSIGUIÓ DICIENDO: Por la sentencia apelada N° 372 de fecha 24 de mayo de 2002 el a quo resolvió: “1) NO HACER LUGAR a la presente demanda promovida por INTERTEC PARAGUAY S.R.L. contra 3M URUGUAY S.A. sobre indemnización de daños y perjuicios, por los fundamentos expuestos en el exordio de esta sentencia. 2) IMPONER COSTAS a la parte perdedora. 3) ANÓTESE...”(sic)(fs. 280).

De dicha sentencia recurre la parte actora y presenta su escrito de expresión de agravios, que obra a fs. 283/287 argumentando que su parte no ha negado la existencia de la vinculación contractual que ha unido a las partes de este juicio desde la firma del contrato de fecha 12 de junio de 1992. Señala sin embargo que luego de dicho contrato se ha otorgado a la firma Intertec Paraguay S.R.L. la comercialización exclusiva de la marca 3M en el territorio nacional. Sostiene igualmente que esta aseveración se

halla probada por documentos emanados por la parte demandada que en ningún momento fueron cuestionados en juicio. Agrega que el inferior no ha sabido interpretar el alcance de las modificaciones contractuales fijadas unilateralmente por la firma 3M Uruguay. Arguye que existe la obligación de indemnizar por parte de la firma 3M Uruguay –fabricante o firma extranjera- que se aparte del contrato, cancelando, revocando, modificando o negándose a prorrogar la representación, agencia o distribución de Intertec Paraguay S.R.L. de conformidad con el art. 4 de la Ley 194/93. Manifiesta que el mismo juez inferior ha reconocido la modificación unilateral de los términos del contrato, pero no obstante ello ha rechazado la presente acción. Además argumenta que su parte en ningún momento ha consentido ningún tipo de modificación en el contrato.

El representante convencional de la demandada contesta dichos agravios en su escrito obrante a fs. 289/294 arguyendo que el fundamento esgrimido por la adversa para la promoción de la demanda es la apertura de una sucursal de 3M en Paraguay y no la exclusividad de la comercialización de los productos. Agrega que al fundar sus recursos, la contraria se contradice aduciendo que los fundamentos radican en el hecho de haberse violentado su exclusividad para la comercialización de los productos 3M. Expone igualmente que la apertura de una sucursal en Paraguay por parte de la firma 3M no constituye una circunstancia válida para la interposición de una demanda de daños y perjuicios, puesto que no altera el contrato de conformidad con lo que se desprende de las testificales y documentos aportados. Sostiene que la adversa ha incoado la demanda tres años después de la apertura de la sucursal de 3M. Arguye que por tal transcurso del tiempo la acción ha prescripto. Finalmente aduce que la resolución apelada se halla ajustada plenamente a derecho por lo que solicita su confirmación.

En autos se discute la procedencia de la indemnización por daños y perjuicios referentes a un contrato celebrado por una empresa extranjera con una empresa nacional relacionado con la aplicación de la Ley 194/93.

En primer término debemos definir si entre la actora, Intertec Paraguay S.R.L. y 3M Uruguay S.A. existe una relación contractual válida. Del examen de autos surge que la demandada ha reconocido expresamente que suscribió con la actora un contrato de distribución (fs. 114/115); además de fs. 2 a 6 consta la protocolización de los acuerdos celebrados entre actora y demandada, documentales que no han sido objetadas por la demandada,

que por ende deben considerarse aceptadas. La cuestión discutida por la accionada se centra en torno del carácter que habría tenido ese contrato de distribución, es decir si habría sido o no exclusivo a favor de la accionada. La cuestión de la exclusividad argüida en el escrito de demanda – “...modificación unilateral del contrato, retirando a mi mandante la exclusividad...” (fs. 23)- como modificación contractual substancial, debe ser considerada como un quid esencial en el debate; y ello pese al escrito de fs. 129/130 el cual se presentara a los efectos de contestar el traslado de los documentos presentados por la parte accionada, ya que los términos de la pretensión no pueden ser variados una vez que la demanda ha sido contestada y el traslado de los documentos se hace a los efectos de que la contraria pueda manifestarse sobre su aceptación o rechazo como emanados de ella. Con respecto de la exclusividad, debemos recordar que la interpretación contractual debe hacerse de buena fe -art. 714 y 715 del Cód. Civ.-; asimismo dicha interpretación debe investigar la voluntad real de las partes –art. 708 Cód. Civ.- la cual surge no solo de la letra del contrato, sino de la ejecución del mismo, en este sentido adquiere relevancia el comportamiento de las partes posterior a la celebración del contrato. Así, si bien en el acuerdo firmado el día 12 de junio de 1.992, en Montevideo, Uruguay se establece que la firma Intertec Paraguay S.R.L. se hará cargo de la distribución y venta de los productos 3M, distribución que se le acuerda en carácter autorizado, no exclusivo (fs. 2 vlta./3); con posterioridad, el 14 de febrero de 1.995, la firma 3M Uruguay S.A. manifiesta en una misiva dirigida “a quien corresponda” que el único distribuidor autorizado para la comercialización de los equipos para terapia de infusión y sus set accesorios, es la firma Intertec Paraguay S.R.L., así como los únicos responsables del servicio técnico quirúrgico. Igualmente el 5 de abril de 1.995 se dirige una nota al Instituto de Previsión Social con referencia a la licitación pública N° 9/95, por la cual 3M Uruguay comunica que ha designado a la firma Intertec Paraguay S.R.L. como distribuidor autorizado para la comercialización de todos sus productos de las divisiones médico quirúrgicas dentro del territorio de la República del Paraguay. Entonces, si bien el contrato inicial preveía que Intertec Paraguay S.R.L. sería tan solo un distribuidor autorizado, de la ejecución posterior del contrato surge que 3M Uruguay S.A. varió ese carácter inicial con respecto de un tipo específico de productos: los equipos para terapia de infusión y sus set accesorios. En efecto, el comportamiento post contractual de 3M Uruguay S.A. con la

misiva del 14 de febrero de 1.995 es una conducta positiva y concluyente que significó una modificación a los términos de la relación jurídica original. Ignorar este comportamiento y estas manifestaciones importaría una lesión a los principios contractuales de buena fe que deben regir las interpretaciones en los contratos, especialmente en su etapa de ejecución. Esta conclusión se ve reforzada por la nota de octubre de 1.997 en la cual el gerente regional de 3M Uruguay S.A., sucursal Paraguay comunica a Intertec Paraguay S.R.L. que ésta “dejará de tener en forma exclusiva la comercialización de los productos de la división terapia de infusión”. Con ello se reconoce que dicha exclusividad existió antes de la fecha en la que se remitió la misiva. La alegación de la demandada de que la exclusividad sería solo en relación con un cliente particular –licitación del Instituto de Previsión Social- no tiene sustento puesto que la nota del 14 de febrero de 1.995 está dirigida en general “a quien corresponda”, y no adresada al Instituto de Previsión Social ni tampoco surge del denominado “segundo documento” que éste haya sido presentado al Instituto Previsión Social como lo afirma la demandada en su escrito de responde. El “quinto documento” es una nota de fecha 4 de julio de 1.997 dirigida por 3M Uruguay S.A. sucursal Paraguay por medio de la cual aquella certifica al Instituto de Previsión Social que Intertec es distribuidor autorizado de 3M, de las bombas de infusión, en forma exclusiva y es la única distribuidora que presentará respaldo de servicio técnico y provisión de insumos para dicho producto; tal comunicación, posterior a la nota del 14 de febrero de 1.995 debe ser entendida en el sentido de informar a uno de los posibles clientes con los cuales Intertec Paraguay S.R.L. mantenía relaciones comerciales o de mercado, el carácter de exclusividad con que esta empresa actuaba en el mercado paraguayo para 3M Uruguay S.A. y en relación con los ya mentados productos de terapia de infusión. De modo alguno puede entenderse como una relimitación o restricción a la exclusividad ya concedida de modo amplio e indeterminado en cuanto a los sujetos, que surge de la nota del 14 de febrero de 1.995. Estas consideraciones se ven reforzadas cuando examinamos la nota de octubre de 1.997, en la que se habla del respeto a “todos aquellos clientes que [...] mantengan contratos vigentes” expresión que carecería de sentido si la exclusividad se hubiese implementado solo respecto de un cliente. Se concluye pues que existió una representación exclusiva otorgada por 3M Uruguay S.A. a Intertec Paraguay S.R.L. pero solo referida a los equipos arriba señalados, y desde el 14 de febrero de

1.995, pues es recién a partir de dicha fecha que existe noticia cierta y probada de la mentada exclusividad. A esta misma conclusión llega el inferior en los considerandos de la sentencia recurrida. Como se trata de una modificación contractual, dicha modificación no puede ser considerada extendida a otros productos no enunciados, ya que deben aplicarse aquí criterios de interpretación restrictiva. Siendo que 3M Uruguay S.A., al constituir su propia sucursal en el Paraguay denominada 3M Uruguay S.A. sucursal Paraguay, tal como lo reconoce en su escrito de demanda, inició la comercialización de sus productos a través de dicha agencia y modificó con ello sus relaciones contractuales con Intertec Paraguay S.R.L., que habían sido de exclusividad para los productos denominados equipos de terapia de infusión y sus set accesorios, se configura el presupuesto previsto en la ley 194/93.

Ahora bien, en cuanto al presunto consentimiento de la parte actora de las nuevas condiciones, es decir, la no exclusividad en la distribución del producto: equipos de terapia de infusión y sus set accesorios, debemos decir que toda modificación contractual supone una declaración de voluntad de las partes que se configura en forma idéntica a la concertación del contrato, es decir a través de la oferta de modificación y la aceptación de ella. La declaración de voluntad bien puede ser tácita tanto respecto de la oferta como respecto de su aceptación; pero de cualquier modo esta manifestación tácita de voluntad debe reunir requisitos insoslayables para ser tal, a saber: una conducta positiva y concluyente del declarante. Por conducta positiva se entiende siempre una actividad, nunca omisión o silencio, puesto que el silencio no es considerado manifestación de voluntad salvo en los casos especialísimos previstos en el art. 282 del Cód. Civ. La conducta positiva debe ser también concluyente, esto es, debe existir una relación de causa efecto de tal índole entre la conducta y la voluntad tácitamente atribuida, que no sea posible de modo alguno atribuir dicha conducta a otra intención del sujeto agente. En estos autos se ha alegado que ante la apertura de una sucursal de 3M Uruguay S.A., en el Paraguay, en junio de 1.995, la hoy actora guardó silencio y con ello consintió en que se produjera una modificación a la relación contractual de representación exclusiva respecto de los productos ut supra individualizados. Como hemos dicho, la conducta omisiva o el silencio no constituye manifestación positiva de voluntad, por consiguiente no puede concluirse que haya habido una modificación contractual aceptada.

En estos autos también se ha alegado que la conducta omisiva del actor en reclamar por la vía pertinente los derechos lesionados con la violación contractual, ya analizada, ha podido provocar la prescripción de la acción. Analizado el texto de la Ley 194/93, se advierte que la misma no tiene una normativa especial que regula la prescripción, rige la norma general contenida en la Sección IV del Capítulo V del Título II del Cód. Civ. y en particular el art. 659 que establece la prescripción decenal para todas las acciones personales que no tengan fijado otro plazo por la ley. Tampoco existe una disposición especial en la Sección IV, que pudiera significar un plazo más corto de prescripción. En efecto, en este caso estamos frente a una acción personal que deriva del incumplimiento de una relación contractual. En ningún caso es aplicable a las violaciones contractuales, cualquiera sea su índole, extensión o especie, la normativa referente a los ilícitos, que por su naturaleza son siempre extracontractuales y generan obligaciones personales también extracontractuales.

La ley 194/93, vigente para las partes en su relación contractual define en su art. 2º lo que debe entenderse por distribución, haciéndolo en los siguientes términos: “La relación contractual, debidamente instrumentada, por la cual un fabricante o firma extranjera faculta a una persona natural o jurídica, domiciliada en la República, a intermediar en la gestión, realización o conclusión de negocios o contratos con clientes, dentro del país o cualquier otra área determinada, para la promoción, venta o colocación de productos o servicios, mediando el pago de una comisión”. Su art. 4º prevé la resolución sin causa de estas relaciones contractuales, pero impone el pago de una indemnización a ser fijada teniendo como parámetros la duración de dicho vínculo contractual y el promedio de las utilidades brutas anuales obtenidos durante los tres últimos años. En este caso hemos establecido que la violación del vínculo contractual se refirió únicamente a la exclusividad en la distribución de un tipo determinado de productos, los equipos de terapia de infusión y sus set accesorios, no así el contrato de distribución en sí, por consiguiente cualquier pretensión indemnizatoria deberá limitarse al incumplimiento por ruptura de contrato de este modo constatada y no a otros rubros o productos. Igualmente debemos considerar que la relación contractual de exclusividad, que fuera violada, se inició el 14 de febrero de 1.995 y se extendió hasta octubre de 1.997, fecha en la cual se comunica por conductos oficiales que la relación de exclusividad sería terminada en cuanto a tal. Los incumplimientos de

la cláusula de exclusividad que pudieran haberse dado en dicho lapso de tiempo, como los testificados a fs. 156 en la quinta pregunta formulada al testigo, y que se refieren a fines del año 1.995, mediado de 1996 y mediados de 1997 no han sido objeto de la pretensión incoada en la demanda – que refiere específicamente la terminación de la relación contractual de exclusividad a la nota de octubre de 1997– y por ende no deben ser considerados.

El otro requisito esencia de la procedencia de cualquier pretensión resarcitoria es la existencia de un daño cierto, mensurable y de cuantificación efectivamente demostrada en autos. El art. 4 inc. b) y el art. 5 de la Ley 194/93 regulan la forma de determinar el daño presunto y la refieren a las utilidades brutas anuales obtenidas durante los tres últimos años de ejercicio. Se entiende por utilidad bruta el resultado que irrogue el monto de las ventas netas menos el costo de las mercaderías vendidas. Este texto legal requiere ciertas precisiones. Lo que se debe entender aquí es que el daño está referido a las pérdidas pecuniarias efectivas que la empresa nacional ha sufrido como consecuencia de la resolución o modificación – resolución parcial- contractual, que no otra cosa podría surgir, desde luego, conforme con los principios clásicos resarcitorios de daño emergente y lucro cesante. Ahora bien, se ha establecido más arriba que la relación de exclusividad está tan solo referida a ciertos productos –equipos para terapia de infusión y set de accesorios– y no a todos los demás productos que comercializaba la actora, ya sea por adquirirlos en importación a la demandada, como surge del propio contrato agregado en autos, donde claramente se establece que la relación contractual abarcaba también a otros productos no exclusivos: “productos de las divisiones médico quirúrgicas”(fs. 4) adquiridos de la demandada. Las probanzas a este respecto agregadas a autos, como los balances de fs. 9/17 hacen referencia genérica y global a todas las ventas netas y los costos de las mercaderías, consideradas éstas como un rubro genérico. No especifica ni el balance ni tampoco otros documentos o probanzas la incidencia específica de las ventas de los productos respecto de los cuales existió la exclusividad. La actora no acompañó, vgr. balances detallados con discriminación de productos en los asientos relativos a las ventas ni tampoco explicaciones o documentos adicionales que aclaren estos asientos. La prueba pericial rendida a fs. 206/208 de autos tampoco aclara en este sentido el punto en cuestión, dado que solo refiere la merma de las ventas en relación con los años en los la

contratación de exclusividad se encontraba vigente. En este punto la sentencia del inferior es clara cuando dice, precisamente que la demandante tampoco aportó “material probatorio requerido para el cálculo indemnizatorio, operación que debía centrarse, básicamente, en la variación del volumen de ventas y, en consecuencia, de la utilidad bruta anual obtenida de los productos de Terapia de infusión, como consecuencia de la pérdida de la exclusividad, variación que no se podrá establecer en este juicio.” Esta conclusión a la que ha arribado el inferior no fue objeto de análisis en la expresión de agravios presentada en esta instancia por la parte actora. En efecto, en dicho escrito la única referencia que se hace a este punto esta contenida en el párrafo de fs. 287, que textualmente dice: “el contrato inicial, la posterior exclusividad, la modificación de las condiciones, el marco para la indemnización a través de los balances y la pericial contable, han sido debidamente acreditados.”, sin que la acreditación de la prueba del quantum se haya efectivamente hecho y siendo esta manifestación genérica completamente insuficiente a la hora de destruir la conclusión del a quo ya señalada precedentemente. Como se ha dicho, el quantum indemnizatorio es esencial para la procedencia de la demanda, al no haber sido probado éste, la acción no puede prosperar y debe ser desestimada. La sentencia recurrida debe ser confirmada.

En cuanto a las costas corresponde su imposición a la parte perdedora, de conformidad con lo establecido en el art. 203 del Cod. Proc. Civ.

A sus turnos los Dres. Torres Kirmser y Martínez Prieto, manifestaron que votaban en igual sentido.

VISTO: El mérito que ofrece el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala,

R E S U E L V E:

TENER por desistido el recurso de nulidad interpuesto por la actora.

CONFIRMAR la sentencia apelada.

IMPONER las costas a la perdedora.

ANÓTESE, regístrese, y remítase copia a la Excm. Corte suprema de Justicia.

MAGISTRADOS: María Mercedes Buongermini P., José Raúl Torres Kirmser y Martínez Prieto.

Ante mí: Abg. Alejandrino Cuevas, Secretario Judicial.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 81

Cuestión debatida: *En el presente fallo se analiza el agravio de la actora ante el rechazo del reclamo de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual. Esto en razón de haber conferido a la actora exclusividad en la comercialización de sus productos en todo el territorio nacional, con excepción de los que sean promociones relacionadas a determinada bebida u otros de carácter personalizado, excluyéndose además los productos relativos a envases de vidrio, radicando puntualmente en ese punto el objeto del conflicto.*

DEMANDA. Efectos de la demanda.

A la vista de la traducción del mismo obrante a fs. 7/8, notamos que la demandada confiere a la actora exclusividad en la comercialización de sus productos en todo el territorio nacional, con excepción de los que sean promociones relacionadas a determinada bebida u otros de carácter personalizado, excluyéndose –además– “...los productos relativos a envases de vidrio”. Es esta última parte la que debe ser puntualmente interpretada, pues en ella radica el objeto del conflicto.

RECONOCIMIENTO DE DOCUMENTO. Documento.

Por otro lado debemos señalar que no se verifica el reconocimiento del documento de fs. 26, que fuera expresamente negado al momento de contestarse la demanda, por lo que su contenido, a los efectos de la presente causa, deviene intrascendente. En cuanto a los testimonios propuestos por la parte actora, el de fs. 149 y vlto., denota una manifiesta tendencia en favorecer a la parte actora. Además, el mismo refiere ser empleado de una Empresa llamada Escala, en la que, en 1998, se presenta Sindec, invocando la representación de la demandada a ofrecer los productos de la misma y que fuera la razón que determinara con posterioridad la clausura de Escala. La referida empresa era propiedad del Sr. Aníbal González cuya relación con AG Representaciones es obvia a partir del poder de fs. 1. Este testigo era empleado de la parte actora por lo que sus dichos carecen de relevancia alguna. Lo mismo puede referirse de los testigos de fs. 149 vlto. y 150, 150 y vlto., 150 vlto. y 151. Esto es que ninguno de los testigos pueden ser considerados hábiles a los efectos de la presente causa, por hallarse comprendidos en las generales de la ley con quien los ha propuesto, y con clara tendencia a favorecerlo.

CONTRATO. Incumplimiento del contrato. Efectos. DAÑO. Presupuesto para que configure el daño.

En dichos términos, queda efectivamente probado el punto del incumplimiento de los términos del contrato al introducir mercaderías sujetas a la exclusividad, por lo que debemos observar la posibilidad de conferir la indemnización también peticionada.

Sin embargo, el incumplimiento contractual es tan solo uno de los supuestos de viabilidad de la demanda de indemnización, se requiere además la imputación de dolo o culpa, que se presume al haber incumplimiento, pero por sobre todo la existencia de un daño y su entidad. Aquí se ha demostrado el incumplimiento, y éste es suficiente de por sí para provocar un perjuicio, pero al verificar los recaudos agregados a autos en relación con dicho extremo, podemos notar la carencia probatoria a efectos de cuantificar concreta y efectivamente el perjuicio sufrido por la accionante. O sea, que al no haber quedado probada la entidad del daño en relación al hecho acontecido, resulta del todo imposible su valoración y conversión en metálico, por lo que la demanda debe ser desestimada, por falta de uno de sus presupuestos. Por otro lado, debemos hacer notar la imposibilidad de aplicar la disposición del Art. 452 Cód. Civ., en virtud –precisamente– de la carencia de medios que nos permitan hacerlo operativo. Por ello, la indemnización pretendida debe ser desestimada. No cabe sino confirmar el fallo recurrido.

TApel. Civ. y Com. Tercera Sala. 13/07/14. “AG Representaciones c/ Nadir Figueredo I.C.S.A. s/ Incumplimiento de Contrato e Indemnización” (Ac. y Sent. N° 81).

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes;

C U E S T I O N E S:

¿ES NULA LA SENTENCIA APELADA?

EN SU CASO, SE DICTO CONFORME A DERECHO?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: MARTÍNEZ PRIETO, CASTIGLIONI y BUONGERMINI PALUMBO.

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA EL DR. MARTÍNEZ PRIETO DIJO: El recurrente refiere que la sentencia enalzada es injusta, arbitraria e ilegítima. Señala que es injusta al denegar el derecho de su mandante de resarcirse los daños ocasionales por el rompimiento unilateral y abrupto por parte de la demandada. Aduce que es arbitraria pues los

fundamentos provienen de una interpretación subjetiva del juzgador, y por último agrega que el fallo es ilegítimo pues no se sustenta en ninguna norma legal de fondo.

En cuanto a las alegaciones en relación a la nulidad debe señalarse que si bien el a quo no ha identificado expresamente los articulados en los cuales ha fundado el fallo impugnado, ha precisado los hechos sobre los cuales se ha trabado la litis, ha apreciado las pruebas diligenciadas y ha sustentado en ellos la sentencia impugnada. Además, sabido es que el juzgador conoce el derecho, no existiendo incongruencia entre lo considerado y lo resuelto. Por lo demás, los restantes agravios pueden ser subsanados por la vía de la apelación. Por tanto, no existiendo vicios o defectos que ameriten la declaración de oficio de la nulidad en alzada, el recurso debe ser desestimado.

A SUS TURNOS los Dres. Castiglioni y Buongermini Palumbo, manifestaron que votan en idéntico sentido.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL DR. MARTÍNEZ PRIETO PROSIGUIÓ DICIENDO: Por la sentencia apelada N° 71 de fecha 13 de marzo de 2.002 la a quo resolvió: “NO HACER LUGAR con costas a la demanda promovida por la firma AG REPRESENTACIONES contra NADIR FIGUEIREDO I.C.S.A. por incumplimiento de contrato e indemnización de daños y perjuicios de conformidad al exordio de la presente resolución. ANOTAR...” (sic) (fs. 180).

El recurrente funda sus agravios en su escrito de fs. 183/186, arguyendo que la inferior sostuvo que su parte dejó transcurrir la demanda sin demostrar o acreditar las argumentaciones dadas en el escrito de demanda ya que no ofreció pero no produjo la confesoria del representante de la firma accionada, ni el reconocimiento tácito del documento de fs. 26. En cuanto a la absolución de posiciones expresó que si la a quo hubiere considerado fundamental esta prueba, pudo haberla pedido. En relación al reconocimiento de firma adujo que el representante de la firma Sindec S.A. no compareció y afirmó asimismo que este documento no fue impugnado por la adversa. Respecto a los testigos alegó que la juzgadora sostuvo que se encontraban comprendidos en las generales de la ley y además no eran profesionales, sin embargo afirmó que los testigos deben ser valorados por ser contestes y uniformes. Refirió además que la inferior no puede suplir la negligencia de las partes cuando la accionada no ha tachado a los testigos y estuvo presente al momento de las declaraciones. Manifestó que la a

quo sostuvo que los testigos no son profesionales para cuantificar el promedio de las utilidades brutas anuales obtenidas por la actora y que no fue diligenciada una prueba contable a dichos efectos. Sobre este punto, refirió la jurisprudencia establece que la falta de prueba del monto de la indemnización no es causal para desestimar la demanda, éste debe ser fijado de acuerdo a las reglas de la sana crítica. Esgrimió que analizadas las constancias de autos se puede notar que los documentos presentados no fueron impugnados por la contraria y que la inferior no se expidió en cuanto a la inspección ocular y constitución del juzgado al local de Sindec S.A. diligenciada por su parte. Resaltó que la demandada se limitó a negar el incumplimiento de la cláusula 1.1. y solo produjo las pruebas documentales que agregó y que refuerzan los hechos articulados en la demanda. Alegó que la demandada reconoció la relación contractual y a partir de esta premisa, el contenido del contrato no puede ser objeto de discusión y por ende de prueba. Expresó que el argumento de venta de Sindec S.A. de productos personalizados y promocionales no se ajusta a la realidad, pues los productos de Nadir Figueiredo son los prometidos por la demandada en exclusividad a su mandante. Refiere que la nota remitida desde Brasil de fecha 4 de marzo de 1999 refuerza su tesis. Sobre la indemnización reclamada, adujo que el juzgado no ha permitido arrimar constancias que justifiquen el monto, sin embargo no se tuvo en cuenta el principio de amplitud de las pruebas, pues no solo la pericial es la adecuada. Manifestó que el daño existió, la indemnización se ajusta a derecho y que la ley contempla la solución del caso en los arts. 451 y 452 del Cód. Civ. Por estos fundamentos, peticionó la revocatoria del fallo en alzada, con costas.- -La parte contraria contesta el memorial en los términos del escrito obrante a fs. 188/192 manifestando que la adversa se agravia por que la inferior no tuvo en cuenta el reconocimiento del documentos emanado por un tercero, cuando no reconocido en juicio por culpa imputable a la actora y conforme al informe del actuario el citado documento no forma parte del expediente. Refiere que el Art. 319 del código ritual no prevé tener por reconocida la firma de un tercero que no asiste a la audiencia. Manifestó que la adversa ofreció como pruebas copias simples de instrumentales agregadas a fs. 13, 14, 15, 1, 17, 18, 26, 27, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 41, 37, 38, 39 y 40 y cuyo desglose fuera ordenado. Además, ofreció extemporáneamente las pruebas de informes y absolución, rechazados por improcedentes; y en cuanto a la pericial trató de suplirla con las testimoniales. Expresó que la apreciación

de la jueza sobre las testimoniales fue la correcta, conforme al Art. 706 del Cód. Civ. Por lo demás, expresó que los testigos faltaron a la verdad al expresar que no se encontraban comprendidos en las generales de la ley, al ser amigos, socios o dependientes de alguna empresa del actor. Resaltó que por la cláusula 1.1. del contrato, la demandada otorgó la exclusividad para la comercialización de sus productos a favor de la accionante, excepto los productos para promoción y los relativos a envases de vidrio. Por tanto, afirma que su comitente podía comercializar libremente con cualquier cliente o tercero cualquier envase, vasija o recipiente de vidrio y productos promocionales, por lo cual no incumplió el contrato. Recalcó que objeto de la demanda es intentar en forma irresponsable la aplicación del Art. 4 de la Ley 194/93 que únicamente rige para casos de cancelación, revocación, modificación o no prórroga de representación. Asimismo, expresó que la actora ha utilizado equivocadamente la ley 194/93 y tergiversando su contenido, ha realizado cálculos arbitrarios para intentar una cuantiosa indemnización. Así, resaltó que la accionante no demostró el incumplimiento ni el importe que se debería pagar en concepto de indemnización para el supuesto negado por su parte, por lo cual pidió la confirmación, con costas de la sentencia apelada.

Lo primero que hay que considerar en virtud del expreso reconocimiento de la relación contractual es el alcance de los términos contratados, para –de esta forma- establecer si es que ha habido violencia contra el pacto de exclusividad. Esto debe ser así porque de dicha circunstancia surge el eventual incumplimiento y sus efectos jurídicos perseguidos en la causa.

A la vista de la traducción del mismo obrante a fs. 7/8, notamos que la demandada confiere a la actora exclusividad en la comercialización de sus productos en todo el territorio nacional, con excepción de los que sean promociones relacionadas a determinada bebida u otros de carácter personalizado, excluyéndose –además- “...los productos relativos a envases de vidrio”. Es esta última parte la que debe ser puntualmente interpretada, pues en ella radica el objeto del conflicto.

De inicio debemos señalar que la exclusividad de comercialización no recaía en los envases de vidrio producidos por la demandada, por lo que sería determinante saber cual era la variante de producción y sobre todo qué es envase y cuál es su verdadera acepción.

Así, debemos convenir que por envase deben entenderse aquellos recipientes que tienen la virtud de mantener su contenido en forma aislada del medio externo. Dice el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española -19na. Ed.-: Envase: "...Recipiente o vaso en que se conservan y transportan ciertos géneros. Dícese, por ejemplo, de los azogues, y generalmente de los líquidos. Todo lo que envuelve o contiene artículos de comercio u otros efectos para conservarlos o transportarlos.", por lo que debemos concluir que se hallan excluidos los recipientes que contienen sustancias en forma breve y previo al consumo como ser vasos -en su sentido tradicional-, platos, fuentes, copas, ensaladeras, ceniceros, bomboneras, tazas, jarras, etc. La diferencia que marca el punto es que en autos, cuando hablamos de envase nos referimos a objetos capaces de guardar sustancias con el objeto de transportarlos o mantenerlos en depósito antes de llegar al consumidor final. Estos son los envases que junto con los productos personalizados, se hallan excluidos del contrato suscripto y admitido por las partes.

Corresponde, entonces que se verifique, a tenor de las probanzas producidas en autos, si acaso se ha comercializado en esta plaza productos de la demandada que se hallan incluidos dentro de la exclusividad pactada.

A fs. 68 de autos consta la intervención del Juzgado en una inspección formalizada ante la firma Sindec S.A., firma ésta señalada como punto desde donde se comercializaba la mercadería en cuestión. En la referida intervención la comitiva judicial constata la existencia de los productos cuya supuesta exclusividad estaba reservada a la actora.

Por otro lado debemos señalar que no se verifica el reconocimiento del documento de fs. 26, que fuera expresamente negado al momento de contestarse la demanda, por lo que su contenido, a los efectos de la presente causa, deviene intrascendente. En cuanto a los testimonios propuestos por la parte actora, el de fs. 149 y vlto., denota una manifiesta tendencia en favorecer a la parte actora. Además, el mismo refiere ser empleado de una Empresa llamada Escala, en la que, en 1998, se presenta Sindec, invocando la representación de la demandada a ofrecer los productos de la misma y que fuera la razón que determinara con posterioridad la clausura de Escala. La referida empresa era propiedad del Sr. Aníbal González cuya relación con AG Representaciones es obvia a partir del poder de fs. 1. Este testigo era empleado de la parte actora por lo que sus dichos carecen de

relevancia alguna. Lo mismo puede referirse de los testigos de fs. 149 vlto. y 150, 150 y vlto., 150 vlto. y 151. Esto es que ninguno de los testigos pueden ser considerados hábiles a los efectos de la presente causa, por hallarse comprendidos en las generales de la ley con quien los ha propuesto, y con clara tendencia a favorecerlo.

Otro de los puntos reiteradamente cuestionados en la causa ha sido el de la validez procesal y probatoria de la comisión judicial que se constituyó, a fs. 68 y vlto., ya que la misma se ha desarrollado sin participación de la parte demandada, aún antes de la traba de la litis. En efecto, dicha circunstancia, formalmente extraordinaria, ha sido certeramente cuestionada por la demandada al no poder, con su presencia, haber controlado su producción.

No obstante ello, de la lectura de su texto obtenemos la explicación y el motivo por el cual dicha diligencia fue cumplida en dichas circunstancias y con esas características. Surge de dicha diligencia que en el momento de la constitución se hallaba en el lugar un vehículo transportador descargando mercadería de las conflictivas en la presente causa, mencionándose incluso el logotipo y el origen de la misma, además de la activa participación de un representante de la empresa donde se realizara la intervención judicial.

La parte demandada, en su escrito de responde, concretamente a fs. 98, se refiere al punto, pero no se opone a su validez intrínseca, sino a sus efectos jurídicos posteriores, a la eventual valoración probatoria. Tampoco desconoce los dichos y hechos contenidos en el acta.

En dicho marco de la discusión, el único cuestionamiento que permanece es la interpretación que debe aplicarse a la acepción de “los envases”, para concluir si en que ha habido violencia contra el contrato en ese sentido.

Más arriba dejábamos establecido lo que se debe entender por “envase”, llegando a la conclusión que no se refiere a ninguno de los detallados en el referido acto, o sea, según el desarrollo del mismo, la empresa SINDEC S.A. estaba recibiendo mercadería adquirida, por importación directa desde la firma demandada, lo cual no fue cuestionado por la accionada y para dejar bien claro lo único cuestionado en dicho escrito de responde ha sido la interpretación de la palabra “envase”.

En dichos términos, queda efectivamente probado el punto del incumplimiento de los términos del contrato al introducir mercaderías suje-

tas a la exclusividad, por lo que debemos observar la posibilidad de conferir la indemnización también peticionada.

Sin embargo, el incumplimiento contractual es tan solo uno de los supuestos de viabilidad de la demanda de indemnización, se requiere además la imputación de dolo o culpa, que se presume al haber incumplimiento, pero por sobre todo la existencia de un daño y su entidad. Aquí se ha demostrado el incumplimiento, y éste es suficiente de por sí para provocar un perjuicio, pero al verificar los recaudos agregados a autos en relación con dicho extremo, podemos notar la carencia probatoria a efectos de cuantificar concreta y efectivamente el perjuicio sufrido por la accionante. O sea, que al no haber quedado probada la entidad del daño en relación al hecho acontecido, resulta del todo imposible su valoración y conversión en metálico, por lo que la demanda debe ser desestimada, por falta de uno de sus presupuestos. Por otro lado, debemos hacer notar la imposibilidad de aplicar la disposición del Art. 452 Cód. Civ., en virtud –precisamente- de la carencia de medios que nos permitan hacerlo operativo. Por ello, la indemnización pretendida debe ser desestimada. No cabe sino confirmar el fallo recurrido.

En cuanto a las costas, corresponde su imposición a la parte perdedora, de conformidad con lo establecido en el art. 203 del Cód. Proc. Civ.

A SUS TURNOS los Dres. Castiglioni y Buongermini Palumbo, manifestaron que votan en idéntico sentido.

VISTO: El mérito que ofrece el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala,

R E S U E L V E:

DESESTIMAR el recurso de nulidad interpuesto.

CONFIRMAR la sentencia recurrida en los términos del exordio que antecede.

IMPONER las costas a la perdedora.

ANÓTESE, regístrese, y remítase copia a la Excma. Corte suprema de Justicia.

Magistrados: Arnaldo Martínez Prieto, María Mercedes Buongermini y Carmelo A. Castiglioni.

Ante mí: Abg. Carolina Lebrón.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 174

Cuestión debatida: En autos se discute la procedencia de la demanda de indemnización de daños y perjuicios basada en las disposiciones de la Ley N° 194/93.

LEY N° 194/93. CONTRATO DE REPRESENTACIÓN. PRUEBA DOCUMENTAL. MORA.

El incumplimiento había sido objeto de peticiones de espera, que habían sido favorablemente acogidas por la demandada y que se aceptarían pagos posteriores. En primer lugar debemos señalar que no se ha probado esta circunstancia alegada, y en segundo lugar que las consecuencias de la mora se deben distinguir en cuanto a sus efectos.

LEY N° 194/93. CONTRATO DE REPRESENTACIÓN. PRUEBA DOCUMENTAL. MORA.

Las consecuencias de la mora se deben distinguir en cuanto a sus efectos. La aceptación de pagos posteriores a la mora solo purga las consecuencias patrimoniales de ella, esto es, los intereses moratorios, pero no extingue las causales resolutorias de la relación contractual –cuando ella es confirmada– ni su poder justificatorio para terminarla, respecto de su futuridad.

LEY N° 194/93. CONTRATO DE REPRESENTACIÓN. Marco regulatorio. DAÑOS Y PERJUICIOS. Indemnización de daños y perjuicios. Responsabilidad contractual.

Debemos decir que la indemnización de daños y perjuicios prevista en la Ley N° 194/93 es de origen contractual. Toda indemnización de daños contractuales exige ciertos requerimientos para su procedencia: en primer lugar la existencia de un vínculo contractual, el cual ha sido admitido por las partes en autos; en segundo lugar la existencia de un daño cierto y actual, sobre el cual volveremos más tarde; en tercer lugar el incumplimiento contractual; y en cuarto lugar que tal incumplimiento pueda imputarse –dolosa o culposamente– al agente incumpliente, salvo que una de las partes haya asumido expresamente el riesgo contractual, en cuyo caso la imputabilidad carece de relevancia.

LEY N° 194/93. CONTRATO DE REPRESENTACIÓN. Marco regulatorio. DAÑOS Y PERJUICIOS. Indemnización de daños y perjuicios. Responsabilidad contractual. Responsabilidad objetiva.

El incumplimiento por sí solo hace presumir la culpa del incumpliente, según lo disponen las reglas generales sobre responsabilidad, contenidas en los Arts. 423 y 426 del Cód. Civ, salvo que aquél logre demostrar que el incumplimiento se debió a una imposibilidad sobreviniente por caso fortuito o fuerza mayor.

Sabemos que la responsabilidad objetiva solo puede provenir de la ley; y la ley normalmente la predica de actos ilícitos, no de incumplimientos contractuales, por lo que, de existir, tal responsabilidad contractual objetiva debe estar expresamente prevista en la norma.

TApel. Civ. y Com. Tercera Sala. 03/12/04. “Rafael de los Ríos S.A.C.I. c/ Myrurgia S.A. s/ Cobro del valor de existencia de mercaderías y otros” (Ac. y Sent. N° 174).

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

C U E S T I O N E S :

Es nula la sentencia recurrida?

En caso negativo, se halla ajustada a derecho?

Practicado el sorteo de ley, a fin de establecer el orden de votación, resultó que debían votar los Sres. Miembros en el orden siguiente: DRA. MARÍA MERCEDES BUONGERMINI P., DR. COCCO SAMUDIO y DR. ARNALDO MARTINEZ PRIETO.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA LA DRA. MARÍA MERCEDES BUONGERMINI DIJO: La recurrente desistió expresamente de este recurso. Por consiguiente, y al no advertirse vicios o defectos que autoricen a declarar la nulidad de la sentencia recurrida de oficio, debe tenerse por desistida a la recurrente del recurso de nulidad interpuesto.

A sus turnos, los Dres. Guido Cocco Samudio y Arnaldo Martínez Prieto manifestaron que votaban en igual sentido.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, LA DRA. MARÍA MERCEDES BUONGERMINI PROSIGUIÓ DICIENDO: Por la sentencia apelada N° 234 de fecha 09 de abril de 2.003, la a quo resolvió: “HACER LUGAR a la demanda promovida por RAFAEL DE LOS RÍOS S.A.C.I. contra MYRURGIA S.A. por cobro del valor de la existencias de las merca-

derías, productos terminados, semielaborado, materias primas y otros, y en consecuencia CONDENAR a MYRURGIA S.A. para que pague a RAFAEL DE LOS RÍOS S.A.C.I. a la suma de GUARANÍES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MILLONES CIENTO SETENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS SESENTA Y UNO (Gs. 458.172.961), en el plazo de cinco días de queda firme la presente resolución. IMPONER las costas a la demandada. ANOTAR, ..." (sic.) (fs. 257).

De dicha sentencia recurre la parte demandada y presenta su escrito de expresión de agravios, que obra a fs. 263/279 de autos. Arguyó que no ha quedado comprobada la supuesta causa justificada de la terminación de la relación contractual, que invierte la carga de la prueba a la demandada y al no haber sido declarada judicialmente, se presume que fue injustificada. Refiere que la propia actora admite que el contrato de representación fue rescindido por mutuo acuerdo ante el reconocimiento expreso de la demandante del incumplimiento incurrido, conforme al instrumento suscrito por ambas partes el 31 de enero de 1.996, por lo cual el inferior no puede establecer supuestos distintos a los admitidos por las partes. Afirma que la actora demanda únicamente el cobro del stock de mercaderías no la indemnización prevista en el Ley 194/93. Asimismo, alega que el a quo no pudo pronunciarse sobre la rescisión justificada o no de la relación contractual, además, de los Ríos ha reconocido expresamente que ha incurrido en la causal de rescisión prevista en la cláusula 24-a) y b) mencionadas en la misiva fechada 24 de noviembre de 1.995 (fs. 52). Esgrime que habiéndose rescindido el contrato de común acuerdo, la demandada no tiene ninguna obligación de comprar el stock de productos que quedó en poder de la actora. Expuso que el supuesto derecho al cobro del valor de mercaderías previsto en el art. 8 de la Ley 194/93 es totalmente inaplicable al presente caso por no hallarse la actora incurso en los presupuestos fácticos y legales que viabilizan el reclamo. Adujo que la actora ha reconocido que no tiene derecho a la indemnización (punto 2.2. de la demanda), por lo cual no puede exigirlo al demandado, más aún cuando solo pudo haberse dado en la hipótesis de ser una rescisión por causa injustificada, como accesorio opcional. Expresa que lo resuelto por el fallo apelado, conlleva a un enriquecimiento ilegítimo para la actora al disponer el pago del costo de la mercadería en stock a un precio rentable. Manifiesta que la ley es clara la disponer que la carga de la adquisición del stock de mercaderías por la otra parte, solo es viable en caso que la relación contractual haya sido rescindi-

da sin causa justificada y que los sujetos podrán hacer uso de esta facultad, independientemente de las indemnizaciones que correspondan a los casos previstos en la ley, conforme al art. 1 de la Ley 194/93. Alega que se no ajusta a la verdad lo manifestado por el inferior, en relación a que su parte no ha probado la justificación de la resolución de la relación contractual por cuanto es un hecho ampliamente reconocido como lo relata y además, por la confesión del representante de la firma actora, obrante a fs. 158 y vlto. de autos. Señaló que la carga de esta prueba incumbe a la parte accionante y no a la demandada. Adujo que la actora no ha alegado ningún incumplimiento por su parte, por el contrario, ha reconocido ser culpable de la resolución por incumplimientos contractuales incurridos, ha reconocido que no ha pagado las mercaderías adquiridos, ha admitido que se encuentra en estado de cesación de pagos por lo cual tuvo que petitionar su convocatoria de acreedores, además ha sido declarado competidor desleal por este Tribunal por el Acuerdo y Sentencia N° 48 del 27 de junio de 2.003. El representante de la actora en la prueba confesoria reconoció que la compra de insumos destinados a la fabricación de productos licenciados por Mylurgia era exclusiva responsabilidad de la firma actora; asimismo en la segunda posición, reconoció el atraso excesivo en el pago de cuotas. Adujo que el absolvente no contestó la posición tercera y destacó que el abogado Jerónimo Angulo se opuso a que se dirija esta posición fundado en que a los efectos de la demanda la justificación o no de la causal de rescisión del contrato no hace a la reclamación de la parte actora. Alegó la pertinencia de esta posición dada su estrecha vinculación con el juicio y a tenor del art. 6 inc. a) de la Ley 194/93 y expresó que el inferior no se ha pronunciado a este respecto. Afirma que en la absolución de posiciones el actor ha confesado que los productos en stock pudieron haber sufrido algún daño en su presentación exterior, por elementos naturales o animales y que además desconoce si los productos elaborados por ellos eran o no perecederos. Por ello, expresó que el precio del producto deteriorado no puede ser jamás el demandado. Manifestó que la novena posición tampoco fue respondida por el absolvente y sin embargo el juez ha omitido pronunciarse fictamente. Indicó que del acta de constatación e inventario de mercaderías de fs. 116, surge que la cantidad de productos en stock ha sufrido una importante reducción y que ineludiblemente debió incidir en el valor de las mercaderías, sin embargo fue condenada al pago de la suma máxima reclamada versando así, sobre el lote total de mercaderías. Señaló que

los peritos se declararon inhábiles para determinar la calidad, el estado, condición y validez de los productos elaborados o semielaborados, asimismo adujo que la conclusión de los peritos denotan importantes falencias y contradicciones y al efecto se remitió a lo expresado en el escrito de alegatos. Expresa que ante la circunstancias apuntadas no es el pronunciamiento judicial previo, al haberlo reconocido la actora expresamente y aceptado la rescisión contractual. Culminó su escrito peticionando la revocatoria de la sentencia apelada, con costas.

La adversa contesta estos agravios en los términos del escrito de fs. 286/301. Sostiene que tanto la actora como la demandada mantuvieron una relación comercial por mas cuarenta años, siendo interrumpida en forma unilateral por la demandada. Relata que la accionante ante la catastrófica situación económica que vivía el país, hecho que es notificado a la demandada. Continúa expresando que ante las promesas de posterior renovación del contrato, se procede a la firma de una carta compromiso de pago por la cual se establecía una supuesta aceptación de la rescisión del contrato de distribución exclusiva, lo que hacía cuestionable la posterior reclamación de la indemnización, contemplada en la Ley 194/93. Prosigue diciendo que el 22 de octubre de 1.997 su representada comienza esta acción de pago del valor de las materias primas en stock y productos terminados, no así la indemnización a que hubiera tenido derecho, conforme al art. 8 de la citada normativa. Expresa que la adversa al contestar la demanda reconoce la existencia del contrato de representación y la terminación del mismo, sin embargo se niega al pago. Manifiesta que los verificadores Guillermo de los Ríos y Cristóbal Hermosilla en un informe conjunto, descubren un ínfimo faltante en relación al acta notarial de fs. 1. Empero, menciona que el verificador de la parte demandada, designado para la verificación de cantidades, emite una supuesta calificación del estado de los productos, por lo cual el juzgado por providencia del 22 de mayo de 2.000 deja sin efecto la agregación de este escrito. Alega que los Peritos Darío Vázquez Piatti y Miguel Ángel Arriola dedujeron el faltante y actualizando los valores ala cotización del dólar, concluyeron que el valor del inventario asciende a Gs. 711.308.520 y asimismo que las materias primas y productos terminados se encuentran envasados y ordenados, por lo cual dedujeron su buen estado de conservación. Luego, realiza una transcripciones de las partes de la resolución recurrida que considera resaltantes y ajustadas a derecho. Sostiene que en general no ha existido interpretación

legal dado que el texto de la ley es explícito y descarta por completo un error en la aplicación. Aduce que la presunción legal, el requerimiento legal, impone en el caso de invocarse justa causa, el que así lo hiciera deberá acreditarlo en la forma exigida por la ley, es decir con el correspondiente fallo judicial o arbitral, según se encuentre o no pactado el arbitraje, por tanto al inferior al determinar que el contrato ha sido rescindido injustificadamente no ha interpretado la ley, sino ha aplicado la presunción legal. Expresa que del texto de la Ley 194/93 se desprende que uno de los hechos generadores del derecho a ser indemnizado se encuentra contemplado en el art. 8 e independiente de las indemnizaciones que correspondan a los casos previstos. Así se ha establecido que la firma local no solo recupere la inversión realizada en la compra de mercaderías, sino que además obtenga una utilidad normal de acuerdo con el precio de la venta de productos en el mercado. Refiere que la adversa funda su negativa en la compra de las mercaderías en la mala calidad y vencimiento, olvidando que los productos fabricados por su representada no presentaron deficiencias por más de cuarenta años, ostentando la marca Mylurgia y que éstos llevan en depósito desde 1.997, fecha en la cual la demandada ha negado los legítimos derechos de su parte. Concluye que se ha alegado una supuesta falta de calidad que no se probado, como una supuesta deuda de la actora con la demandada, hecho no comprobado y supuestos incumplimientos para la rescisión del contrato, lo que pudiendo o no haber existido, no se ha demostrado que fueran de magnitud para producir la justificación de la rescisión, además de no haber sido acreditado judicialmente como lo requiere la ley. Por estas consideraciones, peticionó confirmar la sentencia recurrida, con la inclusión de los intereses solicitados.

El abogado César Eduardo Coll Rodríguez expresa agravios en los términos del escrito de fs. 302/307 y arguye la obligación de pago de la firma demandada no emana de un documento privado signado por las partes, sino de la regla contenida en el art. 8 de la Ley 194/93. Refiere que esta obligación está sujeta a la comunicación a la otra parte de la adopción de la opción de venta, extremo alegado por su parte y aceptado por la demandada. Alega que ante la negativa de la demandada al pago de las existencias no constituye una simple mora en el cumplimiento de las obligaciones legales. Aduce que l mora se devenga y esto produce intereses aunque ellos no hayan sido solicitados, puesto que la misma ley determina su aparición y aplicación en la obligación morosa, a tenor de los arts. 450,

453, 475 del Cód. Civ. Expresa que la citada normativa de la Ley 194 evidencia la obligatoriedad del cumplimiento desde el momento de la notificación de la adopción de la opción que la misma ley establece. Afirma que su parte ha solicitado y ha determinado los intereses adeudados por la mora, en los términos del escrito de fs. 250, lo cuales deberán ser computados desde la iniciación del juicio a una tasa que este Tribunal deberá establecer, por economía procesal, expresando sin embargo que el 3% interés moratorio y punitorio, es de aplicación habitual. Concluyó su escrito peticionando disponer la aplicación de intereses desde la iniciación de la presente demanda hasta el cumplimiento efectivo de la misma.

La adversa contesta el traslado corréndole en los términos del escrito de fs. 309/317. Señala que el inferior no se ha expedido sobre los intereses puesto que los mismos no fueron reclamados en autos al tiempo de accionar la demanda. Refiere que la interpretación antojadiza del alcance del art. 8 de la Ley 194 ya ha sido ampliamente rebatido por su parte en su escrito de expresión de agravios. Afirma que la demandada no tiene ninguna obligación de comprar el stock de productos que quedó en poder de la actora, puesto que la rescisión del contrato fue de común acuerdo, ya que ambas partes han aceptado por escrito la existencia de una causal de rescisión del contrato por causa justificada. Adujo que el beneficio adicional que la actora pretende, sin embargo tanto la ley como el contrato prohíben su acceso, en razón de que la rescisión del contrato fue por causa justificada, imputable y admitida por la actora. Afirmó que no existe obligación de la compra del stock, no existe mora ni tampoco deuda líquida, por ello no ha incurrido en mora pues a la fecha no existe ninguna obligación de pago firme y ejecutable. Esgrime que no existe en la Ley 194/93 ni en ningún otro cuerpo legal la mora antes de la existencia de una deuda líquida y exigible determinada en instrumento que traiga aparejada ejecución o su determinación judicial y la intimación de su pago. Expresa que la aplicación del art. 475 del Cód. Civ. no resulta aplicable. Indicó que ante la omisión de la condena del pago de intereses la adversa debió plantear recurso de aclaratoria a efectos de hacerlo materia de juzgamiento en esta instancia. Concluyó su escrito peticionado desestimar el recurso de apelación interpuesto por Rafael de los Ríos S.A.C.I. y resolver conforme a lo peticionado en el escrito de expresión de agravios.

En autos se discute la procedencia de la demanda de indemnización de daños y perjuicios basada en las disposiciones de la Ley 194/93.

Las partes están de acuerdo en que hubo una relación contractual de representación entre ellas, la cual duró varios años. Igualmente coinciden en que la relación terminó a raíz de una serie de incumplimientos por parte de la representante; ello surge con claridad no solo de los términos de la demanda, sino de la absolución de posiciones del Sr. Guillermo Antonio de los Ríos Pérez, quien en su deposición reconoce la existencia de atrasos en los pagos a cargo de la empresa representante. En efecto, a fs. 19 de la demanda, el actor refiere en el año 1.995, que la firma sufrió un colapso económico, la retracción de las ventas y una secuela de incumplimientos, que significó el retraso en el pago de sus obligaciones e inclusive derivó en la convocatoria de acreedores de la empresa RAFAEL DE LOS RIOS S.A.C.I. Atribuye el actor este incumplimiento a una imposibilidad sobreviniente como consecuencia de la paralización de la actividad comercial y la inestabilidad económica generalizada. Sin embargo, esta circunstancia configura tan solo, un estado de insolvencia, es decir, la imposibilidad subjetiva en el cumplimiento de las obligaciones, que no puede considerarse como eximente. La imposibilidad para relevar al deudor de la imputación culposa del incumplimiento debe ser siempre objetiva, esto es, el objeto de la prestación debe devenir imposible.

Igualmente debemos recordar que las documentales que rolan a fs. 76/99 de autos fueron desagregadas por resolución judicial a solicitud de la propia actora, al haber sido extemporáneamente presentadas, por ello no se las puede tomar en cuenta, ni por ende tampoco la referencia al art. 25 del contrato –contenido en dichas fojas– que hace el absolvente.

El actor mencionó que su incumplimiento había sido objeto de peticiones de espera, que habían sido favorablemente acogidas por la demandada y que se aceptarían pagos posteriores. En primer lugar debemos señalar que no se ha probado esta circunstancia alegada, y en segundo lugar que las consecuencias de la mora se deben distinguir en cuanto a sus efectos. La aceptación de pagos posteriores a la mora solo purga las consecuencias patrimoniales de ella, esto es, los intereses moratorios, pero no extingue las causales resolutorias de la relación contractual –cuando ella es confirmada- ni su poder justificatorio para terminarla, respecto de su futuridad.

La parte actora sostiene que la indemnización que pretende está basada en el art. 8 de la Ley 194/93, y arguye que dicha norma prevé un derecho a indemnización independiente de toda otra consideración respecto

de la justificación o no de la terminación del vínculo contractual, a diferencia del art. 4º, en el cual esta circunstancia sí sería relevante.

En primer lugar debemos decir que la indemnización de daños y perjuicios prevista en la Ley 194/93 es de origen contractual. Toda indemnización de daños contractuales exige ciertos requerimientos para su procedencia: en primer lugar la existencia de un vínculo contractual, el cual ha sido admitido por las partes en autos; en segundo lugar la existencia de un daño cierto y actual, sobre el cual volveremos más tarde; en tercer lugar el incumplimiento contractual; y en cuarto lugar que tal incumplimiento pueda imputarse –dolosa o culposamente– al agente incumpliente, salvo que una de las partes haya asumido expresamente el riesgo contractual, en cuyo caso la imputabilidad carece de relevancia. Debemos señalar asimismo que el incumplimiento por sí solo hace presumir la culpa del incumpliente, según lo disponen las reglas generales sobre responsabilidad, contenidas en los art. 423 y 426 del Cód. Civ., salvo que aquél logre demostrar que el incumplimiento se debió a una imposibilidad sobreviniente por caso fortuito o fuerza mayor.

