

GACETA JUDICIAL



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

GACETA JUDICIAL

Director
Víctor Manuel Núñez
Ministro

Año 2011 – Número 4



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

INTERCONTINENTAL
E D I T O R A

Asunción, Paraguay

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

GACETA JUDICIAL N° 4

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

GACETA JUDICIAL. Asunción, Paraguay.

Primera edición 2011: 1.000 ejemplares

DIVISIÓN DE INVESTIGACIÓN, LEGISLACIÓN Y PUBLICACIONES-CIEJ

DR. VICTOR MANUEL NUÑEZ RODRIGUEZ, Ministro Encargado.

ABOG. CARMEN MONTANÍA, Directora Dilp.

COORDINACIÓN GENERAL - GACETA JUDICIAL:

ABOG. SUSANA GÓMEZ FLEITAS

ABOG. NATALIA MARÍA MUÑOZ CARMÁN

EQUIPO DE ELABORACIÓN:

ABOG. SUSANA GÓMEZ FLEITAS

ABOG. NATALIA MARÍA MUÑOZ CARMÁN

JUAN PÁEZ ACOSTA

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

© **INTERCONTINENTAL EDITORA S. A.**

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

Fax: (595-21) 448 721

Pág. web: www.libreriaintercontinental.com.py

E-mail: agatti@libreriaintercontinental.com.py

Diagramación: Gilberto Riveros Arce

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

ISBN: 978-99967-25-27-2

PRÓLOGO

Nos encontramos finalizando este año 2011, con otras nuevas cuatro publicaciones de la Gaceta Judicial en este último número y edición, se despliega como contenido general –en la primera parte–: Doctrina de prestigiosos Magistrados Juristas del Poder Judicial quienes analizan y reflexionan sobre temas emblemáticos de su especialidad; –en la segunda parte de la obra– resoluciones seleccionadas de la Máxima instancia judicial: C.S.J., en sus tres salas, así como de los diferentes fueros, en las distintas instancias de Apelación.

Dentro del contenido general de Jurisprudencias se tiene acceso a la lectura de varias resoluciones caracterizadas por la buena dialéctica jurídica, en todas las ramas del Derecho, con predominio, esta vez, de casos que atañen al Derecho Tributario y sus Principios, a casos recurribles ante lo Contencioso-Administrativo, al Derecho laboral: como la Estabilidad Absoluta, Relativa y sus efectos en un despido injustificado, Estabilidad Absoluta Pactada por el empleador y el trabajador, el Principio de la Primacía de la Realidad sobre el texto del contrato, la existencia de laguna en el plazo máximo del sumario administrativo solucionable jurisprudencialmente por Analogía, la figura de la Pasantía y su cómputo en la antigüedad del contrato.

Para finalizar estas palabras, agradecemos la colaboración de los secretarios, relatores y funcionarios de los Tribunales de Apelación, de la Corte Suprema de Justicia y a todas las personas que han aportado su granito de arena desinteresadamente en alguna etapa de esta nueva revista. También a los magistrados, abogados, estudiantes de Derecho, quienes manifiestan su apoyo y colaboración para que este tipo de publicaciones siga evolucionando e insertándose en la comunidad jurídica como un material cercano de consulta e investigación. De esta manera al ir cerrando un nuevo año, el Equipo de Coordinación les desea a todos Felices Fiestas!

Equipo de Coordinación
GACETA JUDICIAL

CONTENIDO

1. PRÓLOGO	7
2. ÍNDICES	
Índice Temático	15
Índice por Tribunales	21
3. DOCTRINA	
– Restitución Internacional de Menores. Instrumentos jurídicos internacionales ratificados por la República del Paraguay, <i>por la abog. María Eugenia Giménez de Allen</i>	25
4. JURISPRUDENCIA	
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA	
FUNCIONARIO PÚBLICO. Cargo de confianza/ PROCESO LABORAL. Ejecución de fallos laborales. CSJ. Sala Penal. 14-02-11. (Ac. y Sent. N° 17)	45
DIVORCIO. Causas del divorcio/ INJURIA/DIVORCIO. Causas del divorcio/. PRUEBA DE TESTIGOS. Apreciación de la prueba testimonial/ REGULACIÓN DE HONORARIOS. Base de cálculo para la Regulación de Honorarios. CSJ, Sala Civil y Comercial. 17-02-11. (Ac. y Sent. N° 25)	49
RECURSO DE CASACIÓN. Casación Directa. Admisibilidad del Recurso de Casación. Resolución en el recurso de casación. Control de logicidad y legalidad/SOBRESEIMIENTO. Sobreseimiento definitivo/ JUEZ PENAL/ PROCESO PENAL. Sistema Acusatorio. CSJ, Sala Penal. 22-02-11. (Ac. y Sent. N° 37).....	69
TRIBUTOS. Principio de legalidad en materia tributaria. “Nullum Tributum sine Lege”. Reglamentación. Impuesto Selectivo al Consumo/ LEY. Fuente formal del Derecho tributario. Requisi-	

CONTENIDO

tos/ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. De la creación del Tributo. Justicia Tributaria/ ARBITRARIEDAD. Acto Administrativo arbitrario. CSJ, Sala Constitucional. 08-03-11. (Ac. y Sent. N° 79)	78
PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/ RECURSO DE RECONSIDERACIÓN. Término para deducir el recurso/ RECURSO DE REPOSICIÓN. Término para deducir el recurso/ PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. Demanda contenciosa administrativa. Requisitos. Necesidad de agotar Recursos ordinarios. Resoluciones contra las que se impone la acción contenciosa-administrativa. Necesidad de agotar Recursos ordinarios/ IMPUESTOS. Impuesto a la Renta (IRACIS-IRP)/ SOCIEDAD SIMPLE. CSJ, Sala Penal. 16-03-11. (Ac. y Sent. N° 92)	92
TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL	
NOTIFICACIÓN. Notificación por cédula/ INCIDENTE. Incidente de nulidad. TApeL. Civ. y Com. Sala 1. 22-09-10. (A.I. N° 598) .	101
NOTIFICACIÓN. Notificación en domicilio distinto. Efectos de la notificación/ INCIDENTE. Incidente de nulidad. TApeL. Civ. y Com. Sala 1. 27-09-10. (A.I. N° 612)	104
PRESCRIPCIÓN. Interrupción de la prescripción. Plazo para la prescripción7 CONTRATO. Cumplimiento de contrato. TApeL. Civ. y Com. Sala 1. 27-09-10. (A.I. N° 614)	108
CADUCIDAD DE LA INSTANCIA. Procedencia de la caducidad de instancia. TApeL. Civ. y Com. Sala 1. 14-10-10. (A.I. N° 657)	111
NOTIFICACIÓN. Acta de notificación. Domicilio para notificar. Notificación por cédula/ DERECHO A LA DEFENSA. Violación del derecho a la defensa en juicio/ INCIDENTE. Incidente de nulidad. Prueba/ PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN/ MAGISTRADO. Facultades del magistrado. TApeL. Civ. y Com. Sala 1. 21-10-10. (A.I. N° 691)	112
REGULACIÓN DE HONORARIOS. Regulación de honorarios judiciales/ CADUCIDAD DE INSTANCIA. TApeL. Civ. y Com. Sala 1. 22-10-10. (A.I. N° 692)	118

CONTENIDO

INCIDENTE. Incidente de nulidad/ HIPOTECA. Cancelaciones de inscripciones hipotecarias. Tapel. Civ. y Com. Sala 1. 25-10-10. (A.I. N° 710)	121
REGULACIÓN DE HONORARIOS. Regulación de honorarios judiciales/MEDIDAS CAUTELARES/CHEQUE. TApel. Civ. y Com. Sala 1. 25-10-10. (A.I. N° 717)	125
EXCEPCIÓN. Irrecurribilidad de la excepción/ EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN/ EXCEPCION DE LITISPENDENCIA/ PRINCIPIO DE CONGRUENCIA/PRESCRIPCIÓN Excepción de prescripción/ RECURSO DE NULIDAD. Recurso de nulidad contra sentencia definitiva/ EXCEPCIÓN DE ARRAIGO/ PROTOCOLO DE LAS LEÑAS/ MAGISTRADO. Facultades del magistrado/ COSA JUZGADA. Excepción de cosa juzgada. Tapel. Civ. y Com. Sala 1.25-10-10. (A.I. N° 720)	129
CADUCIDAD DE LA INSTANCIA. SENTENCIA. Ejecución de sentencia/ RECURSO DE REPOSICIÓN.TApel. Civ. y Com. Sala 1.29-10-10. (A.I. N° 743)	139
PRINCIPIO DE CONGRUENCIA. SENTENCIA. Nulidad de sentencia. Tapel. Civ. y Com. Sala 1. 02-11-10. (A.I. N° 750)	149
MAGISTRADO. Facultades del magistrado/ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Consulta/ REGULACIÓN DE HONORARIOS. Honorarios de abogados/ ESTADO DE DERECHO. Tapel. Civ. y Com. Sala 1. 24-11-10 (A.I. N° 816)	153
PRESCRIPCIÓN. Ley aplicable a la prescripción. Prescripción liberatoria/ COMPRAVENTA. Tapel. Civ. y Com. Sala 1. 07-02-11. (A.I. N° 3)	162
RECUSACIÓN. Recusación sin causa.Tapel. Civ. y Com. Sala 1. 09-02-11. (A.I. N° 7)	166
JUICIO EJECUTIVO. Título ejecutivo/ MUNICIPALIDAD. PRESCRIPCIÓN. Ley aplicable a la prescripción. TApel. Civ. y Com. Sala 1. 02-03-11. (Ac. y Sent. N° 6)	168
PERSONAS. Personas Jurídicas/ DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad del Estado/ SENTENCIA. Nulidad de la sentencia/ BIENES DEL DOMINIO PÚBLICO. TApel. Civ. y Com. Sala 1. 24-03-11. (Ac. y Sent N° 14)	175

CONTENIDO

SEGURO. Vencimiento de la obligación del asegurador. Provocación del siniestro/ PRUEBA DE TESTIGOS. Tapel. Civ. y Com. Sala 1. 19-05-11. (Ac. y Sent. N° 19)	183
SENTENCIA. Vicios de la sentencia/ SÍNDICO/ SOCIEDAD. Liquidación de la sociedad/ REGULACIÓN DE HONORARIOS. Ejecución de honorarios/ SOCIEDAD. Liquidación de la sociedad/ QUIEBRA. Efectos jurídicos de la quiebra/ BANCO CENTRAL DEL PARAGUAY. Superintendencia de bancos. Tapel. Civ y Com. Sala 3. 24-03-11. (Ac. y Sent. N° 21)	193
EDUCACIÓN/ ACCIÓN DE AMPARO. Legitimidad en la acción de amparo/ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY/ COSTAS. Costas al vencido. TApel. Civ. y Com. Sala 3. 08-04-11. (Ac. y Sent. N° 26)	206
DAÑOS Y PERJUICIOS. Exoneración de responsabilidad/ EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN. Procedencia de la excepción de falta de acción/ COSA JUZGADA. Excepción de cosa juzgada. Tapel. Civ. y Com. Sala 5. 09-02-11. (A.I. N° 30)	216
MAGISTRADOS. Competencia de los magistrados/ EXCUSACIÓN. Inhibición/ RECUSACIÓN. Resolución en la recusación. Recusación con causa. TApel. Civ. y Com. Sala 5. 17-02-11. (A.I. N° 63)	226
NOTIFICACIÓN. Nota de aviso/ DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad civil/ PRESCRIPCIÓN/ TApel. Civ. y Com. Sala 5. 31-03-11. (A.I. N° 193)	229
MAGISTRADO. Mal desempeño en sus funciones. Inmunidades/ MINISTERIO PÚBLICO. Agentes Fiscales. Facultades de los agentes fiscales/ EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN. Procedencia de la excepción de falta de acción. TApel. Civ. y Com. Sala 5. 07-04-11. (A.I. N° 215)	233
SUCESIÓN. Petición de herencia. TApel. Civ. y Com. Sala 5. 26-05-11. (A.I. N° 356)	240
CADUCIDAD DE LA INSTANCIA/ COSA JUZGADA/ SENTENCIA DEFINITIVA/ SENTENCIA. Sentencia definitiva en primera instancia/NON BIS IN IDEM/COSTAS. Costas al vencido. TApel. Civ. y Com. Sala 5. 30-05-11. (A.I. N° 357)	242

CONTENIDO

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS/ MEDIDAS CAUTELARES/ JUICIO EJECUTIVO/ MAGISTRADOS. Facultades del magistrado/ LEY. Aplicación de la ley. TApel. Civ. y Com. Sala 5. 23-06-11. (A.I. N° 432)	250
DESALOJO. Derecho de posesión o dominio. Limitaciones en el desalojo. Procedencia del desalojo. Derecho de posesión o dominio. Prueba en el desalojo. TApel. Civ. y Com. Sala 5. 15-03-11. (Ac. y Sent. N° 32)	259
NULIDAD. Incidente de nulidad/ RECURSO DE APELACIÓN. Facultades del Tribunal de Apelación. TApel. Civ. y Com. Sala 5. 16-03-11. (Ac y Sent. N° 33)	265
PRUEBA DE PERITOS. Dictamen pericial. Apreciación de la prueba pericial. TApel. Civ. y Com. Sala 5. 29-03-11. (Ac. y Sent. N° 36)	272
BUENA FE/ COSTAS. Costas en el orden causado. TApel. Civ. y Com. Sala 5. 13-04-11. (Ac. y Sent. N° 48)	275
DIVORCIO. Causas de divorcio. Prueba en el juicio de divorcio. TApel. Civ. y Com. Sala 5. 13-06-11. (Ac. y Sent. N° 64)	279
 TRIBUNAL DE APELACIÓN DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA	
HOMOLOGACIÓN. Homologación de acuerdo. TApel. Niñez y Adolescencia. 20-05-11. (A. I. N° 182)	285
TUTELA. Remoción o suspensión del tutor. De las obligaciones y funciones del tutor. TApel. Niñez y Adolescencia. 17-11-11. (Ac. Sent. N° 205)	286

ÍNDICE TEMÁTICO

- ACCIÓN DE AMPARO, 206
 - Legitimidad en la acción de amparo, 206
- ARBITRARIEDAD, 80
 - Acto Administrativo arbitrario, 80
- BANCO CENTRAL DEL PARAGUAY, 194
 - Superintendencia de bancos, 194
- BIENES DEL DOMINIO PÚBLICO, 175
- BUENA FE, 275
- CADUCIDAD DE INSTANCIA, 111, 118, 139, 140, 243
 - Procedencia de la caducidad de instancia, 111
- CHEQUE, 125
- COMPRAVENTA, 162
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY, 80, 153, 206
 - Consulta, 153
 - De la creación del Tributo, 80
 - Impuesto Selectivo al Consumo, 80
 - Justicia Tributaria, 80
- CONTRATO, 108
 - Cumplimiento de contrato, 108
- COSA JUZGADA, 130, 131, 217, 243
 - Excepción de cosa juzgada, 130, 131, 217
- COSTAS, 207, 244, 275
 - Costas al vencido, 207, 244
 - Costas en el orden causado, 275
- DAÑOS Y PERJUICIOS, 175, 216, 229

ÍNDICE TEMÁTICO

- Exoneración de responsabilidad, 216
- Responsabilidad civil, 229
- Responsabilidad del Estado, 175
- DERECHO A LA DEFENSA, 112
 - Violación del derecho a la defensa en juicio, 112
- DESALOJO , 259, 260
 - Derecho de posesión o dominio, 259, 260
 - Limitaciones en el desalojo, 260
 - Procedencia del desalojo, 260
 - Prueba en el desalojo, 260
- DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS, 250
- DIVORCIO, 49, 279
 - Causas de divorcio, 49, 279
 - Prueba en el juicio de divorcio, 279
- EDUCACIÓN, 206
- ESTADO DE DERECHO, 154
- EXCEPCIÓN, 129
 - Irrecurribilidad de la excepción, 129
- EXCEPCIÓN DE ARRAIGO, 129, 130
- EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN, 130, 217, 234
 - Procedencia de la excepción de falta de acción, 217, 234
- EXCEPCION DE LITISPENDENCIA, 130
- EXCUSACIÓN, 226
 - Inhibición, 226
- FUNCIONARIO PÚBLICO, 45
 - Cargo de confianza, 45
- HIPOTECA, 121
 - Cancelaciones de inscripciones hipotecarias, 121
- HOMOLOGACIÓN, 285
 - Homologación de acuerdo, 285
- IMPUESTOS, 93
 - Impuesto a la Renta (IRACIS-IRP), 93
- INCIDENTE, 101, 104, 112, 113, 121
 - Incidente de nulidad, 101, 104, 112, 113, 121
 - Prueba, 113
- INJURIA, 49

ÍNDICE TEMÁTICO

- JUEZ PENAL, 70, 71
- JUICIO EJECUTIVO, 168, 169, 250, 251, 252
 - Título ejecutivo, 168, 169
- LEY, 79, 251
 - Aplicación de la ley, 251
 - Fuente formal del Derecho Tributario, 79
 - Requisitos, 79
- MAGISTRADO, 130, 153, 226, 233, 251
 - Competencia de los magistrados, 226
 - Facultades del magistrado, 130, 153, 251
 - Inmunidades, 233
 - Mal desempeño en sus funciones, 233
- MEDIDAS CAUTELARES, 125, 250, 251, 252
- MINISTERIO PÚBLICO, 233, 234
 - Agentes Fiscales, 233
 - Facultades de los agentes fiscales, 234
- MUNICIPALIDAD, 168, 169
- NON BIS IN IDEM, 243
- NOTIFICACIÓN, 101, 104, 112, 229
 - Acta de notificación, 112
 - Domicilio para notificar, 112
 - Efectos de la notificación, 104
 - Nota de aviso, 229
 - Notificación en domicilio distinto, 104
 - Notificación por cédula, 101, 112
- NULIDAD, 265
 - Incidente de nulidad, 265
- PERSONAS, 175
 - Personas Jurídicas, 175
- PRESCRIPCIÓN, 108, 129, 130, 162, 168, 169, 228
 - Excepción de prescripción, 129, 130
 - Interrupción de la prescripción, 108
 - Ley aplicable a la prescripción, 162, 168, 169
 - Plazo para la prescripción, 108
 - Prescripción liberatoria, 162

ÍNDICE TEMÁTICO

- PRINCIPIO DE CONGRUENCIA, 129, 149
- PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN
- PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, 92, 93
 - Demanda contenciosa-administrativa, 92
 - Necesidad de agotar Recursos ordinarios, 92, 93
 - Requisitos, 93
 - Resoluciones contra las que se impone la acción contenciosa-administrativa, 93
- PROCESO LABORAL, 45
 - Ejecución de fallos laborales, 45
- PROCESO PENAL, 71
 - Sistema Acusatorio, 71
- PROTOCOLO DE LAS LEÑAS, 130
- PRUEBA DE PERITOS, 272
 - Apreciación de la prueba pericial, 272
 - Dictamen pericial, 272
- PRUEBA DE TESTIGOS, 49, 184
 - Apreciación de la prueba testimonial, 49
- QUIEBRA, 194
 - Efectos jurídicos de la quiebra, 194
- RECURSO DE APELACIÓN, 139, 265
 - Facultades del Tribunal de Apelación, 265
- RECURSO DE CASACIÓN, 69, 70
 - Admisibilidad del Recurso de Casación, 69
 - Casación Directa, 69
 - Control de logicidad y legalidad, 70
 - Resolución en el recurso de casación, 70
- RECURSO DE NULIDAD, 129
 - Recurso de nulidad contra sentencia definitiva, 129
- RECURSO DE RECONSIDERACIÓN, 92
 - Término para deducir el recurso, 92
- RECURSO DE REPOSICIÓN, 92, 140
 - Término para deducir el recurso, 92
- RECUSACIÓN, 166, 226
 - Recusación con causa, 226

ÍNDICE TEMÁTICO

- Recusación sin causa, 166
- Resolución en la recusación, 226
- REGULACIÓN DE HONORARIOS, 49, 118, 125, 153, 194
 - Base de cálculo para la Regulación de Honorarios, 49
 - Ejecución de honorarios, 194
 - Honorarios de abogados, 153
 - Regulación de honorarios judiciales, 118, 125
- SEGURO, 183, 184
 - Provocación del siniestro, 184
 - Vencimiento de la obligación del asegurador, 183, 184
- SENTENCIA, 139, 149, 175, 193, 243
 - Ejecución de sentencia, 139
 - Nulidad de la sentencia, 149, 175
 - Sentencia definitiva en primera instancia, 243
 - Vicios de la sentencia, 193
- SENTENCIA DEFINITIVA, 243
- SÍNDICO, 193
- SOBRESEIMIENTO, 70
 - Sobreseimiento definitivo, 70
- SOCIEDAD, 193, 194
 - Liquidación de la sociedad, 193, 194
- SOCIEDAD SIMPLE, 93
- SUCESIÓN, 240
 - Petición de herencia, 240
- TRIBUTOS, 78, 79, 80
 - Impuesto Selectivo al Consumo, 80
 - “Nullum Tributum sine Lege”, 78
 - Principio de legalidad en materia tributaria, 78, 79, 80
 - Reglamentación, 79, 80
- TUTELA, 286
 - De las obligaciones y funciones del tutor, 286
 - Remoción o suspensión del tutor, 286

ÍNDICE POR TRIBUNALES

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sala Civil y Comercial

17-02-11. “L. E.R. F. c. L.C.R.V. s. Divorcio Vincular” (Ac. y Sent. N° 25) 49

Sala Constitucional

08-03-11. “Consulta: Tabacalera del Este S.A., Mercury Tabacos S.A., Veneto S.A., Tabacalera Hernandarias S.A. y Tabacalera San Francisco S.A. c. Poder Ejecutivo s. Amparo Constitucional” (Ac. y Sent. N° 79)..... 78

Sala Penal

14-02-11. “Douglas Oneto Bonzi contra la Gobernación del Departamento Central sobre Reposición en el empleo y cobro de salarios caídos” (Ac. y Sent. N° 17) 45

22-02-11. “Jorge Domiciano Giménez Penayo s. Hecho Punible contra la prueba documental y otro” (Ac. y Sent. N° 37) 69

16-03-11. “Clínica Radiológica Iribas Sociedad Simple c. Providencia de fecha 05/05/2005 y la providencia de fecha 27/02/2006 del Vice Ministerio de Tributación” (Ac. y Sent. N° 92) 92

TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL

Primera Sala

22-09-10. “Queja por apelación denegada interpuesta por el Abog. Patrick Humbert en el expte.: Jean Pierre Víctor Claude Brouillet c. Rancho California S.A. s. Nulidad de Asamblea” (A.I. N° 598) 101

ÍNDICE POR TRIBUNALES

27-09-10. “Claudia Cyra María Pedrozo Bogado c. Grupo Tecnológico Sudamericano S.A. y otros s. Ejecución Hipotecaria” (A.I. N° 612)	104
27-09-10. “Isidro Ferrer Leigue c. Giovani Stevanato s. Nulidad de Acto Jurídico y otros” (A.I. N° 614)	108
14-10-10. “Saturnino Manuel Cristaldo Benitez c. Jose Dejesus Rojas Miñarro y Maria Victoria Herreros de Rojas s. Cumplimiento de contrato y obligación de hacer escritura pública” (A.I. N° 657)	111
21-10-10. “Edgar Clari Agüero c. José Feliz Enciso Belotto y otros s. Acción preparatoria de juicio ejecutivo” (A.I. N° 691)	112
22-10-10. “Regulación de honorarios profesionales del abogado Hugo A. Villalba Ocampos en el expediente: “Frigorífico San Michele SRL c. B.N.T. s. Resolución de contrato por imprevisión” (A.I. N° 692)	118
25-10-10. “Rogelio Cadogan Gauto c. Juana Pabla Franco s/ Ejecución Hipotecaria” (A.I. N° 710)	121
25-10-10. “Regulación de honorarios del abogado Ignacio Pane en el juicio: Industrias Metalurgicas C.F.S.A. s. Privación de eficacia” (A.I. N° 717)	125
25-10-10 “Zoomp Confecoes Ltda. C. Alfredo Sosa Samudio y Miguel Angel y Miguel Angel Yudis s. Nulidad y Cancelación por el no uso de un registro N° 192.899 de fecha 10 de junio de 1997 en la clase 25” (A.I. N° 720)	129
29-10-10 “San Soo RA c. Hey Suk Ra s. Ejecución hipotecaria” (A.I. N° 743)	139
02-11-10. “José Eduardo Caceres s. Reconocimiento de Filiación extramatrimonial c. la Sucesión de Milner Buey Cataldo” (A.I. N° 750)	149
24-11-10 “Regulación de honorarios profesionales del abogado Juan Ernesto Villamayor y Sergio Coscia en los autos: “Comercial e Inmobiliaria Paraguayo Argentina S.A. (CIPASA) c. Estado Paraguayo s. Fijación judicial de precio” (Intereses) (A.I. N° 816)	153
07-02-11. “Vecca Automotores SRL c. Angel Francisco Cataldi Benítez y otros s. Cumplimiento de contrato y otros” (A.I. N° 3)	162
09-02-11. “Mirian Iolanda Vera Acuña s. Convocatoria de acreedores” (A.I. N° 7)	166

ÍNDICE POR TRIBUNALES

02-03-11. “Artemio Domínguez Jara c. Inversora Yrendagué S.A. s. Cobro de Guaraníes” (Ac. y Sent. N° 6)	168
24-03-11. “Gustavo Augusto Miranda Valenzuela c. Ministerio de Relaciones Exteriores s. Ejecución de Resoluciones Judiciales”. (Ac. y Sent N° 14)	175
19-05-11. “Sebastián Pablo Anastacia Genolet c. Mapfre Compañía de Seguros s. Indemnización de daños y perjuicios” (Ac. y Sent. N° 19)	183
Tercera Sala	
24-03-11. “RHP. De los abogados Juan Pablo Wasmosy y Carlos Ortiz Jara en el expte.: Accionistas del Banco Oriental SAIFECA c. Banco Central del Paraguay s. Demanda Ordinaria Declarativa de derechos” (Ac. y Sent. N° 21)	193
08-04-11. “Jorge Luis Schreiner Marengo en representación de su hija Ingrid Lisabeth Schreiner Legal c. Colegio Goethe s. Amparo” (Ac. y Sent. N° 26)	206
Quinta Sala	
09-02-11. “Blanca Alvarez Grinok c. Juan Carlos Wasmosy y Luis María Ramíre° Boettner s. indemnización de daños” (A.I. N° 30)	216
17-02-11. “Reg. Hon. Prof. del abog. Jaime Edan en los autos RHP de Jaime Edan en el expte. Edmundo Vittone c. Diógenes Insfrán y otros s. Simulación y otros” (A.I. N° 63)	226
31-03-11. “Estado Paraguayo c. Amada Beatriz Núñez Díaz s. Indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual” (A.I. N° 193)	229
07-04-11. “Gloria Elena del Carmen Castillo de Lincir y otros c. Rubén Villalba Ybarra y otros s. Indemnización por daño moral” (A.I. N° 215)	233
26-05-11. “Atanacio Acuña Gómez c. Cristina Concepción Acuña Villalba s. Petición de herencia” (A.I. N° 356)	240
30-05-11. “Jorge Miguel Brunotte Lange c. Rosalba González Vda. de Samaniego y Stella Samaniego de Centurión s. Ejecución hipotecaria” (A.I. N° 357)	242

ÍNDICE POR TRIBUNALES

23-06-11. “Queja por apelación denegada interpuesta por el Sr. Eugenio Ramón Cabrera c. la resolución N° 2545 del 16 de agosto de 2010, dictada por la Dirección General de los Registros Públicos” (A.I. N° 432)	250
15-03-11. “Isaac Benito Frutos Britos c. Estanislao Mora Samudio y otros s. Desalojo” (Ac y Sent. N° 32)	259
16-03-11. “Ricardo Rogelio Trinidad Jojot y otros c. Andrés Cox Baeza y otros s. Indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad contractual” (Ac. y Sent. N° 33)	265
29-03-11. “Fidelina Sanabria de Montañez c. Instituto Nacional de Desarrollo Rural y Tierra (INDERT) s. Fijación judicial de precio” (Ac. y Sent. N° 36)	272
13-04-11. “Sady Verónica Maldonado c. Francisco Soteras Morínigo s. Reconocimiento de Filiación” (Ac. y Sent. N° 48)	275
13-06-11. “Pedro José Presentado Matute c. Edith Raquel Peña Orti- goza s. Divorcio” (Ac y Sent. N° 64)	279
TRIBUNAL DE APELACIÓN DE LA NIÑEZ Y ADOLESCEN- CIA	
20-05-11. “M.P.B.M. y otro s. Homologación de acuerdo” (A. I. N° 182)	285
17-11-11. “A.J.C.D. s. Tutela” (Ac. Sent. N° 205)	286

RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES INSTRUMENTOS JURÍDICOS INTERNACIONALES RATIFICADOS POR LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY

*Por Abog. María Eugenia Giménez de Allen*¹

INTRODUCCIÓN

La República del Paraguay ha ratificado en el año 1996 dos importantes instrumentos jurídicos internacionales en materia de Restitución Internacional de Menores: El Convenio sobre Aspectos Civiles sobre Sustracción Internacional de Menores, suscripto en La Haya, en fecha 25 de octubre de 1980, ratificado por el Paraguay por Ley 983, y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, suscripta en Montevideo el 15 de julio de 1989, ratificada por nuestro país por Ley 928. Ambos instrumentos jurídicos internacionales son de aplicación constante por nuestros Juzgados y Tribunales Especializados en la Jurisdicción de la Niñez y Adolescencia, requiriendo de los operadores de justicia un conocimiento acabado sobre esta materia, lo que garantiza la eficiente aplicación de los tratados.

1. Miembro del Tribunal de Apelación de la Niñez y Adolescencia de la Circunscripción Judicial de Central. Docente de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica “Ntra. Señora de la Asunción”. Jueza Enlace por la República del Paraguay para la aplicación del Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles sobre Sustracción Internacional de Menores, designada por Resolución de la CSJ N° 807 de fecha 25 de mayo de 2011.

Existe además hoy día un marcado interés por el manejo del tema, en razón del gran desplazamiento de nuestros ciudadanos a otros países en busca de mejores oportunidades, lo que hace también que exista un mayor riesgo en el traslado o retención ilegal de niños y adolescentes. Es una realidad actual que personas de diferentes países, religiones, culturas se relacionen y constituyan núcleos familiares, más o menos estables. Cuando estas familias se desintegran, aumenta el riesgo de que uno de los que conforman la pareja quiera retornar a su país de origen o al país al que le une lazos afectivos, sustrayendo o reteniendo ilícitamente a los hijos, fruto de dicha relación. Si bien la sustracción internacional se verifica mayormente en el ámbito familiar, esto no significa que no pueda darse fuera de dicho ámbito, si bien ello es mucho menos frecuente.

El presente trabajo tiene por objeto efectuar un análisis de los tratados ratificados por nuestro país en esta materia, efectuado un estudio comparativo de ellos. Asimismo, pretende realizar algunas propuestas para la mejor y más eficiente aplicación de dichos convenios.

EL CONVENIO SOBRE ASPECTOS CIVILES SOBRE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES (LEY 983/96)

El Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 es un tratado multilateral elaborado en el marco de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, que tiene por objeto la protección de los niños de los efectos perjudiciales de la sustracción y la retención que traspasan las fronteras internacionales, estableciendo una vía para lograr su pronta restitución. Asimismo tiene por objeto velar porque los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes.

LA CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES (LEY 928/96)

Este instrumento jurídico internacional, de aplicación regional, tiene los mismos objetivos que la Convención de La Haya y fue elaborada teniendo como fuente a aquella. Ello surge de la simple lectura de ambos convenios, con artículos muy similares en la mayor parte de su texto. Sin embargo, también

existen diferencias importantes que iremos resaltando en el curso de este trabajo.

Conviene precisar que cuando un Estado ha ratificado tanto la Convención de La Haya como la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional, se debe aplicar este último instrumento, pudiendo sin embargo los Estados partes convenir entre ellos la aplicación prioritaria de la Convención de La Haya de 1980. Esta solución surge del art. 34 de la Convención Interamericana, que textualmente prescribe: “Entre los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos que fueren partes de esta Convención y de la Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre Aspectos Civiles sobre Sustracción Internacional de Menores, regirá la presente Convención. Sin embargo, los Estados Partes podrán convenir entre ellos de forma bilateral la aplicación prioritaria de la citada Convención de la La Haya del 25 de octubre de 1980.”

OBJETIVOS DE AMBAS CONVENCIONES

Ya hemos adelantado en párrafos anteriores que los objetivos de ambos convenios son idénticos, conforme surge de la lectura del art. 1° de la Convención de La Haya de 1980 y el Art. 1° de la Interamericana.

En virtud de los referidos articulados, los objetivos del convenio son:

- a) la inmediata restitución de menores que hayan sido trasladados ilícita o ilegalmente;
- b) la inmediata restitución de menores que hayan sido retenidos ilícita o ilegalmente;
- c) hacer respetar el derecho de visita y el de custodia o guarda por parte de sus titulares.

Es importante diferenciar claramente entre lo que es un traslado ilícito o ilegal de lo que es una retención ilícita o ilegal de un niño o adolescente. Cuando hablamos de traslado ilícito estamos refiriéndonos a aquel que se produce en violación de los derechos que ejercían, individual o conjuntamente, los padres, tutores o guardadores, o cualquier institución, inmediatamente antes de ocurrir el hecho, de conformidad con la ley de la residencia habitual del menor (art. 3° de la Convención).

Resulta necesario puntualizar que en el Paraguay se produciría un traslado ilícito cuando un niño o adolescente es desplazado fuera del país sin la auto-

rización correspondiente de ambos padres otorgado ante un Juzgado de Paz o sin la venia o autorización para viajar expedido por un Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y Adolescencia. Estas son las únicas vías legales que existen, de acuerdo a nuestra legislación, para trasladar a un menor fuera del territorio nacional. De no haberse producido el traslado por una de estas vías, éste sería ilegal y podría dar pie a un pedido restitutorio, de conformidad al art. 1 de la Convención. Recordemos que, de conformidad a nuestra normativa, la patria potestad es ejercida en igualdad de condiciones por ambos progenitores, lo cual hace que el niño o adolescente requiera siempre de autorización de ambos padres para salir del país, aunque uno de ellos ejerza la convivencia del mismo. Ahora bien, puede ocurrir que el traslado del niño o adolescente haya sido legal, es decir efectuado conforme con los requisitos legales antes mencionados, pero que la retención que se haga del mismo sea ilícita. Ello puede ocurrir cuando uno de los progenitores otorga el permiso correspondiente por tiempo limitado al otro progenitor, a los efectos de que ejerza un derecho de visita, pero que vencido el plazo establecido, no retorna al niño a su lugar de residencia habitual. Este segundo caso también puede dar lugar a un pedido restitutorio por quien se sienta lesionado en sus derechos.

En síntesis, el objetivo principal de las convenciones en materia de restitución internacional consiste en el restablecimiento, lo más urgentemente posible, del statu quo existente antes de producirse el traslado o la retención ilícita. El retorno inmediato del niño al país de su residencia habitual es la finalidad primordial prevista en los convenios, a los efectos de restablecer una situación que el sustractor modificó de forma unilateral por una vía de hecho.

Por último, dentro de los objetivos de las convenciones se encuentra el de garantizar el derecho de visita o contacto transfronterizo. Este derecho se encuentra reconocido en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño que en su Art.9, apartado 3, dispone: “Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que este separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”.

El documento denominado “Principios Generales y Guía de Buenas Prácticas – Contacto Transfronterizo relativo a los niños” establece “...el derecho a solicitar disposiciones destinadas a reconocer y asegurar el ejercicio efectivo de un “derecho de visita” en virtud del art. 21 del Convenio de 1980 no debería

quedar limitado a los casos en que exista una orden judicial que reconozca o establezca un derecho de visita, sino que debe incluir los casos en que el solicitante cuente con un derecho de visita resultante de una atribución de pleno derecho y aquellos en que tenga la capacidad de solicitar que se establezca tal derecho. ...”. De la lectura de este documento podemos inferir que el solicitante puede requerir no solamente que se respete un derecho de visita ya regulado en una resolución judicial pre-existente sino también puede peticionar la regulación de un derecho de visita no establecido. Del mismo modo el derecho de visita puede ser solicitado, como medida provisional, en el contexto de un procedimiento de restitución internacional, mientras se espera el dictado de una resolución definitiva, también puede ser solicitado fuera del contexto de un procedimiento restitutorio, sin que el pedido de contacto o visita guarde relación con un traslado o retención ilícita preexistente.

AUTORIDADES CENTRALES

El art. 6° del Convenio de La Haya establece: “...Cada uno de los Estados contratantes designara una Autoridad Central encargada del cumplimiento de las obligaciones que le impone el Convenio. Los Estados Federales, los Estados en que estén vigentes más de un sistema de derecho o los Estados que cuenten con organizaciones territoriales autónomas, tendrán libertad para designar más de una Autoridad Central y para especificar la extensión territorial de los poderes de cada una de estas Autoridades...”.

El art. 7° del Convenio de La Haya establece las funciones encomendadas a las Autoridades Centrales de cada país, entre las que se encuentran: Adoptar las medidas apropiadas que permitan:

- a) Localizar al menor trasladado o retenido de manera ilícita;
- b) Prevenir que el menor sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas, para lo cual adoptaran o harán que se adopten medidas provisionales;
- c) Garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable;
- d) Intercambiar información relativa a la situación social del menor, si se estima conveniente;
- e) Facilitar información general sobre la legislación de su país relativa a la aplicación del Convenio;

f) Incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de conseguir la restitución del menor y en su caso, permitir que se regule o se ejerza de manera efectiva el derecho de visita;

g) Conceder o facilitar, según el caso, la obtención de asistencia judicial o jurídica, incluida la participación de un abogado;

h) Garantizar, desde el punto de vista administrativo, la restitución del menor sin peligro, si ello fuese necesario y apropiado; e,

i) Mantenerse mutuamente informadas sobre la aplicación del presente Convenio y eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos que puedan oponerse a dicha aplicación.

En este mismo sentido, el art. 7° de la Convención Interamericana dispone: “Para los efectos de esta Convención cada Estado Parte designara una autoridad central encargada del cumplimiento de las obligaciones que le establece esta Convención, y comunicara dicha designación a la Secretaria General de la Organización de los Estados Americanos. En especial, la Autoridad Central colaborará con los actores del procedimiento y con las autoridades competentes de los respectivos Estados para obtener la localización y la restitución del menor; asimismo, llevara a cabo los arreglos que faciliten el rápido regreso y la recepción del menor, auxiliando a los interesados en la obtención de los documentos necesarios para el procedimiento previsto en esta Convención. Las autoridades centrales de los Estados Partes cooperarán entre si e intercambiarán información sobre el funcionamiento de la Convención con el fin de garantizar la restitución inmediata de los menores y los otros objetivos de esta Convención”.

Cada Estado contratante tiene facultad discrecional para designar a la Autoridad Central para la aplicación de los Convenios internacionales en esta materia. Por Decreto del Poder Ejecutivo N° 3.230/04 el Paraguay ha designado a la Secretaria Nacional de la Niñez y Adolescencia como Autoridad Central del Estado Paraguayo en materia de Restitución Internacional de Menores. Anteriormente esta función era ejercida por la Dirección de Asuntos Legales del Ministerio de Relaciones Exteriores.

A la luz de las amplias facultades otorgadas a las Autoridades Centrales de cada Estado contratante podemos concluir que dichos órganos juegan un papel preponderante en el funcionamiento eficaz de los Convenios. Sin embargo, el requirente puede optar por recurrir directamente ante las autoridades judiciales pertinentes a los efectos de que por esa vía se tramite el pedido restitutorio.

COMPETENCIA

De conformidad al artículo 6° de la Convención Interamericana, son competentes para conocer de la solicitud de restitución de un niño/a o adolescente las autoridades judiciales o administrativas del Estado Parte donde el menor tuviere su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o de su retención ilegal. Igualmente, son también competentes las autoridades del Estado Parte donde se encontrare o se supone se encontrare el menor ilegalmente trasladado o retenido, al momento de efectuarse la reclamación restitutoria. El actor podrá optar por interponer su petición ante cualquiera de las autoridades antes mencionadas.

La Convención Interamericana otorga la facultad al actor para interponer su pedido restitutorio donde le resulte más conveniente a sus pretensiones. Muchas veces interpondrá su requerimiento ante las autoridades del Estado Parte donde el niño tenía su residencia habitual antes de su traslado o retención ilícita. Otras veces, por razones de urgencia y celeridad, le convendrá hacerlo ante las autoridades del Estado Parte donde el menor se encontrare, aunque muchas veces esto le resulte más oneroso.

Aunque el Convenio de La Haya no tiene una norma idéntica, surge del texto del art. 8° del referido instrumento internacional, que el solicitante puede interponer su demanda ante la Autoridad Central o Judicial del Estado de la residencia habitual del niño o del Estado donde el menor se encontrare trasladado o retenido ilícitamente.

REQUISITOS QUE DEBE CONTENER LA SOLICITUD O DEMANDA

Los requisitos que debe contener la solicitud o demanda de restitución internacional de un menor están establecidos en el artículo 9° de la Convención Interamericana, que expresa:

a) los antecedentes o hechos relativos al traslado o retención, así como la información suficiente respecto a la identidad del solicitante, del menor sustraído o retenido y, de ser posible, de la persona a quien se imputa el traslado o la retención

b) La información relativa a la presunta ubicación del menor, a las circunstancias y fechas en que se realizó el traslado al extranjero o al vencimiento del plazo autorizado; y

c) Los fundamentos de derecho en se apoya la restitución del menor.

Además de los requisitos ya mencionados, se deben acompañar los documentos que se detallan en el referido artículo 9º, los cuales son necesarios a los efectos de fundamentar convenientemente el pedido restitutorio.

En el art. 8º de la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores se encuentran citados los requisitos y documentos que deberá contener la solicitud o pedido restitutorio.