Ahora bien, la teoría sustentada por la actora, en el sentido de que la responsabilidad prevista en el art. 8 de la ley es una responsabilidad exenta de todo criterio de imputabilidad, tanto doloso como culposo, y que por ende no depende de lo justificado o no del incumplimiento, supondría que la responsabilidad allí prevista es objetiva. Sabemos que la responsabilidad objetiva solo puede provenir de la ley; y la ley normalmente la predica de actos ilícitos, no de incumplimientos contractuales, por lo que, de existir, tal responsabilidad contractual objetiva debe estar expresamente prevista en la norma.

Analizando la sistemática de la citada Ley 194/93, se advierte que toda ella está basada en la circunstancia del incumplimiento contractual, y en su no justificación, lo cual nos indica que la ley no se ha apartado de la tradicional teoría de la culpa y de la presunción de ella, ante el incumplimiento. Pretender que el art. 8º establece un régimen de excepción por sí solo, contraviene no solo los restantes artículos de la ley, en especial el art. 1º, en el cual se expresa el objeto propio de la ley en los sgtes. términos: “...se fijan las pautas que correspondan con motivo del cese, sin expresión de causa, de las relaciones contractuales”, sino que supone una lectura del todo reñida con la lógica. En efecto, si el requerido por indemnización no puede evitar ser condenado demostrando la culpa de la contraparte con-

tractual, su posición sería no solo peor que la de la responsabilidad objetiva de los actos ilícitos –provenientes de los art. 1846 y 1847 del Cód. Civ., sino que con esta tesis también tendríamos que admitir que el dolo o la culpa pueden ser fuente de derechos para quienes incurren en esas conductas y originar beneficios en su favor, lo cual es del todo punto de vista inadmisibles. Por consiguiente no se puede sino concluir que, tratándose de responsabilidad contractual, a las partes les es siempre por lo menos permitido liberarse probando la culpa o dolo de la contraparte. Asimismo de la lectura de la ley surge que se permite al contratante extranjero extinguir la relación contractual sin responsabilidad, siempre que concurren las circunstancias previstas en el art. 6º de la ley, las cuales fungen de única justificación para la resolución del contrato, limitando y definiendo así los alcances del pacto comisorio tácito contenido en el art. 725 del Cód. Civ. A lo sumo lo que la ley pudiera haber establecido es una inversión de las cargas probatorias en cuanto a las circunstancias que pudieran haber causado la rotura contractual entre las partes, pero nunca eliminar por completo de la relación el factor de la conducta o comportamiento contractual –dolosa o culposa-, a los efectos de juzgar sobre su terminación.

En esta línea de comprensión, la diferencia entre lo dispuesto por el art. 4º y el art. 8º de la Ley 194/93 pudiera encontrarse en los daños que cada cual regula. El art. 4º hace referencia a parámetros tales como la duración de la relación contractual y las ganancias obtenidas por su virtud, esto es, apunta mayormente al lucro cesante; en tanto que el art. 8º, al aludir a las existencias de mercaderías en poder del representante o agente, señala hacia un perjuicio patrimonial directo, esto es, al daño emergente. Aunque éste también introduce un contenido de lucro cesante cuando vincula el precio de las mercaderías con el precio de mercado –sin especificar si se refiere a precio de mayorista o de consumidor final- lo cual puede significar simplemente una valuación tasada, como también la referencia a una posible ganancia futura.

Por ello se concluye que en el presente caso no se cumplen las previsiones de la Ley 194/93 para la procedencia de la pretensión indemnizatoria referida a los daños reclamados por el actor, en los términos del art. 8º; la sentencia recurrida debe ser revocada.

En cuanto a las costas, corresponde su imposición a la parte perdedora, de conformidad con lo establecido en el art. 203 del Cód. Proc. Civ.

TRIBUNAL DE APELACIÓN CIVIL Y COMERCIAL

A sus turnos, los Dres. Guido Cocco Samudio y Arnaldo Martínez Prieto, manifestaron que votaban en igual sentido.

VISTO: El mérito que ofrece el acuerdo precedente sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, tercera sala,

R E S U E L V E :

TENER por desistida a la recurrente del recurso de nulidad.

REVOCAR la sentencia apelada.

IMPONER las costas a la perdidosa.

ANÓTESE, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Arnaldo Martínez Prieto, Guido Cocco y María Mercedes Buongermini.

Ante mí: Carolina Lebrón, Actuaría Judicial.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 137

***Cuestión debatida:** La parte agraviada recurre la resolución, expresando que la sentencia se sustenta en la apreciación arbitraria de las pruebas que hace el juez referente a los documentos presentados por el actor. Considera que el inferior debía resolver en su sentencia la obligación de indemnizar y determinar monto conforme a las prescripciones contenidas en el Art. 7 de la Ley N° 194/93.*

LEY N° 194/93. CONTRATO. Forma y prueba de contrato. COMPETENCIA. Competencia desleal.

En dicho sentido también cabe apuntar que a fs. 24/5 obra un testimonio autenticado de Contrato de Representación Comercial, si bien no traducido, no cuestionado, sobre todo en lo que se refiere a su fecha de suscripción que dataría de 1979, por lo que dicho extremo podemos darlo por cierto y asumido ante su falta de negativa expresa. Debemos señalar sobre el punto que si bien el año se halla establecido en números arábigos, que no requeriría traducción para su validez, por coincidir con nuestro sistema numérico, no podemos sustentar la innecesariedad de ella, pues la comprensión exacta surge del contexto y no de una circunstancia aislada como sería esa. No obstante esta observación, lo circunstancias apuntado

más arriba, nos lleva a la indiscutible conclusión de la existencia de la relación de representación, por el plazo de 19 años.

LEY N° 194/93. FRAUDE. Requisitos para que se configure.

Resumiendo, tenemos que lo que podría impedir el abono indemnizatorio es la realización, por parte del actor, de hechos generadores de conflicto de intereses por comercialización de productos o mercaderías similares, así como fraude o abuso de confianza. Corresponde entonces, antes de seguir avanzando en el estudio de la causa, verificar los extremos aludidos, pues la demostración de la existencia de alguna de las causales impediría de derecho conferir la petición principal del juicio.

LEY N° 194/93. FRAUDE. Requisitos para que se configure.

En el caso, se requiere: a) que el Representante, Agente o Distribuidor haya estado comercializando mercaderías o productos que generen competencia desleal en relación con los representados o distribuidos, b) que la firma extranjera emplace a la nacional por ciento veinte días para que elimine la causal generadora de la competencia desleal, c) si así lo ha hecho y pese a ello el representante nacional no remueve dicha causal, el afectado puede ejercer de inmediato su derecho rescisorio, salvo que d) el representante nacional haya incurrido en fraude o abuso de confianza. Este postrer literal abre la vía de la investigación penal en virtud de la promoción de conductas típicas, más la misma no se ha planteado por lo que queda fuera de nuestra atención.

LEY N° 194/93. FRAUDE. Requisitos para que se configure. Conflicto de intereses.

A fs. 14 del T. I, el propio actor adjunta el vidimus de un instrumento del cual surge una imputación de deslealtad comercial hacia el mismo, por dedicarse a “Actividades comerciales similares en franca y desleal competencia con su contratante expresamente prohibidas por el contrato, lo que crea un conflicto de intereses...”. Este telegrama, que de dicho tipo de instrumento se trata, luce fecha del 9 de octubre de 1998 y no incluye en sus términos el emplazamiento dispuesto por la ley, empero es obvio que al promoverse la presente demanda, el hecho de deslealtad no ha sido admitido por el actor, por lo que corresponde investigar la existencia de dicho extremo, a la luz de los elementos probatorios rendidos en la causa.

LEY N° 194/93. CONTRATO. Forma y prueba de contrato. COMPETENCIA. Competencia desleal.

De inicio notamos que de fs. 170/6, corre un contrato de venta de dos ascensores, que se materializa entre un particular y ELEVADORES SUR S.A. en un papel con membrete de PHORMA S.R.L. Según lo que tenemos visto, dicha sociedad es representante de la marca de elevadores LG, no SUR, por lo que evidentemente al incurrir en dicha involuntariedad, el actor se ha puesto en evidencia de que ostentaba y ejercía ambas representaciones. El mismo lleva fecha del 5 de diciembre de 1997, posterior a la cesión, pero anterior a la rescisión, lo cual explicaría la decisión de la demandada en acusar de competencia desleal al actor.

TApel. Civ. y Com. Tercera Sala. 13/11/06. “Fausto José García c/ Elevadores Sur. S.A. Industrial y Comercial s/ Obligación de indemnizar y determinación de monto” (Ac. y Sent. N° 137).

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes;

C U E S T I O N E S:

¿ES NULA LA SENTENCIA APELADA?.

EN SU CASO, SE DICTO CONFORME A DERECHO?.

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: MARTÍNEZ PRIETO, BUONGERMINI P., y VILLALBA FERNÁNDEZ.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL DR. MARTÍNEZ PRIETO DIJO: La parte perdidosa recurre en nulidad, empero, expresamente desiste del mismo y al no existir vicio de forma que amerite su declaración ex officio, corresponde así declararlo.

A SUS TURNOS los Dres. Buongermini y Villalba Fernández, manifestaron que votan en idéntico sentido.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, EL DR. MARTÍNEZ PRIETO PROSIGUIÓ DICIENDO: Por la sentencia apelada N° 432 de fecha 29 de junio de 2005 el a quo resolvió: “1) RECHAZAR la presente demanda de indemnización legal y contractual, y su ampliación por daño material emergente, lucro cesante, daño moral y honorarios como Apoderado y otras indemnizaciones promovida por el señor FAUSTO JOSÉ GARCÍA VERA contra la firma ELEVADORES SUR S.A. DE COMERCIO E INDUSTRIA (denominada actualmente THYSEN SUR ELEVADORES e TECNOLOGÍA), por las razones expuestas en el exordio de la presente resolución. 2) NO HACER LUGAR al pedido de declarar plus petición

inexcusable de parte de la accionante, por los motivos expuestos en el exordio de esta resolución. 3) NO HACER LUGAR al pedido de declarar como litigante de mala fe a la actora, por los motivos expuestos de esta resolución. 4) IMPONER las costas a la parte actora. 5) ANÓTESE...” (sic.)(fs. 909 vlta.).

De dicha sentencia recurre la parte actora y presenta su escrito de expresión de agravios, que obra a fs. 916/920. Manifiesta al respecto que el inferior no ha considerado que la contraparte tomo la decisión de rescindir el contrato, cancelando la representación. Sostiene que el inferior no aplico lo dispuesto en el art. 7 de la ley 194/93 que establece claramente el procedimiento a seguir las cuales fueron omitidas por la demandada. Arguye que la hoy demandada ni en este ni en otro juicio ha demostrado la supuesta causa alegada que dio lugar a la rescisión de contrato. Sostiene que la sentencia se sustenta en la apreciación arbitraria de las pruebas que hace el juez específicamente en lo que se refiere a los documentos presentados por el actor y que considera que dichos documentos fueron emanados por terceros y que para que tengan validez deben ser reconocidos en juicio según lo dispone el art. 307 del Cód. Proc. Civ. Manifiesta que el inferior debía resolver en su sentencia la obligación de indemnizar y determinar monto, en cuanto que la obligación nace de la presunción legal del art. 7 de la ley 194/93, y basándose en esta presunción legal la carga de la prueba corresponde a la parte demandada en cuanto a la determinación del monto, que renuncio con el desistimiento de la prueba pericial ofrecida por la parte demandada en autos. Sostiene que el juez dejo de aplicar la ley 194/93, donde claramente se establece el procedimiento a ser seguido para la cancelación, revocación, modificación, etc. con justa causa, en ningún momento la mencionada ley habla de la renuncia expresa o tacita de los 120 días, para solucionar cualquier problema que pueda existir, la demandada no ha proporcionado dicho plazo, ni vía telegrama, ni por otro medio, simplemente comunico la rescisión del contrato, por lo tanto sostiene que corresponde revocar la sentencia recurrida, con costas.

La representante convencional de la parte actora contesta dichos agravios en su escrito obrante a fs. 923/950 arguyendo que el recurrente incurre en una tremenda contradicción ya que por un lado sostiene que su parte, al no haberle otorgado los 120 días para solucionar la causal invocada violo la ley, y que, por este solo hecho, debe pagar la indemnización legal. Por otro lado negó expresamente haber incurrido en la causal de

justificación invocada por su parte, por lo que, al haber negado incurrido en dicha causal, es que evidentemente que renunció al plazo de 120 días para solucionarla porque negó la existencia misma de dicha causal, y, por lo tanto, no necesito de ningún plazo para ninguna solución. Sostiene que el actor no probó en juicio el monto de la indemnización legal reclamada conforme a la ley, porque no presentó un solo documento comercial o impositivo necesario para determinar una eventual liquidación y cálculo de la indemnización. Manifiesta que el actor no probó su derecho a indemnización contractual porque no probó en juicio la existencia de un pacto, condición o cláusula contractual vigente entre las partes que le otorgase alguna indemnización de naturaleza contractual. Solicita así finalmente, ha presentado una fundamentación promiscua, y por tanto no ha cumplido lo preceptuado lo dispuesto en el art. 419 del Cód. Proc. Civ. Afirma que el en un proceso ordinario la prueba es amplia y no tiene límites, por lo cual la adversa no puede simplemente restarle eficacia a la abundante prueba ofrecida y diligenciada. Resalta que se halla suficientemente probado que el Arq. Benítez ha sido el proyectista y constructor de su vivienda y la imposición de intereses no surge de la discrecionalidad del juez, sino del texto de la propia ley. Aduce que la Escribana María Teresa López de Aponte ha constatado personalmente los vicios de la construcción existente, los que fueron asentados en el acta respectiva. Indica que el art. 650 del Cód. Civ. no se refiere al hecho de que la construcción se venga abajo sino a la existencia de vicios palpables, como los que existen en su propiedad y, muy por el contrario de la que afirma la adversa en relación a la antigüedad, el citado artículo dispone que para que la responsabilidad, la ruina deberá producirse dentro de los 10 años de recibida la obra. Adujo que el juez de las pruebas anticipadas se constituyó en su residencia, en el cual se dejó constancia que el piso de madera tuvo que ser levado cinco veces, hecho no negado por el demandado y por lo demás, transcribe dicha acta. A continuación, el recurrente realiza una valoración pormenorizada de las pruebas aportadas. Menciona asimismo, que amparado en la disposición del art. 430 del Cód. Proc. Civ., peticiona la prueba de reconocimiento judicial a efectos de probar los nuevos daños existentes en la casa y la prueba testimonial de la Arq. Martha Pérez. Culminó su escrito manifestando que se encuentra plenamente probado la existencia de innumerables fallas en la residencia, por lo cual peticionó confirmar el fallo apelado, con costas.

La recurrida rechaza la demanda que por rubros indemnizatorios, daño emergente, lucro cesante y honorarios, ha promovido contra Elevadores Sur S.A. de Comercio e Industria, hoy Thyssen Sur S.A. Elevadores e Tecnología.

Corresponde, pues verificar la procedencia del rechazo, a la luz de las actuaciones de autos, las pruebas producidas y la aplicación adecuada de la legislación aplicable al caso.

No existe desconocimiento acerca de la calidad de representante del actor en lo que refiere a los productos de la demandada en nuestro medio; donde radica el busilis de la cuestión es en la forma que se ha rescindido su contrato y si ello implica obligación indemnizatoria o de abono de suma alguna por dicha circunstancia.

La parte actora, refiere que esta situación ha surgido, en forma unilateral e injustificada, luego de 19 años de relación comercial no obstante reconoce que se le han imputado supuestos incumplimientos, negados, por falsos, por la misma.

A propósito de la mención de la antigüedad contractual que invocara la actora, esto es 19 años, debemos, en virtud de los términos del art. 11 de la Ley No.: 194/93, cerciorarnos de este extremo, sea por la vía efectiva de la verdad real o de la jurídica que surja de la posición del demandado o de los instrumentos arrimados. Esto es así, porque la norma referida se halla formulada en términos imperativos que no dejan resquicio para interpretación o aplicación relativa de la misma, por lo que, en su caso, con ello se podría poner fin a la causa. Veamos; como se asentara, la parte actora alega su calidad de contratante desde hace 19 años al momento de la demanda. La parte accionada en su responde no cuestiona la calidad de legitimada activa de la actora, pero a fs. 589, luego de reconocer en forma expresa la relación, destaca que no se ha presentado el contrato, ni se ha acreditado el cumplimiento del referido art. 11, cual es la inscripción del mismo en el Registro Público de Comercio. A este respecto debemos señalar que la relación contractual sería anterior a la ley 194/93, por lo que las formalidades de esta no pueden ser exigidas retroactivamente so pena de caer en inconstitucionalidades, lo cual expresamente refiere la ley. Y además porque el requisito de la inscripción, no puede tener efecto constitutivo de la relación, a lo sumo declarativo o de publicidad frente a terceros. Entonces, la admisión de la relación contractual se halla más que obvia, a partir de la profusa documentación presentada por las partes, hallándose

cuestionada la antigüedad de tal calidad en virtud de los términos de fs. 589 supra citada. Ahora bien, y siempre sobre el punto, debemos señalar que la demanda, en su escrito de responde, al invocar competencia desleal como fundamento para evitar el abono de los rubros reclamados, nos refiere al telegrama de fs. 14, remitido por el mismo, de donde surge en forma expresa que el contrato se hallaba vigente desde el año 1979, por lo que, siendo sus propios dichos, que no pueden ser le desconocidos, la data y antigüedad del mismo se hallan determinados.

En dicho sentido también cabe apuntar que a fs. 24/5 obra un testimonio autenticado de Contrato de Representación Comercial, si bien no traducido, no cuestionado, sobre todo en lo que se refiere a su fecha de suscripción que dataría de 1979, por lo que dicho extremo podemos darlo por cierto y asumido ante su falta de negativa expresa. Debemos señalar sobre el punto que si bien el año se halla establecido en números arábigos, que no requeriría traducción para su validez, por coincidir con nuestro sistema numérico, no podemos sustentar la innecesariedad de ella, pues la comprensión exacta surge del contexto y no de una circunstancia aislada como sería esa. No obstante esta observación, lo circunstancias apuntado más arriba, nos lleva a la indiscutible conclusión de la existencia de la relación de representación, por el plazo de 19 años.

En cualquiera de los casos, al reconocerse el relacionamiento contractual, pero sin haberse presentado traducción, si acaso necesitamos conocer los detalles del contenido específico del contrato nos habremos de remitir a los términos del Código Civil y de las leyes aplicables al caso, en especial la tantas veces citada 194/93.

Así las cosas, antes de entrar a considerar los efectos que pudieren surgir de la cancelación del contrato, debemos verificar la existencia, o no, de causales que la justifiquen e impongan la exoneración de abono indemnizatorio alguno, de conformidad con los incisos literales a/f del art. 6 de la Ley No.: 194/93 y la condición surgida del art. 7.

En dicho sentido, alega la demandada en forma enfática, que el actor ha incurrido en las causales previstas en el sexto articulado de la legislación citada, por lo que no le asiste derecho alguno para percibir suma de dinero en los conceptos reclamados. La norma refiere a la eventualidad que el actor ha estado comercializando e instalando ascensores y escaleras mecánicas de una marca de la competencia, por lo que habría incurrido en competencia desleal al boicotear las ventas de los productos Sur, así como

por no rendir cuentas del resultado de operaciones comerciales efectuadas con la hoy demandada.

Estos dos últimos párrafos son determinantes en la suerte de la causa. En efecto, la normativa referida contiene los casos en que no corresponde el abono de la indemnización, por lo que es determinante investigar sobre el particular a la luz de dicha norma.

Entonces, ¿cuál es el acto prohibido en que habría incurrido el actor en su actividad comercial según el art. 6 de la ley 193/94 Para ello consideramos oportuno transcribir la citada norma con los pertinentes literales.

Art. 6. “Todo fabricante o firma extranjera que estuviese comprendido en alguna de las relaciones indicadas en el artículo 2do. podrá cancelar, revocar modificar o negarse a prorrogar la Representación, Agencia o Distribución con justa causa, sin estar obligado a pagar indemnización alguna invocando las causales que más abajo se indican: ...lit f. Conflicto de intereses por la Representación, Agencia o Distribución de productos o la prestación de servicios que se encuentre en línea de competencia con los productos o servicios objeto de la relación. Antes de tomar cualquiera de las determinaciones previstas en este artículo, el fabricante o firma extranjera deberá requerir al Representante, Agente o Distribuidor que solucione la causal invocada dentro del plazo de ciento veinte días. Si la misma no fuese removida dentro del plazo señalado el afectado podrá ejercer su derecho inmediatamente, salvo el caso previsto en el inc. b) de este artículo, que refiere al “...fraude o abuso de confianza en las gestiones conferidas al Representante, Agente o Distribuidor.”

Resumiendo, tenemos que lo que podría impedir el abono indemnizatorio es la realización, por parte del actor, de hechos generadores de conflicto de intereses por comercialización de productos o mercaderías similares, así como fraude o abuso de confianza. Corresponde entonces, antes de seguir avanzando en el estudio de la causa, verificar los extremos aludidos, pues la demostración de la existencia de alguna de las causales impediría de derecho conferir la petición principal del juicio.

En el caso, se requiere: a) que el Representante, Agente o Distribuidor haya estado comercializando mercaderías o productos que generen competencia desleal en relación con los representados o distribuidos, b) que la firma extranjera emplace a la nacional por ciento veinte días para que elimine la causal generadora de la competencia desleal, c) si así lo ha hecho y pese a ello el representante nacional no remueve dicha causal, el

afectado puede ejercer de inmediato su derecho rescisorio, salvo que d) el representante nacional haya incurrido en fraude o abuso de confianza. Este postrer literal abre la vía de la investigación penal en virtud de la promoción de conductas típicas, más la misma no se ha planteado por lo que queda fuera de nuestra atención.

A fs. 14 del T. I, el propio actor adjunta el vidimus de un instrumento del cual surge una imputación de deslealtad comercial hacia el mismo, por dedicarse a "...actividades comerciales similares en franca y desleal competencia con su contratante expresamente prohibidas por el contrato, lo que crea un conflicto de intereses..." Este telegrama, que de dicho tipo de instrumento se trata, luce fecha del 9 de Octubre de 1998 y no incluye en sus términos el emplazamiento dispuesto por la ley, empero es obvio que al promoverse la presente demanda, el hecho de deslealtad no ha sido admitido por el actor, por lo que corresponde investigar la existencia de dicho extremo, a la luz de los elementos probatorios rendidos en la causa.

A fs. 69/71, corre un "ACTA DE REUNIÓN DE SOCIOS No.: 1" del 7 de Abril de 1997, donde, entre otras consideraciones y determinaciones, el actor se retira de la firma Elevadores Sur del Paraguay S.R.L., cediendo sus cuotas sociales y percibiendo en concepto de haberes de retiro la suma de GUARANÍES CIENTO NUEVE MILLONES (109.000.000 Gs.), pasando, en su lugar, a ser socio en virtud de dicha cesión, la firma Elevadores Sur S.A. Industria e Comercio do Brasil.

Debemos hacer notar, en forma muy especial, que la comunicación de rescisión del contrato vía telegráfica -fs. 14- es posterior al retiro del actor de la sociedad, por lo que debiéramos entender que, independientemente de ello, el Arq. García Vera, siguió ligado a la sociedad, ahora solo representando, distribuyendo o, aunque más no sea, encargándose de la instalación de los elevadores.

Tampoco deja de llamar la atención los términos de la referida acta en cuanto a "...3) Otorgar al Arq. Fausto García Vera una retribución de Guaraníes CIENTO NUEVE MILLONES (Gs. 109.000.000), por las funciones de dirección, administración y los servicios de promoción de los servicios de montaje y mantenimiento de los ascensores de la sociedad, agradeciéndole los servicios prestados a la sociedad desde su fundación;...", amén de "...liberarlo de toda responsabilidad en todo lo que concierne a su relación con la sociedad y los demás socios fundadores en los límites estrictos que surgen de la documentación social y demostraciones financieras

por él presentadas.”(sic.). En dicho sentido la Escritura No.: 9 del 9 de Abril de 1997, pasada ante la Escribana Pública María Adela Ocampos de Vouga, -fs. 72/8 vlto.- aclara dicha circunstancia cuando a fs. 76 de la misma: “Se deja expresa constancia que la presente cesión no afecta, disminuye o extingue en ningún momento los derechos de representación de la empresa ELEVADORES SUR S.A. Industrio e Comercio do Brasil de los cuales el Cedente. Arq. Fausto García Vera es titular conforme a los documentos que evidencian dicha relación, ni de otras deudas o cuestiones pendientes que el cesionario Elevadores Sur del Paraguay S.A. Industria e Comercio do Brasil pueda tener, con el Cedente Arq. Fausto García Vera.”(sic.).

En dichos términos, el cúmulo de responsabilidades que pudiera surgir se limita a las no expresadas en estos instrumentos o a las que pudieran ser posteriores al perfeccionamiento del último, o, en fin, a conductas desleales desconocidas en ese entonces por los hoy demandados. Hemos preferido formular dichas transcripciones referenciales a fin de determinar el marco temporal de producción de dichas responsabilidades, en la eventualidad de que resulten probadas.

De inicio notamos que de fs. 170/6, corre un contrato de venta de dos ascensores, que se materializa entre un particular y ELEVADORES SUR S.A. en un papel con membrete de PHORMA S.R.L. Según lo que tenemos visto, dicha sociedad es representante de la marca de elevadores LG, no SUR, por lo que evidentemente al incurrir en dicha involuntariedad, el actor se ha puesto en evidencia de que ostentaba y ejercía ambas representaciones. El mismo lleva fecha del 5 de Diciembre de 1997, posterior a la cesión, pero anterior a la rescisión, lo cual explicaría la decisión de la demandada en acusar de competencia desleal al actor.

De fs. 522 a 571 obra un ejemplar auténtico de la revista “ARQUITECTURA INGENIERÍA ARTES”, ejemplar correspondiente al mes de Octubre de 1998, según se obtiene de fs. 526, siendo coincidente, en mes y año, con el telegrama de fs. 14, empero posterior a ambos instrumentos donde se asienta la cesión de cuotas sociales del actor. Esta circunstancia, de no variar, nos referimos al aspecto cronológico, explicaría la retribución en metálico y los términos laudatorios expresados en favor del actor.

En el referido ejemplar, a fs. 528 y a fs. 559 se imprimen sendas publicidades de marcas de ascensores en competencia que llevan la misma referencia domiciliaria y telefónica. Es decir, lo que se denota sin mayor

esfuerzo es que los interesados en conocer mayores especificaciones de los productos ofertados y, en su caso, adquirirlos, deben dirigirse, en ambas opciones, al mismo punto.

A fs. 572 se agrega una fotocopia que luce sello actuarial, más no rúbrica, por lo tanto, material no auténtico y del que se obtiene un ofrecimiento de servicio de Mantenimiento Mensual Preventivo para ascensores y escaleras mecánicas. En el membrete de la misma, notamos el logotipo de la marca LG y a sus pies una suscripción sobre el nombre del actor. Exactamente idéntica circunstancia se repite a fs. 573/4. Debemos hacer notar que a fs. 518 obra una fotocopia no autenticada que contiene un contrato de servicios publicitarios, donde en representación de Phorma S.R.L. suscribe el actor, Arq. Fausto García, siendo tal la sociedad que aparece en los membretes de fs. 572,3 y 4 de autos, relacionados con los elevadores de marca LG. Este instrumento lleva fecha 25 de Septiembre de 1998, apenas anterior al de fs. 14. A 581 corre telegrama intimando al actor a rendir cuentas. Lleva data del 19 de Noviembre de 1999, pero no puede fungir de elemento convictivo ya que las pretensiones de este tenor deben encauzarse por el trámite judicial pertinente.

Con todo lo dicho aparece evidente la participación del actor en la representación y comercialización de productos de la competencia, lo que determina su deslealtad, configurada esta como causal de conclusión del relacionamiento por el conflicto de intereses, prevista en el literal f del art. 6 de la Ley 194/93.

Ahora bien, existe si una circunstancia que debe ser especialmente tratada y expedita y que resulta determinante para la suerte de la causa en esta Alzada. Nos referimos al cumplimiento del emplazamiento establecido en el art. 6to. –in fine- de la ley 194/93 que establece, en términos imperativos –deberá requerir-, la obligación de la firma extranjera de emplazar al “...Representante, Agente o Distribuidor a que solucione la causal invocada dentro del plazo de ciento veinte días”.

Este emplazamiento se yergue como un requisito sine qua nom para fundar la negativa de pago alguno, en caso de ser mantenida la causal de rescisión, más allá del mismo y, en definitiva, de la manera como se ha conducido el proceso, este punto es determinante para la suerte del mismo. Independientemente de lo justa o no de dicha determinación legislativa, no podemos sino apegarnos a ella, advirtiendo desde ya que la inexistencia del emplazamiento en forma indubitada impediría la justificación de la

terminación de la relación contractual y habilitaría la aplicación de las reglas resarcitorias de la ley 194/93. Ello toda vez que se justifique documentalmente el quatum peticionado. Esto es así porque no existe otro sesgo en disputa; todo ha sido instrumentado o expresamente admitido por las partes, sobre todo lo que refiere a la legitimación, en virtud de la contratación asumida en el carácter señalado por el actor y admitida por la demandada.

El telegrama de fs. 14, largamente admitido por las partes y que, en síntesis, contiene todos los datos requeridos formalmente para configurar la legitimidad de las partes, incluso la antigüedad del relacionamiento, no emplaza, sino que directamente rescinde el contrato por alguna de las causales del art. 6 de la ley en cuestión.

Sobre este particular corresponde resaltar que la primera referencia expresa de dicho requisito, se formula a fs. 889 del Tomo V, cuando en el pliego de posiciones que se dirige al representante de la demandada, más concretamente en la quinta posición, mal redactada, por cierto, al no someterse a los términos del art. 286 Cód. Proc. Civ., se pregunta, pues no hay dirección afirmativa, si se dio cumplimiento al emplazamiento de los 120 días y en su caso por qué vía. También en la séptima posición se asienta, si se emplazó al actor en los términos del art. 6, in fine. El error en la nominación de la ley carece de trascendencia, pues sobradamente sabemos que nos estamos refiriendo a la 194/93. En el mismo sentido, debemos señalar la confusa y poco apropiada redacción de las citadas posiciones, no obstante que el deponente la admite, previo señalamiento de dicha circunstancia defectuosa; pero vamos a la respuesta en la parte que nos interesa: a la quinta dijo: "...que las partes, mutua y recíprocamente renunciaron al señalado plazo de 120 días" y a la séptima: "...las causales de la rescisión del contrato fueron varias no solamente las incluidas en el inciso F, también incurrió en varias otras previstas en el referido art. 6 de la aludida ley 194. Además las reclamaciones fueron formuladas a partir del mes de marzo del año 1998, en reuniones que se fueron manteniendo con el Sr. Fausto García con Directores de la empresa y con el absolvente. Era de público conocimiento porque Fausto García no ocultaba que el realizaba operaciones de representación de venta y otras actividades, todas reñidas con el comportamiento que indica la ley 194 para el representante o Agente Comercial". (sic.). Debemos entonces ver, si existe tal renuncia y, en su caso, establecer si la misma es admisible, lo cual nos parece, de antemano,

particularmente imposible en virtud de la irrenunciabilidad contenida en los términos del art. 9 de la ley que se aplica al caso; máxime, si, como pretende el demandado, ella surgiría tácitamente inferida de la conducta del actor, no de una determinación expresa o intercambio de voluntades entre las partes.

En dicho sentido, el referido absolvente ha mantenido que dichos reclamos han sido formulados desde el mes de marzo de 1998, mientras que el instrumento de fs. 14, donde se comunica la rescisión, luce fecha del 9 de noviembre de ese año, por lo que debiéramos hallar un testimonio de los referidos reclamos, pues cronológicamente existe la posibilidad de que así sea. Pero tales testimonios no han sido producidos o no se encuentran agregados a autos.

Debemos asentar, aunque más no sea como recordatorio, que el acta y la escritura de cesión, donde se agradeciera y bonificara al actor, son del mes de Abril de 1997, esto es, anteriores a la supuesta producción de las causales en cuestión.

Habiendo concluido este preopinante en la existencia de la relación contractual, así como de actos de deslealtad comercial que pudieran justificar la rescisión sin derecho a indemnización, la inexistencia del emplazamiento legal ubica a la relación en la senda de lo indemnizable, por lo que a la luz del art. 4 de la ley 194/93, las pautas que debemos revisar para establecer el monto son: a) la duración del relacionamiento; punto que se halla demostrado en autos, b) el promedio de utilidades brutas durante los tres últimos años del ejercicio contractual, todo ello aplicando los cálculos establecidos en el art. 5º. de la ley en cuestión.

Así las cosas, detenidamente revisados que fueran los documentos del primer tomo de autos, ninguno de los mismos se hallan revestidos de la calidad requerida para imponer certidumbre respecto de los ingresos legales del actor. En efecto, son instrumentos confeccionados por el propio actor u otros donde se asientan montos percibidos por determinadas operaciones, pero de carácter privado que no fueron reconocidos en autos mediante el procedimiento legalmente establecido en las leyes de forma. La prueba pertinente al respecto del quantum indemnizatorio conforme con el art. 4 precitado, hubiere sido la pericial, no producida, por lo que forzoso es reconocer que si bien se ha llegado al extremo de reconocer el puro derecho a la indemnización, ante la inexistencia de los documentos mentados en la ley pertinente, u otras probanzas idóneas los mismos no pueden obtener

cuantificación ni ser liquidados en la forma como se pretende, por lo que esta parte del petitorio no puede ser admitida.

Corresponde por lo tanto confirmar la resolución recurrida.

En lo que se refiere a la solicitud de declaración de mala fe y ejercicio abusivo del derecho y pluspetitio inexcusable, todas en cabeza de la representación de la actora, corresponde señalar que todos los puntos han sido incluidos en la resolución también recurrida por la actora, pero como con posterioridad la misma ha desistido de los recursos (A.I. N° 963 de fecha 31 de octubre de 2006), en lo que a el respecta, ha validado la decisión original.

En cuanto a las costas corresponde la imposición por su orden. Estos es así pues la actora, en contra de la posición de la demandada, ha demostrado la procedencia de sus derechos, nada mas que la cuantificación de la condena ha sido imposible por carecer de la documentación legal necesaria.

A sus turnos los Dres. Buonghermini y Villalba Fernández, manifestaron que votaban en igual sentido.

VISTO: El mérito que ofrece el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala;

R E S U E L V E:

DESESTIMAR el recurso de nulidad interpuesto.

CONFIRMAR el auto recurrido.

IMPONER las costas por su orden.

ANÓTESE, regístrese, y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Arnaldo Martínez Prieto, María Mercedes Buonghermini, y Nery Villalba Fernández.

Ante mí: Abog. Carolina Lebrón. Actuaría Judicial.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 143 (ACLARATORIA).

Trib. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. 30/11/2006. “Fausto José García c/ Elevadores Sur S.A. Industrial y Comercial s/ Obligación de Indemnizar y Determinación de Monto” (Ac. y Sent. N° 143).

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar la siguiente;

CUESTIÓN:

¿ES PROCEDENTE EL RECURSO DE ACLARATORIA?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: MARTÍNEZ PRIETO, BUONGERMINI PALUMBO y VILLALBA FERNÁNDEZ.

A LA ÚNICA CUESTIÓN EL DR. MARTÍNEZ PRIETO DIJO: Que, el Art. 387 del Cód. Proc. Civ. EXPRESA: “Objeto. Las partes podrán sin embargo pedir aclaratoria de la resolución al mismo Juez o Tribunal que la hubiere dictado con el objeto de que: a) Corrija cualquier error material, b) aclare alguna expresión oscura, sin alterar lo sustancial de la decisión, y c) Supla cualquier omisión en que hubiere incurrido sobre algunas de las pretensiones deducidas y discutidas en el litigio...”.

La última parte del citado artículo del Cód. Proc. Civ. dice que: “con el mismo objeto el Juez o Tribunal, de oficio, dentro de tercero día, podrá aclarar sus propias resoluciones aunque hubiesen sido notificadas ...”.

Analizando estos autos, se advierte un error en que ha incurrido este Tribunal pues en fecha 13 de noviembre de 2006, se dictó el A. y S. N° 137, consignándose en la tercera y cuarta páginas: "Solicita así finalmente, ha presentado una fundamentación promiscua, y por tanto no ha cumplido lo preceptuado lo dispuesto en el art. 419 del Cód. Proc. Civ. Afirma que el en un proceso ordinario la prueba es amplia y no tiene límites, por lo cual la adversa no puede simplemente restarle eficacia a la abundante prueba ofrecida y diligenciada. Resalta que se halla suficientemente probado que el Arq. Benítez ha sido el proyectista y constructor de su vivienda y la imposición de: intereses no surge de la discrecionalidad del juez, sino del texto de la propia ley. Aduce que la Escribana María Teresa López de Aponte ha constatado personalmente los vicios de la construcción existente, los que fueron asentados en el acta respectiva. Indica que el art. 650 del Cód. Civ. no se refiere al hecho de que la construcción se venga abajo sino a la existencia de vicios palpables, como los que existen en su propiedad y, muy por el contrario de la que afirma la adversa en relación a la antigüedad, el citado artículo dispone que para que la responsabilidad, la ruina deberá producirse dentro de los 10 años de recibida la obra. Adujo que el juez de las pruebas anticipadas se constituyó en su residencia, en el cual se dejó constancia que el piso de madera tuvo que ser levado cinco veces, hecho no negada por el demandado y por lo demás, transcribe dicha acta. A continuación, el recurrente realiza una valoración pormenorizada

de las pruebas aportadas. Menciona asimismo, que amparado en la disposición del art. 430 del Cid. Proc. Civ., petitiona la prueba de reconocimiento judicial a efectos de probar los nuevos daños existentes en la casa y la prueba testifical de la Arq. Martha Pérez. Culminó escrito manifestando que se encuentra plenamente probado la existencia de innumerables fallas en la residencia, por lo cual petitionó confirmar el fallo apelado, con costas...”. Este texto aparece en la citada resolución pero no corresponde a la misma. Se nota, entonces, que se ha incurrido en un error de impresión del contenido real del auto cuyo tenor íntegro se encuentra en soporte informático y en razón a una infortunada complicación y desajuste técnico, el texto fue reproducido indebidamente. Así pues, como se trata de un error material, que se puede enmendar, debe consignarse en forma correcta que: el párrafo segundo de la tercera página termina con la palabra “contractual” ubicada en la penúltima línea de dicha página. Así también, que la cuarta página comienza con la frase “la recurrida”, ubicada en el segundo párrafo de la cuarta página de la citada resolución, por lo que lo impreso entre dichos extremos de la tercera y cuarta páginas no corresponde a la resolución que se aclara por haber sido incluido en forma errónea. Se formula dicha aclaración ex officio, si bien el error se encuentra en el considerando y no en el resuelve como establece la ley, a los efectos de una mejor apreciación de su conjunto y en la certidumbre que no causa agravio a las partes litigantes.

En tales términos debe procederse a aclarar la resolución de marras.

A SUS TURNOS los Dres. Buonghermini y Villalba Fernández, manifestaron que votan en idéntico sentido.

VISTO: El mérito que ofrece el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala;

RESUELVE:

ACLARAR el A. y S. N° 137 de fecha 13 de noviembre de 2006, en el sentido de consignar correctamente que el párrafo segundo de la tercera página termina con la palabra “contractual” ubicada en la penúltima línea de dicha resolución. Así también, que la cuarta página comienza con la frase “la recurrida”, ubicada en el segundo párrafo de la cuarta página de la citada resolución.

ANÓTESE, regístrese, y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

TRIBUNAL DE APELACIÓN CIVIL Y COMERCIAL

María Mercedes Buongermini, Arnaldo Martínez Prieto, Neri E. Villalba F., Camarista.

Ante mí: Abog. Carolina Lebrón, Actuaría Judicial.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 53

Cuestión debatida: *La demanda fue incoada por Yama del Paraguay S.R.L. contra Laboratorios Cuenca S.A. por indemnización de daños y perjuicios por la terminación sin causa de un contrato de representación, de conformidad con la Ley N° 194/93. La parte demandada alega que la relación contractual fue finalizada porque la actora comercializaba productos de la competencia.*

Se trata de establecer la procedencia o no de una demanda de indemnización de daños y perjuicios incoada por la S.R.L. contra la S.A. en el marco de la Ley N° 194/93., como consecuencia de una rescisión de contrato.

LEY N° 194/93. CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN. PRUEBA DE CONFESIÓN. CONFESIÓN FICTA.

El hecho de que se declare la confesión ficta de la actora, no implica que automáticamente la demanda deba ser rechazada como lo hiciera el inferior, sino que debe ser apreciada juntamente con las demás pruebas, de conformidad con el primer párrafo del Art. 302 del Cód. Proc. Civ.

LEY N° 194/93. CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN. CONTRATO DE REPRESENTACIÓN.

El certificado de exclusividad se establece que la demandada nombra “Representante exclusivo para la República del Paraguay” a la parte actora, ello no quiere decir sino que Yama del Paraguay S.R.L. puede comercializar los productos de Laboratorios Cuenca, pero no implica una exclusividad de representación de aquél respecto de éste.

LEY N° 194/93. CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN. CONTRATO DE REPRESENTACIÓN.

Como el Artículo 3 de la Ley 194/93 establece que los representantes, agentes o distribuidores podrán ser exclusivos o de cualquier otra forma contractual y en los términos que acuerden las partes, se concluye que

es posible pactar exclusividad o no pactarla. Vale decir, la norma no prevé un contenido específico del contrato ni pautas mínimas obligatorias a ser observadas por las partes en su celebración. Entonces, la exclusividad pactada del representado respecto del representante y no viceversa tiene plena vigencia y es perfectamente válida.

LEY N° 194/93. CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN. CONTRATO DE REPRESENTACIÓN.

El representante, si no pactó exclusividad de comercialización respecto de los productos o marcas de su representado, puede comercializar cualquier otro producto que no se encuentre en línea de competencia con el proveído por el representando, de lo contrario, aunque no esté estipulado en el contrato, el hecho de comercializar productos en línea de competencia del representado es una causal de rescisión del contrato sin tener que pagar indemnización alguna.

LEY N° 194/93. CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN. CONTRATO DE REPRESENTACIÓN. PRUEBA. DAÑOS Y PERJUICIOS. Indemnización de daños y perjuicios.

La demandada ha alegado que la representante ha comercializado los productos de la competencia durante la vigencia del contrato de representación, lo que estaría previsto como causal de exención del pago de la indemnización de conformidad con el Art. 6, inc. f) de la Ley 194/93, por lo que es preciso analizar si este supuesto ha ocurrido o no en el presente caso.

LEY N° 194/93. CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN. CONTRATO DE REPRESENTACIÓN. PRUEBA. DAÑOS Y PERJUICIOS. Indemnización de daños y perjuicios.

Las pautas a tener en cuenta para calcular la indemnización correspondiente son, en primer lugar, la duración de la representación en escala ascendente por períodos de dos a cinco años, de más de cinco a diez años, de más de diez a veinte años, de más de veinte a treinta años, de más de treinta a cincuenta años y más de cincuenta años; y, en segundo lugar, por el promedio de las utilidades brutas anuales obtenidas por la representación durante los tres últimos años de ejercicio de algunas de ellas.

LEY N° 194/93. CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN. CONTRATO DE REPRESENTACIÓN. PRUEBA. DAÑOS Y PERJUICIOS. Indemnización de daños y perjuicios.

Tratándose de una indemnización de daños y perjuicios, lo que aquí se calcula es una pérdida de mercado sufrida por la parte actora, es decir, el daño producido por la no comercialización del producto. Como el mercado en el que se desempeñó la actora y por consiguiente donde se produjeron las pérdidas es en el nacional, la moneda no puede sino ser el Guaraní, a no ser que la actora acredite que las ventas realizadas solamente la hacía en dólares americanos.

TApel. Civ. y Com. Tercera Sala. 29/06/10. “Yama del Paraguay S.R.L. c/ Laboratorio Cuenca S.A. s/ Indemnización de Daños y Perjuicios” (Ac. y Sent. N° 53).

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes;

C U E S T I O N E S:

¿ES NULA LA SENTENCIA APELADA?.

EN SU CASO, SE DICTO CONFORME A DERECHO?.

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: MARTÍNEZ PRIETO, BUONGERMINI PALUMBO Y VILLALBA FERNÁNDEZ.

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA EL DR. ARNALDO MARTÍNEZ PRIETO DIJO: El recurrente no ha fundado el presente recurso, y dado que no existen vicios que ameriten la declaración oficiosa de la nulidad de la sentencia recurrida, corresponde declarar desierto el presente recurso.

A sus turnos los Dres. Buongermini Palumbo y Villalba Fernández manifestaron que votan en el mismo sentido.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA EL DR. MARTÍNEZ PRIETO DIJO: Por la sentencia apelada N° 109 de fecha 02 de marzo de 2.009 el a quo resolvió: “HACER EFECTIVO el apercibimiento decretado en autos y en consecuencia tener por confeso a la actora YAMA DEL PARAGUAY S.R.L. en los términos despliego de paciones obrante a fs. 499 de autos. NO HACER LUGAR, con costas, a la demanda promovida por YAMA DEL PARAGUAY S.R.L. contra LABORATORIO CUENCA S.A. por INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS por los motivos expuestos en el considerando de esta resolución. ANOTAR...” (sic) (fs. 627 vlt.)

La parte actora presenta su escrito de expresión de agravios obrante a fs. 637/651. Manifiesta que su parte, con posterioridad a la rescisión del contrato por parte de Laboratorios Cuenca S.A. ha procedido a la comercialización de productos Otowil. Sostiene que además, el contrato celebrado por su parte con la demandada, no la prohíbe comercializar ningún otro producto ni de la misma línea. Arguye que del informe remitido por la Directora General de Aduanas surge que en el país no se registra importación alguna de productos Otowil durante los años 2000 y 2001. Aduce que la parte demandada no comunicó causal alguna como motivo de la terminación del contrato, por lo que no se encuentra en ninguna de las causales admitidas en el art. 6 de la ley 194/93 que le exima del pago de la indemnización debida. Manifiesta, en cuanto a la confesión ficta, que su parte ha designado representante legal para la confesoria a la Sra. Máxima Martínez, según nota de fecha 10 de marzo de 2004 y la misma, por razones de salud no pudo asistir a la audiencia, por lo que el juzgado tuvo por justificada su incomparecencia y posteriormente, cuando la representante comparece personalmente para la audiencia confesoria, la misma no se realizó porque no se ha presentado poder especial al efecto. Sostiene que el inferior funda la confesión ficta en el art. 291 del Cód. Proc. Civ. cuando que el propio juzgado ha tenido por justificada la incomparecencia de la representante de la parte actora. Arguye que no corresponde la presentación de poder especial alguno para absolver posiciones ya que la representante ha sido designada por Yama del Paraguay S.R.L. según nota de fecha 10 de marzo de 2004, porque la parte accionada no ha cuestionado la designación de la representante siendo la misma socia gerente de la empresa, el art. 283 del Cód. Proc. Civ. no establece formalidad alguna para la designación del representante legal de la persona jurídica para la confesoria y el art. 279 del Cód. Proc. Civ. se refiere a la designación del representante de la persona física. Aduce que su parte ha presentado suficiente prueba que acredite los hechos en que basa la demanda como instrumentales, informes y testificales y el balance impositivo de los años 1999 al 2001 para acreditar el monto correspondiente a la indemnización debida por la demandada. Manifiesta que tanto el contrato como la terminación unilateral sin causa justificada del mismo ha sido demostrada en autos y de igual modo se ha acreditado el promedio de las utilidades brutas de su parte a los efectos del cálculo de la indemnización debida. Por todo ello solicita se revoque la resolución recurrida y en consecuencia se condene a la deman-

dada al pago de la suma de G. 350.839.998 en concepto de indemnización contractual.

Corrido el traslado de ley, lo contesta la parte demandada a fs. 652/658. Señala que el inferior, ajustándose a las prescripciones de la ley hizo efectivo el apercibimiento y tuvo por confesa a la parte actora debido a que la misma no ha presentado documento alguno que justifique debida y plenamente la designación de la persona que debía absolver posiciones en nombre de la parte actora. Manifiesta que esta situación que data del 2004 nunca fue cuestionada por la parte actora así como tampoco presentó el poder especial correspondiente y el juicio prosiguió de esta manera su curso. Sostiene, en cuanto a la cuestión de fondo, que la parte actora no ha probado el promedio de las utilidades brutas de conformidad con el art. 4 de la ley N° 194/93 ya que no se encuentran documentos de ningún tipo que demuestren algunos montos del cuadro de detalles de compras por período de los productos en cuestión como lo son los correspondientes a los años 1999, 2000 y 2001, por lo que el monto que solicita es erróneo y ficticio. Arguye que la actora debió ofrecer y diligenciar una prueba pericial del mercadeo del producto en la República del Paraguay y principales ciudades y puntos de ventas para determinar cantidades vendidas con estimación anual de la misma y la liquidación exacta de la utilidad bruta. Aduce que su parte actuó con justa causa respecto de la representación que tenía con la parte actora ya que la misma ha comercializado los productos de la competencia a espaldas de Laboratorio Cuenca S.A., incurriendo con esta conducta en el art. 6 de la ley 194/93. Por todo ello solicita se confirme la sentencia recurrida.

Se trata de establecer la procedencia o no de una demanda de indemnización de daños y perjuicios incoada por Yama del Paraguay S.R.L. contra Laboratorios Cuenca S.A. en el marco de la ley 194/93.

El objeto de la controversia versa respecto de la confesión ficta de la parte actora así como de la procedencia misma de la demanda.

El primer punto a ser estudiado será la confesión ficta de la parte actora. La misma se agravia de este punto arguyendo que el inferior tuvo por designada a la representante legal de la actora luego de la presentación y la nota y posteriormente la audiencia no fue realizada por la no presentación del poder especial. De las constancias de autos surge que en fecha 10 de marzo de 2004 la parte actora ha presentado una nota por la que la firma Yama del Paraguay S.R.L. designó como representante para

la audiencia confesoria a la Sra. Máxima Martínez, a lo que el juzgado, por providencia de fecha 10 de marzo de 2004 tuvo por designada a dicha persona. Posteriormente, el día de la audiencia la representante justifica su inasistencia por medio de certificado médico y el inferior tuvo por justificada su incomparecencia fijando otra fecha para la audiencia. Posteriormente, a fs. 521 vlt. obra una nota donde se deja constancia que la audiencia no fue realizada porque la parte actora no había presentado el poder especial que acredite la representación de la Sra. Máxima Martínez. Luego, al momento de informar respecto de las pruebas producidas a los efectos del cierre del período probatorio, el actuario informó que la parte demandada había diligenciado la confesión ficta de la parte actora. Ahora bien, ninguna de estas actuaciones fueron impugnadas por la parte actora en la instancia y momento oportunos, por lo que todas estas actuaciones se hallan consentidas. Entonces, el hecho de tener por confesa a la parte actora no es sino la consecuencia de las actuaciones realizadas y consentidas en la etapa de pruebas ya relatadas. En consecuencia, no puede agravarse en esta instancia de actuaciones realizadas y consentidas en etapas ya preclusas, por lo que el primer apartado de la resolución recurrida debe ser confirmado.

Ahora bien, el hecho de que se declare la confesión ficta de la actora, no implica que automáticamente la demanda deba ser rechazada como lo hiciera el inferior, sino que debe ser apreciada juntamente con las demás pruebas, de conformidad con el primer párrafo del art. 302 del Cód. Proc. Civ.

Ahora pasaremos al estudio de la cuestión de fondo. La demanda fue incoada por Yama del Paraguay S.R.L. contra Laboratorios Cuenca S.A. por indemnización de daños y perjuicios por la terminación sin causa de un contrato de representación, de conformidad con la ley 194/93. La parte demandada alega que la relación contractual fue finalizada porque la actora comercializaba productos de la competencia.

De las constancias de autos surge que Yama del Paraguay S.R.L. fue representante de Laboratorios Cuenca S.A. desde el 5 de septiembre de 1996 hasta el 2 de junio de 2001, mediante un certificado de representación que otorgó Laboratorios Cuenca S.A. a favor de Yama del Paraguay S.R.L. Esta relación contractual, así como la duración de la misma fue consentida por ambas partes y no es un hecho controvertido. Ahora bien, siendo que toda la relación contractual está basada en el certificado de fs.

15, respecto de la exclusividad pactada por las partes no tenemos otro instrumento de análisis que el mentado certificado expedido unilateralmente por la parte demandada. En el mismo se establece que Laboratorios Cuenca expide el certificado de representación a favor de Yama del Paraguay “...nombrándolo representante exclusivo para la República del Paraguay, quien a partir de la fecha será la única autorizada para comercializar nuestros productos en ese país, quedando también facultada para nombrar distribuidores en ciudades o departamentos de su jurisdicción. Por lo tanto, Laboratorio Cuenca S.A., se compromete a respetar la exclusividad, no pudiendo vender a otras personas en todo el territorio de la República del Paraguay, sin previa autorización de Yama del Paraguay S.R.L., quien realizará todos los actos legales necesarios para el buen cumplimiento de nuestra representación en ese país.” De la lectura del presente documento surge que efectivamente se ha pactado una exclusividad; ahora bien, ésta es solamente de Laboratorios Cuenca a favor de Yama del Paraguay, al comprometerse aquélla a vender solamente a ésta sus productos y no a otra persona en el país; y no al contrario ya que si bien en el certificado de exclusividad se establece que la demandada nombra “representante exclusivo para la República del Paraguay” a la parte actora, ello no quiere decir sino que Yama del Paraguay S.R.L. puede comercializar los productos de Laboratorios Cuenca, pero no implica una exclusividad de representación de aquél respecto de éste.

Como el artículo 3 de la ley 194/93 establece que los representantes, agentes o distribuidores podrán ser exclusivos o de cualquier otra forma contractual y en los términos que acuerden las partes, se concluye que es posible pactar exclusividad o no pactarla. Vale decir, la norma no prevé un contenido específico del contrato ni pautas mínimas obligatorias a ser observadas por las partes en su celebración. Entonces, la exclusividad pactada del representado respecto del representante y no viceversa tiene plena vigencia y es perfectamente válida.

Ahora bien, la libertad del pacto de exclusividad establecida en el art. 3 de la ley 194/93 se ve limitada por el art. 6 inc. f) que establece que todo fabricante o firma extranjera podrá cancelar la representación con justa causa, sin estar obligado a pagar indemnización alguna por: “conflicto de intereses por la representación, agencia o distribución de productos o la prestación de servicios que se encuentren en línea de competencia con los productos o servicios objeto de la relación.” Este artículo se complemen-

ta perfectamente con el artículo referente a la exclusividad ya que si bien el pacto de ésta es libre, la restricción establecida en el art. 6 no es sino una protección contra la competencia desleal. En suma, el representante, si no pactó exclusividad de comercialización respecto de los productos o marcas de su representado, puede comercializar cualquier otro producto que no se encuentre en línea de competencia con el proveído por el representando, de lo contrario, aunque no esté estipulado en el contrato, el hecho de comercializar productos en línea de competencia del representado es una causal de rescisión del contrato sin tener que pagar indemnización alguna.