Resulta interesante destacar que la Convención Interamericana no exige que los exhortos, las solicitudes y los documentos que se deban acompañar estén legalizados cuando se transmiten por la vía diplomática, consular o por intermedio de la Autoridad Central (art. 9º, numeral 4 de la Convención Interamericana). Esta norma coincide con lo dispuesto por el art. 23 de la Convención de La Haya, que establece: “No se exigirá, en el contexto del presente Convenio, ninguna legalización ni otras formalidades análogas”.

PLAZO PARA LA INTERPOSICIÓN DEL PEDIDO O DEMANDA RESTITUTORIA

La Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores dispone, en su artículo 14, el plazo de un año calendario para la instauración del procedimiento previsto en el instrumento internacional. Establece que dicho plazo deberá computarse desde la fecha en que el menor hubiere sido trasladado o retenido ilegalmente. En caso de menores cuyo paradero se desconoce, el plazo se computará a partir del momento en que fueren precisa y efectivamente localizados.

El mismo artículo citado refiere que, por excepción, el vencimiento del plazo del año no impide que se acceda a la solicitud de restitución si a criterio de la autoridad requerida lo justifican las circunstancias del caso, a menos que se demostrare que el menor se ha integrado a su nuevo entorno.

Del mismo modo la Convención de La Haya, en su art. 12 establece el plazo de un año para la interposición del pedido de restitución. En el mismo sentido que la Interamericana, dispone que puede hacerse lugar al pedido restitutorio cuando haya transcurrido el lapso de un año, salvo que se demuestre que el niño ha quedado integrado a su nuevo ambiente.

PROCEDIMIENTO

La Convención de La Haya carece casi por completo de normas procesales, a diferencia de la Interamericana, que establece un procedimiento mucho más completo, aunque insuficiente a mi criterio.

El artículo 10 de la Convención Interamericana establece que el juez exhortado o la autoridad central del Estado donde se encuentre el menor adoptarán, de conformidad con su derecho y cuando sea pertinente, todas las medidas que sean adecuadas para la devolución voluntaria del menor. Si la devolución no pudiera efectuarse voluntariamente, la autoridad administrativa o judicial tomarán conocimiento personal del menor y adoptarán todas las medidas necesarias para impedir la salida del menor del territorio de su jurisdicción. Si fuere procedente, podrá disponer sin demora su restitución.

En este punto, cabe señalar que lo más atinado para el Juzgado que recibe un exhorto de un juez extranjero o un pedido de la Autoridad Central solicitando la restitución de un menor, es ordenar una medida de prohibición de salida del país del niño o adolescente en cuestión, en razón de que éste podría ser trasladado nuevamente a otro Estado, ante el conocimiento del pedido de restitución planteado.

El referido artículo décimo señala que la autoridad administrativa o judicial tomará conocimiento personal del menor. Para ello, el Juzgado deberá convocar al niño o adolescente, con la correspondiente documentación a los efectos de constatar si se trata del menor cuya restitución se está solicitando.

Del exhorto librado por un juez extranjero o del pedido de restitución internacional remitido por la Autoridad Central de un país signatario de la Convención, se deberá dar traslado a la persona que se encuentra en poder del niño cuya restitución se solicita, generalmente uno de los progenitores. Este traslado será por el plazo de 8 días hábiles, contados a partir del momento en que la autoridad tomare conocimiento personal del menor.

Las autoridades judiciales, a los efectos de resolver la restitución internacional planteada, deberán evaluar los hechos y las pruebas que aporte la parte adversa, quien deberá presentar su escrito de oposición en el plazo mencionado. Deberán asimismo tomar conocimiento del derecho aplicable y de los precedentes jurisprudenciales o administrativos existentes en el Estado de la residencia habitual del menor, requiriendo, en caso necesario, la asistencia de las autori-

dades centrales o de los agentes diplomáticos o consulares de los Estados partes, así como de la colaboración que podrán prestar los jueces enlace, a los que nos referiremos más adelante.

En mi experiencia como jueza de Primera Instancia de Niñez y Adolescencia, he aplicado el procedimiento previsto en la Convención Interamericana aun cuando el pedido restitutorio se hubiera efectuado en el contexto de la Convención de La Haya de 1980, pues al carecer este último instrumento de normas de procedimiento, considero que la aplicación analógica es una buena solución que puede ser implementada.

Soy del criterio que lo ideal sería contar con una ley nacional que establezca normas procesales para la aplicación de los Convenios sobre sustracción internacional de menores. Con ello se lograría unificar el procedimiento aplicable a todo pedido restitutorio evitándose la diversidad de criterios con respecto al procedimiento a implementarse. Existe un trabajo realizado por un grupo de expertos conformado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y el Instituto Interamericano del Niño, que elaboró una Ley Modelo sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños. Este grupo de expertos fue coordinado por el Dr. Ricardo Pérez Manrique (Uruguay) y participaron del mismo, representantes de varios países del continente americano. En base a esta Ley Modelo, sería importante elaborar un proyecto que se adecue a nuestra legislación nacional, lo que simplificaría enormemente la aplicación de las Convenciones.

PLAZO PARA DICTAR RESOLUCIÓN

El artículo 12 de la Convención Interamericana, en su parte final, establece que la autoridad correspondiente dictará resolución dentro de los sesenta días calendario, siguientes a la recepción de la oposición, presentada por la adversa o del vencimiento del plazo para hacerlo.

El plazo establecido en la Convención Interamericana, a mi criterio, resulta excesivo a los efectos del cumplimiento de los objetivos del instrumento internacional que analizamos, que es la pronta restitución de menores ilegalmente trasladados o retenidos.

Resulta mucho más breve el plazo establecido en el Convenio de la Haya, que en su artículo 11 establece el plazo de seis semanas a partir de la fecha de

iniciación de los procedimientos. El Convenio de La Haya prevé que, en el caso que este plazo no se cumpla, el solicitante o la Autoridad Central del Estado requirente podrá solicitar una declaración sobre las razones de la demora.

PLAZO PARA EL CUMPLIMIENTO DE LA RESOLUCIÓN

La Convención Interamericana, en su artículo 13, establece el plazo de cuarenta y cinco días calendario para el cumplimiento de la resolución que haga lugar a la restitución internacional, disponiendo la entrega de un niño o adolescente. Si en dicho lapso de tiempo no se hubieren tomado las medidas necesarias para hacer efectivo el traslado del menor, quedará sin efecto la restitución ordenada. Este plazo debe contarse desde que fuere notificada a la autoridad requirente la resolución respectiva.

Considero que esta norma resulta útil, pues impone a quien ha resultado ganancioso en el proceso restitutorio la obligación de su cumplimiento en un plazo breve, caso contrario la resolución queda sin efecto.

La Convención de La Haya no contiene una norma similar sobre el plazo de cumplimiento de la resolución que haga lugar al pedido restitutorio.

GASTOS DEL TRASLADO

Un tema por demás importante es la determinación de quién cargará con los gastos del traslado del niño, en caso de otorgarse la restitución. La Convención Interamericana, en su artículo 13, último párrafo, dispone sobre este punto, estableciendo que los gastos del traslado estarán a cargo de la parte actora. Sin embargo, en caso de que éste careciere de recursos económicos, las autoridades del Estado requirente podrán facilitar los gastos del traslado, sin perjuicio de repetir los mismos contra quien resultare responsable del desplazamiento o retención ilegal.

Por su parte, el Convenio de La Haya de 1980 dispone en su art. 26 que cada Autoridad Central sufragará sus propios gastos en la aplicación del presente Convenio. Se podrán imponer al responsable del desplazamiento o traslado ilegal o a quien impidió el derecho de visita, los gastos en que haya incurrido el solicitante.

Muchas veces el tema de los gastos del traslado resulta bastante difícil de resolver, sobre todo cuando la parte actora no tiene suficientes medios económi-

cos para sufragar los costos de un traslado, que muchas veces es oneroso. En este caso la Convención es muy clara en el sentido de resolver que es el Estado requirente es el que debe facilitar los gastos del traslado.

PREJUZGAMIENTO SOBRE LA CUSTODIA O GUARDA DEL MENOR

Otro tema muy importante y a veces mal entendido por los operadores en la aplicación de los instrumentos internacionales que rigen la materia, es la cuestión relativa a que la restitución internacional del menor no implica, en modo alguno, prejuzgamiento sobre la determinación de su custodia o guarda.

El punto se encuentra claramente resuelto por el artículo 15 de la Convención Interamericana y artículo 19 del Convenio de La Haya. El primero de los artículos citados expresa: “La restitución del menor no implica prejuzgamiento sobre la determinación de su custodia o guarda”. Por su parte el artículo 19 del Convenio de La Haya de 1980 establece: “Una decisión adoptada en virtud del presente Convenio sobre la restitución del menor no afectara la cuestión de fondo del derecho de custodia”.

Esto significa que el hecho que se dicte una resolución donde se haga lugar al pedido restitutorio, no implica el otorgamiento de la custodia o régimen de convivencia del niño a la parte que interpuso la solicitud. Por ese motivo, la resolución que concede la restitución internacional de un niño o adolescente debe disponer claramente que se ordena la restitución del mismo al Estado donde el niño tenía su residencia habitual antes de su traslado o retención ilegal. Es en la jurisdicción de dicho Estado, que es la jurisdicción natural del niño, donde las partes podrán resolver las cuestiones de fondo relativos a su custodia o régimen de convivencia.

En ese sentido, y redundando aún más en el tema, podemos decir que lo único que se dispone al conceder una restitución internacional es el retorno del menor a la jurisdicción del Estado de su residencia habitual. Por lo tanto, ese retorno puede efectuarse con el progenitor que se encuentra de hecho con el niño, es decir con el progenitor que ha resultado perdidoso en la causa. No siempre resulta necesaria la entrega del niño al otro progenitor, a los efectos de su traslado.

Tratando de clarificar aún más el tema, me permito poner a la consideración de los lectores un caso que me cupo resolver en el ejercicio de la función

judicial que desempeño, donde he dictado resolución haciendo lugar al pedido de restitución internacional, remitido a mi Juzgado vía Autoridad Central de la República Argentina, quien a su vez remite la solicitud por intermedio de la Autoridad Central del Paraguay. El niño, cuya restitución era requerida por su padre, tenía escasos dos años de edad y se encontraba con su madre en el Paraguay, habiendo la misma trasladado ilegalmente al niño a este país, sin la autorización correspondiente del padre del mismo, quien logró localizarlos luego de casi un año de búsqueda. El niño, al momento de dictarse la resolución, no reconocía a su progenitor como tal, ya que, por su corta edad, no tenía recuerdos del mismo luego del largo periodo sin contacto con el mismo. Por lo tanto, hubiera sido un golpe emocional muy fuerte para el niño si el Juzgado tuviera que ordenar su entrega al padre biológico y despojarlo de su madre. Ello no resultó necesario, en razón de que ésta última se avino a regresar con su hijo a la República Argentina, luego de ser confirmada la resolución en segunda instancia. Cualquier cuestión de fondo relativa a la custodia de ese niño debía ser resuelta en la jurisdicción competente, que era el de la República Argentina, por lo que el Juzgado únicamente resolvió el traslado del mismo al país de su residencia habitual, de conformidad a lo dispuesto en los instrumentos internacionales analizados.

CASOS EXCEPCIONALES EN LOS QUE LA AUTORIDAD REQUERIDA PUEDE RECHAZAR EL PEDIDO DE RESTITUCIÓN

Existen casos excepcionales previstos tanto en la Convención Interamericana como en la Convención de La Haya de 1980, en los que la autoridad requerida podrá rechazar el pedido de restitución efectuado por el Estado requirente. Estos casos están establecidos expresamente en los artículos 11 y 13 respectivamente de los instrumentos internacionales citados.

El art. 11 de la Convención Interamericana expresa: “La autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no estará obligada a ordenar la restitución del menor, cuando la persona o la institución que presentare oposición demuestre:

a) Que los titulares de la solicitud o demanda de restitución no ejercían efectivamente su derecho en el momento del traslado o de la retención, o hubieren consentido o prestado su anuencia con posterioridad a tal traslado o retención, o

b) Que existiere un riesgo grave de que la restitución del menor pudiere exponerle a un peligro físico o psíquico

La autoridad exhortada puede también rechazar la restitución del menor si comprobare que este se opone a regresar y a juicio de aquella, la edad y madurez del menor justificare tomar en cuenta su opinión”.

Con un texto casi idéntico, el art. 13 de la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores dispone sobre las excepciones previstas para la concesión del pedido restitutorio.

Considero que los casos de excepción establecidos en las citadas normativas deben ser aplicados con criterio restrictivo y extrema prudencia, ya que se trata de situaciones en las que la autoridad puede apartarse de la aplicación del Convenio y negarse a la restitución del niño

El rechazo del pedido restitutorio se puede fundar en la oposición del propio menor a regresar, siempre que la autoridad judicial que deba resolver, considere que debe ajustarse a los deseos del menor, por ser una opinión madura y fundada, expresada por un menor con edad suficiente para ser tenida en cuenta. Sobre este punto de la validez que se debe dar a las opiniones del niño o adolescente, volveremos a referirnos más adelante.

Por último, el art. 25 de la Convención Interamericana y el art. 20 de la Convención de La Haya disponen en textos muy similares que la restitución del menor podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

EDAD LÍMITE

Ambos instrumentos internacionales analizados establecen que la edad límite para la aplicación de las Convenciones sobre Restitución Internacional es la de diez y seis años. El art. 2º de la Convención Interamericana y el art. 4º de la Convención de la La Haya de 1980 así lo disponen. Por tanto el adolescente que ha cumplido diez y seis años ya no es sujeto de los citados instrumentos.

Los instrumentos internacionales sobre restitución internacional han tenido en consideración para fijar esta edad límite, el hecho de que un adolescente de 16 años tiene capacidad para decidir el lugar donde desea vivir, siendo prácticamente imposible resolver en contra de la voluntad expresa de una persona con dicha edad.

LA OPINIÓN DEL NIÑO O ADOLESCENTE

Tanto la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores como la Convención de La Haya de 1980 otorga una importancia fundamental a la opinión del niño o adolescente, ya que dispone como una causa de excepción que éste se oponga a la restitución y se niegue a regresar.

Es bien sabido que la opinión del niño tiene una importancia fundamental para el juzgador que debe dictar resolución sobre una cuestión que atañe al mismo. Esta opinión, si bien es importante, nunca es vinculante para el juez, quien debe analizar la misma, teniendo en cuenta la edad y grado de madurez del niño. También debe someter a análisis el momento preciso y las circunstancias que rodean al caso, pues tratándose de restitución internacional, se debe considerar el hecho de que el niño se encuentra alejado, a veces por mucho tiempo, de uno de sus progenitores, a quienes en casos graves de separación prolongada, ni siquiera reconoce como tales.

Ninguna de las Convenciones sobre Restitución Internacional analizadas ha fijado una edad mínima desde la cual el menor deba ser oído, esta determinación queda librado al prudente criterio judicial, quien convocará al niño desde la edad que considere que pueda emitir una opinión válida. A mi criterio, y basada en mi experiencia en los casos de restitución internacional, considero que el niño debe ser oído en la mayoría de los casos, a menos que sea muy pequeño. Si el magistrado no escucha al niño personalmente, preferentemente con el auxilio de un profesional psicólogo, mal podría evaluar sobre su grado de madurez y sobre la importancia que luego dará a la opinión emitida. Considero que la opinión del niño, en la gran mayoría de los casos, será para el juez un elemento sumamente valioso para fundar su decisión, aunque no pocas veces deba apartarse de los deseos expresados por el mismo. El ejercicio de este derecho del niño le servirá al juez para tomar conocimiento personal del sujeto de derecho sobre el que tomara la decisión, por ello resulta importante que lo escuche personalmente.

La jurista argentina Marta Stilerman, en su obra “Menores. Tenencia. Régimen de visitas”, nos ilustra en forma muy didáctica sobre este tema de la valoración de la opinión del niño, expresando: “Entendemos que la opinión del menor, si bien no puede ser el único elemento a tomar en consideración en orden a dar sustento a la decisión que se tome, adquiere importancia cuando por su

edad y madurez pueda ser considerada como personal y auténtica... Frente a la opinión del menor, es menester indagar si, tras su negativa, se encuentra un sustento en las actitudes del progenitor al que rechaza o si la misma está determinada o por lo menos influida por los sentimientos de rechazo que le son transmitidos por aquel con quien se encuentra conviviendo... La opinión del menor no ha de ser desmerecida ni sobrevalorada, he aquí el punto justo, no perdiendo de vista que toda resolución que le concierna debe dictarse teniendo en cuenta fundamentalmente el interés del niño... Sin lugar a dudas, la opinión del menor, aunque haya de ser tenida en cuenta, no puede tener fuerza vinculante sobre la decisión judicial. La misma, al igual que toda otra prueba, deberá ser meritada a la luz de la sana crítica y contribuirá en mayor o menor proporción a formar la convicción del Juez respecto de la conveniencia de adoptar una u otra decisión...”².

RED INTERNACIONAL DE JUECES DE LA HAYA

La Conferencia de La Haya ha conformado una Red de Jueces especialistas en protección internacional de niños, alentando a los Estados Partes a designar uno o más Jueces a los efectos de formar parte de la mencionada Red Internacional.

Estos jueces deben actuar como canales de comunicación y enlace con sus Autoridades Centrales nacionales, con otros jueces dentro de su propia jurisdicción y con jueces de otros Estados contratantes, tendientes a una mejor aplicación del Convenio. En tal sentido el Juez Enlace tiene la misión de brindar a sus colegas jueces un asesoramiento permanente sobre los Convenios en materia de Restitución Internacional y su aplicación en la práctica, poniendo a su disposición de toda la información relacionada con el tema, como ser las Guías de Buenas Prácticas para la mejor aplicación del Convenio, Base de Datos de INCADAT, Boletín de los Jueces, etc.

Asimismo tienen la función de promover contactos directos con colegas jueces de su propia jurisdicción y con colegas jueces de otros países, a los efectos

2. “MENORES, tenencia. Régimen de visitas”. Marta Stilerman. Editorial Universidad. Tercera edición actualizada. Pág. 74.

de intercambiar información general y específica, mejorando de esta manera la pronta resolución de los casos sobre restitución internacional. La función de los jueces de la Red consiste en recibir y encauzar las comunicaciones judiciales entrantes e iniciar y facilitar las comunicaciones judiciales salientes. Asimismo, dentro de las funciones de los jueces de la Red debería incluirse la organización de seminarios y talleres de capacitación para jueces y operadores de justicia relacionados con la aplicación de los Convenios de Restitución Internacional. Del mismo modo participara en conferencias judiciales internacionales de derecho de familia.

Actualmente la Red de Jueces de La Haya cuenta con más de 60 jueces de 43 Estados de todos los continentes. La Corte Suprema de Justicia de Paraguay ha designado recientemente dos jueces enlace para integrar la Red de Jueces de La Haya: la Prof. Dra. Irma Alfonso de Bogarín y la Prof. Abog. María Eugenia Giménez de Allen.

CONCLUSIONES

1. Es de fundamental importancia la sanción de una ley procesal que establezca el procedimiento a ser aplicado para los casos de restitución internacional de niños. Considero que este proyecto debería elaborarse en base a la Ley Modelo sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños, trabajo que fuera efectuado por un grupo de expertos conformado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y el Instituto Interamericano del Niño, bajo la coordinación del Dr. Ricardo Pérez Manrique (Uruguay).

2. Una ley de esta naturaleza simplificaría enormemente la aplicación de los Convenios de Restitución Internacional, estableciendo un procedimiento unificado, evitándose de esta forma que cada juez implemente el procedimiento que considere pertinente.

3. Resulta necesaria la constante capacitación y actualización de los jueces y demás operadores de justicia en la aplicación de los convenios de Restitución Internacional.

4. Los jueces de la Red de La Haya deberán difundir y promover las comunicaciones judiciales directas entre colegas jueces de diferentes países, ya que constituyen una importante herramienta para la mejor y más efectiva aplica-

ción de los Convenios sobre Restitución Internacional. Para ello se deberán difundir los documentos elaborados por la Oficina Permanente relacionados con el tema como las “Reglas emergentes relativas al Desarrollo de la Red Internacional de Jueces de La Haya y Proyecto de Principios Generales sobre comunicaciones judiciales directas en casos específicos, en el contexto de la Red Internacional de jueces de La Haya”. Las comunicaciones judiciales directas pueden acelerar los procedimientos de tal forma a arribarse a una decisión en el menor tiempo posible, puede ayudar a la celebración de acuerdos entre las partes, puede facilitar el retorno seguro del niño en ciertos casos, facilitar el intercambio de información, etc.

5. La celeridad en los procedimientos de restitución internacional de menores y en el dictado de las resoluciones pertinentes constituyen el principio fundamental que debe primar en ellos. Los jueces y operadores de justicia deben tomar conciencia de la importancia que reviste este principio, ajustando el proceso a los plazos máximos previstos en los Convenios.

BIBLIOGRAFÍA

- Ley 983/96, “Que aprueba el Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”.
- Ley 928/96, “Que aprueba la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores”
- Informe explicativo de doña Elisa Pérez Vera.
- Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980. Primera Parte - Práctica de las Autoridades Centrales.
- Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980. Segunda Parte - Medidas de Aplicación.
- Documento Preliminar N° 8 de octubre de 2006. Informe sobre las Comunicaciones Judiciales Directas en el Contexto de la Protección Internacional de Menores, preparado por Philippe Lortie, Primer Secretario.
- Contacto Transfronterizo relativo a los Niños. Principios Generales y Guía de Buenas Prácticas, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.
- Ley Modelo sobre normas procesales para la aplicación de los Convenios de Sustracción Internacional de Niños. Elaborado por un grupo de expertos

DOCTRINA

conformado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y el Instituto Interamericano del Niño, bajo la coordinación del Dr. Ricardo Pérez Manrique (Uruguay).

- “Menores. Tenencia. Régimen de Visitas”. Marta N. Stilerman. Editorial Universidad. Tercera edición actualizada.

Jurisprudencia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ACUERDO Y SENTENCIA N° 17

Cuestión debatida: Corresponde determinar si el cargo ocupado por el actor, efectivamente constituye o no cargo de confianza, con las características propias de estos, y la facilidad de remoción a quienes lo ocupan.

FUNCIONARIO PÚBLICO. Cargo de confianza.

De la lectura del art.8° de la Ley 1626/00, “De la Función Pública”, resulta comprobable que el cargo de Secretario de Obras Públicas no se ha comprendido en ninguno de los incisos de dicho articulado como de los previstos de confianza, por ende, no resulta como de libre dimisión por parte de la función pública.

FUNCIONARIO PÚBLICO. Cargo de confianza.

Cargos de confianza comprenden aquellos cargos de dirección, inspección, vigilancia, fiscalización, cuando tengan carácter general.

PROCESO LABORAL. Ejecución de fallos laborales.

En base al art. 336 del CPL se concluye diáfamanamente que la ejecución de los Fallos que declaran o constituyen Derechos laborales debe realizarse indefectiblemente ante el Fuero Laboral. (Voto minoría).

CSJ. Sala Penal. 14-02-11. “Douglas Oneto Bonzi contra la Gobernación del Departamento Central sobre Reposición en el empleo y cobro de salarios caídos” (Ac. y Sent. N° 17).

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

CUESTIONES:

¿Es nula la Sentencia apelada?

En caso contrario, ¿se halla ajustada a Derecho?

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

A la primera cuestión planteada, el doctor Sindulfo Blanco prosiguió diciendo: La parte recurrente no ha fundado el recurso de nulidad. No obstante, teniendo en cuenta que el recurso de nulidad se encuentra contenido tácitamente en el recurso de apelación también deducido (artículo 405, Código Procesal Civil), y que, además, guarda relación con una cuestión que hace al orden público, el Tribunal se halla facultado para analizarlo de oficio. No se evidencian vicios en el fallo recurrido que ameriten su declaración de oficio, por lo que se lo tiene por desistido. Es mi voto.

A su turno, los Ministros Miguel Oscar Ramon Bajac Albertini, y César Antonio Garay, se adhieren al juzgamiento del preopinante por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada, el doctor Sindulfo Blanco prosiguió diciendo: Al expresar los agravios que hacen a su representado, sostiene que el fundamento de las Resoluciones dictadas para la desvinculación del Ing. Oneto Bonzi de la Gobernación demandada, es que el acto administrativo por el cual ingresaba a la institución del cual posteriormente resultó cesado, expresamente consignaba la calidad de que el mismo ocupaba un cargo de los previstos como de confianza y, por ende, de libre remoción. Sostiene que el contenido de una resolución administrativa no puede vulnerar los dichos de una norma de rango superior, indica que al no estar contemplado en el artículo 8° de la Ley 1.626/00 el cargo ocupado por el actor como de libre dimisión, la declaración unilateral por parte de la autoridad administrativa no puede ir contra el trabajador. Finaliza señalando que el actor no ocupó cargo con grandes facultades decisorias, prueba de ello indica los pedidos agregado a autos de permisos por ausencia o de tolerancias por llegadas tardías, por lo que solicita la revocación del Acuerdo y Sentencia N° 42 del 27 de noviembre de 2007 dictado por el Tribunal Electoral de la Capital, Primera Sala.

CONTESTACIÓN DEL REPRESENTANTE DE LA GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO CENTRAL. Afirma esta representación que el cargo ocupado por el actor es de los previstos como “de confianza”. La resolución administrativa que dispuso el inicio del vínculo con el Sr. Oneto Bonzi no es contraria a las disposiciones de la Ley de la Función Pública, sino, al contrario, es consecuencia del grado jerárquico que desempeñaba. Respecto a los descansos legales que benefició al actor, no prueban una vinculación especial, al contrario, la importancia del cargo que desempeñaba demuestran la flexibilidad, haciéndolo libre

de adecuar el horario laboral a la función cumplida por el mismo, facultad de la que los funcionarios comunes carecen. Es clara la legislación al establecer que para los cargos de confianza resulta innecesario el sumario administrativo para prescindir de quienes los ocupan. Finaliza señalando que el fallo recurrido se halla ajustado a derecho, por lo que sostiene debe ser confirmado.

ANÁLISIS JURÍDICO DEL CASO. En la dilucidación del presente debate, abierto ante esta Sala Penal, corresponde determinar si el cargo ocupado por el actor –Secretario de Obras Públicas en la Gobernación del Departamento Central– efectivamente constituye o no cargo de confianza, con las características propias de éstos, y la facilidad de remoción a quienes los ocupan.

A fojas 6 del expediente judicial, fue agregada copia autenticada de la Resolución N° 08/03 de fecha 15 de agosto de 2003, emanada de la Gobernación del Departamento Central, por el cual fue nombrado el Ing. Douglas Oneto Bonzi al cargo arriba especificado. En dicha resolución administrativa resulta legible que el cargo de referencia es de confianza, conforme al artículo 8° de la Ley 1.626/00, principal sustento juris para la desvinculación del hoy actor en la presente demanda.

Por Resolución N° 368/07, de fecha 01 de noviembre de 2007, se dan por terminadas las funciones del actor, quedando el mismo desvinculado de la institución.

De una lectura al artículo 8° de la Ley 1.626/00 “De la Función Pública” resulta comprobable que el cargo de secretario de Obras Públicas no se halla comprendido en ninguno de los incisos de dicho articulado como de los previstos de confianza.

Ante la ausencia de especificidad que incluya al cargo supra mentado como de los de libre remoción, el representante de la Gobernación Central pretendió encuadrarlo por la desenvoltura de adecuar el horario del cargo a la consideración del funcionario que lo detenta. Enseña la doctrina, que los cargos de confianza “*comprenden a aquellos cargos de dirección, inspección, vigilancia, fiscalización, cuando tengan carácter general*” (vide “Trabajadores de Confianza”, Teodosio A. Palomino, pág. 159, Edit. Juris Laboral 1989, Lima Perú), por lo que el argumento expuesto por la representación apelada, resulta impertinente.

Cabe citar como precedente jurisprudencial el Acuerdo y Sentencia N° 1.504 de fecha 18 de diciembre de 2006, por el cual esta Sala Penal sostuvo en

forma unánime que el cargo de Secretario de Obras Públicas en la Gobernación Central –caso Rolando Amarilla Servián y otro c/ la Gobernación Central s/ Cobro de Guaraníes en diversos conceptos–, es decir, el mismo cargo del cual el actor de la presente demanda contencioso-administrativa fue apartado, no está previsto como cargo de confianza y, por ende, no resulta como de libre dimisión por parte de la administración pública.

Por tanto, voto por la procedencia del presente recurso, con la consecuente revocación del Acuerdo y Sentencia N° 42 del 27 de noviembre de 2007 dictado por el Tribunal Electoral de la Capital, Primera Sala, y con la imposición de las costas a la parte perdedora, conforme lo manda el artículo 192 Código Procesal Civil. Es mi voto.

A su turno, el señor ministro César A. Garay explicitó: Se advierte que al ser revocado en esta Instancia el Fallo recurrido, resulta necesaria la siguiente salvedad.

Esta Magistratura ha venido juzgando –invariablemente– en casos anteriores similares, que los fallos que resuelven cuestiones de naturaleza laboral, tales como pago de salarios caídos y demás beneficios sociales, necesariamente deben ser ejecutadas ante el Fuero especializado en la materia, es decir el Laboral. En efecto, el artículo 144 de la Ley N° 1.626/00 dispone: *“Los Tribunales Electorales del país entenderán en los casos previstos en esta ley, cuando se trate de funcionarios municipales o de los gobiernos departamentales”*. El artículo 336 del Código Procesal Laboral establece: *“Será exigible ejecutivamente, el cumplimiento de toda obligación originada en una relación de trabajo que conste de algunos de los modos siguientes: “... b) sentencias judiciales ejecutoriadas, acuerdos conciliatorios o laudos arbitrales firmes”*.

En base a las normas legales citadas se concluye diáfaramente que la ejecución de los Fallos que declaran o constituyen Derechos Laborales debe realizarse indefectiblemente ante el Fuero Laboral. De aceptar una decisión contraria se estaría obligando al trabajador a litigar ante otro Fuero, donde no se aplican los principios rectores del Derecho del Trabajo, que lo pondría en situación de desventaja, atendiendo a que la creación de un Fuero especial para el esclarecimiento y solución jurídica de las controversias suscitadas en una relación laboral, es a fin que se tengan en consideración las peculiaridades y singularidades que presentan dichas relaciones y se observan con amplitud Principios rectores de la materia. Es mi voto.

A su turno, el Ministro Miguel Oscar Ramón Bajac Albertini dijo: se adhiera al voto del doctor Sindulfo Blanco, por los mismos fundamentos.

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

RESUELVE: No hacer lugar al Recurso de Nulidad interpuesto, conforme al fundamento expuesto en la presente resolución. Hacer lugar al Recurso de Apelación interpuesto por la representación actora y, en consecuencia, Revocar el Acuerdo y Sentencia N° 42 del 27 de noviembre del 2007 dictado por el Tribunal Electoral de la Capital, Primera Sala. Imponer las Costas a la Parte perdedora. Anotar, registrar y notificar.

Ministros: Sindulfo Blanco, Miguel Oscar Bajac Albertini y Cesar Antonio Garay

Ante mí: Karinna Penoni de Bellassai, Secretaria Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 25

Cuestión debatida: Corresponde dilucidar si se acredita o no específicamente la causal de injurias graves atribuidas al esposo.

DIVORCIO. Causas del divorcio. INJURIA.

La causal de Injurias lleva explícita la exigencia legal de la “gravedad”, es decir, requiere una comprobación fehaciente por medio de pruebas contundentes.

DIVORCIO. Causas del divorcio. INJURIA. PRUEBA DE TESTIGOS. Apreciación de la prueba testimonial.

Las testificales señaladas por la recurrente nada aportan a su favor, ya que se tratan de testigos de “oídas” como lo califica el Tribunal inferior.

REGULACIÓN DE HONORARIOS. Base de cálculo para la Regulación de Honorarios.

Los honorarios regulados por trabajos de primera instancia constituyen un apéndice de la revisión, por lo que al ser retazados en alzada resultan apelables en esta instancia, según se desprende del art. 10 de la Ley 1376/88.

DIVORCIO. Causas del divorcio. INJURIA. PRUEBA DE TESTIGOS. Apreciación de la prueba testimonial.

Si bien en cuestiones de familia la prueba testimonial adquiere importancia, en el caso las declaraciones testificales fueron prestadas por personas que no percibieron directamente la conducta de los cónyuges en su intimidad. Los testigos manifestaron que no les constaba personalmente, porque su conocimiento estaba basado en lo que la esposa contaba.

CSJ, Sala Civil y Comercial. 17-02-11. “L. E.R. F. c. L.C.R.V. s. Divorcio Vincular” (Ac. y Sent. N° 25).

Previo estudio de los antecedentes del caso, la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, Sala Civil y Comercial, resolvió plantear las siguientes

CUESTIONES:

¿Es nula la Sentencia apelada?

En caso contrario, ¿se halla ajustada a Derecho?

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

A la primera cuestión planteada, el señor Ministro José Raúl Torres Kirmser dijo: La recurrente no fundó el recurso de nulidad, limitándose a solicitar la revocación de la sentencia apelada. Por lo demás, no se advierten en la resolución recurrida ni en el procedimiento anterior a la misma, vicios o defectos que autoricen la declaración oficiosa de la nulidad. Por tanto, corresponde declarar desierto el mencionado recurso.

Asu turno, el señor Ministro César Antonio Garay dijo: El recurrente no ha fundado el Recurso y dado que no se advierten vicios que autoricen la sanción ex officio, en los términos del artículo 113 del Código Procesal Civil, corresponde declarar aquel Desierto según el artículo 419 del Código Procesal Civil. Es mi voto.

A su turno, el señor Ministro Miguel Oscar Bajac Albertini dijo: Que se adhiere al voto del preopinante por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada, el señor Ministro José Raúl Torres Kirmser dijo: Por S.D. N° 970 de fecha 27 de junio de 2005 el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Laboral del 5° Turno de Encarnación resolvió: “1. Desestimar la demanda planteada por el Sr. L. E. R. F., por los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. 2. Hacer lugar a la demanda reconventional de divorcio vincular planteada por la señora L. C. R. V. contra L. E. R. F., por culpa exclusiva de este último, en los alcances establecidos en la Ley N° 45/91; y consecuentemente, declarar la disolución del vínculo matrimonial (sic). 3. Las costas, a la parte vencida. 4. Anotar...”.

Apelada dicha sentencia, el Tribunal de Apelación, Primera Sala de Encarnación, resolvió en el Acuerdo y Sentencia N° 220 del 4 de diciembre de 2006: “1. Tener por desistido del recurso de nulidad interpuesto por el Abogado Rodolfo Ledesma. 2. Confirmar el punto 1 de la S.D.N° 970/2005/05 de fecha 27 de junio de 2005, dictada por el Juez de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Laboral del Quinto Turno, Abog. J. C. A. y; 3. REVOCAR el punto 2 de la S.D. N° 970/2005/05 de fecha 27 de junio de 2005, no haciendo lugar a la demanda reconvenional de divorcio planteada por la Sra. L. C. R. V. contra el señor L. E. R. F., por los fundamentos y alcances expuestos en la parte analítica de esta resolución. 4. Revocar la S.D. N° 1103/2005/05 de fecha 22 de julio de 2005, por los fundamentos expuestos, y en consecuencia imponer las costas en el orden causado. 5. Retasar los honorarios profesionales de los abogados intervinientes en este proceso, dejándolos establecidos para: 5.1. Las abogadas M. P. V. F. y A. Z. R. (3/3 como patrocinantes y 2/3 como procuradores) en la suma de 9.383.000 + 3.127.666, 65 x 50% (G. 6.255.333) guaraníes seis millones doscientos cincuenta y cinco mil trescientos treinta y tres, más IVA y; 5.2 el abogado R. L., en su doble carácter de abogado y procurador en la suma de 9.383.000 + 4.691.500 x 50% (G. 7.037.250) guaraníes siete millones treinta y siete mil doscientos cincuenta, más IVA”.

Contra este Acuerdo se alzó la reconviniente, Sra. L. C. R. V., solicitando la revocatoria en base a que no se resolvió el divorcio vincular de ambos esposos; es decir, no hubo resolución en lo referente al divorcio a pesar de haberlo solicitado con causales. Alegó que a su criterio lo más decoroso hubiera sido declarar el divorcio por culpa de ambos. Por otra parte, refirió que las instrumentales de fs. 25, 26 y 27 prueban que el Sr. L. R. era quien se encargaba de dificultar el cuidado de la salud de la recurrente induciéndola a violar sistemáticamente las órdenes médicas que recibía por su estado de salud. Indicó que la instrumental de f. 78 prueba que la esposa percibía un salario de 1.138.812 Gs. (Un millón ciento treinta y ocho mil ochocientos doce guaraníes) en una institución pública, por lo que le era imposible ejercer su profesión de abogada, resultando esta suma insuficiente para su subsistencia, y que este hecho no fue considerado por el Tribunal Inferior. Señaló, además, haber acreditado que el esposo la desautorizó en su propio hogar y que de la entrevista psicológica realizada a la Actora surgen los daños causados a su psiquis y a su autoestima. Finalmente, expresó agravios en lo concerniente a la regulación de honorarios, cuyo tratamiento se difiere para un momento posterior.

Corrido traslado a la adversa, la misma lo contestó a fs. 190/194, y recalcó que el único punto a ser analizado en esta instancia deberá ser lo relacionado a la injuria, ya que las demás causales fueron desestimadas en doble instancia. Solicitó la confirmación del acuerdo recurrido.

Por su parte, el Fiscal Adjunto Jorge Sosa García, en su Dictamen N° 1530 de fecha 12 de noviembre de 2007 que rola a fs. 197/202, consideró que las pruebas arrimadas a la causa resultan insuficientes para acreditar los extremos requeridos para la procedencia de la demanda de divorcio con expresión de causa...

Del *sub exámine* se desprende que el objeto del debate en esta instancia se circunscribe a la procedencia o improcedencia de la demanda reconvenional promovida por la Sra. L. C. R. contra el Sr. L. E. R. F., habida cuenta del rechazo en doble instancia de la demanda inicial entablada por el esposo, como asimismo, lo relativo a los honorarios profesionales.

El *thema decidendum* se puede delimitar aún más si tenemos en cuenta que el juez de Primera Instancia consideró no acreditados la sevicia ni los malos tratos, y sí, las injurias. Por su parte, el Tribunal de Apelación entendió que “la imputación de sevicias, malos tratos e injurias graves no ha sido probada por ninguna de las partes”. Por lo que, en puridad, corresponde dilucidar si se acreditó o no específicamente la causal de injurias graves atribuidas al esposo, el Sr. L. E. R..

Analizada la demanda reconvenional planteada por la Sra. L. R. surge que la misma se fundó en el Art. 4° inc. c) de la Ley 45/91 (sevicia, malos tratos e injurias graves). Los extremos alegados fueron: tortura psicológica ocasionada en la obsesión del esposo sobre el peso corporal de la accionante; la exclusión del manejo del hogar por parte del marido, situación que impedía a la esposa seguir una alimentación adecuada a las dietas prescriptas por su médico debido a sus múltiples padecimientos de salud; la constante degradación y ofensas del marido hacia la cónyuge frente a los hijos de la pareja; la falta de asistencia económica para comprar elementos básicos para su subsistencia. Narró además la reconviniente haber soportado maltratos verbales, palabras irreproducibles, actitudes agraviantes por parte del reconvenido, que derivaron en denuncias por violencia psicológica ante el Juzgado de Paz.

Ahora bien, sobre la causal de injurias graves, la recurrente resaltó que las instrumentales de fs. 25/27 dan cuenta de que era el Sr. L. E. R.. quien se

encargaba de dificultar el cuidado de su salud, induciéndola a violar sistemáticamente las órdenes médicas que recibía: “lo que en este juicio constituye la demostración clara de la sevicia y los maltratos psicológicos que recibía la misma de parte del señor L. R.”.

Las pruebas mencionadas por la apelante consisten en breves “órdenes para el menú” dejadas al servicio doméstico, atribuidas al Sr. L. E. R., quien reconoció haberlos realizado (f. 108) y con leyendas como: “Caldo de pollo con borí borí- 20.000 Gs.” “Milanesa napolitana-puré de papas 20.000 Gs.” “Fideo tallarín con pollo mandioca 10.000 Gs.”; (entre otros).

En base a estos manuscritos la Sra. L. R. pretende probar que su cónyuge impartía órdenes al servicio doméstico excluyéndola de la conducción del hogar, de manera a ejercer un control absoluto sobre las comidas y los alimentos a ser adquiridos del supermercado y todo esto en detrimento de la salud de la reconviente. Son dos hechos los señalados en este punto por la Sra. L. C. R., que merecen atención, pues eventualmente podrían ser considerados injuriosos: la exclusión injustificada del manejo del hogar y el deseo de perjudicar la salud de la cónyuge por medio del consumo de alimentos inadecuados para su dieta.

Ante estas acusaciones, el Sr. L. E. R. adujo que debía dejar instrucciones al servicio doméstico, porque la esposa manifestaba un total desinterés hacia estos temas.

Del análisis de las documentales citadas, surge que las mismas reflejan datos muy parciales de la convivencia familiar, fragmentos de la vida en común de la pareja que no tienen la virtualidad de demostrar un trato continuo y habitual por parte del marido hacia la esposa, ni tampoco la conducta excluyente en cuanto a la administración del hogar. Mucho menos tienen la entidad para acreditar el *ánimus injuriandi* en el marido, es decir, el deseo de perjudicar la salud de la esposa a través de la alimentación.

Cabe destacar que cualquiera de los cónyuges puede tomar a su cargo el quehacer doméstico o la tarea de impartir órdenes en cuanto a la compra y preparación de alimentos, siempre que esta decisión sea tomada implícita o tácitamente de común acuerdo y según las capacidades y posibilidades de cada cual. Es un hecho innegable que quien asume esta responsabilidad debe velar por la salud y bienestar de cada miembro de la familia (hijos y cónyuge) de acuerdo a sus requerimientos nutricionales. Por lo que es imposible que estos breves manuscritos puedan revelar que el marido haya tenido la intención de

perjudicar la salud de su esposa, ordenando la confección de alimentos vedados en la dieta de la reconviente, máxime cuando también existen en la familia tres hijos menores que requieren una alimentación balanceada.

La Sra. L. R. adujo que “no solamente me excluía de la conducción y manejo de mi hogar, sino que prácticamente, motivada por el apetito me veía obligada a comer lo que por prescripción médica (de la Dra. Mazec) no debía consumir, pero el señor R. prohibía que a mí se me cocinara otra comida adecuada para mi salud... Estas torturas son insostenibles e hicieron de mi vida un verdadero infierno ... no me daba dinero ni para comprarme mis cosas privadas, y más todavía ya que solamente el señor R. hacía las compras del supermercado y yo ni siquiera podía elegir ni frutas, ni verduras para mi alimentación”. Estas alegaciones presentan a la reconviente como una persona inválida, incapaz de cuidarse a sí misma. Pero resulta que según las constancias de autos, la Sra. L. C. R. es una profesional (abogada), con ingresos propios como funcionaria del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social de 1.324.200 Gs. (Un millón trescientos veinticuatro mil doscientos guaraníes), según liquidación de sueldos del mes de noviembre de 2003 (f. 78), suma que si bien no es excesiva, podría en alguna medida satisfacer sus especiales requerimientos nutricionales.

Alegó también la Apelante que a fs. 28/61 constan “todos los detalles de los gastos diarios del señor L. R. hechos por su puño y letra y que no fueron redargüidos de falsos. En todo este detalle de gastos no figura en ninguna parte el pago de lo que el mismo afirma haber hecho del Estudio Jurídico de la señora L., como asimismo no figuran gastos de medicamentos propios de la señora L. que el mismo como esposo está obligado a proporcionarle, sin embargo, tiene registrado cuotas sociales como la del rugby club, centro social, préstamos hechas a terceras personas” (sic).

La Apelante pretende probar a través de este medio, la figura del abandono y la desatención a sus necesidades básicas, es decir, una causal no invocada por ella y prevista específicamente en el inc. f) del Art. 4° de la Ley 45/91.

De igual modo y para no desatender ninguno de los agravios de la recurrente –y ante el hecho de que eventualmente el Juez puede recalificar las pretensiones jurídicas invocadas por las partes en base a su exposición de hechos, si correspondiere–, analizamos estas planillas atribuidas al Sr. L. E. R., que contiene el detalle de gastos de varios meses (enero a noviembre del 2001 y algunos meses del 2002, fs. 28 a 61) y no impugnadas por el reconvenido. De un

minucioso examen se colige que era el marido quien soportaba los gastos del hogar. Verbigracia, se observan los siguientes rubros: super, alimentos varios, escuela, farmacia, McDonalds, ropas, zapatos, gas, nafta, peluquería, Corposana, Antelco, videocable, librería, ballet, diarios. Repetidamente se observa también bajo el ítem “L.” la asignación de diferentes montos: 100.000 Gs. 25.000 Gs, 176.780 Gs. (octubre/2001, f. 28); 50.000 Gs, íd. 50.000 Gs. (agosto/2001 f. 31); 200.000 Gs (f. 32); 100.000 Gs. más 50.000 Gs.; 20.000 Gs. (marzo/2001 f. 32 Vto.); 200.000 Gs., 130.000 Gs. (abril/2001, f. 33); 30.000 Gs, 50.000 Gs, 100.000 Gs., 60.000 Gs. (abril/2001 f. 33 Vto.); entre otros. Este ítem no puede ser otro que la asignación de sumas de dinero a la esposa por parte del marido, con lo que las aludidas planillas constituyen una prueba en contra de la parte que quiso aprovecharlas y echa por tierra la pretendida falta de asistencia.

Por otra parte, la Sra. L. R. solicitó en su escrito de fs. 183/187 que sean traídos a la vista de esta Corte varios juicios que supuestamente avalan la causal invocada, como ser el expediente de Disolución de la comunidad conyugal, dos denuncias por violencia psicológica radicadas ante el Juzgado de Paz y, por último, la Carpeta Fiscal: “L. C. R. de R. sobre medida de urgencia”.

Por providencia de fecha 11 de julio de 2008 el Presidente de la Sala Civil dispuso como medida de mejor proveer que sean traídos a la vista los expedientes citados. Cabe resaltar que después de casi siete meses de permanencia de estos autos en Secretaría, en espera de la agregación de los mencionados juicios, el único expediente agregado fue la Carpeta Fiscal N° 72/04 de la Unidad Fiscal N 3 de la ciudad de Encarnación, donde consta una denuncia radicada por la Sra. L. C. R. de R. en contra del Sr. L E. R. sobre la desaparición de la menor hija del matrimonio. Consta también la Resolución Fiscal N° 240 de fecha 13 de junio de 2007 que archivó la denuncia, ante el hecho de que el padre dio cuenta de que la menor se encontraba en casa de una amiga en la ciudad de San Ignacio Misiones, por lo que a criterio de la Fiscal interviniente no existieron elementos suficientes para imputar a persona alguna y mucho menos para fundar y sostener una eventual acusación.

Por último, las testificales señaladas por la recurrente nada aportan a favor de la Sra. L. R., ya que se trata de testigos de “oídas”, como calificó el Tribunal Inferior. Tampoco contribuye al esclarecimiento del tema que nos ocupa, la entrevista psicológica realizada a la Sra. L. R. (f. 137), pues en ella solamente se reflejan estados de ánimo de la reconviniente y no las causas que los habrían originado.

La causal de injurias lleva explícita la exigencia legal de la “gravedad”, es decir, requiere una comprobación fehaciente por medio de pruebas contundentes, que no han sido brindadas en el caso de autos.

“Las injurias como causal de divorcio deben revestir gravedad y surgir con nítidos caracteres; esto es, que deben implicar una manifiesta y evidente desconsideración de un cónyuge hacia el otro” (C. CIV. Y COM. STA. FE, SALA 1^a). “Para la apreciación de la injuria como causal de divorcio, se impone la consideración de su gravedad, es decir, la referencia a una especialidad que impida la convivencia posterior, apreciada según la educación, posición social y demás circunstancias” (CN CIV, SALA G), fallos citados por DUTTO, Ricardo J. en “Divorcio y separación personal”, Edit. Juris, 2^a, edición actualizada y ampliada, 2000, Rosario, Argentina, págs. 80 y 85).

De todo lo expuesto surge que la causal de injurias graves no ha sido acreditada por la reconviniente, debiendo confirmarse el apartado 3° del fallo en revisión.

Ahora bien, en cuanto a los Honorarios Profesionales se agravia la recurrente a f. 187, manifestando que el Tribunal inferior se apartó del texto claro de la ley para favorecer a la adversa, solicitando se ajuste la regulación a lo dispuesto en los artículos 24 y 25 de la Ley 1376/88.

Al contestar el traslado, la adversa solicitó también la confirmación de esta parte de la sentencia (f. 194), mientras que el Fiscal Adjunto destacó que la recurrente no expuso los agravios en la forma prevista en el Art. 419 del CPC (f. 202).

Los honorarios regulados por trabajos de primera instancia constituyen un apéndice de la sentencia en revisión, por lo que al ser retazados en alzada resultan apelables en esta instancia, según se desprende del Art. 10 de la Ley 1.376/88.

Analizada la regulación fijada por el Tribunal Inferior, encontramos que la misma está ajustada a derecho y debe ser confirmada.

En relación a las costas, cuya imposición en el orden causado fue también apelada y en atención a que el *sub examine* ha requerido de interpretación judicial y la parte vencida pudo tener razón suficiente para litigar, corresponde sean confirmadas en el orden causado, en las tres instancias.

En consecuencia, corresponde confirmar los apartados 3°, 4° y 5° del Acuerdo y Sentencia N° 220 de fecha 4 de diciembre de 2006 en revisión.

A su turno, el señor Ministro César Antonio Garay dijo: Por Acuerdo y Sentencia Número 0220, fecha 4 de diciembre del 2006, el Tribunal de Apelación Civil, Comercial, Criminal, Laboral, Primera Sala, de la Circunscripción Judicial de Itapúa, resolvió en los apartados impugnados: “...3. *Revocar el punto 2 de la S. D. N° 970/2005/05 de fecha 27 de junio de 2005, no haciendo lugar a la demanda reconvenicional de divorcio planteada por la Sra. L. C. R. V. contra el Señor L. E. R. F., por los fundamentos y alcances expuestos en la parte analítica de esta resolución;* 4. *REVOCAR la S. D. N° 1103/2005/05 de fecha 22 de julio de 2005 por los fundamentos expuestos, y en consecuencia imponer las costas en el orden causado;* 5. *RETASAR los honorarios profesionales de los abogados intervinientes en este proceso, dejándolos establecidos para;* 5.1 *las abogadas M. P. V. F. y A. Z. R. (3/3 como patrocinantes y 2/3 como procuradores) en la suma de 9.383.000 + 3.127.666,67 x 50 % -Gs. 6.255.333 guaraníes seis millones doscientos cincuenta y cinco mil trescientos treinta y tres, más IVA Y;* 5.2 *el abogado Rodolfo Ledesma, en su doble carácter de abogado y procurador en la suma de 9.383.000 + 4.691.500 x 50 % (G. 7.037.250) guaraníes siete millones treinta y siete mil doscientos cincuenta, más IVA...”* (fs. 171/3).

Dicha decisión agravó a la impugnante quien, en los términos de su escrito de “memorial” (fs. 183/7), solicitó se haga lugar a la demanda reconvenicional de divorcio, por causal establecida en el Artículo 4, inciso c, de la Ley N° 45/91, y, en consecuencia, se revoque la Resolución en estudio. En tal sentido, esgrimió que L.R. le dificultaba el cuidado y tratamiento de su salud, ya que le inducía a inobservar sistemáticamente las órdenes médicas. Sostuvo que con el exiguo salario que percibía, como Funcionaria Pública, no podía subsistir, razón por la cual tuvo que realizar préstamos, excederse en la utilización de tarjetas de crédito y empeñar cosas, siendo incluso demandada en juicio, sosteniendo que el abandono material de su esposo la denigraba hasta el extremo de hacerle muy vulnerable síquica y emocionalmente, señalando que, sin embargo, ella había prodigado su tiempo para ayudar y apoyar a su marido en sus actividades. Asimismo, adujo que la cuenta corriente bancaria que tenía en forma conjunta con su marido, fue cancelada por él. Señaló que su esposo la maltratada verbalmente respecto a su sobrepeso, obligándola a someterse a dos cirugías plásticas. Al respecto, sostuvo que todas esas circunstancias constituían injurias de palabras y presiones en la alimentación, afirmando que el esposo ordenaba cocinar en la casa alimentos no adecuados a su problema de salud. Asimismo, sostuvo

que del informe remitido por la Psicóloga se advertía el daño causado en su psiquis y autoestima, lo cual le afectó el desarrollo como persona.

El reconvenido contestó “agravios”, conforme surge de fs. 190/4, señalando que la única causal invocada por la recurrente era la de injuria. Sostuvo que dicha causal no ha sido probada y, por ello, la Resolución debía ser confirmada en ese punto, así como en lo relativo a Costas y honorarios profesionales.

Revisadas las constancias procesales surge que los esposos R.R. solicitaron, por separado, divorcio vincular por la causal establecida en el artículo 4º, inciso c), de la Ley N° 45/91 (de divorcio vincular). Respecto a la pretensión reclamada por el esposo, cabe señalar que su rechazo quedó firme y pasó en autoridad de Cosa Juzgada, dado que sólo fue apelada la parte de la Resolución que hizo lugar a la demanda reconventional promovida por su esposa, conforme surge a fs. 161/2. En tanto, el reclamo de la esposa fue admitido en Primera Instancia (fs. 147/9) y rechazado en Segunda Instancia (fs. 171/3).

La reconviniendo esgrimió, en su escrito de demanda, que su matrimonio, en principio, era relación de tira y afloje por la constante intervención de la madre del esposo en la crianza de sus hijos y el manejo de la casa, circunstancia que empezó a desestabilizar la relación familiar. Esgrimió que la tortura psicológica a la que le sometió su marido, durante todo el tiempo, fue en presencia de los hijos, afectando el rendimiento escolar de los mismos. Señaló que el reconvenido siempre tuvo obsesión por el tema del peso corporal tanto suyo como el de sus hijos haciendo comentarios sarcásticos, ofensivos e insultantes, exigiéndole que se sometiera a dietas y cirugías plásticas. Afirmó que era diabética y que su esposo se negaba a comprarle medicamentos y alimentación adecuada. Asimismo, sostuvo que el marido le excluía de la conducción y el manejo del hogar y ordenaba que se cocinaran comidas inadecuadas para su salud, señalando que dichas circunstancias hicieron que se anulara como esposa, ama de casa y profesional. Sostuvo que su esposo objetó sus embarazos, afirmando que, luego puso en contra suya a su hija. Esgrimió que para soportar el clima de tortura y humillaciones tenía que tomar ansiolíticos diariamente. Aseveró que la maltrataba verbalmente y luego le ignoraba por varios días, afirmando que los actos del demandado en todas sus formas eran incompatibles con la convivencia normal conyugal, ya que en todos los actos menoscabaron su integridad, le humillaron, torturaron y alienaron, no dejando que sus amistades lleguen a su casa, ni siquiera sus parientes, a quienes había expulsado de su casa. Arguyó que su

esposo cerró la cuenta corriente bancaria que ambos poseían en forma conjunta. Finalmente, en base al Artículo 20 de la Ley N° 45/91, solicitó la conservación de su Derecho alimentario (fs. 83/9).

El reconvenido negó que su madre sea la causante de la ruptura del vínculo matrimonial, afirmando que lo cierto era que su esposa en sus ataques de histeria llegó a crear un ambiente de violencia tal en el seno familiar, rompiendo aparatos telefónicos, videojuegos, castigando severamente a dos de sus hijos, señalando que en esos momentos de ira llegaba a amenazarle. Respecto al rendimiento escolar de sus hijos sostuvo que fue la reconvincente la que desatendió la educación de sus hijos, afirmando que era él quien, a tempranas horas, debía levantar a los chicos, vestirlos y llevarlos al colegio y para la hora de salida del colegio solicitar permiso en su trabajo para llevarlos nuevamente a la casa. Sostuvo que era falso que haya obligado e inducido a concebir los hijos en el matrimonio, afirmando que siempre la apoyó para los estudios y atenciones médicas necesarias, en el parto y post parto. Aseveró que las cirugías plásticas fueron realizadas a pedido suyo y que jamás realizó algún tipo de comentario sarcástico, ofensivo e insultante acerca del peso de su esposa, reconociendo que le pedía que se cuidara en el peso y no exagere en la comida. En cuanto a las instrucciones del menú y la administración de la casa, sostuvo que tomó esa determinación dado que la esposa tenía total desinterés hacia esos temas.

Señaló que la esposa disponía libremente de la totalidad de sus salarios y de sus ingresos profesionales (abogada), afirmando que la mala administración era una constante en su esposa, tal es así que su poderdante debió cubrir deudas millonarias de tarjetas de crédito y préstamos personales, razón por la cual tuvo que ir cortando el uso de tarjeta de crédito. Esgrimió que era la esposa la que le presionaba y eso fue desgastando la relación de pareja. Señaló que le apoyó a los efectos que surja como profesional independiente, aseverando que hasta la fecha no la ha abandonando económicamente, dado que seguía pagando las deudas por mala administración.

En el caso, la causal invocada por la recurrente como motivo del divorcio vincular es la regulada en el Artículo 4, inciso c), de la Ley N° 45/91, injuria y malos tratos. Por lo que corresponde determinar si en Juicio quedó probada dicha causal.

Dutto explicita: *“La injuria como causal de divorcio, es la que daña injustamente el honor; la dignidad, la afectividad legítima del otro cónyuge, en su*

condición de esposo o esposa” (“Divorcio y Separación personal”, Editorial Juris, pág. 79).

“Comprende toda clase de palabras, actitudes o hechos de uno de los cónyuges que importan un agravio para el otro que significa violación a los deberes conyugales o un atentado a la dignidad del otro cónyuge, hiriendo sus justas susceptibilidades” (CN Civ, Sala F, Setiembre 16-1980, ED, 90-830).

“El calificativo de grave a las ofensas vertidas depende, como lo ha señalado unánimemente la doctrina y la jurisprudencia, y ahora también la legislación (art. 202 inc. 4 de l C.C. reformado por Ley 23.515) ‘de la educación, de la posición social y demás circunstancias de hecho...’ (López del Carril, Julio, “Régimen del matrimonio, separación personal y divorcio”, Ley 23.515, Bs. As, Depalma, 1.989, pág. 211).

“Para que las injurias constituyan causal de divorcio, debe existir voluntariedad, gravedad y pluralidad. De ellas la más importante es la gravedad, que depende del medio en que se ha producido y la calidad de las personas, configurándose la injuria cuando constituye una conducta antimatrimonial, cuya apreciación es una cuestión reservada a la discrecionalidad no arbitraria de los jueces. Ello es así porque «los deberes impuestos a los cónyuges durante la vigencia del matrimonio, responden a la necesidad de respeto mutuo que deben dispensarse y de los cuales marido y mujer no están exentos de prodigarse al menos, mientras vivan en un mismo techo. Todo ello con mayor razón en épocas de crisis debidas a factores endógenos o exógenos ya que si las mismas se superan, sirven la más de las veces a robustecer el vínculo que voluntariamente las partes decidieron crear” (C.C.2ª, L. S. 107281).

Sin embargo, no cualquier actitud puede considerarse eficaz y válida para configurar la causal invocada por la sola circunstancia de contener una posición que desagrada a quien afirma sentirse injuriado.

Efectivamente, *“una desinteligencia, incompatibilidad, distanciamiento o intolerancia recíproca no puede ser exigida como causal de divorcio”* (ED, 130-459- LL 1988-C-91-JA 1988-III-546).

A la luz de estas puntualizaciones, procederemos al análisis de la cuestión traída a estudio, con el material probatorio aportado por las Partes.

Revisadas constancias procesales surge que el matrimonio constituido por L. R. y L. R. fue celebrado en el año 1990 (fs. 5). De las manifestaciones de los esposos se constata que, como fruto de la relación conyugal, nacieron tres hijos

que, por lo menos, hasta la fecha de la demanda vivían en el domicilio conyugal. Asimismo, se advierte que el esposo, de profesión Ingeniero y trabajaba en la Entidad Binacional Yacyretá. En tanto, la recurrente de profesión Abogada y trabajaba como Funcionaria del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, con antigüedad de aproximadamente 15 años, según surge de fs. 133 vlt., percibiendo salario de Gs.1.324.200, conforme luce a fs. 78.

Con el certificado médico se acredita que la recurrente era persona enferma de diabetes tipo 2 (fs. 20). Asimismo, que tiene dificultades financieras, circunstancia que le llevó a contraer numerosas deudas, incluso a ser demandada, situación corroborada a fs. 70/1, 75, 79/81. Esta circunstancia fue denunciada por la impugnante.

De las pruebas testimoniales obrantes a fs. 133 y 135/6, rendidas por personas amigas de la recurrente, surge que tenía episodios emocionales depresivos y de ansiedad. Esta situación fue corroborada a través del informe psicológico obrante a fs. 137, en el cual se describió a la recurrente persona con una *“Autoestima media; Personalidad dependiente considerada normal; Tendencias obsesivas; Ansiedad (tendencias a estados depresivos); Organicidad (procuración por el cuerpo y los alimentos); Tensiones que resaltan restricciones y limitaciones y Personalidad sensible...”*.

Si bien estas probanzas ilustran que la recurrente tenía tendencias de ansiedad y depresión, no cuentan con entidad suficiente para acreditar que dichos estados emocionales asumirían su génesis en el supuesto maltrato psicológico del esposo.

La testigo A. C. R. (fs. 133), compañera de trabajo de la recurrente durante quince años, sostuvo que *“de los comentarios que hacía la recurrente, parecía que la relación con su esposo no era tan buena, porque ella siempre estaba en un estado un poco depresivo y con evidencia de que no había un buen estado, más de eso no me consta”* (tercera pregunta). A la quinta pregunta respondió que no le constaba que existieran discusiones entre la pareja... *“por las manifestaciones de ella, a mi entender no era un trato muy bueno que le daba el esposo a ella”* (quinta pregunta).

En tanto, C. E. A. G. de P., amiga de la impugnante, relató situación puntual y declaró *“... observé que el Sr. R. salió a la vereda totalmente descontrolado por los movimientos que hacía con las manos, saqué conclusiones de que estaba discutiendo, no sé lo que se dijeron”*. A la quinta pregunta respondió que no le

constaba las discusiones que la pareja en cuestión mantenía y las razones de las mismas; A la sexta pregunta respondió que no le constaba el trato que el esposo daba a la recurrente en la intimidad, afirmando que le consta que en una fiesta social el esposo la ignoró totalmente “a tal grado de no ofrecerle ni qué tomar”. A la décima pregunta respondió: “No me consta que decisiones él tomaba en la casa sobre comprar los alimentos, lo único que sé es que L. nunca tenía ni un centavo y que la empleada era la que hacía las compras”. Aclaró que no le constaba que el esposo exigiera a su esposa que se realice cirugías para parecer más delgada, así como tampoco que la recurrente tenga una obsesión por complacer a su marido. Asimismo sostuvo: “no me consta qué tipo de comidas ella consumía en su casa” (fs. 135/6).

Si bien en cuestiones de familia la prueba testimonial adquiere importancia, en el caso, las declaraciones testificales fueron prestadas por personas que no percibieron directamente la conducta de los cónyuges en su vida de intimidad. Efectivamente, ambas testigos manifestaron que no les constaba personalmente qué trato daba el esposo a la esposa, porque su conocimiento estaba basado en lo que la esposa contaba.

Las situaciones relatadas por la testigo C. E. A. nada aportan para develar las injurias del esposo hacia su cónyuge, habida cuenta que un simple gesto o una actitud –mirada desde lejos– no puede ser crucial para determinar la causal y provocar el rompimiento del vínculo. “Para probar las injurias graves en un juicio de divorcio no es suficiente la declaración de los testigos que se limitan a efectuar afirmaciones genéricas, tales como las manifestaciones de que el cónyuge insultaba, profería palabras duras o provocaba incidentes –en el caso, no se hizo lugar a la reconvencción del demandado por esta causal–, toda vez que para acreditar dicha causal las declaraciones testimoniales deben versar sobre hechos concretos” (LLC 2003, octubre).

Tampoco de la prueba testifical rendida por el médico cirujano obrante a fs. 126, surge que la recurrente haya sido presionada, por el esposo, para ser sometida a dos cirugías plásticas, debido a la supuesta obsesión de aquél respecto al sobrepeso de la cónyuge.

Igual suerte siguen las muestras fotográficas agregadas a fs. 17/9, que resultan inconducentes e irrelevantes para demostrar la causal invocada.

Ahora bien, lo acreditado en Juicio fue que el esposo ejercía la administración del hogar. Ello se desprende del detalle de gastos diarios obrante a fs. 28/

61. De dicho diario se constata que mantenía ordenada administración de sus finanzas y que corría con gastos de alimentación, salud, colegio, diversión, actividades extracurriculares de sus hijos, servicios de luz, agua, teléfono, cable, etc.. Asimismo, se constatan referencias que dan cuenta que cubría gastos de su esposa, conforme surge a fs. 31/33, 35, 37, 40/59.

Sin embargo, este hecho lejos está de significar conducta obsesiva, controladora o denigratoria del esposo hacia su esposa, sino que, por el contrario, demuestra que era una persona ordenada y responsable de los gastos del hogar. Por lo demás, no se acreditó que la recurrente tenía imposibilidad física o mental para ejercer ella o ayudar al esposo en el manejo del hogar.

Tampoco las notas de fs. 25/7, resultan trascendentes y fehacientes para acreditar que el esposo –en forma periódica y continua– ordenaba el menú con el único fin de perjudicar la salud física de la impugnante.

No podemos obviar que la recurrente era profesional y contaba con estipendio mensual que podía utilizar para sus gastos personales. Por lo demás, no quedó acreditado en Juicio que estaba impedida de disponer dicha suma o que el esposo la gastaba o siquiera administraba con exclusividad.

“A pesar de la mayor sensibilidad con que deba analizarse la aptitud injuriosa de las conductas de elevada formación cultural e incluso desechando la idea de que las desinteligencias pueden obedecer a desequilibrios emocionales de uno de los cónyuges, lo cierto es que para ser calificada como causal de divorcio, la injuria debe ser grave y esa esencial condición excluye las ofensas leves. Una simple ofensa aunque llegue a envolver un cargo, no puede llevar a la disociación de la familia, sino cuando revista una trascendencia o menoscabo tal, que deje una impresión profunda, capaz de impedir la vuelta de la convivencia” (CN Civ Sala A, Julio 25-1.994).

“No debemos perder de vista que no cualquier injuria constituye causal de divorcio, sino solamente la que es grave, precepto éste que, en definitiva, concreta un estándar o directiva de carácter jurídico” (S.C.B.A., Ac. 37.420 del 8-3-88, DJBA 134-205).

A tenor de lo expuesto surge que el material probatorio rendido en Juicio no reviste entidad suficiente para configurar injurias que lleven a la convicción de conducta inadecuada o la convivencia insostenible por culpa del esposo. No se probó el trato despectivo, menosprecio, ultraje, vejamen e incumplimiento de deberes personales del esposo hacia a la cónyuge, las probanzas no alcanzan la

certeza que resulta imprescindible para estructurar imputación de comportamiento injurioso.

A esta misma conclusión llegó el Fiscal Adjunto, quien en su Dictamen N° 1.530, fecha 12 de noviembre del 2007, sostuvo: *“De las constancias de la causa, se advierte que tanto la parte actora como la demandada no demostraron fehacientemente los hechos alegados en sus respectivos escritos de demanda y reconvencción. Se concluye pues que las pruebas arrojadas a la causa resultan insuficientes para acreditar los extremos requeridos para la procedencia de la demanda de divorcio con expresión de causa”* (fs. 197/202).

Respecto a los honorarios profesionales, de constancias procesales surge que por S. D. N° 1.103, fecha 22 de julio del 2.005, el A-quo reguló honorarios profesionales de las abogadas María Primitiva Villalba y Amanda Riveros, dejándolos establecidos en la suma de Gs. 8.371.400 en carácter de Patrocinantes de la parte demandada, correspondiendo a cada una la suma de Gs. 4.185.700, más el 10 % del I.V.A. Asimismo, reguló honorarios profesionales del abogado R. L., dejándolos establecidos en la suma de Gs. 6.278.550, más 10% I.V.A., en su carácter de Patrocinante y Procurador de la actora (fs. 152).

Esta decisión fue modificada por Acuerdo y Sentencia Número 0220/06/01, fecha 4 de diciembre del 2.006, fijándose para las abogadas M. P. V. y A. R., la suma total de Gs. 6.255.333 y para el abogado R. L. la de Gs. 7.037.250 (fs. 171/3).

La recurrente esgrimió que el Tribunal se apartó del texto de la Ley, citando Doctrina para justificar que en la reconvencción existen dos acciones y que los honorarios debían calcularse separadamente. La adversa solicitó la confirmación de la Sentencia, en tanto, el Fiscal Adjunto sostuvo fundadamente que los “agravios” de la recurrente no cumplían los requisitos establecidos en el Artículo 419 del Código Procesal Penal.

La Ley N° 1.376/88 no hace referencia expresa a la regulación de honorarios de la demanda reconvenccional. Por lo demás, el Artículo 24 de dicha normativa no es aplicable –por analogía– dado que en el sub exámine la demanda y reconvencción versan sobre el mismo objeto, razón por la cual resulta improcedente efectuar doble regulación. *“Cuando la demanda y reconvencción versan sobre el mismo objeto –en el caso, los mismos contratos– es improcedente la acumulación de ambos montos, por tanto, la doble regulación”* (LL. 132-1058-18.573-S).

Por las sólidas e irrefutables motivaciones explicitadas, corresponde en estricto Derecho confirmar in totum la Resolución impugnada. En cuanto a las Costas, las mismas deben ser impuestas en el orden causado, en las tres Instancias, habida cuenta que existió razón probable para promover demanda reconvenicional. Así voto.

A su turno, el Ministro Miguel Oscar Bajac Albertini dijo: L. E. R. F. promovió demanda de divorcio contra L. C. R. V., invocando la causal prevista en el art. 4 inc. c) “la sevicia, los malos tratos y las injurias” de la Ley 45/91, sin fundamentarla.

Por su parte L. C. R. V., la contestó manifestando que el actor no dio cumplimiento al art. 215 inc. “d” del C.P.C., puesto que no realizó la exposición de los hechos en los que funda su demanda. Al mismo tiempo, planteó demanda reconvenicional de divorcio alegando las mismas causales contenidas en el art. 4 inc. “c”. Exponiendo en el escrito de fs. 84/89 los basamentos de su reconvenición.

El Juzgado de Primera Instancia, por S.D. N° 0970 de fecha 27 de junio de 2005 (fs.147/149), resolvió desestimar la demanda planteada por el Sr. L. E. R. F., hizo lugar a la demanda reconvenicional de divorcio vincular planteada por la señora L. C. R. V. contra L.E. R. F. Por S.D. N° 1103 de fecha 22 de julio de 2005 (fs. 152) resolvió hacer lugar parcialmente a la aclaratoria planteada, igualmente reguló los honorarios de las profesionales María Primitiva Villalba y Amanda Riveros en Gs. 8.371.400 correspondiendo a cada una 4.185.700 mas el 10% de I.V.A, como tercer punto reguló los honorarios profesionales del Abogado Rodolfo Ledesma en la suma de Gs. 6.278.550 mas 10% de I.V.A.

Apeladas la referidas resoluciones el Tribunal de Apelación de Encarnación, Primera Sala, por Acuerdo y Sentencia N° 220 de fecha 4 de diciembre de 2006, con un criterio diferente, revocó parcialmente la sentencia dictada por el A-quo y en su lugar, rechazó la demanda de divorcio vincular promovida por la señora L. C. R. V. contra L.E.R. F., imponiendo las costas en el orden causado, por otra parte retasó los honorarios de las profesionales María Primitiva Villalba y Amanda Riveros en Gs. 6.255.333 mas el 10% de I.V.A, y al abogado Rodolfo Ledesma en la suma de Gs. 7.037.250 más 10% de I.V.A.

El Ad-quem argumentó la referida resolución en los términos que a continuación se transcriben: “1... en autos se tiene diligenciada la prueba testimonial de A. O., A. C. Y C. A.. El primero de ellos nada aportó, en tanto que las dos

últimas, según la doctrina, son aquellos testigos de “oídas” cuya valoración no pueden ser admitidas como pruebas en un hecho constitutivo de causal de divorcio. 2... se tiene un informe de entrevista psicológica de la reconviniendo, notándose que la misma no tiene la entidad para acreditar los hechos aducidos en la demanda reconvenicional. 3... en autos la imputación de sevicias, malos tratos e injurias no han sido probadas por ninguna de las partes, y consiguientemente el primer punto de la resolución debe ser confirmada, en tanto que el segundo punto debe ser revocada, rechazando la demanda reconvenicional por divorcio vincular. 4. ...en vista del vencimiento recíproco, ellos deben establecerse en el orden causado en ambas instancias”. En cuanto a los honorarios refirieron que: “En la hipótesis de la demanda y reconvenición por divorcio, por las mismas causales constituye una excepción a la regla, por cuanto tiende a una misma finalidad. ...en consecuencia no corresponde la duplicación de honorarios”.

Los agravios vertidos en contra de la resolución apelada se encuentran contenidos en el escrito que rola glosado a fs. 183/187 de autos, y exponen los fundamentos que ameritarían –a criterio de la recurrente– la revocación del Acuerdo y Sentencia N° 220 del 4 de diciembre de 2.006.

El apelado, a su vez sintetizó su postura con respecto al rechazo de la apelación articulada, conforme se observa en el escrito agregado a fs. 190/194 bis del expediente.

A fs. 197/202 obra el Dictamen Fiscal N° 1.530 de fecha 12 de noviembre de 2007 en el que recomienda que el Acuerdo y Sentencia en estudio sea confirmado.

El tema de estudio ante esta máxima instancia lo constituye el rechazo de la demanda reconvenicional de divorcio vincular promovido por L. C. R.V. por la causal prevista en el Art. 4 inc. c) de la Ley 45/91, la imposición de las costas en el orden causado y la retasa de los honorarios regulados.

Es importante aclarar que la causal inmersa en el Artículo 4 inc. “c” que será objeto de análisis es la “injuria”, dado que las demás causales (sevicia y malos tratos) a criterio del A-quo confirmado por el Ad-quem no fueron probadas.

A fin de contar con una correcta y clara noción de injuria tenemos que: “La injuria es toda ofensa, menoscabo, afrenta, de un cónyuge hacia el otro. Puede consistir en actitudes, palabras, conductas que, en general, importan agraviar a uno de los cónyuges... Es que las injurias graves son, de un modo u otro, toda

violación grave o reiterada de los deberes matrimoniales imputables al otro cónyuge. Dentro del concepto amplio de injurias graves caben las amenazas de muerte de un cónyuge contra el otro, los insultos, los silencios constantes, respuestas ofensivas, las actitudes que muestran desconsideración y desprecio, provocando incidentes y humillaciones ante miembros de la familia o frente a extraños y amigos, las reacciones violentas, etcétera. La jurisprudencia mayoritaria ha considerado que el incumplimiento de los deberes de asistencia que impone el matrimonio configura injuria graves; así, el descuido del trabajo por parte del marido, y como consecuencia de ello, el incumplimiento de sus obligaciones conyugales; la desatención de un cónyuge ante la enfermedad del otro” (“Manual de derecho de familia”, Gustavo A. Bossert, Eduardo A. Zannoni. 5ª edición actualizada y ampliada. Págs. 338/339).

Al entrar al análisis de la resolución en estudio conjuntamente con las constancias de autos, soy de la opinión que corresponde sean revocados los puntos 3 y 4 por las consideraciones que paso a exponer:

1. Considero válido el testimonio de la señora Columba Eschell Aguilar de Petta (fs. 135/136) quien si bien dice haber tenido conocimiento de algunos hechos por comentarios que le realizara la reconviniendo, refiere también circunstancias concretas que presencié. Y es así que al responder al cuarto interrogatorio dijo que: “... hace dos años en el día de la amistad nos reunimos en un grupo de conocidas en Karumbe para celebrar ese día, estábamos reunidas cuando recibió un llamado por celular de su hija Lorena, lo que ella le dijo a su madre no lo sé, ella se levantó nerviosa de la mesa y agarró su auto a toda velocidad, porque no sabíamos la razón por la cual ella estaba actuando de esa manera, estacioné mi auto a media cuadra de su casa, y fue ahí donde observé que el Sr. R. salió a la vereda totalmente descontrolado, por los movimientos que hacía con las manos saqué conclusiones de que estaban discutiendo,....después veo que la Sra. L. se retira de su casa con sus dos hijos varones, yo la sigo y a tres cuerdas hago señales para que pare y ella se baja del auto totalmente alterada, llorando y me cuenta de que su esposo la ha agredido verbalmente y que tenía que salir en ese momento de su casa....”. Como bien manifestara el A-quo, al realizar el estudio de este tipo de causales debe tenerse presente que muchas de estas discusiones se pierden en la intimidad de los esposos, es decir, con muy poca frecuencia este tipo de situaciones son exteriorizadas, por lo que considero que la declaración de la testigo C. es una de la pruebas que acreditan lo manifestado

a lo largo de la demanda por la reconviniendo, puesto que aquella observó que el Sr. R. se hallaba “descontrolado por los movimientos que hacia con las manos” es así que si bien no llegó a escuchar lo que aquel dijo, por su actuar pudo concluir que el mismo maltrató a la Sra. L. R.

2. Por otra parte, en relación al estado emocional de la Sra. L. R., a fs. 137 obra el informe remitido por la Secretaría de la Mujer, Gobernación de Itapúa, respecto a las entrevistas psicológicas de la misma habiéndose concluido que: “En las primeras entrevistas la Sra. L. se encontraba en un estado emotivo bastante inestable, con tendencias depresivas y llantos recurrentes; según la misma debido a la presión que sentía por los problemas que estaba atravesando con su esposo.... ansiedad (tendencias a estados depresivos), organicidad (procuración por el cuerpo y los alimentos), tensiones que resaltan de restricciones y limitaciones (reiteradas), personalidad sensible”. Una de las formas de acreditar el estado emocional de una persona es a través del análisis que realiza un psicólogo, puesto que el mismo es el experto en analizar la conducta humana, la manera de sentir de una persona. Por lo que la referida prueba de informe acredita fehacientemente el estado emocional por el que la reconviniendo se halla atravesando a consecuencia del actuar del esposo.

Igualmente es de tener presente que con la demanda y reconvención planteadas por los señores L. C. R. V. y L. E. R. F. y del análisis de estos autos, se observa que el amor, armonía, comprensión que debe reinar en un matrimonio para proseguir con el mismo, en este ya no lo hay, considerando así, que se ha perdido el sentido de familia, que es lo que debe cuidarse y es el propósito del matrimonio. Por lo que mal podría por un excesivo ritualismo continuar con la unión de dos personas que a todas luces no tienen el ánimo de proseguir. Comentario éste que lo hago independientemente de la culpabilidad que considero conforme probanzas de autos recae exclusivamente en el Sr. L.E. R.F.

De las argumentaciones esbozadas precedentemente corresponde revocar los puntos tres y cuatro del Acuerdo y Sentencia N° 0220 del 4 de diciembre de 2.006, haciendo lugar a la demanda reconvencional por la causal de injuria promovida por L. C. R. V. contra L. E.R. F. por culpa exclusiva de este último, con los alcances establecidos en la Ley N° 45/91; y consecuentemente, declarar la disolución del vínculo matrimonial. Costas a la perdidosa.

En cuanto al punto quinto de la resolución en estudio, referente a la retasa de los honorarios de los abogados Amanda Zoraida Riveros, María Primitiva

Villalba y Rodolfo Ledesma, primeramente es de advertir que conforme al criterio constante de ésta Sala que en numerosos fallos viene sosteniendo la tramitación de la demanda y reconvencción cuando en ellas se discuten las mismas causales, debe regularse como una sola acción. En ese sentido, en atención a la forma en que fue resuelto el presente juicio, corresponde revocar el quinto punto del Acuerdo y Sentencia N° 220 del 4 de diciembre de 2006, retasando los honorarios de las citadas profesionales en carácter de patrocinantes de la Sra. L. C.R. V. de conformidad a lo dispuesto en el Artículo 44 y concordantes de la ley de aranceles quedando establecidos en 200 jornales cuyo valor al tiempo de la sentencia originaria resulta en Gs. 8.731.400 en forma conjunta, correspondiendo a cada una, la suma de Gs. 4.185.700 más el 10% de I.V.A. En relación al abogado Rodolfo Ledesma corresponde retasar sus honorarios profesionales en la suma de Gs. 6.278.550 en su doble carácter de Abogado Patrocinante y Procurador mas el 10% del I.V.A. Es mi voto.

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

RESUELVE: Desestimar el Recurso de Nulidad interpuesto. Confirmar los apartados 3°, 4° y 5° del Acuerdo y Sentencia Número 220, del 4 de diciembre del 2006, dictado por el Tribunal de Apelación, Primera Sala de la Circunscripción Judicial de Itapúa. Imponer las Costas del Juicio en el orden causado. Anotar, registrar y notificar.

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

Ante mí: Alejandrino Cuevas, Secretario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 37

Cuestión debatida: Se analiza en el Recurso de Casación, el correcto criterio de la Juez al momento de decidir acerca de la procedencia o no de un Sobreseimiento definitivo en este caso determinado.

RECURSO DE CASACIÓN. Casación Directa. Admisibilidad del Recurso de Casación.

El recurso de casación directa es similar en todo al recurso de casación ordinario, pero su diferencia radica en que el mismo puede ser presentado con-

tra un fallo, que reúna los requisitos pertinentes, de primera instancia sin verse obligado a recurrir antes a la Cámara de Apelación, puede ser invocado directamente contra el fallo de Primera Instancia, sin interponer antes un recurso de Apelación o interponiéndolo conjuntamente, lo único no aceptado es plantear la casación directa después de haber sido utilizado el recurso de apelación general o especial.

RECURSO DE CASACIÓN. Resolución en el recurso de casación.

Los recurrentes impugnan un A.I. emanado de un Juzgado de Primera Instancia, a los efectos de Casación directa, así esta resolución aunque no este nominada como “Sentencia Definitiva”, cumple el carácter de tal, ya que pone fin al procedimiento.

RECURSO DE CASACIÓN. Control de logicidad y legalidad.

Este recurso es extraordinario, y por medio del mismo la Corte Suprema de Justicia debe corregir la aplicación del Derecho en un proceso judicial, comprobando la correcta aplicación de la norma penal al hecho declarado probado, la Corte Suprema de Justicia puede hacer esto sin salir de los marcos previstos en art. 478 del CPP.

SOBRESEIMIENTO. Sobreseimiento definitivo.

La Jueza no ha tenido presente las evidencias ofrecidas por la querrela, ni la existente en relación al actuario judicial, si bien es cierto que existe una ausencia de Acusación del agente fiscal que lo propuso, no menos cierto es que la presencia de ellas basta para ingresar la duda en el estudio de un sobreseimiento definitivo, y sabido es que no puede ser dictado un fallo en este sentido cuando el juez no acredite largamente el estado de certeza que posee sobre el mismo.

JUEZ PENAL.

La Jueza Penal de Garantías, en momento de desarrollar la Audiencia preliminar, viola el art. 353 del CPP, en el sentido de resolver cuestiones que son propias del juicio oral y público.

JUEZ PENAL.

La Jueza ha realizado juicio de valor de algunos elementos probatorios, cuestión que es propia y exclusiva del Tribunal de Sentencias, no de un juez de garantías.