La cuestión sobre si la negativa a prorrogar –y la consecuente extinción de la relación contractual- han sido o no causadas, a los efectos de la procedencia del pago de la indemnización reclamada se estudiarán seguidamente.

De las constancias del telegrama colacionado emitido por la demandada (fs. 147 de autos) surge que el contrato en cuestión se extinguió “en razón de no cumplir con las expectativas de la distribución de nuestros productos en la República del Paraguay”. Esta causal no está prevista en la ley N° 194/93 como justificación de terminación del contrato sin responsabilidad. En consecuencia, el citado telegrama pierde eficacia extintiva sin consecuencias. Ahora bien, la demandada ha alegado que la representante ha comercializado los productos de la competencia durante la vigencia del contrato de representación, lo que estaría previsto como causal de exención del pago de la indemnización de conformidad con el art. 6 inc. f) de la ley 194/93, por lo que es preciso analizar si este supuesto ha ocurrido o no en el presente caso.

Hemos dicho ya que de conformidad con la carta de representación, la relación contractual tuvo inicio el 5 de septiembre de 1996 y se extendió hasta el 2 de junio del año 2001 según consta en el telegrama colacionado emitido a la parte actora. En consecuencia, a los efectos de determinar si la parte actora ha comercializado de manera conjunta los productos proveídos por Laboratorios Cuenca S.A. y los de la competencia –productos de la marca Otowil-, debemos establecer la actividad comercial de la parte actora durante el tiempo que duró la relación contractual con la demandada.

De las constancias de autos surge que el juzgado solicitó a la Dirección General de Aduanas que remita los despachos de importación de la

marca Otowil durante los años 2000 y 2001, oficio que fuera contestado a fs. 522 vlta. informando la Dirección General de Aduanas que no se registraron importaciones de productos de la marca Otowil en los años 2000 y 2001. De esta prueba de informe se puede concluir que mientras duró el contrato de representación entre las partes, la firma Yama del Paraguay S.R.L. no ha comercializado con los productos de la competencia, por lo que el art. 6 inc. f) de la ley 194/93 no se puede aplicar al presente caso. Debemos aclarar que el hecho que la parte actora haya comercializado los productos de la competencia luego de finalizada la relación contractual no implica en modo alguno la exención del pago de la indemnización contractual prevista en el art. 4 de la ley 194/93 debido a que esta normativa obliga a la indemnización de daños siempre que la práctica desleal se haya realizado dentro de la vigencia del contrato. De hecho, si la comercialización de un producto se realiza antes o después del contrato con la competencia, esta práctica de ningún modo se puede reputar como desleal ya que en ninguno de los supuestos citados –ya sea porque no se inició el contrato o porque éste ya haya concluido- existe un vínculo u obligación que impida esta práctica.

Finalmente, como la causal de finalización del contrato invocada por la demandada establecida en el telegrama colacionado de “no llenar con las expectativas de distribución” no está prevista en el art. 6 de la ley 194/93 para que la demandada no deba indemnización alguna, el artículo aquí aplicable es el 4 de la misma ley. Dicho esto tenemos entonces que sí es procedente la indemnización establecida en el art. 4 de la ley 194/93 por lo que ahora calcularemos el monto correspondiente en base a los parámetros establecidos en el mismo artículo.

Establecida la procedencia del pago de la indemnización, pasaremos al estudio del monto de la misma. El artículo 4 de la ley 194/93 establece que las pautas a tener en cuenta para calcular la indemnización correspondiente son, en primer lugar, la duración de la representación en escala ascendente por períodos de dos a cinco años, de más de cinco a diez años, de más de diez a veinte años, de más de veinte a treinta años, de más de treinta a cincuenta años y más de cincuenta años; y, en segundo lugar, por el promedio de las utilidades brutas anuales obtenidas por la representación durante los tres últimos años de ejercicio de algunas de ellas. Tenemos entonces que la presente es una indemnización tasada que encuentra su equilibrio legal en la imposición coactiva de no terminar libremente la

relación contractual. La finalidad del artículo 4 se armoniza con el contenido del mismo ya que establece la indemnización en base a datos objetivos.

Tenemos entonces, como primer elemento a los efectos de calcular la indemnización que la representación de Yama del Paraguay S.R.L. respecto de Laboratorios Cuenca S.A. tuvo una duración de cuatro años y ocho meses, lo que la coloca en el primer período establecido en el inciso a) del art. 4 de la ley 194/93 cual es el de dos a cinco años. Luego, a los efectos de calcular el promedio de la utilidad bruta de los tres últimos años para obtener el segundo dato, debemos tener en cuenta el art. 5 de la mencionada ley que establece que la utilidad bruta es el resultado que irroga el monto de las ventas netas menos el costo de la mercadería vendida. Lo que se debe entender aquí es que el daño está referido a las pérdidas pecuniarias que la empresa nacional ha sufrido como consecuencia de la resolución contractual, que no otra cosa podría surgir, desde luego, conforme con los principios clásicos resarcitorios de daño emergente y lucro cesante. Lo que aquí se hace es una proyección de los beneficios que dejó de obtener la empresa nacional haciendo un cálculo de ganancias que efectivamente obtuvo desde la fecha en que terminó el contrato retrocediendo tres años atrás como la ley lo establece –los tres últimos años- para poder proyectar esa ganancia a futuro.

Del informe de la Sub Secretaría del Estado de Tributación obrante a fs. 507 bis/517 de autos y cuya agregación como prueba instrumental se encuentra firme, surge que el promedio de utilidad bruta de la firma Yama del Paraguay S.R.L. del año 1999 fue de trescientos cincuenta y ocho millones quinientos diecisiete mil trescientos sesenta y cuatro guaraníes (G. 358.517.364), correspondiente a la resta realizada de las ventas de mercaderías exentas y gravadas menos el costo de las ventas de las mismas (fs. 508), de conformidad con la definición establecida en el art. 5 de la ley 194/93. Luego, siguiendo el mismo criterio tenemos que las utilidades brutas del año 2000 ascienden a la suma de ochocientos sesenta y ocho millones ciento cinco mil novecientos ochenta y siete guaraníes (G. 868.105.987) (fs. 511). Por último, tenemos que en el año 2001 la utilidad bruta fue de ochocientos sesenta y siete millones ochocientos cincuenta mil trescientos veintitrés guaraníes (G. 867.850.323) (fs. 514). Entonces, para calcular el promedio de utilidades brutas de los tres últimos años basta con sumar estas utilidades brutas y dividir las entre tres, lo que arroja la suma de

seiscientos noventa y ocho millones ciento cincuenta y siete mil ochocientos noventa y un guaraníes (G. 698.157.891).

En este punto debemos aclarar lo referente a la moneda a ser utilizada a los efectos de establecer el monto de la indemnización legal correspondiente. Tratándose de una indemnización de daños y perjuicios, lo que aquí se calcula es una pérdida de mercado sufrida por la parte actora, es decir, el daño producido por la no comercialización del producto. Como el mercado en el que se desempeñó la actora y por consiguiente donde se produjeron las pérdidas es en el nacional, la moneda no puede sino ser el Guaraní, a no ser que la actora acredite que las ventas realizadas solamente la hacía en dólares americanos, lo cual no se hizo, sino todo lo contrario, ya que de los balances impositivos estudiados supra obrantes a fs. 508/516 surge que todas las ventas de realizadas durante los años 1999, 2000 y 2001 fueron en guaraníes. Las utilidades brutas son calculadas respecto de la venta de productos Issue en el país, por lo que se concluye, pues, que no en otra moneda debe calcularse la indemnización debida sino en moneda nacional.

Tenemos entonces hasta ahora dos de los tres datos para el cálculo de la indemnización correspondiente, la duración del contrato -que fue de 4 años y 8 meses- y el promedio de utilidades brutas de los tres últimos años -que fue de seiscientos noventa y ocho millones ciento cincuenta y siete mil ochocientos noventa y un guaraníes (G. 698.157.891)-. El tercer dato nos lo provee el decreto ley N° 7 del 27 de marzo de 1991 que fuera aprobado por la ley 194/93, cuyo artículo 3 inc. a) establece que cuando la representación se haya prolongado por menos de 5 años, la indemnización equivaldrá al monto del promedio de las utilidades brutas anuales obtenidas por el representante durante el mencionado período respecto del producto o servicio en cuestión. Este artículo fue modificado por la ley 194/93 en lo que respecta al tiempo de cómputo de las utilidades brutas, pero no así respecto del coeficiente por el cual debe ser multiplicado. Debemos aclarar que el hecho de que el art. 4 de la ley 194/93 nada diga respecto del coeficiente por el cual el promedio de utilidades brutas debe ser multiplicado no significa que dicho coeficiente deba establecerse por otros parámetros o simplemente según el criterio del juzgador ya que ésta ley aprueba específicamente el decreto ley N° 7 del 27 de marzo de 1991, lo cual quiere decir que lo que no haya sido modificado o mencionado en su cuerpo legal respecto de aquél sigue en plena vigencia. Ello es así, ya que siendo ésta

una indemnización tasada todos los parámetros para calcular el monto están establecidos en la ley.

Tenemos entonces que, multiplicado el promedio de utilidades brutas de los últimos tres años de la empresa Yama del Paraguay S.R.L. por uno que es el coeficiente correspondiente a la duración de la distribución nos da la suma de seiscientos noventa y ocho millones ciento cincuenta y siete mil ochocientos noventa y un guaraníes (G. 698.157.891). Ahora bien, como el apelante ha solicitado el monto de trescientos cincuenta millones ochocientos treinta y nueve mil novecientos noventa y ocho guaraníes (G. 350.839.998), corresponde establecer este monto como el indemnizatorio. En cuanto a los intereses, de la lectura de la expresión de agravios realizada por la parte actora (fs. 637/651) surge que la misma no ha solicitado la condena de intereses, por lo que siendo los mismos un derecho disponible y por tanto renunciable corresponde eximir a la parte demandada del pago de los mismos.

En consecuencia, corresponde revocar el segundo apartado de la S.D. N° 109 del 02 de marzo de 2009 y hacer lugar a la presente demanda de indemnización de daños y perjuicios que promueve Yama del Paraguay S.R.L. contra Laboratorios Cuenca S.A. y condenar a la parte demandada al pago de la suma de trescientos cincuenta millones ochocientos treinta y nueve mil novecientos noventa y ocho guaraníes (G. 350.839.998) en concepto de indemnización legal por terminación sin causa del contrato de representación de conformidad con el art. 4 de la Ley 194/93 y con el art. 3 inc. b) del Decreto Ley N° 7 del 27 de marzo de 1991.

En cuanto a las costas, corresponde la imposición a la perdedora de conformidad con el art. 203 del Cód. Proc. Civ.

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

VISTO: El mérito que ofrece el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala;

R E S U E L V E:

DECLARAR DESIERTO el recurso de nulidad.

CONFIRMAR el primer apartado de la resolución recurrida.

REVOCAR el segundo apartado de la S.D. N° 109 del 02 de marzo de 2009 y en consecuencia hacer lugar a la presente demanda de indemnización de daños y perjuicios que promueve Yama del Paraguay S.R.L. contra Laboratorios Cuenca S.A. y condenar a la parte demandada al pago de

TRIBUNAL DE APELACIÓN CIVIL Y COMERCIAL

la suma de TRESCIENTOS CINCUENTA MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y OCHO GUARANÍES (G. 350.839.998) en concepto de indemnización legal por terminación sin causa del contrato de representación de conformidad con el art. 4 de la Ley 194/93 y con el art. 3 inc. b) del Decreto Ley N° 7 del 27 de marzo de 1991.

IMPONER las costas a la perdedora.

ANÓTESE, regístrese, y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Arnaldo Martínez Prieto, Ma. Mercedes Buongermini, Neri Villalba.

Ante mí: Pablo Costantini, Actuario Judicial.

AUTO INTERLOCUTORIO N° 408

***Cuestión debatida:** El presente fallo se aboca a analizar atendiendo a los agravios de la parte apelante, la procedencia o no del otorgamiento de una medida cautelar tomando en consideración que la competencia territorial se encuentra cuestionada; así como la recusación sin expresión de causa promovida contra el magistrado interviniente.*

LEY N° 194/93. COMPETENCIA. Cuestión de competencia. Efectos. RECURSO DE APELACIÓN.

Al ser la apelada, como lo vimos, la primera resolución dictada en estos autos, la cuestión de la competencia va implícita en ella. Por ende, esta cuestión no hace ya a una formalidad de la resolución, sino a una cuestión de derecho subsanable por la vía de la apelación, puesto que este Tribunal podría revisar si la competencia se asumió correctamente sin necesidad de anular la recurrida

SENTENCIA. Nulidad de la sentencia. Falta de fundamentación.

Por ende, al no haber fundamentación de la decisión del Juzgado, la nulidad debe ser oficiosamente declarada en virtud del Art. 113 del Cod. Proc. Civ. En efecto, la falta de fundamentos dados por el inferior impide el examen de la cuestión sometida a consideración de la alzada, puesto que

se imposibilita el análisis razonado de la resolución que impone el Art. 419 del Cod. Proc. Civ. y la reconstrucción de la fundamentación del juez a los efectos de dirimir las pretensiones de las partes para verificar la corrección o no de la decisión y sus fundamentos, todo lo cual constituye el núcleo esencial del recurso de apelación

SENTENCIA. Nulidad de la sentencia. Falta de fundamentación. MEDIDA CAUTELAR. Presupuestos para su otorgamiento. LEY N° 619/95. MERCOSUR. PROTOCOLO DE MERCOSUR. PROTOCOLO DE OURO PRETO.

En primer lugar, debe traerse a colación la norma del Art. 3 del Cod. Proc. Civ., que consagra como supuesto de excepción para la prórroga a favor de jueces extranjeros las disposiciones de leyes especiales. Como el caso de autos se trata de medida cautelar, resulta bastante obvio que en orden a determinar la competencia para su dictado debe primero establecerse la competencia para la acción principal, atentos a la clara disposición del Art. 18 del Cod. Org. Jud., donde designa al juez competente para entender en lo accesorio al que lo sea en lo principal. En el ámbito del MERCOSUR, dicha competencia se halla expresamente establecida por el art. 5 del Protocolo de Ouro Preto sobre medidas cautelares, Ley 619/95, donde se establece expresamente que la admisibilidad de la medida cautelar será regulada por las leyes y resuelta por los Jueces o Tribunales del Estado requirente, esto es, de conformidad con el Art. 4 de la misma ley, los Jueces o Tribunales de los Estados partes competentes en la esfera internacional.

MEDIDA CAUTELAR. Presupuestos para su otorgamiento. LEY N° 597/95. Jurisdicción aplicable.

Dispone dicha ley, la N° 597/95, en su Art. 1, que ella se aplica a la jurisdicción contenciosa internacional relativa a los contratos internacionales celebrados entre particulares personas físicas o jurídicas con domicilio o sede social en diferentes Estados Parte del Tratado de Asunción, y se haya hecho un acuerdo de elección de foro a favor de un Juez de un Estado Parte y exista una conexión razonable según las normas de jurisdicción de dicho Protocolo. A renglón seguido, el Art. 2 excluye del ámbito de aplicación del Protocolo una serie de materias, ninguna de las cuales se subsume en el caso que nos ocupa. De esta manera, el Art. 4 de la Ley N° 597/95 es claro en determinar que en los conflictos que surjan serán competentes los Tribunales del Estado a cuya jurisdicción los contratantes hayan acordado

someterse por escrito. Aquí se aclara que de conformidad al Art. 16 de dicha ley, la Argentina aprobó dicho protocolo como Ley N° 24.669, en el año 1996, por lo que a la fecha del contrato, en el año 2000 (fs. 38), se hallaba vigente el Protocolo tanto en la Argentina como en el Paraguay.

MEDIDA CAUTELAR. Presupuestos para su otorgamiento. LEY N° 597/95. Jurisdicción aplicable. LEY N° 194/93. Contrato de distribución.

En el caso de autos, el contrato que las partes llaman “de distribución” (fs. 7), no encaja, como ya lo dijéramos, en ninguna de las excepciones del Art. 2 de la Ley N° 597/95. En la cláusula vigésimo segunda del contrato, que ambas partes han reconocido y admitido, se dispone, en el numeral 1, que la jurisdicción aplicable es la de los Tribunales Ordinarios de la ciudad de Buenos Aires, República Argentina. Como las partes contratantes tienen sus domicilios en Madero 135, Capital Federal, Buenos Aires, Argentina, y Pirizal 2807 casi General Santos, planta alta, Asunción, Paraguay, se halla plenamente satisfecho el requisito del Art. 1 de la Ley N° 597/95, ya que contiene un acuerdo de elección de foro con conexión razonable, según los términos del Art. 1 inc. b) de la Ley N° 597/95 y el Art. 7 de la misma ley, que conecta a la jurisdicción con los jueces del domicilio del demandado. Es decir, el criterio de razonabilidad de la conexión se compadece con el que el propio Protocolo brinda en caso de ausencia de acuerdo.

JERARQUÍA DE LAS NORMAS. ORDEN PÚBLICO. ORDEN PÚBLICO INTERNO.

En estas condiciones, el incumplimiento de lo previsto en un Protocolo del MERCOSUR, y peor aún, su incumplimiento expreso por un órgano jurisdiccional de la República, implica lisa y llanamente una violación de compromisos internacionales asumidos y vigentes en el proceso de integración regional, y expone a la República del Paraguay a las sanciones y consecuencias previstas para el caso de incumplimiento, lo cual está sujeto al control de los órganos del MERCOSUR supra citados.

En estas condiciones, es indudable que la normativa comunitaria impone expresamente el cumplimiento de las disposiciones emanadas de órganos del MERCOSUR y asimiladas a los ordenamientos locales. Esto hace que, por así decirlo, el orden público meramente “interno” de la Ley N° 194/93 se vea superado por la cualidad de obligatoriedad inexcusable que las normas citadas imponen a la normativa emanada de los órganos

comunitarios, y cuya inobservancia trae aparejada la posibilidad de sanciones y responsabilidad internacional en el marco del MERCOSUR. Amén de ello, debemos resaltar que la Ley 597/95 es posterior a la Ley N° 194/93.

Tapel Civ. y Com. Cuarta Sala. 09/06/06. “Compulsas de Norte Sociedad Anónima Importación-Exportación s/ Medida Cautelar (A.I. N° 408).

VISTOS: Los recursos de apelación y nulidad interpuestos por el Abog. Oscar Paciello (h), contra el A.I. N° 594 de fecha 6 de mayo de 2005, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Séptimo Turno, y;

C O N S I D E R A N D O:

Que por el referido auto interlocutorio el a quo resolvió: “1) RECONOCER la personería del Abogado DARÍO FILÁRTIGA en el carácter invocado, y TENER por constituido su domicilio en el lugar señalado. 2) ADMITIR la representación sin mandato del Abogado OSCAR PACIELLO, por LABORATORIOS NORTHIA S.A.C.I.F.I.A., debiendo el mismo prestar caución personal en el plazo de 24 horas, ante la señora Actuaría, en los términos y alcances del art. 60 del C.P.C. 3) DENEGAR las pretensiones expuestas por el Abogado OSCAR PACIELLO. 4) ORDENAR el desglose y devolución de los documentos presentados, previa agregación de las fotocopias debidamente autenticadas por la Señora Actuaría. 5) OTORGAR, bajo responsabilidad civil de NORTE SOCIEDAD ANÓNIMA IMPORTACIÓN-EXPORTACIÓN, y caución personal equivalente a guaraníes cincuenta millones G. 50.000.000, a ser prestada ante la Señora Actuaría, la medida cautelar de prohibición de innovar respecto a los registros sanitarios de especialidades farmacéuticas referidos en el exordio, inscriptos a su nombre por la DIRECCIÓN NACIONAL DE VIGILANCIA SANITARIA DEL MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA Y BIENESTAR SOCIAL, para lo que una vez prestada la contracautela, se librará el correspondiente oficio. 6) ANOTAR...” (sic)(fs. 137 vltto).

En cuanto al recurso de:

NULIDAD: El Abog. Oscar Paciello (h) funda este recurso a fs. 155/157. Sostiene que el mismo fue dictado en avieso incumplimiento a las formalidades que condicionan la validez de las resoluciones judiciales. Invoca la cláusula vigésimo segunda, numeral 22.2, que establece la competencia de los Tribunales de la República Argentina para entender en toda controversia relacionada con el contrato en cuestión. Invoca doctrina

y agrega que la presente es una cuestión de orden público, tratándose de competencia internacional. Sostiene que la prórroga de jurisdicción no es aplicable en este caso, porque es una facultad a la que debe renunciar la parte amparada. Por ello solicita la nulidad del interlocutorio objeto del recurso.

La parte contraria contesta a fs. 187/189, al tratar la cuestión de la competencia del inferior. Tras destacar que el contenido de la resolución no es impugnado en la fundamentación de recursos, aduce que la pretensión cautelar es accesoria respecto de la pretensión principal, por lo que la competencia de aquélla sigue a esta. Para justificar la competencia nacional, invoca el art. 7 de la ley 194/93. En base a ello, considera que el inferior es competente. Por ello solicita el rechazo del recurso de nulidad.

La nulidad se articula aquí como un defecto de competencia. Sin embargo, es sabido que uno de los momentos de pronunciamiento sobre la competencia es la providencia inicial, conforme al art. 7 del Cod. Proc. Civ., puesto que allí el inferior, si no es competente, se inhibe de oficio y manda que el interesado ocurra ante quien corresponda. En estos autos, en el primer escrito la actora solicitó medidas cautelares antes de la promoción de la demanda, conforme surge de la explicación de fs. 124, donde aclara que su mandante promoverá demanda dentro del plazo legal. Esa misma presentación se amplía a fs. 129/130; y a fs. 133/134 y 135, en dos oportunidades diferentes, se presenta la futura accionada alegando incompetencia.

Ninguna de estas presentaciones fue proveída sino por el auto hoy en estudio, A.I. N° 594 de fecha 6 de mayo de 2005. Siendo éste el primer pronunciamiento, allí se produce la primera declaración de competencia, a la par que el reconocimiento de la personería de las partes y la representación de urgencia del hoy apelante. En el mismo auto, se decretan las medidas cautelares.

Al ser la apelada, como lo vimos, la primera resolución dictada en estos autos, la cuestión de la competencia va implícita en ella. Por ende, esta cuestión no hace ya a una formalidad de la resolución, sino a una cuestión de derecho subsanable por la vía de la apelación, puesto que este Tribunal podría revisar si la competencia se asumió correctamente sin necesidad de anular la recurrida.

Sin embargo, tratándose de una petición de medidas cautelares, que se decretan por auto interlocutorio, las mismas deben ser fundadas en

hechos y derecho, analizando la concurrencia de los presupuestos del art. 693 del Cod. Proc. Civ. En este sentido, respecto de las formalidades a observarse en la baja instancia, el art. 158 inc. a) dispone claramente que los autos interlocutorios deben consignar los fundamentos fácticos y jurídicos de la decisión emitida.

Y, planteada la cuestión de competencia como lo fuera a fs. 133/134, antes del dictado del auto en cuestión, debemos verificar si el mismo contiene fundamentación suficiente respecto de ambos: la determinación de la competencia y del dictado de la medida cautelar.

El auto en cuestión obra a fs. 136/137 vlto. de las compulsas. En el mismo, a fs. 136 y vlto. se resumen las presentaciones del peticionante de las medidas cautelares, finalizando el párrafo correspondiente a fs. 137. Luego de ello, a partir del segundo párrafo, se encuentra la fundamentación de la decisión. Las transcribimos textualmente: “Ahora bien, revisadas las aristas del caso particular, solo encontramos verosimilitud del derecho y urgencia en la demora, en lo atinente a la prohibición de innovar respecto a los registros de especialidades farmacéuticas.

La medida será otorgada bajo responsabilidad civil de NORTE SOCIEDAD ANÓNIMA IMPORTACIÓN – EXPORTACIÓN, y caución personal o real de G. 50.000.000, a ser prestada ante la señora Actuaría.

Importante es determinar que la mención relativa a la competencia en razón del territorio, así como la recusación sin expresión de causa que fueran presentadas por el Abogado OSCAR PACIELLO, invocando el art. 60 del CPC, para intervenir a nombre de, (sic) son notoriamente improcedentes, por lo tanto no nos inhabilitan para la concesión de la medida cautelar, teniendo en cuenta lo dispuesto por los arts. 2, 3, 4, 25 y demás concordantes del mencionado código, pues la competencia territorial es prorrogable tácitamente por el que acciona, y la recusación sin expresión de causa no vino en la primera presentación ante el Juzgado, sino en la segunda. Por tanto...”.

De esta transcripción resulta evidente que no hay fundamentación suficiente para explicitar y sustentar la decisión tomada. No se analizan los presupuestos de la concesión de la medida cautelar, ni la verosimilitud del derecho, ni el peligro en la demora, ni las circunstancias que los acreditarían, solo se limita a afirmar dogmática y apriorísticamente la concurrencia de los requisitos, sin indicar el por qué jurídico y fáctico de dichas aseveraciones. Tampoco el examen respecto de la competencia analiza

todas las alegaciones, pues despacha con un “notoriamente improcedente” las alegaciones del peticionante, aduciendo la prórroga territorial que no es precisamente la cuestión planteada; sino exactamente lo contrario, la oposición a dicha prórroga hecha antes de la primera aceptación de competencia. Es decir, no analiza su competencia a pesar de la expresa oposición a la prórroga planteada por la parte interesada.

Por ende, al no haber fundamentación de la decisión del Juzgado, la nulidad debe ser oficiosamente declarada en virtud del art. 113 del Cod. Proc. Civ. En efecto, la falta de fundamentos dados por el inferior impide el examen de la cuestión sometida a consideración de la alzada, puesto que se imposibilita el análisis razonado de la resolución que impone el art. 419 del Cod. Proc. Civ. y la reconstrucción de la fundamentación del juez a los efectos de dirimir las pretensiones de las partes para verificar la corrección o no de la decisión y sus fundamentos, todo lo cual constituye el núcleo esencial del recurso de apelación.

Por otro lado, debe destacarse también que el Abog. Oscar Paciello (h) recusó sin causa al inferior en su presentación de fs. 135. Como lo vimos supra, el inferior rechazó directamente dicha recusación, porque “no vino en la primera presentación ante el Juzgado, sino en la segunda” (fs. 137), denegando así la pretensión. Sin embargo, y como ya se sostuvo in re: “GUILLERMO ÁNGEL GALEANO SAMUDIO Y MA. LIDIA GONZÁLEZ DE GALEANO C/ GRACIELA NOEMÍ FRETES FARIÑA S/ INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS”, por A.I. N° 63 de fecha 17 de febrero de 2005: en tratándose de recusaciones, los jueces están habilitados solamente para juzgar únicamente los requisitos de admisibilidad procesal inicial de toda pretensión.

Sin embargo, el a quo fundó el rechazo en la extemporaneidad, circunstancia cuyo análisis es exclusivo del superior de conformidad con los arts. 34 y 35 del Cod. Proc. Civ. En efecto, el art. 34 textualmente expresa: “Cuando el recusado fuere un juez, remitirá al Tribunal de Apelación, dentro de los tres días, el escrito de recusación, acompañado de un informe sobre los hechos alegados, y pasará el expediente, sin más trámite, al juez que le sigue en orden de turno, para que continúe su sustanciación. Igual procedimiento se observará en caso de nuevas recusaciones”. Es, pues, esta otra causa de nulidad, esta vez en virtud de la incompetencia en razón del grado para decidir sobre la propia recusación, lo que amerita también la declaración de nulidad de dicha decisión. En este caso, y tal como

se decidió en el fallo arriba citado, aquí no se presentó el informe que impugna la recusación de conformidad al art. 34 del Cod. Proc. Civ. En consecuencia, este es un paso procesal que debe ser cumplido a los efectos procesales pertinentes, atinentes al destino final de este proceso y este recurso.

Se resuelve, pues, anular el auto en recurso en cuanto no fundamenta la asunción de competencia ni los presupuestos para la concesión de la medida cautelar; así como también respecto del rechazo de la recusación sin causa por no ser el inferior competente para resolver tal cuestión. Obviamente, solo quedan en pie, de esta manera, las resoluciones de mero trámite, a saber: el reconocimiento de la personería del Abog. Darío Filártiga, su constitución de domicilio y la admisión de la representación sin mandato del Abog. Oscar Paciello.

Es obvio que, al anular todas estas cuestiones, por imperio del art. 406 del Cod. Proc. Civ. nos abocaremos a resolver el fondo de la cuestión en cuanto hace a la asunción de competencia y al dictado de la medida cautelar; mientras que respecto de la recusación debe ordenarse la remisión para que el juez inferior impugne conforme a derecho la recusación formulada y ésta sea atendida ante la alzada, en su momento.

Vemos, pues, que el Abog. Darío Filártiga, en representación de Norte S.A. Importación y Exportación, solicita a fs. 125/128 medidas cautelares de prohibición de innovar de hecho y de derecho y prohibición de contratar respecto de los registros sanitarios de especialidades farmacéuticas expedidos a favor de la empresa Norte S.A. por la Dirección Nacional de Vigilancia Sanitaria del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social. El detalle de dichos registros es:

1. N° 8450/0701-01 de Agua bidestilada Northia.
2. N° 4599/1198-01 de Amocasin Jarabe.
3. N° 8282/0601-01 de Atracurium inyectable.
4. N° 9169/0102-01 de Bioxilina comprimidos.
5. N° 4604/1198/01 de Cifiespasma compuesto grageas.
6. N° 4605/1198-01 de Cifiespasma compuesto inyectable.
7. N° 9781/0802-01 de Cefotaxidima 1 gr. Polvo inyectable.
8. N° 8425/0701-01 de Ciprofloxacina comprimidos.
9. N° 8281/0601-01 de Ciprofloxacina inyectable.
10. N° 8357/0701-01 de Dauxona inyectable.
11. N° 8199/0501-01 de Dopamina inyectable.

TRIBUNAL DE APELACIÓN CIVIL Y COMERCIAL

12. N° 8295/0601–01 de Druisel suspensión.
13. N° 8521/0801–01 de Nasomicina solución.
14. N° 4606/1198–01 de Plurisemina 20 inyectable.
15. N° 4596/1198–01 de Plurisemina 400 inyectable.
16. N° 2499/0303–02 de Amicacina 100 inyectable.
17. N° 2500/0503–02 de Amicacina 500 inyectable.
18. N° 2491/0503–02 de Ampí–bis 1000 mg. inyectable.
19. N° 2493/0303–02 de Ampí–bis 1000 mg. comprimidos.
20. N° 2490/0503–02 de Ampí–bis 500 mg. inyectable.
21. N° 2492/0503–02 de Ampí–bis 500 mg. comprimidos.
22. N° 4599–02–EF de Amocasin jarabe.
23. N° 8523/0801–01 de Arecamin inyectable.
24. N° 9450/0502–01 de Azitromicina 200 mg. suspensión.
25. N° 10094/1202–10 de Azitromicina 500 comprimidos.
26. N° 2506/0903–02 de Bioxilina 500 mg. suspensión.
27. N° 04603–02–EF de Bio–gelin.
28. N° 2501/0403–02 de Bioteral.
29. N° 8467/0801–01 de Bucoangin caramelos.
30. N° 02503/0503–02 de Cefacolin 1000.
31. N° 8418/0701–01 de Cefuroxima polvo para inyectar
32. N° 04605–02–EF de Cifiespasma compuesto.
33. N° 04604–02–EF de Cifiespasma compuesto.
34. N° 9463/0502–01 de Diclofenac 75 mg. compuesto.
35. N° 2504/0303–02 de Ergonovina 0,2 mg. inyectable.
36. N° 02505/0903–02 de Fenidibina.
37. N° 2486/0803–02 de Hidrocortisona 500 mg. inyect.
38. N° 2485/0803–02 de Hidrocortisona 100 mg. inyect.
39. N° 02488/0603–02 de Heparina 5.000 ui inyect.
40. N° 2486/0803–02 de Hidrocortisona 500 mg. inyect. Este pedido es repetición del N° 37.
41. N° 8522/0801–01 de Insomnal.
42. N° 8225/0501–01 de Integrote jarabe.
43. N° 02508/0503–02 de Integrote 2,5 inyectable.
44. N° 04600–02–EF de Mebendazol 2 gr. sspensión.
45. N° 8521/0801–01 de Nasomicina nebulizaciones.
46. N° 8468/0801–01 de Nasomicina salina.
47. N° 04096–02–EF de Plurisemina 400.

JURISPRUDENCIA

48. N° 02495/0303-02 de Penicilina 1.000.000.
49. N° 02496/0303-02 de Penicilina 3.000.000.
50. N° 11932-01-EF de Vancomicina 500.
51. N° 2499/0997-01 de Amicacina 100.
52. N° 2500/0997-01 de Amicacina 500.
53. N° 2491/0997-01 de Ampí-bis 1000.
54. N° 2501/0997-01 de Bioteral inyectable.
55. N° 2506/0997-01 de Bioxilina 500 suspensión.
56. N° 2503/0997-01 de Cefacolin 1000 inyectable.
57. N° 2504/0997-01 de Ergonovina inyectable.
58. N° 2505/0997-01 de Fendibina inyectable.
59. N° 2487/0997-01 de Heparina inyectable.
60. N° 2485/0997-01 de Hidrocortisona 100.
61. N° 2486/0997-01 de Hidrocortisona 500.

Se aprecia, pues, que respecto de sesenta registros –pues hay uno repetido– se solicita la prohibición de innovar y de contratar. Alega el peticionante (fs. 126/128), que el derecho es verosímil pues su mandante suscribió el 22 de mayo de 2000 un contrato de distribución, representación y comercialización de especialidades farmacéuticas elaboradas por laboratorios Northia S.A.C.I.F.I.A., de la República Argentina, que le otorgó mandato a los efectos de gestionar y obtener los registros sanitarios para importar, distribuir, promocionar y comercializar en exclusiva dichos medicamentos. Justifica el peligro en la demora sosteniendo que su mandante comercializa hace cinco años los medicamentos “Northia” en el mercado local; hallándose actualmente participando en la licitación para el Instituto de Previsión Social, para la provisión de medicamentos. Relata el accionante que recibió una nota de la empresa a ser demandada, por la que se resuelve el contrato de representación, cuando que el mismo a la fecha se encuentra automáticamente prorrogado conforme al numeral 4.2 del contrato. Por ello presume que Northia intentaría ofertar sus productos en el mercado local a través de otras empresas, causando perjuicio económico a Norte S.A. respecto del lucro cesante y de las inversiones afrontadas para posicionar la marca; agregando que el único proveedor de Norte S.A. es Laboratorios Northia, por lo que el cese del contrato en la práctica significa el cese de las actividades comerciales de Norte S.A. Ofrece como contracautela caución juratoria de la empresa que representa y pide se decreten las medidas cautelares.

A fs. 129/130 amplía su presentación el Abog. Darío Filártiga, pidiendo además prohibición de innovar de hecho y de derecho sobre el poder otorgado por Laboratorios Northia S.A.C.I.F.I.A. a favor de Norte Sociedad Anónima Importación y Exportación, por escritura pública pasada por ante la escribana pública Susana Beatriz Goldman en fecha 2 de diciembre de 1999 y con el número 173, legalizada e inscripta en los registros Públicos; y sobre el contrato de distribución celebrado en fecha 22 de mayo de 2000 entre Laboratorios Northia S.A.C.I.F.I.A. y Norte Sociedad Anónima Importación y Exportación.

La verosimilitud del derecho vuelve a fundarse en hallarse la actora participando de procesos licitatorios y haber asumido compromisos de provisión con varios clientes, para lo cual la vigencia del poder y del contrato constituye requisito indispensable, máxime en el proceso licitatorio. Por ello solicita se tenga por ampliado en dichos términos el pedido.

El Abog. Oscar Paciello (h), invocando representación de urgencia de Laboratorios Northia S.A.C.I.F.I.A., que luego fuera confirmada por la presentación de poder de fs. 145/153, viene a argüir la incompetencia del juzgado para entender en las pretensiones vinculadas con el contrato mencionado. Agrega que se suscribió un contrato entre su mandante y la adversa, y el 29 de abril de 2004 se notificó a la contraria la intención de resolverlo. Invoca la cláusula vigésimo segunda del contrato que establece la prórroga de jurisdicción a favor de los Tribunales de Buenos Aires, República Argentina, por lo que cualquier pedido de Norte S.A. Importación – Exportación debe ser rechazado por falta de competencia. Invoca los arts. 4 y 7 del Cod. Proc. Civ., y sostiene que el inferior debe inhibirse de decretar medidas precautorias.

A fs. 135 el Abog. Paciello recusa sin causa al a quo, cuestión respecto de la cual ya hemos tratado y resuelto en cuanto a sus aspectos puramente formales.

Estos, son, pues, los términos de la litis. Y, propuesta como fue la cuestión de competencia, ella habrá de analizarse en primer término.

En primer lugar, debe traerse a colación la norma del art. 3 del Cod. Proc. Civ., que consagra como supuesto de excepción para la prórroga a favor de jueces extranjeros las disposiciones de leyes especiales. Como el caso de autos se trata de medida cautelar, resulta bastante obvio que en orden a determinar la competencia para su dictado debe primero establecerse la competencia para la acción principal, atentos a la clara disposición

del art. 18 del Cod. Org. Jud., donde designa al juez competente para entender en lo accesorio al que lo sea en lo principal. En el ámbito del MERCOSUR, dicha competencia se halla expresamente establecida por el art. 5 del Protocolo de Ouro Preto sobre medidas cautelares, ley 619/95, donde se establece expresamente que la admisibilidad de la medida cautelar será regulada por las leyes y resuelta por los Jueces o Tribunales del Estado requirente, esto es, de conformidad con el art. 4 de la misma ley, los Jueces o Tribunales de los Estados partes competentes en la esfera internacional.

Jurisprudencialmente, idéntico criterio ha establecido este Tribunal en los autos: “EL ESTADO PARAGUAYO S/ LEVANTAMIENTO DE EMBARGO Y OTRAS MEDIDAS JUDICIALES”, A.I. N° 255 de fecha 12 de abril de 2006, aplicando idéntica normativa.

La acción a ser propuesta por el solicitante, de conformidad a la presentación de fs. 126, es la de incumplimiento de contrato, indemnización por daños y perjuicios por lucro cesante y otros. El contrato de marras corre a fs. 7/38, y se trata de un contrato de distribución. A los efectos de la fijación de la competencia, la posición del actor, expresada en alzada (fs. 186/189) es la aplicación de la ley 194/93, mientras que la del demandado es la aplicación de la ley 597/95.

Salta a la vista, en primer lugar, la jerarquía de las normas. La ley 194/93 es una ley nacional; mientras que la ley 597/95 es una ley aprobatoria de un Protocolo del MERCOSUR y, como tal, derivada de un tratado internacional y por consiguiente con una jerarquía superior de conformidad con el art. 137 de la Constitución Nacional.

Dispone dicha ley, la 597/95, en su art. 1, que ella se aplica a la jurisdicción contenciosa internacional relativa a los contratos internacionales celebrados entre particulares personas físicas o jurídicas con domicilio o sede social en diferentes Estados Parte del Tratado de Asunción, y se haya hecho un acuerdo de elección de foro a favor de un Juez de un Estado Parte y exista una conexión razonable según las normas de jurisdicción de dicho Protocolo. A renglón seguido, el art. 2 excluye del ámbito de aplicación del Protocolo una serie de materias, ninguna de las cuales se subsume en el caso que nos ocupa. De esta manera, el art. 4 de la ley 597/95 es claro en determinar que en los conflictos que surjan serán competentes los Tribunales del Estado a cuya jurisdicción los contratantes hayan acordado someterse por escrito. Aquí se aclara que de conformidad al art. 16 de dicha ley, la Argentina aprobó dicho protocolo como ley N° 24.669, en el año

1996, por lo que a la fecha del contrato, en el año 2000 (fs. 38), se hallaba vigente el Protocolo tanto en la Argentina como en el Paraguay.

En el caso de autos, el contrato que las partes llaman “de distribución” (fs. 7), no encaja, como ya lo dijéramos, en ninguna de las excepciones del art. 2 de la ley 597/95. En la cláusula vigésimo segunda del contrato, que ambas partes han reconocido y admitido, se dispone, en el numeral 1, que la jurisdicción aplicable es la de los Tribunales Ordinarios de la ciudad de Buenos Aires, República Argentina. Como las partes contratantes tienen sus domicilios en Madero 135, Capital Federal, Buenos Aires, Argentina, y Pirizal 2807 casi General Santos, planta alta, Asunción, Paraguay, se halla plenamente satisfecho el requisito del art. 1 de la ley 597/95, ya que contiene un acuerdo de elección de foro con conexión razonable, según los términos del art. 1 inc. b) de la ley 597/95 y el art. 7 de la misma ley, que conecta a la jurisdicción con los jueces del domicilio del demandado. Es decir, el criterio de razonabilidad de la conexión se compeadece con el que el propio Protocolo brinda en caso de ausencia de acuerdo.

Hasta aquí, no se presenta mayor inconveniente. Empero, la ley 194/93, que regula las relaciones entre fabricantes o firmas del exterior y personas jurídicas con domicilio en el Paraguay, y que en el art. 2 inc. c) se refiere expresamente al supuesto de distribución, establece en su art. 10 que las partes se someten a la competencia de los Tribunales de la República. Con el agregado de que el art. 9 de la misma ley consagra la irrenunciabilidad de los derechos establecidos en la ley de marras, entre los cuales también se encuentra el *ius fori*. Se debe establecer, pues, la cuestión de cuál de las normas debe prevalecer, atentos al carácter también de orden público que la ley 194/93 confiere a los derechos allí pactados.

De todas formas, el primer aspecto que salta a la vista es la contraposición de una norma interna con un Protocolo del MERCOSUR. Ello nos lleva a la aplicación del art. 137 de la Constitución Nacional, que indica la primacía de la norma comunitaria. Pero el hecho decisivo es que la posibilidad de prórroga de competencia se encuentra prevista y reglada en un Protocolo del MERCOSUR. Esta circunstancia nos remite directamente a las disposiciones del Protocolo de Ouro Preto, que contiene disposiciones adicionales sobre la estructura institucional del MERCOSUR. Como dicho protocolo se funda en decisiones del Consejo del Mercado Común, el art. 8 de dicho Protocolo –aprobado en nuestro país por ley 596/95–, establece como obligación del Consejo Mercado Común velar por el cumplimiento de

los protocolos firmados en el marco del MERCOSUR. Idéntica atribución se confiere al Grupo Mercado Común en su art. 14, inc. I).

El mismo protocolo, en su art. 38, establece la obligación de los Estados Partes de asegurar, en los territorios respectivos, el cumplimiento de las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR de acuerdo con el art. 2 del mismo; es decir, la ley 597/95 se halla claramente dentro de dicho supuesto. Lo dispone expresamente el art. 41 inc. II) de la ley 596/95.

En estas condiciones, el incumplimiento de lo previsto en un Protocolo del MERCOSUR, y peor aún, su incumplimiento expreso por un órgano jurisdiccional de la República, implica lisa y llanamente una violación de compromisos internacionales asumidos y vigentes en el proceso de integración regional, y expone a la República del Paraguay a las sanciones y consecuencias previstas para el caso de incumplimiento, lo cual está sujeto al control de los órganos del MERCOSUR supra citados.

En estas condiciones, es indudable que la normativa comunitaria impone expresamente el cumplimiento de las disposiciones emanadas de órganos del MERCOSUR y asimiladas a los ordenamientos locales. Esto hace que, por así decirlo, el orden público meramente "interno" de la ley 194/93 se vea superado por la cualidad de obligatoriedad inexcusable que las normas citadas imponen a la normativa emanada de los órganos comunitarios, y cuya inobservancia trae aparejada la posibilidad de sanciones y responsabilidad internacional en el marco del MERCOSUR. Amén de ello, debemos resaltar que la ley 597/95 es posterior a la ley 194/93.

Resulta, pues, obvio que en cuanto a la posibilidad de prórroga de jurisdicción contractuamente pactada, el juego de los arts. 9 y 10 de la ley 194/93 quedó derogado por las disposiciones de la ley 597/95. En consecuencia, siendo competentes para entender de la acción principal tribunales de la República Argentina, son también ellos competentes para decidir sobre la admisibilidad de la medida cautelar, conforme con los arts. 4 y 5 del Protocolo de Ouro Preto sobre medidas cautelares, ley 619/95.

De esta manera, y acordes con los arts. 7 y 703 del Cod. Proc. Civ., no habiéndose aún entablado la acción principal, se debe decidir y declarar la incompetencia por razón del territorio de los Tribunales de la República, para el ordenamiento o dictado de medidas cautelares en esta causa, debiendo al efecto el interesado ocurrir por donde corresponda.

Empero, y se señala meramente obiter, este Tribunal se ve en la obligación de puntualizar que la prórroga es exclusivamente de jurisdic-

ción; es decir, nos referimos aquí exclusivamente al Tribunal competente, pero no a la norma de fondo aplicable. La ley sustantiva deberá ser determinada con cuidadoso análisis de la ley 194/93, que impide la renuncia por parte de los contratantes a los derechos establecidos por ella. Como el contrato debe ser cumplido en el Paraguay, de acuerdo al tenor del mismo, no puede soslayarse el hecho que, respecto de la cuestión de fondo —es decir, no procesal—, la aplicación de los derechos sustanciales que la ley 194/93 reconoce es de orden público, a tenor de la irrenunciabilidad de los mismos, establecida en su art. 9. Esta cuestión debe ser advertida y señalada por esta Magistratura, a los efectos pertinentes.

Vista la forma como se ha resuelto la nulidad, no corresponde ya tratar el recurso de apelación también interpuesto.

En cuanto a las costas, como se ha declarado la nulidad de la resolución en recurso, las mismas se imponen al solicitante de las medidas cautelares de conformidad al art. 408 del Cod. Proc. Civ., pues él intentó claramente valerse de la nulidad al solicitar (fs. 186/189) la confirmación del auto anulado.

Por lo tanto, el Tribunal de Apelación Civil y Comercial, Cuarta Sala;

RESUELVE:

ANULAR el auto en recurso en cuanto no fundamenta la asunción de competencia ni los presupuestos para la concesión de la medida cautelar; así como también respecto del rechazo de la recusación sin causa por no ser el inferior competente para resolver tal cuestión, esto es, sus apartados tercero y quinto.

REMITIR los autos al inferior para que impugne conforme a derecho la recusación formulada por el Abog. Oscar Paciello (h), para luego proseguir con el trámite de ella ante esta alzada, y determinar así el órgano competente por razón del turno para ejecutar y cumplir lo resuelto en esta alzada.

DECLARAR la incompetencia por razón del territorio de los órganos jurisdiccionales de la República para entender en el dictado u ordenamiento de medidas cautelares en esta causa, debiendo al efecto el interesado ocurrir por donde corresponda.

IMPONER las costas al solicitante de las medidas cautelares.

ANÓTESE, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

JURISPRUDENCIA

Magistrados: Basilio García Ayala, Neri Villalba y María Mercedes Buongermini Palumbo.

Ante mí: Abog. Lidia Báez. Actuaría Judicial

ACUERDO Y SENTENCIA N° 120

Cuestión debatida: *El actor alega que el mismo fue el distribuidor exclusivo de los productos del grupo empresarial Cook Inc. durante 10 años y que la relación jurídico-comercial fue concluida por la firma demandada de manera intempestiva e injustificada. En esta consideración fáctica descansa la defensa de su crédito indemnizatorio, que, para el mismo, encuentra tutela en una ley especial, la Ley N° 194/93. El demandado, por su parte, nos presenta su antítesis alegando que la relación invocada por el pretendiente, en su mayor parte, fue mantenida con una empresa enteramente distinta a la accionada, por lo que el reclamo contenido en esta demanda no puede serle endilgado. Por lo demás, ambas partes formularon consideraciones con respecto a los parámetros para efectuar el cálculo del quantum indemnizatorio.*

CONTRATO DE AGENTES.

Refiero que por la figura del contrato de agencia, el agente en principio, no asume la obligación de “concluir los contratos”, sino de “promocionar la conclusión del mismo”, salvo que en el contrato se excluya una cláusula de representación contractual. Esto, junto con la independencia en el ejercicio profesional y la asunción de los costos y riesgos de su ejercicio, que es lo que diferencia, principalmente.

CONTRATO DE AGENTES.

El Agente de Comercio no puede concluir los contratos en nombre y por cuenta del proponente, salvo, como quedó visto, que esta facultad le haya sido expresamente conferida en el contrato de agencia.

CONTRATO DE AGENTES.

Ahondando en esta cuestión, hacemos notas que la facultad para la conclusión de los contratos en nombre y por cuenta del proponente, el Grupo Cook Inc. en este caso, no puede ser inferida del Contrato de Agencia, esta facultad debe estar expresamente contemplada en dicho contrato.

Esto es así, inter altas, por la importancia de dar certeza y seguridad a las operaciones en las que se afectan intereses de terceros.

CONTRATO DE AGENTES. Indemnización.

Esta conclusión nos conduce al rechazo de la pretensión indemnizatoria del actor puesto que el tiempo de duración de la relación entre los contendientes, un poco más de siete meses, es menor al parámetro mínimo previsto en el Artículo 4 de la Ley N° 193/94 para la fijación de la indemnización.

TApel. Civ. y Com. Cuarta Sala. 20/08/10. “Distribuidora de Prod. p/ Medicina S.R.L. (D.P.M.) c/ Cook Incorporated s/ Indemnización” (Ac. y Sent. N° 120).

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES

¿ES NULA LA SENTENCIA APELADA?

EN CASO CONTRARIO ¿SE DICTO CONFORME A DERECHO?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: Raúl Gómez Frutos, Dr. Eusebio Melgarejo Coronel y Basilio García Ayala.

A la PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, EL CONJUEZ Gómez Frutos dijo: el recurrente no fundó el recurso de nulidad. Por otro lado, efectuados los controles formales en el fallo alzado, no se observan vicios en el mismo que lo invaliden como acto jurisdiccional y motiven la declaración de nulidad ex officio, de conformidad a lo establecido en el artículo 420 del Código Procesal Civil, concordante con artículo 113 y 404 del mismo cuerpo legal. Por tanto, este recurso debe declararse desierto. ASI VOTO.

A SUS TURNOS, los Señores Miembros Dr. MELGAREJO CORONEL y GARCIA AYALA manifestaron adherirse al voto que antecede por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada, el conjuez Gómez Frutos prosiguió diciendo: el abogado Carlos SOSA JOVELLANOS, representante convencional de COOK INCORPORATED, se presentó en esta Instancia a fundar el recurso de apelación. Sus argumentos se resumen en los siguientes puntos: (1) La firma Distribuidora de Productos para Medicina S.R.L. (DPM S.R.L.), efectivamente, mantuvo una relación con Cook INC., como lo sostuvo la Jueza. Sin embargo, disiente con la juzgadora con respecto al tiempo de duración de esta relación sosteniendo que la misma inició el

20.04.01 y culminó el 3.12.01, puesto que antes de la designación de DPM S.R.L. como distribuidor de Cook INC., la relación jurídico-comercial era mantenida, exclusivamente, por DPM S.R.L., y Compus System S.A., sociedad que fue constituida en la República Oriental del Uruguay, distinta e independiente de la firma Cook INC., que fue contituida en los EEUU. Compus System S.A., dice el apelante, por cuenta y riesgo propio, como Agente General Exclusivo para América Latina de Cook INC y Wilson Cook Medical INC., contrató con DPM S.R.L., por lo que el acuerdo entre los mismo no puedo haber incidido en los derechos y obligaciones de su comitente. (2) La mecánica comercial del caso sometido a juzgamiento no se ajusta a la figura teórica del Agente Comercial que la A-quo extrajo de un libro de derecho comercial internacional. Refiere que Cook INC., vendía a Compus System S.A., afirma el recurrente, no era comisionista, actuaba por cuenta y riesgo propio, por lo que sus actos no pueden ser respondidos por su comitente. (3) Entonces, la relación jurídico-comercial mantenida entre Cook Inc. y DPM S.R.L. duró 7 meses y 13 días, por lo que, contrariamente a las conclusiones de la A-quo, no nos encontramos ante un caso contemplado en la Ley 194/93. Ergo, la indemnización reclamada, para el apelante, carece de sustento legal. (4) Argumenta, igualmente, que la Ley 194/93 no le es aplicable al caso en cuestión puesto que la misma, cuanto hace, es proteger las inversiones nacionales dadas en torno a contratos con prestaciones recíprocas. DPM S.R.L., dice el recurrente no tenía ninguna obligación con respecto a Cook INC. con lo que se concluye que no existía una relación con prestaciones recíprocas. (5) En cuanto al monto de la indemnización, señaló que la A-quo confundió varios conceptos, no estableció diferencia entre la utilidad bruta y la líquida, no discriminó los productos de la firma Cook INC. de los demás productos vendidos por DPM S.R.L. e impropriamente, dividió las utilizadas de tres periodos en tres para volver a multiplicarlos por tres, lo que nos da exactamente, lo mismo, confundiendo con ello la mecánica de la escala ascendente a la cual alude la ley 194/93 para establecer el monto de la indemnización. (6) El apelante señala, además, que no se advirtió en el fallo que la firma DPM S.R.L. vendía productos de las firmas Cook INC., Cook Urogical INC., y Wilson Cook Medical INC., empresas distintas unas de otras, por lo que la utilidad líquida, base del cálculo del quantum indemnizatorio, en todo caso, debería afectar únicamente a los ingresos por las ventas de los productos de Cook INC. Lo que arroja la suma de Gs. 166.978.353 por año. (7) Finalmente,

pone de resalto que le promedio de la utilidad bruta es el aplicable a la máxima escala, esto es: para relaciones de más de 50 años, por lo que para las relaciones de la primera escala, de 2 a 5 años, la misma debe ser menor. El apelante culmina su presentación solicitando la revocación del fallo alzado.

El abogado Julio Nicanor PAMPLIEGA HEISECKE, representante convencional de la firma Distribuidora de Productos para Medicina S.R.L. (DPM S.R.L.), se presentó ante este Tribunal a solicitar se declare desierto el recurso que nos ocupa por el incumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 419 del C.P.C.; y a contestar y controvertir los agravios expuestos por el apelante . Cuanto expuso en esta ocasión se resume en los siguientes puntos: (1) La firma demandada el 20.04.01 confirió a la actora el carácter de representante comercial exclusivo en el territorio nacional para la promoción, venta y registro, de los productos de la misma, por lo que, claramente, estamos ante una ratificación de lo actuado por Compus System S.A. quien actuó por cuenta y orden de Cook INC.; y continuidad de la mecánica comercial que se venía aplicando. Por ello, no pude negarse la vinculación jurídico-comercial entre Cook INC. y DPM S.R.L. desde el año 1991. (2) La vinculación entre el grupo empresarial o conglomerado económico Cook INC. y DPM S.R.L. fue suficientemente probado en autos con las instrumentales incorporadas a este proceso, lo que no pude desatenderse para resolver la cuestión sometida a juzgamiento. (3) En la absolución de posiciones el actor reconoció que Cook INC. mantuvo, hasta diciembre de 2000, relaciones comerciales en América Latina a través de su representante y agente general Compu System S.A., por lo que no puede negar en esta Instancia la vinculación de DPM S.R.L., con el grupo Cook INC. (4) Defiende, además, la procedencia de su reclamo en el hecho de que, para el mismo, la rescisión unilateral del contrato fue intempestiva e injustificada. (5) Así, dice el contestatario, no cabe más que aplicar la Ley 194/93, que establece parámetros claros para el cálculo de la indemnización, que es lo que fue considerado por la A-quo para fallar como lo hizo. (6) Finalmente, refiere que en el informe pericial presentado por el perito propuesto por la accionada se encuentran serias imprecisiones y respuestas ambiguas amén de haber sido presentado de manera extemporánea. Por lo que su parte solicitó explicaciones las cuales no fueron respondidas por el mismo. Acontecimiento procesal que debe ser tenido en cuenta para

resolver la cuestión planteada. Con estos argumentos, el contestatario solicita la confirmación de la sentencia definitiva recurrida.

El 30 de abril de 2010 este Tribunal clausuró el debate en Instancia de Revisión dictando la providencia por la que se llamó autos para sentencia. Resolución firme y ejecutoriada a la fecha.

Como una cuestión preliminar corresponde analizar la procedencia del pedido de declaración de deserción del recurso que nos ocupa.

Al respecto, del análisis de la fundamentación del recurso de apelación podemos extraer varias críticas al razonamiento seguido por la A-quo para resolver la admisión de la tesis postulada por el actor. En efecto, inter alia, el apelante criticó la apreciación de la Jueza con respecto a la figura de la “Agencia” y defendió la inaplicabilidad del concepto al caso que nos ocupa, también sostuvo que la indemnización fue erróneamente calculada puesto que se basó en parámetros impreciso. En estas condiciones este Preopinante encuentra suficiente material laborativo para analizar la justicia del fallo a la luz de los agravios esgrimidos en esta Instancia. Por tanto, la petición del actor, en este sentido, debe ser rechazada.

Resuelta esta cuestión preliminar y efectuados los controles de veracidad, logicidad y normatividad, paso al estudio de justicia del fallo.

En el caso de especie el actor alega que el mismo fue el distribuidor exclusivo de los productos del grupo empresarial Cook INC. durante 10 años y que la relación jurídico-comercial fue concluida por la firma demandada de manera intempestiva e injustificada. En esta consideración fáctica descansa la defensa de su crédito indemnizatorio, que, para el mismo, encuentra tutela en una ley especial, la 194/93. El demandado, por su parte, nos presenta su antítesis alegando que la relación invocada por el pretendiente, en su mayor parte, fue mantenida con una empresa enteramente distinta a la accionada, por lo que el reclamo contenido en esta demanda no puede serle endilgado. Por lo demás, ambas partes formularon consideraciones con respecto a los parámetros para efectuar el cálculo del quantum indemnizatorio.

Así, del análisis de la plataforma táctica procesal, se advierte que el actor, DPM S.R.L., desde el 25.02.91 mantenía una relación jurídico-comercial con la firma Compus System S.A., la que se extendió hasta el 31.12.00. También se observa que desde el 20.04.01 DPM S.R.L. fue designada por Cook INC. como distribuidor exclusivo en la República del Paraguay de los productos ofertados por el mismo, y que el 3.12.01 esta relación

fue concluida de manera unilateral por el demandado, sin que se hayan expresado la causa de esta decisión. Con respecto a estas premisas no existe controversia.

Entonces, sin ir más, surge nítido que la primera cuestión, de honda incidencia en las resultas del caso, consiste en determinar si la firma Compus System S.A., constituida en la República Oriental de Uruguay, obró por cuenta y riesgo propio, o, por el contrario, lo hacía en nombre de Cook INC. Nótese, que de admitir el primer supuesto, por el principio *res inter alios acta*, que refiere la relatividad subjetiva de los efectos de los contratos, no podría más que entenderse que la relación entre los contendientes inició el 20.04.01. En tanto que, de estar por el segundo supuesto tendríamos que la relación jurídica-comercial inició el 25.02.91.

La tesis está defendida en la existencia de la condición de “Agencia General Exclusiva para América Latina de Cook y Wilson INC.” que ostentaba Compus System S.A. al conferir la calidad de distribuidor exclusivo para la República del Paraguay a DPM S.R.L. La antítesis soslava esta condición jurídica que se le atribuye a la Empresa Uruguaya como fundamento del reclamo.

Al respecto, *a priori*, refiero que por la figura del contrato de agencia, el agente en principio, no asume la obligación de “concluir los contratos”, sino de “promocionar la conclusión del mismo”, salvo que en el contrato se excluya una cláusula de representación contractual. Esto, junto con la independencia en el ejercicio profesional y la asunción de los costos y riesgos de su ejercicio para José Alberto GARRONE y Mario E. CASTRO SAMMARTINO, que es lo que diferencia, principalmente, al contrato de agencia del mandato.

Por otro lado, siguiendo con la orientación doctrinal de los autores antes citados, al no haberse previsto en nuestra legislación esta figura como un contrato nominado, la regla aplicable es que, en principio, el Agente de Comercio no puede concluir los contratos en nombre y por cuenta del proponente, salvo, como quedó visto, que esta facultad le haya sido expresamente conferida en el contrato de agencia.

Ahondando en esta cuestión, hacemos notas que la facultad para la conclusión de los contratos en nombre y por cuenta del proponente, el Grupo Cook INC. en este caso, no puede ser inferida del Contrato de Agencia, esta facultad debe estar expresamente contemplada en dicho contrato.

Esto es así, inter altas, por la importancia de dar certeza y seguridad a las operaciones en las que se afectan intereses de terceros.

En el cas d' espece, el actor no incorporó al proceso ninguna instrumental en la que conste que Cook Incorporated haya autorizado a Compus System S.A. para que celebre contratos en nombre y por cuenta del mismo.

Incluso de los términos de las certificaciones efectuadas por Compus System S.A. – fs, 20, 24 y 96-, se puede inferir que aquella entendía que DPM S.R.L. era su representante exclusivo para la distribución de los productos del Grupo Cook INC y no representante exclusivo de Cook INC. La mecánica de la relación comercial nos confirma esta afirmación, puesto que, conforme a los despachos de importación era Compus System S.A. quien remitía los productos de Cook Inc. a DPM S.R.L., salvo dos envíos aislados de la demandada al actor en el año 2.001, es decir, luego de la ruptura de la relación entre Compus System S.A. y el accionado.

Entonces, podemos descartar la tesis de que Compus System S.A. procuró el negocio entre Cook Inc. y DPM S.R.L., puesto que la relación jurídico-comercial era mantenida directamente entre Compus System S.A. y el accionante. Tampoco podemos concluir, como quedó visto, que la empresa uruguaya haya obrado en nombre y representación de la demandada. Esto es así, pues no se demostró que Compus System S.A. se haya constituido en agente comercial con facultades para concluir los negocios en nombre y por cuenta del demandado.

En lo que respecta a la ratificación de las actuaciones de Compus System S.A. por Cook Inc., argumento alegado por el actor en defensa de su tesis, cabe mencionar que no podemos admitir que existió ratificación por el demandado del contrato de distribución, puesto que Compus System S.A. actuó en nombre propio, como Agente General de Cook Inc., y no por cuenta de este último. La ratificación, en general, debe recaer en actos jurídicos que se realizan en nombre y por cuenta de un tercero, pero no puede producirse sobre un acto cuyas consecuencias jurídicas fueron atribuidas, ab initio, en cabeza del celebrante.

En este estado de cosas, no podemos más que coincidir con el apelante cuando nos refiere que la relación entre los contendientes que culminó el 03.12.01 inició el 20.04.01 y no el 21.12.00 como lo sostuvo el accionante.

TRIBUNAL DE APELACIÓN CIVIL Y COMERCIAL

Esta conclusión nos conduce al rechazo de la pretensión indemnizatoria del actor puesto que el tiempo de duración de la relación entre los contendientes, un poco más de siete meses, es menor al parámetro mínimo previsto en el artículo 4 de la Ley 193/94 para la fijación de la indemnización.

Entonces, es mi parecer que en el fallo apelado se atribuyó incorrectamente al demandado una relación jurídico-comercial que, en rigor, el actor mantenía con otra persona jurídica. Así las cosas, no cabe más que revocar la sentencia apelada.

Con respecto a las costas, de conformidad al artículo 203 inc. b) del C.P.C., las mismas deberán ser soportadas por el actor.

POR TANTO, por las razones expuestas, es mi parecer que la sentencia en revisión debe ser confirmada, con costas, ASÍ VOTO.

A SUS TURNOS, los Señores Miembros GARCÍA AYALA y Dr. MELGAREJO CORONEL manifestaron adherirse al voto que antecede por los mismos fundamentos.

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 de la Capital.

DECLARAR desierto el recurso de nulidad.

REVOCAR, la S.D. N° 53 datada el 17 de febrero de 2009, dictada por la Jueza en lo Civil y Comercial del Quinto Turno de la Capital, Secretaría N° 09, por los argumentos y con el alcance previsto en este fallo.

IMPONER las costas a la parte actora.

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

Magistrados: Eusebio Melgarejo, Basilio García Ayala, Raúl Gómez Frutos.

Ante mí: Federico Miller Tellechea, Actuario Judicial.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 36

Cuestión debatida: *El presente fallo se aboca al estudio de los agravios de ambas partes por lo que en estos autos se pretende la nulidad del fallo recurrido invocando como causales, la incongruencia por “citra petita” y fundamentación aparente según argumentos de PETROBRAS DISTRIBUIDORA S.A., y falta de fundamentación y arbitrariedad conforme a lo argumentos esgrimidos por la firma PETRÓLEOS BRASILEIROS S.A.*

MAGISTRADO. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA. Incongruencia citra petita.

La denominada incongruencia *citra petita*, como bien es sabido, se configura cuando el Juez o Tribunal omite fallar acerca de algunas de las pretensiones o defensas deducidas y discutidas en el juicio, generándose de esta manera un vicio nulificante de la resolución judicial que se traduce en la indefensión de la parte cuya pretensión o defensa no fue juzgada, y en la denegación de justicia precisamente porque no se obtuvo una respuesta del Juez o Tribunal.

El fundamento normativo del llamado “deber de congruencia” se halla contemplado en el Artículo 159, inciso “e” del Código Procesal Civil, que ordena que la Sentencia Definitiva de Primera Instancia, destinada a poner fin al litigio, debe contener “la decisión expresa, positiva y precisa, de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio, calificadas según correspondiere por la ley, declarando el derecho de los litigantes, y, en consecuencia, condenando o absolviendo de la demanda o reconvenición, en su caso, en todo o en parte”; como asimismo, en el Artículo 15, inciso “d” del Código Procesal Civil, que establece que uno de los deberes de los Jueces – y Tribunales – es “pronunciarse necesaria y únicamente sobre lo que sea objeto de petición, salvo disposiciones especiales”.

MAGISTRADO. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA. Incongruencia citra petita.

Así, se ha dicho de la congruencia, y precisamente sobre la incongruencia *citra petita*, cuanto sigue: “Correspondencia entre lo pretendido y lo juzgado: Esta cuestión genera la más importante regla de juzgamiento, que se conoce doctrinalmente con la denominación de congruencia procesal... Ella indica que la resolución que emita la autoridad acerca del litigio debe guardar estricta conformidad con lo pretendido y resistido por las

partes. A mi juicio, ostenta una importancia mayor que la que habitualmente presenta toda regla técnica, pues para que una Sentencia no lesione la garantía constitucional de la inviolabilidad de la defensa en juicio debe ser siempre congruente y, por ende, no adolecer de algún vicio propio de la incongruencia, que se presenta en los siguientes casos: a) el juzgador omite decidir alguna de las cuestiones oportunamente planteadas por las partes y que sean conducentes a la solución del litigio; ello genera el vicio de incongruencia *citra petita*, que torna anulable el respectivo pronunciamiento. El concepto se limita al caso expuesto, pues no existe incongruencia el tratamiento de una cuestión por virtud de la solución que da a otra que ha analizado previamente (por ejemplo, si el juez admite la existencia del pago alegado por el demandado, resulta inconducente el estudio de la defensa de prescripción opuesta *ad eventum* de la aceptada)”

SENTENCIA. Fundamentación de la sentencia. Fundamentación aparente.

Resulta claro que, en una suerte de definición de la apariencia de motivación, el caso viene a decirnos que los motivos reposan en cosas que no ocurrieron o en pruebas que no se aportaron o bien –como en otros casos –en fórmulas vacías de contenido que no condicen con la realidad del proceso y, finalmente, que nada significan por su ambigüedad o vacuidad... La fundamentación aparente es acaso más peligrosa que la motivación defectuosa, porque si bien ésta puede ser el producto de un error –y este es humano –aquella disfraza, oculta una realidad, que puede inducir a engaño al lector desprevenido. La retórica es admisible en los alegatos; en las Sentencias es preferible la lógica, pero, entiéndase bien, la Lógica propiamente dicha”

LEY N° 194/93. SENTENCIA. Vicios de la sentencia. Incongruencia *extra petita*. ARBITRARIEDAD.

La arbitrariedad consiste esencialmente en el apartamiento del órgano sin motivo jurídico alguno, de la solución normativa aplicable al caso, a fin de dar una solución basada exclusivamente en su voluntad y no en el derecho vigente.

De un análisis del fallo, debemos decir que según nuestro parecer el mismo no deviene arbitrario, en razón de que contrariamente a lo que apuntó la recurrente PETRÓLEOS BRASILEIROS S.A., el Juzgado no se limitó simplemente a transcribir la opinión del autor argentino citado, sino que lo hizo a la luz de las disposiciones del derecho paraguayo vigente que

creyó aplicables, justificando la aplicabilidad de la teoría del “*disregard*” según el texto de leyes positivas paraguayas.

Cosa distinta es si la teoría que sostiene el autor argentino citado es realmente aplicable según nuestro derecho positivo vigente, pero esa es una cuestión que, como ya se ha dicho varias veces en este fallo, no debe ser analizada en sede de nulidad, sino de apelación, porque supone un error en la aplicación o interpretación del derecho en que habría incurrido el Juzgado.

La causal de arbitrariedad invocada por la recurrente fundada sobre el motivo arriba indicado debe ser pues, desestimada, por improcedente.

CONTRATO. Vigencia del contrato. PRUEBA.

Luego de un análisis íntegro del texto del contrato de distribución exclusiva celebrado entre Compasa y Petrobras Distribuidora (glosado a fs. 7/31), y de un análisis exhaustivo de las pruebas producidas en el proceso, no puede caber duda alguna de que el contrato se encontraba vigente al momento de la promoción de la demanda. Esto es así porque las partes, en ejercicio pleno del principio de libertad contractual, acordaron que la voluntad de terminar la relación contractual debía ser comunicada por escrito y por medio fehaciente, conforme surge de la cláusula 14 y de la cláusula 15 del contrato ya mencionado, cosa que, al menos según las constancias de autos, no se hizo. Por ende, no debe sino concluirse que el fallo se ajusta a derecho en cuanto afirma que el contrato en el que se basó la demanda se encontraba vigente.

Resuelta así esta primera parte de la cuestión, debemos ahora indagar si existe algún acto de las partes de este proceso que pueda interpretarse inequívocamente como una manifestación de voluntad de terminar el contrato, y específicamente, si la demanda promovida puede entenderse de esta manera.

Al respecto, debemos decir que ciertamente, en el derecho de contratos es factible entender que ciertos actos de las partes pueden interpretarse como la exteriorización de una voluntad de terminar del contrato, ya que como bien es sabido, la voluntad tiene distintas maneras de manifestarse de conformidad con el Art. 280 del Código Civil.

SOCIEDAD. DOCTRINA DEL DISREGARD OF LEGAL ENTITY. CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO.

No obstante, podría decirse que una cosa es entender que la doctrina del *disregard* puede considerarse recibida en nuestro derecho positivo para

aquellos casos en que la sociedad no cumpla con los “fines societarios” previstos en el Art. 959 del Código Civil, pero que otra cosa muy distinta es extender la interpretación hasta el Art. 372 del mismo cuerpo legal, que trata de una materia diferente: el abuso del derecho. A esta posible objeción debe responderse, sin embargo, que la doctrina construida en el extranjero sobre análogas bases normativas de las que estamos partiendo aquí para explicar la aplicabilidad local de la teoría del *disregard*, ya afirmaba, luego de la consagración expresa de la citada teoría en el art. 54 de la LSC, que ello no era sino una concreción normativa de lo que ya había consagrado la jurisprudencia del citado país sobre la base del abuso del derecho: “Dejando de lado el fin extra societario, la restante enumeración que hace el legislador de los distintos supuestos de operatividad del Art. 54, *in fine*, LSC, no es más que la concreción, en una norma jurídica caracterizada por su precisión y claridad, de los supuestos más frecuentes del abuso de la personalidad jurídica que nuestra jurisprudencia ha consagrado en todos los campos del derecho, y aunque la referencia al orden público sea sobreabundante, no puede dejar de celebrarse la implícita referencia al abuso del derecho, consagrado por el Art. 1071, Cód. Civil entre estos supuestos, que encuentra en materia de relaciones societarias un campo muy fértil de aplicación”

SOCIEDAD. DOCTRINA DEL DISREGARD OF LEGAL ENTITY. Presupuestos. CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO.

Debemos analizar entonces si existen en el derecho positivo paraguayo normas que permitan inferir que también aquí es aplicable la doctrina del “*disregard*”. A ese efecto, y como punto de partida, conviene tener en cuenta – y en este punto la Sentencia de Primera Instancia se adecua a derecho– que todo nuestro derecho positivo está basado en el principio de buena fe, y que además, los derechos deben ser ejercidos de buena fe, como bien lo indicaba el Juzgado en la Sentencia recurrida.

Como siguiente punto de análisis, debe tenerse presente que el Art. 959 del Código Civil delinea con detalle los alcances del contrato de sociedad, al decir que “por el contrato de sociedad dos o más personas, creando un sujeto de derecho, se obligan a realizar aportes para producir bienes o servicios, en forma organizada, participando de los beneficios y soportando las pérdidas”.

Asimismo, y teniendo en cuenta que la sociedad es un contrato que tiene efectos tanto entre los socios como con respecto a terceros (mediante

la personalidad jurídica), no puede dejar de tenerse en cuenta el principio de buena fe que debe regir en materia contractual.

Por ende, partiendo solamente de los Artículos 372 y 959 del Código Civil, ya es posible afirmar –bajo el marco teórico arriba citado, construido por la eminente doctrina de la Argentina sobre la base de textos legales similares a los de los Arts. 372 y 959 del Código Civil paraguayo, como ya se ha señalado– que aquella sociedad que fue constituida para un fin diverso al de producir bienes o servicios, de forma organizada (esto es, empresarial) –como por ejemplo, sustraer los bienes del socio de los efectos de determinadas normas legales– ya podría estar incurso en un típico caso de abuso de la personalidad jurídica, por perseguir una finalidad distinta, desde un punto de vista técnico y puramente pragmático, a la prevista por el legislador al Consagrar el “privilegio” (como lo dice la doctrina arriba citada) de la investidura de personalidad jurídica.

SOCIEDAD. DOCTRINA DEL DISREGARD OF LEGAL ENTITY. Presupuestos. CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO.

Para ello, estudiaremos si se aplica la figura del *Disregard of legal entity* o levantamiento del velo societario. En el derecho comparado también esta teoría es conocida como la *doctrine of the piercing of the corporate veil*. No hay unanimidad de acuerdo, si esta doctrina puede considerarse como tal o si es un remedio. Lo que si tenemos claro es que en nuestra legislación positiva a través de nuestro Código Civil, dicho remedio no existe. Su aplicación se podría dar a través de la interpretación judicial, ya que existen lagunas u oscuridad en nuestra legislación con respecto al citado remedio, por lo que, nos abocaremos a su estudio en el presente caso de estos autos. Los parámetros de interpretación judicial en lo que es el.

En efecto, como todo buen remedio, por supuesto, el levantamiento del velo societario debe ser tomado para casos muy específicos, y su interpretación es restrictiva para el caso en concreto. Dado que no está previsto en nuestra legislación, recurrimos a los principios generales del derecho, donde la buena fe es el principio rector. Debe considerarse un remedio excepcional, ya que un abuso del mismo podía menoscabar la protección que se debe a las sociedades, a su personalidad jurídica y a su patrimonio separado, los cuales, resultan esenciales para el ordenamiento social, tanto desde un punto de vista jurídico como económico.

Los presupuestos que considero que se debe dar para el levantamiento del velo societario son los siguientes: a) infra capitalización; b) fra-

caso para observar las formalidades para la conformación de una sociedad; c) alter ego; d) mero instrumento para la utilización de la sociedad para fines personales; e) propiedad de todas las acciones en la sociedad; f) fracaso para pagar dividendos.

Ahora bien, no basta la unidad económica y funcional para aplicar la técnica del levantamiento del velo, debe darse adicionalmente una utilización abusiva de la forma societaria para la consecución de un resultado antijurídico, en particular para la consecución de un fraude a la ley o a los derechos de terceros.

En el presente caso, Petrobras Distribuidora S.A., es una sociedad de economía mixta, subsidiaria de Petróleo Brasileiro S.A., según lo dispone el Art. 1° de los Estatutos Sociales, de la primera. Luego, el Consejo Directivo está compuesto por el mismo Consejo Administrativo de Petróleo Brasileiro S.A. según lo dispone el Art. 11 de los Estatutos Sociales de la firma Petrobras Distribuidora S.A. En un párrafo único de dichos estatutos, se hace mención al control ejercido por Petróleo Brasileiro S.A., mediante la propiedad y posición de, no mínimo, cincuenta por ciento, más una acción, de capital votante de sociedades.

En este marco, debemos aclarar que no es controvertido el hecho de que Petrobras Distribuidora S.A. sea una firma subsidiaria. Corroboramos asimismo la existencia de identidad de patrimonio y de personas en la composición societaria de ambas firmas. Para que exista la aplicación de la teoría del *Disregard* o *Corporate veil*, -levantamiento del velo societario, entendemos que se debe perseguir un fin ilícito o antijurídico.

TApel. Civ. y Com. Cuarta Sala. 09/05/16. “Compañía de Petróleo y Asfalto (COMPASA) c/ Petrobras Distribuidora S.A. s/ Indemnización de Daños y Perjuicios (Ac. y Sent. N° 36).

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S:

¿Es nula la Sentencia recurrida?

En caso contrario, ¿se encuentra ajustada a derecho?

Practicado el sorteo de ley, a fin de establecer el orden de votación resultó que debían votar los señores Miembros en el orden siguiente: Doctores CARLOS ESCOBAR ESPÍNOLA, EUSEBIO MELGAREJO CORONEL y RAÚL A. GÓMEZ FRUTOS.

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL MIEMBRO PREOPINANTE DOCTOR CARLOS ESCOBAR ESPÍNOLA, DIJO: Contra dicha resolución las sociedades comerciales demandadas PETROBRAS DISTRIBUIDORA y PETRÓLEOS BRASILEIROS S.A. interpusieron y fundaron el recurso de nulidad, en los términos que se exponen a continuación:

La demandada PETROBRAS DISTRIBUIDORA S.A. fundó el recurso de nulidad diciendo, en lo esencial (fs. 1093/1128), que la Sentencia recurrida es nula tanto por incongruencia, en razón de que el Juzgado habría incurrido en una omisión al haber dejado de lado la ley aplicable (Ley 194/03, en la que se fundó la demanda) y al haber aplicado una ley inaplicable (las disposiciones del Código Civil). Asimismo, la citada recurrente sostuvo en su escrito de fundamentación que la Sentencia recurrida en nula por no tener sino una fundamentación aparente, habida cuenta que invocándose indebidamente los efectos de la rebeldía, se dejaron de lado las pruebas producidas por su parte; y además porque el Juez no puede, so pretexto de aplicar el principio “iura novit curiae”, agravar la posición de su parte mediante el expediente de la reinterpretación de la pretensión del demandado en los términos en los que lo ha hecho.

Al momento de contestar el traslado de los fundamentos de este recurso, la recurrida, COMPASA ha manifestado cuanto sigue (fs. 1150/1203): que el recurso de nulidad debe ser declarado desierto, porque la fundamentación se refiere a errores in iudicando y no a errores formales del fallo; que la declaración de rebeldía no es causal de nulidad y que por lo demás fue debidamente aplicada (la rebeldía) por el Juzgado, conjuntamente con el análisis de las pruebas; que la inaplicación de la ley 194/93 no es causal de nulidad, y mucho menos por incongruencia ya que ésta recae sobre la pretensión y no sobre la ley aplicable (en este caso se falló resolviendo la pretensión promovida por lo que no puede haber incongruencia) y que, por lo demás, el Juzgado no podría haber aplicado la ley 194/93 porque iría contra la pretensión de la actora (indemnización de daños solamente) desde que la aplicabilidad de la ley 194/93 exige que haya terminación o resolución del contrato de distribución, cosa que no ocurrió en este caso puesto que el contrato siguió vigente y que, de todas formas, aun en la negada hipótesis de que la demandante haya invocado mal la ley aplicable, el Juzgado tiene el deber – iura novit curiae – de aplicar debidamente el derecho.

Por su parte – como ya se ha adelantado – la firma demandada PETRÓLEOS BRASILEIROS S.A. también ha fundado el recurso de nulidad, diciendo que la Sentencia recurrida es nula básicamente por falta de fundamentación del Juzgado, ya que el Juzgado se habría fundado más que nada en citas doctrinarias inaplicables al caso, sin hacer un análisis de la ley vigente y de los hechos discutidos en el proceso a fin de exponer la norma que servirá como Premisa Mayor para luego ir subsumiendo en ella los hechos avalados por las pruebas obtenidas técnicamente a fin de llegar a una conclusión lógica. Asimismo, la firma PETRÓLEOS BRASILEIROS S.A. ha dicho que la Sentencia es nula por la causal de arbitrariedad, en razón de que se basa exclusivamente en la opinión del doctrinario argentino Rafael Manóvil, omitiendo analizar la aplicabilidad de tal doctrina en el Paraguay, ya que el autor argentino citado escribe sus opiniones según la ley argentina, y no la paraguaya. También se invocaron como causales de nulidad la vulneración del principio de congruencia, señalándose que habría incongruencia “extrapetita” porque el Juzgado dijo en la Sentencia que no es aplicable la ley 194/93 pero posteriormente se ciñó a la misma para la determinación de la indemnización, a fin de fijar los parámetros indemnizatorios, además de una ilegítima introducción del porcentaje de reajuste del 1% cuando que este pedido nunca fue incluido en la demanda, “citra petita” porque no se resolvieron las oposiciones presentadas contra los puntos de las pericias contables tanto por COMPASA como por PETROBRAS DISTRIBUIDORA, y “ultra petita” ya que el Juzgado habría actuado como coadyuvante de COMPASA supliendo su negligencia y otorgando más de lo solicitado en la demanda y más de lo acreditado en el proceso; la introducción de pruebas de manera irregular, ya que la actora acompañó a su demanda sólo 36 fojas de documentos, sin indicar donde se encontraban los documentos que fueron utilizados finalmente para la realización de la prueba pericial, en el sentido de que por medio de la prueba pericial, se habrían incluido documentos que no fueron agregados oportunamente ni ofrecidos como prueba; la irregular aplicación e interpretación de leyes extranjeras no habiéndose probado su vigencia; la irregular sustitución del perito tercero nombrado primeramente por el Juzgado, sin sustanciar la recusación con causa contra él planteada privándole así de su derecho a la defensa y admitiendo sin más la causal invocada por COMPASA; la inaplicación de la ley paraguaya que se pactó en el mismo contrato.

Al momento de contestar el traslado de este recurso, la recurrida COMPASA ha manifestado cuanto sigue (fs. 1278/1339): que corresponde que el recurso de nulidad sea declarado desierto, en razón de que el recurso no se basa en causales reales de nulidad, sino en cuestiones de fondo; que – en contestación subsidiaria del recurso de nulidad – cabe decir que contrariamente a lo que dijo la recurrente, la Sentencia sí está fundada, específicamente sobre los siguientes puntos: que COMPASA celebró un contrato de distribución exclusiva con PETRÓLEOS BRASILEROS S.A. que se encuentra vigente ya que no se probó lo contrario en autos, que PETROBRAS debe ser considerada responsable solidariamente y parte del citado contrato por ser la principal de su subsidiaria PETROBRAS DISTRIBUIDORA en razón de que se pretendió utilizar indebidamente la personalidad jurídica de las sociedades, que las citadas sociedades incumplieron el contrato de exclusividad y que en consecuencia COMPASA sufrió daños, y que se violó el principio de buena fe; que en cuanto a la supuesta violación del principio de congruencia, que no existe extra petición por supuestamente aplicar mal una ley ya que esto es cuestión de fondo y que la Jueza no fue más allá de las pretensiones formuladas, que no existe citra petición por dejar de resolver las oposiciones a las pericias puesto que en realidad lo único que dijo el Juzgado es que las mismas serían valoradas conforme a las reglas de la sana crítica, y que es improcedente afirmar que existe fallo ultra petita porque supuestamente se incorporan pruebas irregularmente; que en cuanto al agravio referente a que el Juzgado aplicó la ley extranjera sin probarse su vigencia, debe invocarse el art. 22 del Código Civil que ordena que los jueces apliquen de oficio las leyes extranjeras, y que por lo demás la teoría del corrimiento del velo societario se aplicó a la luz del plexo normativo paraguayo, específicamente en los arts. 372 y 714; que, con respecto al agravio referente a la arbitrariedad en la sustitución del perito tercero, que esta es una cuestión netamente procesal que no constituye un vicio de la Sentencia; en cuanto a la aplicación de la legislación paraguaya, que nuevamente se trata de una cuestión de fondo, que no puede ser resuelta en sede de nulidad.

Habiendo llegado a este punto, tenemos entonces que se alegaron cuatro motivos por lo que se pretende la nulidad del fallo recurrido: incongruencia por citra petita y fundamentación aparente (según PETROBRAS DISTRIBUIDORA S.A.), y falta de fundamentación y arbitrariedad (según la firma PETRÓLEOS BRASILEIROS S.A.). Corresponde entonces, a con-

tinuación, analizar la procedencia de los citados recursos, en base a los argumentos expuestos por las firmas recurrentes, ya citados más arriba.

Empecemos el análisis de los fundamentos expuestos por PETROBRAS DISTRIBUIDORA S.A., que son los de incongruencia citra petita (en razón de que el Juzgado habría dejado de aplicar la ley aplicable), y fundamentación aparente (ya que invocando indebidamente los efectos de la rebeldía se habrían dejado de valorar pruebas producidas por PETROBRAS DISTRIBUIDORA S.A.).

La denominada incongruencia citra petita, como bien es sabido, se configura cuando el Juez o Tribunal omite fallar acerca de algunas de las pretensiones o defensas deducidas y discutidas en el juicio, generándose de esta manera un vicio nulificador de la resolución judicial que se traduce en la indefensión de la parte cuya pretensión o defensa no fue juzgada, y en la denegación de justicia precisamente porque no se obtuvo una respuesta del Juez o Tribunal.

El fundamento normativo del llamado “deber de congruencia” se halla contemplado en el artículo 159 inciso “e” del Código Procesal Civil, que ordena que la Sentencia Definitiva de Primera Instancia, destinada a poner fin al litigio, debe contener “la decisión expresa, positiva y precisa, de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio, calificadas según correspondiere por la ley, declarando el derecho de los litigantes, y, en consecuencia, condenando o absolviendo de la demanda o reconvenición, en su caso, en todo o en parte”; como asimismo, en el artículo 15 inciso “d” del Código Procesal Civil, que establece que uno de los deberes de los Jueces – y Tribunales – es “pronunciarse necesaria y únicamente sobre lo que sea objeto de petición, salvo disposiciones especiales”.

Del propio texto de la ley surge claramente, entonces, el deber de congruencia, desde que el artículo 159 del Código Procesal Civil, ya citado, manda que la Sentencia debe contener una decisión “expresa” sobre las cuestiones planteadas (que es precisamente lo que no se da cuanto existe incongruencia citra petita) que “declare el derecho” de los litigantes (que es lo que falta cuando se configura la citrapetición).

Lo mismo puede decirse del deber que impone el artículo 15 inciso “d” del mismo Código, considerando que su texto contiene la palabra “necesariamente”, lo que significa que el Juez o Tribunal debe forzosamente fallar sobre todas las pretensiones y defensas deducidas. Así, se deduce que cuando el Juez no falle sobre todas las pretensiones o defensas dedu-

cidas se producirá, inevitablemente, el vicio de incongruencia por *citra petita* ya apuntado.

La consecuencia del vicio de incongruencia *citra petita* es, forzosamente, la nulidad de la resolución, porque es esto lo que establece claramente el mismo artículo 15 del Código Procesal Civil, cuando dice que “La infracción de los deberes enunciados en los incisos b), c), d) y e) de este artículo, causará la nulidad de las resoluciones y actuaciones”. Se ve pues que, la consecuencia de no decidir necesariamente sobre todas las pretensiones y defensas deducidas, es la nulidad de la resolución judicial.

Lo que venimos diciendo está ampliamente respaldado por la doctrina, que enseña que la incongruencia *citra petita* consiste, técnicamente, en la omisión de pronunciamiento del órgano acerca de alguna de las cuestiones que se plantearon, y que se traduce en la inviolabilidad del derecho de defensa en juicio.

Así, se ha dicho de la congruencia, y precisamente sobre la incongruencia *citra petita*, cuanto sigue: “Correspondencia entre lo pretendido y lo juzgado: Esta cuestión genera la más importante regla de juzgamiento, que se conoce doctrinalmente con la denominación de congruencia procesal...Ella indica que la resolución que emita la autoridad acerca del litigio debe guardar estricta conformidad con lo pretendido y resistido por las partes. A mi juicio, ostenta una importancia mayor que la que habitualmente presenta toda regla técnica, pues para que una Sentencia no lesione la garantía constitucional de la inviolabilidad de la defensa en juicio debe ser siempre congruente y, por ende, no adolecer de algún vicio propio de la incongruencia, que se presenta en los siguientes casos: a) el juzgador omite decidir alguna de las cuestiones oportunamente planteadas por las partes y que sean conducentes a la solución del litigio; ello genera el vicio de incongruencia *citra petita*, que torna anulable el respectivo pronunciamiento. El concepto se limita al caso expuesto, pues no existe incongruencia el tratamiento de una cuestión por virtud de la solución que da a otra que ha analizado previamente (por ejemplo, si el juez admite la existencia del pago alegado por el demandado, resulta inconducente el estudio de la defensa de prescripción opuesta *ad eventum* de la aceptada)” (ALVARADO V., Adolfo. “Sistema Procesal. Garantía de la Libertad”. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2009. Tomo I. Pág. 362/363).

Otro tanto se ha dicho en nuestro ámbito con respecto a la delimitación del concepto de incongruencia *citra petita*: “PRINCIPIO DE CON-

GRUENCIA: la Sentencia debe ser congruente consigo misma (interna) y con la Litis (externa). Congruente significa – siguiendo a GUASP – “la conformidad que debe existir entre la Sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto de proceso, más la oposición u oposiciones en cuanto delimitan ese objeto...3.2. La Sentencia debe recaer sobre el objeto reclamado en la demanda, comprendiendo la cuestión principal y los accesorios. Su omisión produce la nulidad de la resolución cuando no pueda ser reparada por vía de apelación. Siendo así, sería nula la Sentencia que: 3.2.1. Omite decidir alguna cuestión planteada (citra petita)...” (CASCO PAGANO, Hernán. “Código Procesal Civil Comentado y Concordado. Asunción: La Ley Paraguaya. Octava Edición, 2008. Pág. 323).

Sentadas así las bases conceptuales y normativas de lo que es la incongruencia citra petita, entendida como la omisión de resolución de alguna pretensión y oposición oportunamente planteada en el proceso, corresponde ahora analizar si en el caso concreto efectivamente se ha omitido resolver alguna cuestión planteada.

Así, tenemos que en el escrito inicial de demanda se planteó la pretensión de indemnización de los daños y perjuicios que derivarían del incumplimiento de un contrato de exclusividad; asimismo, observamos que las demandadas no contestaron la demanda oportunamente, habiéndoseles declarado la rebeldía por resolución que a la fecha se halla firme y ejecutoriada, luego del rechazo de dos acciones de inconstitucionalidad que las demandadas plantearon contra los respectivos Autos Interlocutorios que las decretaron: siendo así, no cabe hablar de que haya habido una oposición “oportunamente deducida”, como bien lo señala la doctrina que hemos transcripto párrafos arriba.

Por otra parte, y desde un punto de vista exclusivamente formal – esto es: sin entrar a analizar el mérito de los fundamentos por los cuales el Juzgado justificó la decisión adoptada – notamos que el Juzgado se expidió sobre la pretensión de indemnización de daños y perjuicios, haciendo lugar a la demanda y condenando a las demandadas a abonar una suma líquida de dinero.

En las condiciones indicadas, tenemos que existe –como dice la doctrina –una correspondencia entre lo resuelto en la Sentencia y la pretensión deducida y discutida en juicio, sin que se haya omitido el tratamiento y la decisión de alguna cuestión planteada oportunamente. Por estos moti-

vos, debe concluirse que no existe una incongruencia citra petita, tal como lo sostuviera la recurrente.

Por último –y como ya lo ha señalado ampliamente tanto la doctrina como la jurisprudencia – cabe aclarar que la inaplicación de la ley aplicable ciertamente trae aparejada un agravio, pero que no es causal de nulidad del fallo, sino de su revocatoria (si fuera procedente).

Es decir: la inaplicación de la ley aplicable es una cuestión “de derecho” que debe ser analizada y estudiada en sede de apelación, y no de nulidad. Así, la “omisión” que señaló la recurrente no es un vicio nulificante del fallo, sino un agravio que debe ser reparado en sede de apelación.

En estas condiciones, no queda sino desestimar el fundamento de que el fallo es nulo porque se habría “omitido” aplicar la ley aplicable, en razón de que para que la “omisión” sea causal de nulidad, debe recaer sobre alguna pretensión o defensa alegadas en el proceso, pero no sobre un error de derecho del Juzgado.

Resuelto así el agravio referido a la incongruencia, sólo resta que analicemos el agravio expuesto por PETROBRAS DISTRIBUIDORA S.A. referente a la fundamentación aparente, en razón de que el Juzgado habría, invocando indebidamente los efectos de la rebeldía, dejado de lado las pruebas producidas por su parte; y además porque el Juez no puede, so pretexto de aplicar el principio “iura novit curiae”, agravar la posición de su parte mediante el expediente de la reinterpretación de la pretensión del demandado en los términos en los que lo ha hecho.

Para analizar este argumento debemos, antes que nada, partir de la base de que existe una definición técnica de lo que es “fundamentación aparente” que está suficientemente explicada por la doctrina especializada, a la que nos remitimos por la claridad expositiva y técnica de la misma al referirse al concepto arriba aludido.

Es así que la doctrina especializada ha construido la definición de fundamentación aparente a través de la casuística resuelta por los órganos de alta jerarquía jurisdiccional, en opinión que nos permitimos transcribir por ser altamente ilustrativa: “a. Motivación aparente. La Suprema Corte, en algunos de sus fallos, ha calificado algunas Sentencias como aparentemente fundadas. a1. Así, por ejemplo, en la causa Torchia, Pascual c. Ford Motor Argentina S.A., registrado en La Ley, t. 1984-D-pág. 192, con fecha 24 de julio de 1984, anula una Sentencia porque la fundamentación es sólo aparente. El pronunciamiento impugnado, “al juzgar que la conducta de la

parte obstaculizaba la actividad jurisdiccional necesaria para impulsar el procedimiento de oficio, dispone de una fundamentación sólo aparente que lo torna descalificable como acto judicial válido en los términos de la doctrina sobre arbitrariedad”, sentenció el Alto Tribunal (punto 6). Y continúa: “Ello es así, por cuanto de las circunstancias particulares de la causa no se advierte de qué manera el tribunal apelado se encontró impedido de adoptar, como consecuencia de la conducta del actor, aquellas medidas necesarias o convenientes para impulsar de oficio el procedimiento, tal como se lo impone el art. 12 de la ley 7718- EN efecto, el proceso estaba pendiente de agregación a la causa del informe audiológico realizado en la Oficina de Asesorías Periciales de la ciudad de La Plata, y el tribunal referido no decretó diligencia judicial alguna tendiente a averiguar si se había realizado dicho examen, ni tampoco requirió la remisión del informe respectivo, sin que estuviese impedido de hacerlo por razones imputables al interesado”. Es probable, sin embargo, que la clave lógica que nos interesa esté en el punto octavo cuando concluye: “...la Sentencia impugnada no se muestra como derivación razonada del derecho vigente aplicable a las circunstancias comprobadas de la causa”. Resulta claro que, en una suerte de definición de la apariencia de motivación, el caso viene a decirnos que los motivos reposan en cosas que no ocurrieron o en pruebas que no se aportaron o bien –como en otros casos –en fórmulas vacías de contenido que no conciden con la realidad del proceso y, finalmente, que nada significan por su ambigüedad o vacuidad...La fundamentación aparente es acaso más peligrosa que la motivación defectuosa, porque si bien ésta puede ser el producto de un error –y este es humano –aquella disfraza, oculta una realidad, que puede inducir a engaño al lector desprevenido. La retórica es admisible en los alegatos; en las Sentencias es preferible la lógica, pero, entiéndase bien, la Lógica propiamente dicha” (GHIRARDI, Olsen. “Lógica del Proceso Judicial”. Cuarta Edición. Córdoba: Lerner Editorial SRL. Pág. 118 y 120) (resaltado es nuestro).

Se ve pues, entonces, que la motivación aparente consiste en aquella fundamentación de la resolución judicial que se base en cosas que no ocurrieron, o en pruebas que no se aportaron, o en fórmulas vacías de contenido que nada tienen que ver con lo discutido en el proceso.

Luego de una lectura íntegra de la pretensión discutida en el juicio, de las pruebas producidas en el mismo, y de los fundamentos dados por el Juzgado, llegamos a la siguiente conclusión: la fundamentación dada por

el Juzgado no parece subsumirse en algunas de las hipótesis de fundamentación aparente precedentemente señaladas, ya que en ella no se mencionaron cosas que no ocurrieron, o pruebas que no se produjeron, y los argumentos expuestos por el Juzgado no aparecen como divorciados de la realidad del proceso. Contrariamente, se refieren a los puntos discutidos, apreciando la prueba de determinada manera a fin de llegar a la conclusión de hacer lugar a la demanda y condenar a las demandadas a pagar una suma de dinero.

Es decir: no surge que los fundamentos dados por el Juzgado sean sólo aparentes, en el sentido que no guardan ninguna relación guardan con la causa. Por ello, estimamos que los fundamentos dados por el Juzgado cumplen con el deber de motivar el fallo en grado suficiente como para que este Tribunal pueda considerarlo válido.

Otra cosa es que dichos fundamentos sean suficientes para sostener la decisión a la que llegó el Juzgado, o que no se hayan valorado correctamente las pruebas. Pero estas circunstancias –esto es: la suficiencia de las razones dadas por el Juzgado para sostener la decisión, o la falta de valoración de ciertas pruebas, o la valoración equivocada de las mismas, no pueden identificarse como una insuficiencia de fundamentación del fallo en sí mismo, sino como un desacuerdo del recurrente a su respecto que, desde luego, no implica la nulidad del fallo – en caso de darse, son reparables por vía de apelación, y no de nulidad.

Por ende, también debe desestimarse este agravio de nulidad expuesto por la sociedad PETROBRAS DISTRIBUIDORA S.A.

Ahora entraremos a analizar los fundamentos del recurso de nulidad de la firma PETRÓLEOS BRASILEIROS S.A., recordando que la primera causal de nulidad invocada se resume en que la Sentencia sería nula en razón de que existe “falta de fundamentación” porque la Sentencia no se fundaría sino en citas doctrinarias coherentes con la legislación argentina pero inaplicables en nuestro medio, además de que no se respetó la ley aplicable al caso concreto, no habiéndose establecido racionalmente la Premisa Mayor de la que se partiría para subsumir en ella los hechos alegados y probados a fin de llegar a una conclusión lógica.

La causal expuesta precedentemente apuntaría según entendemos a señalar un error en el razonamiento del Juzgado (llamado vicio in cogitando en la doctrina), en razón de que no habría establecido correctamente la

Premisa Mayor de la que partiría su razonamiento para luego subsumir en ella los hechos y llegar así a una conclusión lógica.

Luego de una lectura del fallo, llegamos a la conclusión de que contrariamente a lo que apunta la recurrente, el Juzgado sí argumentó – desde el punto de vista puramente lógico – suficientemente a fin de constituir la Premisa Mayor de la Sentencia y luego subsumir en ella los hechos discutidos en el proceso y llegar a una conclusión determinada. Es decir: la Premisa Mayor o normativa fue debidamente justificada por el Juzgado, como asimismo la Premisa Menor o fáctica, a fin de llegar a la conclusión. No se advierte un error en este sentido.

Otra cosa es que los argumentos expuestos por el Juzgado para justificar sus premisas sean insuficientes desde el punto de vista jurídico, o no se adecuen necesariamente a las pruebas producidas en el proceso o a una correcta valoración de ellas. Pero ello no tiene nada que ver con un error estructural en el razonamiento: por ello puede afirmarse, sin temor a equívocos, que el razonamiento del Juzgado no tiene errores estructurales que ameriten privar a la Sentencia de validez por ese motivo.

En síntesis: si la recurrente considera que los argumentos dados para constituir la Premisa Mayor o normativa no son suficientes, puede atacar a los mismos sin lugar a dudas, señalando dichos errores y proponiendo una mejor alternativa a los errores de derecho del Juzgado. Pero la vía técnicamente adecuada para hacerlo, es el recurso de apelación, y no el de nulidad. Lo mismo puede decirse de una incorrecta valoración o apreciación de las pruebas: la vía de impugnación para este tipo de errores es el recurso de apelación y no el de nulidad.

Por estos fundamentos, corresponde desestimar el argumento de la recurrente según el cual el fallo sería nulo porque no se aplicó el derecho aplicable o se apreciaron mal las pruebas, aunque este argumento haya sido propuesto desde un punto de vista de la constitución de las premisas del razonamiento judicial, por cuanto que, en esencia, no se atacó la estructura del razonamiento (o justificación interna), sino el proceso de constitución de las premisas.

Pasemos ahora al argumento expuesto por PETRÓLEOS BRASILEIROS S.A. según el cual la Sentencia es nula por la causal de “arbitrariedad”, en razón de que se basa exclusivamente en la opinión del doctrinario argentino Rafael Manóvil, omitiendo analizar la aplicabilidad de tal

doctrina en el Paraguay, ya que el autor argentino citado escribe sus opiniones según la ley argentina, y no la paraguaya.

La “arbitrariedad” consiste esencialmente en el apartamiento del órgano sin motivo jurídico alguno, de la solución normativa aplicable al caso, a fin de dar una solución basada exclusivamente en su voluntad y no en el derecho vigente.

De un análisis del fallo, debemos decir que según nuestro parecer el mismo no deviene arbitrario, en razón de que contrariamente a lo que apuntó la recurrente PETRÓLEOS BRASILEIROS S.A., el Juzgado no se limitó simplemente a transcribir la opinión del autor argentino citado, sino que lo hizo a la luz de las disposiciones del derecho paraguayo vigente que creyó aplicables, justificando la aplicabilidad de la teoría del “disregard” según el texto de leyes positivas paraguayas.

Cosa distinta es si la teoría que sostiene el autor argentino citado es realmente aplicable según nuestro derecho positivo vigente, pero esa es una cuestión que, como ya se ha dicho varias veces en este fallo, no debe ser analizada en sede de nulidad, sino de apelación, porque supone un error en la aplicación o interpretación del derecho en que habría incurrido el Juzgado.

La causal de arbitrariedad invocada por la recurrente fundada sobre el motivo arriba indicado debe ser pues, desestimada, por improcedente.

Pasemos ahora a analizar la causal de nulidad invocada por la firma PETRÓLEOS BRASILEIROS S.A. que se enfoca en la “vulneración del principio de congruencia”, señalándose que habría incongruencia “extrapetita” porque el Juzgado dijo en la Sentencia que no es aplicable la ley 194/93 pero posteriormente se ciñó a la misma para la determinación de la indemnización, a fin de fijar los parámetros indemnizatorios, además de una ilegítima introducción del porcentaje de reajuste del 1% cuando que este pedido nunca fue incluido en la demanda, “citra petita” porque no se resolvieron las oposiciones presentadas contra los puntos de las pericias contables tanto por COMPASA como por PETROBRAS DISTRIBUIDORA, y “ultra petita” ya que el Juzgado habría actuado como coadyuvante de COMPASA supliendo su negligencia y otorgando más de lo solicitado en la demanda y más de lo acreditado en el proceso.

Luego de confrontar la triple incongruencia invocada por la recurrente con la pretensión deducida en autos y la Sentencia recurrida, debemos decir cuanto sigue: con relación a la incongruencia “extrapetita”, y

tomando las citas doctrinarias que transcribimos párrafos arriba (al analizar el recurso de la firma PETROBRAS DISTRIBUIDORA S.A.), debemos repetir aquí que la incongruencia objetiva se da con respecto a las pretensiones de las partes, pero no con respecto a las normas aplicables: por este motivo, no puede decirse que exista incongruencia extrapetita en este caso, porque el Juzgado no se pronunció sobre materia extraña al proceso por el sólo hecho de aplicar ciertas normas jurídicas y no otras; y en lo que respecta a que el Juzgado habría dicho que la ley 194/93 era inaplicable para luego aplicar la misma en los parámetros indemnizatorios, nos percatamos de que en la Sentencia se sostuvo la inaplicabilidad de cierta parte de la ley, que no de toda ella. Otro tanto debemos decir con respecto a la supuesta incongruencia por citra petita: no se configura en este caso, en razón de que el hecho de no haber resuelto las oposiciones planteadas contra los puntos de pericia es una cuestión a ser resuelta en el periodo probatorio, de tal suerte que si así no fuese, ello está actualmente plenamente consentido sin que pueda constituirse ello en una incongruencia de parte del Juzgado. Por último, también debemos decir que no se configura en este caso la incongruencia “ultrapetita”, en razón de que en el escrito inicial de demanda no se estableció un quantum determinado, sino que se lo dejó a lo que surja de las probanzas periciales a ser producidas en el proceso, lo cual es perfectamente lícito.

Comentario aparte merece el hecho del porcentaje de reajuste del 1% decidida por el Juzgado y que no habría sido incluido en la demanda, que generaría aparentemente una incongruencia citra petita: al respecto, debe decirse que es verdad que no se pidió expresamente el reajuste en la demanda, pero no debemos pasar por alto que el Juzgado, considerando que lo reclamado se trata de una “deuda de valor”, decidió otorgar el reajuste mencionado a un porcentaje del 1%. Esto no constituye una violación del principio de congruencia, porque, como bien lo sostiene la doctrina especializada, “542. Con anterioridad el criterio de la Cámara Nacional en lo Civil había sido fijado en estos términos: “Es posible la invocación del factor económico de la desvalorización monetaria con posterioridad a la traba de la Litis, inclusive hasta la oportunidad de alegar de bien probado o al tiempo de expresar agravios según se haga el pedido en primera o segunda instancia” (BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. “Teoría General de la Responsabilidad Civil”. Pág. 229).

En el caso concreto de autos, se pidió el mencionado reajuste al momento de la realización de la prueba pericial, por lo que en virtud de la doctrina y jurisprudencia arriba transcriptas, no puede considerarse como una violación del principio de congruencia.

Pasemos ahora al siguiente argumento de nulidad expuesto por la recurrente: la “irregular aplicación e interpretación de leyes extranjeras no habiéndose probado su vigencia”.

Como ya se ha apuntado reiteradamente en esta resolución, el error en la aplicación e interpretación de las normas jurídicas no es un agravio susceptible de causar la nulidad del fallo, sino que debe ser revisado por la vía de apelación.

Sigamos ahora con la “irregular sustitución del perito tercero” nombrado primeramente por el Juzgado, sin sustanciar la recusación con causa contra él planteada privándole así de su derecho a la defensa y admitiendo sin más la causal invocada por COMPASA.

Con respecto a este punto, nos remitimos a lo ya expresado párrafos arriba en el sentido de que este tipo de vicios configurados en la etapa probatoria deben ser recurridos y subsanados en ella, y no al momento de dictarse Sentencia Definitiva. Si así no se hizo – es decir, si no se impugnó y corrigió el vicio en la etapa procesal oportuna – el vicio queda completamente subsanado. No está demás señalar que el efecto propio del llamamiento de autos para Sentencia es justamente purgar este tipo de vicios: “EFECTOS: Firme la providencia que llamó autos para Sentencia: 2.1. Queda cerrada toda discusión no pudiendo presentarse escritos ni producirse pruebas. 2.2. No podrán deducir nulidades de procedimiento. El llamamiento de autos firme importa la convalidación de las eventuales nulidades que se pudieron haber producido en el curso de la instancia...” (CASCO PAGANO, Hernán. “Código Procesal Civil Comentado y Concordado. Asunción: La Ley Paraguaya. Octava Edición, 2008. Pág. 628).

En estas condiciones, no puede sino concluirse que el “vicio” señalado por la recurrente que se refiere a la irregular sustitución del perito tercero -si existió- es absolutamente intrascendente en este estadio, precisamente por los efectos del llamado de autos para Sentencia del art. 383 del Código Procesal Civil en el sentido indicado por la doctrina precedentemente transcripta.

Veamos el último argumento esbozado por la recurrente al fundar el recurso de nulidad: la “inaplicación de la ley paraguaya, que se pactó en el

mismo contrato”. Al respecto, debemos nuevamente decir que las cuestiones referentes a la aplicación e interpretación de la ley se deben analizar en sede de apelación, y no de nulidad. Surge pues, de esta manera, improcedente el mencionado argumento en esta sede.

Llegados a este punto, podemos decir sin temor a equivocarnos que debemos concluir que el recurso de nulidad de la firma PETRÓLEOS BRASILEIROS S.A. es improcedente, por lo que debe ser desestimado, como ya se hiciera con el recurso de nulidad también planteado por la firma PETROBRAS DISTRIBUIDORA S.A.

Por último, realizado un análisis oficioso de la validez del fallo, no se advierten vicios susceptibles de causar la nulidad de mismo, por lo que, habiéndose desestimado los recursos de nulidad interpuestos por las recurrentes PETROBRAS DISTRIBUIDORA S.A. y PETRÓLEOS BRASILEIROS S.A., corresponde pasar seguidamente a estudiar los recursos de apelación interpuestos contra la S.D. de Primera Instancia.