SOBRESEIMIENTO. Sobreseimiento definitivo.

Al analizar un sobreseimiento definitivo, el juez, en grado de certeza, debe concluir que el hecho no existió o que no es hecho punible.

JUEZ PENAL. PROCESO PENAL. Sistema Acusatorio.

En caso de que la Jueza hubiese analizado el conjunto de las evidencias y las hubiese sopesado acabadamente y en relación a los hechos denunciados, forzosamente habría aparecido la duda en su intelecto y con ella la posibilidad de elevar el expediente a juicio oral, con lo que el trámite del art.358 del CPP de facultad se transformaría en obligación, siendo aconsejable realizarlo siempre en virtud del carácter acusatorio que impera en nuestro sistema penal.

CSJ, Sala Penal. 22-02-11. “Jorge Domiciano Giménez Penayo s. Hecho Punible contra la prueba documental y otro” (Ac. y Sent. N° 37).

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

CUESTIONES:

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

En su caso, ¿resulta procedente?

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

A la primera cuestión planteada, la doctora Pucheta de Correa dijo: Los abogados Arnaldo González Villalba y Arnaldo González Rolón, en representación de la querrela adhesiva, interponen Recurso Extraordinario de Casación contra el fallo más arriba individualizado.

Por el Auto Interlocutorio N° 903 de fecha 19 de julio de 2007, el Juzgado Penal de Garantías N° 4 dispuso declarar el sobreseimiento definitivo del imputado en esta causa.

En primer término corresponde efectuar el análisis de admisibilidad del pedido de casación: En cuanto a la impugnabilidad objetiva: Antes de entrar a detallar los tópicos que hacen a la admisión objetiva de un recurso de casación, es menester señalar que los citados profesionales elevan ante esta Corte Suprema de Justicia un recurso de Casación Directa, de la manera que lo explican y a tenor del artículo 479 del CPP. El recurso de casación directa es similar en todo al recurso de casación ordinario, pero su diferencia radica en que el mismo puede ser presentado contra un fallo, que reúna los requisitos pertinentes, de primera instancia sin verse obligado a recurrir antes a la Cámara de Apelación; en otras palabras, puede ser invocado directamente contra el fallo de primera instancia, sin interponer antes un recurso de apelación o inclusive interponién-

dolo conjuntamente, lo único no aceptado es plantear la casación directa después de haber sido utilizado el recurso de apelación, ya sea general o especial.

Entrando ahora en materia sobre los puntos específicos objetivos de admisibilidad, los recurrentes plantean su recurso de casación en fecha 6 de agosto de 2007, siendo obligación considerar esta presentación planteada en tiempo, ya que no consta notificación específica a la querrela adhesiva y la notificación de los recurrentes se debe considerar así obrada por presentación de escrito de apelación general en fecha 22 de agosto de 2007, que obviamente es posterior a la fecha de presentación del recurso de casación, pero al no existir en autos otra constancia sobre notificación alguna, se debe considerar a la misma a los efectos del cómputo del plazo, por lo que se halla dentro del plazo establecido por el artículo 468 del Código Procesal Penal.

Concatenando luego con lo más arriba manifestado, en relación a la imposibilidad de aceptar una casación directa presentada luego de ser utilizado un recurso de apelación, es importante manifestar que existe un recurso de apelación general impetrado por la querrela adhesiva, pero que no se halla dirigido contra el objeto de estudio, Auto Interlocutorio N° 903 de fecha 19 de julio de 2007, sino contra un auto interlocutorio posterior, el N° 933 de fecha 26 de julio de 2007, en donde se resuelve por aclaratoria la imposición de costas en relación al primer auto interlocutorio, pero que a efectos del estudio de este recurso de casación, no guarda relación alguna.

Los recurrentes impugnan el Auto Interlocutorio N° 903 de fecha 19 de julio de 2007, emanada de un Juzgado de primera Instancia, pertinente a los efectos de la casación directa; así también esta resolución, aunque no esté nominada como “sentencia definitiva”, cumple el carácter de tal, ya que pone fin al procedimiento, por lo que el objeto de la Casación contenido en el Art. 477 del Código Procesal Penal se halla cumplido. Y los recurrentes invocaron como motivo que amerita la procedencia del recurso la causal prevista en el numeral 3° del Art. 478 del Código Ritual (falta de fundamentación).

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

Con relación a la impugnabilidad subjetiva, los recurrentes son abogados querellantes, se hallan debidamente legitimados a recurrir en casación, por lo dispuesto en el artículo 449 del Código Procesal Penal, segundo párrafo.

Por último, en lo que hace al escrito de interposición: La forma del mismo se rige por lo dispuesto en el artículo 468 del Código Procesal Penal, al cual

remite el artículo 480 del mismo cuerpo legal. A la luz de esta norma, se puede ver que el escrito se halla correctamente fundado, precisados sus motivos, con los argumentos y la solución que se pretende, cumpliendo así los requisitos legales. En consecuencia, al hallarse verificadas todas las exigencias formales, corresponde declarar admisible para su estudio el recurso deducido. Es mi voto.

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

A la segunda cuestión planteada la doctora Pucheta de Correa prosigue diciendo: A fin de exponer de una manera más ordenada el análisis del objeto de recurso se presentan en primer lugar: 1) los fundamentos acreditados por el Juzgado Penal de Garantías; 2) resumen del escrito de casación del recurrente; 3) resumen de la contestación de las partes; y 4) el análisis de la procedencia del recurso impetrado.

1. Fundamentos acreditados por el Juzgado Penal de Garantías: Básicamente declara que se planteó un incidente de sobreseimiento definitivo el cual fue coonestado por el agente fiscal y no fue respondido por la querrela adhesiva. Argumenta además que es menester observar los elementos probatorios arrojados al juicio, es decir las evidencias, y que solamente deben ser analizadas las que fueron producidas después del sobreseimiento provisional, ya que las anteriores fueron vistas en su oportunidad, y que en este sentido solo se produjo la pericia caligráfica, que demuestra la inexistencia del hecho punible.

2. Resumen del escrito de casación del recurrente: Los recurrentes solicitan la casación de la resolución individualizada argumentando que la resolución dictada es arbitraria en razón a que si bien es cierto que existe una evidencia pericial que favorece al imputado, es también cierto que existe otra que lo compromete. Sigue diciendo que hay otras evidencias que también comprometen al imputado, cuales son los libros de comercio y contabilidad de la firma DEGETE, que son, a su decir, totalmente falsificados, y ello se desprende fácil de la declaración testimonial del actuario Jorge Garay, que presta servicios en juzgado civil y comercial. También se queja de haberse solicitado la vista al Fiscal General del Estado ante la ausencia de acusación del agente fiscal, lo cual no fue realizado por la jueza de la causa.

3. Resumen de la contestación de las partes: Manifiesta la defensa que el recurrente no es parte del proceso, debido a que en atención a los hechos punibles investigados, el mismo no puede ser reconocido como víctima y por ende no

puede investir el carácter de querrela adhesiva, no siendo parte y no estando así comprendido en el artículo 449 del CPP. Así también niega que el escrito posea claridad en cuestión de individualizar los agravios en forma específica. Concluye diciendo que los motivos por los cuales se pretende hacer correr esta casación no son suficientes, debido a que la actuación judicial es correcta y su fallo ajustado a derecho. El Ministerio público indica que debe hacerse lugar a la casación por evidente falta de fundamento.

Análisis de la procedencia del recurso: Se debe analizar previamente la naturaleza del recurso de casación. Este recurso es extraordinario, y por medio del mismo la Corte Suprema de Justicia debe corregir la aplicación del Derecho en un proceso judicial, comprobando la correcta aplicación de la norma penal al hecho declarado probado; la Corte Suprema de Justicia puede hacer esto sin salir de los marcos previstos por el artículo 478 del Código Procesal Penal. Así, el único motivo aceptado para lograr la casación en el presente juicio es la sentencia manifiestamente infundada, invocado por el casacionista, debiéndose analizar si la misma cae dentro de dicho error.

Para ello, es importante señalar que la Corte Suprema de Justicia posee la facultad, otorgada por el segundo párrafo de la norma 479 del CPP, de no aceptar el estudio de la casación directa y enviarlo así a la Cámara de Apelación, para que lo resuelva a tenor del recurso de apelación especial, pero se observa que los agravios, o por mejor decir, el único agravio que elevan los recurrentes, se refiere a cuestión de derecho, a la correcta aplicación de las normas procesales penales y a un posible error judicial en la confección de la resolución objeto de estudio, por lo que en atención al Principio de Celeridad, y por ser obvio que la Cámara de Apelación debe resolver a similitud este caso, se acepta el estudio de esta casación directa.

Pasando así al análisis del agravio de los recurrentes, los mismos alegan que se hallan en el expediente evidencias que debían ser tomadas en cuenta por la jueza Penal de Garantías a fin de lograr un correcto panorama de la situación. Revisando someramente las constancias judiciales, en el acta de imputación fiscal, se ve a fojas 122, la existencia del testigo Jorge Garay, quien negó haber estampado sus firmas en el libro de contabilidad de la empresa en su carácter de actuario, afirmando además que en la fecha pertinente el mismo no era secretario judicial.

De la relación de hechos, se puede ver también que se habrían confeccionado totalmente todos los documentos y acciones de la empresa que pertenecería

a ambos hermanos, y de esta manera uno de ellos se apropiaría de las ganancias del otro. A este efecto la querrela ha ofrecido muchas evidencias, a juzgar por su escrito de acusación, consistente en documentales y testificales, que a su juicio serían suficientes para probar el hecho fáctico que se investiga.

El primer error que se observa en la resolución judicial es que la jueza no ha tenido presente las evidencias que someramente se han enunciado, solo se ha referido a una pericia, no así al resto de los otros elementos que hacen al conjunto de elementos probatorios que deben ser tenidos en cuenta para demostrar o no la reprochabilidad de un imputado. En este aspecto, y subsumido en este primer error, aparece ya un segundo que se configura cuando la jueza intenta remitirse a estudios pasados de las evidencias presentadas; es obligación del magistrado a exponer todos sus argumentos y razones, y a referirse a todos los tópicos pertinentes que hacen a su resolución en el mismo momento y contexto, no le es permitido remitirse a los fundamentos de otras resoluciones como si fueran complementos de la actual. Esto debe ser lógico y obvio en razón a que luego de ser dictado un fallo específico, pueden ser producidos otros elementos o aparecer otros actos que comprometan al imputado en la causa, en este caso solo sería una pericia más, pero al acontecer esta situación, y al ingresar otros elementos, el conjunto establecido con anterioridad puede variar. Cae categóricamente en la falta de fundamentación de una resolución la actuación de la jueza cuando pretende remitirse a otras conclusiones, y esto es más notorio debido a que el objeto de estudio, la resolución N° 903 de fecha 19 de julio de 2007, leída y estudiada individualmente como debe ser, en razón al recurso impetrado, no aclara ni una interrogante de los controladores de alzada, adoleciendo inclusive en lo poco que se expidió sobre la prueba pericial, a favor de quien considera que se dirigía la misma.

Volviendo así al primer error, es más que obvio que la jueza no ha tenido presente las evidencias ofrecidas por la querrela, ni la existente en relación al actuario judicial Jorge Garay, si bien es cierto que existe una ausencia de acusación del agente fiscal que lo propuso, no menos cierto es que la presencia de ella basta para ingresar la duda en el estudio de un sobreseimiento definitivo, y sabido es que no puede ser dictado un fallo en este sentido cuando el juez no acredite largamente el estado de certeza que posee sobre el mismo.

Amén de estos dos errores, aparece un tercero que reviste mayor gravedad, consistente en que la jueza penal de garantías, en momento de desarrollar la

Audiencia Preliminar, viola el artículo 353 del CPP, en el sentido de resolver cuestiones que son propias del juicio oral y público. En efecto, la jueza ha realizado juicio de valor de algunos elementos probatorios, cuestión que es propia y exclusiva de un tribunal de sentencias, no de un juez de garantías. Al analizar un sobreseimiento definitivo, el juez, en grado de certeza, debe concluir que el hecho no existió o que no es hecho punible, lo cual podría no darse en esta situación, donde a más de acciones supuestamente falsificadas, existirían otros documentos en igual estado, o así también la no participación del imputado en ellos, cuestión que debido a la orfandad de la resolución judicial, no puede extraerse y mucho menos con grado de certeza.

Son solo estos los puntos que puede ver un juez en relación al sobreseimiento definitivo, no así el análisis probatorio de las evidencias presentadas, que si bien deben ser tenidas en cuenta en relación a los puntos de un sobreseimiento definitivo, no pueden ser realizados en ausencia o separadamente de las demás evidencias.

Debatiendo brevemente sobre la última observación de la querrela adhesiva y sobre la exposición de la defensa; en cuanto al primero, la jueza actuó correctamente en relación al artículo 358 del CPP, ya que no decretó un auto de apertura a juicio oral y público debido a que no existía acusación fiscal; por otra parte, es facultad de la jueza, y no obligación, el realizar este trámite procesal, porque en su intelecto se formó erróneamente la creencia que no consideraba admisible una apertura de juicio, en caso de que hubiese analizado el conjunto de las evidencias y las hubiese sopesado acabadamente y en relación a los hechos denunciados, forzosamente habría aparecido la duda en su intelecto y con ella la posibilidad de elevar el expediente a juicio oral, con lo que el trámite del artículo 358 del CPP de facultad se le transformaría en obligación, siendo aconsejable realizarlo siempre en virtud del carácter acusatorio que impera en nuestro derecho penal. Pero amén de estas consideraciones, el cumplimiento de la última parte de la norma es ajustada a derecho.

En cuanto a la defensa, a lo largo de estas manifestaciones se puede observar que la gran mayoría de sus argumentos ya fueron atendidos y rechazados, quedando sin embargo otros de especial cuidado y elevado interés, pero los mismos no pueden ser analizados en esta instancia ni por medio de este recurso, debiendo ser nuevamente impetrados en el momento e instancia oportunos.

La Corte Suprema de Justicia no hace juicio de valor sobre los hechos o las evidencias presentadas, ni intenta plasmar y definir lo acontecido fácticamen-

te, debido a que el Principio de Inmediación no se lo permite; esto debe ser realizado en juicio oral y público, pero no se le escapa tampoco que esta situación elevada a ella se produjo más que nada por las evidentes equivocaciones del fallo derivado de la audiencia preliminar, con lo que también es categórico que la causa no debe ser remitida a Juicio Oral y Público sino nuevamente a otro juez penal de Garantías, a efecto de volver a realizar la Audiencia Preliminar y resolver conforme a derecho.

De esta manera, el recurso de casación presentado por la querrela adhesiva debe ser aceptado por procedente.

Por tanto, corresponde anular el auto interlocutorio N° 903 de fecha 19 de julio de 2007, dictado por el Juzgado Penal de Garantías de Ciudad del Este, reenviando estos autos a otro juzgado penal de Garantías a efectos de realizar una nueva audiencia preliminar.

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

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

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

RESUELVE: 1. Declarar la admisibilidad del Recurso Extraordinario de Casación Directa planteado por los abogados Arnaldo González Villalba y Arnaldo González Rolón por la querrela adhesiva. 2. Hacer lugar al Recurso de Casación planteado contra el A. I. N° 903 de fecha 19 de julio de 2007, dictado por el Juzgado de Garantías de Ciudad del Este, y reenviar esta causa a la etapa de Audiencia Preliminar, por los argumentos expuestos en el considerando de esta resolución. 3. Imponer las costas a la perdedora. 4. Anotar, registrar y notificar.

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

Ante mí: Abog. Karina Penoni de Bellassai. Secretaria.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 79

Cuestión debatida: Será objeto de detenido análisis el principio de legalidad tributaria, para luego analizar finalmente si el Decreto reglamentario dictado por el Poder Ejecutivo ha avasallado tal principio y por ende deba ser declarado inconstitucional, por rebasar límites legales impuestos por la normativa legal superior:

TRIBUTOS. Principio de legalidad en materia tributaria.

El principio de legalidad tributaria concibe a la ley como el instrumento idóneo para la imposición del tributo y es el Poder Legislativo el que tiene la facultad de crear las leyes respetando los lineamientos constitucionales establecidos, ya que la citada facultad se la otorga expresamente la Constitución Nacional.

TRIBUTOS. Principio de legalidad en materia tributaria.

Del análisis del principio de legalidad tributaria se podrá constatar que el sentido de la Constitución, específicamente en cuanto a los elementos constitutivos del impuesto y de los actos emitidos por las autoridades fiscales, radica en que es la ley el instrumento adecuado y competente para la imposición de cualquier obligación fiscal.

TRIBUTOS. Principio de legalidad en materia tributaria. “Nullum Tributum sine Lege.”

No pocas veces el Poder Ejecutivo reglamenta leyes dictadas por el Congreso en materia tributaria. Entonces es que surge la convivencia entre leyes y normas administrativas que pudieran llegar a confundirse, sin embargo, es aquí donde los principios de Reserva de la Ley y Primacía de la Ley toman juego como elementos importantes que forman parte del Principio de Legalidad, toda vez que las normas de carácter administrativo se encuentran supeditadas a las leyes y por ningún motivo podrían exceder el contenido de estas últimas. “Nullum tributum sine lege” es el aforismo latino que sintetiza el Principio de legalidad tributaria contenido en el Art.179 del Constitución Nacional.

TRIBUTOS. Principio de legalidad en materia tributaria.

El Principio de legalidad está conformado por dos elementos que dan explicación a su existencia, estos son el Principio de reserva de la Ley y el Principio de Supremacía de la Ley. El principio de legalidad consiste en el hecho de que todo impuesto es válido cuando éste se encuentre previsto en una ley, dado que

es esta (la ley) la que debe contener los elementos estructurales de los impuestos (reserva de ley). El principio de legalidad también establece las relaciones entre el ordenamiento jurídico y el acto administrativo, por lo que la actuación de la administración debe ser jurídica, debe estar apegada a las normas que tienen el carácter de ley, por ser esta un instrumento limitante al ejercicio del poder cuya superioridad sobre cualquier otra norma (Supremacía de la Ley) esta reconocida en la Ley Suprema de la República.

TRIBUTOS. LEY. Fuente formal del Derecho tributario. Requisitos.

Para la validez constitucional de un tributo es necesario no solo que este establecido por ley, sea proporcional y equitativo y esté destinado al pago de los gastos públicos, sino que también se exige que los elementos esenciales del mismo, como pueden ser el sujeto, objeto, base, tasa, época de pago, estén consignados de manera expresa en la ley, para que así no haya margen de arbitrariedad de las autoridades exactoras, ni para el cobro de impuestos imprevisibles o a título particular, sino que a la autoridad no quede otra cosa que aplicar las disposiciones generales de observancia obligatoria dictadas con anterioridad al caso concreto de cada causante y el sujeto pasivo pueda conocer la forma cierta de contribuir para los gastos públicos.

TRIBUTOS. Reglamentación.

La facultad reglamentaria del Ejecutivo provee en la esfera administrativa a la exacta observancia de la ley, pues en si es su facultad se reduce a desarrollar y cumplimentar en detalle las normas contenidas en las leyes, pero sin que de ninguna manera, por el ejercicio de esta facultad, se pueda derogar o modificar el contenido de la ley, ni mucho menos limitarla o excluirla.

TRIBUTOS. Principio de legalidad en materia tributaria.

Esta Corte considera que en materia tributaria la reserva es de carácter relativo, dicha materia no debe ser regulada en su totalidad por una ley formal, sino que es suficiente solo un acto normativo primario que contenga la normativa esencial de la referida materia, de ese modo la presencia del acto normativo primario marca un límite de contenido para las normas secundarias posteriores, las cuales no podrán nunca contravenir lo dispuesto en la norma primaria, en casos excepcionales pueden existir remisiones a normas secundarias, siempre y cuando tales remisiones hagan una regulación subordinada y dependiente de la ley, además constituyan un complemento de la regulación legal.

TRIBUTOS. Principio de legalidad en materia tributaria. Reglamentación. Impuesto Selectivo al Consumo.

La reglamentación no puede modificar la pauta legal para fijar la base imponible, en este caso, del Impuesto Selectivo al Consumo, porque esto significaría desnaturalizar por completo el “hecho imponible” trasladando el impacto del tributo a una fase de la comercialización distinta a la tenida en cuenta por el legislador al crear este impuesto y esto quebranta de raíz el consabido principio de legalidad.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. De la creación del Tributo. Impuesto Selectivo al Consumo.

El decreto impugnado ha modificado y alterado la base imponible del Impuesto Selectivo al Consumo determinado en la norma legal, y con ello ha claramente conculcado el principio de legalidad tributaria, violando el art. 179 de la Constitución Nacional, por lo que el mismo debe ser declarado inconstitucional.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. De la creación del Tributo. Justicia Tributaria.

Si bien la Constitución ordena que las contribuciones deben encontrarse previstas en las leyes, también ordena que ello queda subordinado al mandato supremo de que la contribución debe ser proporcional y equitativa, que en el sentido clásico filosófico expresa la idea de Justicia Tributaria, por referirse a la capacidad de pago de los ciudadanos y a la igualdad de contribuir en condiciones iguales. Esto en sentido económico y social implica que las contribuciones no sean ruinosas e inequitativas.

TRIBUTOS. Principio de legalidad en materia tributaria. Reglamentación. ARBITRARIEDAD. Acto Administrativo arbitrario.

El principio de interdicción de la arbitrariedad habilita a los Tribunales a controlar los presupuestos fácticos de que el Reglamento parte, lo que incluye la verificación empírica de los hechos (test de existencia), así como su valoración o ponderación (test de valoración) (obs. Doctrina)

CSJ, Sala Constitucional. 08-03-11. “Consulta: Tabacalera del Este S.A., Mercury Tabacos S.A., Veneto S.A., Tabacalera Hernandarias S.A. y Tabacalera San Francisco S.A. c. Poder Ejecutivo s. Amparo Constitucional” (Ac. y Sent. N° 79).

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

CUESTIÓN:

¿Es inconstitucional el Decreto N° 5445 del 17 de noviembre de 2010, “POR EL CUAL SE ESTABLECEN VALORES IMPONIBLES PRESUNTOS PARA LA APLICACIÓN Y LIQUIDACIÓN DEL IMPUESTO SELECTIVO AL CONSUMO EN LA IMPORTACIÓN DE CIGARRILLOS DE LA PARTIDA ARANCELARIA 2402.20.00 DE ORIGEN Y/O PROCEDENCIA EXTRANJERA Y DE LA PRIMERA ENAJENACIÓN A NIVEL LOCAL DE LOS CIGARRILLOS DE PRODUCCIÓN NACIONAL, Y SE DEROGA EL DECRETO N° 5075/2005”.

A la cuestión planteada, el doctor Núñez Rodríguez dijo: En estos autos se presentan los representantes de las firmas accionantes TABACALERA DEL ESTE S.A., MERCURY TABACOS S.A., VENETO S.A., TABACALERA HERNANDARIAS S.A. y TABACALERA SAN FRANCISCO S.A., a promover acción de amparo constitucional contra el Poder Ejecutivo, petición que es acogida por el Juez de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de la Niñez y de la Adolescencia de la Ciudad de Hernandarias, quien conforme a lo dispuesto en la Ley N° 600/95, que modifica el Código Procesal Civil, eleva estos autos a la Excma. Corte Suprema de Justicia a fin de que esta Corte se pronuncie acerca de la inconstitucionalidad del Decreto N° 5.445 del 17 de noviembre de 2010, “Por el cual se establecen valores impositivos presuntos para la aplicación y liquidación del impuesto selectivo al consumo en la importación de cigarrillos de la partida arancelaria 2402.20.00 de origen y/o procedencia extranjera y de la primera enajenación a nivel local de los cigarrillos de producción nacional, y se deroga el decreto N° 5075/2005”, y es así como esta cuestión viene a ser radicada ante esta Corte.

1. Los representantes de los accionantes manifiestan que las mismas operan en el ramo de la producción y comercialización de productos de tabaco y que en el carácter de contribuyentes se hallan sujetos y afectados por el Decreto N° 5445 del 17 de noviembre de 2010. Alegan que el mencionado Decreto es inconstitucional por vulnerar los principios constitucionales establecidos en los artículos 179 “De la creación de tributos” y 181 “De la Igualdad del Tributo” de la Constitución Nacional.

2. El Decreto N° 5.445 del 17 de noviembre de 2010, “Por el cual se establecen valores impositivos presuntos para la aplicación y liquidación del impuesto selectivo al consumo en la importación de cigarrillos de la partida arancelaria

2402.20.00 de origen y/o procedencia extranjera y de la primera enajenación a nivel local de los cigarrillos de producción nacional, y se deroga el Decreto N° 5075/2005” establece:

“Art. 1º.- Establécese como valor imponible presunto, a los efectos de la aplicación y liquidación del Impuesto Selectivo al Consumo en la importación de cigarrillos de la partida arancelaria 2402.20.00, de acuerdo a la nueva estructura vigente de la Nomenclatura Común del MERCOSUR (NCM), así como en la primera enajenación a nivel local de cigarrillos de producción nacional, el precio de venta al público a nivel de consumidor final, conforme a los valores establecidos respectivamente para cada marca y tipo de producto, detallados en el Anexo que se adjunta y forma parte de este Decreto.

Art. 2º. Establécese que para los productos importados encuadrados en la partida arancelaria señalada en el Artículo precedente, pero que no estén expresamente citados en el Anexo de este Decreto, se establece como valor imponible presunto, a los efectos de la aplicación y liquidación del Impuesto Selectivo al Consumo, al momento su importación, la suma de dos mil quinientos guaraníes (G. 2.500.-) por cajetilla de diez (10) unidades de cigarrillos y de cuatro mil guaraníes (G. 4.000.-) por cajetilla de veinte (20) unidades de cigarrillos, respectivamente.

Para cigarrillos de producción nacional que no estén expresamente citados en el Anexo de este Decreto, se establece como valor imponible presunto, a los efectos de la aplicación y liquidación del Impuesto Selectivo al Consumo, al momento de su primera enajenación a nivel local, la suma de dos mil guaraníes (G. 2.000. -) por cajetilla de diez (10) unidades de cigarrillos y de tres mil quinientos guaraníes (G. 3.500.-) por cajetilla de veinte (20) unidades de cigarrillos, respectivamente.

Para cigarrillos de producción nacional que no estén expresamente citados en el anexo de este decreto, se establece como valor imponible presunto, a los efectos de la aplicación y liquidación del impuesto selectivo al consumo, al momento de su primera enajenación a nivel local, la suma de guaraníes dos mil (Gs. 2000.-) por cajetillas de diez(10) unidades de cigarrillos y de tres mil quinientos guaraníes (g. 3.500.-) por cajetilla de veinte (20) unidades de cigarrillos, respectivamente.

Las cajetillas que contengan otra cantidad de unidades de cigarrillos, que no sean de veinte (20) o de diez (10) unidades, liquidarán el impuesto proporcio-

nando cada cajetilla con relación a una de veinte (20) unidades por el valor presunto establecido para la respectiva marca.

Art. 3º.- Las disposiciones de este Decreto entrarán en vigencia a partir del primer día del mes siguiente a la fecha de su publicación en dos (2) diarios de circulación nacional.

Art. 4º.- A partir de la vigencia del presente Decreto, queda derogado el Decreto N° 5075 del 12 de abril de 2005.

Art. 5º.- El presente Decreto será refrendado por el Ministro de Hacienda.

Art. 6º.- Comuníquese, publíquese e insértese en el Registro Oficial”.

3. Procediendo al análisis del Decreto N° 5445 del 17 de noviembre de 2010, vemos que éste se fundamenta –según el considerando del decreto– en la necesidad de establecer una carga impositiva ecuaníme sobre los cigarrillos, sean estos importados o de fabricación nacional, y se procede al ajuste de los valores imponibles con el fin de adecuarlos al mercado estableciendo nuevos valores imponibles presuntos.

4. El artículo 238 de la Constitución Nacional establece los deberes y atribuciones del Presidente de la República, entre los cuales se encuentra el de dictar decretos, los que requieren para su validez que sean refrendados por el Ministro del ramo. A su vez, el artículo 105 de la Ley N° 125/91, modificada por la Ley N° 2421/2004, faculta al Poder Ejecutivo a fijar valores imponibles presuntos siempre que estos no superen el precio de venta en el mercado interno a nivel de consumidor final.

5. La facultad de reglamentar las leyes debe ir lógicamente precedida de la respectiva delegación legislativa por parte del Poder Legislativo al Poder Ejecutivo. Como bien dicen García de Enterría y Fernández, *“la ley arranca la incondicionalidad de su contenido y la irresistibilidad de su eficacia por su legitimación en la voluntad de la comunidad; el Reglamento no puede presentarse como voluntad de la comunidad, porque la Administración no es un representante de la comunidad, es una organización servicial de la misma, lo cual resulta algo en esencia distinto; en el Reglamento no se expresa por ello una hipotética ‘voluntad general’, sino que es una simple regla técnica, ‘ocurrencia de los funcionarios’, a la que órganos simplemente administrativos han dado expresión definitiva. La ley es la norma originaria por excelencia: dispone desde sí misma, rompe el Derecho o las relaciones existentes, puede (dentro de la Constitución) hacerlo todo. Nada de esto es propio de las determinaciones reglamentarias, que más*

bien se presentan como complementarias de las leyes, como 'ejecución' de la Ley" (García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. "Curso de Derecho Administrativo". Tomo I. Pág. 181. Ed. Thomson. Civitas. 2004). En ese razonamiento es que afirmamos que lo propio del Decreto, lo que le separa definitivamente de la ley, es que es una norma secundaria, subalterna, inferior y complementaria de la Ley, obra de la Administración. Y como todos los productos administrativos, el Decreto es una norma necesitada de justificación, caso por caso, condicionada, con posibilidades limitadas y tasadas, libremente justificables por el juez. La sumisión del Decreto a la Ley es absoluta, en varios sentidos: no se produce más que en los ámbitos que la Ley le deja, no puede intentar dejar sin efecto los preceptos legales o contradecirlos, no puede suplir a la Ley allí donde ésta es necesaria para producir un determinado efecto o regular cierto contenido. Sobre esta base, justamente, se articula lo que el artículo 137 de la Constitución Nacional llama, para garantizarla, la "jerarquía normativa".

Entonces, estando ya bien madura la idea de que la Administración no puede ejercitar más potestades que aquellas que efectivamente le han sido concedidas, entramos a analizar cómo ha ejercido su potestad reglamentaria el Poder Ejecutivo en el dictado del decreto que ha sido tachado de inconstitucional. Aclaremos que no pasa desapercibida a este Supremo Tribunal la circunstancia de que nos encontramos ante materia tributaria, en donde, como se sabe, rige el principio de legalidad tributaria, cardinal para el destino de esta consulta. Será objeto de detenido análisis el mencionado principio tributario, para luego analizar finalmente si el Decreto reglamentario dictado por el Poder Ejecutivo ha avasallado tal principio y, por ende, deba ser declarado inconstitucional, por rebasar los límites legales impuestos por la normativa legal superior.

6. El artículo 179 de la Constitución Nacional establece: "Todo tributo, cualquiera sea su naturaleza o denominación, será establecido exclusivamente por la ley, respondiendo a principios económicos y sociales justos, así como a políticas favorables al desarrollo nacional". Es también privativo de la ley determinar la materia imponible, los sujetos obligados y el carácter del sistema tributario. Ello concuerda con el Art. 202 numeral 4) de la misma Constitución, según el cual es competencia del Congreso, "...legislar sobre materia tributaria".

7. El principio de legalidad tributaria concibe a la ley como el instrumento idóneo para la imposición del tributo y es el Poder Legislativo el que tiene la facultad de crear las leyes respetando los lineamientos constitucionales estable-

cidos, ya que la citada facultad se la otorga expresamente la Constitución Nacional. Del análisis del principio de legalidad tributaria se podrá constatar que el sentido de la Constitución, específicamente en cuanto a los elementos constitutivos del impuesto y de los actos emitidos por las autoridades fiscales, radica en que es la Ley el instrumento adecuado y competente para la imposición de cualquier obligación fiscal.

8. No pocas veces el Poder Ejecutivo reglamenta las leyes dictadas por el Congreso en materia tributaria. Entonces es que surge la convivencia entre leyes y normas administrativas que pudieran llegar a confundirse, sin embargo, es aquí donde los principios de Reserva de Ley y de Primacía de la Ley toman juego como elementos importantes que forman parte del Principio de Legalidad, toda vez que las normas de carácter administrativo se encuentran supeditadas a las leyes y por ningún motivo podrían exceder el contenido de estas últimas. “Nullum Tributum sine Lege” es el aforismo latino que sintetiza el principio de legalidad tributaria contenido en el artículo 179 de la Constitución Nacional.

El principio de legalidad está conformado por dos elementos que dan explicación a su existencia, estos son el Principio de Reserva de Ley y el Principio de Supremacía de la Ley. El principio de legalidad consiste en el hecho de que todo impuesto es válido cuando este se encuentre previsto en una ley, dado que es ésta (la ley) la que debe contener los elementos estructurales de los impuestos (Reserva de la Ley). Sin embargo el principio de legalidad también establece las relaciones entre el ordenamiento jurídico y el acto administrativo, por lo que la actuación de la administración debe ser jurídica, es decir, debe estar apegada a las normas que tienen el carácter de ley, por ser esta un instrumento limitante al ejercicio del poder cuya superioridad sobre cualquier otra norma (Supremacía de la Ley) se encuentra plenamente reconocida por la Ley Suprema de la República.

“La doctrina de las materias reservadas a la Ley es ya un principio material y no sólo formal de relación entre la Ley y el Reglamento, pero es, no obstante un principio montado en beneficio de la propia supremacía de la Ley no en su perjuicio. En efecto la ley se reserva una serie de objetos sustanciales y en el resto permite la intervención del Reglamento aunque sometido a la superioridad que es propia de la Ley. No se trata, en modo alguno, de un reparto material del campo normativo; no se deduce en absoluto que las materias distintas de las

reservadas a la Ley serían materias propias y exclusivas del Reglamento, dónde la Ley no podrá entrar. El Reglamento sigue siendo una norma secundaria y subordinada a la Ley, no alternativa respecto de ella” (García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. *Opus cit.* Pág. 256).

9. Como hemos señalado, la ley es la fuente formal del Derecho fiscal, al ser el único medio por el cual pueda establecerse un tributo o una sanción por el incumplimiento del mismo, por lo tanto es fuente exclusiva del derecho tributario sustantivo y del derecho tributario penal. La Ley abarca la creación o configuración del hecho imponible o presupuesto que hace nacer a la obligación de tributar; así mismo la obligación del hecho imponible a un sujeto determinado; la determinación del sujeto pasivo o contribuyente de derecho; la alícuota o monto del tributo y también sus exenciones, así como la configuración de un ilícito tributario en cualquiera de sus distintas variantes, así como sus sanciones que lo repriman, de cualquier tipo que sean.

10. Para la validez constitucional de un tributo es necesario no sólo que esté establecido por ley, sea proporcional y equitativo y esté destinado al pago de los gastos públicos, sino que también se exige que los elementos esenciales del mismo, como pueden ser el sujeto, objeto, base, tasa y época de pago, estén consignados de manera expresa en la ley, para que así no quede margen de arbitrariedad de las autoridades exactoras, ni para el cobro de impuestos imprevisibles o a título particular, sino que a la autoridad no quede otra cosa que aplicar las disposiciones generales de observancia obligatoria dictadas con anterioridad al caso concreto de cada causante, y el sujeto pasivo de la relación tributaria pueda en todo momento conocer la forma cierta de contribuir para los gastos públicos del Estado.

11. A su vez, el Principio de Supremacía de la Ley radica en la observancia de la misma ante las demás normas tributarias existentes, por no tener –las demás normas– el carácter que las leyes tienen, así como la fuerza y sustento que a las mismas se les ha otorgado por parte de la ley suprema de la República. Tal aseveración se fundamenta para la materia fiscal, como se señaló, en el artículo 179 de la Constitución Nacional, toda vez que el mismo reconoce que para el cumplimiento de la obligación de tributar, debe apegarse a la manera que las leyes dispongan.

12. No es obstáculo a lo anterior la facultad reglamentaria otorgada al Ejecutivo en el artículo 238 de la Constitución, para el efecto de proveer en la

esfera administrativa a la exacta observancia de la ley, pues en si su facultad se reduce a desarrollar y cumplimentar en detalle las normas contenidas en las leyes, pero sin que de ninguna manera, por el ejercicio de esta facultad, se pueda derogar o modificar el contenido de la ley, ni mucho menos limitarla o excluirla.

Así lo ha entendido también muy claramente la doctrina: *“Podemos entender también el principio de reserva de ley como un instrumento por medio de un mandamiento constitucional se reserva el legislador la regulación de una materia, o de los aspectos esenciales de esta materia; la reserva de ley constituye una norma competencial que entrega a la potestad legislativa del Estado el control de una materia, por lo tanto, al mismo tiempo de que constituye una prerrogativa, lleva implícita una obligación para el legislador”* (Calvo Ortega, Rafael. “Consideraciones sobre los presupuestos científicos del Derecho Financiero. Hacienda Pública Española”. N° 1, Instituto de Estudios Fiscales, España, 1970).

Fernando Pérez Royo, tributarista español, explica a este principio como una figura comprensible en un sistema constitucionalista, que sirve de control de la constitucionalidad de las leyes y normas de carácter general, además de que la reserva de ley no es sólo un límite para el Poder Ejecutivo y su facultad reglamentaria, sino también sirve de freno al legislador, ya que la reserva le impone un límite el cual queda definido y en caso de violarlo estaría contrariando a la Constitución. (Perez Royo, Fernando. “Fundamento y ámbito de la reserva de ley en materia tributaria”. Número 14, Instituto de Estudios Fiscales. España. 1972).

13. La doctrina clasifica a la reserva de la ley en absoluta y relativa. La primera aparece cuando la regulación de una determinada materia queda acotada en forma exclusiva a la ley formal. En este supuesto, la materia reservada a la ley no puede ser regulada por otras fuentes. La reserva relativa, en cambio, permite que otras fuentes de la ley vengán a regular parte de la disciplina normativa de determinada materia, pero a condición de que la ley sea la que determine expresa y limitativamente las directrices a las que dichas fuentes deberán ajustarse; esto es, la regulación de las fuentes secundarias debe quedar subordinada a las líneas esenciales que la ley haya establecido para la materia normativa. En este supuesto, la ley puede limitarse a establecer los principios y criterios dentro de los cuales la concreta disciplina de la materia reservada podrá posteriormente ser establecida por una fuente secundaria. Así, no se excluye la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas regla-

mentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución a favor del legislador. En suma, la clasificación de la reserva de ley en absoluta y relativa se formula con base en el alcance o extensión que sobre cada materia se atribuye a cada especie de reserva. Si en la reserva absoluta la regulación no puede hacerse a través de normas secundarias, sino sólo mediante las que tengan rango de ley, la relativa no precisa siempre de normas primarias. Basta un acto normativo primario que contenga la disciplina general o de principio, para que puedan regularse los aspectos esenciales de la materia respectiva.

14. Precisado lo anterior, esta Corte considera que en materia tributaria la reserva es de carácter relativo, toda vez que, por una parte, dicha materia no debe ser regulada en su totalidad por una ley formal, sino que es suficiente sólo un acto normativo primario que contenga la normativa esencial de la referida materia, puesto que de ese modo la presencia del acto normativo primario marca un límite de contenido para las normas secundarias posteriores, las cuales no podrán nunca contravenir lo dispuesto en la norma primaria; y, por otro lado, en casos excepcionales, y que lo justifiquen, pueden existir remisiones a normas secundarias, siempre y cuando tales remisiones hagan una regulación subordinada y dependiente de la ley, y además constituyan un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para el debido cumplimiento de la finalidad recaudatoria.

15. Necesario el *excursus* anterior, entramos al estudio del decreto. Precisamente, como se ha explicado extensamente, uno de los elementos que deben estar establecidos en la ley es la “base imponible”, que, según vemos del texto del decreto, ha sido alterada o modificada. Veamos. La Ley 125/91, modificada parcialmente por Ley 2421/04, al crear el Impuesto Selectivo al Consumo ha definido y delineado claramente los elementos que sirven para identificar la materia imponible y la forma de cuantificación de este impuesto, que grava el consumo de determinados bienes, entre ellos los cigarrillos. En cuanto a la materia imponible, el Art. 99 de dicha ley determina: “Hecho Generador: Créase un impuesto que se denominará Impuesto Selectivo al Consumo, que gravará la importación de los bienes que se consigna en el art. 106 y la primera enajenación a cualquier título cuando sean de producción nacional”.

Como se puede observar, la ley delimita claramente el hecho generador, en tratándose de cigarrillos que sean fabricados en el país, al señalar: “la primera

enajenación a cualquier título”. Concordante y coherente con ello, el artículo 105 establece también la manera de determinar el hecho imponible, al señalar: “La Base imponible la constituye el precio de venta en fábrica, excluido el propio impuesto y el Impuesto al Valor Agregado (IVA)”. Coincidimos con el impugnante, cuando el mismo señala que si el hecho generador del Impuesto Selectivo al Consumo es “la primera enajenación” del producto, es evidente que al tratarse de cigarrillos fabricados en Paraguay, la primera venta será siempre la que realiza el fabricante y, por lo tanto, es lógico y congruente que la base imponible sea el precio de venta en fábrica, porque en definitiva, ese es el precio al cual se concreta la “primera enajenación”.