A sus turnos los señores Miembros Doctores EUSEBIO MELGAREJO CORONEL y OSCAR A. PAIVA VALDOVINOS, manifiestan adherirse al voto que antecede por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL MIEMBRO PREOPINANTE DOCTOR CARLOS ESCOBAR ESPÍNOLA, DIJO:: Todas las partes del presente proceso han apelado la S.D. de Primera Instancia. Por ende, empezaremos con sintetizando los agravios expresados por PETROBRAS DISTRIBUIDORA S.A., para pasar a los de PETROLEROS BRASILEIROS S.A. y terminar con los de COMPASA (con sus respectivas contestaciones).

Así tenemos que la firma PETROBRAS DISTRIBUIDORA ha objetado a la S.D. recurrida los siguientes puntos: el primer agravio expuesto por esta recurrente apunta a la revocatoria del fallo en razón de que el Juzgado se habría equivocado al decir que el contrato en el que se fundó la demanda estaba vigente, cuando que en realidad –según PETROBRAS DISTRIBUIDORA S.A.– el contrato no se encontraba vigente atendiendo a que el art. 4° de la ley 194/93 establece que “todo fabricante o firma extranjera...” puede “negarse a prorrogar el contrato”, agregando además que es una incoherencia de parte del Juzgado sostener simultáneamente que el contrato estaba vigente y - al mismo tiempo - condenar a la indemnización de daños y perjuicios, ya que ésta presupone lógicamente la terminación del contrato y que, asimismo; por otra parte, dijo la recurrente

que no se pueden acumular pretensiones incompatibles entre sí como la resolución y cumplimiento de contrato, y que, por otra parte, siendo la exclusividad un elemento solamente natural del contrato – y no esencial – el incumplimiento de su parte debió entenderse – sumada a la advertencia de suspensión de las provisiones del contrato, que debe interpretarse como la manifestación inequívoca de la voluntad de terminar el contrato – como una negativa de prórroga por el art. 4° de la ley 194/93, y no como lo entendió el Juzgado, ya que sostener que el contrato sigue vigente violaría lo dispuesto en la ley 194/93 en el sentido de que el contrato puede terminar por causa justificada (en cuyo caso no hay indemnización) y sin causa justificada (en cuyo caso sí hay indemnización). La recurrente también ha dicho que – contrariamente a lo que dijo el Juzgado – no existe solidaridad entre PETROBRAS DISTRIBUIDORA y PETRÓLEOS BRASILEIROS S.A. y que en este sentido el Juzgado se habría apartado de lo dispuesto por las definiciones del contrato (fs. 18), en que la “empresa” significará PETROBRAS DISTRIBUIDORA “exclusivamente”; asimismo, se dijo que la Jueza no pudo haber concluido que existe solidaridad entre las demandadas, ya que de acuerdo al art. 510 del Código Civil la solidaridad no se presume: debe surgir de la ley o del acto jurídico; asimismo, dijo la recurrente que no se pueden simplemente incorporar argumentos meramente doctrinarios para sostener que existe solidaridad, así como que en el presente caso deben entenderse que la solidaridad está expresamente excluida por lo que disponen los arts. 94 y 1048 del Código Civil; por otra parte – prosiguió la recurrente – el hecho de que una sociedad sea subsidiaria de la otra, no puede entenderse como la atribución de una solidaridad que no existe, habiéndose además obviado el art. 717 del Código Civil. Se agravó también la recurrente diciendo que la doctrina del “disregard” no es aplicable a nuestro derecho, no solo porque nuestra legislación no acoge una norma alguna parecida al art. 54 de la Ley de Sociedades Comerciales argentina, sino porque la demandante es COMPASA, que no es la sociedad perjudicada por sus socios o controlantes; además, en lo que atañe a la doctrina del disregard, no debe perderse de vista que ella es aplicable sólo cuando la actuación de la sociedad encubra la consecución de fines extra societarios o constituya la utilización indebida de la forma societaria, circunstancias que no se darían en el caso de autos, desde el momento en que PETRÓLEOS BRASILEIROS S.A. exportaba sus productos al Paraguay ya desde el año 1997, lo que era de conocimiento expreso de COMPASA,

demostrándose así que la “exclusividad” se circunscribía sólo a COMPASA y PETROBRAS DISTRIBUIDORA S.A. En cuanto a los intereses, sostuvo la recurrente que no debieron haber sido incluidos, puesto que no fueron solicitados en la demanda. En cuanto al monto de la condena, sostuvo la recurrente que no se pudo haber tenido en cuenta la cifra de US\$ 71.250.454, porque en el cálculo de los montos importados no se pudo extender más allá del año 2002 en que se promovió la demanda; además, dijo la recurrente que se probó en el proceso que la participación en el mercado de asfalto de COMPASA es de US\$ 704.634 (contabilidad de los años 1997, 1998 y 1999) y que durante se tiempo la recurrente no vendió a nadie más respetando el pacto de exclusividad hasta el año 2002; por último, se agregó la recurrente que se comprobó que COMPASA tenía deudas con PETROBRAS DISTRIBUIDORA S.A. como la de US\$ 270.000 del año 2009, lo que implica incumplimiento de su parte y demuestra que en realidad la incumpliente del contrato es COMPASA y no PETROBRAS DISTRIBUIDORA S.A.

Al momento de contestar el traslado de este recurso, la recurrida COMPASA dijo (fs. 1150/1204): que contrariamente a lo que apuntó la apelante, el contrato jamás fue rescindido ya que no existe una comunicación escrita y fehaciente de la voluntad de terminación del contrato, además de que la propia recurrente proclamó la vigencia del contrato, señalándose además que en el escrito de demanda se dejó claro que el contrato seguía vigente, por lo que no puede entenderse que la recurrente haya interpretado que la promoción de la demanda prueba la terminación del contrato, como asimismo no puede obviarse que el contrato en sus cláusulas 4, 13 y 15 regula detalladamente los mecanismos de renovación y terminación del contrato, y que el mecanismo contractual de terminación no fue cumplido; que en lo que respecta a los remedios por incumplimiento contractual debe tenerse en cuenta que el art. 725 del Código Civil ciertamente establece la incompatibilidad entre las pretensiones de resolución y de cumplimiento de contrato (no se pueden pedir acumulativamente ambas cosas), pero ello no quiere decir que no se pueda plantear de manera autónoma la indemnización de daños según el art. 420 inciso “c” del Código Civil – esto es, sin pedirse también el cumplimiento o la resolución – ya que la función que cumple ésta es justamente la de reparar los daños causados; que teniendo presente lo anterior, resulta un error del recurrente sostener que se tendría que haber aplicado la ley 194/93, ya que ésta pre-

supone la terminación del contrato (cosa que no ocurrió en autos) sino que simplemente se solicitó la indemnización de daños (art. 420 inciso “c” del Código Civil) sin pedir la terminación del contrato conforme a la ley 194/93; que en lo que respecta a la forma en que fue pedido el monto indemnizatorio en el escrito inicial de demanda (a las resultas de lo que surja de la prueba pericial) debe tenerse en cuenta que lo único que se dijo es que aún en el peor de los casos la indemnización no podría ser menor a la contemplada en la ley 194/93, utilizada ésta como parámetro o modelo subsidiario o análogo, pero sin que ello signifique que se haya invocado la aplicabilidad de esta ley especial; que en lo que respecta al agravio referente a la falta de solidaridad y a la independencia de personalidad jurídica entre PETROBRAS y PETROBRAS DISTRIBUIDORA la pregunta que en realidad debe responderse es si puede utilizarse una empresa del mismo grupo para violar el contrato, que hasta comparte con la otra hasta el mismo Consejo Directivo; que con respecto al agravio de que PETROBRAS no firmó el contrato, debe considerarse que esto es una obviedad, y que lo que se discute en juicio es si la sociedad matriz puede violar el contrato de exclusividad celebrado por su subsidiaria valiéndose para ello de la diferente personalidad jurídica; que en lo que respecta a la solidaridad entre las demandadas, que no se discute si la solidaridad se pactó o no, sino si la sociedad matriz violó el contrato, y que el corolario de todo lo discutido es que PETROBRAS es controlante y tiene unidad de dirección, razón por la cual no puede oponer su personalidad jurídica, y que el fundamento normativo de ello radica en el art. 372 del Código Civil; que en lo que respecta al cálculo de la indemnización, debe tenerse en cuenta que la Jueza tomó el monto de las importaciones de PETROBRAS que fue determinado pericialmente, y que en cuanto a los intereses debe tenerse presente que se pidieron en la demanda; que en cuanto a la supuesta deuda de COMPASA con PETROBRAS DISTRIBUIDORA, que ello no es objeto de este juicio y que no existe ningún solo documento que lo pruebe; y por último, que debe tenerse presente la testifical del ex gerente de PETROBRAS, al hablar de “cesión” de empleados, prueba la existencia del grupo de sociedades entre las demandadas, y la aplicabilidad de la doctrina de la inoponibilidad de la personalidad jurídica.

A su turno, la firma PETRÓLEOS BRASILEIROS S.A. expresó los siguientes agravios contra el fallo recurrido, diciendo que: el Estatuto de PETRÓLEOS BRASILEIROS S.A. de fs. 321/322 de autos es un documen-

to que no está legalizado, ni vertido al castellano por traductor público, careciendo de mérito probatorio, por lo que no debió haber sido valorado por el Juzgado. También dijo que el Juzgado obvió que el contrato en el que se basa esta demanda no puede afectar a PETRÓLEOS BRASILEIROS S.A. por el principio “res inter alios acta” consagrado en el art. 717 del Código Civil. Otro agravio expuesto por esta recurrente consiste en que el Juzgado hizo una arbitraria e ilegítima atribución de responsabilidad a un tercero, en el sentido de que PETROLEROS BRASILEIROS S.A. es una accionista de PETROBRAS DISTRIBUIDORA S.A., pero ello no implica que deba responder por las obligaciones contractuales de esta última porque así lo dispone claramente el art. 94 del Código Civil. Asimismo, la recurrente sostuvo que la teoría del corrimiento del velo societario es inaplicable a este caso, en razón de que la pretensión principal de la actora no está vinculada a la ilegalidad del contrato ni a su nulidad, el contrato no fue suscripto con fines ilícitos ni tampoco es ésta la causal invocada por COMPASA, siendo presupuesto de aplicabilidad de la citada teoría que se discutan estas cuestiones. También sostuvo que no se puede hacer responsables a los directores y administradores de la sociedad, porque son terceros extraños a ésta, y que, al haber el Juzgado sostenido lo contrario, obvió lo dispuesto en los arts. 97 y 98 del Código Civil. Asimismo, sostuvo la recurrente que el contrato no está vigente, y que el Juzgado violó la teoría de los actos propios al haber afirmado por una parte que el contrato estaba vigente, y por otra condenar a los daños y perjuicios, en razón de que por la norma del art. 725 del Código Civil la demanda de daños e intereses implica lógicamente la resolución del contrato (por lo que no puede sostenerse, por lógica, que siga vigente, como lo hizo el Juzgado). Se agravio PETRÓLEOS BRASILEIROS S.A. de que COMPASA como parte incumplidora del contrato, no puede reclamar supuestos incumplimientos a la otra parte: así, el Juzgado no tuvo en cuenta que si el contrato estuvo vigente todos estos años, debió considerar asimismo que COMPASA también tenía obligaciones contractuales que no cumplió y cuyos incumplimientos fueron probados, como las previstas en la cláusula segunda (referente a la obligación de COMPASA como distribuidora de tener una orden mensual mínima de pedidos) y en la cláusula séptima (referente a la obligación del distribuidor de mantener suficiente provisión de productos asfálticos y sus derivados como para mantener el mercado local, para lo cual debía emitir órdenes de provisión que nunca emitió), incumplimientos éstos que esta-

rían plenamente probados con los informes de OCIT –COMERCIO EXTERIOR, que dan cuenta de que COMPASA nunca importó lo que se comprometió a comprar para abastecer el mercado paraguayo. También sostuvo PETRÓLEOS BRASILEIROS S.A. que en este caso no se configura el lucro cesante por parte de ninguna de las demandadas, en el sentido de que no se configurarían los requisitos del daño indemnizable (certeza, subsistencia, incidencia personal en el damnificado e interés legítimo) y de que la S.D. se fundaría sólo en un daño hipotético, señalándose que si no se revocara la Sentencia se estaría premiando la conducta incumplidora de COMPASA. Se agravió también PETRÓLEOS BRASILEIROS S.A. de que ha habido una errónea e infundada determinación del monto de indemnización, en razón de que ésta fue fijada sobre la base de pericias realizadas para la hipótesis de indemnización unilateral e injustificada de la relación contractual conforme a la ley 194/93 que el Juzgado entendió inaplicable, para posteriormente valorar las pericias que se basaron precisamente en esta ley, otorgando a COMPASA ganancias que no hubiera obtenido ni siquiera si efectivamente hubiese cumplido sus obligaciones contractuales. Otro agravio expuesto por la recurrente consiste en que se habría incluido ilegalmente la actualización de valor y reajuste del 1%, que no fueron solicitados por la demandante en su escrito de demanda, sino que fueron peticionados recién al momento de la realización de la prueba pericial. Por último, se agravió la recurrente de la imposición de costas.

Corrido el traslado, la recurrida COMPASA dijo (fs. 1278/1339): sobre el agravio referente a la falta de legalización de los documentos y traducción por traductor público, que estos argumentos son netamente procesales y debieron ser esgrimidos en la etapa procesal correspondiente, y que esta cuestión ya fue resuelta por este Tribunal al no hacer lugar al pedido de desglose de documentos, en resolución que ya se encuentra firme, y que por lo demás debe destacarse la innecesaridad de la legalización desde el momento en que la ahora recurrente nunca desconoció la validez de dicho documento como lo manda el art. 235 del Código Procesal Civil; sobre el agravio referente a la falta de suscripción del contrato por parte de PETROBRAS y la supuesta inaplicabilidad de la teoría del velo societario, que la cuestión más importante a ser resuelta versa sobre la interrogante de si puede utilizarse otra empresa de un mismo grupo para violar un contrato, que es una obviedad que PETROBRAS no suscribió el contrato y que lo que realmente está en discusión es si es que la sociedad controlado-

ra puede violar el contrato suscripto por la subsidiaria; sobre el agravio de que se condenó a PETROBRAS en calidad de accionista, dijo que en realidad este agravio obvia lo resuelto en la Sentencia en el sentido de que se consideró a ambas sociedades como centro de un mismo interés jurídico (una es dueña total de la otra, y tienen el mismo Consejo Directivo) y que por ende es inoponible la personalidad jurídica; sobre el agravio referente a la no vigencia del contrato, que no existe ninguna nota, telegrama o acta notarial que compruebe que el contrato ha dejado de estar vigente según el mecanismo previsto en la cláusula 15 del contrato, y que no puede sostenerse que la promoción de la demanda suponga la resolución del contrato, desde el momento en que la única pretensión deducida por la demandante fue la de indemnización de daños y perjuicios de acuerdo al art. 420 del Código Civil pero sin pedir la resolución del contrato; con respecto al agravio de la aplicación de la ley 194/93, que se obvió que es presupuesto de aplicación de la misma que se haya terminado el contrato, supuesto que no se da en el presente caso; con respecto al agravio del supuesto incumplimiento de COMPASA que le inhabilitaría a pedir la indemnización a las demandadas, dijo que ello es incongruente con lo anteriormente afirmado por la misma recurrente ya que PETROBRAS no firmó el contrato, por lo que no podría beneficiarse con ningún hipotético incumplimiento; con respecto al agravio de que no hay lucro cesante por incumplimiento de PETROBRAS, que no se puede afirmar que exista un daño solo hipotético desde el momento en que se probó que se importó durante muchos años los productos contratados en violación de la cláusula de exclusividad; y que en lo que respecta a la forma en que fue pedido el monto indemnizatorio en el escrito inicial de demanda (a las resultas de lo que surja de la prueba pericial) debe tenerse en cuenta que lo único que se dijo es que aún en el peor de los casos la indemnización no podría ser menor a la contemplada en la ley 194/93, utilizada ésta como parámetro o modelo subsidiario o análogo, pero sin que ello signifique que se haya invocado la aplicabilidad de esta ley especial.

Finalmente, COMPASA expresó los siguientes agravios contra el fallo recurrido, diciendo que: existe un error del Juzgado en la determinación del quantum indemnizatorio, en razón de que los peritos unánimemente concluyeron que la suma por las importaciones asciende a US\$ 71.250.454. Asimismo, dijo que el fallo se adecua a derecho al sostener que el monto de los daños no puede ascender a US\$ 71.250.454 sino solo al

margen de ganancia, pero se equivoca al fijar cuál es este margen: así, el margen de ganancia tomado en la Sentencia que es el del perito Sacco no es el más adecuado, ya que el más fidedigno es el de perito Bonnín, que fija el porcentaje en 24,05%. En cuanto a la tasa de actualización, dijo la recurrente que la Jueza se apartó indebida y arbitrariamente en este punto de la Sentencia del dictamen técnico unánime dado por los peritos (que arroja una tasa del 2,5%) y que la rebaja efectuada por el Juzgado se basa en un simple “argumentum ad misericordiam” sin tener base técnica alguna que la avale. En este sentido, dijo la recurrente que en este caso no puede tomarse el argumento de que la rebaja es “razonable” para bajar arbitrariamente la tasa de interés, ya que la Jueza debió ceñirse estrictamente a las pruebas técnicas obrantes en el proceso, ya que el Juez no puede apartarse del dictamen técnico (sólo del de opinión) sin otra prueba de igual peso que lo contrarreste.

Al momento de contestar el traslado de este recurso, la firma PETROBRAS DISTRIBUIDORA dijo (fs. 1260/1276): que debe rechazarse el pedido de reajuste presentado por COMPASA considerando, primeramente, que la duración real del contrato no puede extenderse más allá del año 2002 – y mucho menos hasta el 2013 – siendo que ambas partes contratantes lo acordaron expresamente, además de que sucedieron dos actos claros que expresan la voluntad de no continuar la relación jurídica mercantil, que son i) el incumplimiento del contrato, y ii) que en el año 2002 se presentó la presente demanda; que específicamente en cuanto al agravio referente a que el Juzgado debió haber aplicado el porcentaje del 24,05% establecido por el perito Bonnín o en el peor de los casos el 21,94 del perito Sacco, que debe igualmente tenerse en cuenta que el contrato nunca pudo ir más allá del año 2002 y que sí así hubiese sido por lógica debió continuar la ejecución del contrato incluso durante la sustanciación del presente juicio, lo que implica que COMPASA tuvo que haber hecho pedido de productos a la demandada para la distribución incluso después de haber pedido judicialmente la indemnización (cosa que no se hizo); que debe tenerse en cuenta también que existen pruebas que hacen a i) la falta de cumplimiento de las deudas de parte de COMPASA, ii) la notificación de parte de PETROBRAS DISTRIBUIDORA advirtiendo a COMPASA sobre el incumplimiento contractual, y iii) que no se realizarían provisiones adicionales hasta tanto no se llegue a un acuerdo sobre la deuda existente, y que lo importante de las respuestas dadas por el perito Blas Jara sobre

estos puntos es que se basan en pruebas documentales que si bien fueron desglosadas por la Jueza al momento de dictar Sentencia, todavía se encontraban en el proceso al momento de realizarse la prueba pericial – sin que nadie haya impugnado el dictamen pericial por este motivo –, razón por la cual se las debe considerar válidas; que debe tenerse en cuenta que hasta el año 2002 PETROBRAS DISTRIBUIDORA no le vendió a ninguna otra empresa que no sea COMPASA los productos contratados, por lo que si los peritos consideraron que COMPASA tenía el 100% del mercado paraguayo, lo hicieron omitiendo esta circunstancia, además de que la venta de asfaltos representaba solamente el 18% sobre el total de las ventas; que la Sentenciante ha ignorado que según los balances generales de COMPASA de los ejercicios 1997,1998 y 1999 ha generado como ganancias líquidas, en promedio anual, Gs. 139.108.820, y que la participación dentro del momento relevante en el Paraguay de COMPASA era de 35% representando un total de US\$ 704.634, 36 dentro de un total del mercado que ascendía a US\$ 704,634,36; que en cuanto a los intereses, dijo PETROBRAS DISTRIBUIDORA que es obvio que si no se debe la suma pretendida, menos aún los intereses pretendidos.

Por su parte, al contestar el traslado de este recurso, PETRÓLEOS BRASILEIROS S.A. dijo (fs. 1246/1259): que no es concebible considerar que el contrato base de la demanda estuvo vigente más de una década, ya que si así hubiese sido COMPASA también tendría que haber cumplido con sus obligaciones contractuales (cosa que no hizo, ya que COMPASA ni siquiera pagó las primeras remesas, ni tampoco solicitó durante el transcurso de la década, nuevas provisiones de petróleo) y que es impensable que en estas condiciones COMPASA deba ser beneficiada con ganancias por un esfuerzo que nunca realizó, ya que nunca desplegó ningún esfuerzo ni gasto de comercialización, ni ninguna inversión en el plazo señalado; que en cuanto a la prueba pericial, que la misma deviene nula porque los peritos introdujeron ilegalmente documentos al proceso y porque no se resolvieron las objeciones formuladas por las partes; en cuanto al agravio referente al supuesto error en el margen de ganancia, que COMPASA no dio ningún criterio técnico que justifique su afirmación de que la opinión del perito tercero no es la más adecuada y sí la de su perito, y que por lo demás en el caso se configura un fraude procesal porque en la demanda no se ofreció ninguna prueba documental para sostener la pretensión, sumado al hecho probado de que COMPASA no ha realizado ninguna importa-

ción a lo largo de una década y menos aún realizó algún tipo de esfuerzo económico o de promoción para la venta de sus productos; que, en cuanto al agravio referente al apartamiento de la tasa de actualización fijada por los tres peritos, que la actualización ni siquiera debía haber sido incluida en la Sentencia, porque no se pidió en la demanda.

Expuestos así los agravios y sus respectivas contestaciones en forma sintética, corresponde que a continuación nos aboquemos a estudiar la procedencia de los citados recursos, a fin de determinar si tienen mérito suficiente para la revocatoria del fallo impugnado (pedido por las demandadas) o el alza del monto de la condena indemnizatoria (pedida por la actora).

Como ya se habrá podido advertir de lo expuesto hasta aquí, existen varios apelantes y a la vez varios agravios expuestos por cada uno de ellos. Por este motivo, y por razones de orden de exposición, pasaremos pues, a continuación, a analizar el mérito de los respectivos recursos en este orden: recurso de apelación de la firma PETROBRAS DISTRIBUIDORA S.A., recurso de apelación de la firma PETRÓLEOS BRASILEIROS S.A. y recurso de apelación de la firma COMPASA.

AGRAVIOS DE PETROBRAS DISTRIBUIDORA S.A.: empecemos con el agravio según el cual debe juzgarse que el contrato en el que se basó la demanda no se encontraba vigente atendiendo a que el art. 4° de la ley 194/93 establece que “todo fabricante o firma extranjera...” puede “negarse a prorrogar el contrato”, y que sería una incoherencia de parte del Juzgado sostener simultáneamente que el contrato estaba vigente y -al mismo tiempo- condenar a la indemnización de daños y perjuicios, ya que ésta presupone lógicamente la terminación del contrato; y también analicemos el agravio de la recurrente según el cual no se podrían acumular pretensiones incompatibles entre sí como la resolución y cumplimiento de contrato, y que, por otra parte, siendo la exclusividad un elemento solamente natural del contrato – y no esencial – el incumplimiento de su parte debió entenderse – sumada a la advertencia de suspensión de las provisiones del contrato, que debe interpretarse como la manifestación inequívoca de la voluntad de terminar el contrato – como una negativa de prórroga por el art. 4° de la ley 194/93, y no como lo entendió el Juzgado, ya que sostener que el contrato sigue vigente violaría lo dispuesto en la ley 194/93 en el sentido de que el contrato puede terminar por causa justificada (en cuyo

caso no hay indemnización) y sin causa justificada (en cuyo caso sí hay indemnización).

La cuestión discutida en este agravio radica en saber si el contrato, al momento de promoverse la demanda, se encontraba vigente; y, en caso de que no sea así, en saber si podrían interpretarse algunos comportamientos de las partes – entre ellos la promoción de esta demanda – como una manifestación inequívoca de voluntad resolutoria del vínculo contractual.

Luego de un análisis íntegro del texto del contrato de distribución exclusiva celebrado entre COMPASA y PETROBRAS DISTRIBUIDORA (glosado a fs. 7/31), y de un análisis exhaustivo de las pruebas producidas en el proceso, no puede haber duda alguna de que el contrato se encontraba vigente al momento de la promoción de la demanda. Esto es así porque las partes, en ejercicio pleno del principio de libertad contractual, acordaron que la voluntad de terminar la relación contractual debía ser comunicada por escrito y por medio fehaciente, conforme surge de la cláusula 14 y de la cláusula 15 del contrato ya mencionado, cosa que, al menos según las constancias de autos, no se hizo. Por ende, no debe sino concluirse que el fallo se ajusta a derecho en cuanto afirma que el contrato en el que se basó la demanda se encontraba vigente.

Resuelta así esta primera parte de la cuestión, debemos ahora indagar si existe algún acto de las partes de este proceso que pueda interpretarse inequívocamente como una manifestación de voluntad de terminar el contrato, y específicamente, si la demanda promovida puede entenderse de esta manera.

Al respecto, debemos decir que ciertamente, en el derecho de contratos es factible entender que ciertos actos de las partes pueden interpretarse como la exteriorización de una voluntad de terminar del contrato, ya que como bien es sabido, la voluntad tiene distintas maneras de manifestarse de conformidad con el art. 280 del Código Civil.

Ahora bien: la citada posibilidad de que pueda interpretarse que ciertos actos constituyen la exteriorización de una voluntad de terminar el contrato debe quedar excluida de plano en el presente caso, puesto que las partes previeron expresamente que para tal hipótesis deberían cumplirse una serie de formalidades, prolijamente indicadas en las cláusulas 14 y 15 del contrato: por este motivo, no puede sino concluirse que en este caso es plenamente aplicable lo dispuesto en el “in fine” del primer párrafo del art.

282 del Código Civil, en el sentido de que no procede interpretar la voluntad emergente de la ejecución de ciertos actos realizados por las partes del acto jurídico si existe “otra expresa en sentido contrario”, que en este caso está materializada en las mencionadas cláusulas contractuales.

En este sentido, no puede sino concluirse que la Jueza falló conforme a derecho al afirmar que no puede reputarse como concluida la relación contractual – como afirmaron las firmas demandadas.

Queda ahora por analizar si la decisión tomada por el Juzgado de hacer lugar la a demanda de daños y perjuicios luego de haber afirmado que el contrato estaba vigente, implica o no una incoherencia, teniendo en cuenta la interpretación del art. 725 del Código Civil sostenida por la recurrente, según la cual la pretensión de indemnización de daños y perjuicios de fuente contractual no podría plantearse aisladamente de las pretensiones de resolución de contrato o de cumplimiento. Es decir: afirma la apelante que según el art. 725 del Código Civil, solo cabe pedir: i) cumplimiento de contrato y la indemnización de daños y perjuicios, o bien ii) resolución de contrato y la indemnización de daños y perjuicios; pero no indemnización de daños de forma aislada a alguna de las pretensiones ya indicadas (resolución o cumplimiento de contrato).

El argumento central de la apelante radica en apuntar cuanto sigue: habida cuenta de que el demandante no pidió expresamente en su escrito inicial de demanda el cumplimiento de contrato, y sí solamente la indemnización de los daños y perjuicios, debe considerarse que implícitamente se pidió la resolución de contrato – ya que según la postura de la apelante, no cabe plantear solamente la indemnización, independientemente de las pretensiones de resolución o de cumplimiento – y que por ende, el planteamiento de la demanda debe entenderse como un pedido – aunque sea implícito – de resolución de contrato y en consecuencia de terminación del vínculo.

Las consecuencias de acoger la interpretación de la apelante en este caso son importantes, ya que si así lo hiciésemos, deberíamos concluir que el planteamiento de la demanda de indemnización de daños y perjuicios aparejó implícitamente un pedido de terminación del contrato, y por ende, que hubo voluntad de la demandante de terminar el vínculo contractual ya en el año de la promoción de la demanda (2002). Asimismo, deberíamos juzgar que el argumento de la demandante expuesto en el escrito inicial de demanda de que el contrato seguía vigente, es lógicamente incompatible

con el pedido de indemnización de daños y perjuicios. Por último, deberíamos interpretar cuál fue la verdadera intención de la demandante: o que el contrato siga vigente, o terminarlo (ya que de lo contrario no habría pedido indemnización de daños y perjuicios).

Luego de un análisis detenido del texto del art. 725 del Código Civil, se advierte que ciertamente el mismo dispone que el acreedor de una obligación contractual puede, ante el incumplimiento del deudor, reclamar o el cumplimiento del contrato, o la resolución del mismo (más los daños e intereses, en ambos casos).

Una primera aproximación interpretativa al citado artículo, meramente literal, induce a confirmar, a primera vista, que la interpretación de la apelante sería la correcta, máxime si tenemos en cuenta que al parecer existe una suerte de enumeración taxativa de lo que el acreedor puede hacer al haberse utilizado la partícula “o” para señalar alternativamente las acciones de las que dispone el acreedor ante el incumplimiento de la prestación que le es debida, y la palabra “más” para señalar que la indemnización de daños y perjuicios no sería sino una suerte de pretensión accesoría, y como tal, enteramente dependiente de la promoción de las pretensiones “principales” de cumplimiento o de resolución de contrato. Esta primera aproximación interpretativa, explicada sintéticamente en este párrafo, conduce lógicamente a la conclusión ya apuntada por la apelante: que la indemnización de daños y perjuicios no puede plantearse de forma autónoma; y también permitiría juzgar que si el demandante pidió solamente la indemnización de los daños y perjuicios, debería entenderse implícitamente promovida la pretensión de resolución del contrato, ya que la indemnización – como bien es sabido – no es sino un sucedáneo del cumplimiento en especie de la prestación debida, que procede precisamente cuando el cumplimiento o ya no es posible, o ya no satisface el interés del acreedor.

En estas condiciones, no puede negarse la fuerza del argumento esgrimido por la apelante, que se funda sobre la sólida base conceptual de que si la indemnización de daños y perjuicios es un “sucedáneo” del cumplimiento del contrato, no puede sino entenderse – en el contexto de la alternativa que da el art. 725 del Código Civil – que quien promueve solamente la indemnización de daños y perjuicios promueve también, implícitamente, la pretensión de resolución de contrato (ya que de lo contrario, hubiese promovido el “cumplimiento” en especie de la prestación, y no

solamente la indemnización que es una forma indirecta de cumplimiento de la obligación, salvo el caso – como ya se adelantara – de que se pida el cumplimiento del contrato más los perjuicios moratorios).

Así, en el contexto del art. 725 del Código Civil, si a pesar del incumplimiento el acreedor todavía conserva el interés de que se cumpla en especie la prestación pactada, promoverá lógicamente la pretensión de cumplimiento de contrato (y en su caso, la indemnización de los perjuicios moratorios); pero si ya no tiene interés (o ya no es posible) en el cumplimiento en especie de la obligación, promoverá la pretensión de resolución de contrato a fin de extinguir el vínculo y resarcirse de los daños derivados del incumplimiento.

SIN EMBARGO, si bien es convincente, la interpretación de la apelante no es la más plausible. En efecto, existen hipótesis de incumplimientos contractuales en las cuales el acreedor conserva tanto el interés de mantener el vínculo contractual –lo que excluye, desde luego, el interés en la resolución del vínculo– como el interés de resarcirse de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento: es la hipótesis de incumplimientos sólo parciales de contratos de ejecución continuada.

En efecto: en los contratos de ejecución continuada –y sobre todo en aquellos en que existen diversas prestaciones de cumplimiento sucesivo que constituyen (cada una de ellas) fuente de interés independiente para el acreedor– pueden perfectamente coexistir, ante el incumplimiento parcial del contrato (por no haberse cumplido, por ejemplo, una única prestación de entre varias de las pactadas) tanto el interés de que se indemnicen los daños derivados del incumplimiento parcial como el interés de que se siga la ejecución normal del contrato para el cumplimiento de las restantes.

En ejemplos como el reseñado en el párrafo anterior, podemos ver cómo un incumplimiento parcial puede perfectamente ser fuente del deber de indemnizar sin que por ello tenga que decaer – por la vía de la resolución – todo el contrato (ya que el acreedor no tiene interés en que ello ocurra).

Esto nos permite ver que el art. 725 del Código Civil puede ser interpretado de una manera diversa a la ya indicada, en el sentido de que – de acuerdo a su interés– el acreedor de una prestación contractual puede, a su elección: promover la resolución del contrato y la indemnización de los daños y perjuicios (hipótesis que se daría en caso de incumplimiento total

de la prestación), o el cumplimiento más los daños y perjuicios (en caso de que pese al incumplimiento el acreedor conserve el interés en la prestación en especie) o solamente la indemnización de daños y perjuicios (como en el caso de que quiera resarcirse de un incumplimiento parcial del contrato y, al mismo tiempo, mantenerlo vigente).

Esta tesis nos permite también superar el obstáculo lógico que conlleva la interpretación de la demandada que, aunque razonable, dejaría desprotegido al acreedor que quiera resarcirse de un incumplimiento sólo parcial del contrato sin tener que, necesariamente – por la interpretación del art. 725 del Código Civil sostenida por la apelante – resolver todo el vínculo.

Por ende, debemos confirmar la postura que ya asentamos párrafos arriba: el contrato entre COMPASA y PETROBRAS DISTRIBUIDORA se encontraba vigente al momento de la promoción de esta demanda, por los motivos que ya explicamos. Quedan de esta forma expuestas detalladamente las razones por las cuales el argumento de la apelante, aunque razonable, debe ser desestimado.

Pasemos ahora al siguiente agravio: la recurrente también ha dicho que –contrariamente a lo que dijo el Juzgado– no existe solidaridad entre PETROBRAS DISTRIBUIDORA y PETRÓLEOS BRASILEIROS S.A. y que en este sentido el Juzgado se habría apartado de lo dispuesto por las definiciones del contrato (fs. 18), en que la “empresa” significará PETROBRAS DISTRIBUIDORA “exclusivamente”; asimismo, se dijo que la Jueza no pudo haber concluido que existe solidaridad entre las demandadas, ya que de acuerdo al art. 510 del Código Civil la solidaridad no se presume: debe surgir de la ley o del acto jurídico; asimismo, dijo la recurrente que no se pueden simplemente incorporar argumentos meramente doctrinarios para sostener que existe solidaridad, así como que en el presente caso deben entenderse que la solidaridad está expresamente excluida por lo que disponen los arts. 94 y 1048 del Código Civil; por otra parte – prosiguió la recurrente – el hecho de que una sociedad sea subsidiaria de la otra, no puede entenderse como la atribución de una solidaridad que no existe, habiéndose además obviado el art. 717 del Código Civil.

Sobre la cuestión de si el Juzgado se habría apartado de las definiciones del contrato, nos remitimos a lo que diremos en la parte pertinente de este fallo con respecto a la aplicabilidad de la teoría del corrimiento del velo societario (que también es un agravio de la apelante).

Sobre el punto de que de acuerdo al art. 510 del Código Civil la solidaridad no se presume, también nos remitimos al análisis que haremos de la aplicabilidad de la teoría del “disregard” en el derecho paraguayo y consecuentemente a este caso. Sin embargo, no debemos olvidar que la presente demanda se basa en el incumplimiento de un contrato. Como bien es sabido, el incumplimiento del contrato entraña una ilicitud, por lo que de conformidad al art. 1841 del Código Civil, podría existir solidaridad. No obstante, como dijimos, nos remitimos a la parte pertinente del fallo.

Se agravio también la recurrente diciendo que la doctrina del “disregard” no es aplicable a nuestro derecho, no solo porque nuestra legislación no acoge una norma alguna parecida al art. 54 de la Ley de Sociedades Comerciales argentina, sino porque la demandante es COMPASA, que no es la sociedad perjudicada por sus socios o controlantes; además, en lo que atañe a la doctrina del disregard, no debe perderse de vista que ella es aplicable sólo cuando la actuación de la sociedad encubra la consecución de fines extra societarios o constituya la utilización indebida de la forma societaria, circunstancias que no se darían en el caso de autos, desde el momento en que PETRÓLEOS BRASILEIROS S.A. exportaba sus productos al Paraguay ya desde el año 1997, lo que era de conocimiento expreso de COMPASA, demostrándose así que la “exclusividad” se circunscribía sólo a COMPASA y PETROBRAS DISTRIBUIDORA S.A.

La teoría del corrimiento del velo societario, como bien lo indica la apelante, fue concebida para evitar que se abuse de los efectos que la personalidad jurídica tiene en el ámbito negocial (independencia de patrimonios, independencia de personalidad entre socios y sociedad, limitación de responsabilidad, etc.), y que fueron concebidos por el legislador para fines específicos y detalladamente delimitados en la normativa aplicable.

Así, en pocas palabras, y desde un punto de vista puramente conceptual, cuando la personalidad jurídica societaria cumpla los fines para los cuales está normativamente concebida, no puede existir ningún tipo de cuestionamiento porque se estaría actuando dentro del marco de la licitud, y de acuerdo a la normatividad aplicable.

Así lo señala la mejor doctrina: “La personalidad jurídica es el efecto del acto constitutivo de una persona jurídica de carácter privado. Constituye un privilegio acordado por el legislador, fundado en evidentes razones de conveniencia práctica, no sólo en beneficio de los socios, sino fundamentalmente en el interés de los terceros y del comercio en general. Mediante

el recurso de dotar a la sociedad de personalidad jurídica, asimilándola a una persona de existencia visible, la ley otorga a la sociedad aptitud suficiente para exteriorizarse en el mundo de los negocios, con un nombre y domicilio propio, con un patrimonio independiente de los socios que la integran y con capacidad para adquirir por sí para sí los derechos y obligaciones. El carácter de sujeto de derecho de la sociedad comercial plantea una vastísima problemática que es necesario analizar, para obtener una comprensión acabada del tema...En el caso de las sociedades comerciales, el reconocimiento de la personalidad jurídica se funda en fines eminentemente prácticos, pues satisface múltiples necesidades: a) por una parte, permite a los socios obtener, en mejores condiciones, ventajas de los capitales aportados y de los esfuerzos asociados, que se organizan en forma unitaria, independizándose el patrimonio formado para el desarrollo de la actividad colectiva del patrimonio de aquellos, indiferente a la suerte de la actividad de la sociedad. b) Asimismo, se satisfacen los intereses de los terceros vinculados de una manera u otra con la sociedad comercial, a quienes se facilitan y simplifican sus relaciones con los socios por medio de una gestión organizada de los negocios y a quienes se ofrece como garantía común un fondo especial destinado a atender las operaciones llevadas a cabo en desarrollo de la empresa en colaboración” (NISSEN, Ley de Sociedades Comerciales comentada, anotada y concordada. Tomo I, p. 60).

Así también, y con referencia específica a los fines de la personalidad jurídica societaria, se ha dicho que: “El carácter instrumental de la personalidad jurídica, y los fines que su reconocimiento persigue, explican que, a diferencia de la personalidad de las personas físicas, la capacidad de las sociedades se encuentra limitada al desarrollo de su propia actividad, y claros ejemplos de lo expuesto lo encontramos en los arts. 26, 58, 101, 183 y 184, LSC; en especial el segundo de ellos, que limita las consecuencias de los efectos patrimoniales de la actividad social a las obligaciones que hayan sido contraídas por sus representantes para el cumplimiento del objeto de la sociedad” (NISSEN, Ley de Sociedades Comerciales comentada, anotada y concordada. Tomo I, p. 62).

Ahora bien: cuando se busca la aplicación de los efectos normativos emergentes de la personalidad jurídica de las sociedades con el fin de eludir la aplicación de ciertas normas (como las relativas a la sucesión por causa de muerte, por ejemplo), o de defraudar a terceros (a fin de excluir o limitar artificialmente la responsabilidad ante los acreedores, por ejem-

plo), sí sería aplicable la citada teoría, a fin de descubrir la realidad de las cosas y someterlas al verdadero régimen jurídico aplicable.

“Límites de la personalidad jurídica. El denominado abuso de la personalidad: La indebida utilización del contrato de sociedad para encubrir fines ilegítimos o contrarios a los intereses del legislador, el cual, al otorgar personalidad jurídica a las sociedades, permite la actuación de un sujeto de derecho diferente a la persona de los socios que la integran, explica la necesidad de poner límites a los beneficios de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales. Sobre todo teniendo en cuenta el permanente abuso que la forma societaria permite, al facilitar, en especial, la constitución de sociedades al solo efecto de disfrazar el desarrollo de una actividad comercial por una sola persona. Hecho que se hace aprovechando el beneficio de la limitación de la responsabilidad, que nuestro ordenamiento sólo permite para ciertos y determinados tipos societarios...Los abusos que permitieron la ilegítima utilización de la sociedad anónima, llevaron pues al extremo de proponer, por parte de una importante corriente doctrinaria, de origen francés (Bastian, David, etc.), al abandono del concepto de persona jurídica o su reformulación para el caso de estas sociedades, frente a aquellas teorías que potenciaban al máximo esa personalidad y que propiciaban normas de protección semejantes a las que defienden los derechos personalísimos de las personas físicas. Precisamente, en la búsqueda de un equilibrio entre tan extremas doctrinas, se ha optado, casi en generalidad, por una posición intermedia, receptada por caso todas las legislaciones contemporáneas admitiendo el concepto de persona jurídica, pero con carácter instrumental y limitado, excluyendo su reconocimiento cuando se utiliza la sociedad para defraudar a terceros o incumplir las leyes . Esta y no otra es la orientación de la ley 19.550 reforzada por la ley 22.903 (arts. 2° y 54, ult. Párr., LSC) que se funda en las mismas razones de practicidad que inspiran el otorgamiento de personalidad jurídica: el legislador la concede por el simple acuerdo de voluntades y la restringe o la ignora lisa y llanamente frente a comprobados casos de exceso, que obviamente el legislador no puede tolerar (art. 1071, Cód. Civ.). Es corriente escuchar que la personalidad jurídica de las sociedades comerciales no puede sufrir limitaciones, con el sencillo argumento de que el legislador es libre de concederla o no, según sea conveniente. Pero si es otorgada, la personalidad es plena e irrestricta, a diferencia de su capacidad, que puede sufrir limitaciones a través de la consagración de incapacidades de derecho que restrinjan su

actividad para determinados actos. Esta forma de pensar es, a nuestro juicio, equivocada, pues asimila la personalidad de las personas físicas con la de las personas de existencia ideal, cuya naturaleza es esencialmente diferente. La capacidad de la sociedad puede sufrir, como la de las personas físicas, ciertas y limitadas restricciones, pero también puede el legislador prescindir o limitar los efectos de la personalidad jurídica en ciertos y determinados supuestos, y prueba de ello lo constituye el art. 101, LSC, cuando prescribe que la sociedad en liquidación conserva su personalidad “a ese efecto”, con lo cual predica la no separación patrimonial de las consecuencias de los actos realizados en exceso de los fines liquidatorios.” (NISSEN, Ley de Sociedades Comerciales comentada, anotada y concordada. Tomo I, p. 65/66) (negritas son nuestras).

Así las cosas, el agravio de la apelante se concentra en dos cuestionamientos: i) la aplicabilidad de la teoría mencionada en el derecho paraguayo, y ii) en caso de que sea aplicable de acuerdo al derecho vigente, si es realmente aplicable a este caso.

Con respecto al primer cuestionamiento, debemos decir que tiene razón la apelante en cuanto dice que a diferencia de la Ley de Sociedades Comerciales argentina, nuestra legislación positiva no contempla una norma que expresamente señale la aplicabilidad de la doctrina del corrimiento del velo societario en el país.

Ahora bien: como está sobradamente demostrado por la jurisprudencia de todos los tiempos, no siempre se requiere de un texto legal expreso para identificar una solución aplicable a un caso concreto, o en este caso, la aplicabilidad de determinada teoría a nuestro derecho.

Así lo demuestra la historia del mismo derecho positivo argentino, en el que, en principio, no existía un texto legal expreso que consagrara positivamente la mencionada teoría del corrimiento del velo societario.

A título meramente ejemplificativo, podemos mencionar a la misma doctrina arriba citada, que nos señala cómo la jurisprudencia y doctrina del citado país, a partir de una breve fórmula del texto de un artículo de la Ley de Sociedades Comerciales de la Argentina, interpretó que el legislador incluyó la doctrina del “disregard” en aquel derecho, sin que exista una norma expresa en ese sentido. Es decir, se partió de una interpretación del texto de la ley y de las finalidades del régimen normativo de las sociedades comerciales del citado país.

Así, explicando la doctrina de la inoponibilidad de la personalidad jurídica en la Argentina, nos dice la mencionada doctrina, a la luz de la ley argentina anterior (que no preveía de forma expresa y nominada la recepción de la citada doctrina en el derecho argentino), cuanto sigue: “Inoponibilidad de la personalidad jurídica. En definitiva, la personalidad jurídica es un privilegio otorgado por el legislador que debe ser respetado siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones: a) Que la sociedad haya sido constituida y actúe con fines lícitos, leales y sinceros (art. 953, Cód. Civ.). b) Que la sociedad desarrolle el fin societario para el cual fue creado, esto es, en términos legales, la actividad comprendida dentro de la fórmula empleada por el art. 1º, LSC, cuando se refiere a la “producción o intercambio de bienes o servicios”. c) Que internamente se cumpla con las normas de funcionamiento que la ley 19.550 prevé con respecto al tipo social elegido y con pleno respeto de los derechos que el legislador otorga a los integrantes de la sociedad, con sujeción, por supuesto, a las normas que la reglamentan. Sancionada la ley 19.550, en el año 1972, el legislador era consciente de los problemas que ocasionaba el abuso de la personalidad jurídica de las sociedades, y los efectos del por entonces célebre caso “Swift”, estaban presentes en la mente de todos los integrantes de la Comisión Redactora de la misma, quienes si bien propiciaban la eliminación del sistema de autorización estatal para la constitución de las sociedades anónimas y la eliminación del requisito del número de diez socios fundadores que el Código de Comercio requería para la constitución de las mismas, no les resultaban indiferentes los problemas que la indiscriminada actuación de las sociedades anónimas, ya liberadas de tales requisitos, pudieran ocasionar. Ello fue también advertido por quienes integraban, en ese entonces, la Comisión de Reformas de la ley 19.551 – de concursos y quiebras –, quienes plasmaron, en ambos cuerpos normativos, soluciones concretas tendientes a poner fin a la viciosa práctica de la actuación de sociedades comerciales en exclusivo beneficio del socio controlante, no siempre inspirado en fines legítimos. En materia de sociedades esa intención del legislador quedó plasmada en el art. 2, LSC, cuando, siguiendo las orientaciones de la reforma efectuada al Código Civil por ley 17.711, ratificó la personalidad jurídica de todas las sociedades, con excepción de las accidentales o en participación, aunque limitando ese reconocimiento “(...) a los efectos de esta ley (...)”. Era una fórmula muy breve pero a la vez riquísima en proyecciones, pues incluía en su seno toda la doctrina norte-

americana del disregard, que permitía ignorar el privilegio de la personalidad, cuando la sociedad había sido constituida o había actuado en procura exclusiva de beneficio de uno, varios o todos los socios” (NISSEN, Ley de Sociedades Comerciales comentada, anotada y concordada. Tomo I, p. 67/68) (negritas son nuestras).

De la extensa cita doctrinaria arriba transcrita puede advertirse cómo en el vecino país, a partir de una breve fórmula de un texto legal (“a los efectos de esta ley”), se interpretó que el legislador acogió la teoría de la inoponibilidad de la personalidad jurídica en su respectivo derecho positivo, a pesar de que éste no lo mencionaba en ese entonces expresamente (como sí lo hizo después con la sanción de la ley 22.903, en su artículo 54, que se rotula precisamente “inoponibilidad de la personalidad jurídica”).

Debemos analizar entonces si existen en el derecho positivo paraguayo normas que permitan inferir que también aquí es aplicable la doctrina del “disregard”. A ese efecto, y como punto de partida, conviene tener en cuenta – y en este punto la Sentencia de Primera Instancia se adecua a derecho – que todo nuestro derecho positivo está basado en el principio de buena fe, y que además, los derechos deben ser ejercidos de buena fe, como bien lo indicaba el Juzgado en la Sentencia recurrida.

Como siguiente punto de análisis, debe tenerse presente que el art. 959 del Código Civil delinea con detalle los alcances del contrato de sociedad, al decir que “por el contrato de sociedad dos o más personas, creando un sujeto de derecho, se obligan a realizar aportes para producir bienes o servicios, en forma organizada, participando de los beneficios y soportando las pérdidas”.

Asimismo, y teniendo en cuenta que la sociedad es un contrato que tiene efectos tanto entre los socios como con respecto a terceros (mediante la personalidad jurídica), no puede dejar de tenerse en cuenta el principio de buena fe que debe regir en materia contractual.

Por ende, partiendo solamente de los artículos 372 y 959 del Código Civil, ya es posible afirmar –bajo el marco teórico arriba citado, construido por la eminente doctrina de la Argentina sobre la base de textos legales similares a los de los arts. 372 y 959 del Código Civil paraguayo, como ya se ha señalado – que aquella sociedad que fue constituida para un fin diverso al de producir bienes o servicios, de forma organizada (esto es, empresarial) -como por ejemplo, sustraer los bienes del socio de los efectos de determinadas normas legales– ya podría estar incurso en un típico caso de

abuso de la personalidad jurídica, por perseguir una finalidad distinta, desde un punto de vista técnico y puramente pragmático, a la prevista por el legislador Al consagrar el “privilegio” (como lo dice la doctrina arriba citada) de la investidura de personalidad jurídica.

No obstante, podría decirse que una cosa es entender que la doctrina del *disregard* puede considerarse recibida en nuestro derecho positivo para aquellos casos en que la sociedad no cumpla con los “fines societarios” previstos en el art. 959 del Código Civil, pero que otra cosa muy distinta es extender la interpretación hasta el art. 372 del mismo cuerpo legal, que trata de una materia diferente: el abuso del derecho. A esta posible objeción debe responderse, sin embargo, que la doctrina construida en el extranjero sobre análogas bases normativas de las que estamos partiendo aquí para explicar la aplicabilidad local de la teoría del *disregard*, ya afirmaba, luego de la consagración expresa de la citada teoría en el art. 54 de la LSC, que ello no era sino una concreción normativa de lo que ya había consagrado la jurisprudencia del citado país sobre la base del abuso del derecho: “Dejando de lado el fin extra societario, la restante enumeración que hace el legislador de los distintos supuestos de operatividad del art. 54, in fine, LSC, no es más que la concreción, en una norma jurídica caracterizada por su precisión y claridad, de los supuestos más frecuentes del abuso de la personalidad jurídica que nuestra jurisprudencia ha consagrado en todos los campos del derecho, y aunque la referencia al orden público sea sobreabundante, no puede dejar de celebrarse la implícita referencia al abuso del derecho, consagrado por el art. 1071, Cód. Civil entre estos supuestos, que encuentra en materia de relaciones societarias un campo muy fértil de aplicación” (NISSEN, Ley de Sociedades Comerciales comentada, anotada y concordada. Tomo I, p. 70) (negritas son nuestras).

Asimismo, en el caso de Chile, se ha dicho: “Derivada de la doctrina del *disregard of legal entity* del derecho norteamericano, el mecanismo jurisprudencial de la desestimación de la personalidad jurídica, conocido también como “levantamiento del velo” o “corrimiento del velo corporativo”, no es más que la aplicación de los principios generales sobre abuso del derecho y fraude a la ley, que la jurisprudencia alemana ha venido aplicando también en estos casos –aunque con cierta vacilación– desde mediados del siglo pasado. En palabras de SERIK, en fin, se abusa de la persona jurídica “cuando los individuos a quienes la norma se dirige se ocultan tras aquella, tanto si ya existía como si solo fue creada para tal fin, con lo que

logran sustraerse del mandato legal” (JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo. “Premisas para el tratamiento de los grupos empresariales y administradores de hecho en el derecho chileno”. Ver artículo completo en la siguiente página web: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-3437201400010006&script=sci_arttext).

Por ende, se ve que en la doctrina que se ocupa específicamente de la materia que estamos tratando, se considera como algo natural que se parta de las normas que consagran el abuso del derecho para el análisis de los casos de aplicación de la doctrina del disregard, señalándose además que es en el ámbito societario donde tal teoría tiene un “campo muy fértil de aplicación”.

Todo lo expuesto, nos lleva a responder de manera afirmativa la primera cuestión planteada en este agravio: concluimos por tanto, que se adecua a derecho la Sentencia que consideró aplicable la teoría del disregard sobre la base de las normas que caracterizan a las sociedades (art. 959 del Código Civil) y regulan el abuso del derecho (art. 372 del Código Civil).

Ahora corresponde que analicemos si en el caso concreto se puede considerarse que efectivamente se configura un abuso del derecho que haga aplicable la teoría del levantamiento del velo societario, tal como lo afirmara la magistrada de Primera Instancia en la Sentencia recurrida.

Como punto de partida de este análisis –que es esencial para la suerte del recurso de apelación deducido– debemos decir que se probó en juicio que PETRÓLEOS BRASILEIROS S.A. importó los productos cuya exclusividad había sido pactada a favor de la firma COMPASA en virtud del contrato que ésta última celebrara con la sociedad subsidiaria (PETROBRAS DISTRIBUIDORA S.A.), por lo menos hasta el año 2013.

También se probó suficientemente que la sociedad subsidiaria PETROBRAS DISTRIBUIDORA S.A. comparte el mismo Consejo Directivo con la controlante PETRÓLEOS BRASILEIROS S.A., y que el control de ésta sociedad sobre aquella se basa en la propiedad de como mínimo el 50% más una acción del total del paquete accionario de la controlada (ver Estatuto de fs. 321 de autos).

Cabe aclarar aquí que el cuestionamiento referido a que el Estatuto Social de PETROBRAS DISTRIBUIDORA no está regularmente agregado a autos, ya fue resuelto por este Tribunal por A.I. N° 744 del 24 de diciembre de 2007, resolución ésta por la cual se rechazó el pedido de desglose de

dichos documentos. Por ende, estando esta decisión firme, ya no puede ser materia nuevamente materia de agravios.

En efecto, en el citado A.I. N ° 744 (ver fs. 345/350), se dijo textualmente: “también debe rechazarse el pedido de desglose formulado por el abogado ESTEBAN BURT ARZA a fs. 343 de autos, no solo por no arrimar hechos nuevos no aducidos en la instancia anterior, sino porque nos ayuda a llegar a la verdad objetiva, y sobre todo porque su parte también ha agregado copia del Protocolo de Las Leñas, no pudiendo tenerse dos criterios diferentes para cada parte”.

Antes de seguir con el análisis, debemos detenernos en este punto a fin de resolver sobre un agravio también expresado: que no puede considerarse que las sociedades demandadas posean un mismo centro de interés económico, a fin de hacer aplicable la teoría del disregard, y tampoco bajo el supuesto de “control” de una sociedad sobre otra por compartir el mismo directorio.

Disentimos con respecto a este agravio, ya que la doctrina especializada considera que este es precisamente uno de los casos en que la doctrina del disregard es plenamente aplicable, tanto en el caso de control interno (por tener la sociedad controlante la cantidad de votos suficientes como para determinar la “voluntad social” de la controlada) o externo (por tener a las mismas personas en distintos directorios, a fin de garantizar una dirección unificada o política común).

Así con respecto al control interno, FERRER nos dice: “5.3.2. El control interno. El primer párrafo del art. 33 se refiere a lo que se denomina “control de derecho interno”, que incluye a toda persona, física o jurídica para el caso del 54 según ya hemos expresado, que por cualquier título posea los votos necesarios para imponer su voluntad en el órgano de gobierno. Es importante destacar que el carácter de controlante vendrá por la tenencia de votos para imponer la voluntad social, cualquiera sea el título por el que se los tenga” (FERRER, Germán. “Responsabilidad de los Administradores Societarios. Buenos Aires, La Ley, 2009. P. 50).

Por otra parte, con respecto al control externo, señala el mismo autor que: “Conforme lo ya expresado, el control se vincula a la noción de dominio, mando, dirección conducción de los negocios, etc., la ley en los supuestos anteriores ha mencionado distintas alternativas de control de forma específica, pero como pueden presentarse situaciones de control (mando, dominio, dirección, etc.) que no surjan ni de la tenencia de parti-

cipación societaria, ni de relaciones contractuales, ha agregado este concepto de “especiales vínculos”. Así se podría decir que difícilmente pueda presentarse una situación real de control que no caiga de alguna manera en el art. 33 de la LSC. Si no es por participación societaria, ni por una relación contractual (directa o indirecta) lo será en mérito a los especiales vínculos existentes. La amplitud del concepto de control externo por especiales vínculos, nos coloca en una situación de difícil ejemplificación. Manóvil (96) cita dos ejemplos, uno es el de los “interlocking directorates” o directorios entrecruzados mediante los cuales en función de integrar las mismas personas distintos directorios, garantizan una dirección unificada o política común; esta especial relación entre los integrantes de los distintos directorios puede generar una situación de “influencia dominante” por estos “especiales vínculos” (FERRER, Germán. “Responsabilidad de los Administradores Societarios. Buenos Aires, La Ley, 2009. P. 54/55) (negritas son nuestras).

Como puede verse, el ejemplo de los “interlocking directorates” es uno de los supuestos de control societario en que, por existir una unidad de mando o dirección a fin de lograr una política común, puede aplicarse – si se dan las condiciones, desde luego– la teoría del corrimiento del velo societario.

Hemos dicho arriba que la el entrecruzamiento de directorios podría dar lugar al corrimiento del velo societario si se dan las condiciones porque, desde luego, el mero hecho de que existan este tipo de vínculos y de control de una sociedad sobre otra, no es suficiente para el corrimiento del velo por sí solo, ya que deben darse también otras condiciones (como el abuso del derecho): “Se ha resuelto que aun cuando se admita por vía de hipótesis que dos sociedades están sometidas a una misma unidad de decisión o constituyen una unidad económica o un grupo de sociedades, éstos no son datos suficientes para prescindir de la autonomía jurídica de cada uno de los sujetos societarios implicados en las actuaciones, en tanto no se alegue y pruebe que hayan instrumentado las formas jurídicas para perjudicar al demandante en sus derechos”, López Meza, Marcelo J. y Cesano, José Daniel. El abuso de la personalidad jurídica en las sociedades comerciales. Editorial Depalma, Buenos Aires 2000, pág. 145, citando CNCom., Sala C, 08/03/1984, LA LEY, 1984-C, 219 y ED, 108-136” (FERRER, Germán. “Responsabilidad de los Administradores Societarios. Buenos Aires, La Ley, 2009. P. 54, Nota 98) (negritas son nuestras).

No debe pensarse que el concepto de control de sociedades es ajeno a nuestro derecho, pues está expresamente previsto en el art. 1074 segundo párrafo, del Código Civil paraguayo, que establece cuándo se considera que una sociedad está controlada: “Se consideran sociedades controladas aquellas en las que otra sociedad posee un número de acciones tal que le asegure la mayoría de los votos en las asambleas, o aquellas que, en virtud de vínculos contractuales particulares, están bajo la influencia dominante de otra sociedad”.

Como puede verse, es derecho positivo expreso todo lo que se ha reseñado precedentemente sobre el control entre sociedades, debiendo destacarse específicamente que nuestro Código Civil, tal cual lo hace la LSC argentina, considera “sociedad controlada” a aquella que en virtud de “vínculos contractuales particulares” están bajo el dominio de otra (control externo); o aquellas en que otra sociedad “posea un número de acciones tal que le asegure la mayoría de votos en las asambleas” (control interno).

Resuelto el punto, debemos continuar el análisis momentáneamente abandonado, retomando el punto en que nos hemos detenido: que se probó suficientemente en juicio que las firmas demandadas comparten el mismo Directorio, además de que en la página web de la firma PETROBRAS figura expresamente que la firma PETROBRAS DISTRIBUIDORA S.A. como una subsidiaria de aquella.

Estamos pues, claramente, ante un caso de “interlocking directorates” como bien lo enseña la doctrina que hemos precedentemente expuesto, y que encuentra expreso respaldo normativo en el art. 1074, segundo párrafo, del Código Civil, como ya se ha señalado.

Debemos pues ahora, indagar si en el caso concreto, la circunstancia de que exista un entrecruzamiento de directorios entre las firmas demandadas, se suma a otras circunstancias que harían procedente la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario, a fin de imputar responsabilidad no solamente a la sociedad subsidiaria (que es parte del contrato) sino también a la controlante.

Pues bien: consideramos que al haberse probado que existe entrecruzamiento de directorios entre ambas sociedades (controlante y controlada) en la forma arriba indicada, y que la firma PETROBRAS importó al país productos que su subsidiaria se comprometió a vender en exclusividad a la firma COMPASA (ver específicamente fs. 602, informe de OCIT – COMERCIO EXTERIOR, y el informe de la Dirección Nacional de Adua-

nas obrante a fs. 607), estamos ante un claro caso de abuso de la personalidad jurídica, que se configura por la circunstancia de que la matriz se vale de su personalidad jurídica independiente para evadir los efectos del contrato celebrado por su subsidiaria, violando así los derechos del tercero contratante, bajo el argumento de que por el principio “res inter alios acta” el contrato no tiene efectos a su respecto por investir una personalidad jurídica distinta de la de la sociedad firmante del contrato.

Un caso análogo al que estamos analizando ya se resolvió en la jurisprudencia chilena, en la que partiendo del principio de buena fe, se dijo que el corrimiento del velo societario se aplica precisamente en el caso en que la sociedad matriz que negoció y ejecutó un contrato con el demandante, excepcione la demanda por el fundamento de que no fue ella, sino su filial, la que suscribió el contrato: “En este contexto, cabe señalar que el procedimiento judicial del levantamiento del velo constituye un eficaz instrumento para que el juez vele por el respeto a la buena fe en el ámbito societario. Así, en el caso “Consortio Allianz de Seguros Generales S.A. con Sociedad Naviera Ultragas Ltda. y Ultramar Agencia Marítima Ltda.”, la demandada había participado activamente en la negociación y ejecución de un contrato, pero al ser demandada por incumplimiento, se excepcionó argumentando que en realidad el contrato había sido suscrito por su filial; la Corte Suprema, sin embargo, aplicó el levantamiento del velo, señalando que este permite privilegiar el principio de la buena fe, que podría verse sobrepasado en virtud de una interpretación “puramente formalista” de las obligaciones de las partes, y determinó en consecuencia que la demandada era directamente responsable del incumplimiento contractual. Por su parte, en el caso “Scharfstein S.A. con Browne Keeling y Cía. Ltda. y Empanza Paiva, Margarita Juliana”, la Corte de Apelaciones de Santiago estimó que el principio de la buena fe autoriza a la judicatura “para ir más allá de la ficción que constituye la persona jurídica y descubrir al que se esconde bajo su sombra para defraudar a su acreedor”, de modo de determinar quién es el verdadero responsable de los hechos que han causado daño, prescindiendo incluso de las meras formalidades exteriores. Ahora bien, aunque en todos o casi todos los casos en que se ha acogido judicialmente la doctrina del levantamiento del velo se cita como fundamento el principio de la buena fe, cabe advertir que nunca se alude a tal principio como fundamento único, sino en conjunto con otro, como la comisión de un fraude o un abuso del derecho” (UGARTE VIAL, Jorge. “Fundamentos y

acciones para la aplicación del levantamiento del velo en Chile”. Ver documento completo en la siguiente página web: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372012000300005).

En virtud de todo lo precedentemente reseñado, no puede sino concluirse que el Juzgado falló conforme a derecho al estimar que en el presente caso se dan todas las circunstancias para decidir que existe un abuso de la personalidad jurídica, y para decidir asimismo sobre la procedencia de la inoponibilidad de la personalidad jurídica.

Sólo resta por aclarar una cosa, que podría entenderse vinculada – indebidamente – con la congruencia procesal: nunca se planteó en autos una demanda de “corrimiento del velo societario”, sino sólo de indemnización da daños y perjuicios.

A esta posible cuestión, respondemos lo siguiente, con la mejor doctrina: “En nuestro sistema jurídico no existe una acción de desestimación o inoponibilidad de la personalidad jurídica...Hablar de “acción de desestimación” o “acción de inoponibilidad”, es más o menos lo mismo que hablar de “acción de responsabilidad del dueño o guardián de la cosa”. Supongamos el caso de un accidente de tránsito que por culpa del conductor de un vehículo se causa un daño, habrá una acción de responsabilidad civil, que será o podrá ser dirigida en contra del conductor del vehículo por el art. 1109 del C. Civ. Y en contra del “dueño o guardián” por el art. 1113. Se trata de una acción de daños que por imposición de la ley tiene dos responsables el conductor y el dueño o guardián; a la que podrán sumarse otros como por ejemplo algún responsable por el hecho del dependiente y sin embargo habrá una única acción que se dirige contra todos. En el caso de la desestimación de la personalidad jurídica pasa lo mismo, habrá una acción por daños o por cumplimiento de una obligación contractual, y se podrá demandar a la sociedad y/o a los socios o controlantes culpables, pero la acción seguirá siendo la misma, el daño y/o el cumplimiento de una obligación acordada. Se deben analizar de forma separada, las causas de la obligación de reparar, los responsables. Las causas determinarán la naturaleza de la acción, los recaudos a cumplir, y también el término de prescripción; el art. 105 tercer párrafo simplemente vendrá a sumar nuevos responsables” (FERRER, Germán. “Responsabilidad de los Administradores Societarios. Buenos Aires, La Ley, 2009. P. 58/59).

Por tanto, y de acuerdo a lo precedentemente reseñado, mal podría hablarse de la violación del principio de congruencia por haberse tratado

la doctrina del corrimiento del velo societario, ya que ésta, técnicamente, no es una pretensión. Precisamente por este motivo no fue tratado este punto en sede de nulidad.

Resuelto así el agravio referente a la inaplicabilidad de la teoría del corrimiento del velo societario en nuestro derecho positivo y en este caso, pasemos al siguiente agravio, referente a los intereses: en cuanto a los intereses, sostuvo la recurrente que no debieron haber sido incluidos, puesto que no fueron solicitados en la demanda. En cuanto al monto de la condena, sostuvo la recurrente que no se pudo haber tenido en cuenta la cifra de US\$ 71.250.454, porque en el cálculo de los montos importados no se pudo extender más allá del año 2002 en que se promovió la demanda; además, dijo la recurrente que se probó en el proceso que la participación en el mercado de asfalto de COMPASA es de US\$ 704.634 (contabilidad de los años 1997, 1998 y 1999) y que durante se tiempo la recurrente no vendió a nadie más respetando el pacto de exclusividad hasta el año 2002; por último, se agregó la recurrente que se comprobó que COMPASA tenía deudas con PETROBRAS DISTRIBUIDORA S.A. como la de US\$ 270.000 del año 2009, lo que implica incumplimiento de su parte y demuestra que en realidad la incumpliente del contrato es COMPASA y no PETROBRAS DISTRIBUIDORA S.A.

Con respecto al rubro de los intereses, debemos decir que si bien ellos no fueron mencionados expresamente en la demanda como una pretensión nominada e independiente, como bien lo dice la recurrida COMPASA, por el principio de reparación integral del daño es impensable que los intereses puedan quedar fuera del análisis del quantum indemnizatorio, razón por la cual deben considerárselos incluidos.

Por lo demás, no puede dejar de tenerse en cuenta lo siguiente: que en el escrito inicial de demanda no se mencionaron montos líquidos específicos, sino que éstos se dejaron a las resultas de las probanzas a ser producidas en la etapa procesal correspondiente: en estas condiciones, no cabe presumir que la demandante renunció al pago de los intereses, desde que éstos, por el principio de la reparación integral del daño, deben considerarse comprendidos en el resarcimiento, para que éste sea efectivo e integral.

También debemos aclarar que no puede considerarse que la mención de los intereses convierta a la Sentencia es un fallo extrapetita, como lo pretendieron los apelantes, ya que como bien es sabido, los intereses son una cuestión accesoria a la pretensión indemnizatoria principal, cuya omi-

sión o tratamiento no vician de nulidad a la resolución judicial (de la misma manera que la omisión de pronunciamiento sobre las costas tampoco lo hace, como ya lo tiene establecido la mejor jurisprudencia de nuestros tribunales).

Con respecto al agravio que señala que el Juzgado se equivocó al tomar como base el monto de US\$ 71.250.454, porque en el cálculo de los montos importados no se puede considerar un periodo más allá del año 2002 (año en que se promovió la demanda) debemos decir que este agravio en concreto ya está resuelto, al haberse decidido en este fallo que el contrato – al no haberse utilizado los mecanismos formales de resolución previstos en el mismo– siguió vigente durante el lapso considerado por los peritos para calcular las importaciones de los productos contratados (hasta el año 2013).

Con respecto al agravio de que se probó en el proceso que la participación en el mercado de asfalto de COMPASA es de US\$ 704.634 (contabilidad de los años 1997, 1998 y 1999) y que durante se tiempo la recurrente no vendió a nadie más respetando el pacto de exclusividad hasta el año 2002, nos remitimos a lo dicho en el párrafo anterior, en el sentido de que debe considerarse el dictamen técnico dado por los peritos hasta inclusive el año 2013.

Por lo demás, la recurrente no dio con respecto a este punto –fuera de lo indicado en el párrafo anterior– motivos técnicos (desde el punto de vista económico o financiero) que justifiquen apartarse de la valoración de la prueba pericial que hizo el Juzgado, por lo que nosotros tampoco podemos encontrar (por nosotros mismos, ya que no somos técnicos contables) motivos que nos induzcan a apartarnos del dictamen técnico sin fundamentos suficientes.

Por último, con respecto al agravio de que se comprobó que COMPASA tenía deudas con PETROBRAS DISTRIBUIDORA S.A. como la de US\$ 270.000 del año 2009, lo que implica incumplimiento de su parte y demuestra que en realidad la incumpliente del contrato es COMPASA y no PETROBRAS DISTRIBUIDORA S.A., debemos decir que tal argumento hubiese sido importante en el caso de que en este juicio se estuviese discutiendo sobre la procedencia del cumplimiento del contrato o la resolución, ya que por la norma del art. 719 del Código Civil el incumpliente no puede demandar el cumplimiento del contrato, y por la norma del art. 725 el incumpliente no puede demandar la resolución del contrato (ya que la reso-

lución está autorizada solo a la parte “que no sea responsable” del incumplimiento).

Pero como ya se dejara sentado en este fallo, debe interpretarse que el art. 725 del Código Civil no solo permite plantear como cuestiones principales a la resolución de contrato o a la indemnización de daños y perjuicios (siendo la pretensión indemnizatoria solamente “accesoria” con respecto a éstas), sino que también permite plantear de forma autónoma sólo la pretensión de daños y perjuicios, sin necesidad de promoverse para ello la resolución o cumplimiento del contrato, que es precisamente lo que pasó en el caso de autos. En estas condiciones, el argumento esbozado por la apelante debe ser desestimado, por improcedente. El recurso de apelación deducido por la firma PETROBRAS DISTRIBUIDORA S.A. no tiene mérito suficiente, pues, para lograr la revocatoria del fallo por este Tribunal de Apelación.

Habiéndose estudiado y resuelto íntegramente el recurso de apelación deducido por PETROBRAS DISTRIBUIDORA S.A., corresponde que ahora estudiemos los agravios expuestos por la firma PETRÓLEOS BRASILEIROS S.A.

Comencemos pues, con el agravio que dice que el Estatuto de PETRÓLEOS BRASILEIROS S.A. de fs. 321/322 de autos es un documento que no está legalizado, ni vertido al castellano por traductor público, careciendo de mérito probatorio, por lo que no debió haber sido valorado por el Juzgado.

Con respecto a este punto, debemos decir lo mismo que ya apuntamos al analizar el recurso de la firma PETROBRAS DISTRIBUIDORA S.A.: que esta cuestión ya fue juzgada por A.I. N° 744 del 24 de diciembre de 2007, obrante a fs. 345/347, por lo que mal podríamos en esta resolución desconocer lo que este mismo Tribunal ya resolviera en el citado interlocutorio.

Por lo demás, debe apuntarse que aún en el caso de que no hubiese existido dicho A.I., de todas formas lo que el Juzgado concluyó luego de la valoración del documento que agravia a la recurrente, se hubiese obtenido de la página web de PETROLEROS BRASILEIROS S.A. en la que consta expresamente – como ya lo señalara la Sentenciante – que PETROBRAS DISTRIBUIDORA S.A. es una subsidiaria de aquella sociedad principal.

Pasemos ahora al agravio referente a que el contrato en el que se basa esta demanda no puede afectar a PETRÓLEOS BRASILEIROS S.A.

por el principio “res inter alios acta” consagrado en el art. 717 del Código Civil.

Sobre este agravio en particular, ya nos hemos explayado abundantemente en este mismo fallo al resolver el recurso de apelación de la firma PETROBRAS DISTRIBUIDORA S.A., por lo que nos remitimos a lo allí expuesto para justificar la desestimación de este agravio.

Solo quedaría agregar que al haberse resuelto la aplicabilidad de la doctrina de la inoponibilidad de la personalidad jurídica al presente caso, no puede sino concluirse que los efectos del contrato entre PETROBRAS DISTRIBUIDORA S.A. y PETRÓLEOS BRASILEIROS S.A. le puede ser imputado directamente a la firma PETRÓLEOS BRASILEIROS S.A., máxime si tenemos en cuenta la redacción del art. 372 del Código Civil – en el que, como ya se explicó, se sustenta la aplicabilidad de la doctrina mencionada en nuestro derecho – cuya clara redacción no deja lugar a dudas al decir que el ejercicio abusivo de los derechos “...compromete la responsabilidad del agente por el perjuicio que cause...”.

Habiéndose pues, comprobado que la firma PETROLEROS BRASILEIROS S.A. es en este caso el “agente” que causó los perjuicios a la demandante COMPASA, no quedan dudas, como se dijo, que debe imputársele directamente responsabilidad.

Pasemos ahora al agravio referente a que el Juzgado hizo una arbitraria e ilegítima atribución de responsabilidad a un tercero, en el sentido de que PETROLEROS BRASILEIROS S.A. es una accionista de PETROBRAS DISTRIBUIDORA S.A., pero ello no implica que deba responder por las obligaciones contractuales de esta última porque así lo dispone claramente el art. 94 del Código Civil.

Asimismo, la recurrente sostuvo que la teoría del corrimiento del velo societario es inaplicable a este caso, en razón de que la pretensión principal de la actora no está vinculada a la ilegalidad del contrato ni a su nulidad, el contrato no fue suscripto con fines ilícitos ni tampoco es ésta la causal invocada por COMPASA, siendo presupuesto de aplicabilidad de la citada teoría que se discutan estas cuestiones.

Sobre este agravio debemos también remitirnos a lo que ya dijimos al tratar sobre la aplicabilidad de la teoría del corrimiento del velo societario en este caso, agregando solamente que el art. 94 del Código Civil, citado por la recurrente, es ciertamente aplicable cuando la personalidad jurí-

dica se utilice legítimamente, pero no cuando mediante la misma se pretenda conculcar los derechos de terceros.

Pasemos ahora al agravio referente a que no se puede hacer responsables a los directores y administradores de la sociedad, porque son terceros extraños a ésta, y que, al haber el Juzgado sostenido lo contrario, obvió lo dispuesto en los arts. 97 y 98 del Código Civil.

Sobre este agravio, debemos decir que de la Sentencia no surge que se hayan hecho responsables a los directores o administradores de esta sociedad recurrente de los efectos del incumplimiento contractual, sino a la persona jurídica denominada PETRÓLEOS BRASILEIROS S.A. Para comprobarlo, basta con ver la parte resolutive del fallo, en que se hace lugar a la demanda y se condena a las sociedades PETROBRAS DISTRIBUIDORA y PETROLEROS BRASILEIROS S.A., pero no a sus directores o administradores.

Pasemos al siguiente agravio: sostuvo la recurrente que el contrato no está vigente, y que el Juzgado violó la teoría de los actos propios al haber afirmado por una parte que el contrato estaba vigente, y por otra condenar a los daños y perjuicios, en razón de que por la norma del art. 725 del Código Civil la demanda de daños e intereses implica lógicamente la resolución del contrato (por lo que no puede sostenerse, por lógica, que siga vigente, como lo hizo el Juzgado).

Con respecto a este agravio, nos remitimos íntegramente a lo que ya dijimos al tratar el recurso de PETROBRAS DISTRIBUIDORA S.A., en la parte en la que interpretamos el art. 725 del Código Civil de manera diversa a la que propone la apelante en este agravio, concluyendo que es posible una lectura del art. 725 citado que permita sostener que es posible promover la pretensión indemnizatoria de manera independiente de las de resolución de contrato o cumplimiento.

Tratemos ahora el agravio referente a que COMPASA como parte incumplidora del contrato, no puede reclamar supuestos incumplimientos a la otra parte: así, el Juzgado no tuvo en cuenta que si el contrato estuvo vigente todos estos años, debió considerar asimismo que COMPASA también tenía obligaciones contractuales que no cumplió y cuyos incumplimientos fueron probados, como las previstas en la cláusula segunda (referente a la obligación de COMPASA como distribuidora de tener una orden mensual mínima de pedidos) y en la cláusula séptima (referente a la obligación del distribuidor de mantener suficiente provisión de productos as-

fálticos y sus derivados como para mantener el mercado local, para lo cual debía emitir órdenes de provisión que nunca emitió), incumplimientos éstos que estarían plenamente probados con los informes de OCIT – COMERCIO EXTERIOR, que dan cuenta de que COMPASA nunca importó lo que se comprometió a comprar para abastecer el mercado paraguayo.

Ya tratamos este mismo agravio al tratar el recurso de la firma PETROBRAS DISTRIBUIDORA S.A., por lo que nos remitimos a lo allí resuelto, agregando aquí – en concordancia con la interpretación que hicimos del art. 725 del Código Civil – solamente que lo que se planteó en este juicio es la pretensión de indemnización de daños de forma independiente, y no las de resolución o cumplimiento de contrato, por lo que no se exige el requisito de procedencia referente a que sólo la parte cumplidora puede demandar la resolución o cumplimiento.

También sostuvo PETRÓLEOS BRASILEIROS S.A. que en este caso no se configura el lucro cesante por parte de ninguna de las demandadas, en el sentido de que no se configurarían los requisitos del daño indemnizable (certeza, subsistencia, incidencia personal en el damnificado e interés legítimo) y de que la S.D. se fundaría sólo en un daño hipotético, señalándose que si no se revocara la Sentencia se estaría premiando la conducta incumplidora de COMPASA.

Con respecto a este agravio, debemos decir que habiéndose resuelto que las demandadas violaron la exclusividad pactada a favor de la firma COMPASA, evidentemente se configuró el daño indemnizable bajo la forma del rubro del lucro cesante, pues la violación de la exclusividad ciertamente frustró las ganancias que con seguridad hubiese obtenido COMPASA de no haber existido el mentado incumplimiento.

Con respecto a los requisitos del daño indemnizable, debemos decir que la “certeza” controvertida en esta instancia por la apelada puede surgir del análisis de la prueba pericial, en la forma en que lo hizo la Juzgadora, ya que las ganancias frustradas por el incumplimiento contractual se hubiesen dado con seguridad si no hubiese mediado incumplimiento; con respecto a la “subsistencia” debe decirse que también se da en este caso, ya que el daño producido no fue aún resarcido, por lo que subsiste en el patrimonio de la firma COMPASA; con respecto a la “incidencia personal en el damnificado e interés legítimo” debemos decir que dichos requisitos se vislumbran con facilidad desde el momento en que se comprueba que COMPASA en parte del contrato incumplido.

Se agravio también PETRÓLEOS BRASILEIROS S.A. de que ha habido una errónea e infundada determinación del monto de indemnización, en razón de que ésta fue fijada sobre la base de pericias realizadas para la hipótesis de indemnización unilateral e injustificada de la relación contractual conforme a la ley 194/93 que el Juzgado entendió inaplicable, para posteriormente valorar las pericias que se basaron precisamente en esta ley, otorgando a COMPASA ganancias que no hubiera obtenido ni siquiera si efectivamente hubiese cumplido sus obligaciones contractuales.

Con respecto a este agravio, no podemos sino dar la razón a la apelada en el sentido de que no existen alguna prueba técnica en el proceso que avale la afirmación en la que se basa este agravio, y consistiendo la pericia en este caso en una prueba técnica (y no solamente de opinión), no le es dable al Tribunal (que no es técnico en materia contable), contradecir lo que afirmaron los expertos que produjeron la prueba pericial en este juicio.

Otro agravio expuesto por la recurrente consiste en que se habría incluido ilegalmente la actualización de valor y reajuste del 1%, que no fueron solicitados por la demandante en su escrito de demanda, sino que fueron peticionados recién al momento de la realización de la prueba pericial.

El contenido de este agravio ya fue analizado en sede de nulidad, pues también fue esgrimido para fundar el recurso de nulidad de la Sentencia recurrida. Por ende, repetimos aquí lo que ya dijimos: que la actualización del valor de la deuda no es causal de incongruencia, y que puede ser pedida en cualquier momento, inclusive en instancias ulteriores a la originaria.

Es lo que dice la doctrina que ya reseñamos, y que transcribimos aquí nuevamente: “542. Con anterioridad el criterio de la Cámara Nacional en lo Civil había sido fijado en estos términos: “Es posible la invocación del factor económico de la desvalorización monetaria con posterioridad a la traba de la Litis, inclusive hasta la oportunidad de alegar de bien probado o al tiempo de expresar agravios según se haga el pedido en primera o segunda instancia” (BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. “Teoría General de la Responsabilidad Civil”. Pág. 229).

Por ende, debe desestimarse este agravio de la recurrente.

Por último, se agravio la recurrente de la imposición de costas. Este agravio hubiese sido acogido en caso de que se revoque el pronunciamiento

del Juzgado. Sin embargo, no teniendo el recurso de apelación de la firma PETRÓLEOS BRASILEIROS S.A. mérito suficiente para la revocatoria de la Sentencia, no puede ser acogido este agravio.

Por los motivos expuestos, corresponde desestimar el recurso de apelación deducido por la firma PETRÓLEOS BRASILEIROS S.A., por improcedente.

Sólo resta por analizar los agravios de la firma COMPASA S.A., que como ya se apuntara, pretende un alza del monto de la condena indemnizatoria. Pasemos pues, a analizar estos agravios.

El primer agravio consiste en que el Juzgado se equivocó en la determinación del quantum indemnizatorio, en razón de que los peritos unánimemente concluyeron que la suma por las importaciones asciende a US\$ 71.250.454. Asimismo, dijo que el fallo se adecua a derecho al sostener que el monto de los daños no puede ascender a US\$ 71.250.454 sino solo al margen de ganancia, pero se equivoca al fijar cuál es este margen: así, el margen de ganancia tomado en la Sentencia que es el del perito Sacco no es el más adecuado, ya que el más fidedigno es el de perito Bonnín, que fija el porcentaje en 24,05%.

Analizando este agravio, debemos decir que el dictamen pericial – que, como bien lo apunta la propia apelante COMPASA, se trata de un dictamen técnico y no de opinión – del perito Sacco y el del perito Bonnín ciertamente difieren en el porcentaje.

Sostiene la apelante que el porcentaje hallado por el perito Bonnín es el más “fidedigno”. Sin embargo, no da los fundamentos técnicos que avalen dicha afirmación, por lo que, como ya lo dijimos al analizar los recursos de apelación de las demandadas, no podemos acoger simplemente esta afirmación sin mayores fundamentos, porque estaríamos excediendo los límites de poder del Tribunal.

Por lo demás, no parece incorrecta la solución dada por el Juzgado en este punto, ya que según la sana crítica y el cúmulo de pruebas producidas en el juicio, tiene plena libertad para apreciar cuál es, a su criterio, la prueba pericial que más se adecua a los hechos alegados y probados, por lo cual no prospera este reclamo.

Pasemos ahora al siguiente agravio, referente a la tasa de actualización: dijo la recurrente que la Jueza se apartó indebida y arbitrariamente en este punto de la Sentencia del dictamen técnico unánime dado por los peritos (que arroja una tasa del 2,5%) y que la rebaja efectuada por el Juz-

gado se basa en un simple “argumentum ad misericordiam” sin tener base técnica alguna que la avale. En este sentido, dijo la recurrente que en este caso no puede tomarse el argumento de que la rebaja es “razonable” para bajar arbitrariamente la tasa de interés, ya que la Jueza debió ceñirse estrictamente a las pruebas técnicas obrantes en el proceso, ya que el Juez no puede apartarse del dictamen técnico (sólo del de opinión) sin otra prueba de igual peso que lo contrarreste.

Con respecto a este punto, debemos decir que es convincente el argumento de la apelante, máxime cuando ya dijimos en esta resolución que el Juzgado no puede apartarse de la prueba técnica sin mayores fundamentos y basado en su simple opinión personal técnica.

Sin embargo, a pesar de lo dicho, no podemos sino suscribir lo que en este caso sostiene la doctrina especializada en la materia, que señala: “Este criterio es el prevaleciente en la jurisprudencia de nuestros tribunales, de donde resultaría que al hacerse la valuación del daño al tiempo de la Sentencia deberán computarse los factores de valorización del mismo y, entre ellos, el que resulta inversamente de la depreciación de la moneda. Por ello se ha declarado reiteradamente que: “El reajuste por desvalorización monetaria no debe practicarse con criterio matemático aplicando directamente los coeficientes indicativos elaborados por los organismos oficiales. Éstos constituyen uno de los elementos a computar que, juntamente con otros factores, influyen para fijar la indemnización o el importe del crédito”. Es decir que “la corrección del resarcimiento por causa de desvalorización monetaria no es materia que dependa de índices vinculados con el mayor o menor costo de vida”, pues es una cuestión que debe quedar al prudente arbitrio judicial, y que “la desvalorización monetaria constituye un fenómeno que no necesita demostración y los índices de costo de vida sólo constituyen una guía para el juez, quien no se encuentra obligado estrictamente por los datos que suministra ese trabajo estadístico” (BUS-TAMANTE ALSINA, Jorge. “Teoría General de la Responsabilidad Civil”. Pág. 229/230).

Como puede apreciarse, la doctrina especializada tiene asentada la postura de que ni siquiera los índices oficiales estadísticos –que son, como se sabe, puramente técnicos– obligan al Juez a tomarlos como marco único de referencia para determinar la tasa de reajuste, quedando tal facultad a criterio judicial. Por ende, si así sucede con los índices oficiales, con mayor razón debe dejarse al prudente arbitrio judicial la fijación de la tasa de

reajuste que no deriva de estadísticas oficiales, sino de una pericia realizada en el marco de un proceso.

Por estos motivos, cabe rechazar, igualmente, el recurso de apelación deducido por la firma COMPASA contra la Sentencia recurrida.

No teniendo pues, ninguno de los recursos de apelación deducidos mérito suficiente como para la revocatoria o modificación del fallo de la manera pretendida por los apelantes, no queda otra alternativa que confirmar, “in totum”, la Sentencia recurrida, pues se halla ajustada a derecho.

En cuanto a las costas por esta instancia, corresponde que ellas sean impuestas a las perdidosas PETROBRAS DISTRIBUIDORA y PETRÓLEOS BRASILEIROS S.A., en un 95%, en razón del rechazo de sus recursos; y en un 5% a la firma COMPASA, en razón de que su recurso fue también rechazado.

A SU TURNO EL MAGISTRADO Dr. RAÚL GÓMEZ FRUTOS, dicho:

APELACION: Se discute en estos autos la procedencia o improcedencia de una demanda por daños y perjuicios por responsabilidad contractual donde se reclama en concepto de daño moral, lucro cesante, lesión comercial y daño emergente.

En este caso particular, a los efectos de explicar sus agravios, el Abogado Raul Andrada Nogues, en representación de la firma PETROBRAS DISTRIBUIDORA S.A., manifestó que el contrato de distribución entre la COMPAÑÍA DE PETROLEOS y ASFALTO, en adelante, “COMPASA”, y PETROBRAS DISTRIBUIDORA S.A., no se encontraba vigente. Arguyó la inexistencia de la solidaridad entre PETROLEOS BRASILEIROS S.A. y PETROBRAS DISTRIBUIDORA S.A. Expresa, a lo largo de su escrito que en el marco del contrato de distribución COMPASA ha sido la responsable del incumplimiento, ya que existía una supuesta deuda inicial por parte de COMPASA. En base a lo expuesto precedentemente, al ser COMPASA la causante del rompimiento del vínculo contractual, PETROBRAS DISTRIBUIDORA S.A. no debe responder –supuestamente- por los daños y perjuicios reclamados por la actora. Por otro lado la parte actora, manifiesta que la S.D. dictada por la A-quo debe ser confirmada conforme a los argumentos expuestos. Manifiesta, que se debe correr el velo societario e integrar a la litis a la firma PETROLEOS BRASILEIROS S.A., en base a la conocida teoría del disregard of legal entity o corrimiento del velo

societario. Asimismo, alega que fue PETROBRAS DISTRIBUIDORA S.A. la que incumplió el contrato al suspender las entregas de las mercaderías pactadas en el contrato de distribución. A raíz de dicha situación supuestamente generada por la parte demandada, fue donde se generaron las millonarias pérdidas para la parte actora. Por su parte, los representantes de PETROLEOS BRASILEIROS SA, manifestaron que no se ha probado el nexo causal que pueda justificar los supuestos daños sufridos por COMPASA. Contrariamente a lo expresado por la actora, la parte demandada a lo largo de su escrito desarrolla la teoría de res inter alios acta, donde manifiesta que se debe excluir a PETROLEOS BRASILEIROS SA ya que es una persona jurídica distinta a la de PETROBRAS DISTRIBUIDORA SA, y sostiene que la teoría del disregard resulta inaplicable al presente caso.

Para que sea procedente la demanda por indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad contractual, los requisitos son: a) antijuridicidad; b) factor de atribución de responsabilidad; c) nexo causal y d) daño.

Debemos tener presente que la pretensión resarcitoria de la actora tiene origen contractual. Ello incide en los supuestos que debe darse para iniciar la demanda por daños y perjuicios. En efecto, en cuanto a la antijuridicidad la misma se configura por el mero incumplimiento, a diferencia del régimen de la responsabilidad extracontractual, que, en general supone una concepción más amplia de la infracción.

Es sabido que en materia de contratos, tiene su simiente en el acuerdo de voluntades. Una vez creado, perfeccionado con todos sus elementos y requisitos, produce efectos que no quedan al arbitrio de las partes, sino, contrariamente, debe atenerse al orden público, conforme a la ley, a lo acordado en las respectivas cláusulas, en consonancia con las normas preceptivas, imperativas o supletorias. Así surge el principio de pacta sunt servanda, donde se obliga a las partes a que cumplan los pactos de acuerdo a sus términos. Como excepción a esta regla, podemos hablar de la cláusula rebus sic stantibus que en pocas palabras dice: los compromisos de desarrollo sucesivo que dependen del futuro, deben entenderse que rigen mientras las circunstancias permanezcan como estaban.

Antes de entrar a analizar los daños y perjuicios, veremos si PETROLEOS BRASILEIROS S.A. puede ser considerado o no parte en este juicio.

Para ello, estudiaremos si se aplica la figura del disregard of legal entity o levantamiento del velo societario. En el derecho comparado tam-

bién esta teoría es conocida como la doctrine of the piercing of the corporate veil. No hay unanimidad de acuerdo, si esta doctrina puede considerarse como tal o si es un remedio. Lo que si tenemos claro es que en nuestra legislación positiva a través de nuestro Código Civil, dicho remedio no existe. Su aplicación se podría dar a través de la interpretación judicial, ya que existen lagunas o oscuridad en nuestra legislación con respecto al citado remedio, por lo que, nos abocaremos a su estudio en el presente caso de estos autos. Los parámetros de interpretación judicial en lo que es el.

En efecto, como todo buen remedio, por supuesto, el levantamiento del velo societario debe ser tomado para casos muy específicos, y su interpretación es restrictiva para el caso en concreto. Dado que no está previsto en nuestra legislación, recurrimos a los principios generales del derecho, donde la buena fe es el principio rector. Debe considerarse un remedio excepcional, ya que un abuso del mismo podía menoscabar la protección que se debe a las sociedades, a su personalidad jurídica y a su patrimonio separado, los cuales, resultan esenciales para el ordenamiento social, tanto desde un punto de vista jurídico como económico.

Los presupuestos que considero que se debe dar para el levantamiento del velo societario son los siguientes: a) infra capitalización; b) fracaso para observar las formalidades para la conformación de una sociedad; c) alter ego; d) mero instrumento para la utilización de la sociedad para fines personales; e) propiedad de todas las acciones en la sociedad; f) fracaso para pagar dividendos.

Ahora bien, no basta la unidad económica y funcional para aplicar la técnica del levantamiento del velo, debe darse adicionalmente una utilización abusiva de la forma societaria para la consecución de un resultado antijurídico, en particular para la consecución de un fraude a la ley o a los derechos de terceros.

En el presente caso, PETROBRAS DISTRIBUIDORA S.A., es una sociedad de economía mixta, subsidiaria de PETROLEO BRASILEIRO S.A., según lo dispone el art. 1º de los Estatutos Sociales, de la primera. Luego, el Consejo Directivo está compuesto por el mismo Consejo Administrativo de PETROLEO BRASILEIRO S.A., según lo dispone el art. 11 de los Estatutos Sociales de la firma PETROBRAS DISTRIBUIDORA S.A. En un párrafo único de dichos estatutos, se hace mención al control ejercido por PETROLEO BRASILEIRO S.A., mediante la propiedad y posición

de, no mínimo, cincuenta por ciento, más una acción, de capital votante de sociedades.

En este marco, debemos aclarar que no es controvertido el hecho de que PETROBRAS DISTRIBUIDORA S.A. sea una firma subsidiaria. Corroboramos asimismo la existencia de identidad de patrimonio y de personas en la composición societaria de ambas firmas. Para que exista la aplicación de la teoría del disregard o corporate veil, -levantamiento del velo societario-, entendemos que se debe perseguir un fin ilícito o antijurídico.

Cabe referir, que si bien PETROLEO BRASILEIRO S.A. tiene la mayoría de las acciones en su firma subsidiaria, en ningún momento se quiso esconder dicho hecho. Además para los casos donde exista propiedad de todas las acciones, se considera que debe perforarse o levantar el velo societario en los casos de fraude. Se da específicamente, cuando un accionista o inversor de capital privado, por palabras o acciones, lleva a su contraparte en un contrato a creer que la obligación conlleva responsabilidad civil personal en vez de (o en adición a) una deuda societaria. En tales casos, la jurisprudencia ha entendido que debe utilizarse el levantamiento del velo societario para imponer responsabilidad civil a aquél que ha cometido dicho actos fraudulentos. (Mobil Oil Corp v. Linear Films, Inc, 718, F.Supp 260,268) (Del. 1989). La realidad de los hechos y además de lo dispuesto de forma incompleta, concluimos que la teoría del disregard o del velo societario no es aplicable al presente caso, ya que debe perseguirse fines ilícitos o antijurídicos y lo expuesto por A-quo y mis colegas preopinantes, fue sin tomar en consideración todos los elementos que habilitan levantar el velo societario. Quiero decir, que si bien no será el leading case, como lo dijo la actora, es posición de esta Magistratura de que el velo societario puede ser aplicado en los casos enunciados precedentemente, pero en el presente caso, al no existir fin ilícito, resulta inaplicable.

Asimismo debo de poner de manifiesto que PETROLEOS BRASILEIROS S.A. y PETROBRAS DISTRIBUIDORA S.A., son dos personas jurídicas distintas y por tanto, tienen patrimonios separados. En reiterados fallos he sostenido que la separación de patrimonios constituye un principio que es aceptado tanto por la doctrina como nuestra jurisprudencia, por lo que, consideramos que el propósito de la personalidad jurídica es que su patrimonio sea absolutamente independiente de la persona de sus miembros. Dicho principio se encuentra consagrado expresamente en lo dispuesto por el art. 94 de nuestro Código Civil. Las personas jurídicas

son sujetos de derechos distintos de sus miembros. En el caso de marras, la A-quo, condena a PETROLEOS BRASILEIROS S.A. a pagar la indemnización de daños y perjuicios, pero, es obvio, que no puede ser condenada, ya que, como lo habíamos dicho, no puede ser condenada una persona física o jurídica, por el simple hecho de ser accionista o miembro del directorio de otra sociedad. Como lo había mencionado anteriormente, quiero dejar en claro que PETROLEO BRASILEIRO S.A. es una tercera persona en la relación contractual debatida en estos autos.

Debo señalar que dentro del marco de la relación contractual, PETROLEOS BRASILEIROS S.A., no era una parte contratante, por lo que, debe aplicarse lo que comúnmente se conoce como el principio *res inter alios acta*. Nuestra legislación es clara sobre ello al respecto, pues, en su art. 717 in fine del Código Civil, se dispone lo siguiente: "...los contratos no pueden oponerse a terceros ni ser invocados por ellos, salvo los casos previstos en la ley". En el presente caso, no podemos evitar lo preceptuado por dicho artículo, ya que PETROLEOS BRASILEIROS S.A., no es parte del contrato y por ende, los efectos de dicho contrato no se puede extender, por el principio establecido en el citado apartado legal. A lo largo del juicio, se probaron las relaciones comerciales que tenía PETROLEOS BRASILEIROS S.A. con otras firmas paraguayas para la importación de productos asfálticos. Claramente, se entiende que el contrato celebrado era de exclusividad entre COMPASA y PETROBRAS DISTRIBUIDORA S.A. En ninguna de las cláusulas contractuales se hace mención al involucramiento o participación de PETROLEOS BRASILEIROS S.A. en la entrega de mercaderías a COMPASA.

Aclaremos, que PETROLEO BRASILEIRO si es parte en el presente juicio, ya que no se corrobora la existencia de una excepción de falta de acción opuesta, y este Tribunal, al ser un Tribunal Revisor, no puede estudiar esta cuestión de oficio, por lo que, debe ser admitido como parte.

No obstante a lo dicho anteriormente, si bien PETROLEO BRASILEIRO es parte en el presente juicio, considero que debe rechazarse la pretensión de indemnización de daños y perjuicios en su contra, ya que no ha sido parte del contrato en ninguna de sus etapas, como bien lo había demostrado precedentemente.

En este contexto, debemos atenernos a las reglas dispuestas por el art. 725 del Código Civil, y es aquí donde radica el *thema decidendum*.

En efecto, ante el supuesto incumplimiento, debemos decir que de acuerdo a las reglas dispuestas por el art. 725 del Código Civil autoriza a pedir lo siguiente: i) ejecución del contrato; ii) resolución con daños e intereses; o iii) ambas cosas. Lo que aquí concretamente se pidió fue la resolución de contrato con daños e intereses ya que COMPASA decidió demandar por indemnización de daños y perjuicios.

Resulta de suma importancia el hecho de que se haya demandado por daños y perjuicios, ya que lo sostenido por mis colegas preopinantes, la A-quo y COMPASA resulta notoriamente incoherente ya que en ningún momento el art. 725 del Código de Fondo autoriza a omitir la resolución de contrato en caso de daños e intereses, ya que se encuentra implícito tal pedido con la resolución. Si aceptamos tal criterio, no solamente estaríamos violando lo dispuesto por el citado apartado legal, sino que estaríamos ante una evidente violación de la mentada Teoría de los Actos Propios. La doctrina de los actos propios sostiene que: “Nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos anteriores, a través del ejercicio de una conducta incompatible con una anterior deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz.”

Ahora bien, y habiendo determinado que estamos ante un caso de incumplimiento de contrato, debo decir que pasaremos a determinar si el contrato debió resolverse, suspenderse o optar por la vigencia del contrato. Debemos recordar que estamos ante un contrato de distribución, redactado por la firma PETROBRAS DISTRIBUIDORA S.A. No constituye un dato menor que el contrato haya sido redacto por PETROBRAS DISTRIBUIDORA S.A., ya que, pueden ser utilizadas las reglas contra preferentem dispuestas por el art. 713 del Código Civil.

A mayor abundamiento, en lo que concierne a la materia de contratos, la buena fe constituye un principio rector que debe observarse en toda clase de contratos, desde la negociación del mismo hasta su conclusión, rigiendo, como herramienta para la interpretación del contrato. La buena fe constituye el modelo de conducta que debe ser observada por las partes a lo largo de la relación contractual, donde se exige honestidad y probidad en las transacciones, que deben ser observadas a través de una actitud de cooperación.

A pesar de que el deber de colaboración no se encuentra específicamente enunciado dentro de nuestro Código Civil, constituye en una derivación del deber de conducirse con buena fe a lo largo de la relación con-

tractual. Este deber, se encuentra de lo estipulado por los Principios UNIDROIT. A pesar de no tener fuerza vinculante, donde han encontrado su aplicación en diversos sistemas jurídicos del mundo como derecho complementario o soft law.

En tal sentido, el art. 5.1.3 de los Principios UNIDROIT (2010), expresa lo siguiente: “Cooperación entre las partes. Cada una de las partes debe cooperar con la otra cuando dicha cooperación deba ser esperada para el cumplimiento de las obligaciones de esta última”.

Asimismo, el comentario oficial de los Principios en su versión 2004 (versión que coincide en la redacción del art. 5.13 de la versión 2010), expresa: “Un contrato no debe ser visto simplemente como el punto de encuentro de intereses contrapuestos, sino en cierta medida como un proyecto común en el que cada parte debe cooperar. Este enfoque se encuentra íntimamente relacionado con el principio de la buena fe y lealtad negocial (Art. 1.7) que inspira el derecho contractual, así como con la obligación de atenuar el daño en el supuesto de incumplimiento (Art. 7.4.8). La obligación de cooperación entre las partes, por supuesto, debe circunscribirse a ciertos límites (esta disposición hace referencia a una cooperación que pueda ser “razonablemente esperada”), sin llegar a alterar la distribución de obligaciones de las partes para el cumplimiento del contrato.

En el caso de autos, el deber de cooperación se encontraba en que PETROBRAS DISTRIBUIDORA S.A. entregue las cantidades de productos asfálticos de manera exclusiva en las cantidades pactadas y sobre COMPASA, pesaba pagar el precio en tiempo y en forma, conforme lo han acordado en el contrato.

En este marco, y tomando en consideración lo dispuesto por el contrato, obrante a fs. 7/31 se observa en que en la cláusula segunda dispone en lo siguiente: “...”El Distribuidor” acepta este nombramiento y acuerda utilizar toda su capacidad para solicitar órdenes para la venta de productos asfálticos y sus derivados en el “Territorio”, no pudiendo dichas órdenes de compras ser inferiores a las cantidades mínimas mensuales abajo mencionadas, durante la vigencia de éste contrato. Del 1° al 6° mes: 300 TM/mes (...). Del 7° al 12° mes: 500 TM/mes (...) de productos asfálticos y sus derivados. Del 13° al 24° mes: 800 TM/mes (...). Del 25° al 36° mes: 1500 TM/mes (...) de productos asfálticos y sus derivados... (sic)” .

Dentro de esta orientación, de acuerdo a lo estipulado por el contrato, encontramos que en la cláusula séptima se establece lo siguiente: “... c)

El “Distribuidor” mantendrá suficientes productos asfálticos y sus derivados en stock como para satisfacer la demanda local incluyendo equipo de promoción y demostración y utilizará la infraestructura adecuada para el correcto almacenamiento y comercialización de los productos asfálticos y sus derivados.... g) Vender en el “Territorio” las cantidades mínimas mensuales de productos asfálticos y sus derivados establecidos en este contrato, durante cada Año Contractual, durante la vigencia o durante la renovación de éste Contrato, como la “Empresa” pueda requerir mediante notificación por escrito al “Distribuidor” con antelación al comienzo del año contractual al cual aplicaran tales requisitos de desempeño; (fs. 7/31)”.

Tal como lo hemos enunciado, el deber de COMPASA se erigía en el mantenimiento de un stock permanente de productos asfálticos y sus derivados para satisfacer la demanda del mercado paraguayo. Sin embargo, según los informes remitidos por la firma OCIT-COMERCIO EXTERIOR, se constata que COMPASA no importó productos asfálticos y sus derivados, especialmente, para mantener el stock permanente para satisfacer la demanda del mercador paraguayo. La omisión de este deber por parte de COMPASA, constituye en el incumplimiento del deber de colaboración, lo cual entendemos, que, a su vez, constituye un incumplimiento contractual.

En cuanto al deber de colaboración de PETROBRAS DISTRIBUIDORA S.A., podemos decir que dicha firma, según se constata en autos, cumplió con las entregas mensuales de las mercaderías pactadas en el Contrato, hasta que, COMPASA decidió voluntariamente, no pagar. Este hecho, lógicamente, afecta a PETROBRAS DISTRIBUIDORA S.A., por lo que, consideramos entendible, que el contrato desde ese momento quede suspendido.

Por otro lado, se observa que a fs. 105, 108, 110, en las diversas notas remitidas por PETROBRAS DISTRIBUIDORA S.A., las propuestas para el restablecimiento de las negociaciones, así como la cancelación del débito de COMPASA, bajo las condiciones impuestas por PETROBRAS DISTRIBUIDORA SA. Aquí se evidencia, la conducta por parte de PETROBRAS DISTRIBUIDORA SA, donde constatamos que existía la intención de mantener vivo el contrato, por lo que, considero, que existió buena fe, por parte de la adversa. Sin embargo, a fs. 958, en la nota remitida por COMPASA a PETROBRAS DISTRIBUIDORA se constata que supuestamente el principal problema constituía la poca participación del mercado asfalto brasileño, ya que PETROLEO BRASILEIRO S.A., realizaba ventas

directas a constructoras y revendedores, conforme a los datos estadísticos de importación de OCIT. A partir de aquí, es donde se produce el quiebre en la relación contractual entre ambas partes. Lo que COMPASA no tuvo en cuenta es que en ningún momento involucró a PETROLEO BRASILEIRO S.A. en el marco de la relación contractual, ya que contrató exclusivamente con PETROBRAS DISTRIBUIDORA S.A. Cabe mencionar que, el hecho de que PETROLEO BRASILEIRO S.A. realice ventas a cualquier firma de cualquier naturaleza, no afecta ni constituye en ningún tipo de perjuicio hacia COMPASA. Ponemos de relieve que no solamente COMPASA adeudaba a PETROBRAS DISTRIBUIDORA SA., sino que tampoco se pudo probar el incumplimiento por la última, ya que, COMPASA no presentó los libros contables de tenencia obligatoria, conforme a lo establecido por la Ley N° 1034/83 de la Ley del Comerciante. En tal sentido, el art. 85 de la citada ley expresa lo siguiente: “Los libros y registros de contabilidad deberán ser conservados por cinco años, contados a partir de la fecha de la última anotación efectuada en ellos. Durante el mismo lapso se conservarán en forma ordenada los comprobantes, de modo que sea posible su verificación; este plazo se computará desde la fecha en que hubieren sido entendidos”.

Esto nos lleva a entender, que COMPASA tampoco actuó de buena fe, o por lo menos, con la debida diligencia que razonablemente debe esperarse, ya que, a raíz de dicha omisión, se prueba la mala fe por parte de COMPASA al tiempo de ejecutarse el contrato. Con respecto a los saldos pendientes de COMPASA, según sus estados contables, figura como deudas con los “proveedores del exterior”. Con respecto a las deudas al cierre de los ejercicios del año 1997 al 1999, se ha limitado a presentar sus estados financieros (Balances presentados ante la SET) de los años 1997,1998 y 1999.

Sobre los supuestos hechos de incumplimiento por parte de PETROBRAS DISTRIBUIDORA, incumbía la carga de la prueba a la actora, y en ningún momento, ha demostrado de conformidad al art. 249 del Código Procesal Civil, que la demandada ha incumplido a lo largo de relación contractual, puesto que solamente responsabiliza por los incumplimientos a PETROLEO BRASILEIRO S.A. Dicho apartado legal expresa: “Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o tribunal no tengan el deber de conocer”.

Claramente quedó demostrado que COMPASA ha incumplido a lo largo de la ejecución de contrato, por lo que, no podemos hablar de la vigencia del mismo, y mucho menos, en la forma en la que se planteó la demanda. Entiendo que el contrato quedó suspendido ipso facto desde el momento del primer incumplimiento por parte de COMPASA cuando debía realizar los pagos debidos. Así las cosas, la relación contractual quedó quebrada y lógicamente, insostenible.

En este contexto, lo que si tenemos claro es que el contrato no se encuentra vigente, y de la forma en la que quedó planteada la demanda, lo que en sustancia se produce al demandar por daños y perjuicios por un contrato, tiene como consecuencia, la resolución del contrato. En tal sentido, el art. 719 del Código Civil dispone: “En los contratos bilaterales una de las partes no podrá demandar su cumplimiento, si no probare haberlo ella cumplido u ofreciere cumplirlo, a menos que la otra parte debiere efectuar ante su prestación”. He señalado en anteriores fallos que el incumplimiento consiste en la falta de ejecución por una parte de algunas de sus obligaciones contractuales, incluyendo el cumplimiento defectuoso o el cumplimiento tardío.

Sobre el punto, debemos dilucidar si la cuestión si COMPASA puede demandar o no el cumplimiento del contrato. De acuerdo a lo establecido en el citado apartado legal supra, COMPASA fracasó en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales y es por ello, que tampoco ha podido acreditar fehacientemente la existencia del daño. Reitero, que COMPASA al no satisfacer las demandas del mercado nacional, forzó a una situación incómoda a sus clientes, que se vieron forzados a buscar los productos asfálticos por sus propios medios, siendo ello responsabilidad exclusiva de COMPASA. Quiero poner de manifiesto que queda demostrado que COMPASA ha omitido el cumplimiento de sus obligaciones, específicamente, a lo acordado en la cláusula segunda.