16. Se ve, pues, que la ley, como lo quiere la Constitución Nacional, ha fijado de manera palmaria el elemento estructural “base imponible” del tributo, “primera enajenación” (el precio de fábrica), y éste ha sido modificado o alterado en el decreto impugnado al determinar que la nueva base imponible sería la del precio de venta al público a nivel de consumidor final. La modificación y por ende la conculcación al principio desarrollado es incuestionable. La fijación de valores imponibles presuntos solo cabe cuando no resulta materialmente posible la liquidación del tributo sobre base cierta, y aún en los casos en que esta técnica de liquidación fuese admisible, los bases imponibles presuntas fijadas por la Administración deben estar sometidos a dos reglas: a) El “hecho imponible” no puede ser alterado, y b) Los valores presuntos deben ser fijados en base a criterios objetivos verificables según la realidad económica de la actividad gravada. Esto significa que la reglamentación no puede modificar la pauta legal para fijar la base imponible del Impuesto Selectivo al Consumo, que en el caso de cigarrillos de producción nacional, es el precio de venta en fábrica al realizarse la primera enajenación, no siendo admisible, bajo circunstancia alguna, tomar como parámetros los precios de venta al público, porque esto significaría desnaturalizar por completo el “hecho imponible”, trasladando el impacto del tributo a una fase de la comercialización distinta a la tenida en cuenta por el legislador al crear este impuesto, y esto quebranta de raíz el consabido principio de legalidad.

17. Volviendo sobre lo anterior, y redondeando la conclusión, decimos: nuestra Constitución dispone que la obligación de contribuir existe en los términos que establezcan las leyes, por lo que todos los elementos que resulten necesarios para individualizar y fijar el monto de la deuda tributaria deberá en

consecuencia estar previstos en ley, pues esta es el producto de un proceso que compete al poder legislativo y por tanto el tributo compete a este. La ley debe abarcar tanto la definición de los elementos esenciales y estructurales del tributo. Antonio Jiménez González afirma que si la obligación de contribuir debe soportarse en la forma proporcional y equitativa que dispongan las leyes; la ley debe por tanto, definir al menos cada uno de los elementos estructurales de cada tributo, que son los que permiten conocer en cada caso particular el monto de la carga tributaria que cada sujeto debe soportar, además de que la obligación del legislador en el ámbito tributario es tan vasta como para que éste garantice que el gobernado estará en condiciones de saber cuándo asume la condición de deudor tributario y si el monto de la deuda responde a las condiciones de proporcionalidad y equidad. Por lo tanto el legislador debe establecer en la ley todos los elementos que permitan llegar a tal fin. Al faltar la prevención de alguno de tales elementos la obligación de contribuir no resultó ser ya conforme a los términos dispuestos por la ley, sino a lo mejor conforme a lo estatuido en un reglamento. Lo que constituye una frontal contravención a la norma constitucional. (Jiménez González, Antonio. “Lecciones de Derecho Tributario”. 4ª edición. Ed. Ecafasa. México. 1999. Pág. 194).

18. El Decreto N° 5.445 del 17 de noviembre de 2010, “Por el cual se establecen valores imponibles presuntos para la aplicación y liquidación del impuesto selectivo al consumo en la importación de cigarrillos de la partida arancelaria 2402.20.00 de origen y/o procedencia extranjera y de la primera enajenación a nivel local de los cigarrillos de producción nacional, y se deroga el decreto N° 5.075/2005”, como hemos visto, ha modificado y alterado la base imponible del Impuesto Selectivo al Consumo determinado en la norma legal, y con ello ha claramente conculcado el principio de legalidad tributaria, violando el artículo 179 de la Constitución Nacional, por lo que el mismo debe ser declarado inconstitucional.

19. Ciertamente, hasta aquí estaría ya agotada la contestación de la cuestión sustancial de esta consulta –determinando la inconstitucionalidad del decreto impugnado–. Ahora bien, no debemos dejar pasar la oportunidad de recordar también –ello ya no será tratado a fondo aquí–, que si bien la Constitución ordena que las contribuciones deben encontrarse previstas en las leyes, también ordena que ello queda subordinado al mandato supremo de que la contribución debe ser proporcional y equitativa, que en el sentido clásico filosófico

expresa la idea de Justicia Tributaria, por referirse a la capacidad de pago de los ciudadanos y a la igualdad de contribuir en condiciones iguales. Esto en sentido económico y social implica que las contribuciones no sean ruinosas e inequitativas. Se ha probado con las constancias contables y económicas, que el artículo 181 de la Constitución Nacional, también ha sido decididamente vulnerado en el Decreto 5.445 del 17 de noviembre de 2010. ¿Por qué? Analicemos. De la lectura del Decreto atacado no surge de manera alguna la fuente en la que se basó el Poder Ejecutivo para llegar a los precios establecidos como base imponible de los productos gravados. Ello significa que el Decreto parte de una apreciación inexacta de los hechos en virtud de los cuales se determinan, lo que es signo de la ausencia de un fundamento objetivo en la decisión normativa.

“El principio de interdicción de la arbitrariedad habilita a los Tribunales a controlar los presupuestos fácticos de que el Reglamento parte, lo que incluye la verificación empírica de los hechos (test de existencia), así como su valoración o ponderación (test de valoración)” (García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. “Curso de Derecho Administrativo”. Tomo I. Pág. 205. Ed. Thomson. Civitas. 2004).

Ya a modo de conclusión y terminando, volvemos sobre las ideas iniciales: el Decreto es una norma secundaria y subordinada por su propia esencia, complementaria a la Ley, pero no la suple, y una injusticia en su seno multiplicará y amplificará sus efectos injustos en el tiempo, en la extensión, en la intensidad, a través de la infinitud de actos aplicativos del mismo, alcanzando, pues, un grado de injusticia incomparablemente superior al que quepa esperar de la ilegalidad de un solo acto.

El Decreto aquí impugnado es objetivamente irrazonable y está abocado a un resultado manifiestamente injusto. No existe, de ninguna manera, proporcionalidad ni adecuación al fin, por lo que el mismo no puede tener otro destino que ser tachado de inconstitucional.

20. Por tanto, conforme a las consideraciones que anteceden, corresponde que se tenga por evacuada la consulta realizada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de la Niñez y de la Adolescencia de la Ciudad de Hernandarias, concluyendo que el Decreto N° 5445 del 17 de noviembre de 2010 “Por el cual se establecen valores imponibles presuntos para la aplicación y liquidación del impuesto selectivo al consumo en la importación de cigarrillos de la partida arancelaria 2402.20.00 de origen y/o procedencia

extranjera y de la primera enajenación a nivel local de los cigarrillos de producción nacional, y se deroga el decreto N° 5.075/2005” es inconstitucional por no ajustarse a los principios consagrados en los artículos 179 y 181 de la Constitución Nacional.

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

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

RESUELVE: Tener por contestada la consulta realizada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de la Niñez y de la Adolescencia de la Ciudad de Hernandarias, y remitir el principal para el pronunciamiento de la resolución que corresponda en derecho. Anotar, registrar y notificar.

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

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

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 92

Cuestión debatida: En el presente caso se analiza si se agotaron las vías administrativas previas antes de la demanda contenciosa administrativa. Y la procedencia de una imposición tributaria a una sociedad simple.

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. Necesidad de agotar Recursos ordinarios. RECURSO DE RECONSIDERACIÓN. Término para deducir el recurso. RECURSO DE REPOSICIÓN. Termina para deducir el recurso.

El recurso de reconsideración o reposición podrá interponerse dentro del plazo perentorio de diez días hábiles, computados a partir del día siguiente de la fecha en que se notificó la resolución que se recurre. Será interpuesto ante el órgano que dictó la resolución que se impugna y el mismo será quien deba pronunciarse (art. 234 Ley N° 1.462/35).

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. Demanda conten-

ciosa administrativa. Requisitos. Necesidad de agotar Recursos ordinarios.

Cumplida la interposición del referido recurso administrativo, el art. 237 de la Ley 1.462, habilita la interposición de la demanda contenciosa administrativa contra lo resuelto, o vencido el plazo para hacerlo contra la denegatoria tácita del recurso. En este caso no fue discutida la interposición de dicho recurso previo para la interposición de la presente demanda, sin embargo fue alegado que en el caso de autos fue atacado una providencia de mero trámite, y no una resolución administrativa, por lo que no se hallaba expedita la instancia administrativa.

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. Resoluciones contra las que se impone la acción contenciosa-administrativa.

La norma tributaria hace referencia a que es recurrible la “resolución” a partir del anoticiamiento de la misma. En materia procesal, sin prever el procedimiento tributario un trámite disímil, debe ser entendida por “resolución” toda decisión o fallo de un órgano administrativo o judicial, pudiendo esta ser una sentencia definitiva, interlocutoria o una providencia... para impugnar basta el solo interés, en el caso las providencias atacadas ponían fin al trámite sumarial cumplido ante la Subsecretaría de Estado de Tributación, por lo que no constituyen providencia de mero trámite.

IMPUESTOS. Impuesto a la Renta (IRACIS-IRP). SOCIEDAD SIMPLE.

La no afectación de las sociedades simples por el Impuesto a la Renta (IRACIS) actualmente vigente obedece a la naturaleza misma de la sociedad, según art. 1303 del CC, sin embargo están incididas en el impuesto a la Renta del Servicio de Carácter personal (IRP), el cual no ha sido aún puesto en vigencia por el Poder Legislativo, por lo que no resulta aplicable.

IMPUESTOS. Impuesto a la Renta (IRACIS-IRP). SOCIEDAD SIMPLE.

En el contrato de Sociedad Simple que nos ocupa, no se hace referencia a la hipótesis de reparto de utilidades. Correspondía a la Administración Tributaria acreditar tal extremo y no lo hizo. En la duda –art. 248 Ley N° 125/92– debe estarse a favor del contribuyente, por lo que es improcedente la aplicación de la realidad económica, art. 247 Ley N° 125/92.

CSJ, Sala Penal. 16-03-11. “Clínica Radiológica Iribas Sociedad Simple c.

Providencia de fecha 05/05/2005 y la providencia de fecha 27/02/2006 del Viceministerio de Tributación” (Ac. y Sent. N° 92)

Previo el estudio de los antecedentes del caso, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, resolvió plantear las siguientes;

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?

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

Realizando el sorteo de ley para establecer el orden de la votación se tiene el resultado: Pucheta de Correa, Blanco y Bajac Albertini.

A la primera cuestión planteada, la Dra. Pucheta de Correa dijo: El recurrente ha desistido expresamente del Recurso de Nulidad incoado, por lo que se lo debe tener por abdicado del mismo. Por otro lado, no se observan en la Resolución recurrida vicios o defectos que ameriten la declaración de oficio de su nulidad en los términos autorizados por los Arts. 113 y 404 del Código Procesal Civil. Corresponde, en consecuencia, tener por desistido el presente recurso. Es mi voto.

A la segunda cuestión planteada, la Dra. Pucheta de Correa dijo: El Tribunal de Cuentas 1ª Sala, por Acuerdo y Sentencia N° 1 de fecha 27 de febrero de 2009, resolvió: “RESUELVE: 1) No hacer lugar a la presente demanda contencioso administrativa promovida por Clínica Radiológica Iribas Sociedad Simple contra providencias de fechas 05 de octubre de 2005 y 27 de febrero de 2006, dictadas por el Vice Ministro de Tributación y en consecuencia; 2) Confirmar los actos administrativos impugnados, conforme a los fundamentos expuestos en el Considerando de la presente Resolución; 3) Imponer las costas a la actora”.

Que, antes de entrar a auscultar el fondo de la cuestión planteada, debo previamente examinar si la fundamentación del Recurso de Apelación presentado por el accionante en contra de la precitada Sentencia llena los recaudos exigidos por el art. 419 del CPC para su consideración. En ese orden de cosas, visualizo que el recurrente a lo largo de su expresión de agravios trató de demostrar que su mandante no es contribuyente del Impuesto a la Renta de Actividades Comerciales, Industriales y de Servicios (IRACIS), centrándose única y exclusivamente en este punto toda su argumentación. No hizo la menor referencia al razonamiento principal esgrimado por el Tribunal inferior para desestimar la presente demanda, el cual consistió en que la providencia recurrida por la demandante emitida por el Viceministro de Tributación, no son resoluciones

administrativas propiamente dichas, sino decisiones de mero trámites. Consecuentemente, según el A-quem, al no agotarse la instancia administrativa de conformidad a lo dispuesto por el artículo 3° de la Ley 1462/35, la presente demanda no podía prosperar.

Que, ante el panorama descrito en el párrafo anterior, surge como meridiana claridad que el escrito de fundamentación del recurso de apelación desplegado ante esta instancia por el Abog. Cayo Alberto Busto Coeffier, no reúne los requisitos exigidos por el mencionado artículo para su consideración. En efecto, digo que no confluyen los recaudos para su estudio, pues el apelante ha omitido expresamente hacer un análisis razonado de la conclusión principal a la que arribó la resolución impugnada para desestimar la acción formulada. Ni siquiera esbozó alguna presentación de rebatir ese argumento, menos aún para considerar a la sentencia atacada, injusta o viciada. Es decir, que el nombrado profesional en el memorial presentado ha obviado referirse al basamento jurídico principal en el que se asienta la resolución de marras, con lo cual implícitamente está admitiendo el error en el que se incurrió al plantear esta demanda sin agotar previamente las vías administrativas que tenía a su alcance.

Que, la doctrina sobre la materia plasmada en el art. 419 del CPC señala que el escrito de expresión de agravios debe penetrar en los fundamentos y concretar los errores que a su juicio ella contiene, de los cuales se derivan los agravios que se reclaman. También debe constar en dicho escrito, en forma clara y detallada, los motivos que ha tenido para estimar injusto el fallo recurrido. Estas previsiones evidentemente no se han materializado en el escrito del representante legal de la parte actora.

Que, en vista de lo expuesto precedentemente, no resta otra alternativa que declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por el abog. Cayo Alberto Bustos Coeffier en contra del Acuerdo y Sentencia N° 1 de fecha 27 de febrero de 2009, emitido por el Tribunal de Cuentas Primera Sala, debiendo esta causa ser devuelta a una instancia inferior. Es mi voto.

A su turno, el ministro Sindulfo Blanco dijo: La parte recurrente—actora de la presente litis— expresa del análisis de la nulidad concedida. Ante la inobservancia de vicios que ameriten su pronunciamiento de oficio, conforme el art. 113 del CPC, corresponde tenérselo por desistido del mismo. Es mi voto.

A la segunda cuestión planteada, el doctor Sindulfo Blanco prosiguió diciendo: La actora apeló la sentencia obrante a fojas 274/292 de autos, que des-

estimó la pretensión de la demandante, y cataloga esta como agravio, alegando que con el decisorio previsto legalmente. Hace el distingo correspondiente entre las sociedades indicadas por el artículo 2° de la Ley 125/92, para el Impuesto a la Renta a las Actividades Comerciales, Industriales y de Servicios, que omite a las sociedades simples, y que grava a éstas, el Impuesto a la Renta de Servicios de Carácter Personal, previsto en la Ley 2.421/04. La postura fiscal de gravar a este tipo de sociedad con IRACIS (libro de la Ley 125) y nuevamente con la IRP (la Ley 2.421/04) implicaría un caso de doble imposición. Como siguiente cuestionamiento al fallo en crisis, la autoridad tributaria en ningún momento sindicó a la actividad cumplida por la “Clínica Radiológica Iribas Sociedad Simple” como incidida por el ya citado artículo 2° de la Ley 125/92, pretendiendo imponerle la obligación solamente por el hecho de constituir una sociedad. En el acta de intervención del personal interviniente no se reclama el adeudo de este tributo, como tampoco es requerida la inscripción de la clínica como contribuyente del mismo. Respecto a los certificados de no ser contribuyentes del IRACIS, expedidos a favor de la clínica actora por la propia autoridad tributaria, pretenden ser desvirtuadas, al ser señalado por la Abogacía del Tesoro Como producto de un error de la administración “debido a la falsa declaración del sujeto que cumple la actividad. Finalizar indicando que el decisor de grado, al igual que la administración tributaria toda, entiende que la totalidad de las sociedades, incluidas las sociedades simples, están gravadas por el Impuesto a la Renta de Actividades Comerciales, Industriales y de Servicios, aparte a la situación apuntada fue obviada a la fiscalización por los ejercicios fiscales 1996 al 2000, según nota de la administración tributaria N° 230/01, sin que en la oportunidad le sea reclamado el pago del IRACIS, para años después, por Nota N° 9/07, y por notas vinculantes, manifiesta el representante del Ministerio de Hacienda que las sociedades simples son contribuyentes del Impuesto a la Renta Personal y no del IRACIS. Solicita la procedencia del recurso de apelación interpuesto contra el fallo apelado revocándolo.

Contestación de la parte apelada. Básicamente se ciñe a responder la fundamentación del recurso de la acción en que la demanda fue promovida contra providencia de mero trámite, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 3° de la Ley 1462/35, y como segundo argumento –la “exoneración “ del impuesto a la Renta para Sociedades simples– se ajusta a la orden legal establecido por la Ley 125/92, ratificada por su modificatoria la Ley 2421/04. Respecto al último

de los fundamentos, y tras la transcripción de varios artículos de la norma tributada y la reglamentación de esta, sostiene que independientemente a la escritura de constitución de la clínica fiscalizada, esta debe verse incidida por el Impuesto a la Renta, fundado en el principio de la realidad económica, previsto en el artículo 247 de la ley 125/92, y que daba la organización funcional aporte capital-trabajo, la demandante es contribuyente, por resultar una sociedad que realiza servicios no personales, por lo que debe reponer la conducta evasora de la misma, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudiese derivar del hecho, por lo que sostiene que el Acuerdo y Sentencia N° 1/2009, dictado por el Tribunal de Cuentas, Primera Sala debe ser confirmado con costas.

Análisis jurídico del caso. A fin de hacer un reexamen al decisorio apelado, y a fin de mantener el orden secuencial de las cuestiones planteadas por las partes contendientes, tenemos que fue sostenido por la representación fiscal la falta de acusación de estado, tanto en la instancia de grado como ante este colegiado revisor, el incumplimiento del artículo 3° de la Ley 1.462/35, por resultar atacada en autos providencias de mero trámites.

El planteamiento mentado, nos remite al Capítulo X de la Ley 125, específicamente a su artículo 234, que prevé el recurso de reconsideración o reposición ante la Subsecretaría de Estado de Tributación. El citado artículo dispone: “el recurso de reconsideración o reposición podrá interponerse dentro del plazo perentorio de diez (10) días hábiles, computados a partir del día siguiente de la fecha en que se notificó la resolución que se recurre. Será interpuesto ante el órgano que dictó la resolución que se impugna, y el mismo será quien deberá pronunciarse...”. Cumplida la interposición de referido recurso administrativo, el artículo 23 del mismo cuerpo normativo, habilita la interposición de la demanda contencioso-administrativa contra lo resuelto, vencido el plazo para hacerlo contra la denegatoria tácita del recurso.

No fue discutida la interposición de dicho recurso previo para la interposición de la presente demanda ante el fuero de lo contencioso, sin embargo fue alegado que en el caso de autos fue atacada una providencia de mero trámite, y no una resolución administrativa, por lo que no se hallaba expedida la instancia administrativa.

La norma tributaria hace referencia a que es recurrible la “resolución” a partir del noticiamiento de la misma. En materia procesal, sin prever el procedimiento tributario un trámite disímil, debe ser entendida por “resolución” toda

decisión o fallo de un órgano administrativo o judicial, pudiendo ésta ser una sentencia definitiva, interlocutoria o una providencia. Siguiendo al clásico jurista Francesco Carnelutti, tenemos que para impugnar basta el solo interés, y la obtención de un resultado adverso a la pretensión en un sumario administrativo ante la autoridad administrativa determina la lesión o el agravio para el administrado que peticiona.

A lo dicho, agregó que la providencia atacada en autos, ponía fin al trámite sumarial cumplido ante la Subsecretaría de Estado de Tributación, dependencia del Ministerio De Hacienda, por lo que no constituyen providencias de mero trámite, como infundadamente lo sostuviera el Tribunal de Cuentas al momento de sentenciar. Debo resaltar que no es este el primer juicio del fuero de lo contencioso-administrativo tramitado ante esta sala penal, en el que resultan atacados proveídos del ente referido. Proveídos, dicho sea de paso, que señala claramente que el subsecretario de Estado de Tributación hizo “suyo el dictamen que antecede”, con lo cual la voluntad de administración tributaria quedó expresada como definitiva de la instancia, habilitado con ello la etapa procesal subsiguiente, que es la promoción del juicio contencioso-administrativo ante el Tribunal de Cuentas.

Respecto al aspecto subjetivo de la Clínica Radiológica Iribas Soc. Simple como sujeto incidido por el Impuesto a la Renta de Actividades Comerciales, Industriales y de Servicios, queda en claro que la misma constituye una sociedad simple, conforme lo acreditara con la copia autenticada del acta de constitución, inscriptas en los Registros Públicos, obrante a fojas 5/8 del Tomo I del expediente judicial, y como lo reconociera expresamente la Abogacía del Tesoro al fundamentar el presente recurso.

Es sabido que este tipo de sociedades no están incididas por el Impuesto de Renta, prevista en el Libro I de la Ley 125/92 (IRACIS), no así, lo están por el Impuesto a la Renta del Servicio de Carácter Personal (IRP) conforme al artículo 3° de la Ley 2.421/04. Cabe precisar que este último tributo, tras su largo estudio, no ha sido aún puesto en vigencia por el Poder Legislativo, por lo que no resulta aplicable.

La no afectación de las sociedades simples por el Impuesto a la Renta (IRACIS) actualmente vigente obedece a la naturaleza misma de la sociedad, según se desprende del artículo 1013 del Código Civil. Que dispone: “será considerada comercial a) la actividad encaminada a la producción de bienes o ser-

vicios; b) la actividad intermediaria en la circulación de bienes servicios; c) el transporte en cualquier de sus formas; y d) cualquier actividad calificada como tal por la Ley del Comerciante”. Al respecto, la Ley 1.034/83 “Del Comerciante” considera comerciantes a: a) las personas que realizan profesionalmente actos de comercio, y b) las sociedades que tengan por objeto principal la realización de actos de comercio (vide artículo 3 °).

No fue acreditado que la actividad de la Clínica Radiológica Iribas se encuadre a las condiciones previstas por la Ley del Comerciante, es decir, que la clínica de referencia ejerza actividades comerciales y, sin embargo, fue suficientemente acreditado que los socios componentes de dicha sociedad simple ejercen sus profesiones en la misma.

El Decreto N° 6.805/05 “por el cual se reglamenta el impuesto al valor agregado establecido en la Ley N° 125/91, con la redacción dada por la Ley N° 2421/2004” establece en su artículo 4° servicios “a los efectos del numeral 2) del art. 78 de la ley se considera servicios la acción o prestación que una persona física o una entidad realiza para otra, en forma gratuita o percibiendo a cambio un precio, interés, prima, comisión o cualquier otra forma de remuneración. Se encuentran comprometidos entre ellos los servicios tales como: a) el ejercicio de profesiones universitarias y artes. Sea de manera directa y/o a través de sociedades simples constituidas para prestar tales servicios o asesorías por medio de dichas entidades”.

En las condiciones expuestas, la presentación de que la clínica fiscalizada explotaba actividades comerciales, resulta contraria a la regla según la cual, en materia impositiva, los actos ilícitos – salvo los que conforme a texto legal prueba en contra – no son presumidos, por lo que deben ser probados, debiendo ser acreditados en la medida en que pueda ser razonablemente inferido de la prueba de los hechos positivos, pues de lo contrario, se obligaría a la parte a una prueba diabólica que llevaría a resultado improbables o imposibles. En el contrato de sociedad simple que nos ocupa, no se hace referencia a la hipótesis de reparto de utilidades. Correspondía a la administración tributaria acreditar tal extremo, y, no lo hizo. En la duda –art. 248, ley N° 125/92–. Debe estarse a favor del contribuyente, por lo que es improcedente la aplicación de la interpretación de la realidad económica, art. 247 de la Ley N° 125/92.

Por las consideraciones apuntadas, y atendiendo a las disposiciones normativas señaladas, voto por la procedencia del presente recurso, debiendo ser

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

revocado el acuerdo y sentencia N° 01 de fecha 27 de febrero de 2009 dictada por el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, y los actos administrativos impugnados, las providencias de fecha 05 de octubre de 2005, y de fecha 27 de febrero de 2006, respectivamente, ambas dictadas por el Viceministro de Tributación. En cuanto a las costas, deben ser impuestas por su orden porque la resolución del presente caso requirió interpretación legal, fundado en el artículo 193 del CPC. Es mi voto.

A su turno, el ministro Miguel Oscar Bajac Albertini manifiesta que se adhiere al voto que antecede, por los mismos fundamentos.

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

Visto: los méritos del acuerdo que antecede, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal,

RESUELVE: 1) Tener por desistido del recurso de nulidad interpuesto; 2) revocar el Acuerdo y Sentencia N° 01 de fecha 27 de febrero de 2009, dictada por el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, y a los actos administrativos impugnados, las providencias de fecha 05 de octubre de 2005, y de fecha 27 de febrero de 2006 respectivamente, ambas dictadas por el viceministro de Tributación, conforme los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución; 3) imponer, las costas por su orden; 4) anotar, notificar y archivar

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

Ante mí: Héctor Fabián Escobar Díaz . Secretario Judicial.

TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL

AUTO INTERLOCUTORIO N° 598

NOTIFICACIÓN. Notificación por cédula. INCIDENTE. Incidente de nulidad.

El interlocutorio atacado es de aquellas que se notifican por cédula y esta afirmación se encuentra sustentada en que el incidente, de prosperar, podría poner fin al proceso, por lo que su resolución debe ser notificada, independientemente de lo resuelto, en la manera señalada (Cédula), por lo que puede considerarse que la resolución se encuentre entre las situaciones previstas en el Art. 133 del CPC, por lo que corresponde hacer lugar a la queja por denegación de recursos.

TApel. Civ. y Com. Sala 1. 22-09-10. “Queja por apelación denegada interpuesta por el Abog. Patrick Humbert en el expte.: Jean Pierre Victor Claude Brouillet c. Rancho California S.A. s. Nulidad de Asamblea” (A.I. N° 598).

Asunción, 22 de setiembre de 2010

VISTO: El recurso de queja por apelación denegada interpuesto por el abogado Patrick Humbert.

CONSIDERANDO: Opinión del magistrado Dr. Óscar Augusto Paiva Valdovinos: Que para la procedencia de la queja, deben considerarse tres requisitos: 1) Que la resolución que se pretende impugnar sea recurrible, 2) Que los recursos interpuestos contra la misma haya sido interpuestos en tiempo y forma, y 3) Que la queja sea planteada dentro del plazo previsto en la Ley Procesal.

Que uno de los requisitos absolutamente indispensable para que el recurso de queja planteado sea acogido favorablemente por esta Alzada, es que la reso-

lución contra la cual se han interpuestos los recursos que fueron denegados sea recurrible y que el recurso haya sido interpuesto en plazo para hacerlo, por cuanto, en caso contrario, si la resolución impugnada no es susceptible de recursos o fue interpuesto extemporáneamente, la denegatoria del inferior no podría ser cuestionada por vía del recursos de queja.

Revisadas y analizadas las constancias del expediente elevado a esta Magistratura se tiene que, para resolver el presente caso, se debe precisar si la resolución en cuestión es susceptible de impugnación por medio de los recursos de Apelación y nulidad.

En dicho sentido se debe señalar que ha sido objetos de apelación un interlocutorio en el que se resuelve una excepción de prescripción instaurado como de previo y especial pronunciamiento. Dicha resolución se es apelable conforme a lo dispuesto por el Art. 231 del CPC, que expresamente establece la apelabilidad del mismo.

En cuanto al segundo requisito, debe estudiarse si el recuso fue interpuesto en tiempo. El referido interlocutorio es de aquellos que se notifican por cédula y esta afirmación se encuentra sustentada en que el incidente, de prosperar, podría poner fin al proceso, por lo que su resolución debe ser notificada, independientemente de lo resuelto, en la manera señalada (Cédula), por lo que puede considerarse que la resolución se encuentre entre las situaciones previstas en el Art. 133 del CPC. Habiéndose notificado por cédula, se tiene que la citada resolución ha quedado notificado en fecha 17 de junio de 2009, por lo que el recurrente tenía tiempo de apelar hasta el día 23 de junio de 2009, interponiendo los recursos recién en fecha 17 de junio de 2009, por lo que los mismos (recursos) han sido interpuestos dentro del plazo procesal.

Por último, cabe señalar que el presente recurso también ha sido interpuesto en forma oportuna.

En tales condiciones y por las razones expresadas, corresponde hacer lugar a la queja que por denegación de recursos que fuera promovida por el abogado Patrick Humbert.

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

Opinión del magistrado Dr. Marcos Riera Hunter: El recurrente interpone el recurso de queja por recursos denegados fundado en que el Juez de Primera

Instancia en lo Civil y Comercial de Cuarto Turno, por providencia de fecha 24 de junio de 2009, resolvió no ha lugar a los recursos de apelación y nulidad interpuestos contra el A.I. N° 661 de fecha 26 de mayo de 2009 por extemporáneos. Asimismo, manifiesta el recurrente que el mismo ha sido notificado mediante cédula de notificación en fecha 16 de junio de 2009 del A.I. arriba mencionado, y que en fecha 17 de junio de 2009 interpuso los recursos de apelación y nulidad contra la citada resolución, alegando que los recursos fueron interpuestos dentro del plazo de ley.

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

Revisadas las constancias de estos autos de queja, y también los autos principales, se Advierte que el A.I. N° 661 de fecha 26 de mayo 2009 es una resolución recurrible, y que la Queja fue interpuesta en tiempo y forma.

Ahora bien, según su naturaleza, el A.I. N° 661 de fecha 26 de mayo de 2009, se notifica por automática, conforme lo dispone el Art. 131 del Código Procesal Civil, ya que dicha Resolución no se encuentra dentro de lo dispuesto por el Art. 133 del mencionado cuerpo legal. Sin embargo, el Art 133 del código de Rito en su inciso “g” reza: “Será notificado por cédula en el domicilio del interesado las siguientes resoluciones...”. “La primera providencias que se dicte después que un expediente haya estado paralizado o fuera de Secretaría por más de tres meses”. Por lo tanto, el Art. 661 de fecha 26 de mayo de 2009, es de aquellas resoluciones que deben ser notificadas por cédula, ya que, según las constancias de autos, la misma fue dictada cuatro meses después que el expediente haya estado paralizado a efectos de la providencia de fecha 01 de diciembre de 2008, que llama a autos para resolver, por lo que al notificársele al recurrente mediante cédula de notificación en fecha 16 de junio de 2009, y al interponer el mismo en fecha 17 de junio de 2009 los recursos de apelación y nulidad contra el A.I. N° 199 de fecha 26 de mayo de 2009, los interpone en debido tiempo y forma.

En consecuencia, al concurrir todos los requisitos esenciales para la procedencia de la queja, corresponde que el Tribunal haga lugar al presente recurso de queja por recursos denegados interpuesto por el abogado Patrick Humbert y,

por consiguiente, conceda los recursos de apelación y nulidad interpuestos contra el A.I. N° 661 de fecha 26 de mayo del 2009, en relación y con efectos suspensivos.

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

RESUELVE: Hacer lugar, al recurso de queja planteado por el abogado Patrick Humbert Contra el Auto Interlocutorio de fecha 26 de mayo de 2009 por extemporáneo, conforme se consigna en el exordio de la presente resolución. Anotar, registrar y remitir copia a la corte Suprema de Justicia.

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

Ante mí: Arnaldo Martínez Rozzano. Actuario.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 612

Cuestión debatida: Corresponde, en primer término, a la luz de las constancias de los autos, determinar el domicilio en el cual debían cursarse o diligenciarse las cédulas de notificaciones en relación a la incidentista.

NOTIFICACIÓN. Notificación en domicilio distinto. Efectos de la notificación. INCIDENTE. Incidente de nulidad.

En el caso, la incidentista ha llegado a tomar conocimiento de la existencia del juicio ejecutivo conforme se desprende de la cédula que se encuentra agregada a autos. Si bien dicha cédula no ha sido dirigida a la misma, el instrumento notificadorio fue recibido por la hoy incidentista, quien, incluso, llegó a firmar la cédula en prueba de la recepción, consignado en el acta del ujier, por lo que, al no haber negado dicha firma, la incidentista debió haber promovido el incidente de nulidad dentro del plazo de cinco días hábiles desde que ha tomado conocimiento del acto procesal viciado o irregular, conforme lo impone el artículo 114 del Código Procesal, lo que no ha hecho, consintiendo de esta suerte las actuaciones procesales de este juicio.

TApel. Civ. y Com. Sala 1. 27-09-10. “Claudia Cyra María Pedrozo Bogado c. Grupo Tecnológico Sudamericano S.A. y otros s. Ejecución Hipotecaria” (A.I. N° 612)

Asunción, 27 de septiembre de 2010.

VISTOS: Los recursos de apelación y nulidad interpuestos contra el A.I. N° 858 del 30 de mayo del 2008 (fs. 110), dictado por S.S el Sr. Juez de Primera Instancia en lo civil y Comercial de la Capital del Segundo Turno, y ;

CONSIDERANDO: Por el auto recurrido el Juzgado de Primera instancia resolvió rechazar, con costas, el Incidente de Nulidad interpuesto por la Sra. Beatriz Sienra de García de Zúñiga, por Improcedente. Contra la citada resolución se alza la parte recurrente en los términos del escrito de fs. 122 de estos autos.

Recursos de Nulidad. Opinión del magistrado Dr. Marcos Riera Hunter: La parte recurrente no fundamentó el recurso de nulidad, sino únicamente el de apelación, razón por la cual no existiendo, por lo demás, vicios o defectos en el auto en alzada que impongan al Tribunal el deber de declarar la nulidad de oficio, corresponde que el referido recurso sea declarado desierto.

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

Recurso de Apelación. Opinión del magistrado Dr. Marcos Riera Hunter: De las constancias de estos autos se desprende que una de las partes demandada, la Sra. Beatriz de García de Zúñiga, promovió un incidente de nulidad de actuaciones, fundada en que nunca fue notificada de las actuaciones y resoluciones en este proceso, puesto que, según lo expresa, las cédulas de notificaciones no han sido diligenciadas en su domicilio real, ubicado en Tte. Rivas N° 1.433. Agrega que, a causa de la irregularidad procesal así configurada, ha caído en estado de indefensión, lo que le ha privado, consiguientemente, de la posibilidad de oponer contra la ejecución la excepción de inhabilidad de título, puesto que, al respecto, señala que ella (la incidentada) no ha asumido obligación alguna a título personal (deuda de niega), sino como representante de la firma también demandada, Grupo Tecnológico Sudamericano S.A. Corresponde, en primer término, a la luz de las constancias de los autos, determinar cuál es el domicilio en el cual debían ser cursadas o diligenciadas las cédulas de notificaciones en relación a la incidentista. Al respecto, del contrato hipotecario de fs. 10 y sgtes. surge que la parte actora constituyó domicilio en la casa de la Avda. José Félix Bogado esquina Caballero Alvarez de esta Capital, en tanto que los Sres. Enri-

que García de Zúñiga y Beatriz Sienra de García de Zúñiga constituyeron domicilio en la casa N° 1.585 de la calle Luis Alberto de Herrera de esta Capital. En la misma escritura hipotecaria se consignan tres extremos o elementos de juicio importantes: 1) Que las citadas personas nombradas en último lugar (incluyendo a la hoy incidentista) comparecieron en representación de la firma denominada Grupo Tecnológico Sudamericano S.A.; 2) Que esta misma persona se ha constituido en deudores solidarios de la obligación hipotecaria asumida por la firma Grupo Tecnológico Sudamericano S.A., suscribiendo una prueba de conformidad a la misma escritura y los pagarés correspondientes; 3) Que las “partes” constituyeron domicilios especiales en los lugares señalados en la comparecencia, debiendo entenderse, por tanto, que el concepto de “partes” comprenden tanto la parte actora (Claudia Cyra Pedrozo), como la firma Grupo Tecnológico Sudamericano S.A., y también a los Sres. García de Zúñiga, quienes, como se dijo, asumieron contractualmente la condición de codeudores solidarios de la obligación hipotecaria.

Lo señalado precedentemente indica, por tanto, que el domicilio en el cual debían ser diligenciadas todas las notificaciones dirigidas a la Sra. Beatriz de García de Zúñiga (la incidentista), era el constituido en el mismo contrato hipotecario con carácter o naturaleza especial, es decir, el ubicado en Luis Alberto de Herrera N° 1.585 de esta capital, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62 del Código Civil. De autos no surgen que las cédulas de notificaciones dirigidas a la incidentista le hayan sido cursadas en el citado domicilio especial, sino en otro distinto (el que fue denunciado por la parte actora en el escrito de iniciación de la acción preparatoria), lo que importa una irregularidad o vicio procesal que, sumado al hecho de que la parte incidentista señaló (con derecho o sin él) que a causa de la indefensión dejó de oponer la excepción de inhabilidad de título. Permitiría –en principio– acoger favorablemente la incidencia de nulidad promovida por la incidentista.

No obstante lo precedentemente aseverado, de los autos se desprenden, igualmente, otros elementos de juicio que tienen la virtualidad de modificar por completo las premisas del razonamiento antes desarrollado y, obviamente, el correspondiente juicio conclusivo.

En efecto, es de fundamental importancia destacar que la incidentista ha llegado a tomar conocimiento de la existencia del presente juicio ejecutivo conforme se desprende de la cédula que se encuentra agregada a fs. 35/36 de estos

autos. Si bien dicha cédula no ha sido dirigida a la misma, sino al Sr. Enrique García de Zúñiga, en el domicilio ubicado en Emeterio Miranda N° 2.641, el instrumento notificadorio fue recibido por la hoy incidentista quien, incluso, llegó a firmar la cédula en prueba de la recepción. Así también lo consigna el ujier notificador en el acta correspondiente. Pues bien: la incidentista no ha negado dicha firma, razón por la cual, teniendo en cuenta que por medio de tal cédula llegó a tener conocimiento del presente juicio ejecutivo, debió, en su caso, haber promovido el incidente de nulidad dentro del plazo de cinco días hábiles desde que ha tomado conocimiento del acto procesal viciado o irregular, conforme lo impone el artículo 114 del Código Procesal, lo que no ha hecho, consintiendo de esta suerte las actuaciones procesales de este juicio.

La cédula antes citada fue diligenciada en fecha 14 de noviembre del 2006, en tanto que el incidente fue promovido en fecha 21 de noviembre de 2007, mucho tiempo después de haber vencido el plazo legal previsto en el Código Procesal, se han convalidado, por consentimiento tácito, las irregularidades procesales, por lo que la incidencia promovida deviene extemporánea.

Por los fundamentos expresados, corresponde que el Tribunal confirme, con costas, el Auto en alzada (que rechaza el incidente de nulidad de actuación) por hallarse la decisión Ajustada a derecho.

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

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

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

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

Ante mí: Abog. Arnaldo Martínez Rozzano. Actuario.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 614

Cuestión debatida: El art. 671 del Código Civil establece que el plazo para demandar la nulidad del contrato donde una de las partes haya obtenido una ventaja injustificada o desproporcionada con la que recibe el otro es de dos años. Ahora bien, la cuestión propia de esta excepción en el presente juicio radica en cuál sería el inicio del cómputo del plazo de dos años, es decir, si este comenzaría a partir del contrato privado suscripto entre las partes o desde la escritura pública.

PRESCRIPCIÓN. Plazo para la prescripción. CONTRATO. Cumplimiento de contrato.

La Magistratura considera que el plazo de prescripción debe ser computado, en este caso, desde la fecha de la escritura pública traslativa de dominio por dos razones: 1) Porque ese es el acto jurídico objeto de la presente demanda de nulidad, tal como lo especifica el demandante al contestar la excepción de prescripción. 2) Porque, habiéndose efectuado la transferencia por escritura pública, en cumplimiento del contrato privado, no puede este último instrumento conceptuarse como punto de partida del cómputo de la prescripción, puesto que la convención privada subsumida en la escritura pública.

PRESCRIPCIÓN. Interrupción de la prescripción.

La prescripción recién se interrumpe al momento de ser notificada la demanda, según lo dispone el art. 647 del Código de Civil.

TApel. Civ. y Com. Sala 1. 27-09-10. "Isidro Ferrer Leigue c. Giovanni Stevanato s. Nulidad de Acto Jurídico y otros" (A.I. N° 614).

Asunción, 27 de septiembre de 2010.

CONSIDERANDO: El Juez de primera Instancia resolvió: "HACER LUGAR, con costas, a la excepción de prescripción de la acción, opuesta como artículo de previo y especial pronunciamiento por el señor GIOAVANI STEVANATO y, ejecutoriada que fuere esta resolución, ordenar el archivo del expediente; NOTIFICAR, anotar, registrar y remitir copia a la Excelentísima Corte Suprema De Justicia...".

A fs. 88 de autos, el Abog. Robert Monte Domecq interpuso los recursos de apelación y nulidad contra la citada resolución, fundamentando los mismos a fs. 94/99 de Autos.

Recursos de nulidad. Opinión del magistrado Dr. Marcos Riera Hunter: El recurrente no fundamentó el recurso de nulidad, y no existiendo, por lo demás, vicios o defectos en la resolución en alzada que impongan al Tribunal el deber de declarar la nulidad de oficio, corresponde que el referido recurso se declare desierto.

Opiniones de los magistrados Dres. Linneo Ynsfrán Saldívar y Fremiort Ortiz Pierpaoli: Manifiestan que se adhieren a la opinión del Dr. Marcos Riera Hunter, por compartir sus mismos fundamentos.

Recursos de apelación. Opinión del magistrado Dr. Marcos Riera Hunter: En primer término corresponde analizar los hechos a los efectos de pronunciarse con relación a la resolución en alzada, es decir, si ésta se encuentra ajustada o no a derecho.

En concreto, de las constancias de autos se desprenden que en fecha 26 de octubre del año 2006, el Sr. Stevanato vendió al Sr. Ferrer un inmueble de su propiedad. El precio de la venta quedó fijada en la suma de U\$S 55.0000, habiendo pagado el Sr. Ferrer U\$S 25000 de una vez, saldando los U\$S 30.000 en dos cuotas. En virtud del contrato privado de compra-venta (fs. 56/58) suscripto entre las partes en fecha 26 de octubre de 2006, el vendedor se comprometió a transferir por escritura pública el bien adquirido por el comprador. Recién en fecha 28 de diciembre del 2006 se suscribió el contrato de compra-venta de inmueble, formalizado mediante escritura pública (fs. 16/19). En el mes de noviembre del año 2008, se presentó el Sr. Isidro Ferrer Leigue al Juzgado de Primera Instancia a fin de promover demanda ordinaria de nulidad de acto jurídico por vicio redhibitorio, lesión y resarcimiento de daños y perjuicios, manifestando en el mencionado escrito que el inmueble adquirido contaba con una serie de fallas estructurales, ocasionando un gran perjuicio económico y emocional a Toda su familia. Por providencia de fecha 31 de diciembre del 2008, el a-quo tuvo por iniciada la presente demanda ordinaria y ordeno el traslado de la misma a la parte demandada a fin de que esta la conste en el plazo de ley. En consecuencia, se presentó la parte demandada, con el objeto de oponer excepción de prescripción.

En segundo término, luego de analizar la resolución de hechos que dieron origen al presente juicio, corresponde analizar en el estudio propio de la prescripción. El art. 671 del Código Civil establece que el plazo para demandar la nulidad del contrato donde una de las partes haya obtenido una ventaja injus-

tificada o desproporcionada con la que recibe el otro, es de dos años. Ahora bien, la cuestión propia de esta excepción en el presente juicio radica en cuál sería el inicio del cómputo del plazo de dos años, es decir, si éste comenzaría a partir del contrato privado suscripto entre las partes o desde la escritura pública. La Magistratura considera que el plazo de prescripción debe ser computado, en este caso, desde la fecha de la escritura pública traslativa de dominio por dos razones: 1) Porque ese es el acto jurídico objeto de la presente demanda de nulidad, tal como lo especifica el demandante al contestar la excepción de prescripción a fs 76 de autos; 2) porque, habiéndose efectuado la transferencia por escritura pública, en cumplimiento del contrato privado, no puede este último instrumento conceptuarse como punto de partida del cómputo de la prescripción, puesto que la convención privada subsumida en la escritura pública.

Aclarada la cuestión con relación a qué instrumento inició el cómputo del plazo para la prescripción (que es el de la escritura pública), cabe analizar si se produjo o no la misma. La escritura pública fue suscripta en fecha 28 de diciembre del 2006, momento donde inicia el plazo de 2 años para que se produzca la prescripción. La parte actora promovió demanda en fecha 26 de noviembre del 2008, dictando el-quo el proveído por el cual se tenía por iniciada la presente demanda en fecha 31 de diciembre del 2008. Al momento de proveer el a-quo el escrito de demanda, ya se había producido la prescripción. De igual forma, cabe señalar que la prescripción recién se interrumpe al momento de ser notificada la demanda, según lo dispone el art. 647 del Código de Civil, la cual se efectuó en fecha 24 de febrero del 2009, es decir, transcurrido ya tiempo considerable de haber prescrito el derecho invocado por el actor.

En consecuencia, por tales fundamentos, corresponde que el Tribunal confirme, con costas, el A.I. N° 1.204 de fecha 07 de agosto de 2009 por hallarse el mismo ajustado a derecho.

Opiniones de los magistrados Dres. Linneo Ynsfrán Saldívar y Fremiort Ortiz Pierpaoli: Manifiestan que se adhieren a la opinión del Dr Marcos Riera Hunter, por compartir sus mismos fundamentos.

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

RESUELVE: DECLARAR desierto al recurrente del recurso de nulidad. CONFIRMAR con costas, el A.I. N° 1.204 de fecha 07 de agosto del 2009. ANOTAR registrar y remitir copia a la Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Marcos Riera Hunter, Linneo Ynsfrán Saldívar y Fremiort Ortiz Pierpaoli.

Ante mí: Arnaldo Martínez Rozzano.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 657

CADUCIDAD DE LA INSTANCIA. Procedencia de la caducidad de instancia.

Procedida a la desinsaculación sorteo que correspondió a esta misma sala entender en el mismo, posteriormente fue recibido por esta sala y siendo esta la primera actuación que impulsa el procedimiento en esta instancia luego de haber sido concedidos los recursos por el juzgado de origen, y transcurrido el plazo de seis meses establecidos, corresponde la declaración de la caducidad de los recursos.

TApel. Civ. y Com. Sala 1. 14-10-10. “Saturnino Manuel Cristaldo Benítez c. José Dejesús Rojas Miñarro y María Victoria Herreros de Rojas s. Cumplimiento de contrato y obligación de hacer escritura pública” (A.I. N° 657).

Asunción, 14 de octubre de 2010.

VISTO: El informe elevado por el Sr Actuario Glosado a fs.91 de autos, y;

CONSIDERANDO: Que, según el informe de referencia, el Sr. Actuario manifiesta que los recursos fueron concedidos por providencia de fecha 17 de septiembre de 2009 y remitido a mesa de entrada de segunda instancia en fecha 16 de agosto de 2010 conforme cargo obrante a fs. 89 vlta., habiendo transcurrido el plazo establecido en el Art 172 del C.P.C.

Que, analizadas las constancias de autos surge que, efectivamente, los recursos de apelación y nulidad fueron concedidos por providencia de fecha 17 de septiembre de 2009, el expediente fue recibido en la Mesa de Entrada, Tribunal de Apelación Civil, fecha 16 de agosto de 2010, a los efectos de proceder a la correspondiente desinsaculación, según sorteo correspondiendo a esta Sala entender en el mismo, y, posteriormente, fue recibido por esta alzada también en fecha 16 de agosto de 2010, conforme cargo actuarial obrante a fs. 90 de

autos, siendo esta la primera actuación que impulsa el procedimiento en esta instancia luego de haber sido concedidos los recursos por el juzgado de origen; por lo que ha transcurrido desde la fecha de concesión de los recursos el plazo de seis meses establecido por la ley para que se opere la caducidad en el proceso.

Que, en consecuencia, y de conformidad a lo establecido en el Artículo 172 del CPC, corresponde declarar operada la caducidad de los recursos con costas al recurrente.

POR TANTO, en mérito a lo expuesto, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Capital, Primera Sala;

RESUELVE: DECLARAR operada la caducidad de los recursos. IMPONER las costas al recurrente. NOTIFÍQUESE por cédula. ANOTAR registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia

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

Ante mí: Abog. Arnaldo Martínez Rozzano. Actuario.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 691

NOTIFICACIÓN. Acta de notificación. DERECHO A LA DEFENSA. Violación del derecho a la defensa en juicio.

La cédula de notificación no puede ser impugnada de nulidad con el argumento de que quien recibió la misma no es de conocimiento de los incidentistas, por cuanto que tal extremo no tiene la entidad como para constituir una violación del derecho de defensa de la parte que ha sido notificada. (Voto de la mayoría).

NOTIFICACIÓN. Domicilio para notificar.

Desde el momento en que la vivienda u oficina donde se ha efectuado la diligencia es la del domicilio procesalmente constituido, y no otro, la diligencia ha sido correctamente realizada, ya que se efectuó en el sitio que hoy los incidentistas, indicaron como su domicilio ante Tribunal. (Voto de la mayoría).

NOTIFICACIÓN. Notificación por cédula. INCIDENTE. Incidente de nulidad.

Admitir la incidencia de nulidad sobre la base de un supuesto desconocimiento de la persona que recibió una de las cédulas, y sin que se exprese ningún

reparo con relación a la que se dejó adherida a la puerta sería incurrir en un exceso de ritual manifiesto, extremo erradicado por el derecho que debe ser interpretado y aplicado por la Magistratura conforme el principio de razonabilidad, obviando los criterios que pudieron conducir a conclusiones puramente ritualistas o literales que nada tienen que ver con el derecho de defensa en juicio, por lo que corresponde desestimar liminarmente el incidente de nulidad de actuaciones. (Voto de la mayoría).

PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN. MAGISTRADO. Facultades del magistrado.

Las facultades jurisdiccionales para rechazar liminarmente las peticiones que las partes traen a los estrados de justicia –cuando ella está expresamente autorizada– deben ser interpretadas en general, con criterio restringido, por constituir una restricción al derecho constitucional de peticionar a las autoridades. Además, el rechazo liminar constituye también una excepción al principio general, de bilateralidad del contradictorio, como tal debe ser interpretada restrictivamente. (Voto en disidencia de la Dra. Boungermini).

INCIDENTE. Incidente de nulidad. Prueba.

Aquí se ha hecho argución de falsedad de un acto (notificación) y se ha ofrecido prueba al respecto. El examen del merito o pertinencia de la prueba testimonial ofrecida debe ser efectuado, en su caso, en la oportunidad correspondiente y luego de rendidos los testimonios. En estas condiciones, esta Magistratura no encuentra argumentos que permitan sustentar la manifiesta improcedencia del incidente, y permitan su rechazo in limine, ex art. 184 del Cód. Proc. Civil. Luego, debe sustanciarse la incidencia y, en su caso abrirse a prueba, para resolver con posterioridad –en su oportunidad natural– la procedencia o no de la pretensión nulitiva, en consecuencia, corresponde que el tribunal disponga el traslado a la adversa del incidente de nulidad por todo el plazo de ley. (Voto en disidencia de la Dra. Boungermini).

TApel. Civ. y Com. Sala 1. 21-10-10. “Edgar Clari Agüero c. José Feliz Enciso Belotto y otros s. Acción preparatoria de juicio ejecutivo” (A.I. N° 691).

Asunción, 21 de octubre de 2010

VISTO: El incidente de nulidad de actuaciones planteado por Aquilio Alonzo y Salustiana Romero Gonzalez, por derecho propio y bajo patrocinio de abogado, y;

CONSIDERANDO:

Opinión del magistrado Dr. Óscar Augusto Paiva Valdovinos: Los citados precedentemente promueven incidente de nulidad de actuación contra todas las cédulas practicadas en esta instancia, específicamente sus argumentos contra la cédula de fs. 141 de autos, por la cual se comunicó a los incidentistas el traslado de la fundamentación de los recursos, a fin de que los mismos lo contestaran.

Funda la incidencia en que el recepcionista de dicha cédula, Miguel Darío Vega, es una persona desconocida para los incidentistas y para el abogado patrocinante, ya que no es empleado del estudio jurídico donde se constituyó domicilio, propiedad del abogado Luciano Garrido y como asistente se desempeña el Sr. Ismael Garrido, quien se encuentra en la oficina hasta las 18 hs., de lunes a viernes, por lo que si el abogado no recibe la cédula, solo puede hacerlo el señor Ismael Garrido, y resulta totalmente extraña la aparición de la cédula firmada por el desconocido, agrega que no se han cumplido las normas procesales relativas a las notificaciones por cédula, transcribiendo el Art. 138 del CPC, por cuanto, según refiere, en la cédula que no fue entregada a una persona totalmente extraña, y que además el edificio tiene una administradora y en último caso era a ella a quien debía entregarse la cédula, culmina citando el Art. 144 del CPC, solicitando la nulidad de la Notificación. Finalmente, manifiesta que las irregularidades anotadas le han afectado el Derecho de defensa, por cuanto que se ha visto privado de contestar la fundamentación del recurso.

Del estudio y análisis de las constancias de autos se advierte que los incidentistas, a Fs. 130 de autos, constituyeron domicilio procesal en Cnel. López 871 c/ Dr. Paiva P.A. Ofic. 11, para las notificaciones a ser efectuadas por este tribunal, en razón que el presente expediente se origina en un juzgado situado en la ciudad de San Lorenzo. En este domicilio quedó constituido por providencia de fecha 19 de noviembre de 2009, fs. 130 vuelto. En dicho domicilio se han notificado la providencia de integración del Tribunal, ante la separación de uno de sus miembros naturales, cédula de fs. 137, y la providencia que corre traslado a los incidentistas de la fundamentación presentada por el apelante, fs. 141. Si bien el incidentista dice atacar de nulidad todas las notificaciones, sus argumentos solo se refieren a la cédula de fs. 141, alegando que la persona que, según el acta del Notificador recibió la cédula, es desconocido por los incidentistas, así como por los abogados en cuya oficina se constituyó el mencionado domicilio, de

modo que, al no mencionarse vicio alguno en el diligenciamiento de fs. 137, que según fue adherido a la puerta de la oficina, la conserva íntegramente su validez.

La cédula de fs. 141 no puede ser impugnada de nulidad con el argumento de que quien recibió la misma no es de conocimiento de los incidentistas, por cuanto que tal extremo no tiene la entidad como para constituir una violación del derecho de defensa de la parte que ha sido notificada. Desde el momento en que la vivienda u oficina donde se ha efectuado la diligencia es la del domicilio procesalmente constituido, y no otro, la diligencia ha sido correctamente realizada, ya que se efectuó en el sitio que hoy los incidentistas indicaron como su domicilio ante Tribunal.

Admitir la incidencia de nulidad sobre la base de un supuesto desconocimiento de la persona que recibió una de las cédulas, y sin que se exprese ningún reparo con relación a la que se dejó adherida a la puerta sería incurrir en un exceso de ritual manifiesto, extremo erradicado por el derecho que debe ser interpretado y aplicado por la Magistratura conforme el principio de razonabilidad, obviando los criterios que pudieron conducir a conclusiones puramente ritualista o literales que nada tienen que ver con el derecho de defensa en juicio.

De las consideraciones que han sido anotadas se concluye que en el caso en estudio no existen vicios procesales ni en la cédula de notificación que han notificado la integración del Tribunal, fs. 137, ni la que notificó el traslado para contestar la fundamentación de los recursos, fs. 141, por lo cual la pretensión de la parte incidentista no puede tener acogida favorable, puesto que al no haber vicio de procedimiento, mal puede haber perjuicio que sustenta tal pretensión.

En consecuencia, corresponde que el tribunal desestime liminarmente el incidente de nulidad de actuaciones promovido en estos autos por Aquilino Alonso y Salustiana Romero González, por derecho propio y bajo patrocinio de abogado, por improcedente.

Opinion de la magistrada Valentina Núñez González, manifiesta que se adhiere a la opinión del magistrado Dr. Óscar Augusto Paiva Valdovinos por compartir sus mismos fundamentos.

Opinion de la magistrada Dra. María Mercedes Bougermini Palumbo: Discrepo respetuosamente con el voto de los conjuces que me anteceden.

Entiendo que no corresponde rechazar liminarmente el incidente de nulidad de actuaciones deducido en esta instancia de alzada por los Sres. Aquilino

Alonso y Salustiana Romero (fs. 156/160) En primer lugar, debemos mencionar que la potestad de la Magistratura de rechazar liminarmente los incidentes notoriamente infundados, conforme con lo dispuesto por art. 184 del Cód. Proc. Civil debe ser ejercida con suma prudencia y solo en los casos donde debido a la evidente y palmaria improcedencia del incidente –vgr. Extemporaneidad, ausencia de legitimación, etc.– sería atentatorio contra el principio de economía procesal substanciar una incidencia que, a la postre, sin duda alguna, será desestimada por infundada. La jurisprudencia entiende que las facultades jurisdiccionales para rechazar liminarmente las peticiones que las partes traen a los estrados de justicia cuando ella está expresamente autorizada– deben ser interpretadas en general, con criterio restringido, por constituir una restricción al derecho constitucional de peticionar a las autoridades. Además, el rechazo liminar constituye también una excepción al principio general, de bilateralidad del contradictorio, como tal debe ser interpretada restrictivamente.

En el caso, los incidentistas impugnan las cédulas de notificación diligenciadas en esta instancia (fs. 137 y 141, respectivamente), aduciendo la falsedad de las mismas “dado que nunca fueron diligenciados en el domicilio constituido” (sic. fs. 156). En relación con la cédula de notificación de fs. 141, que comunica el proveído por el cual el Tribunal corre traslado a los Sres. Aquilino Alonso y Salustiana Romero del escrito de fundamentación de recursos presentado por el apelante, manifiestan que la persona que recibió la cédula, “un tal Miguel Darío Vega”, es desconocido por los mismos y su abogado patrocinante, ya que no es empleado ni miembro del Estudio Jurídico donde se constituyó el domicilio. Señalar que el propietario del estudio jurídico es el Abog. Luciano Garrido, y como asistente del mismo se desempeña el Sr. Ismael Garrido, quien se encuentra en la oficina de lunes a viernes hasta las diez y ocho horas, por lo que –según los mismos– si el abogado propietario no recibe la notificación la única persona que puede recibir las notificaciones es el Sr. Ismael Garrido y, en este caso, ninguna de las dos personas han tenido conocimiento de las existencias de dicha cédula: Manifiestan asimismo que su abogado patrocinante diariamente recibe cédulas de notificación en dicha oficina, donde también se desempeña como abogado, por lo que entienden que resulta totalmente extraña la aparición de la cédula firmada por el desconocido. Invocan, igualmente el art. 138 del Cód. Proc. Civil que regula la entrega de la cédula a persona distinta, disposición normativa que, entienden, fue violentada.

Como puede advertirse, los incidentistas invocan como causal de nulidad de falta de diligenciamiento de las cédulas de notificación de fs. 137 y 141, fundamenta esta alegación en que las constancias que obran en las actas respectivas labradas por el ujier no se corresponden con la realidad y en la violación de lo preceptuado por el Art. 138 del Cód. Proc. Civil que regula la entrega de la cedula de notificación a persona distinta a quien va dirigida. No discuten el lugar del domicilio donde se dirigieran las cédulas impugnadas, ni el sujeto al cual van dirigidas.

Los incidentistas ofrecen como prueba en sustento de sus afirmaciones, amén de las instrumentales obrantes en el expediente, la declaración testifical de los Sres. Ismael Garrido y el Abog. Luciano Garrido Benítez. Vale decir, aquí se ha hecho argución de falsedad de un acto y se ha ofrecido prueba al respecto. El examen del mérito o pertinencia de la prueba testimonial ofrecida debe ser efectuado, en su caso, en la oportunidad correspondiente y luego de rendidos los testimonios. En estas condiciones, esta Magistratura no encuentra argumentos que permitan sustentar la manifiesta improcedencia del incidente, y permitan su rechazo in limine, ex art. 184 del Cód. Proc. Civil. Luego, debe sustanciarse la incidencia y, en su caso abrirse a prueba, para resolver con posterioridad –en su oportunidad natural– la procedencia o no de la pretensión nulitiva.

En consecuencia, corresponde que el tribunal disponga el traslado a la adversa del incidente de nulidad por todo el plazo de ley.

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

RESUELVE: DESESTIMAR liminarmente el incidente de nulidad de actuaciones promovido por Aquilino Alonso y Salustiana Romero Gonzalez, por derecho propio y bajo patrocinio de abogado, por improcedente. ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Ma. Mercedes Boungermini Palumbo, Óscar A. Paiva Valdovinos y Valentina Núñez González.

Ante mí: Arnaldo Martínez Rozzano.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 692

Cuestión debatida: Entrando al estudio de la presente regulación, observamos que el apelante cuestiona, principalmente, el porcentaje aplicado por el A quo para regular los honorarios profesionales del peticionante, por lo que corresponde analizar la justicia del fallo con respecto a esta cuestión.

REGULACIÓN DE HONORARIOS. Regulación de honorarios judiciales. CADUCIDAD DE INSTANCIA.

Estando en presencia de una regulación de honorarios por trabajos realizados en un incidente de caducidad de instancia, y teniendo en cuenta que la perención en este caso no extingue la acción, la que puede ser ejercida, nuevamente, por el accionante, debe aplicarse el porcentaje máximo previsto en el artículo 22 de la ley de aranceles, es decir: el 25%, que corresponde al peticionante por los trabajos realizados en primera instancia en el incidente.

Tapel. Civ. y Com. Sala 1. 22-10-10. "Regulación de honorarios profesionales del abogado Hugo A. Villalba Ocampos en el expediente: "Frigorífico San Michele SRL c. B.N.T. s. Resolución de contrato por imprevisión" (A.I. N° 692)

Asunción, 22 de octubre de 2010

VISTO: Los recursos de apelación y nulidad interpuestos a fojas 8, por el abogado Miguel Angel González Casabianca, en representación de la firma Frigorífico San Michelle S.R.L., contra el A.I. N° 2136 de fecha 20 de diciembre de 2005, dictado por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Tercer Turno; y,

CONSIDERANDO: Con el fallo alzado se resolvió: "I. REGULAR, los honorarios profesionales del abogado Hugo A. Villalba Ocampos, por los trabajos realizados en los autos: "Frigorífico San Michelle S.R.L C/ B.N.T S/ resolución de contrato por imprevisión", en su doble carácter de abogado y procurador, dejándolos establecidos en las sumas de guaraníes sesenta y cuatro millones doscientos mil (Gs. 64.200.000) en carácter de abogado y en la suma de guaraníes treinta y dos millones cien mil (Gs. 32.100.000) en carácter de Procurador. A ambos rubros hay sumarles el 10% en concepto del Impuesto al Valor Agregado correspondiente en este concepto las sumas de guaraníes seis millones cuatrocientos veinte mil (Gs. 6.420.000) y guaraníes tres millones doscientos diez mil (Gs. 3.210.000), respectivamente.

II. ANÓTESE, regístrese, notifíquese y remítase copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia.

En cuanto al recurso de nulidad. Opinión del magistrado Dr. Óscar Augusto Paiva Valdovinos: el recurrente no fundó este recurso, y como no se observan vicios formales en el fallo alzado que ameriten el tratamiento de la nulidad de oficio, Corresponde admitir el desistimiento presentado.

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

En cuanto al recurso de apelación. Opinión del magistrado Dr. Óscar Augusto Paiva Valdovinos: el abogado Miguel Ángel González Casabianca, en representación de la firma Frigorífico San Michelle S.R.L., se alzó contra la resolución recurrida y fundamentó el recurso de apelación en los términos del escrito glosado a fojas 11/13. Sus argumentos se resumen en los siguientes puntos: (1) El razonamiento del A-quo carece de todo fundamento tomando en cuenta las constancias de autos ya que la caducidad de instancia en este expediente se produce antes que el accionando conteste la demanda. (2) El artículo 179 del CPC es claro al establecer que la caducidad de la instancia no extingue la acción, la que podrá ejercer en un nuevo juicio, cuestión que no se tuvo en cuenta al regularse los honorarios en este juicio. (3) Por estas razones, dice el apelante, corresponde aplicar lo que establece el artículo 22 de la Ley 1.376/88, concordante con el artículo 21 de la citada ley. El apelante finaliza su presentación solicitando al Tribunal la modificación del auto-interlocutorio apelado, dejando establecido los honorarios en la suma que corresponda en derecho.

El abogado peticionante, Hugo A. Villalba Ocampos, a fojas 14/15 de autos, contestó el traslado de la fundamentación de la apelación, contravirtiendo las afirmaciones del apelante. Peticionó la confirmación del auto-interlocutorio recurrido.

Entrando al estudio de la presente regulación, observamos que el apelante cuestiona, principalmente, el porcentaje aplicado por el A-quo para regular los honorarios profesionales del peticionante, por lo que corresponde analizar la justicia del fallo con respecto a esta cuestión.

Del análisis de las constancias obrantes en los autos principales, surge que el abogado Hugo A. Villalba Ocampos ha actuado como abogado patrocinante y procurador de la parte demandada en los autos principales (fs. 161/162), toman-

do intervención y solicitando caducidad de instancia a estos autos. Por A.I. N° 2094 de fecha 24 de octubre de 2001, el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Tercer Turno resolvió no hacer lugar a la petición de caducidad, siendo objeto de recursos y este Tribunal, por A.I. N° 628 de fecha 13 de diciembre de 2004, ha resuelto revocar dicho fallo, con costas, por lo que se ajusta plenamente a derecho la petición de sus honorarios profesionales por los trabajos realizados en Primera Instancia.

En cuanto al monto sobre el cual debería calcularse el porcentaje de los honorarios profesionales, cabe referir que el mismo no fue objeto de controversia, puesto que ambas partes lo consintieron. Por tanto, corresponde tomar como base, para el justiprecio de los honorarios del peticionante, el monto de la demanda, el que asciende a Gs 1.070.000.000. Tomando como base el monto mencionado, corresponde aplicar el mínimo del 5% por la labor de patrocinio, conforme lo dispone el artículo 32 de la Ley 1.376/88, más el 50% para el carácter de procurador, según lo dispuesto por el artículo 25 de la misma ley, obteniéndose así el monto de guaraníes ochenta millones doscientos cincuenta mil (Gs. 80.250.000).

Sin embargo, estamos en presencia de una regulación de honorarios por trabajos realizados en un incidente de caducidad de instancia, y teniendo en cuenta que la perención en este caso no extingue la acción, la que puede ser ejercida nuevamente, por el accionante, debe aplicarse el porcentaje máximo previsto en el artículo 22 de la ley de aranceles, es decir: el 25%, lo que nos da finalmente la cantidad de guaraníes veinte millones sesenta y dos mil quinientos mil (Gs. 20.062.500.-), que corresponde al patrocinio por los trabajos realizados en Primera Instancia, en el incidente. A esta suma se debe agregar el diez por ciento (10%) que corresponde al pago del Impuesto al Valor Agregado, aplicando lo dispuesto por Acordada N° 337 de fecha 24 de noviembre de 2004 de la Excma. Corte Suprema de Justicia que es de guaraníes dos millones seis mil doscientos cincuenta (Gs. 2.006.250).

De lo expuesto precedentemente, llegamos a la conclusión de que el fallo en revisión no se encuentra ajustado a derecho, debiendo, por tanto, ser retasados los honorarios del abogado Hugo Villalba en la suma señalada más arriba.

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

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

RESUELVE: Declarar desierto el recurso de nulidad. Modificar el A.I. N° 2.136 de fecha 20 de diciembre de 2005, dictado por el juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Tercer Turno, y, en consecuencia, retasar los honorarios profesionales del abogado Hugo A. Villalba Ocampos, por los trabajos realizados en el juicio principal, en el incidente de caducidad, como patrocinante y procurador de la parte demandada, en suma de guaraníes veinte millones sesenta y dos mil quinientos mil (Gs 20.062.500), más la suma de guaraníes dos millones seis mil docientos cincuenta (Gs. 2.00.250), correspondiente al impuesto al Valor Agregado. ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

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

Ante mí: Abog. Arnaldo Martínez Rozzano. Actuario.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 710

INCIDENTE. Incidente de nulidad. HIPOTECA. Cancelaciones de inscripciones hipotecarias.

En el caso, la parte incidentista promovió el incidente de nulidad de actuaciones e Interpuso igualmente recursos contra la resolución que aprobó el remate, solicitó la liberación del inmueble y la extinción de la obligación, peticionando el finiquito del juicio. Sin embargo, el Juzgado, por el auto recurrido, dispuso la revocatoria del citado interlocutorio, ordenó el levantamiento de las medidas cautelares y rechazó la liquidación presentada por el ejecutante, con lo cual se atribuyó facultades privativas y exclusivas del Tribunal de Apelación, dado que solo la Magistratura de segunda instancia tiene competencia para resolver respecto de este tipo de Resolución, por no ser de mero trámite.

INCIDENTE. Incidente de nulidad.

La incidentista pide la nulidad desde el escrito de liquidación. Pero, tal actuación y la providencia respectiva (por la cual se corre traslado de la liquidación presentada) no infringen normas procesales, puesto que la mera substan-

ciación o tramitación de una cuestión incidental no puede constituir nunca motivo suficiente de nulidad procesal.

Tapel. Civ. y Com. Sala 1. 25-10-10. “Rogelio Cadogan Gauto c. Juana Pabla Franco s/ Ejecución Hipotecaria” (A.I. N° 710)

Asunción, 25 de octubre de 2010.

VISTO: Los recursos de apelación y nulidad interpuestos contra el A.I. N° 1014 de Fecha 18 de agosto de 2006, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Segundo Turno, y ;

CONSIDERANDO: Que por el referido Auto Interlocutorio la Jueza a-quo dispuso: “HACER LUGAR al Incidente de nulidad de actuaciones planteado por la parte ejecutada, Sra. Juana Pabla Franco Castelvi, a partir de la foja 129 en adelante, y en consecuencia revocar el A.I. 667 de fecha 14 de julio de 2006, disponiendo la liberación del bien inmueble individualizado como Finca N° 11349 del Distrito de Mariano Roque Alonso, compuesto por dos lotes de terreno individualizados como Lote N° 6, con Cta. Cte. Ctral. N° 27-0348-02. Superficie: trescientos sesenta metros cuadrados (360 m²), y lote 18, con cta. Ctral N° 27 – 0348-14, superficie. Trescientos m² (300 m²), de la manzana dos propiedad de la demandada, Sra. Juana Pabla Franco. Aprobar la liquidación de capital e intereses en estos Autos y, en consecuencia, dejarla establecida en la suma de guaraníes Doscientos Sesenta y Cinco millones quinientos dos mil veinte y dos (Gs. 265.502.022), sobre la base de lo expuesto en el exordio de la presente resolución...”.

En cuanto al recurso de nulidad. Opinión del magistrado Dr. Óscar Augusto Paiva Valdovinos: El abogado Carlos Saucedo ha desistido del presente recurso, no obstante, este Tribunal en virtud de las facultades que le son reconocidas, debe analizar el fallo en cuestión en lo que se refiere a su validez, y en dicho sentido se tiene que corresponde declarar la nulidad del auto recurrido porque el Juzgado incurrió en incongruencia al pronunciarse respecto de cuestiones que no han sido planteadas y ha omitido otras que sí lo fueron.

En efecto, la parte incidentista promovió el incidente de nulidad de actuaciones e interpuso igualmente recursos contra el A.I. N° 667 (que aprobó el remate), solicitó la liberación del inmueble y la extinción de la obligación, peticionando, finalmente, el finiquito del juicio. Sin embargo, el Juzgado, por el auto

recurrido, dispuso la revocatoria del citado interlocutorio, ordenó el levantamiento de las medidas cautelares y rechazó la liquidación presentada por el ejecutante.

Particularmente grave ha sido la decisión del A-quo de revocar una resolución (A.I. 667, de aprobación del remate) que, por no ser de mero trámite, no podía revocar, atribuyéndose de esta manera facultades privativas y exclusivas del Tribunal de Apelación, dado que solo la Magistratura de segunda instancia tiene competencia para resolver respecto de este tipo de Resolución.

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

En cuanto al recurso de apelación. Opinión del magistrado Dr. Óscar Augusto Paiva Valdovinos: Dada la forma como ha sido resuelta la primera cuestión, se hace innecesario, además de imposible, el estudio de la segunda cuestión planteada por cuanto que, como resuelta obvio, no es posible revisar por vía de apelación una Sentencia que ha sido declarada nula.

Y el magistrado Dr. Óscar Augusto Paiva Valdovinos prosiguió diciendo: Habiéndose declarado la nulidad de la sentencia en alzada corresponde que el Tribunal, en cumplimiento de lo dispuesto en artículo 406 del CPC resuelva la cuestión de fondo y dice, en consecuencia, la resolución que fuere pertinente en reemplazo de la que ha sido objeto de declaración de nulidad.

De autos surge que la demandada promovió incidente de nulidad de las actuaciones llevadas a cabo en el presente expediente a partir de las fs. 129 y al mismo tiempo interponer recursos de apelación y nulidad contra el A.I. N° 667 de fecha 14 de julio de 2006, señala como argumento para sustentar el incidente el hecho de haber abonado el monto del capital y los gastos de justicia señalados por el A-quo y en virtud del cual éste no debía dictar el auto por el cual se aprueba el remate.

En tal sentido se advierte desde el inicio que la incidencia es improcedente, por no existir vicios procesales que pudieran provocar el pronunciamiento de nulidad en estos autos.

La incidentista pide la nulidad desde fs. 129. Es decir, desde el escrito de liquidación. Pero, tal actuación y la providencia respectiva (por la cual se corre traslado de la liquidación presentada) no infringen normas procesales, puesto que la mera substanciación o tramitación de una cuestión incidental no puede constituir nunca motivo suficiente de nulidad procesal.

El pedido de intervención de la adjudicataria a fs. 132 carece de cargo actuarial firmado, razón por la cual no puede considerarse como presentado formalmente. Luego se encuentra, fs. 133, el incidente de nulidad que es objeto de estudio. Como se ve, no existen vicios procesales, lo que existe es un incidente de liberación del inmueble subastado que no ha sido objeto de trámite incidental con la parte actora y con la adjudicataria, substanciación que se encuentra pendiente.

Por otra parte, también se encuentra pendiente el pronunciamiento en relación a los recursos interpuestos en la instancia inferior contra el A.I. N° 667 que aprobó la subasta, cuestiones que deben ser atendidas en la instancia inferior, y no en la alzada.

Corresponde, por tanto, rechazar, con costas, el incidente de nulidad de actuaciones por improcedente, sin perjuicio de disponer que el Juzgado que sigue en turno dé trámite al incidente de liberación del inmueble subastado en la forma que ha sido indicada y, oportunamente, se pronuncie respecto de los recursos contra el interlocutorio que aprobó la subasta.

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

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

RESUELVE: Declarar la nulidad de la sentencia en alzada. No hacer lugar, con costas, al incidente de nulidad de actuación por improcedente, sin perjuicio de disponer que el Juzgado que sigue en turno dé trámite al incidente de liberación de inmueble subastado en forma que ha sido indicada y, oportunamente, se pronuncie respecto de los recursos contra el interlocutorio que aprobó la subasta. Anotar, registrar y remitir copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Óscar Paiva Valdovinos, Marcos Riera Hunter y Valentina Núñez González

Ante mí: Arnaldo Martínez Rozzano. Actuario.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 717

REGULACIÓN DE HONORARIOS. Regulación de honorarios judiciales. MEDIDAS CAUTELARES.

Para la regulación de honorarios del abogado que ha patrocinado diligencias en primera instancia para la promoción de demanda de privación de eficacia, el trabajo realizado debe ser considerado como una medida precautoria, por analogía, dado que los efectos regulatorios, no existe disposición específica.

REGULACIÓN DE HONORARIOS. Regulación de honorarios judiciales. MEDIDAS CAUTELARES. CHEQUE.

El juicio de privación de eficacia no fue terminado, pues no consta que se haya dictado resolución, por lo que resulta aplicable el Art. 28 segundo párrafo de la ley de aranceles de abogados. A su vez, en vez de tenerse en cuenta lo dispuesto en el Art. 36, que estipula que corresponde regular en la tercera parte del principal y atendiendo a la calidad y extensión del trabajo, y a que se está aplicando por analogía la disposición precedente, aplicar el cinco por ciento (5%) sobre el monto del cheque extraviado, que es el monto que se pretende asegurar.

TApel. Civ. y Com. Sala 1. 25-10-10. “Regulación de honorarios del abogado Ignacio Pane en el juicio: Industrias Metalúrgicas C.F.S.A. s. Privación de eficacia” (A.I. N° 717).

Asunción. 25 de octubre de 2010.

VISTOS: Los recursos de apelación y nulidad contra el A.I. N°929 de fecha 08 de junio de 2007, dictado por el juzgado de primera instancia en lo Civil y Comercial del Cuarto Turno, y;

CONSIDERANDO: Por el auto recurrido el juzgado resolvió “... REGULAR los honorarios del abogado Ignacio Pane, en carácter de patrocinante de la entidad “Industrias Metalúrgicas C.F. S.A., por los trabajos realizados en el juicio caratulado: “Industrias Metalúrgicas C.F. S.A. S/ Privación de Eficacia. N° 378; Año 2004”, dejándolos fijados en la suma de guaraníes cuatro millones ochocientos treinta (Gs. 4.830.000)...”. Contra el citado interlocutorio se alza del abogado Jorge Pane Zárate en representación de la firma Industrial Metalúrgica C.F. S.A., impugnándolo en los términos del escrito de fs. 08/09 de autos.

En cuanto al recurso de nulidad. Opinión del magistrado Dr. Óscar

Augusto Paiva Valdovinos: El recurrente ha fundamentado estos recursos. Pero, analizada la naturaleza de sus agravios, se observa que los mismos son objetos de estudio del recurso de apelación. No existiendo, por lo demás, vicios o defectos en el auto en alzada que impongan al Tribunal el deber de declarar la nulidad de oficio, corresponde que el referido recurso sea desestimado.

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

En cuanto al recurso de apelación. Opinión del magistrado Dr. Óscar Augusto Paiva Valdovinos: El recurrente se agravia porque el inferior regula los honorarios del abogado Ignacio Pane en carácter de Abogado Patrocinante ya que, a su criterio, solo él ha realizado trabajos en los autos principales y que, el hecho de que aparezca la firma del abogado Ignacio Pane no significa que el mismo haya trabajado a favor de la firma Industrias Metalúrgicas C.F. S.A.

Asimismo, el recurrente se agravia por el monto fijado por el A-quo al regular los honorarios profesionales del abogado Ignacio Pane en razón a que, considera, el juicio de privación de eficacia de un cheque es una acción unilateral y no controversial y además que el Juzgado no ha dictado resolución alguna y los únicos pasos realizados en el juicio principal son la petición y la publicación de edicto.

En cuanto a los artículos y el porcentaje utilizado por el inferior, manifestó que el mismo no debió tomar los artículos 21, 25, 26, 32 de la Ley 1376/88, sino el artículo 36 de la citada Ley porque la acción se solicitó como medida preventiva y cautelar. Por todos estos motivos, el abogado Jorge Pane solicita que se retase el monto fijado por el A.I. N° 929, de acuerdo a lo establecido en el artículo 36 de la ley de honorarios.

A fs. 12/13, el abogado Ignacio Pane contesta el traslado que le fuera corrido solicitando que se confirme la resolución apelada. En cuanto a los otros agravios vertidos por el mismo, se debe aclarar que dichas manifestaciones brindadas por el citado profesional son cuestiones personales y, por lo tanto, no pueden ser objetos de estudio, ya que no hacen a la litis.

De las constancias de autos y concretamente en lo relativo a la participación y trabajo profesional del abogado Ignacio Pane, cuyos honorarios han sido regulados en Primera Instancia y cuestionados a través del presente recurso,

surge que el profesional, efectivamente, actuó en el carácter de abogado patrocinante.

De las situaciones de hecho que deben ser tenidas en cuenta para la correspondiente regulación, teniendo el principal a la vista, se tiene que, el abogado Ignacio Pane no fue apoderado ni representante en el expediente principal; ha patrocinado diligencias en el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Cuarto Turno, para la promoción de la demanda de privación de eficacia y que, la misma debe ser considerada como una medida precautoria, por analogía, dado que a los efectos regulatorios, no existe disposición específica.

Sobre dicha base es que debe justipreciarse la labor profesional del abogado Ignacio Pane y es así que se advierte que, el citado profesional ha realizado su trabajo profesional en el carácter de Abogado Patrocinante. En el caso subexámine se tiene que el A-quo aplicó los Arts. 21, 25, 26 y 32 de la Ley de Aranceles de Honorarios Profesionales de Abogados y Procuradores.

Entonces, deben ser analizadas las normas utilizadas por el inferior para justificar su resolución, a los efectos de determinar si fueron bien aplicadas.

En dicho sentido, se tiene que el abogado Ignacio Pane ha solicitado la regulación de sus honorarios, como consecuencia del trabajo realizado en el expediente: “Industrias Metalúrgicas C.F.S.A. s/ Privación de Eficacia”.

El trabajo del profesional, a ser valorado a los efectos de su regulación, constituye la privación de eficacia planteada, con el que ha conseguido, en su carácter de patrocinante, la publicación de la iniciación de dicha acción, la cual versa sobre un cheque extraviado, librado a la orden de “al portador”, a fin de evitar la eficacia del mismo.

Es así que, a los efectos de la estimación de los honorarios, debe ser establecido, previamente, el monto sobre el cual será realizada la regulación. Con relación a dicho aspecto, debe tenerse en consideración el monto fijado en el cheque extraviado (Gs. 69.000.000), ya que es el monto pretendía asegurar.

Ahora bien, una vez establecido el monto sobre el cual se realizará la estimación de los honorarios, deben ser analizada la estimación realizada por el A-quo y es así, que el mismo ha publicado los artículos 21, 25, 26 y 32 de la ley de aranceles profesionales. Estos no pueden ser aplicados, y en ese sentido deben realizarse algunas disquisiciones.

La acción promovida en el juicio principal debe ser considerada como una medida cautelar a los efectos regulatorios, puesto que fue tramitada de manera

autónoma, con el objetivo de evitar el cobro de un cheque extraviado, por terceros.

El juicio no fue terminado, pues no consta que se haya dictado resolución, por lo que resulta aplicable el Art. 28, segundo párrafo, de la Ley de Aranceles. A su vez, en vez de tenerse en cuenta lo dispuesto en el Art. 36, que estipula que corresponde regular en la tercera parte del principal y atendiendo a la calidad y extensión del trabajo, y a que se está aplicando por analogía la disposición precedente, aplicar el cinco por ciento (5%) sobre el monto arriba fijado.

Por lo que, en atención a lo antes expuesto, este miembro entiende que no fueron bien aplicadas las normas por el inferior, debiendo ser la resolución modificada en cuanto lo tasado, debiendo regularse, en el carácter de Abogado Patrocinante, la suma de guaraníes quinientos setenta y cinco mil (Gs. 575.000), más el 10% en concepto de IVA.

Opinion de la magistrada Valentina Núñez González: Manifiesta que se adhiere a la opinión vertida por el magistrado Dr. Óscar Paiva Valdovinos, por compartir sus mismos fundamentos.

Opinión del magistrado Dr. Marcos Riera Hunter: Aplicando al monto de Gs. 69.000.000 a las normas contenidas en los artículos 21, 25, 28, 32 y 36 de la Ley de Honorarios y Aranceles de Abogados y Procuradores N° 1.376/88, corresponde justipreciar los honorarios del abogado Ignacio A. Pane en la suma de Gs. 1.380.000, más el diez por ciento (10%) en concepto de IVA, por las actuaciones cumplidas en la instancia inferior como patrocinante.

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

RESUELVE: Desestimar el recurso de nulidad. Revocar el A.I. N° 929 de fecha 08 de junio de 2007, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Cuarto Turno y en consecuencia retasar los honorarios profesionales del abogado Ignacio Pane en el carácter de Abogado Patrocinante, la suma de guaraníes quinientos setenta y cinco mil (Gs. 575.000), más el 10% en concepto de IVA. Anotar, registrar y remitir copia de la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Óscar Paiva Valdovinos, Marcos Riera Hunter y Valentina Núñez González

Ante mí: Arnaldo Martínez Rozzano. Actuario.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 720

EXCEPCIÓN. Irrecurribilidad de la excepción.

La resolución que resuelve desestimar la excepción previa lo hace, precisamente, por no ser manifiesta, en cuyo caso la decisión deviene irrecorrible de conformidad al art. 231 del CPC.

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.

Habida cuenta que el Juzgado se pronunció respecto de todas y cada una de las cuestiones planteadas, por lo que en modo alguno puede conceptuarse que se ha incurrido en el vicio de incongruencia.

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA. PRESCRIPCIÓN. Excepción de prescripción.

Resulta claro que, en relación a la misma cuestión planteada (excepción de prescripción), no pueden imponerse las costas en el orden causado y, al mismo tiempo, a la parte excepcionante que ha sido vencida en dicha excepción, tal forma de pronunciamiento importa, pues, una contradicción lógico-normativa que, a su vez, configura un vicio de forma o de índole estructural que se enmarca en las previsiones del artículo 404 del CPC y que tiene la virtualidad de provocar la invalidación de los pronunciamientos contradictorios.

RECURSO DE NULIDAD. Recurso de nulidad contra sentencia definitiva.

Dada la forma como ha sido resuelto el recurso de nulidad, se hace innecesario el estudio de la apelación respecto de la materia que ha sido objeto de nulidad, por cuanto que, como es muy obvio, no puede estudiarse por vía de apelación (revisión) una decisión que ha sido declarada nula. Tal cuestión deberá ser objeto de tratamiento, en su caso, por la vía de lo dispuesto en el artículo 406 del CPC, sin perjuicio de que la Magistratura analice por vía del recurso de apelación las demás decisiones contenidas en los apartados segundo (arraigo), tercero (prescripción) y quinto (cosa juzgada).

EXCEPCIÓN DE ARRAIGO.

En cuanto a la excepción de arraigo es necesario señalar que, en este caso particular, la parte actora se encuentra exonerada de prestar caución alguna por el hecho de domiciliarse en el extranjero (República Federativa del Brasil) por disponerlo así el Protocolo de Las Leñas, aprobado por Ley N° 270 del año 1.993 artículo 4.

EXCEPCION DE ARRAIGO. PROTOCOLO DE LAS LEÑAS.

El Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, más conocido como el Protocolo de Las Leñas, rige para los Estados de la Argentina, del Brasil, del Paraguay y del Uruguay y, en este caso, la parte actora, que es una firma comercial residente en el Brasil, demanda por nulidad de marca y por cancelación de no uso a dos personas (físicas) residentes en el Paraguay, razón por la cual el privilegio determinado en el Protocolo de Las Leñas es aplicable en beneficio de la parte actora.

EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN.

Los argumentos sostenidos por el recurrente en relación a que la parte actora no es una persona jurídica, o que no ha acreditado serlo, guardan relación específica con la excepción de falta de personería legislada en el artículo 224, inc. “b”, del CPC (falta de capacidad civil para estar en juicio), defensa que no ha sido opuesta en la instancia inferior y que, por ello, no puede ser introducida por primera vez en la Alzada cuyo pronunciamiento debe observar rigurosamente la norma contenida en el artículo 420 del CPC, que legisla el principio de congruencia para la Alzada.

MAGISTRADO. Facultades del magistrado.

El Tribunal no puede pronunciar el Derecho respecto de cuestiones que no han sido planteadas en la instancia inferior puesto que, de hacerlo, infringiría el artículo 420 del CPC.

PRESCRIPCIÓN. Excepción de prescripción.

La prescripción como excepción previa solamente puede ser admitida cuando fuese posible admitirla como de puro derecho, siendo improcedente si para el pronunciamiento respectivo fuese necesaria la producción de pruebas. Esto es, precisamente, lo que acontece en el caso de autos: la determinación de si la marca que se pretende anular ha sido registrada con buena o mala fe constituye un extremo que, sin duda, exige actividad probatoria, razón por la cual, al no poder determinarse aquel extremo como de puro derecho, la defensa en cuestión resulta improcedente como previa.

COSA JUZGADA. Excepción de cosa juzgada. EXCEPCIÓN DE LITISPENDENCIA.

Para la admisión de la excepción de cosa juzgada debe concurrir –al igual que en la excepción de litispendencia– la triple identidad de sujeto, objeto y

causa, con la única diferencia que en la litispendencia existen en trámite dos procesos vivos jurídicamente, en tanto que en la cosa juzgada uno de los juicios ha concluido por sentencia judicial firme o ejecutoriada.

COSA JUZGADA. Excepción de cosa juzgada.

La cosa juzgada supone un pronunciamiento judicial definitivo y firme que impide que la misma cuestión planteada pueda ser renovada judicialmente con posterioridad por ninguna de las partes.

TApel. Civ. y Com. Sala 1. 25-10-10. “Zoomp Confeccoes Ltda. C. Alfredo Sosa Samudio y Miguel Angel Yudis s. Nulidad y Cancelación por el no uso de un registro N° 192.899 de fecha 10 de junio de 1997 en la clase 25” (A.I.N° 720)

Asunción, 25 de noviembre de 2.010.

VISTOS: Los recursos de apelación y nulidad interpuestos contra el A.I. N° 66 del 19 de febrero del 2007 (fs. 242), dictado por S.S. el Sr. Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de la Capital del Undécimo Turno, y;

CONSIDERANDO: Por el auto en recurso el Juez de Primera Instancia resolvió: “NO HACER LUGAR, con costas, a las excepción de falta de acción como de previo y especial pronunciamiento deducida por el Abog. Óscar Luis Tuma en representación de Alfredo Enrique Sosa Samudio y Miguel Angel Yudis, por no considerarla este Juzgado manifiesta, sin perjuicio que la misma sea tenida en cuenta por el Juzgado en el momento de dictar sentencia definitiva, de conformidad al art. 224 inc. c) del CPC, por los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución; NO HACER LUGAR, con costas, a las excepción de arraigo deducida por el Abog. Óscar Luis Tuma en representación de Alfredo Enrique Sosa Samudio y Miguel Angel Yudis, por los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución; No hacer lugar, con costas, a las excepción de prescripción deducida por el Abog. Óscar Luis Tuma en representación de Alfredo Enrique Sosa Samudio y Miguel Angel Yudis, por no considerarla este Juzgado manifiesta, sin perjuicio de que el demandado pueda hacerla valer en la contestación de la demanda como medio general de defensa de conformidad a lo dispuesto en el art. 233 del CPC, por los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución; Imponer las costas en el orden causado con respecto a las excepciones de falta de acción y prescripción; No hacer lugar, con costas, a las excepción de cosa juzgada deducida por el Abog. Óscar Luis

Tuma en representación de Alfredo Enrique Sosa Samudio y Miguel Angel Yudis, por los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución; ANOTAR,...”. Contra la citada resolución se alza la parte recurrente en los términos del escrito de fs. 254 de estos autos.

Análisis de admisibilidad de los recursos. Opinión del magistrado Dr. Marcos Riera Hunter: Antes que nada, corresponde que el Tribunal analice si los recursos han sido correctamente concedidos. En tal sentido, se advierte que el Juzgado resolvió, en el apartado primero del auto recurrido, desestimar la excepción de falta de acción que había sido opuesta por la parte demandada como de previo y especial pronunciamiento. Tal resolución debe ser juzgada como irrecurrible por cuanto que, como ha sido sostenido con reiteración por esta Magistratura, la resolución que resuelve desestimar la excepción previa lo hace, precisamente, por no ser manifiesta, en cuyo caso la decisión deviene irrecurrible de conformidad con lo dispuesto en el artículo 231 del CPC.

En consecuencia, corresponde que el Tribunal declare mal concedidos los recursos interpuestos en relación al apartado primero de la resolución recurrida.

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

En cuanto al recurso de nulidad. Opinión del magistrado Dr. Marcos Riera Hunter: Sostiene la parte recurrente que la sentencia en grado de alzada es nula por incongruente por cuanto que, según expresa, “en su considerando dice que las costas deben ser impuestas en el orden causado y resuelve rechazar las excepciones con costas” (sic). Sin embargo, en la especie, no existe en rigor el vicio de la incongruencia como entiende el nulidicente. En efecto, la incongruencia implica que el órgano jurisdiccional –violando el principio de congruencia– dicta una resolución que, por omitir cuestiones planteadas, o por conceder más de lo que se pidió, o por conceder materia extraña, se convierte en una resolución citrapetita, o una resolución ultrapetita, o una resolución extrapetita, respectivamente. Pero, en este caso, no se advierten ninguna de tales incongruencias por cuanto que el Juzgado de Primera Instancia se pronunció exactamente respecto de todas –y solamente respecto de ellas– las cuestiones que han sido planteadas como excepciones previas. La parte demandada opuso contra la pretensión de la actora las excepciones de falta de acción, arraigo,

prescripción y cosa juzgada como de previo y especial pronunciamiento. Pues bien: el Juzgado se pronunció respecto de todas y cada una de tales cuestiones, por lo que en modo alguno puede conceptuarse que se ha incurrido en el vicio de incongruencia.

No obstante, independientemente de lo que ha sido señalado, cabe anotar que lo que ha advertido el nulidicente no es el vicio de incongruencia, sino el vicio de incoherencia o de contradicción lógica en la parte resolutive de la resolución recurrida, específicamente en relación al pronunciamiento en materia de costas en la excepción de prescripción.

En efecto, en el apartado tercero del auto recurrido el Juez resuelve rechazar la excepción previa de prescripción, con imposición de las costas al excepcionante, en tanto que en el apartado cuarto resuelve imponer las costas en el orden causado en la excepción de prescripción. Resulta claro que, en relación a la misma cuestión planteada (excepción de prescripción), no pueden imponerse las costas en el orden causado y, al mismo tiempo, a la parte excepcionante que ha sido vencida en dicha excepción. Tal forma de pronunciamiento importa, pues, una contradicción lógico-normativa que, a su vez, configura un vicio de forma o de índole estructural que se enmarca en las previsiones del artículo 404 del CPC y que tiene la virtualidad de provocar la invalidación de los pronunciamientos contradictorios. Lo mismo puede afirmarse en relación a la imposición de costas en la excepción de falta de acción que fue desestimada por el Juzgado en el apartado primero del auto en alzada. En dicho apartado (que quedó firme por haberse declarado mal concedidos los recursos) las costas fueron impuestas al excepcionante, en tanto que en el apartado cuarto las costas –en la misma excepción– fueron impuestas en el orden causado configurándose, nuevamente, otra contradicción lógico-normativa que afecta a la estructura formal del pronunciamiento judicial que se revisa por vía de recurso.

En consecuencia, por los fundamentos expresados, corresponde que el Tribunal resuelva:

- 1) Declarar la nulidad, con costas en esta instancia, de los apartados tercero y cuarto de la resolución recurrida en cuanto resuelven imponer las costas en la excepción de prescripción a la parte excepcionante y, al propio tiempo, en el orden causado.
- 2) Declarar la nulidad del apartado cuarto del auto en alzada en cuanto resuelve imponer las costas en la excepción de falta de acción en el orden causado.

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

En cuanto al recurso de apelación. Opinión del magistrado Dr. Marcos Riera Hunter: Dada la forma como ha sido resuelto el recurso de nulidad, se hace innecesario el estudio de la apelación respecto de la materia que ha sido objeto de nulidad por cuanto que, como es muy obvio, no puede estudiarse por vía de apelación (revisión) una decisión que ha sido declarada nula. Tal cuestión deberá ser objeto de tratamiento, en su caso, por la vía de lo dispuesto en el artículo 406 del CPC, sin perjuicio de que la Magistratura analice por vía del recurso de apelación las decisiones contenidas en los apartados segundo (arraigo), tercero (prescripción) y quinto (cosa juzgada).

En cuanto a la excepción de arraigo es necesario señalar que, en este caso particular, la parte actora se encuentra exonerada de prestar caución alguna por el hecho de domiciliarse en el extranjero (República Federativa del Brasil) por disponerlo así el Protocolo de Las Leñas, aprobado por Ley N° 270 del año 1993, que en su artículo 4 preceptúa textualmente: “Ninguna caución o depósito, cualquiera sea su denominación, podrá ser impuesta en razón de la calidad de ciudadano o residente permanente en otro Estado Parte”. El Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, más conocido como el Protocolo de Las Leñas, rige para los Estados de la Argentina, del Brasil, del Paraguay y del Uruguay y, en este caso, la parte actora, que es una firma comercial residente en el Brasil, demanda por nulidad de marca y por cancelación de no uso a dos personas (físicas) residentes en el Paraguay, razón por la cual el privilegio determinado en el Protocolo de Las Leñas es aplicable en beneficio de la parte actora.

En esta instancia la parte recurrente sostiene que la actora no ha acreditado ser una persona jurídica puesto que, según agrega, los documentos presentados en la instancia inferior son fotocopias sin la legalización correspondiente. La objeción planteada por la apelante es inicialmente importante porque el beneficio de la exoneración de la caución en concepto de arraigo es aplicable solamente respecto de las personas jurídicas. El artículo 4 del Protocolo de Las Leñas, en el citado artículo 4, expresa que: “El párrafo precedente (se refiere a la exoneración de todo depósito o caución) se aplicará a las personas jurídicas constituidas, autorizadas o registradas de acuerdo a las leyes de cualquiera de

los Estados Partes”. Obviamente, si la parte actora no fuese una persona jurídica, como sostiene el apelante, no podría acogerse al beneficio de la exoneración dispuesta en el Protocolo de Las Leñas. Pero, el agravio del recurrente no puede ser admitido por la Magistratura de Alzada por dos razones:

1) Porque el agravio del apelante resulta ser contradictorio con lo sostenido por el mismo en la instancia inferior. En efecto, en esta instancia superior sostiene que la parte actora no es una persona jurídica, o, lo que es lo mismo, que no ha acreditado ser una persona jurídica, pero en la instancia inferior, específicamente a fs. 209, manifiesta que “El actor es una persona jurídica que se encuentra domiciliada en la República Federativa del Brasil, en Rua Vizconde de Taunay N° 349, como lo afirma su representante convencional a fs. 141, o en la República del Brasil en la Avenida Tucunaré N° 222 –barrio Tamboré CEP 06460-020 no Municipio e Comarca de Baruera del Estado de San Paolo, como dice la fotocopia agregada a fs. 125”. Esta manifestación expresa contradice lo sostenido por el apelante en esta instancia configurándose lo que la doctrina denomina violación de la Teoría de los Propios Actos, es decir, incurrir en posiciones incoherentes o contradictorias que, precisamente por serlo, tiene el efecto de ser juzgadas con un sentido negativo a los intereses del litigante incoherente.

2) Porque el agravio que plantea en esta instancia el apelante constituye una cuestión que no ha sido objeto de planteamiento en la instancia inferior. Los argumentos sostenidos por el recurrente en relación a que la parte actora no es una persona jurídica, o que no ha acreditado serlo, guardan relación específica con la excepción de falta de personería legislada en el artículo 224, inc. “b”, del CPC (falta de capacidad civil para estar en juicio), defensa que no ha sido opuesta en la instancia inferior y que, por ello, no puede ser introducida por primera vez en la Alzada cuyo pronunciamiento debe observar rigurosamente la norma contenida en el artículo 420 del CPC, que legisla el principio de congruencia para la Alzada. El Tribunal, por tanto, no puede pronunciar el Derecho respecto de cuestiones que no han sido planteadas en la instancia inferior puesto que, de hacerlo, infringiría el citado artículo 420 del CPC.

Por lo demás, a lo dicho cabe agregar que se encuentra agregado a los autos (fs. 3) el testimonio de poder presentado por abogado convencional de la parte accionante, instrumento que ha sido otorgado en el Brasil, de acuerdo con las leyes vigentes en dicho País, y que ha sido legalizado conforme a Derecho. En dicho testimonio de poder (traducido y legalizado) se identifican los nombres de

las personas que, en su carácter de representantes legales de la firma accionante, han suscripto dicho instrumento a favor del abogado que se presentó a promover la presente demanda ordinaria.

La excepción de arraigo, por tanto, deviene improcedente de acuerdo con el Derecho.

En cuanto a la excepción de prescripción manifiesta el apelante que la presente acción de nulidad ha prescripto porque su mandante (la parte demandada) tiene inscrita la marca desde el año 1985 y, sin embargo, la acción de nulidad se promovió en el año 2001, habiendo vencido el plazo de cinco años que establece el artículo 55 de la Ley N° 1.294. Ahora bien, como alega la parte accionante y apelada en esta instancia, el mismo artículo 55 citado establece que “la acción de nulidad no prescribirá cuando se haya actuado de mala fe o el registro obtenido constituya un acto nulo”, y, en el caso, precisamente, la parte actora promovió la demanda de nulidad fundada en que la marca inscrita por la demandada se registró en transgresión a las normas legales apropiándose ilícitamente de una marca extranjera ajena, lo que supone afirmar la mala fe que, conforme con la ley, no permitiría la prescripción de la acción. Como es sabido, la prescripción como excepción previa solamente puede ser admitida cuando fuese posible admitirla como de puro derecho, siendo improcedente si para el pronunciamiento respectivo fuese necesaria la producción de pruebas. Esto es, precisamente, lo que acontece en el caso de autos: la determinación de si la marca que se pretende anular ha sido registrada con buena o mala fe constituye un extremo que, sin duda, exige actividad probatoria, razón por la cual, al no poder determinarse aquel extremo como de puro derecho, la defensa en cuestión resulta improcedente como previa.

Es por tales razones que también la excepción previa de prescripción debe ser desestimada por la Magistratura, sin perjuicio de que la parte actora la promueva nuevamente al contestar la demanda como medio general de defensa de conformidad con lo dispuesto en el artículo 233, del Código Procesal Civil.

Por último, en cuanto concierne a la cosa juzgada, tal defensa se presenta también como improcedente. En efecto, para la admisión de la excepción de cosa juzgada debe concurrir –al igual que en la excepción de litispendencia– la triple identidad de sujeto, objeto y causa, con la única diferencia que en la litispendencia existen en trámite dos procesos vivos jurídicamente, en tanto que en la cosa juzgada uno de los juicios ha concluido por sentencia judicial firme o ejecutoria-

da. La cosa juzgada supone, pues, un pronunciamiento judicial definitivo y firme que impide que la misma cuestión planteada pueda ser renovada judicialmente con posterioridad por ninguna de las partes. La parte excepcionante sostiene que, en la especie, existe cosa juzgada porque la firma hoy accionante había planteado ante la Dirección de la Propiedad Industrial la nulidad de la marca ZOOMP, que en este juicio ordinario se pretende anular, siendo rechazada la pretensión por resolución del Ministerio de Industria y Comercio, la cual, cuestionada por la vía del contencioso-administrativo, fue confirmada por el Tribunal de Cuentas, cuya resolución, a su vez, fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia.

Sin embargo, la misma relación efectuada por el apelante pone de manifiesto la improcedencia de la excepción previa de cosa juzgada por cuanto que resulta muy claro que la resolución que quedó firme y ejecutoriada es una resolución administrativa y no una resolución judicial. La cosa juzgada como excepción opera solamente tratándose de resoluciones firmes de carácter judicial. Pero, en el caso, no existe una sentencia judicial firme y ejecutoriada sobre la cuestión que hoy es objeto de tratamiento, sino que lo que existe es una resolución de naturaleza administrativa, que fue confirmada por sentencias judiciales, que es muy distinto.

Corresponde, por ende, desestimar también la excepción de cosa juzgada.

En consecuencia, por los fundamentos expuestos, siendo improcedentes las defensas previas opuestas por la parte demandada, corresponde que el Tribunal resuelva:

1) Confirmar los apartados segundo, tercero y quinto de la resolución en alzada en cuanto resuelven rechazar las excepciones de arraigo, prescripción y cosa juzgada opuestas por la parte demandada como de previo y especial pronunciamiento.

2) Revocar los apartados segundo, tercero y quinto de la resolución recurrida en cuanto resuelven: imponer las costas en relación a cada excepción previa que ha sido opuesta, por cuanto que no se tratan de incidentes tramitados en forma independiente. Es por ello, por lo que corresponde que dicho accesorio en Primera Instancia sea impuesto globalmente a la parte vencida, es decir, a la demandada y excepcionante.

3) Asimismo, corresponde imponer las costas en esta instancia a la parte vencida, demandada y excepcionante.

Y el magistrado Dr. Marcos Riera Hunter prosiguió diciendo: Habiéndose declarado la nulidad de la resolución recurrida en la parte que impone las costas en las excepciones de prescripción y de falta de acción a la parte vencida y, al mismo tiempo, en el orden causado (apartados tercero y cuarto), correspondería que el Tribunal, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 406 del CPC, resuelva la cuestión accesoria y, en consecuencia, dicte la resolución que fuese pertinente en reemplazo de la que ha sido objeto de anulación.

No obstante, en este caso particular, la normativa del artículo 406 del CPC ya no resulta aplicable por cuanto que, como se indicó al tratar del recurso de apelación, no corresponde imponer las costas para cada excepción individualmente considerada, sino en forma global según corresponda conforme el Derecho. Considerando que la Magistratura de Alzada ha resuelto confirmar la resolución recurrida en cuanto resuelve desestimar las excepciones previas de arraigo, prescripción y cosa juzgada, las costas de Primera Instancia deben ser soportadas por la parte perdidosa (la demandada y excepcionante), tal como efectivamente se resolvió, por lo que, ante tal pronunciamiento, se torna innecesario que el Tribunal se pronuncie nuevamente en relación específica a las costas en la excepción de prescripción. Tampoco respecto de la excepción de falta de acción resuelta en el apartado primero del auto recurrido, el cual quedó firme por haberse declarado mal concedidos los recursos.

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

RESUELVE: Declarar mal concedidos los recursos interpuestos en relación al apartado primero de la resolución recurrida por el cual se resuelve desestimar la excepción previa de falta de acción. Declarar la nulidad, con costas en esta instancia, de los apartados tercero y cuarto del auto recurrido en cuanto resuelven imponer en la excepción de prescripción las costas a la parte excepcionante y perdidosa y, al mismo tiempo, en el orden causado. Declarar la nulidad del apartado cuarto de la resolución recurrida en cuanto resuelve imponer las costas en el orden causado en la excepción de falta de acción. Confirmar los apartados segundo, tercero y quinto del auto en alzada en cuanto resuelven rechazar las excepciones de arraigo, prescripción y cosa juzgada opuestas por la parte demandada como de previo y especial pronunciamiento. Revocar los apartados segundo, tercero y quinto del auto apelado en cuanto resuelven imponer

las costas en relación a cada excepción previa que ha sido opuesta, debiendo imponerse este accesorio en Primera Instancia globalmente a la parte vencida, es decir, a la demandada y excepcionante. Imponer las costas en esta instancia a la parte demandada y excepcionante. Anotar, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Óscar Paiva Valdovinos, Marcos Riera Hunter y Valentina Núñez González

Ante mí: Arnaldo Martínez Rozzano. Actuario.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 743

CADUCIDAD DE LA INSTANCIA

La disposición del art. 174 del CPC es categórica por cuanto desestima toda posibilidad de validación de un juicio caduco, a través de actuaciones posteriores, con intervención o no de las partes y aun mediando acuerdo entre ellas, para proseguir el juicio, que es lo que sostiene la parte recurrida tratando así de justificar el avance indebido del expediente.

CADUCIDAD DE LA INSTANCIA. SENTENCIA. Ejecución de sentencia.

La caducidad de instancia se ha dado, no en la etapa de ejecución de sentencia, como sostiene el A-quo, sino al inicio del juicio, y todas las actuaciones que desembocaron en la supuesta ejecución de sentencia a la que se ha arribado, carecen de validez, por cuanto la instancia, reiteramos, se encontraba caduca, y por consiguiente sin posibilidad de producir actuaciones ni efectos jurídicos válidos.

CADUCIDAD DE LA INSTANCIA. RECURSO DE APELACIÓN.

En consecuencia, si solamente la resolución que declara la caducidad de la instancia es recurrible (norma producto de la interpretación del texto del artículo 178 del CPC), un simple razonamiento “a-contrario sensu” conduce a la elaboración de una norma tácita prohibitiva por la cual se establece implícitamente que la resolución que rechaza la caducidad no es apelable, o, lo que es lo mismo, se prohíbe (no se permite) interponer el recurso de apelación contra el auto que desestima el pedido de caducidad de la instancia. La construcción de

esta norma prohibitiva tácita es posible porque a consecuencia de la interpretación sistemática del artículo 178 del CPC (con los argumentos que sostienen la interpretación) se elabora una norma jurídica procesal que contiene el adverbio de cantidad, o cuantificador lógico, “solamente”, condición suficiente y necesaria para permitir el razonamiento a-contrario sensu en forma válida.

CADUCIDAD DE LA INSTANCIA. RECURSO DE REPOSICIÓN.

El auto que resuelve no hacer lugar al pedido al pedido de declaración de caducidad de instancia debe ser impugnado, en su caso, por la vía del recurso de reposición, puesto que al no ocasionar gravamen irreparable corresponde aplicar el mecanismo legislado en el art. 390 del C.P.C.

TApel. Civ. y Com. Sala 1. 29-10-10. “San Soo RA c. Hey Suk Ra s. Ejecución hipotecaria” (A.I.N° 743).

Asunción, 29 de octubre de 2010.

Y VISTOS: los recursos de apelación y nulidad interpuestos por el abogado Miguel A. Palacios Méndez, representante legal de la Sra. Hey Suk Ra, contra el A.I. N° 1884 de fecha 28 de noviembre de 2008, dictado por el Juez de Primera instancia en lo Civil y Comercial del 12° Turno, y ,

CONSIDERANDO: Que por la resolución recurrida el A-quo había dispuesto: “No hacer lugar al pedido de caducidad formulado por el Abog. Miguel Ángel Palacios Méndez de conformidad a las consideraciones expuestas en el exordio de la presente resolución. Anotar registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Recurso de nulidad. Opinión de la magistrada Valentina Núñez González: Los agravios esgrimidos por el recurrente, no implican propiamente cuestiones que hagan a los vicios en las formas o solemnidades a que hacen relación en el art. 409 del CPC, agravios que pueden ser considerados y resueltos por la vía de la apelación, por lo que corresponde desestimar este recurso. A ello debe agregarse que del análisis de oficio realizado que debe realizar el Tribunal en virtud a las facultades conferidas por la ley, no se observan cuestionamientos que puedan producir la nulidad de la resolución recurrida.

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

Recurso de apelación. Opinión de la magistrada Valentina Núñez González: Reclama el recurrente que el A-quo ha violentado disposiciones claras de la ley, en el sentido que cuando la instancia en un juicio ha perimido produce la extinción de la relación procesal y en consecuencia ningún otro efecto mas puede producir un proceso que ha sido afectado por dicha situación. Agrega que como se puede apreciar de las actuaciones cuestionadas, el a-quo está obligado a declarar en forma oficiosa la caducidad, pese a lo cual el mismo siguió avanzando en el proceso, con la intención de llegar hasta la ejecución de sentencia buscando de esta manera que a través de esta serie de irregularidades, se despoje a su mandante del único bien inmueble, asiento de su domicilio familiar y otras dependencias de sustento de la misma, aún cuando el crédito reclamado en dicho proceso se encuentra totalmente cancelado conforme con la instrumento de fs. 147/149. Señala que la situación que se plantea es clara y resulta de una imposición de la ley, de manera que no existe forma de subsanación como lo entiende el A-quo, porque la disposición del art. 172 del CPC se halla complementada con lo dispuesto en el art. 174 al establece que la figura opera de derecho, por consiguiente nadie puede estar por encima de ella, y en similar sentido expresa el art. 175 del CPC al establecer que la caducidad será declarada de oficio obligando al Secretario a dar cuentas al juez o tribunal respectivo que ha transcurrido el plazo requerido.

Sobre el tiempo transcurrido, menciona que la pretensión de su parte se halla sustentada en las constancias de autos que dan cuenta que entre las actuaciones de fs. 43/44 de fecha 9 de marzo de 2001 y la de fs. 45/46 del 9 de agosto de 2002, han transcurrido 17 meses. No constando en autos que el actuario haya cumplido con su obligación de dar cuentas al Juzgado del transcurso de dicho tiempo. En cuanto a la supuesta subsanación realizada en autos, sostiene que riñe con lo dispuesto en el art. 174 del Código de Procedimientos y considera que la interpretación del A-quo en el sentido que el juicio se encuentra en etapa de ejecución de sentencia por lo cual no cabría la caducidad es errónea y tergiversada, por cuanto que la caducidad se produjo durante las actuaciones en el juicio ejecutivo y no dentro del proceso de ejecución, por todo lo cual, solicita la revocatoria de la resolución recurrida.

Corrido traslado a la otra parte, esta contesta en escrito que va de fs.205/208, sustentando que se han producido en autos una serie de actuaciones como ser incidentes de nulidad, planteados por quien hoy solicita al caducidad, se ha

realizado un subasta aprobada, habiéndose realizado una subrogación también aprobada por el A-quo, vale decir una serie de actuaciones que habrían saneado la situación de caducidad reclamada hoy día por la parte demandada. Agrega que si bien el A-quo reconoce que transcurrió el plazo previsto por la ley, se debe determinar si en este tipo de proceso caduca la instancia o se aplica el art. 176 del CPC, que prohíbe la caducidad en los procesos de ejecución o cumplimiento de sentencia.

Vuelve a mencionar que se han realizado actuaciones en Primera y Segunda instancias con carácter meramente dilatorio y lo aquí resuelto constituye un ejemplo más de ello, por lo que solicita la confirmación de la resolución recurrida y la declaración de litigante de mala fe y de ejercicio abusivo del derecho.

La parte apelante reclama la declaración de caducidad de la instancia que se habría producido con anterioridad a la prosecución de los trámites en el presente juicio, entre las actuaciones obrantes de fs. 43/44 a las de fs. 45/46 y no en etapa de ejecución como señala el Juez interviniente.

Analizando las constancias de autos, se observa que efectivamente el presente juicio se inició y tramitó hasta dictarse el A.I. N° 310 de fecha 5 de marzo de 2001, resolución en virtud de la cual se homologaba un acuerdo al que arribaron la parte actora Lloyds Bank PCI y el Sr. Seung Chan Chang, notificada a Hey Suk Ra, notificada según cédula de fs. 44 de autos de fecha 9 de marzo de 2001. Luego de dicha notificación la siguiente actuación existente en autos es el pedido de reconocimiento de personería y pedido de inscripción de cesión de crédito solicitado por el Sr. Sang Soo Ra, que lleva el cargo sin firma de Actuario de fecha 9 de agosto de 2002, vale decir 17 meses después de la última actuación realizada en el presente juicio.

Evidentemente el plazo establecido en el art. 172 del CPC se hallaba cumplido con creces (casi tres veces más de lo requerido) constituyendo una gravísima falencia del Actuario que se desempeñaba en el cargo en ese entonces no haber elevado el informe correspondiente al titular del Juzgado, haciéndole saber de esta circunstancia a fin de que el mismo declarase la caducidad que correspondía, incumpliendo de esa manera con la obligación impuesta en el art. 175 del CPC cuando establece: "...Es obligación del secretario en cuya oficina radiquen los autos, dar cuenta al juez o tribunal respectivo que han transcurrido el plazo señalado en el art. 172".

Como consecuencia de este fallo se prosiguió adelante con el juicio y hoy se pretende validar actuaciones que nunca debieron haberse realizado por cuanto

que el expediente había caducado. Al respecto el art. 174 del mismo cuerpo legal, señala que: "La caducidad se opera de derecho por el transcurso del tiempo y la inactividad de las partes. No podrá cubrirse con diligencias o actos procesales con posterioridad al vencimiento del plazo, ni por acuerdo de las partes".

Esta disposición es categórica, por cuanto desestima toda posibilidad de validación de un juicio caduco, a través de actuaciones posteriores, con intervención o no de las partes y aun mediando acuerdo entre ellas, para proseguir el juicio, que es lo que sostiene la parte recurrida tratando así de justificar el avance indebido del expediente.

Al operarse de derecho, ni siquiera requeriría de pronunciamiento del Juzgado al respecto, pues cumplido el plazo previsto en la ley (en este caso llevaba 17 meses paralizado) sin impulso procesal (que en el caso en estudio se encuentra perfectamente configurado, pues desde el 9 de marzo de 2001 al 9 de agosto de 2002, no existe movimiento alguno en el expediente) decayó el derecho y caducó la instancia, no pudiendo en consecuencia impulsarse válidamente el juicio, no existe purga posible en nuestra legislación.

Al respecto se pueden citarse numerosas jurisprudencias nacionales y extranjeras: "La caducidad es un instituto, cuya función es conferir presunción legal de abandono de interés, en la suerte del litigio cuando en el mismo se deja transcurrir el plazo, absteniéndose la parte de gestionar s derecho. Luego, para evitar dichos efectos requiere la exteriorización de voluntad en el sentido de mantener el interés mediante actos procesales tendiente a obtener el objeto de la petición (A.I. N° 350,3/07/2002, Sala 3, Civ.y Com).

"El punto medular del tema decidendum se ubica en la viabilidad o no de la "caducidad de la instancia" como denomina la sección V., del Cap. X, Tít. V de Libro I del Cod. Procesal Civil, y según el resultado de aquella juzgar los otros puntos cuestionados por la accionante. Entre las fojas 43 a 44, ateniéndonos a las fechas de los cargos de Secretaria allí insertos, es muy fácil determinar –sin ningún tipo de inconvenientes, ni dudas– que la inactividad procesal en aquel tiempo campeó, resaltó y sobresalió por varios meses. En el subexamine es notorio y evidente que se dejó transcurrir en demasía "el plazo de "seis meses" que otorga la disposición procesal para que quede operada la "caducidad de la instancia" en toda clase de juicios, cuando no se instare su curso (Ac. y S. N° 79, 26/09/91, Sala 4, Civ. y Com.).

"El instituto jurídico de la caducidad de la instancia tiene como fundamento sancionar la inactividad de los justiciables cuando debiendo impulsar el pro-

cedimiento no lo hacen, siempre que ello no resulte imposible (A.I. N° 238,20/07/95 CSJ, Sala Constitucional).

“La caducidad de la instancia y su declaración se fundamentan en el abandono tácito (de las actuaciones) por parte del accionante, y tiene por finalidad liberar a los órganos del estado de las obligaciones que derivan de la existencia de un juicio, evitando que se mantenga por tiempo indeterminado la incertidumbre que trae aparejada para las partes la iniciación de una acción (CNCiv.,E,9/6/71, ED, 38-523).

“Su fundamento radica en el abandono del interesado en impulsar el curso del proceso, y en la presunción de desinterés que exterioriza esta inactividad, de tal suerte que el único medio adecuado para demostrar la falta de espíritu de deserción de la instancia y destruir la presunción que implica la inactividad del litigante, consiste precisamente en la realización de actos procesales útiles y adecuados al estado de la causa a los efectos de posibilitar el avance del procedimiento”(CNFed. I, Civ. y Com. 16/9/86, LL23/2/87).

Una vez determinado en forma incontrastable la existencia de la caducidad, producida con anterioridad a las actuaciones que se pretenden validar a través de la resolución recurrida, corresponde el análisis de los fundamentos de la resolución que desestimara el pedido de caducidad.

En la resolución recurrida, el A-quo reconoce abiertamente en el considerando de la resolución que se constata “fehacientemente que entre las actuaciones de fecha 9 de marzo de 2001 y la presentación realizada por el señor SAN SOO RA en fecha 9 de agosto de 2002 ha transcurrido el plazo de seis meses previsto en el art. 172 del CPC, pero dicha circunstancia fue subsanada en razón de la parte accionada fue citada a oponer excepciones sin haber presentado defensa alguna consecuencia de estos fue la S.D. N° 691 de fecha 18 de junio de 2003, la cual fue ejecutada realizándose en fecha 6 de diciembre de 2005 la subasta pública del inmueble individualizado como Finca N° 1299 del Distrito de San Antonio perteneciente a al accionada HEY SUK RA. Expuesta esta conclusión- transcurrió el plazo previsto en el art. 172, debemos determinar si en este tipo de proceso caduca la instancia o se aplica el art. 176, Inc.a) del CPC que prohíbe la caducidad en los procesos de ejecución o cumplimiento de sentencia.”

Al reconocer el A-quo la existencia de la caducidad de la instancia, situación configurada ANTES de la realización de actuaciones posteriores que con-

sidera han subsanado dicha caducidad, el mismo se estaría apartando del cumplimiento de expresas disposiciones legales, efectuando una interpretación no permitida por las mismas. La ley es clara: “El art. 174 del CPC establece que la caducidad se opera de derecho, por el transcurso del tiempo y la inactividad de las partes. Esto se ha producido e inclusive se encuentra admitido por el A-quo y agrega:”No podrá cubrirse con diligencia o actos procesales con posterioridad al vencimiento del plazo, ni por acuerdo de las partes”. Estas actuaciones que a criterio del Juez interviniente se han realizado y han subsanado la existencia de la caducidad, no tienen validez, pues las mismas se originan en un expediente caduco y por ende se encuentran viciadas. La caducidad de instancia se ha dado, no en la etapa de ejecución de sentencia, como sostiene el A-quo, sino al inicio del juicio, y todas las actuaciones que desembocaron en la supuesta ejecución de sentencia a la que se ha arribado, carecen de validez, por cuanto la instancia, reiteramos, se encontraba caduca, y por consiguiente sin posibilidad de producir actuaciones ni efectos jurídicos válidos. De manera que por lo que se ha venido señalado, corresponde revocar la resolución recurrida, haciendo lugar a la caducidad de instancia reclamada, imponiendo las costas a la parte perdedora en ambas instancias.

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

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

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

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

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

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

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

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

Pues bien: se estima que la expresión lingüística “La resolución sobre la caducidad” no puede ser interpretada en un sentido amplio o lato al punto de comprender o incluir en dicho enunciado tanto a la resolución que declara la caducidad de la instancia, como también a aquella que la rechaza o desestima. Se estima que el citado texto legal debe ser interpretado en sentido estricto, vale decir, entendiendo que la ley al referirse a la resolución sobre la caducidad está aludiendo solamente a “la resolución que declara la caducidad”.

Ello es así por las siguientes razones:

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

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

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

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

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

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

A partir de este momento, todo el razonamiento judicial transita por medio de un simple razonamiento silogístico o deductivo. Si la norma jurídica procesal

tácita que se desprende de la interpretación sistemática del texto del artículo 178 del CPC y del argumento a-contrario prohíbe o no permite la apelabilidad de la resolución judicial que rechaza la caducidad de la instancia (premisa mayor), y si el auto que hoy se encuentra en grado de alzada ante este Tribunal rechaza la caducidad de la instancia (premisa menor), la conclusión lógica, necesaria y forzosa que se obtiene es que se prohíbe o no se permite la apelación del auto que hoy se encuentra en grado de Alzada ante el Tribunal.

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

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

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

POR TANTO, en mérito a las consideraciones que anteceden El Tribunal De Apelación En Lo Civil y Comercial Primera Sala de la Capital;

RESUELVE: 1. Declarar desierto el recurso de nulidad. 2. Revocar, con costas en ambas instancias, la resolución recurrida, haciendo lugar a la caducidad de instancia solicitada. 3. Anotar, registrar y remitir copia a la Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Óscar Paiva Valdovinos, Marcos Riera Hunter y Valentina Núñez González

Ante mí: Arnaldo Martínez Rozzano. Actuario.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 750

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.

La incongruencia (que puede ser citrapetita, ultrapetita, o extrapetita) supone que el órgano jurisdiccional no ha fallado la causa en correspondencia con las cuestiones planteadas en el juicio dictando, en consecuencia, una resolución en la cual omite alguna de las cuestiones propuestas, o bien en la cual concede más de lo que ha sido objeto de petición, o aquello que no ha sido objeto de petición.

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA. SENTENCIA. Nulidad de sentencia.

La resolución que homologó un escrito de acuerdo con uno de los herederos no solamente adolece de nulidad por incongruencia extrapetita, sino por vicios procesales por cuanto que se ha resuelto el finiquito del proceso sin que se haya procedido a la substanciación de la pretensión de la parte demandada conforme el procedimiento legal establecido para los procesos de conocimiento ordinario, violándose, por ende, las reglas del proceso legal, vicio que, sin duda, impide el pronunciamiento de la resolución definitiva conforme el artículo 113 del CPC., en consecuencia, por los fundamentos expresados, corresponde que el Tribunal declare la nulidad del auto recurrido, con costas al Juez.

Tapel. Civ. y Com. Sala 1. 02-11-10. “José Eduardo Cáceres s. Reconocimiento de Filiación extramatrimonial c. la Sucesión de Milner Buey Cataldo” (A.I. N° 750)

Asunción, 02 de noviembre de 2.010.

VISTO: Estos autos y;

CONSIDERANDO: **En cuanto al recurso de nulidad.** Opinión de la magistrada Valentina Núñez González: En cuanto a la nulidad vemos que la recurrente abogada Eva Núñez, representante convencional de la parte actora, de fs. 59 a fs. 66 de autos 144, funda el recurso de nulidad contra el segundo punto de la parte resolutive de la SD N° 1.232 de fecha 31 de diciembre de 2002 que copiada su parte resolutive dice: “HOMOLOGAR el acuerdo al que han arribado las partes de conformidad a los términos expuestos en la Escritura Pública a fs. 46/51 de auto. ORDENAR el finiquito y archivamiento del presente

juicio caratulado: “J. E. C. S/ reconocimiento de filiación extramatrimonial C/ La sucesión de Milner Buey Cataldo”. Anotar, registrar y remitir copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia”. Se agravia diciendo que la misma violó el procedimiento previsto para que se opere el finiquito en los juicios. Considera además que la sentencia es extra-petita por fallar sobre una cuestión no planteada en autos, pidiendo sea declarada su nulidad.

Contestado el traslado, la parte actora, coincide con las conclusiones de la contraparte por los mismos motivos alegando que el juicio, tiene como finalidad el reconocimiento de filiación extramatrimonial del actor, y que una vez notificados de la demanda presentaron expreso allanamiento, por lo que la sentencia recurrida adolece del vicio de incongruencia ya que se ha planteado una cosa y el A-quo resolvió otra, no peticionada por las partes.

En efecto, el juez interviniente, dispuso en el apartado segundo de la resolución recurrida Ordenar el finiquito y archivamiento del presente juicio caratulado: “J.E.C. S/ reconocimiento de filiación extramatrimonial C/ la sucesión de Milner Buey Cataldo, resolviendo ultrapetita a lo solicitado. En consecuencia, por las razones expresadas, corresponde que el Tribunal declare la nulidad de la sentencia recurrida.

Opinión del magistrado Dr. Óscar Augusto Paiva Valdovinos: Manifiesta que se adhiere a la opinión vertida por la Magistrada Valentina Núñez González, por compartir sus mismos fundamentos.

Opinion del magistrado Dr. Marcos Riera Hunter: Esta Magistratura comparte el criterio de la conjuenza preopinante en el sentido de que la resolución dictada por el Juez del Segundo Turno padece del vicio de la incongruencia. En efecto, la incongruencia (que puede ser citrapetita, ultrapetita, o extrapetita) supone que el órgano jurisdiccional no ha fallado la causa en correspondencia con las cuestiones planteadas en el juicio dictando, en consecuencia, una resolución en la cual omite alguna de las cuestiones propuestas, o bien en la cual concede más de lo que ha sido objeto de petición, o aquello que no ha sido objeto de petición.

En la especie, el juez a-quo se pronunció respecto de una cuestión que no le ha sido propuesta por ninguna de la partes en juicio, homologando –según resuelve en el fallo recurrido- “el acuerdo al que han llegado las partes de conformidad a los términos expuestos en la escritura pública presentada a fs. 46/51 de autos”. Sin embargo, al respecto, cabe señalar, en primer término, que no se

ha radicado ningún pedido de homologación de instrumento alguno. Lo que ha hecho el abogado Nicasio Ortellado Ramos a fs. 52 de autos fue simplemente presentar la copia de un acuerdo firmado por el Sr. J. E. C., el actor, y el Sr. J. B. A., uno de los herederos del causante de la sucesión contra la cual se dirige la demanda ordinaria de reconocimiento de filiación extramatrimonial. Pero, en ningún momento se solicitó homologación o aprobación alguna de tal documento público puesto que, como lo expresa claramente el citado profesional, tal documento ha sido presentado “para lo que hubiere de ser necesario”, es decir, que la homologación resuelta por el Juez y el consecuente finiquito del juicio constituye un pronunciamiento extrapetita y, por ende, incongruente y nulo.

Por otra parte, tampoco puede sostenerse, como lo ha hecho el Juez de Primera Instancia, que las partes en este juicio han arribado a un acuerdo. La parte actora es el Sr. J. E. C. y la parte demandada está integrada por todos los herederos del causante de la sucesión, el Sr. M. J. B. C., y no solamente por uno de aquellos, el Sr. J. B. A.

Finalmente, debe expresarse también que la resolución en grado de recurso no solamente adolece de nulidad por incongruencia extrapetita, sino por vicios procesales por cuanto que se ha resuelto el finiquito del proceso sin que se haya procedido a la substanciación de la pretensión de la parte demandada conforme el procedimiento legal establecido para los procesos de conocimiento ordinario, violándose, por ende, las reglas del proceso legal, vicio que, sin duda, impide el pronunciamiento de la resolución definitiva conforme el artículo 113 del CPC.

En consecuencia, por los fundamentos expresados, corresponde que el Tribunal declare la nulidad del auto recurrido, con costas al Juez.

En cuanto al recurso de apelación. Opinión de la magistrada Valentina Núñez González: Dada la forma como ha sido resuelta la primera cuestión se torna innecesario el estudio de este recurso.

Y la magistrada Valentina Núñez González continúa diciendo: Habiéndose declarado la nulidad de la sentencia en Alzada corresponde que el Tribunal, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 406 del CPC dicte resolución en reemplazo de la que ha sido objeto de nulidad. En tal sentido, debemos señalar que el presente juicio versa sobre un pedido de reconocimiento de filiación extramatrimonial contra la sucesión del señor M. B. C. En el mismo se ha agregado

un acuerdo celebrado entre el reclamante y los herederos del causante solicitando la homologación del mismo. Considero que la demanda de filiación extramatrimonial debe llevarse adelante a los efectos de ser debatido, probado y juzgado oportunamente el derecho que le asiste al demandante, independientemente de cualquier tipo de acuerdo o solución a que el mismo pudiese arribar con los restantes herederos, pero que no puede considerarse en el presente juicio, atendiendo a que la cuestión debatida es de orden público y no puede ser suplida por acuerdos entre partes. El documento cuya homologación se pretende es un acuerdo que eventualmente podría hacer valer en el juicio sucesorio, una vez reconocida su filiación, pero cuya homologación no corresponde estudiarlo en este juicio, por el motivo ya señalado, por lo que corresponde desestimar el pedido de homologación solicitado. Las costas deberán ser impuestas en el orden causado.

Por lo precedentemente expuesto, corresponde anular la resolución recurrida en estos autos, y resolver la cuestión, disponiendo el rechazo por improcedente del pedido de homologación del acuerdo al que han arribado las partes en estos autos, e imponer las costas en el orden causado.

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

Opinión del magistrado Dr. Marcos Riera Hunter: Dada la forma como ha sido resuelto el recurso de nulidad, se hace improcedente el estudio del recurso de apelación por cuanto que no resulta posible la revisión de una resolución que ha sido declarada nula por la Magistratura de Alzada.

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

En tal sentido, se advierte que, en rigor, no existe ningún pronunciamiento de fondo que deba ser dictado por el Tribunal puesto que, como se anotó anteriormente, el abogado que presentó a fs. 52 el instrumento público (acuerdo) firmado por el actor y el Sr. B. A. no solicitó la aprobación o la homologación de tal documento, sino que solamente lo presentó para lo que hubiere lugar.

Es por ello por lo que solamente corresponde que el Tribunal ordene la agregación del documento presentado a fs. 47 y sigtes., y disponga el reenvío y

la remisión de los autos al Juez que sigue en el orden de turno a fin de que tramite la causa conforme el procedimiento legal y, oportunamente, la resuelva conforme el Derecho.

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

RESUELVE: Declarar la nulidad de la resolución recurrida. Rechazar el pedido de homologación del acuerdo solicitado, disponiendo la remisión de los autos al Juzgado que sigue en orden de Turno, para la prosecución de los trámites en el presente juicio. Imponer las costas en el orden causado. Anotar, registrar y remitir copia a la Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Óscar Paiva Valdovinos, Marcos Riera Hunter y Valentina Núñez González

Ante mí: Arnaldo Martínez Rozzano. Actuario.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 816

MAGISTRADO. Facultades del magistrado. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Consulta.

La inclusión del planteo constitucional en la consulta es de todo punto de vista necesaria. Desde un punto de vista lógico, ella permite apreciar al órgano consultado cuál es la óptica del consultante, necesariamente vinculada al caso concreto; y le permite también enfocar acabadamente el derecho o garantía constitucional que se estima en peligro de ser conculcado. Por otro lado, la fundamentación de las razones o motivos que inducen a la consulta tiene también el efecto de concretar el caso sometido a consideración del juzgador constitucional y evitar la consulta meramente abstracta, lo que, aun respecto de las leyes, la Constitución Nacional rechaza, al delimitarla en su art. 260, inc. 1) solamente al caso concreto juzgado.

REGULACIÓN DE HONORARIOS. Honorarios de abogados.

La Ley 2421/04 pretende paliar la indolencia profesional de los abogados de los órganos del Estado. Para garantizar una eficaz intervención lo que se debería verificar es la calificación de los mismos previa a su nombramiento y no cargar sobre la labor de otros profesionales, que ninguna responsabilidad tie-

nen en ello, el desmedro que aquella incapacidad provoca en los juicios, al intentar los primeros el cumplimiento de su función profesional en defensa de los intereses del Estado.

ESTADO DE DERECHO.

La igualdad de trato y de oportunidad de un derecho constitucional y un pilar del Estado de derecho.

Tapel. Civ. y Com. Sala 1. 24-11-10. “Regulación de honorarios profesionales del abogado Juan Ernesto Villamayor y Sergio Coscia en los autos: “Comercial e Inmobiliaria Paraguayo Argentina S.A. (CIPASA) c. Estado Paraguayo s. Fijación judicial de precio” (Intereses). (A.I.N° 816)

Asunción, 24 de noviembre de 2.010.

VISTOS: Estos autos regulatorios, y;

CONSIDERANDO: Que de las constancias de autos, se tiene que una de las partes a ser posiblemente afectadas en la regulación de honorarios, es una entidad comprendida en la enumeración del Art. 29 de la Ley 2.421.

Que el mencionado Art. 29 de la Ley 2.421/04, de Reordenamiento Fiscal, establece modificación a la Ley 1.376/88 de Honorarios de Profesionales Abogados y Procuradores, disponiendo que en los casos, que deban regularse honorarios contra el estado y las entidades previstas en el Art. 3° de la Ley 1.535/99, es decir cuando se trate de las siguientes entidades: *a) Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial, sus reparticiones y dependencias; b) Banca Central del Estado; c) Gobiernos departamentales; d) Entes autónomos y autárquicos; e) Entidades Públicas de seguridad social, empresas públicas, empresas mixtas y entidades financieras oficiales; f) Universidades nacionales; g) Consejo de la Magistratura; h) Ministerio Público; i) Justicia Electoral; j) Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados; k) Defensoría del Pueblo; l) Contraloría General de la República, y m) en forma supletoria a las municipalidades y, en materia de rendición de cuentas, a toda fundación, organismo no gubernamental, persona física o jurídica, mixta o privada que reciba o administre fondos, servicios o bienes públicos o que cuente con la garantía del Tesoro para sus operaciones de crédito.*, los jueces aplicarán el cincuenta por ciento del mínimo legal, ello para los profesionales abogados que intervengan en el juicio, ya sea como representante de la entidad afectada como, cuando corresponda que regule honorarios, o ya sea que se trate del representante de la contraparte del Estado.

Si bien a los jueces les está vedado considerar la equidad de las leyes, debiendo interpretarlas y aplicarlas, este Tribunal no puede dejar pasar la evidente injusticia que representaría, a partir de la vigencia de esta ley, para los abogados litigar contra el Estado, aún teniendo derecho a hacerlo y razón en su demanda, porque de entrada la expectativa de remuneración por sus servicios estaría en desventaja cuando se trate de juicio donde sea parte el Estado, ello es sin duda una disposición contraria al principio de igualdad ante la ley, proclamado en los Artículos 3º, 46 y 47 de la Constitución Nacional.

Pero la equidad o inequidad de la ley, así como la inconstitucionalidad o no de la misma a los efectos de la aplicación al caso concreto, no es materia que pueda ser dirimida por los jueces de primera o segunda instancia, ya que ello es privativo de la Corte Suprema de Justicia, conforme surge del Art. 259 inc. 5, y 260 de la Constitución Nacional, así como los Arts. 3º inc. a, 11, 12, 13 de la Ley 609/95 que Organiza la Corte Suprema de Justicia.

En situaciones como la presente, debe aplicarse el Art. 18 del CPC, que dispone: *“Facultades ordenatorias e instructorias. Los jueces y tribunales podrán, aun sin requerimiento de parte: a) remitir el expediente a la Corte Suprema de Justicia, ejecutoriada la providencia de autos, a los efectos previstos por el artículo 200 de la Constitución, siempre que, a su juicio, una ley, decreto u otra disposición normativa pueda ser contraria a reglas constitucionales”*.

Que en base a las razones jurídicas y de facto expuestas precedentemente, es decisión de este Tribunal, remitir en consulta estos autos a la Corte Suprema de Justicia, a los efectos previstos en el Art. 18 inc. a del CPC, y disponer la suspensión de los plazos procesales ínterin se resuelva la consulta por parte de la Corte Suprema de Justicia.

Opinion del magistrado Dr. Arnaldo Martínez Prieto: Esta Magistratura coincide absolutamente con el resultado final alcanzado por el preopinante, y se adhiere al sentido del voto expresado. Sin embargo, es pertinente puntualizar algunas cuestiones.

Visto el pedido de regulación de honorarios presentado por el Abog. Juan Ernesto Villamayor y Sergio Coscia, obrante a fs. 1 de autos, esta Magistratura considera que el artículo 18 del Código Procesal Civil, en su inciso a), establece: *“Los jueces y tribunales podrán, aun sin requerimiento de parte, remitir el expediente a la Corte Suprema de Justicia, ejecutoriada la providencia de autos, a los efectos previstos por el art. 200 de la Constitución, siempre que a su*

juicio una ley, decreto u otra disposición normativa pueda ser contraria a reglas constitucionales”. Por ende, la disposición general del art. 18 inc. a) del Cod. Proc. Civ. impone la remisión por vía de consulta a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, en caso de reputarse inconstitucional la norma aplicable.

Resulta obvio que, como la remisión a la Corte Suprema de Justicia por vía de consulta no es una cuestión que tienda meramente al desarrollo del proceso u ordene actos de mera ejecución, no debe pronunciarse por una simple providencia, sino por un auto interlocutorio. A su vez, esta forma de resolución exige la fundamentación; esto es, se impone al Tribunal el expresar clara y positivamente los motivos de la consulta. Sin embargo, la índole especialísima de la función consultiva suscita otra duda, que será abordada con carácter previo: la cuestión acerca de la necesidad o no del planteo constitucional. En otras palabras, si en la elevación de la consulta debe el consultante exponer las razones que, a su criterio, determinan la posible inconstitucionalidad de la norma a ser aplicada. Y decimos posible, porque ninguna norma tiene tal tenor hasta que la Corte Suprema de Justicia así lo declare.

Evidentemente, la inclusión del planteo constitucional en la consulta es de todo punto de vista necesaria. Desde un punto de vista lógico, ella permite apreciar al órgano consultado cuál es la óptica del consultante, necesariamente vinculada al caso concreto; y le permite también enfocar acabadamente el derecho o garantía constitucional que se estima en peligro de ser conculcado. Por otro lado, la fundamentación de las razones o motivos que inducen a la consulta tiene también el efecto de concretar el caso sometido a consideración del juzgador constitucional y evitar la consulta meramente abstracta, lo que, aun respecto de las leyes, la Constitución Nacional rechaza, al delimitarla en su art. 260, inc. 1) solamente al caso concreto juzgado.

No se diga que con ello el consultante incurre en una usurpación de atribuciones, o que preopina acerca de la inconstitucionalidad. El consultante se limita a exponer su duda e ilustra las razones y motivos que la abonan, sin incurrir en una preopinión. Precisamente es la decisión de la Corte la que se busca obtener, y a dicho efecto el consultante debe ilustrar sus hesitaciones acerca de la constitucionalidad de la norma. Reiteramos el concepto: el consultante expone los motivos que lo inducen a consultar y dudar de la constitucionalidad, pero no se pronuncia acerca de ésta; sino que pretende provocar tal pronunciamiento por parte del único órgano competente, la Corte Suprema de Justicia.

Este temperamento es receptado expresamente en la doctrina extranjera que conoce de la figura consultiva como medio para la declaración de inconstitucionalidad, incluso legislada en normas procesales que interpretan el espíritu de la Carta Magna. Así ha podido decirse que “cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta ley. El órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluso el procedimiento, debiendo concretar la ley o norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional que se supone infringido y justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión.” (Marino Merchan, José Fernando. “Instituciones del Derecho Constitucional Español”, pág. 679, Centro de Estudios Superiores Ramón Carande, Madrid, 1994).

Enteramente lógicas son, por cierto, las exigencias de dicha ley. La individualización de la ley que se reputa inconstitucional y su influencia en el proceso son obvias en cuanto a su necesidad, dado que sin ellas el órgano consultado se vería sencillamente huérfano de material sobre el cual decidir. La determinación del precepto constitucional que se supone infringido es el punto en el que nos detenemos, y cuya justificación requiere medulosa justificación, para deslindar claramente el planteo de la duda del pronunciamiento sobre inconstitucionalidad.

A ello nos hemos referido en los párrafos anteriores, y volvemos ahora sobre el punto con palabras de Francisco Fernández Segado: “La intervención del Juez ordinario debe albergar una *duda razonable* acerca de la constitucionalidad de la norma. A este respecto, el Tribunal Constitucional español señaló que los preceptos que norman la cuestión condicionan el planteamiento al hecho de que el órgano judicial considere, esto es, estime o juzgue, que la norma es inconstitucional, lo que si bien puede entenderse que no impone a aquél una afirmación de inconstitucionalidad y permite que el planteamiento se haga en caso de duda, de indeterminación entre dos juicios contradictorios, sí exige que el razonamiento que cuestiona la inconstitucionalidad haya de exteriorizarse, proporcionando los elementos que lleven al mismo. En definitiva, lo que no puede el Juez es limitarse a manifestar la existencia de su propia duda sin dar las razones que la abonan”. (Fernández Segado, Francisco; La Jurisdicción

Constitucional en España, en: *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, pág. 665, Ed. Dykinson, Madrid, 1.997).

A este tenor, impuesto por la lógica y abonado por la doctrina, nos atendremos en la formulación de la consulta; expresando la norma acerca de cuya constitucionalidad se duda, el precepto constitucional que se supone infringido y las razones que a ello conducen.

En cuanto a la norma de cuya constitucionalidad se duda, el caso que motiva la consulta es una solicitud de justiprecio de honorarios por trabajos realizados en la instancia recursiva. El juicio principal consiste en un demanda sobre fijación judicial de precio promovida por C.I.P.A.S.A (Comercial e Inmobiliaria Paraguay Argentina S.A.) contra el Estado Paraguayo. Como la labor por la cual se justipreciaron los honorarios se produjo en fecha 31 de octubre de 2008 (fs. 217/232 de las compulsas del expediente principal en los cuales esta regulación corre por cuerda separada), debe aplicarse lo dispuesto en la ley 2.421/04. El artículo 29 de la misma reza textualmente: “En los juicios en que el Estado Paraguayo y sus entes citados en el artículo 3 de la ley N° 1535/99 “De Administración Financiera del Estado”, actúe como demandante o demandado, en cualquiera de los casos, su responsabilidad económica y patrimonial por los servicios profesionales de abogados y procuradores que hayan actuado en su representación o en representación de la contraparte, sean en relación de dependencia o no, no podrán exceder del 50% (cincuenta por ciento) del mínimo legal, hasta cuyo importe deberán atenerse los jueces de la República para regular los honorarios a costa del Estado. Queda modificada la ley N° 1376/88 “Arancel de Abogados y Procuradores”, conforme a esta disposición”.

Esa es la norma acerca de cuya constitucionalidad se consulta, norma que fue puesta en vigencia por el Poder Ejecutivo por Decreto N° 2.939/04, en virtud de lo dispuesto en el art. 38 de la Ley 2.421/04, que establece la entrada en vigencia de sus disposiciones desde la fecha en que aquél lo determine. Obvio resulta destacar que, siendo los trabajos desarrollados en alzada posteriores a dicha ley, ella resultaría plenamente aplicable en cuanto a los porcentajes de justiprecio, al estar la demandada comprendida dentro de las enunciaciones del art. 3 de la Ley 1.535/2000. En efecto, en fecha 1 de noviembre de 2005 se dictó la Ley 2.796, pero como los trabajos profesionales fueron realizados antes de esta ley, y sabiendo que las leyes solo rigen para el futuro no podemos aplicarla. Ello implicaría que la ley 2421/04 se encuentra vigente para las personas que se

encuentren en el último supuesto e impondría la reducción en un 50% del mínimo legal del resultado del justiprecio, con lo que se aprecia la gravitancia de la norma para la decisión del caso.

Resta por exponer las normas constitucionales que se suponen infringidas y las razones que abonan tal duda. En este sentido, es la garantía de igualdad ante la ley la que suscita la aprensión de este Tribunal. Dispone al efecto el artículo 46 de la Carta Magna: “Todos los habitantes de la República son iguales en dignidad y derechos. No se admiten discriminaciones. El Estado removerá los obstáculos e impedirá los factores que las mantengan o las propicien. Las protecciones que se establezcan sobre desigualdades injustas no serán consideradas como factores discriminatorios sino igualitarios”; reforzando esta disposición el artículo 47 de la Constitución.

A esa norma nos remitimos y consultamos a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia acerca de la posibilidad de una colisión con ella del art. 29 de la Ley 2.421/04. En realidad la duda es consistente y, creemos, legítima, puesto que la Ley 1376/88 establece un régimen arancelario por los trabajos realizados en juicio; y el art. 29 de la Ley 2.421/04 viene a colocar a cualquier abogado, ya sea funcionario o no, que despliegue labor profesional en un juicio en el cual es parte el Estado o algún ente de los comprendidos en el art. 3 de la Ley 1.535/2000, en una situación de desigualdad objetiva, puesto que percibirá por dichos trabajos el 50% del mínimo; es decir, una retribución manifiestamente inferior a la que percibiría cualquier otro abogado, y él mismo, de trabajar en un juicio en el cual no sea parte el Estado, aún cuando en éste pleito los honorarios se regulasen en el mínimo.

Ha dicho al respecto Bidart Campos que el concepto básico de la igualdad civil consiste en eliminar discriminaciones arbitrarias entre las personas. Por ello, la jurisprudencia constitucional estableció que “la igualdad exige que se trate del mismo modo a *quienes se encuentran en iguales situaciones*”; por lo que ello implica el derecho a que no se “*establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias*” (Bidart Campos, Germán J.; Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, pág. 259, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1.992). Y, aún cuando ello no excluye la posibilidad de que el legislador cierre los ojos ante la diversidad de circunstancias que puedan presentarse a su consideración; lo que la igualdad exige es la obligación de igualar a todas las personas afectadas por una medida, dentro de

la categoría que les corresponda evitando distinciones arbitrarias u hostiles (Bidart Campos, Germán J., “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, pág. 259, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1.992).

Es consistente la duda al respecto, cuando la norma acerca de cuya constitucionalidad se consulta parece tan fuertemente enrolada en contra de tales consideraciones. No se ve cuál puede ser la situación diferente en la que se encuentre quien promueve un amparo contra un particular y quien la promueve contra el Estado; o aún peor, quien es demandado por el Estado. Tampoco se advierte diferencia entre la índole, calidad jurídica y provecho que obtiene el profesional que defiende los derechos de su cliente contra el Estado o contra un particular. Lo que en las mismas circunstancias se concede a un abogado que defiende los derechos de una persona física contra otra igual, se niega a quien los defiende contra el Estado.

Adviértase que la ley acerca de cuya constitucionalidad se duda no limita el máximo de la escala regulatoria o su tope, lo cual tal vez no provocaría mayores agravios, sino que disminuye el mínimo de la escala; esto es, lo que la ley específica –de Honorarios Profesionales– ha entendido como remuneración mínimamente decorosa y acorde con la labor y la función que despliega todo abogado como auxiliar de la justicia. Separar de este mínimo a uno o unos, en razón de elementos subjetivos –identidad del beneficiario o tomador del servicio o de su contraparte– quebraría el principio de igualdad ante la ley, que solo cede ante contingencias objetivas, y ello no solo respecto de los letrados y su labor profesional, sino también respecto de los tomadores del servicio. En efecto, con idéntico criterio una persona de escasos recursos podría exigir para sí un privilegio semejante al establecido en el art. 29 de la Ley 2.421/04 para el Estado.

Tanto más fuerte es la duda cuando la doctrina se encarga enfáticamente de resaltar que la garantía de igualdad está dada a favor de los hombres contra el Estado, y no viceversa. (Bidart Campos, Germán J.; Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, pág. 260, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1992).

Ruega también este Tribunal se aclare sobre la constitucionalidad de una norma que tan manifiestamente impone un criterio de valoración absolutamente objetivo y desligado de las disposiciones de la ley arancelaria. Ésta, en su artículo 21, impone diversos criterios de regulación que contemplan y permiten apreciar en su justa dimensión los diversos factores que necesariamente deben entrar a tallar para el justiprecio de una profesión liberal por excelencia. El art.

29 de la ley 2421/04 hace, sencillamente, tabla rasa de todos estos principios, y con ello impide la consideración de todos esos factores; muchos de los cuales acaso sean más pronunciados precisamente en las demandas contra el Estado o alguno de los entes comprendidos en el art. 3 de la Ley 1.535/2000.

No otra cosa es lo que Segundo V. Linares Quintana ejemplifica: “Si los sujetos A, B y C tienen propiedades rurales vecinas, de idéntica extensión, valor y destino, y a esas propiedades se les imputa el pago de un impuesto, ese impuesto debe ser igual. Otro ejemplo: si los sujetos P. L. y M son ciudadanos e hijos únicos de madre viuda, debe ser la prestación de igual servicio militar o de igual excepción, pero nunca de un servicio distinto o de ningún servicio a alguno de ellos. Véase aquí que en la formación de géneros y especies legales para imputarles un consecuente, debe funcionar el patrón de *razonabilidad*”. (Linares Quintana, Segundo V. “Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional”, pág. 436, Ed. Alfa, Buenos Aires, 1956).

Exactamente lo contrario a las situaciones que genera la norma acerca de la que se consulta: Si, por ejemplo, A promueve un juicio de amparo contra B, la regulación de los profesionales se realiza en base a la Ley 1.376/88; si idéntico juicio, con el mismo volumen de trabajo y monto base, es promovido por o contra el Estado, la regulación se realiza por la mitad del mínimo, colocando al profesional, que defiende legítimamente los derechos de su cliente, fuera incluso de los parámetros mínimos de la ley arancelaria.

Presumiblemente, lo que dicha normativa ha pretendido es paliar la indolencia profesional de los abogados de los órganos del Estado. Para garantizar una eficaz intervención lo que se debería verificar es la calificación de los mismos previa a su nombramiento y no cargar sobre la labor de otros profesionales, que ninguna responsabilidad tienen en ello, el desmedro que aquella incapacidad provoca en los juicios, al intentar los primeros el cumplimiento de su función profesional en defensa de los intereses del Estado.

La igualdad de trato y de oportunidades es un derecho constitucional y un pilar del Estado de Derecho. Así lo enseñó el maestro de generaciones: “La igualdad debe entenderse como igualdad de oportunidades y de trato ante la ley en similares condiciones. No entran en consideración la raza o la religión o la clase social o las convicciones políticas” (Prieto, Justo José. “Constitución y Régimen Político en el Paraguay”, pág. 263, Ed. El Lector, Asunción, 1.987). Por eso nuestro añorado constitucionalista sostuvo: “la igualdad es la búsqueda de

la adecuación de los individuos a un esquema jurídico que garantice el mismo punto de partida en igualdad de condiciones y posibilidades (...) La igualdad no es unificar en la miseria, ni despojar del fruto del trabajo.” (Prieto, Justo José; “Constitución y Régimen Político en el Paraguay”, pág. 84, Ed. El Lector, Asunción, 1.987).

Las razones que anteceden motivan suficientemente la decisión de formular consulta acerca de la constitucionalidad del artículo 29 de la ley 2.421/04, remitiendo estos autos al efecto a la Corte Suprema de Justicia mediante el libramiento del oficio pertinente.

POR TANTO, en mérito a lo expuesto, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial Primera Sala de la Capital;

RESUELVE: Remitir estos autos en consulta a la Corte Suprema de Justicia, a los efectos que la misma declare si el Art. 29 de la Ley 2.421/04 es o no constitucional y aplicable al presente caso, oficiando en dicho sentido. Disponer la suspensión de los plazos procesales en estos autos, ínterin se resuelva la consulta por parte de la Corte Suprema de Justicia. Anotar, registrar y remitir copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Óscar Paiva Valdovinos, Marcos Riera Hunter y Valentina Núñez González

Ante mí: Arnaldo Martínez Rozzano. Actuario.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 3

PRESCRIPCIÓN. Ley aplicable a la prescripción. Prescripción liberatoria.

En principio, se debe advertir que no caben dudas de que el actor no ejerció la acción cambiaria, sino la ordinaria causal. Esto es así, puesto que el fundamento de su pretensión no descansa en la promesa de pago instrumentada en los pagarés, sino en el negocio jurídico de compraventa. En estos términos, los pagarés no representan más que una prueba de la operación sinalagmática argüida por el actor. En estas condiciones resulta claro que el caso planteado no puede ser subsumido en el artículo 661 c) del CPC, como lo pretende la apelante.

PRESCRIPCIÓN. Ley aplicable a la prescripción. COMPRAVENTA.

Estando ante un caso en el que un comerciante reclama el precio de una mercadería vendida, si el comprador es comerciante el plazo de prescripción es de tres años –662 inc. b) del CC–; en tanto que si no lo es, el plazo es de dos años –663 inc. e) del CC–.

Tapel. Civ. y Com. Sala 1. 07-02-11. “Vecca Automotores SRL c. Angel Francisco Cataldi Benítez y otros s. Cumplimiento de contrato y otros” (A.I. N° 3)

Asunción, 03 de febrero de 2.011.

VISTOS: Los recursos de apelación y nulidad interpuesto por María Griselda Candia Osorio, representante convencional de Marcelina Ramírez de Cataldi y Angel Francisco Cataldi Benítez, contra el A.I. N° 1.566 del 05 de noviembre de 2008, dictado por la Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Primer Turno de la Capital, Secretaria a cargo de la abogada Blanca Delgado De Rivarola, y;

CONSIDERANDO: Que en la resolución recurrida la A-quo resolvió: “No hacer lugar, con costas, a la excepción de prescripción opuesta como de previo y especial pronunciamiento por la Abog. María Griselda Candia Osorio en representación de los demandados, por los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. Notificar por cédula. Anotar, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia”.

En cuanto al recurso de nulidad. Opinión de la magistrada Valentina Núñez González: La recurrente fundó de manera promiscua este recurso junto con el de apelación, sin embargo, del análisis de su presentación no se advierten críticas con respecto al aspecto formal del fallo en revisión. Por otro lado, efectuados los controles en el auto recurrido, no se advierten vicio en la forma y solemnidades en la resolución bajo examen que ameriten la declaración de nulidad de oficio. Por tanto, este recurso debe declararse desierto.

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

En cuanto al recurso de apelación. Opinión de la magistrada Valentina Núñez González: La apelante criticó el auto en revisión diciendo, en lo sustancial, que nos encontramos ante un fallo injusto puesto que la A-quo incurrió

en un error de interpretación de las constancias procesales. En efecto, dice la misma que el contrato de compraventa contiene una cláusula de decaimiento de plazos por la constitución en mora del deudor, por lo que la obligación que se reclama era exigible desde la mora, y con lo mismo, el plazo de prescripción inicia con este evento. Advierte, además, que al caso planteado no le es aplicable el artículo 659 inc. e) del Código Civil, puesto que no nos encontramos ante una acción personal que no tenga fijado un plazo prescripcional por la ley. Con estos argumentos, la apelante solicita la revocación del fallo en revisión.

El abogado Fabrice Turboux, representante convencional de Vecca Automotores SRL, se presentó ante este Tribunal para contestar y controvertir los agravios expuestos por su contendiente. Sostuvo que el fallo se encuentra ajustado a derecho puesto que no estamos ante una acción cambiaria, sino ante una ordinaria causal, por lo que mal podría pretenderse la aplicabilidad del artículo 662 inc. b) del CPC. Por lo demás, señaló que la apelante pretende incorporar nuevas teorías en esta Instancia, estrategia no admitida por nuestro sistema procesal. La presentación referida finaliza solicitándose la confirmación del auto apelado.

Analizadas las constancias en autos, se advierte que la A-quo rechazó la excepción de prescripción con el argumento de que nos encontramos ante una acción personal, para la cual el código de fondo prevé la prescripción decenal. Esta ponderación fue criticada por la apelante.

Para discernir la cuestión planteada corresponde analizar la forma en que se planteó esta demanda, especialmente, el petitorio en torno al cual se trabó esta litis con respecto a la postulación del actor.

El accionante, al incoar esta demanda, pidió: “el cumplimiento de contrato y cobro de dólares americanos”. En rigor, el cobro de dólares americanos es el único contenido del pretendido cumplimiento del contrato.

Esta pretensión está fundada en el contrato de compraventa de vehículo formalizada entre los contendientes, que en su cláusula segunda consigna el precio convenido entre los celebrantes y la modalidad de pago. Se acompañaron, además, los pagarés que emergen de esta operación.

En principio, se debe advertir que no caben dudas de que el actor no ejerció la acción cambiaria, sino la ordinaria causal. Esto es así, puesto que el fundamento de su pretensión no descansa en la promesa de pago instrumentada en los pagarés, sino en el negocio jurídico de compraventa. En estos términos, los

pagarés no representan más que una prueba de la operación sinalagmática argüida por el actor.

En estas condiciones resulta claro que el caso planteado no puede ser subsumido en el artículo 661 c) del CPC, como lo pretende la apelante.

Ahora bien, conforme a las constancias procesales, se puede advertir, sin atisbos de dudas, que el actor es comerciante en los términos del artículo 3 de la Ley 1.034/83. Esto se infiere, entre otras cosas, de la lectura del poder general para asuntos judiciales y administrativos, y del análisis de la escritura pública que consigna la transcripción del certificado de nacionalización del vehículo vendido a los demandados. En efecto, la sociedad Vecca Automotores SRL está inscrita en los Registros Públicos de Comercio.

Por otro lado, resulta claro que el negocio jurídico que motiva esta demanda consiste en una compraventa de un vehículo automotor. Concretamente, como quedó visto, el actor reclama el saldo del precio impago. Vale decir, se trata de una operación realizada entre una empresa comercial dedicada a la venta de autovehículos, pues su nombre así lo indica, y particulares que no son comerciantes, por lo menos aparentemente.

Entonces, holgadamente, se puede concluir que estamos ante un caso en el que un comerciante reclama el precio de una mercadería vendida.

En estas condiciones, si el comprador es comerciante el plazo de prescripción es de tres años –662 inc. b) del CC–; en tanto que si no lo es, el plazo es de dos años –663 inc. e) del CC–.

Que la operación se haya instrumentado en un contrato privado, o que no se haya probado la existencia de una factura conformada u otro instrumento comercial, no impide la aplicación de las normas antes referidas. Esto es así, puesto que los artículos citados no contemplan las exigencias postuladas por el actor para subsumir el caso planteado a las mismas y atribuirles sus efectos.

En suma, en la mejor de las hipótesis –que los demandados sean comerciantes–, resulta claro que nos encontramos ante una acción prescripta, puesto que la pretensión del actor consiste, como fue dicho, en el cobro del saldo del precio por la venta de una mercadería.

Por las consideraciones precedentes, se debe concluir que la resolución recurrida, debe ser revocada, y las costas de ambas instancias deberán ser soportadas por la parte actora.

Opiniones de los magistrados Dres. Marcos Riera Hunter y Óscar Augusto

Paiva Valdovinos: Manifiestan que se adhieren a la opinión vertida por la magistrada Valentina Núñez González, por compartir sus mismos fundamentos.

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

RESUELVE: 1. Declarar desierto el recurso de nulidad. 2. Revocar, con costas la resolución recurrida, haciendo lugar a la excepción de prescripción opuesta por los demandados, como de previo y especial pronunciamiento. 3. Anotar, registrar y remitir copia a la Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Óscar Paiva Valdovinos, Marcos Riera Hunter y Valentina Núñez González

Ante mí: Arnaldo Martínez Rozzano. Actuario.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 7

RECUSACIÓN. Recusación sin causa.

La recusación planteada es improcedente por extemporánea, en razón que el artículo 27 del CPC, establece de manera específica la oportunidad procesal para plantear las recusaciones contra los magistrados intervinientes, en los juicios, y el artículo 2° de la Acordada N° 380/05, que determina que la recusación debe plantearse al tercer día de haberse realizado el sorteo en Mesa de Entrada.

Tapel. Civ. y Com. Sala 1. 09-02-11. “Mirian Iolanda Vera Acuña s. Convocatoria de acreedores. (A.I. N° 7).

Asunción, 09 febrero 2011.

VISTA: La recusación sin causa planteada por la señora Mirian Iolanda Vera Acuña el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Segundo de la Capital, abogado Silvino Delvalle, y;

CONSIDERANDO: Opinión de la magistrada Valentina Núñez González: Que en el escrito que consta a fs. 17 de los autos principales la señora Mirian Iolanda Vera Acuña solicita agregación de instrumentales y recusa sin causa al juez solicitando sean enviados los autos al Juzgado que sigue en orden de turno.

Que, en el informe presentado en fecha 4 de agosto de 2010, el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Tercer Turno de la Capital, Miguel

Angel Rodas, impugna la recusación sin expresión de causa deducida por la parte demandada conforme a las disposiciones del Art. 27 del Código Procesal Civil, y a lo dispuesto en el Art. 2° de la Acordada N° 380/05 que copiado dice: *“ACLARAR que a partir de la entrada en funcionamiento de la Mesa de Entrada en lo Civil y Comercial, los demandantes podrán ejercer el derecho a recusar sin causa o por causa no sobreviviente, dentro de los tres días de realizado el sorteo y ante la Secretaría sorteada”*.

Que en autos se puede corroborar que el sorteo correspondiente a fin de establecer el Juzgado interviniente en autos, fue realizado en fecha 18 de junio de 2010, la demandante ha presentado su escrito de agregación de instrumentales y recusación sin causa en fecha 7 del mes de julio de 2010, por lo que surge que la recusación planteada es improcedente por extemporánea, en razón que el artículo 27 del C.P.C., establece de manera específica la oportunidad procesal para plantear las recusaciones contra los magistrados intervinientes, en los juicios, y el artículo 2° de la acordada N° 380/05, que determina que la recusación debe plantearse al tercer día de haberse realizado el sorteo en Mesa de Entrada.

Consecuentemente, corresponde que el Tribunal haga lugar a la impugnación planteada en autos por extemporánea e improcedente y se disponga se remita el expediente al Juzgado de origen.

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

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

RESUELVE: Hacer lugar a la impugnación planteada en autos, y, en consecuencia, disponer la remisión de los autos al Juzgado de origen para que siga entendiendo en el presente juicio. Anotar, registrar y remitir copia a la Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Óscar Paiva Valdovinos, Marcos Riera Hunter y Valentina Núñez González

Ante mí: Arnaldo Martínez Rozzano. Actuario.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 6

Cuestión debatida: Analizadas las constancias procesales y los argumentos expuestos por los contendientes en esta Instancia, se advierte que la cuestión medular radica en la determinación de la norma aplicable al caso planteado. En efecto, la A-quo consideró que el plazo de prescripción del instrumento ejecutado es de cuatro años por resultar aplicable el artículo 661 inc c) del CC. El apelante, por su parte, criticó esta ponderación diciendo que estamos ante un crédito municipal, por lo que, de conformidad al artículo 245 de la Ley 1.294/87, el plazo de prescripción es de cinco años. Finalmente, el contestatario del recurso de apelación sostuvo que el título presentado no representa un crédito municipal.

JUICIO EJECUTIVO. Título ejecutivo.

Si bien es cierto que el artículo 146 de la Ley 1.294/87 prevé que las deudas exigibles judicialmente por la vía de la ejecución de sentencia son aquellas generadas por los impuestos, tasas y contribuciones municipales; no es menos cierto que consideraciones en torno al origen del crédito no tienen cabida en este tipo de juicios por la nota de la abstracción que acompañan a los títulos ejecutivos. (Voto de la mayoría).

JUICIO EJECUTIVO. Título ejecutivo.

En los procesos de ejecución se analiza, únicamente, la suficiencia del título con respecto a su fuerza ejecutiva, las cuestiones en torno al negocio jurídico que lo motivó deben dilucidarse en un juicio de conocimiento ordinario, que permite mayor amplitud en el debate y actividad probatoria. (Voto de la mayoría).

JUICIO EJECUTIVO. Título ejecutivo. MUNICIPALIDAD.

En el caso, nos encontramos ante un título ejecutivo (liquidación y certificado de deuda autogenerado por la Municipalidad) autogenerado en el marco del derecho público, por lo que goza de una presunción de legitimidad. Es decir, estamos ante un acto administrativo, por lo que si el ejecutado pretendía darle un enfoque jurídico distinto al título presentado debió impugnar el acto en sede administrativa. (voto de la mayoría)

PRESCRIPCIÓN. Ley aplicable a la prescripción. JUICIO EJECUTIVO. Título ejecutivo. MUNICIPALIDAD.

Resulta claro que el plazo de prescripción para el título presentado (liquidación y certificado de deuda autogenerado por la Municipalidad) es de cinco

años, de conformidad al artículo recién citado, y no de cuatro años como lo establece el artículo 661 inc. c) del Código Civil. (Voto de la mayoría).

PRESCRIPCIÓN. Ley aplicable a la prescripción. JUICIO EJECUTIVO. Título ejecutivo. MUNICIPALIDAD.

En el caso en estudio, el certificado de pavimentación expedido por la Municipalidad de San Bernardino, que sirve de sustento a la pretensión ejecutiva, no instrumenta un crédito a favor de la Municipalidad de San Bernardino, sino un crédito a favor de un tercero, quien, a su vez, endosó el documento (expedido con cláusula “a la orden”) a favor del hoy ejecutante, lo cual lleva a la conclusión de que la acción ejecutiva destinada a perseguir el cobro del mismo no se encuentra sujeta al plazo de prescripción de cinco años, conforme el artículo 245 antes citado, que es inaplicable al caso, sino al plazo de prescripción legislado para todos los documentos endosables en general, cuatro años, de conformidad con el artículo 661, inc. “c”, del C.C. (Voto en disidencia del Dr. Riera Hunter).

TApel. Civ. y Com. Sala 1. 02-03-11. “Artemio Domínguez Jara c. Inversora Yrendagué S.A. s. Cobro de Guaraníes” (Ac. y Sent. N° 6).

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 halla ajustada a derecho?

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

A la primera cuestión planteada la magistrada