Entiendo, con meridiana claridad, que el primer incumplimiento se dio por parte de COMPASA, y consecuentemente, debemos atenernos a lo dispuesto por el art. 719 del Código Civil. La conducta de COMPASA tampoco ha colaborado al cumplimiento de sus obligaciones, ya que habíamos dicho que su falta de cooperación ha sido una lesión a la buena fe que debe observarse en todos los contratos. En términos similares a lo dispuesto por el citado apartado legal, se expresa el art. 7.1.3 de los Principios UNIDROIT (2010) en los siguientes términos: “Una parte no podrá ampararse

en el incumplimiento de la otra parte en la medida que tal incumplimiento haya sido causado por acción u omisión de la primera o por cualquier otro acontecimiento por el que ésta haya asumido el riesgo”.

El sistema previsto por los Principios UNIDROIT, en concordancia con lo estipulado en nuestro Código Civil, en su art. 725, permite que la parte que no recibió el cumplimiento tiene derecho, en principio, a dar por terminado el contrato independientemente de que el incumplimiento haya sido o no excusable. En el caso de marras, COMPASA se ampara en el supuesto incumplimiento de PETROBRAS DISTRIBUIDORA S.A. para reclamar la indemnización de daños y perjuicios. Sin embargo, COMPASA no sólo pidió daños y perjuicios, sino que también de manera llamativa e infundada, solicita el cumplimiento del contrato, violando claramente las reglas dispuestas por el art. 725 del Código Civil.

En estas circunstancias, y ante el notorio incumplimiento por parte de COMPASA, resulta innecesario el estudio de los supuestos daños causados por la parte demandada, ya que la primera en incumplir, fue COMPASA.

Ahora bien, debemos detenernos a determinar cuál era la situación contractual ante el quiebre de las relaciones entre las partes. Era de esperarse que ante el incumplimiento de COMPASA, PETROBRAS DISTRIBUIDORA SA suspenda con la entrega de mercaderías ya que su conducta no avalaba buena predisposición para cumplir con los pagos pendientes. Si bien nuestro Código no nos provee una solución exacta para estos casos, como el de la suspensión del contrato. Este remedio se encuentra previsto expresamente en los Principios UNIDROIT (2010) en su art. 7.1.3., donde dice lo siguiente: “(1) Cuando las partes han de cumplir simultáneamente, cada parte puede suspender el cumplimiento de su prestación hasta que la otra ofrezca su prestación. (2) “Cuando las partes han de cumplir de modo sucesivo, la parte que ha de cumplir después puede suspender su cumplimiento hasta que la parte que ha de hacerlo primero haya cumplido”.

En estos casos, el mencionado precepto legal recoge también lo que ha sido aceptado en diversos fallos nacionales y lo que en doctrina se denomina como *exceptio non adimpleti contractus* o excepción de contrato no-cumplido, ampliamente aceptado en los sistemas de derecho continental.

En efecto, en el presente contrato, las partes se encontraban obligadas al cumplimiento de sus obligaciones de modo sucesivo, por lo que, ante

el primer incumplimiento de algunas de ellas, impediría el reclamo por parte de la incumplidora, y el cumplimiento de la otra, quedaría suspendida, y consecuentemente, el contrato entre ambas partes, quedaría suspendido. Entonces, el contrato de distribución, queda suspendido desde el primer incumplimiento de COMPASA, cuando intempestivamente decidió no vender los productos detallados en la cláusula segunda del contrato, conforme a las facturas de crédito que resultaron impagas por COMPASA.

En consecuencia, atendiendo el incumplimiento contractual por parte de COMPASA, lo cual se produjo, a raíz de la falta al deber de colaboración, la conducta desplegada por ambas partes e incumplimientos sucesivos, entiendo que resulta viable la resolución del contrato en virtud del pacto comisorio legal, y por ende, el contrato debe resolverse, de conformidad al art. 725 del Código Civil.

Todo lo expuesto demuestra sin lugar a dudas que la presente demanda de indemnización de daños y perjuicios, debe rechazarse en su totalidad y consecuentemente, debe revocarse la S.D. N° 34 de fecha 10 de febrero del 2015, dictada por la Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Quinto Turno.

Con relación a las costas en ambas Instancias, corresponde que las mismas sean impuestas a la perdedora, en este caso, COMPASA, de conformidad a lo establecido en el art. 203, 195 y demás concordantes del Código Procesal Civil.

A sus turnos el Miembro Doctor EUSEBIO MELGAREJO CORONEL manifiesta adherirse al voto del colega Dr. Carlos Escobar Espinola, por compartir los mismos fundamentos.

VISTO: Por el mérito que ofrece el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Cuarta Sala;

R E S U E L V E :

1) DESESTIMAR el recurso de nulidad interpuesto por la firma PETROBRAS DISTRIBUIDORA S.A., por improcedente.

2) DESESTIMAR el recurso de nulidad interpuesto por la firma PETRÓLEOS BRASILEIROS S.A., por improcedente.

3) CONFIRMAR “in totum” la S.D. N° 034 de fecha 10 de Febrero de 2015.

JURISPRUDENCIA

4) IMPONER las costas en un 95% a las firmas PETROBRAS DISTRIBUIDORA y PETRÓLEOS BRASILEIROS S.A.; y en un 5% a la firma COMPASA S.A., por los motivos indicados en este fallo.

5) ANOTAR, registrar, notificar y remitir copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Dr. Carlos Escobar Espínola, Dr. Eusebio Melgarejo Coronel y Raúl A. Gómez Frutos.

Ante mí: Abog. Mónica Reguera. Actuaría Judicial.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 84

***Cuestión debatida:** La firma “Distriware S.R.L.” demanda a “Dart Argentina S.A.”, por indemnización de daños y perjuicios, repetición de lo pagado y resolución de contrato. La demandada “Dart Argentina S.A.”, dedujo como de previo y especial pronunciamiento, la Excepción de Incompetencia de Jurisdicción, y sobre este punto se basa el análisis central del fallo.*

SENTENCIA. CUESTIÓN DE PURO DERECHO. PRUEBA.

Cuando el juzgado llama directamente autos para resolver, sin declarar la apertura de la excepción a prueba o la cuestión de puro derecho, se considera que esta resolución en forma implícita declara la cuestión de puro derecho, y en consecuencia ella debe ser notificada por cédula, como ocurrió en el sub-júdice. Esta providencia, en consecuencia, debió ser recurrida o apelada a los efectos de ofrecer los elementos probatorios disponibles. Así, desde que no se implementó este trámite ya no se puede invocar la falta de pruebas en esta instancia. Porque estos hechos primero deben ser resueltos en la instancia inferior. Como lo tiene resuelto la jurisprudencia de nuestros tribunales, no pueden plantearse ante el Tribunal de apelación cuestiones no planteadas y resueltas ante el Juzgado que dictó la resolución.

RECURSO DE NULIDAD. Procedencia del recurso de nulidad.

Ya caducó para la actora el derecho para pedir la nulidad del contrato, específicamente el Art. IX, por cuanto la misma consintió durante más

de diez años la vigencia del contrato que ahora impugna, como expresamente lo reconoce a fs. 242 y 243 de autos. Las prórrogas en forma sucesiva y ficta del contrato tienen plena validez en estos autos, porque la nulidad lo solicita recién en este tiempo la demandante, y más aun teniendo en cuenta que por la Cláusula V solamente debía durar un año.

CONTRATO. Lesión.

La figura de la lesión no constituye vicio del consentimiento, porque quien ejecuta el acto voluntariamente lo hace conociendo el acto realizado. Por otro lado, el lesionante por acción propia no constriñe a la otra parte la realización del acto pernicioso para sus intereses, ni tampoco provoca la conducta de lesionado para obrar y cometer un error". De estas consideraciones se colige que la acción para pedir la nulidad del contrato ya caducó para la demandante.

COMPETENCIA. Declaración de incompetencia. Competencia territorial.

La competencia por lo general es una cuestión de orden público y tiene carácter absoluto, salvo la territorial, que es relativa". Y agrega el citado procesalista compatriota que "la competencia territorial es relativa y, por ende, renunciable por las partes en razón de que básicamente se halla determinada por el domicilio de las personas (*Forum rei*), o la situación de la cosa (*Forum rei sitae*)".

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Principio de irretroactividad. Supremacía de la Constitución.

En consecuencia, la limitación del Art. 3° del Código Procesal Civil invocado por la parte actora, en el sentido de que la jurisdicción no puede desplazarse a favor de jueces extranjeros, cede ante la contundencia de los Arts. 137 y 141 de la Constitución Nacional, así como ante las disposiciones de la Ley N° 597/95, y muy especialmente teniendo en cuenta el Art. 11 de este cuerpo legal internacional.

LEY. Irretroactividad de la ley.

Asimismo, respecto a la afirmación del representante de la firma demandante referente al hecho de que no es admisible, en nuestro caso, la aplicación de la Ley N° 597/95 por no estar permitida la aplicación retroactiva de la ley en virtud del Art. 14 de la Constitución Nacional, no tiene asidero legal alguno, teniendo en cuenta que el Contrato de Representación firmado en el año 1991, se halla vigente, en virtud de las sucesivas prórrogas automáticas y fictas consentidas por ambas partes, que inclusi-

ve fue inscripto en el Registro Público de Comercio de nuestro país recién en fecha 17 de enero del año 2001 como prueba irrefutable de este hecho.

ACCIÓN PERSONAL. EXCEPCIÓN DE NULIDAD. Procedencia de la excepción de nulidad.

Tratándose el juicio que nos ocupa de acciones personales, como la contenida en el contrato agregado a estos autos, no existe a mi entender ningún tipo de violación de la soberanía nacional, por cuanto las operaciones pactadas en el citado acuerdo de voluntades, no tienen carácter absoluto, sino solamente carácter relativo porque exclusivamente afectan derechos particulares que pueden ser objeto de arreglo entre las mismas. Por último, habiéndose resuelto esta excepción de incompetencia de jurisdicción por la inferior por medio de un auto interlocutorio, debiendo ser por sentencia definitiva, la jurisprudencia tiene resuelto sobre este punto que “si bien es cierto la resolución debió recaer en forma de sentencia definitiva y no de auto interlocutorio, sin embargo, se viene sosteniendo que cuando la resolución reúne todos los elementos como para decidir la cuestión, ella no resulta nula, por el principio de economía procesal y de que no existe nulidad en el solo beneficio de la ley, bastando que ella sea suficientemente fundada y motivada; es decir, cuando en el considerando se expone todo cuanto requiere el decisorio; en consecuencia, el vicio formal como el acontecido no tiene la suficiente gravedad como para que, por ese solo hecho, deba procederse a la nulidad o revocatoria de la resolución, ya que cualquier otro agravio puede ser reparado por la vía del recurso de apelación

TApel. Civ. y Com. Quinta Sala. 19/06/03. “Distriware SRL c/ Dart Argentina S.A. s/ Indemnización de Daños y Perjuicios y otros” (Ac. y Sent. N° 84).

Previo análisis del caso sometido a estudio, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, 5ta. Sala, resolvió plantear y votar las siguientes:

Cuestiones:

¿Es nula la resolución apelada?

Caso contrario, ¿se halla ajustada a derecho?

Practicado el sorteo de ley, resultó que debían votar en el siguiente orden: Dr. FREMIORT ORTIZ PIERPAOLI, Dr. CARMELO A. CASTIGLIONI y Dr. LINNEO INFRAN SALDIVAR.

A la primera cuestión planteada, dijo el doctor Ortiz Pierpaoli: En el escrito de expresión de agravios agregado a fs. 307 y siguientes de autos

presentado por la representante de “Dart Argentina S.A.”, se solicita la nulidad del A.I. N° 1.811, de fecha 14 de octubre del año 2002, dictado por la Juez de 1ª Instancia en lo Civil y Comercial del 10º Turno, que dice: “No hacer lugar, con costas, a la Excepción de Incompetencia de Jurisdicción, deducida por la firma 'Dart Argentina S.A.'”.

Conforme lo dispone el Art. 404 del Código Procesal Civil: “El Recurso de Nulidad se da contra las resoluciones dictadas con violación de la forma o solemnidades que prescriben las leyes”. Como se desprende de la norma citada, así como de la Jurisprudencia constante y uniforme de nuestros tribunales, esta se ha hecho eco de este principio, resolviendo que: “De conformidad con lo dispuesto en el Art. 404 del Código Procesal Civil, las resoluciones son nulas por vicios de forma (es decir, de estructura), o bien por omisión o violación de las solemnidades prescriptas por las leyes” (A.I. N° 255, agosto de 1994, Trib. de Ap. en lo Civ. y Comer. 1ª Sala). En el subjúdice, los distintos numerales que fundamentan el Recurso de Nulidad, no se encuentra que constituyan “violaciones de la forma o solemnidades que prescriben las leyes”, por cuanto algunos de los citados puntos afectan la parte sustancial de los hechos, debiendo ser considerados en este recurso solamente en los aspectos formales de la relación jurídica, sin entrar a estudiar el fondo de la cuestión. En consecuencia, soy de opinión de que el Recurso de Nulidad interpuesto debe ser rechazado por improcedente, y porque además los mismos agravios pueden ser estudiados y resueltos a través del Recurso de Apelación. Voto, pues, en este sentido.

A sus turnos, los doctores Carmelo Castiglioni y Linneo Ynsfrán Saldívar manifestaron que se adhieren al voto precedente por sus mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada, el doctor Ortiz Pierpaoli, prosiguió diciendo: La abogada Brigitte Urbieta de Clerck, en representación de la firma “Dart Argentina S.A.”, se alza contra la resolución apelada y al expresar agravios en su escrito de fs. 311 y sgtes., manifiesta que, por la resolución recurrida, no se hace lugar, con costas, a la Excepción de Incompetencia de Jurisdicción deducida, alegando que: “Los argumentos de la a-quo agravan extraordinariamente a mi parte porque si el Art. fuera válido –se refiere al Art. 9º del contrato agregado a fs. 9 de autos– la prórroga operaría el desplazamiento de la jurisdicción a favor de los Tribunales Argentinos. Por el contrario, si la cláusula fuere nula la prórroga no

valdría y, por lo tanto, la cuestión debería ser discutida en sede judicial paraguaya. Por consiguiente, el rechazo de la Excepción de Incompetencia de jurisdicción planteada por mi parte –sigue diciendo– implica necesariamente la declaración de nulidad de la cláusula contractual de prórroga de competencia de jurisdicción, y ello a la vez implica tener por ciertos los extremos alegados por la adversa”. Sin embargo, sigue diciendo la recurrente, “la misma ni siquiera ha pretendido probar los extremos en que funda la nulidad de dicha cláusula, dado que al contestar el traslado de la Excepción de Incompetencia de Jurisdicción no ofreció prueba alguna. La regla es que quien pretende algo debe probar los hechos constitutivos de su pretensión. Por tanto, prosigue, “la resolución recurrida se funda en hechos que no resultan de autos, por lo cual debe ser revocada. En efecto, la a-quo reconoce expresamente que el planteamiento es razonable y, por lo mismo, tiene visos de verosimilitud’ “.

Además, prosigue la misma profesional, “el fallo contiene imprecisiones, vaguedades? y hasta contradicciones porque, por el otro lado, como si todo esto fuera poco –el fallo– se vuelve imposible de discusión. No obstante, y sin fundamento alguno, rechaza la excepción, incurriendo así en un vicio del razonamiento lógico. Con ello ha puesto a mi parte en absoluta indefensión, violando las reglas del debido proceso legal y desigualdad procesal, vulnerando así principios y garantías constitucionales. El perjuicio es evidente e incuestionable”, termina.

Finalmente, solicita que este Tribunal dicte resolución revocando el Auto Interlocutorio recurrido y, en consecuencia, haga lugar a la Excepción de Incompetencia de Jurisdicción interpuesta, con costas.

En prosecución de las diligencias procesales, el Tribunal corrió traslado del escrito de expresión de agravios al representante de la firma “Distriware S.R.L.” de esta capital, que en tiempo hábil contestó los fundamentos del recurso de apelación en los términos de su escrito agregado a fs. 314 y siguientes de autos.

El citado profesional al contestar el memorial sostuvo: “Al rechazar la excepción, el Juzgado se negó a trasladar la discusión a un tribunal extranjero renunciando a la aplicación de normas de orden público que establecen la competencia territorial nacional, y, en consecuencia, se declaró hábil legalmente para entender en la cuestión. La pregunta obligada es: ¿Quién es competente para resolver cuestiones de Derecho Público Paraguayo: los tribunales paraguayos o los argentinos? Las cuestiones de

competencia interesan al orden público (LLP 1.985/2-255). Si lo que se discute es un contrato donde se defienden los derechos de una propiedad paraguaya, en base a una ley de protección de empresas paraguayas promulgada precisamente en defensa de las empresas locales contra la voracidad de las multinacionales extranjeras, ¿cuál es el tribunal competente: el nacional o un extranjero?”.

Agrega igualmente: “Todo el esfuerzo retórico de la adversa está destinado a confundir la cuestión. Al sacarla de su contexto, para que V.S. advierta que la prórroga de jurisdicción pactada es ilegal porque contraviene lo que dispone el Art. 3° del Código Procesal Civil, que prohíbe el desplazamiento de la competencia territorial a favor de jueces extranjeros. La protección de la adversa de ampararse en la Ley 597/95 también resulta estéril, pues la ley no es aplicable al caso sub-exámene, porque la ley no tiene efecto retroactivo (Art. 14 de la Constitución Nacional). El contrato fue firmado en el año 1991 y la Ley que ratifica el Protocolo de Buenos Aires es del año 1995”. Sostiene, igualmente, que “el Art. IX del contrato es leonino, y por lo mismo nulo”.

Además, agrega, “que los tratados de Montevideo de 1890 y 1940, la jurisdicción competente en acciones personales en esos tratados es la de los jueces del lugar a cuya ley está sujeto el acto jurídico materia del juicio (Art. 56). Y en el sub-exámene se discute la protección que la Ley N° 194/93 ofrece a las personas físicas o jurídicas domiciliadas en el Paraguay, contra los fabricantes y firmas del exterior a las cuales representan o cuyos productos distribuyen en el país. Mal podría, por lo tanto, el contrato de representación de los productos de la marca Tupperware estar sujeto a la ley Argentina.

Antes, “el representante de la parte actora abordó también el tema de la naturaleza del contrato de representación, calificándolo de leonino, así como tildándolo de contrato de adhesión, con cláusulas abusivas, que por este motivo debe declararse nulo el Art. IX del contrato de marras”.

También sindicó “que la cláusula citada del Contrato de fs. 9 y sgtes., a la luz del Art. 4° de la Ley N° 597/94, deja librado a la voluntad de las partes establecer los tribunales competentes en la región, siempre que tal acuerdo no haya sido obtenida en forma abusiva”.

De las constancias de autos, sigue diciendo el doctor Ortiz Pierpaoli, se observa que la firma “Distriware S.R.L.” demanda a “Dart Argentina S.A.”, por indemnización de daños y perjuicios, repetición de lo pagado y

resolución de contrato, en los términos del escrito de promoción de demanda de fs. 234/253 de autos.

La demandada "Dart Argentina S.A.", antes de contestar la misma, dedujo como de previo y especial pronunciamiento, la Excepción de Incompetencia de Jurisdicción, en los términos de su presentación de fs. 288 y siguientes.

La deducción de la citada defensa procesal se fundamenta en el hecho de "que la parte actora, en su pedido de resolución de contrato de fs. 244, señaló que Dart Argentina S.A. violó el contrato de representación, distribución y ventas de productos 'Tupperware' al sobrefacturar los productos proveídos. Este claro incumplimiento de mala fe del contrato autoriza a mi parte a solicitar la resolución y así lo hago". En consecuencia fundamenta este pedido en la disposición del Art. 725 del Código Civil.

El instrumento que crea la relación obligacional entre ambas sociedades está agregado a fs. 9 y sgtes. de autos, precedido del acta de designación de fs. 5. El citado contrato de representación crea un vínculo entre las partes por el que "Dart Argentina S.A." concede a "Distriware S.R.L." licencia por los derechos no exclusivos para la distribución y venta en la República del Paraguay de una línea de productos plásticos para uso doméstico, juguetes y otros productos plásticos de la marca registrada "Tupperware", habilitándole a actuar como importador autorizado de las citadas mercaderías y a vender las mismas por los precios y bajo las condiciones vigentes en cada caso, conforme a las cláusulas del referido contrato.

La impugnación del contrato de fs. 9, por la parte actora, se refiere al Art. 9° del mismo, que dice lo siguiente: "Jurisdicción y ley aplicable: Este Contrato está sujeto y será interpretado de acuerdo con las leyes de la República Argentina. Cualquier disputa o controversia que no pueda ser resuelta de una manera amigable por las partes será sometida a los tribunales comerciales ordinarios de la ciudad de Buenos Aires, República Argentina, jurisdicción que expresamente pactan en este caso".

La firma comercial paraguaya "Distriware S.R.L.", a través de la presente acción sostiene que "este contrato de representación es nulo, bajo las leyes paraguayas y la doctrina internacional". Porque "establece la prórroga de la competencia territorial natural de los jueces del Paraguay, contra la norma clara e inequívoca contenida en el Art. 3° del Código Procesal Civil.

Esta norma es de orden público y basta para anular la prórroga de competencia establecida en el Art. IX del Contrato”.

Por su parte, sustenta la parte demandada, “que su principal tiene su domicilio constituido en la República Argentina, y que el contrato fue firmado en el citado país. Que la constitución de dicho domicilio se halla expresamente reconocida en el escrito de demanda y que el contrato impugnado nada tiene que ver con los contratos de adhesión. Que en él no se encuentra ninguno de los requisitos establecidos en el Art. 691 del Código Civil, para que el mismo revista el carácter de leonino, razón por la cual no puede pedirse nulidad alguna”.

Asimismo, aduce que luego del vencimiento del contrato, después de un año de vigencia, se dieron nueve sucesivas renovaciones fictas, y que, inclusive, la misma parte actora lo inscribió en el Registro Público de Comercio de nuestro país en fecha 17 de enero del año 2001, sin reserva alguna, en forma voluntaria, sin ninguna clase de persuasión de su representada. Además, al tiempo de inscripción del referido contrato en el año 2001, ya estaba en vigencia el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en materia Contractual, aprobado por Ley N° 597 de fecha 15 de junio de 1995.

Cita, igualmente, en abono de su Excepción de Incompetencia de Jurisdicción algunas disposiciones constitucionales como los Arts. 137 y 141 de nuestra Carta Magna.

Asimismo, se remite a los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, que reconocen la aplicación de la ley local para la controversia suscitada en los litigios de carácter internacional entre particulares, pidiendo finalmente que, previo cumplimiento de los trámites de estilo, el Juzgado dicte resolución haciendo lugar a la excepción deducida, con costas.

Que, corrido traslado de la antecedente excepción a la parte actora, esta la evacuó en tiempo hábil, negando los fundamentos de la misma en los términos de su escrito de fojas 296 de autos.

Trabada que quedó la litis en la excepción, el Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil del 10° Turno, dictó el A.I. N° 1.811 (debiendo ser S.D.), en fecha 14 de octubre del año 2002, rechazando, con costas, la defensa articulada por “Dart Argentina S.A.”. Se basamenta esta resolución en el presupuesto de que “no puede discutirse –como de previo y especial pronunciamiento– esta Excepción de Incompetencia de Jurisdicción cuando la misma está fundada en un artículo del contrato, base de la acción cuya

validez y legalidad está cuestionada por la parte actora”. “Que por las mismas razones citadas más arriba tampoco es posible analizar la validez de la norma –del Art. IX del contrato– a la luz del Art. 597/95, que ratifica el Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual, pues el in fine del Art. 4° subordina el valor de la prórroga de jurisdicción pactada, 'a que tal acuerdo no haya sido obtenido en forma abusiva'. Agregando, además, que 'de eso precisamente se trata esta discusión', para concluir manifestando que 'luego se vuelve imposible la discusión.’” Sostiene igualmente el fallo recurrido que “tampoco ayudan mucho los tratados de Montevideo de 1989 –debiendo ser 1889– y 1940, pues en ellos la jurisdicción en las contiendas privadas internacionales no se determina por acuerdos de partes, sino por el lugar a cuya ley está sujeto el acto jurídico materia del juicio (Art. 56), que en este caso es una ley paraguaya de empresas locales”.

Contra el citado pronunciamiento se alza en esta instancia la representante de la firma Dart Argentina S.A., a través de los Recursos de Nulidad y Apelación contra el A.I. N° 1.811, del 14 de octubre del 2002, en su presentación de fs. 307 y sgtes. de autos.

Como fundamento del Recurso de Apelación, sostiene la recurrente que la parte actora no probó en autos los extremos en que funda la nulidad del Art. IX del Contrato. Aduce también que la acción para demandar la nulidad ya caducó. Igualmente, manifiesta que la resolución impugnada.

No se fundamenta en expresas disposiciones constitucionales, como los Arts. 137 y 141 de nuestra Carta Magna. Además, el fallo “contiene imprecisiones, vaguedades? y hasta contradicciones” violando principios elementales del derecho procesal cuando ella manifiesta que “no puede discutirse como de previo y especial pronunciamiento la incompetencia de jurisdicción”, lo que consagra el absurdo jurídico de que la misma debe resolverse al momento de dictar sentencia definitiva. Por tales razones, pide la revocatoria del auto apelado, con costas.

Que analizados los antecedentes de estos autos se infiere que el primer punto del escrito de expresión de agravios debe ser rechazado en esta instancia, teniendo en cuenta que las pruebas reclamadas por la misma a esta altura del procedimiento ya no corresponden, porque por providencia de fecha 12 de agosto del año 2002, la inferior, a fs. 299 de autos, tuvo por contestado el traslado de la excepción de incompetencia de jurisdicción en los términos de su presentación de fs. 296/299, llamando

directamente autos para resolver, sin decretar la apertura a prueba de la misma o declarar la cédula respetiva de fs. 300. Consecuentemente, como lo tiene resuelto la jurisprudencia constante y uniforme de nuestros tribunales, cuando el juzgado llama directamente autos para resolver, sin declarar la apertura de la excepción a prueba o la cuestión de puro derecho, se considera que esta resolución en forma implícita declara la cuestión de puro derecho, y en consecuencia ella debe ser notificada por cédula, como ocurrió en el sub-júdice. Esta providencia, en consecuencia, debió ser recurrida o apelada a los efectos de ofrecer los elementos probatorios disponibles. Así, desde que no se implementó este trámite ya no se puede invocar la falta de pruebas en esta instancia. Porque estos hechos primero deben ser resueltos en la instancia inferior. Como lo tiene resuelto la jurisprudencia de nuestros tribunales, no pueden plantearse ante el Tribunal de apelación cuestiones no planteadas y resueltas ante el Juzgado que dictó la resolución.

En cuanto al segundo punto sostenido en el escrito de expresión de agravios, creo que la recurrente tiene razón. Es decir, que considerando desde el punto de vista objetivo el caso que nos ocupa, ya caducó para la actora el derecho para pedir la nulidad del contrato, específicamente el Art. IX, por cuanto la misma consintió durante más de diez años la vigencia del contrato que ahora impugna, como expresamente lo reconoce a fs. 242 y 243 de autos. Las prórrogas en forma sucesiva y ficta del contrato tiene plena validez en estos autos, porque la nulidad lo solicita recién en este tiempo la demandante, y más aun teniendo en cuenta que por la Cláusula V solamente debía durar un año.

Sin embargo, en forma sucesiva ambas partes fueron consintiendo la renovación del mismo en forma automática. Prueba de este aserto lo constituye la inscripción del mismo contrato en el Registro Público de Comercio el 17 del mes de enero del año 2001, pidiendo su nulidad en estos autos el 23 de octubre del mismo año, fecha de inicio de este juicio, conforme al cargo puesto a fs. 253 vto.

Por tanto, al invocar la actora el ejercicio abusivo del derecho por “Dart Argentina S.A.”, como lo hace al referirse al Art. 372 del Código Civil, así como el carácter de leonino del mismo, necesariamente debe traerse también a colación, como lo hace la parte actora a fs. 251, el Art. 671 del mismo cuerpo legal, que legisla sobre la teoría de la lesión del derecho. Por tanto, remitiéndonos al Título I del Código Civil, referente a los contratos

en general, y muy especialmente a las disposiciones comunes, dicho Art. 671 establece que “si uno de los contratantes obtiene una ventaja manifiestamente injustificada, desproporcionada con la que recibe el otro, explotando la necesidad, la ligereza o inexperiencia de este, podrá el lesionado –en este caso Distriware– dentro de dos años demandar la nulidad del contrato o su modificación equitativa.....”.

Sobre la naturaleza jurídica de este tipo de actos, el doctor Bonifacio Ríos Avalos en su libro “La lesión –Como vicio en los Actos Jurídicos–”, en la página 133 de la edición del año 1991, sostiene en forma categórica que: “? la figura de la lesión no constituye vicio del consentimiento, porque quien ejecuta el acto voluntariamente lo hace conociendo el acto realizado. Por otro lado, el lesionante por acción propia no constriñe a la otra parte la realización del acto pernicioso para sus intereses, ni tampoco provoca la conducta de lesionado para obrar y cometer un error”. De estas consideraciones se colige que la acción para pedir la nulidad del contrato ya caducó para la demandante. Y de hecho así lo admitió la misma al prorrogar indefinidamente durante 10 años el contrato cuyo Art. IX ahora en el año 2001 quiere anular.

Respecto al presupuesto del Art. 725 del Código Civil, también invocado por la actora, esta disposición se refiere al fondo de la demanda principal, por lo que no corresponde emitir juicio alguno en la presente excepción, que solo comprende la parte procesal de la competencia del Juez que debe entender en estos autos, debiendo ser estudiado el mismo en la sentencia definitiva a ser dictada en su oportunidad.

Sobre la teoría de la lesión arriba estudiada, la doctora María Zuccolillo de Vouga, en su libro: “La teoría de la lesión en los actos jurídicos”, en la página 147 de la edición del año 1992, comentando el Art. 671 arriba citado, sostiene lo siguiente: “Entendemos que el plazo de dos años que se concede a la víctima para demandar la nulidad del contrato o su modificación, es un plazo de caducidad y no de prescripción, lo que implica que su curso no se altera por la influencia de acontecimientos extraños y no está sujeto a suspensión. El plazo debe transcurrir inexorablemente, salvo que se produzca algún hecho que impida la caducidad, que constituye precisamente el ejercicio de la acción”. Tal como ocurre en el sub-exámene.

Otro de los fundamentos de “Distriware S.R.L.”, para impugnar la presente Excepción de Incompetencia de Jurisdicción, es la disposición del Art. 3° del Código Procesal Civil. Esta norma dispone que “la competencia

atribuida a los jueces y tribunales es improrrogable. Exceptúase la competencia territorial, que podrá ser prorrogada por conformidad de partes, pero no a favor de jueces extranjeros, salvo lo establecido en leyes especiales”.

En consecuencia, sostiene la parte actora que la jurisdicción y la competencia territorial es de orden público y no puede desplazarse a favor de jueces extranjeros por principios de soberanía nacional.

Sobre este punto, el procesalista argentino J. Ramiro Podetti, en su libro “Tratado de la Competencia”, en la página 472, opina al respecto sosteniendo que “la jurisdicción (en realidad la competencia) territorial 'podrá ser prorrogada de conformidad de partes' ya que la franquicia se funda en que la competencia territorial tiene como principal fundamento el interés de los litigantes, las ventajas que ellos derivan de tener al Juez próximo a su domicilio, al lugar del cumplimiento de la obligación del contrato o del hecho que da ocasión al litigio. La cláusula que fija un domicilio especial y prorroga la jurisdicción (competencia) territorial es válida y produce sus efectos cualquiera sea el domicilio de las partes, lugar de celebración del contrato o de la entrega o pago, siempre que no se lesione el orden público”.

En cuanto a la prórroga tácita, sostiene también el autor arriba citado que “la prórroga tácita? es más general porque resulta de la no deducción en tiempo oportuno, según el trámite del juicio, la declinatoria o la excepción de incompetencia. La cuestión de hecho es sencilla, cuando se trata simplemente de que se ha dejado la oportunidad procesal de plantear la cuestión, quedando así preclusa la facultad de oponerse a la prórroga (ídem obra, página 473). Al parecer, esto último es lo que ocurrió en estos autos. Con la diferencia de que aquí la parte demandada dedujo en tiempo hábil la Excepción de Incompetencia de Jurisdicción. A contrario sensu, la parte actora dejó transcurrir los dos años previstos en el Art. 671 del Código Civil para pedir la nulidad del contrato o su modificación equitativa.

Por su parte, el doctor Hernán Casco Pagano, en su conocida obra sobre el Código Procesal Civil, Comentado y Concordado, en la página 45 manifiesta que: “la competencia por lo general es una cuestión de orden público y tiene carácter absoluto, salvo la territorial, que es relativa”. Y agrega el citado procesalista compatriota que “la competencia territorial es relativa y, por ende, renunciabile por las partes en razón de que básica-

mente se halla determinada por el domicilio de las personas (*Forum rei*), o la situación de la cosa (*Forum rei sitae*)”.

En cambio, prosigue el citado autor en la página 30 de su misma obra “la competencia por razón de la materia, el valor, el grado y el turno, es absoluta, porque está fundada en una división de funciones que por afectar el orden público no pueden ser modificadas por las partes ni por el juez”.

Pero volviendo a las actuaciones del presente proceso, tenemos que la misma parte actora aceptó y consintió la jurisdicción de los jueces y tribunales argentinos al notificar esta demanda en el domicilio de “Dart Argentina S.A.”, mediante el respectivo exhorto, cumpliéndose esta diligencia de acuerdo al procedimiento vigente en el citado país, así como la notificación respectiva y demás trámites, todos agregados de fs. 255 a 281. El testimonio de poder otorgado a su representante legal también fue tramitado en la capital argentina, como consta de fs. 283 a 287, de acuerdo a las formalidades y prácticas procesales de la citada República. Asimismo, las actividades cumplidas en ejercicio del contrato de fs. 9 y sgtes. fueron todas efectuadas desde la localidad de Resistencia, como consta en las actuaciones de fs. 161 a 182. Igualmente, los señores Luis Alfredo Carcedo y su esposa señora Nancy Estela Melgarejo de Carcedo, socios gerentes de la firma “Distriware S.R.L.”, a los efectos de la firma del contrato ahora impugnado se han desplazado hasta la Ciudad de Buenos Aires para el efecto. Y fue en esta ocasión en que ellos voluntariamente pactaron la jurisdicción territorial de jueces y tribunales argentinos en caso de desavenencias en las cuestiones relativas al contrato. Además, la fábrica de los productos representados, así como la marca registrada de los mismos, todas se hallan asentadas en la República Argentina. En consecuencia, lo más lógico es que las citadas relaciones pactadas en el contrato se rijan por el ordenamiento jurídico de dicha nación, resultando un tanto inverosímil que toda la infraestructura detallada más arriba se rija bajo las disposiciones de una ley nacional, así como bajo la jurisdicción de jueces paraguayos a través de la Ley N° 194/93.

Por otro lado, en lo atinente a la aplicación de las disposiciones constitucionales sustentada por la demandada, es de rigor admitir que toda resolución dictada por el órgano jurisdiccional debe adecuarse en primer término a las normas previstas en la Carta Magna.

En efecto, el Art. 137 de la Constitución Nacional establece la supremacía de la misma como Ley Suprema de la República. Y agrega que esta, los tratados, acuerdos y convenciones internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso, y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el Derecho Positivo Nacional, en el orden de prelación enunciado?, y termina diciendo que “carecen de validez todas las disposiciones o actos de autoridad opuestos a lo establecido en esta Constitución”. Concuera con esta norma el Art. 141 de la citada Ley Fundamental.

Consecuentemente, tenemos que el orden de prelación de las leyes, que debe ser tenido presente por jueces y tribunales al momento de dictar sus fallos, se encuentran constreñidos a que en primer lugar para la dilucidación de los casos concretos sometidos a su consideración debe ser la aplicación de las normas de la Constitución Nacional. En segundo lugar los tratados, acuerdos y convenios internacionales, aprobados y ratificados, y posteriormente las leyes y demás disposiciones de menor jerarquía.

En el sub-exámene, por Ley N° 597/95, la República del Paraguay aprobó el Protocolo de Buenos Aires, de fecha 5 de agosto de 1994, sobre jurisdicción internacional en materia contractual. Dicho protocolo forma parte del Tratado de Asunción, por cuya virtud fue creado el Mercosur. En la mencionada ley internacional se establece cuanto sigue: “El presente Protocolo se aplicará a la jurisdicción contenciosa internacional relativa a los contratos internacionales de naturaleza civil o comercial celebrados entre particulares, personas físicas o jurídicas: a) con domicilio o sede social en diferentes estados partes del Tratado de Asunción y b) cuando por lo menos una de las partes del contrato tenga su domicilio o sede social en un estado parte del Tratado de Asunción y, además, se haya hecho un acuerdo de elección de foro a favor del juez de un estado parte y exista una conexión razonable, según las normas jurídicas de este protocolo” (Art. 1°, Ley N° 597/95).

Dispone al mismo tiempo el Art. 4° de la misma Ley, que: “En los conflictos que surjan en los contratos internacionales en materia civil o comercial, serán competentes los tribunales del estado parte a cuya jurisdicción los contratantes hayan acordado someterse por escrito, siempre que tal acuerdo no haya sido obtenido en forma abusiva”. Y, por último, tenemos también el Art. 11 de este instrumento internacional en plena vigencia que se adecua perfectamente al presupuesto de autos, al disponer

que: “Las personas jurídicas con sede en un estado parte que celebren contratos en otro estado parte pueden ser demandados ante jueces de este último” (sic).

El Art. 4° de este Tratado está limitado por una condición. Es decir, que para su aplicación en forma libre y espontánea debe ser “? siempre que tal acuerdo no haya sido obtenido en forma abusiva”, lo cual significa que, para su aplicación, este último requisito debe ser demostrado en juicio, presupuesto este que no se da en este proceso.

Sin embargo, a mi entender, el Art. 11 de la citada norma internacional es de aplicación pura y simple; es decir, que en nuestro caso está dado también a favor de la jurisdicción y competencia de los tribunales argentinos, en razón de no existir obstáculo de índole jurídica o procesal que impida su aplicación libre y espontánea.

En estas condiciones, creo que el A.I. N° 1.811, del 14 de octubre del 2002, dictado por el Juzgado del 10° turno está totalmente en el lado opuesto de las normas internacionales superiores antecedentemente citadas.

En consecuencia, la limitación del Art. 3° del Código Procesal Civil invocado por la parte actora, en el sentido de que la jurisdicción no puede desplazarse a favor de jueces extranjeros, cede ante la contundencia de los Arts. 137 y 141 de la Constitución Nacional, así como ante las disposiciones de la Ley N° 597/95, y muy especialmente teniendo en cuenta el Art. 11 de este cuerpo legal internacional.

Asimismo, respecto a la afirmación del representante de la firma demandante referente al hecho de que no es admisible, en nuestro caso, la aplicación de la Ley N° 597/95 por no estar permitida la aplicación retroactiva de la ley en virtud del Art. 14 de la Constitución Nacional, no tiene asidero legal alguno, teniendo en cuenta que el Contrato de Representación firmado en el año 1991, se halla vigente, en virtud de las sucesivas prórrogas automáticas y fictas consentidas por ambas partes, que inclusive fue inscripto en el Registro Público de Comercio de nuestro país recién en fecha 17 de enero del año 2001 como prueba irrefutable de este hecho.

Con este criterio sustentado por la parte actora, tampoco serían aplicables a su favor las disposiciones de la Ley N° 194/93, cuyo sustento principal se basamenta en la vigencia de esta ley para promover esta demanda... porque habiéndose firmado el Contrato de Representación entre las partes en el año 1991, como expresamente lo reconoce, la Ley N°

194/93 es de fecha 17 de junio del año 1993, lógicamente es también de fecha posterior al contrato firmado en el año 1991, y por las mismas razones invocadas por la actora no podría tampoco aplicarse con carácter retroactivo en virtud de la norma constitucional arriba individualizada.

Asimismo, el Art. 3° del Protocolo de Buenos Aires, sobre jurisdicción internacional en materia contractual, aprobado por Ley N° 597/95, respecto al momento de la elección de la jurisdicción, establece que el mismo puede acordarse “en el momento de la celebración del contrato” (como el caso en estudio), “durante su vigencia” (como se da en el caso de autos) “o una vez surgido el litigio” (como ocurre también en el sub-exámene).

Los tratados de Montevideo de 1889 y 1940 aprueban que las acciones personales se diriman ante los jueces del domicilio del demandado, siendo competentes los jueces del lugar a cuya ley está sujeto el acto jurídico objeto del proceso. Y, en el sub-júdice no pueden existir dudas de que la parte demandada tiene su domicilio en la República Argentina, como se acredita con los documentos tramitados en dicho país para la notificación de esta demanda, agregados de fs. 258 a 261, y las demandas que contienen este proceso son acciones personales, como lo constituyen la “repetición del pago indebido”, la “resolución del contrato” y la “indemnización de daños y perjuicios”. Es decir, la relación jurídica entre las partes son acciones personales entre personas jurídicas particulares que no afectan al orden público, porque las acciones intentadas son de carácter relativas.

De todo lo precedentemente expuesto, surge que la disposición de la última parte del Art. 3° del Código Procesal Civil que autoriza que la incompetencia territorial podrá ser prorrogada por conformidad de partes pero no a favor de jueces extranjeros, cede ante las disposiciones de los artículos 137 y 141 de la Constitución Nacional, así como en virtud de la Ley N° 597/95 sobre jurisdicción internacional en materia contractual y los convenios de Montevideo de los años 1889 y 1940, en las formas arriba referenciadas y, por último, por el Art. 62 del Código Civil, que según el doctor Hernán Casco Pagano, en su obra más arriba citada, sostiene que “de acuerdo con el Art. 62 del Código Civil, la constitución de un domicilio especial en un acto jurídico implica la prórroga de la competencia territorial. Es de advertir que el Código Civil utiliza en dicho artículo la expresión jurisdicción como sinónimo de competencia territorial” (ver página 47, primer tomo).

En consecuencia, tratándose el juicio que nos ocupa de acciones personales, como la contenida en el contrato agregado a estos autos, no existe a mi entender ningún tipo de violación de la soberanía nacional, por cuanto las operaciones pactadas en el citado acuerdo de voluntades, no tienen carácter absoluto, sino solamente carácter relativo porque exclusivamente afectan derechos particulares que pueden ser objeto de arreglo entre las mismas. Por último, habiéndose resuelto esta excepción de incompetencia de jurisdicción por la inferior por medio de un auto interlocutorio, debiendo ser por sentencia definitiva, la jurisprudencia tiene resuelto sobre este punto que “si bien es cierto la resolución debió recaer en forma de sentencia definitiva y no de auto interlocutorio, sin embargo, se viene sosteniendo que cuando la resolución reúne todos los elementos como para decidir la cuestión, ella no resulta nula, por el principio de economía procesal y de que no existe nulidad en el solo beneficio de la ley, bastando que ella sea suficientemente fundada y motivada; es decir, cuando en el considerando se expone todo cuanto requiere el decisorio; en consecuencia, el vicio formal como el acontecido no tiene la suficiente gravedad como para que, por ese solo hecho, deba procederse a la nulidad o revocatoria de la resolución, ya que cualquier otro agravio puede ser reparado por la vía del recurso de apelación? porque el concepto de sentencia definitiva surte sus efectos, independientemente de la forma que adopte o del nombre que se le dé, siempre y cuando ponga fin a la contienda” (Ac. y Sent. N° 14 del 28 de febrero del 2001, Trib. Ap. Enc. 1ª Sala. Repertorio Jurispr. “La Ley”, Tomo 24, Año 2001, Pág. 213, N° 27).

Por tanto, atento a lo brevemente expuesto, voto por la revocatoria, con costas, de la resolución apelada.

A su turno, el doctor Carmelo Castiglioni, dijo: a la primera cuestión, que se adhiere al voto del colega por los mismos fundamentos y con los mismos alcances.

A la segunda cuestión, el doctor Carmelo A. Castiglioni prosiguió diciendo: Comparto los mismos fundamentos del colega preopinante, pero que dada la importancia de la cuestión puesta a consideración de este Tribunal, creo necesario hacer algunas consideraciones sobre la excepción de incompetencia, no para variarlo, sino más bien para acompañar el argumento expuesto con mucha prolijidad y sapiencia jurídica.

La mencionada excepción se funda en que aun habiéndose pactado en el contrato que sirve de base a la demanda que la jurisdicción compe-

tente es la extranjera (Rca. Argentina), razones de orden público deben hacer prevalecer la competencia de la jurisdicción local.

Precisamente sobre la noción de orden público es necesario detenerse, pues cuando en la relación jurídica que ocasiona el conflicto uno de sus elementos es internacional, entonces, el concepto del mismo debe ser cuidadosamente dilucidado para establecer si se trata de norma de orden público internacional o es simplemente orden público local. Esto es así porque cuando el mismo es tomado como un mecanismo de defensa debe ser admitido con sentido restrictivo y solo cuando colisiona con el orden público internacional... La doctrina llama atención sobre el punto señalando que el concepto de orden público local difiere con el que se tiene el mismo en el orden internacional. El orden público nacional solo trata de que no se derogue la norma por voluntad de los particulares, lo cual es diferente al caso que atiende un elemento internacional, en cuyo caso se crea la necesidad de establecer la norma de conflicto. En este caso, el orden público tiene un carácter relativo y solo puede considerarse tal cuando afectan ciertos valores que sean capaces de destruir los valores en que se sustentan la soberanía y la competencia, y no es tal cuando existe elemento internacional en la relación jurídica. Establecida la relatividad del concepto de orden público en materia de derecho internacional, debe dilucidarse si aplicar el orden público “a priori”, lo cual implica hacerlo directamente antes de considerar la norma de conflicto, lo cual sería también negar el Derecho Internacional.

El jurista compatriota Roberto Ruiz Díaz Labrano nos propone una solución a este problema, cuando dice que “no cabe la excepción a la aplicación de la norma extranjera competente sino solo cuando contravenga de un modo manifiesto el orden público. Esto implica el reconocimiento de un principio que va más allá de un interés particular, aunque público, de acuerdo a la caracterización legislativa local, sino de aquellos de carácter general, fundamentales y trascendentes, contemplados en el orden jurídico de un estado”. En el caso de autos, en el artículo noveno del contrato se ha pactado no solo la competencia de un tribunal extranjero, sino ambas partes están de acuerdo en que la cuestión debe resolverse bajo el imperio de las leyes de la República Argentina. Entonces, no podría existir orden público afectado si se considera que ambas partes están de acuerdo en la aplicación de la ley extranjera, hecho permitido por nuestra legislación, como lo dispone el Art. 22 del Código Civil, por lo que no existe en nuestro

caso ley de orden público afectada, sino se ha cuestionado solamente la aplicación de la ley de fondo de dicho país. No puede prevalecer nuestro orden público local en un contrato que se celebró en el extranjero, y en el que se convino por los mismos contratantes aceptar el imperio de dichas leyes sustantivas (no fue cuestionado por ninguno de los contratantes) ni de normas en conflictos y en base de los cuales se pactó que el tribunal competente es el de dicho país. El Art. 3° del Código Procesal Civil que se pretende prevalecer fue transcrito parcialmente por el excepcionante, pues es cierto que se “establece el carácter improrrogable de la competencia territorial a favor de jueces extranjeros”, pero la última parte de este mismo artículo establece la relatividad del concepto del orden público cuando expresamente dispone “salvo lo establecido en leyes especiales”. El Protocolo de Buenos Aires del año 1994 sobre jurisdicción internacional en materia contractual, que forma parte del Tratado de Asunción que fundó el Mercosur, acogido por la Ley N° 597/95, es la ley especial, ya citada por el insigne preopinante, resuelve el problema en forma expresa, especialmente la parte que dice “serán competentes los tribunales del estado parte a cuya jurisdicción las partes hayan acordado someterse por escrito, siempre que tal acuerdo no haya sido obtenido en forma abusiva”. Entonces, el tema del orden público local cede ante esta norma, por no ser de orden público internacional, y ya solo queda por establecer si hubo o no cláusula abusiva. La justificación del excepcionante como un abuso por ser un contrato de adhesión, aparte de no estar demostrado, nada tiene que ver con la forma abusiva de obtenerse el contrato. Un contrato de adhesión es legal y legítimo, y debe demostrarse el abuso que distorsione la voluntad para que surta efecto la excepción establecida en la ley para cuestionar la jurisdicción. El excepcionante no lo ha hecho, pero además no hubo derogación de la competencia, pues el excepcionante se ha trasladado hasta Buenos Aires, República Argentina y, entonces, no se ha derogado la competencia que desde luego era del lugar donde se firmó el contrato y que se aceptó someterse a la ley de la misma. Hubiera sido diferente que firmándose en la Argentina se derogue la competencia y se la transfiera al Paraguay o viceversa. Al no justificarse el orden público invocado ni el abuso señalado en el Art. 4° de la Ley N° 597/94, adhiero al argumento del preopinante y voto por la revocatoria de la resolución recurrida, haciendo lugar a la excepción de incompetencia, con costas. Es mi voto.

TRIBUNAL DE APELACIÓN CIVIL Y COMERCIAL

A su turno, el doctor Linneo Ynsfrán Saldívar manifestó adherirse a los votos precedentes por sus mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando conmigo los Señores Miembros de conformidad, quedando acordada la sentencia que 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, 5ª Sala,

Resuelve:

No hacer lugar al recurso de nulidad interpuesto en estos autos, por improcedente. Revocar, con costas, el A.I. N° 1.811 de fecha 14 de octubre del 2002, y en su reemplazo, hacer lugar, con costas, a la Excepción de Incompetencia de Jurisdicción deducida por la firma Dart Argentina S.A. contra Taperware S.R.L., por los fundamentos sostenidos en el exordio de la presente resolución.

Anotese, registre, notifique y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Linneo Ynsfrán Saldívar. Fremiort Ortiz Pierpaoli. Carmelo A. Castiglioni.

Ante mí: Abg. Edgar Rivas Laguardia. Actuario Judicial.

AUTO INTERLOCUTORIO N° 994

***Cuestión debatida:** El fallo analiza los fundamentos del agravio expuesto por el apelante y el conflicto central se dio en el cuestionamiento de la decisión del juez, se reputa como válida la cláusula arbitral contenida en el contrato de distribución suscripto por las partes, según la cual este caso debe resolverse ante un Tribunal Arbitral establecido en la República de Corea y bajo la ley coreana, donde fija domicilio Kia Motors.*

LEY N° 194/93. COMPETENCIA. Declaración de incompetencia en razón a la materia.

La declaración de incompetencia, dispuesta por el Juzgado, se adecua a la Ley N° 194/91 que reglamenta los contratos de representación, y distribución de productos extranjeros dentro de la República del Paraguay.

El Art. 10° establece la regla general, el cual es someterse “A la competencia territorial de los Tribunales de la República”. Pero a renglón seguido establece la excepción a esa regla, cual es transigir el arbitraje (sea nacional o extranjero) como medio alternativo de solución a la justicia ordinaria. La única condición para recurrir al arbitraje es que no haya recaído sentencia definitiva firme. En autos, no hay sentencia firme y ejecutoriada, por tanto, estando pactado debe recurrirse al arbitraje y siendo una cuestión patrimonial, entonces, el Juzgado solo debe declararse incompetente y, ya no debe pronunciarse sobre otras cuestiones. No puede pronunciarse sobre ninguna otra cuestión porque al carecer de competencia su declaración ya devendría inútil.

CONTRATO. Contrato de distribución. JUICIO ARBITRAL. Cláusula arbitral.

Habiéndose pactado en el contrato de distribución (fojas 6 al 59 de autos) que las partes recurrirían al arbitraje como medio de solución del conflicto derivados de dicho contrato, el demandante debió pedir la nulidad de dicha cláusula al promover la demanda y no resulta suficiente alegar por la misma parte, que la cláusula que establece el arbitraje “es nula, de nulidad insanable y sin efecto jurídico alguno”. En todo caso es el órgano jurisdiccional competente quien debe establecer si dicha cláusula es o no es nula. La sola alegación de la nulidad sin pedirla expresamente hace que dicha cláusula quede subsistente y con pleno efecto, pues la declaración unilateral de la nulidad no integra la *litis* y el arbitraje comprometido surte pleno efecto. La nulidad de dicha cláusula al no ser solicitada en forma expresa no integra la *litis*, y por tanto quedó subsistente la cláusula 33 donde se pactó el arbitraje.

LEY N° 194/93. PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. ORDEN PÚBLICO.

La apelante sostiene que la autonomía de la voluntad no puede prevalecer sobre una norma de orden público. El mismo Art. 10 de la Ley N° 194/91, en todo caso es una norma de orden público interno pero no de orden público internacional. Por otra parte, el hecho de comprometerse al arbitraje en el contrato de distribución y no haberse pedido la nulidad y, además, autorizarse por la propia ley la legalidad del compromiso arbitral en el contrato de distribución, hace que ya nada pueda cambiar la cuestión de competencia. El Juzgado acertadamente se declaró incompetente.

LEY N° 194/93. COMPETENCIA. Declaración de incompetencia en razón a la materia. JURISDICCIÓN. Ley aplicable.

En cuanto a la apelación de la parte demandada, cabe señalar que el segundo punto de la sentencia debe ser revocada. Porque, si el Juzgado se declaró incompetente, no puede pronunciarse válidamente sobre ninguna de las otras cuestiones planteadas ni siquiera para la determinación de la *lex foris*. De hecho es el órgano jurisdiccional competente quien debe determinar la ley aplicable. Al no tener competencia carece de jurisdicción para resolver cualquier otra cuestión ajena a su competencia. Pero además, no se ha planteado el problema de la *lex fori* como una cuestión de derecho, y el juzgado no puede expedirse sobre lo no se ha propuesto y menos aun cuando no tiene competencia. Es un absurdo que un órgano jurisdiccional incompetente, señale a otro cual es la ley aplicable en violación al Art. 22 del Código Civil. El órgano competente es quien debe decidir la ley aplicable. Las costas a cargo de la parte actora.

TApel. Civ. y Com. Quinta Sala. 01/12/04. “Gunder I.C.S.A. c/ Kia Motors Corporation s/ Indemnización de Daños y Perjuicios” (A. I. N° 994).

VISTOS: Los recursos de nulidad y apelación, interpuestos por ambas partes, contra el A. I. N° 926 de fecha 17 de mayo de 2001, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Séptimo Turno; y,

CONSIDERANDO:

Que por la mencionada resolución el Juzgado resuelve, en primer lugar, hacer lugar a la excepción de convenio arbitral consecuentemente, se declara incompetente para entender en el juicio. En segundo lugar, resuelve declarar la nulidad parcial de la cláusula treinta y tres del contrato, en la parte que dispone la utilización exclusiva de la ley coreana, disponiendo que se debe aplicar en lo pertinente la Ley N° 194/91.

La parte demandante apela el primer punto de dicha resolución, pretendiendo que el Juzgado es competente, fundado en que la ley N° 194/91, es de orden público y que prevalece sobre la cláusula compromisoria arbitral pactada en el contrato presentado.

La parte demandada apela la segunda parte alegando que existe contradicción en la resolución.

En primer lugar corresponde expedirse respecto de la competencia.

El conflicto se ha originado en una demanda por daños y perjuicios por supuesto incumplimiento contractual sustentado en que no están dados los presupuestos que exige el mismo contrato de distribución para rescindir el mismo. El demandado ha alegado la incompetencia fundado en que está pactado el arbitraje como medio alternativo de resolución del conflicto, en el Art. 33 del contrato de distribución.

El apelante (demandante) sostiene que la Ley N° 194/91 es de orden público y por tanto es nula la cláusula del compromiso arbitral, en el entendimiento de que el contrato es de adhesión y que existe desigualdad entre las partes contratantes y conlleva un fraude a la ley.

La declaración de incompetencia dispuesta por el Juzgado, se adecua a la Ley N° 194/91 que reglamenta los contratos de representación, y distribución de productos extranjeros dentro de la República del Paraguay. El Art. 10° establece la regla general, el cual es someterse “A LA COMPETENCIA TERRITORIAL DE LOS TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA”. Pero a renglón seguido establece la excepción a esa regla, cual es transigir el arbitraje (sea nacional o extranjero) como medio alternativo de solución a la justicia ordinaria. La única condición para recurrir al arbitraje es que no haya recaído sentencia definitiva firme. En autos, no hay sentencia firme y ejecutoriada, por tanto, estando pactado debe recurrirse al arbitraje y siendo una cuestión patrimonial, entonces, el Juzgado solo debe declararse incompetente y, ya no debe pronunciarse sobre otras cuestiones. No puede pronunciarse sobre ninguna otra cuestión porque al carecer de competencia su declaración ya devendría inútil.

En el caso de autos, en el mismo contrato que sirve de base a la demanda, las partes han comprometido el arbitraje como medio de solución de los conflictos que deriven del mismo.

Habiéndose pactado en el contrato de distribución (fojas 6 al 59 de autos) que las partes recurrirían al arbitraje como medio de solución del conflicto derivados de dicho contrato, el demandante debió pedir la nulidad de dicha cláusula al promover la demanda y no resulta suficiente alegar por la misma parte, que la cláusula que establece el arbitraje “es nula, de nulidad insanable y sin efecto jurídico alguno”. En todo caso es el órgano jurisdiccional competente quien debe establecer si dicha cláusula es o no es nula. La sola alegación de la nulidad sin pedirla expresamente hace que dicha cláusula quede subsistente y con pleno efecto, pues la declaración unilateral de la nulidad no integra la litis y el arbitraje comprometido

surte pleno efecto. La nulidad de dicha cláusula al no ser solicitada en forma expresa no integra la litis, y por tanto quedó subsistente la cláusula 33 donde se pactó el arbitraje.

La apelante sostiene que la autonomía de la voluntad no puede prevalecer sobre una norma de orden público. El mismo Art. 10 de la Ley N° 194/91, en todo caso es una norma de orden público interno pero no de orden público internacional. Por otra parte, el hecho de comprometerse el arbitraje en el contrato de distribución y no haberse pedido la nulidad y, además, autorizarse por la propia ley la legalidad del compromiso arbitral en el contrato de distribución, hace que ya nada pueda cambiar la cuestión de competencia. El Juzgado acertadamente se declaró incompetente.

Además, al no ser alegada en la instancia originaria el fraude de la ley como causal de nulidad, tampoco puede discutirse en esta Instancia por ser una cuestión que no integra la litis.

La cláusula abusiva, que parece ser lo que quiso alegar el apelante, tampoco integró la litis y no puede ser discutida en esta instancia.

En cuanto a la apelación de la parte demandada, cabe señalar que el segundo punto de la sentencia debe ser revocada. Porque, si el Juzgado se declaró incompetente, no puede pronunciarse válidamente sobre ninguna de las otras cuestiones planteadas ni siquiera para la determinación de la *lex foris*. De hecho es el órgano jurisdiccional competente quien debe determinar la ley aplicable. Al no tener competencia carece de jurisdicción para resolver cualquier otra cuestión ajena a su competencia. Pero además, no se ha planteado el problema de la *lex fori* como una cuestión de derecho, y el juzgado no puede expedirse sobre lo no se ha propuesto y menos aun cuando no tiene competencia. Es un absurdo que un órgano jurisdiccional incompetente, señale a otro cual es la ley aplicable en violación al Art. 22 del Código Civil. El órgano competente es quien debe decidir la ley aplicable. Las costas a cargo de la parte actora.

OPINIÓN del DR. LINNEO YNSFRÁN SALDÍVAR.

A lo expuesto por el preopinante, deseo agregar algunas consideraciones que considero oportuno emitir para justificar mi adhesión al voto emitido precedentemente.

El fallo apelado resolvió en el ítem N° I, hacer lugar a la excepción de convenio arbitral y en el ítem N° II, el juez declara la nulidad parcial de la cláusula treinta y tres del contrato. Es decir, el conflicto presentado para la decisión del juez versaba o no en la competencia para entender el

juez en la litis planteada. Ello ocurrió a raíz de que las partes decidieron someter sus diferencias por “acuerdo” a un tribunal arbitral. Es decir, de conformidad a lo concertado por las partes la cuestión de decidir el conflicto quedó a cargo de un tribunal arbitral, por lo que la decisión del a-quo es correcta en el sentido de que procede la excepción planteada por la parte demandada dada de que no es de su competencia resolver la disputa y el contrato vigente entre las partes constituye un impedimento para su actuación irregular en el proceso. Por ende entiendo que la decisión adoptada por el a-quo es correcta y debe ser confirmada.

Ahora bien, cuando un juez o tribunal se declara incompetente, obviamente no puede entrar a analizar el fondo de la cuestión por que ella está reservada precisamente para el órgano apto para resolver el litigio. Entendemos que una vez resuelta la competencia el procedimiento y la resolución corresponde que lo haga otro juez u autoridad u órgano competente para ese efecto. Sin embargo, el juzgador inferior habiendo decidido su incompetencia estudio lo relativo a la nulidad de una cláusula y por la misma consideramos o entendemos es improcedente, corresponde su revocación a los efectos de subsanar una anomalía procesal que evidentemente produce agravio al órgano encargado de la decisión de la validez de la cláusula cuestionada y que estará a cargo de la decisión arbitral que surja del laudo que emitirán los árbitros competentes para ese efecto.

Corresponde por ende revocar el ítem n° II por corresponder en derecho. **ES MI OPINIÓN.**

POR TANTO, atento a lo brevemente expuesto, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, **QUINTA SALA;**

RESUELVE:

CONFIRMAR el primer punto de la resolución por el cual se declara incompetente.

REVOCAR, el segundo punto de la resolución por la que declara la nulidad parcial de la cláusula treinta tres del contrato que dispone la utilización de la ley del Estado de Corea, por las razones y alcances señalados más arriba.

IMPONER, las costas a la parte demandante.

ANOTAR, registrar, notificar y remitir un ejemplar a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

TRIBUNAL DE APELACIÓN CIVIL Y COMERCIAL

Magistrados: Linneo Insfrán Saldívar, Dr. Fremiort Ortiz Pierpaoli y Carmelo A. Castiglioni.

Ante mí: Edgar Agustín Rivas Laguardia, Actuario Judicial.

AUTO INTERLOCUTORIO N° 515

***Cuestión debatida:** En el presente fallo el recurrente se agravia de la Resolución recaída que declaró incompetente al magistrado de Paraguay por lo que corresponderá analizar si corresponde la aplicación de las disposiciones contenidas en la Ley N° 194/93 o las contenidas en el Protocolo de Buenos Aires y así establecer la Competencia o no de los Tribunales Paraguayos.*

LEY N° 194/93. COMPETENCIA. LEY N° 597/95. Protocolo de Buenos Aires del Mercosur.

Debemos discernir que el presente contrato no es de un consumidor final por lo tanto, esas reglas no le son aplicables al caso para establecer la competencia. El demandante, como se dijo tenía la representación de la demandada en la República del Paraguay y un contrato en el que expresamente estaba pactado la jurisdicción argentina aplicable al mismo.

Sin embargo, en el Protocolo de Buenos Aires, al que nos adherimos por Ley N° 597 y aprueba el “Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual” dispone que: En los conflictos que surjan en los contratos internacionales en materia civil y comercial serán competentes los tribunales del estado parte a cuya jurisdicción los contratantes hayan acordado someterse por escrito, siempre que tal acuerdo no haya sido obtenido en forma abusiva. Así mismo puede acordarse la prórroga a favor de tribunales arbitrales”. La regla general es la aplicación de jurisdicción que las partes hayan acordado. La única excepción es que el acuerdo se haya obtenido en forma abusiva. Desde luego que, cuando existe contradicción de normas, debe resolverse la contradicción de normas y en este caso para hacerlo debemos recurrir a la clásica *Lex Superioris* o sea la prevalencia constitucional de la norma internacional que es de jerarquía superior sobre la norma jurídica interna.

LEY N° 194/93. COMPETENCIA. LEY N° 597/95. Protocolo de Buenos Aires del Mercosur.

De esto se deduce que para resolver el caso debemos recurrir al Protocolo de Buenos Aires del Mercosur, que es la norma aplicable, por ser el Paraguay parte de dicho instrumento internacional. En el caso de autos, existe en el mismo contrato una cláusula donde las partes contratantes han aceptado en la jurisdicción en la República Argentina. De esto se deduce que la regla general establece la jurisdicción de la República Argentina. Sólo debe revisarse si se da la excepción y esta es si dicho contrato fue obtenido en forma abusiva y si fue invocada la excepción. El enjundioso trabajo del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur, que transcribimos en la parte pertinente por su valor doctrinario, extraído del libro de Pablo Rodríguez Grez, respecto del abuso del derecho, dice “consiste en exceder o desviar el interés jurídicamente tutelado por la norma que consagra esta facultad”. Prosigue diciendo “quien sirviéndose de las alteraciones producidas en el escenario fáctico en el cual el derecho subjetivo surgió (al activarse la hipótesis considerada por la norma) procura -consciente o inconscientemente- un provecho que sobrepasa los intereses protegidos, incurre en un “abuso circunstancial; quien en ese mismo contexto ejerce este mismo derecho aprovechándose de alteraciones temporales, incurrirá en un “abuso de oportunidad” y; quien invoca a su favor la mutación o modificación de los roles que al momento de generarse la relación cabía a cada parte legada; incurrirá en un “abuso de posición” y; finalmente, quien el ejercicio de su libertad contractual, consigue la satisfacción de un interés que la norma jurídica no ampara, incurrirá en un “abuso de contratación” y finalmente concluye que “mientras el primero -el abuso del derecho- opera en la base pretencional, el segundo incurre en “abuso de circunstancial opera en la fase prestacional dicho de otra manera quien incurre en “abuso circunstancial” exige una prestación que deriva de la extinción de una “situación jurídica intersubjetiva”. Pero es importante el ejemplo que trae el fallo al decir “un ejemplo típico de cómo evidenciar la obtención abusiva de una elección contractual de foro o derecho aplicable, al menos si la elección es de un foro judicial, es la elección de un foro aplicable sin una conexión razonable con el contrato y las partes involucradas.

TApel. Civ. y Com. Quinta Sala. 06/08/09. “Norte Sociedad Anónima Importación-Exportación c/ Laboratorios Northia

S.A.E.C.F.I.A. s/ Indemnización de Daños y Perjuicios y Lucro Cesante” (A. I. N° 515).

Vistos: Los recursos de nulidad y apelación interpuesto contra el AI N° 1203 de fecha 29 de agosto de 2007, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Primer Turno; y,

Considerando: El Dr. Castiglioni dijo: Nulidad: Este recurso no fue sostenido con el fundamento correspondiente ante esta Alzada y, además, sólo se pidió la revocatoria, y por otra parte no se constata vicio alguno que amerite la nulidad de oficio, entonces corresponde declarar desierto este recurso.

Apelación: El recurso de apelación fue interpuesta por ambas partes consta el AI N° 1203 de fecha 29 de agosto de 2007, por el que el a quo se declara incompetente en razón de la competencia territorial. Que la demanda por daños y perjuicios es en relación a los supuestos daños y perjuicios derivados de un contrato de representación internacional, por el cual un laboratorio argentino designa representante a la empresa que es actora de este juicio y posteriormente dice la actora que se da por concluido el contrato. Primero debe atenderse el agravio de la parte actora que tiene que ver con la competencia jurisdiccional y luego la parte de las costas. La parte demandada arguye que la jurisdicción paraguaya no tiene competencia en razón de que en el contrato está pactada en forma expresa la jurisdicción argentina. En tanto, que la parte actora sostiene que la Ley Paraguaya N° 194/93 establece que el régimen legal de las relaciones contractuales entre fabricantes y firmas del exterior y personas físicas o jurídicas domiciliadas en el Paraguay se rige por el art. 10 de dicha Ley que sostiene que: “Las partes se someterán a la competencia territorial de los tribunales del Paraguay”, e invoca el art. 9 de la misma Ley que dispone que los derechos adquiridos tienen carácter irrenunciables e impone con carácter exclusivo y excluyente la competencia de los tribunales de la República del Paraguay. La misma parte actora requiere la opinión consultiva del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur. Fundado en esa autorizada opinión consultiva que, aun cuando no sea vinculante, tiene la autoridad de sus razones y este en mayoría cree en la aplicabilidad del Protocolo de Buenos Aires al presente contrato.

Debemos discernir que el presente contrato no es de un consumidor final por lo tanto, esas reglas no le son aplicables al caso para establecer la competencia. El demandante, como se dijo tenía la representación de la

demandada en la República del Paraguay y un contrato en el que expresamente estaba pactado la jurisdicción argentina aplicable al mismo.

Sin embargo, en el Protocolo de Buenos Aires, al que nos adherimos por Ley N° 597 y aprueba el “Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual” dispone que: En los conflictos que surjan en los contratos internacionales en materia civil y comercial serán competentes los tribunales del estado parte a cuya jurisdicción los contratantes hayan acordado someterse por escrito, siempre que tal acuerdo no haya sido obtenido en forma abusiva. Así mismo puede acordarse la prórroga a favor de tribunales arbitrales”. La regla general es la aplicación de jurisdicción que las partes hayan acordado. La única excepción es que el acuerdo se haya obtenido en forma abusiva. Desde luego que, cuando existe contradicción de normas, debe resolverse la contradicción de normas y en este caso para hacerlo debemos recurrir a la clásica *Lex Superioris* o sea la prevalencia constitucional de la norma internacional que es de jerarquía superior sobre la norma jurídica interna.

De esto se deduce que para resolver el caso debemos recurrir al Protocolo de Buenos Aires del Mercosur, que es la norma aplicable, por ser el Paraguay parte de dicho instrumento internacional. En el caso de autos, existe en el mismo contrato una cláusula donde las partes contratantes han aceptado en la jurisdicción en la República Argentina. De esto se deduce que la regla general establece la jurisdicción de la República Argentina. Sólo debe revisarse si se da la excepción y esta es si dicho contrato fue obtenido en forma abusiva y si fue invocada la excepción. El enjundioso trabajo del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur, que transcribimos en la parte pertinente por su valor doctrinario, extraído del libro de Pablo Rodríguez Grez, respecto del abuso del derecho, dice “consiste en exceder o desviar el interés jurídicamente tutelado por la norma que consagra esta facultad”. Prosigue diciendo “quien sirviéndose de las alteraciones producidas en el escenario fáctico en el cual el derecho subjetivo surgió (al activarse la hipótesis considerada por la norma) procura -consciente o inconscientemente- un provecho que sobrepasa los intereses protegidos, incurre en un “abuso circunstancial; quien en ese mismo contexto ejerce este mismo derecho aprovechándose de alteraciones temporales, incurrirá en un “abuso de oportunidad” y; quien invoca a su favor la mutación o modificación de los roles que al momento de generarse la relación cabía a cada parte legada; incurrirá en un “abuso de posición” y; finalmente, quien

el ejercicio de su libertad contractual, consigue la satisfacción de un interés que la norma jurídica no ampara, incurrirá en un “abuso de contratación” y finalmente concluye que “mientras el primero -el abuso del derecho- opera en la base pretencional, el segundo incurre en “abuso de circunstancial opera en la fase prestacional dicho de otra manera quien incurre en “abuso circunstancial” exige una prestación que deriva de la extinción de una “situación jurídica intersubjetiva”. Pero es importante el ejemplo que trae el fallo al decir “un ejemplo típico de cómo evidenciar la obtención abusiva de una elección contractual de foro o derecho aplicable, al menos si la elección es de un foro judicial, es la elección de un foro aplicable sin una conexión razonable con el contrato y las partes involucradas”.

En el caso de autos, existiendo una cláusula expresa de jurisdicción, la parte actora al promover la demanda debió haber invocado el “abuso contractual” para dejar sin efecto dicha cláusula, para lo cual, como un hecho jurídico y por ser una excepción a la regla general, era a su cargo el invocarlo ab initio y probar la conexión razonable del abuso. Al promoverse la demanda debió pedir la nulidad de dicha cláusula, invocando el abuso, y demostrar con pruebas “la conexión razonable” que indujera a sostener el abuso como una razón para anular dicha cláusula para así prevalecer la jurisdicción paraguaya. No es suficiente decir recién en grado de apelación, que la parte nacional es la parte débil, sino que este hecho debió alegarse y demostrarse dejando en evidencia la “conexión razonable” para establecer el abuso, y, por otra parte, debió pedirse la declaración del abuso del derecho al promoverse la demanda pues la cláusula de jurisdicción ya estaba en el contrato presentado por la actora, para que en el caso de oposición se deduzca y resuelva la existencia o no del abuso, y se resuelva la competencia. Por otra parte el contrato en cuestión era un contrato que de antes ya estaba en plena ejecución y nunca fue invocado el abuso. Al no haberse hecho así, el juzgado ya no podía declarar el abuso del derecho por la vía presuncional sin haberse alegado en el escrito inicial y sin demostrarse la existencia de la excepción a la regla general cual es la jurisdicción pactada por las partes en el contrato y no puede modificarse lo que es Ley para las partes.

Por otra parte, la jurisprudencia de la Excma. C.S.J. convocada no es igual pues no involucra a las partes en dicho caso una norma mercosu-

reña y las cuestiones fácticas eran diferentes, por tanto, dicho precedente es inaplicable.

La cuestión de orden público internacional: Por otra parte la cuestión del orden público internacional no cabe pues no está afectada la soberanía del estado. La norma jurídica mercosureña no puede sucumbir ante una norma nacional con el pretexto del orden público internacional. Cuando ambas normas integran el derecho nacional. La contradicción de una norma mercosureña, que también es norma nacional con relación a otra genuinamente nacional es sólo un problema de contradicción y no importa una cuestión de orden público para interpretar la norma y siendo así, sólo cabe confirmar la resolución recurrida.

En cuanto al recurso de apelación de la parte demandada agravándose de las costas en el orden causado, no parece atendible pues, el hecho de pedirse una opinión consultiva al Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur y ser una cuestión que indujo a la parte actora por preverse en una Ley nacional la competencia paraguaya, hizo que razonablemente creyera tener derecho a demandar en esta jurisdicción y, por tanto, debe confirmarse también las costas.

Que siendo así debe confirmarse el A I. N° 1203 de fecha 29 de agosto de 2007, con costas, en el orden causado. Es mi opinión.

Opinión de los Magistrados Linneo Ynsfrán Saldívar y Fremiort Ortiz Pierpaoli, manifestaron adherirse a la opinión del preopinante, por los mismos fundamentos.

Por tanto, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, quinta sala.

Resuelve:

Declarar, desierto el recurso de nulidad interpuesto por la parte actora.

Confirmar, el AI N° 1203 de fecha 29 de agosto de 2007, imponiendo las costas, en el orden causado.

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

Magistrados: Carmelo Augusto Castiglioni.- Dr. Linneo Ynsfrán Saldívar.- Fremiort Ortiz Pierpaoli.

Ante mí: Abg. Federico Miller Tellechea. Actuario Judicial.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 132

***Cuestión debatida:** En el presente fallo se discuten la procedencia o no de la indemnización emergente de las relaciones contractuales regidas por la Ley N° 194/93, por la que firma Galerías Guaraní demandó a la firma Suiza Omega S.A. por indemnización de Daños y Perjuicios emergentes de la cancelación y rescisión unilateral e injustificada de la distribución exclusiva en el Paraguay de productos de la marca Omega que tenía la firma actora Galerías Guaraní.*

LEY N° 194/93. CONTRATO. Contrato de representación y distribución. Causales de rescisión.

En este juicio tenemos que de las prueba arrimadas surge que la firma OMEGA S.A. no inició ningún juicio con el objeto de la cancelación judicial del contrato celebrado con la firma Galerías Guaraní S.A. lo cual determina que canceló unilateralmente la relación contractual. Este hecho altera la claridad del considerando y tal como lo dispone el Artículo 4° de la Ley N° 194/93, al procederse como lo hizo la firma demandada la cancelación injustificada de la representación o distribución, esta queda obligada al pago de una indemnización. Es más, en la etapa procesal pertinente la firma demandada no probó ni demostró que la firma actora haya cometido actos que pudieran estar previstos en los incisos b), d), e) y f) del Art. 6° de la Ley N° 194/93 como causas justificadas de revocación del contrato de distribución celebrado con la accionante. En consecuencia, las causales que fueron invocadas por la firma demandada que supuestamente justificaron su decisión de cancelar la representación y distribución conferida a la parte actora, no fueron acreditadas en autos, por lo que, sostenemos que la decisión de rescindir el contrato respectivo, debe tenerse como injustificado, de conformidad a lo establecido en el Art. 7° de la Ley N° 194/93.

LEY N° 194/93. CONTRATO. Contrato de representación y distribución. Causales de rescisión. DAÑOS Y PERJUICIOS. Indemnización de daños y perjuicios. Responsabilidad por daños y perjuicios.

Este Tribunal conforme a lo explicitado párrafos arriba, de las pruebas arrimadas, considera que las causas o motivos dados por la firma OMEGA S.A. para el cese de representación de sus productos no tienen asidero legal y ello hace que la ruptura del contrato de representación celebrado con la firma actora es injustificado. Por otra parte surge que la

firma Galerías Guaraní S.A., demostró que el cese de las relaciones contractuales fue injustificado o sin motivo valedero para la rescisión unilateral del contrato de representación y distribución que le fuera otorgado por el instrumento que se encuentra agregado a fs. 103/193 del Tomo I, razón porque consideramos que la decisión del inferior se ajusta a la normativa vigente y corresponde el pago de la indemnización establecida en la Ley N° 194/93.

LEY N° 194/93. DEMANDA. De la no contestación. Efectos.

A SU TURNO EL MAGISTRADO CARMELO AUGUSTO CASTIGLIONI, dijo: Que comparto totalmente el sentido y alcance del voto que antecede. Solo me permito realizar algunas consideraciones en algunos puntos: El hecho de no haberse contestado la demanda, tiene el efecto que señala el Artículo 282 del C.C. en el cual se establece que “El Silencio Será Juzgado Como Asentimiento A Un Acto O A Una Pregunta, Cuando Exista Deber Legal De Explicarse”. Exista un deber legal de explicarse cuando corre traslado de una demanda y, por ende, su no contestación es un silencio que tiene consecuencia jurídica importante pues se configura el asentimiento. Esto significa que existe una presunción de asentimiento por la falta de contestación de la demanda, y que en la etapa de prueba solo puede destruirse con una contraprueba dicho asentimiento. Pero, en este caso, esta presunción de asentimiento sube de punto si se la relación al Art. 6 de la Ley N° 194/93 conforme al cual para cancelar la representación y distribución de la marca, debe invocar el fraude, la disminución continuada de las ventas o un perjuicio contra la representada o que exista conflicto de intereses. Sin embargo al no ser invocada ninguna de estas, en el juicio, debe entenderse que la rescisión unilateral sin basarse en algunos de las mencionadas, implica que hubo una rescisión unilateral sin causa y esa es la conducta antijurídica que da justificación al demandar daños y perjuicios por lo que establece la misma norma. O sea está probada la conducta antijurídica y la culpa por no ajustarse a derecho la rescisión unilateral, pues eso lleva a que existe el incumplimiento del contrato que autoriza a demandar daños y perjuicios de conformidad al Art. 7 de la misma ley recién citada. Al no ajustarse a la norma que rige la ley de para representación o la agencia o distribución, el cese de vigencia del, al no invocar las mismas que autorizan a concluir sin obligación de indemnizar, a contrario sensu, debe indemnizar cuando no ha sido invocado ninguna de estas cau-

sales de rescisión y, entonces, por la misma ley está establecida la obligación de indemnizar cuando no se ajusta a las causales que señala la ley.

LEY N° 194/93. Aplicabilidad. JURISPRUDENCIA.

Así mismo, debemos mencionar que la jurisprudencia de nuestros tribunales nos han apuntado argumentos jurídicos sobre la aplicabilidad de la Ley N° 194/93, en los casos como el que nos toca estudiar y resolver y en ese sentido pasamos a transcribir la acciones de inconstitucionalidad resuelta por la Sala Constitucional de la Excma. Corte Suprema de Justicia y dice: “Acción De Inconstitucionalidad En El Juicio: “Gunder ICSA C/ Kia Motors Corporation s/ Indemnización de Daños y Perjuicios”. Acuerdo y Sentencia N° 285 de fecha 25 del mes de mayo del 2006.... Además, cuando dicha ley expresamente consagra el principio de libertad contractual, imponiendo como límite la imposibilidad de renunciar a los derechos reconocidos por ella, esta evidenciados el carácter de orden público. Esta calidad priva a las partes de modificar o dejar sin efecto lo expresamente dispuesto en ella y en tal sentido, la competencia ha sido determinada a favor de los Tribunales de la República. Como ya hemos dicho, es cierto que la ley reconoce la posibilidad de que las partes puedan transgredir o someter toda cuestión de origen patrimonial al arbitraje, pero ello no implica que el mismo sea realizado fuera de la jurisdicción territorial de la República. Acuerdo y Sentencia N° 827 del 12 de noviembre de 2001. La Sala Constitucional dijo: No es verdad que exista una violación a la jurisdicción cuando el Art. 10 de la Ley N° 194/93 establece la obligatoriedad de la competencia de los Tribunales Ordinarios de la ciudad de Asunción. Esta norma constituye una garantía para las partes a fin de que la cuestión que se suscitare se pueda discutir en el lugar de la ejecución del contrato. Nada más lógico y justo el Estado al promulgar esta ley interviene en esta relación señalando reglas precisas a las cuales deben ajustarse las partes.

Tapel. Civ. y Com. Quinta Sala. 30/12/13. “Galerías Guaraní S.A. c/ Omega S.A. s/ Indemnización de Daños y Perjuicios por Responsabilidad Contractual y otros” (Ac. y Sent. N° 132).

C U E S T I O N E S :

ES NULA LA SENTENCIA APELADA?

EN SU CASO, SE DICTO CONFORME A DERECHO?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación:
YNSFRAN SALDIVAR, CASTIGLIONI Y PAIVA VALDOVINOS.

A LA PRIMERA CUESTIÓN: EL MAGISTRADO LINNEO YNSFRAN SALDIVAR dijo: Este recurso fue fundamentado a través del escrito agregado a fs. 2524/2539 y en él se manifiesta cuanto sigue: "... Las sentencias son nulas además por ser incongruentes y arbitrarias al estar fundamentadas únicamente en apreciaciones absolutamente subjetivas, antojadizas y personales del juzgador, quién hipervaloró pruebas documentales, pretendió ignorar graves irregularidades y barbaridades procesales, para finalmente cumpliendo un papel de casi mero espectador y ejecutor de las pretensiones de la adversa aplicar una supuesta indemnización cuya cuantía coincidentes hasta en las décimas con lo solicitado en la demanda. La sentencias están inmersas en las previsiones establecidas en los Arts. 111, 113, 404, 405 y concordantes del C.P.C. y del Art. 357, inciso c, Art. 359 y concordantes del Código Civil, considerando la existencia de un claro apartamiento y violación de los principios, las formas y las solemnidades consagrados en las leyes, específicamente – pero sin limitarse- del Art. 15, INCISOS B, C, Y D, y concordantes del C.P.C., debiendo ser declarada su nulidad con costas, conforme seguidamente se desarrolla: I) Nulidad por violación del derecho de defensa; II) Nulidad por carencia/inexistencia de fundamentación. Efectos de la declaración de rebeldía inicial. III) La nulidad por arbitrariedad; IV) Nulidad por la tergiversada aplicación de la Ley 194/93. Errónea interpretación extensiva sobre la forma de determinar los promedios; V) Nulidad por la

arbitraria extensión del alcance de la ley; VI) Arbitrariedad por vulneración del PRINCIPIO DE CONGRUENCIA; VII) Arbitrariedad por abierta y vulneración del artículo 161 del CÓDIGO PROCESAL CIVIL Tasa de intereses a ser aplicada; VIII) Nulidad por vulneración de las reglas de apreciación de la prueba; IX) Nulidad por vulneración del principio de irretroactividad de las leyes; X) Nulidad por arbitraria extensión del alcance del principio Iura Novit Curia, Avieso atropello a los artículos 17 de la Constitución Nacional y 7 del Código Civil Paraguay.. Luego de emitir otras consideraciones en base a éstas peticiona se decrete la nulidad del fallo.

El Abogado Francisco Peroni Clifton en tiempo y forma procedió a contestar al agraviado a través del escrito de fs. 2562/2567 sosteniendo lo siguiente: "... No se detectan en las resoluciones que agravian a la contraparte, porque no las hay, fallas solemnes, como las arriba citadas por el Dr. Casco Pagano, como ser falta de fundamentación basada en la Consti-

tución Nacional, falta de firmas o fechas, pronunciamiento sobre cuestiones no planteadas, violación de la jerarquía o prelación de la normas jurídicas, etc. Lo cierto y lo concreto es, que la parte agraviada fundamenta su recurso de nulidad basada primordialmente en cuestiones sujetas a interpretación, que han sido debidamente estudiadas y resueltas, SIEMPRE de acuerdo a las formalidades establecidas en el Código Ritual, motivo por el cual, es pasmosamente evidente que las supuestas nulidades carecen de sustento alguno. Por su parte, cuestiones alegadas por la adversa como “inexistencia de fundamentación” o “nulidad por violación al derecho a la defensa”, si bien de ser ciertas, serían motivos de nulidad de una Sentencia, no pueden ser comprobadas por un solo motivo: estas alegaciones son total y absolutamente falsas. Reiterando, con el contraste de la forma, solemnidad y argumentación contenida en las dos resoluciones arriba individualizadas, resulta casi inverosímil sostener que las mismas han sido dictadas ilegítimamente y que carezcan de fundamentación. Tampoco se demuestra fehacientemente que las resoluciones contengan vicios o errores formales in procedendo, como expresamente se requiere para que este tipo de recurso subsista. . En base a estos argumentos solicita se desestime el recurso de nulidad.

Antes de referirnos a lo sostenido por las partes es oportuno recordar que, el recurso de nulidad tiene un fin bien definido que es corregir los vicios extrínsecos que adolece la resolución, o sea, se apunta a la parte formal y no a la justicia del fallo. De igual modo es nula la resolución cuando esta es incongruente, o cuando se analiza teniendo en cuenta premisas erradas, haciendo que las conclusiones sean equivocadas.

En este caso específico, del análisis del fallo surge que no se dan ninguno de los supuestos señalados, razón por la cual deberá desestimarse el recurso de nulidad interpuesto, por improcedente y dado que fue interpuesto el Recurso de apelación, este Tribunal procederá a estudiar el agravio del fallo a través de este recurso.

A SU TURNO EL MAGISTRADO CARMELO AUGUSTO CASTIGLIONI, dijo: Que adhiero al voto que antecede, en el mismo sentido y alcance, en cuanto al recurso de nulidad.

A SU TURNO EL MAGISTRADO OSCAR PAIVA VALDOVINOS, dijo: Que se adhiere al voto de preopinante por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTION EL MAGISTRADO YNSFRAN SALDIVAR, dijo: La resolución apelada hizo lugar a la demanda ordinaria de

indemnización de daños y perjuicios planteada por la firma GALERIAS GUARANI S.A. contra la firma OMEGA S.A., condenando a la demandada al pago de la suma de DOLARES AMERICANOS ONCE MILLONES QUINIENTOS DIECISEIS MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA CON TREINTA Y SEIS CENTAVOS (U\$\$ 11.516.850,36), más intereses computados desde la fecha de presentación de la demanda emitiéndose los argumentos en el Considerando (fs. 2478/2502) y estos al agraviar a la parte recurrente interpuso el pertinente recurso para revisar la justicia del fallo.. Asimismo, la otra resolución apelada resolvió rechazar el recurso de aclaratoria interpuesto por los Abogados MIRTHA DOS SANTOS y ELIO RAMON AGÜERO por las consideraciones expuestas en el exordio del fallo agregado a fs. 2510/2511.

En el escrito agregado a fs. 2539/2558, el apelante sostiene que la resolución está erróneamente fundada, y puntualmente critica la misma sosteniendo lo que se transcribe: PRIMER AGRAVIO: LAS SENTENCIAS RECURRIDAS VIOLENTAN EL ARTICULO 159 DEL CPCP AL OMITIR ARBITRARIAMENTE PRONUNCIARSE SOBRE PLANTEOS OPORTUNOS Y LEGITIMOS DE OMEGA SA. SEGUNDO AGRAVIO: EL SUPUESTO PLAZO DE DURACION DEL VINCULO ENTRE LAS PARTES SURGE DE LA SOBREALORACION DE UNA AISLADA FACTURA. LA SENTENCIA SE BASA EN UNA SUPOSICION COMPLACIENTE DEL JUZGADOR. VULNERACION DEL ARTICULO 12 B) DE LA LEY 194/93. TERCER AGRAVIO: VULNERACION DE LA NORMA QUE ESTABLECE LA FORMA DE CALCULAR LOS PROMEDIOS DE LAS UTILIDADES. TERGIVERSACION DE LA LEY 194/93. CUARTO AGRAVIO: VULNERACION DE LA LEY Y DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN LA APLICACIÓN DEL COEFICIENTE. QUINTO AGRAVIO: IMPROCEDENCIA JURIDICA DE SUPUESTAS INDEMNIZACIONES ADICIONALES APLICADAS ARBITRARIAMENTE A OMEGA. VULNERACION DEL ARTICULO 7 DEL CODIGO CIVIL PARAGUAYO. SEXTO

AGRAVIO: MONEDA DE LA DEMANDA. MONEDA DE LA CONDENA. INEXISTENCIA DE PRUEBA OFICIAL DE LA TASA DE CAMBIO. SEPTIMO AGRAVIO: INJUSTIFICADA NEGATIVA PARA LA DETERMINACION DE TASA DE INTERES APLICABLE. OCTAVO AGRAVIO: LAS COSTAS JUDICIALES. NOVENO AGRAVIO: SUGESTIVO SILENCIO DE LAS SENTENCIAS RECURRIDAS SOBRE LAS DE-

NUNCIAS Y GRAVES IRREGULARIDADES SEÑALADAS EN LOS ALEGATOS PRESENTADOS POR OMEGA...”. Formula también otras consideraciones y finalmente solicita la revocatoria del fallo.

El representante convencional de la parte actora, Abog. Francisco Peroni, a fs. 2567/2590, contesta la expresión de agravios del apelante y por el mismo a rebatir punto por punto los argumentos emitidos por el recurrente y finalmente solicita la confirmatoria de los fallos apelados.

Pues bien, a priori este Tribunal debe abocarse a analizar los argumentos contenidos en la resolución y en una parte de la misma se lee lo siguiente: “... QUE, de estos dos últimos artículos transcritos resulta que la empresa GALERIAS GUARANI S.A. era distribuidora exclusiva de los productos Omega, y que ese carácter se encuentra debidamente acreditada no solo por el contrato firmado por ambas partes en fecha 31 de octubre de 2004, sino también por la primera factura de compra agregada a estos autos a fojas 43/71, emitida en fecha 6 de mayo de 1993, Factura Nro. 33140, por el monto de FRS 127.104, 75 (CIENTO VEINTE Y SIETE MIL CIENTO CUATRO FRANCO SUIZOS CON SETENTA Y CINCO CENTAVOS) por un total de 170 relojes (unidades /piezas) que se encuentra debidamente traducida, quedando demostrado con este último instrumento la fecha de inicio de la relación comercial, la que se desarrolló durante todos esos años a partir del 6 de mayo de 1993 conforme consta en las documentales agregadas a fs. 197/970. QUE, dicha representación se extendió por el periodo de 15 de años y 1 mes, lapso demostrado a través de la primera factura de compra emitida en fecha 6 de mayo de 1993 y de la notificación de OMEGA S.A. a GALERIAS GUARANI S.A., desde el año 1993, conforme las constancias de autos y lo establecido por la Ley 194/93, hasta el 31 de diciembre de 2008 en que fue resuelto unilateralmente el contrato por parte de la accionada, de conformidad a lo establecido en el art. 12 de la Ley N° 194/93 que dice: “En el caso de personas físicas o jurídicas domiciliadas en la República que invocan Representación, Agencia o Distribución de productos o servicios dentro del país o en cualquier otra área determinada, proveídos por un fabricante o firma extranjera en virtud de actos realizados o documentos otorgados con anterioridad a la vigencia de la presente Ley, se podrá probar el vínculo entre las partes y el tiempo correspondiente al mismo por todos los medios de prueba consagrados en las leyes del país y especialmente por uno o más de los siguientes:b) Las facturas de compra que comprueben que se haya realizado

operaciones mercantiles con base a dicha autorización, por lo menos durante los dos últimos años anteriores a la vigencia de esta Ley. QUE, conforme al documento acompañado a fs. 151 con la presentación de la demanda se desprende claramente que la notificación de fecha 27 de junio de 2008, remitido por la firma OMEGA S.A. a la firma GALERIAS GUARANI S.A., comunicando la no renovación del contrato de Distribución Exclusiva, no menciona ninguna causal establecida en la Ley 194/93 aplicable al caso que se ventila, como tampoco otorga a GALERIAS GUARANI S.A., el plazo de 120 días a fin de que la misma pudiera subsanar cualquier tipo de error, que debió ser enumerado por la demandada. QUE, es importante señalar que la Ley 194/93 no es óbice para que en ejercicio del principio iuria novit curiae, el juez aplique una indemnización del derecho civil, dado que hubo una ruptura unilateral sin causa justificada de la relación contractual, que evidentemente ha ocasionado daños a la accionante, que es obvio ha realizado gastos en publicidad, capacitación de su personal, apertura de locales habilitados para la venta, contratación de personal, eventos y otros tendientes a posicionar la marca en el mercado Paraguayo, que evidentemente son mayores al inicio de la relación comercial. QUE, en cuanto a las indemnizaciones adicionales a la Ley 193/94, como ser las que pudieran estar establecidas en el Código Civil y pudieran ser aplicables al caso, el Juzgado entiende que la conducta ilegítima de la demandada ha generado la condena al pago de una indemnización por falta de ventas al segundo semestre del año 2008, en concepto de lucro cesante...”. A criterio de esta Magistratura en ella se sustenta del porqué se hizo lugar a la demanda de indemnización de daños y perjuicios deducida por la firma GALERIAS GUARANI S.A..

También resulta oportuno rememorar que en juicios que tienen similar naturaleza a éste lo trascendental es realizar una correcta valoración de las pruebas, sobretodo aquellas arrimadas por las partes al juicio pues de ellas se extraerá su conclusión. La doctrina, la jurisprudencia e incluso la ley son remisas en aceptar fallos basados en la opinión subjetiva del juez, donde llega a la conclusión basada en su inteligencia o por un razonamiento lógico que le da el convencimiento personal.

Pues bien, entrando al análisis de las actuaciones obrantes en autos tenemos que la firma GALERIAS GUARANI demandó a la firma Suiza OMEGA S.A. por indemnización de daños y perjuicios emergentes de la cancelación y rescisión unilateral e injustificada de la distribución exclusi-

va (conforme al Art. II, Exclusividad y al título “B”, Art. 9, del Contrato de Distribución) en el Paraguay de productos de la marca OMEGA, contra la firma OMEGA SA según los términos del escrito de demanda agregado a fs. 972/1024 del Tomo V. Obviamente, el juzgador primeramente debe analizar y determinar la culpabilidad y/o responsabilidad que se le atribuye a la firma demandada para que quede expedita la vía y solicitar el resarcimiento por los daños y perjuicios, en base a lo establecido por la ley N°194/93.

De las constancias obrantes en autos, como se señalara, como consecuencia de la cancelación y rescisión unilateral e injustificada de la distribución exclusiva de los productos OMEGA que tenía la firma actora, GALERIAS GUARANI según el contrato de Distribución firmado en fecha 31 de octubre de 2004 agregado a fs. 103/193 del Tomo I de autos. Ahora bien, esta rescisión unilateral, por medio de la nota de Terminación del Contrato enviada en fecha 27 de junio de 2008, según lo explicitado por la firma actora, le ocasionó perjuicio, teniendo en cuenta que no menciona las causales establecidas en la ley 194/93, puntualizándose la falta de causa justificada para rescindir el contrato de distribución, según su escrito de iniciación de la acción, acompañando para el efecto las instrumentales pertinentes.

En este juicio tenemos que de las prueba arrojadas surge que la firma OMEGA S.A.. no inició ningún juicio con el objeto de la cancelación judicial del contrato celebrado con la firma GALERIAS GUARANI S.A. lo cual determina que canceló unilateralmente la relación contractual. Este hecho altera la claridad del considerando y tal como lo dispone el artículo 4° de la Ley 194/93, al procederse como lo hizo la firma demandada la cancelación injustificada de la representación o distribución, esta queda obligada al pago de una indemnización. Es mas, en la etapa procesal pertinente la firma demandada no probó ni demostró que la firma actora haya cometido actos que pudieran estar previstos en los incisos b), d), e) y f) del art. 6° de la Ley 194/93 como causas justificadas de revocación del contrato de distribución celebrado con la accionante. En consecuencia, las causales que fueron invocadas por la firma demandada que supuestamente justificaron su decisión de cancelar la representación y distribución conferida a la parte actora, no fueron acreditadas en autos, por lo que, sostenemos que la decisión de rescindir el contrato respectivo, debe tenerse como injustificado, de conformidad a lo establecido en el art. 7° de la Ley 194/93.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia referente a este tipos de hechos nos indican que la ruptura intempestiva de la relación contractual que hemos procedido a estudiar, impone al responsable la obligación de abonar la indemnización prevista en la Ley 194/93, como también el resarcimiento por los daños y perjuicios causados si los hubiere. Dicha indemnización estará exenta toda vez que exista alguna causa que justifique el cese de representación. Así mismo, no debe olvidarse que en el estudio de los contratos debe atenderse fundamentalmente al comportamiento que han tenido las partes en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

Este Tribunal conforme a lo explicitado párrafos arriba, de las pruebas arrimadas, considera que las causas o motivos dados por la firma OMEGA S.A. para el cese de representación de sus productos no tienen asidero legal y ello hace que la ruptura del contrato de representación celebrado con la firma actora es injustificado. Por otra parte surge que la firma GALERIAS GUARANI S.A, demostró que el cese de las relaciones contractuales fue injustificada o sin motivo valedero para la rescisión unilateral del contrato de representación y distribución que le fuera otorgado por el instrumento que se encuentra agregado a fs. 103/193 del Tomo I., razón por que consideramos que la decisión del inferior se ajusta a la normativa vigente y corresponde el pago de la indemnización establecida en la Ley N° 194/93.

A modo ilustrativo transcribimos el art. 6° de la Ley 194/93 que dice: "... Todo fabricante o firma extranjera que estuviese comprendido en alguna de las relaciones indicadas en el Artículo 2° de esta Ley, podrá cancelar, revocar, modificar o negarse a prorrogar la Representación, Agencia o Distribución con justa causa, sin estar obligado a pagar indemnización alguna invocando las causales que más abajo se indican: inc. b) El fraude o abuso de confianza en las gestiones conferidas al Representante, Agente o Distribuidor; inc. d) La disminución continuada de la venta o distribución de los artículos por motivos imputables al Representante, Agente o Distribuidor...; inc. e) Cualquier acto imputable al Representante, Agente o Distribuidor que redunde en perjuicio de la buena marcha de la introducción, venta, distribución de productos; e inc. f) Conflicto de intereses por la Representación, Agencia o Distribución de productos o la prestación de servicios que se encuentren en línea de competencia con los productos o servicios objeto de la relación...". A mayor abundamiento, corresponde también

citar lo establecido en el art. 7º de la propia Ley 194/93 que establece: “Las causales mencionadas en el artículo precedente deberán acreditarse ante los Juzgados y Tribunales de la República o en arbitraje si esto fuera convenido. En caso contrario, se presumirá que la cancelación, revocación, modificación o negativa de prórroga es injustificada”.

Consecuentemente, comprobado el cese injustificado de las relaciones comerciales por parte de la firma OMEGA S.A., corresponde que este Tribunal analice los rubros reclamados y otorgados por el juzgador como indemnización legal. El juzgador estableció como monto por daños y perjuicios la suma Dólares Americanos ONCE MILLONES QUINIENTOS DIECISEIS MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA CON TRIENTA Y SEIS CENTAVOS (U\$S 11.516.850, 36). En este punto, debemos mencionar que antes de la promulgación de la Ley N° 194/93, regía el Decreto Ley N° 7 /91 para este tipo de casos que nos ocupa estudiar y por tanto este decreto establecía los guarismos a ser tenidos en cuenta para el justiprecio del monto indemnizatorio y que debe ser tenido en cuenta para el presente caso, debido a que la ley N° 194/93 no establece con claridad el coeficiente a ser aplicado para establecer un monto específico en concepto de daños y perjuicio.

En sentido, resulta importante mencionar lo que disponía el Art. 3 del Decreto Ley N° 7/91 que en su inciso d) preceptuaba: “Cuando la Representación; Agencia o distribución se haya prolongado por más de 15 años, pero menos de 20, la indemnización equivaldrá a 4 veces el monto del promedio de las utilidades brutas obtenidas por el Representante, Agente o Distribuidor durante los últimos 5 años respecto al producto o servicio en cuestión”. Así mismo, la Ley N° 194/93 menciona en su Art. 4 lo siguiente: “Todo fabricante o firma extranjera que fuese parte de alguna de las relaciones contractuales, indicadas en el Artículo 29 de esta Ley, podrá cancelar, revocar, modificar o negarse a prorrogar la Representación, Agencia o Distribución, sin expresión de causa, pero estará obligado, en este caso, a pagar una indemnización que se fijará de acuerdo con las siguientes pautas: a) Duración de la Representación, Agencia o Distribución de los productos correspondientes al fabricante o firma extranjera, en escala ascendente por períodos de dos a cinco años, de más de cinco a diez años, de más de diez a veinte años, de más de veinte años, de más de veinte a treinta años, de más de treinta a cincuenta años y más de cincuenta años; y, b) Promedio de las utilidades brutas anuales obtenidas por la Re-

presentación, Agencia o Distribución durante los tres últimos años de ejercicio de algunas de ellas. Estas pautas servirán para establecer el monto mínimo de la indemnización por la vía judicial o arbitral”. Luego de analizar puntillosamente los cálculos establecidos en la instancia inferior y teniendo en cuenta la relación comercial entre la firma actora, GALERIAS GUARANI S.A. y la demandada, OMEGA S.A., cuya duración fue de 15 años y un mes, este Tribunal ha llegado a la conclusión que la suma fijada por el inferior se ajusta a las probanzas periciales, documentales y a la ley que rige la materia guardando relación con los montos que se tuvieron en cuenta para el justiprecio del quantum indemnizatorio legal, por lo que no corresponde sea modificada la misma.

Así mismo, debemos mencionar que la jurisprudencia de nuestros tribunales nos han apuntado argumentos jurídicos sobre la aplicabilidad de la ley N° 194/93, en los casos como el que nos toca estudiar y resolver y en ese sentido pasamos a transcribir la acciones de inconstitucionalidad resuelta por la Sala Constitucional de la Excma. Corte Suprema de Justicia y dice: “ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL JUICIO: “GUNDER ICSA C/ KIA MOTORS CORPORATION S/ INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS”. ACUERDO Y SENTENCIA N° 285 de fecha 25 del mes de mayo del 2006.... Además, cuando dicha ley expresamente consagra el principio de libertad contractual, imponiendo como límite la imposibilidad de renunciar a los derechos reconocidos por ella, esta evidenciado el carácter de orden público. Esta calidad priva a las partes de modificar o dejar sin efecto lo expresamente dispuesto en ella y en tal sentido, la competencia ha sido determinada a favor de los Tribunales de la República. Como ya hemos dicho, es cierto que la ley reconoce la posibilidad de que las partes puedan transgredir o someter toda cuestión de origen patrimonial al arbitraje, pero ello no implica que el mismo sea realizado fuera de la jurisdicción territorial de la República. ACUERDO Y SENTENCIA N° 827 DEL 12 DE NOVIEMBRE DE 2001, LA SALA CONSTITUCIONAL DIJO: “... No es verdad que exista una violación a la jurisdicción cuando el Art. 10 de la ley 194/93 establece la obligatoriedad de la competencia de los Tribunales Ordinarios de la ciudad de Asunción. Esta norma constituye una garantía para las partes a fin de que la cuestión que se suscitare se pueda discutir en el lugar de la ejecución del contrato. Nada más lógico y justo... el Estado al promulgar esta ley interviene

en esta relación señalando reglas precisas a las cuales deben ajustarse la partes.”

En suma en base a las aseveraciones realizadas, repetimos corresponde confirmar la resolución apelada con costas a la perdedora.

Referente al fallo apelado, la S.D. N° 707, de fecha 4 de octubre de 2013, que resolvió rechazar el recurso de aclaratoria presentado por los Abogados Mirtha Dos Santos y Elio Ramón Agüero en representación de la firma OMEGA S.A., este Tribunal considera que los motivos que fueron objeto del recurso de aclaratoria no pueden ser considerados como objeto de este recurso, teniendo en cuenta a que hace referencia a cuestiones analizadas y resueltas sobre las pretensiones de las partes, lo que podría hacer cambiar el sentido de las mismas, razón por la cual, el criterio dado por el inferior en el sentido de rechazar el recurso de aclaratoria se ajusta a derecho y corresponde por ende, su confirmación. ES MI VOTO

A SU TURNO EL MAGISTRADO CARMELO AUGUSTO CASTIGLIONI, dijo: Que comparto totalmente el sentido y alcance del voto que antecede. Solo me permito realizar algunas consideraciones en algunos puntos:

El hecho de no haberse contestado la demanda, tiene el efecto que señala el artículo 282 del C.C. en el cual se establece que “EL SILENCIO SERA JUZGADO COMO ASENTIMIENTO A UN ACTO O A UNA PREGUNTA, CUANDO EXISTA DEBER LEGAL DE EXPLICARSE” Exista un deber legal de explicarse cuando se corre traslado de una demanda y, por ende, su no contestación es un silencio que tiene consecuencia jurídica importante pues se configura el asentimiento. Esto significa que existe una presunción de asentimiento por la falta de contestación de la demanda, y que en la etapa de prueba solo puede destruirse con una contraprueba dicho asentimiento. Pero, en este caso, esta presunción de asentimiento sube de punto si se la relaciona al Art. 6 de la Ley 194/93 conforme al cual para cancelar la representación y distribución de la marca, debe invocarse el fraude, la disminución continuada de las ventas o un perjuicio contra la representada o que exista conflicto de intereses. Sin embargo al no ser invocada ninguna de estas, en el juicio, debe entenderse que la rescisión unilateral sin basarse en algunas de las mencionadas, implica que hubo una rescisión unilateral sin causa y esa es la conducta antijurídica que da justificación al demandar daños y perjuicios por lo que establece la misma norma. O sea está probada la conducta antijurídica y la culpa por no ajus-

tarse a derecho la rescisión unilateral, pues eso lleva a que existe el incumplimiento del contrato que autoriza a demandar daños y perjuicios de conformidad al Art. 7 de la misma ley recién citada. Al no ajustarse a la norma que rige la ley de para representación o la agencia o distribución, el cese de vigencia del, al no invocar las mismas que autorizan a concluir sin obligación de indemnizar, a contrario sensu, debe indemnizar cuando no ha sido invocado ninguna de estas causales de rescisión y, entonces, por la misma ley está establecida la obligación de indemnizar cuando no se ajusta a las causales que señala la ley.

Siendo así la única cuestión pendiente es el monto de indemnización y es sobre eso que debió probarse y, entonces, solo debe considerarse el quantum de la indemnización y sin necesidad siquiera de recurrir a la pericia realizada, dado que el mismo sentido común, nos dice que el mejor mecanismo para establecer el daño es el promedio de venta mientras estuvo vigente el contrato y la ganancia que de ello deriva, y agregarle al tiempo que falta del plazo del contrato hasta la demanda, pues la sana crítica nos aconseja que sea así y es lo que hicieron los peritos, por tanto se convalida.. Eso en realidad es solo una cuestión aritmética, pues el mejor parámetro para la indemnización en este caso es lo que se ha dejado de ganar por el demandante, por el tiempo que falta del contrato rescindido, más las sanciones prevista en la ley y el contrato y los intereses que los impone la misma ley a la tasa que debe ser señalada en la ejecución pues es una tasa legal señalada en el Art. 424 del C.C. Siendo así voto por la confirmatoria por los fundamentos expuestos por el colega preopinante y las que he señalado, en el sentido y alcance señalados. Es mi voto

A SU TURNO EL MAGISTRADO OSCAR PAIVA VALDOVINOS, dijo: Que se adhiere al voto del preopinante por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Señores Miembros de conformidad, todo por ante mí que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue de inmediato.

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, QUINTA SALA;

R E S U E L V E :

1.-DESESTIMAR, el recurso de nulidad interpuesto.

TRIBUNAL DE APELACIÓN CIVIL Y COMERCIAL

2.- CONFIRMAR, la S.D. N° 604 de fecha 03 de Setiembre de 2013 y su aclaratoria, la S.D. N° 707 de fecha 04 de octubre del 2013, conforme los argumentos expuestos en el exordio de la presente resolución.

3.- COSTAS, a la perdidosa.

4.- ANOTAR, registrar, notificar y enviar copia a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Dr. Linneo Ynsfran Saldívar, Dr. Carmelo Castiglioni y Dr. Oscar Paiva Valdovinos.

Ante mí: Abog. Viviana Cabrera, Actuaría Judicial.



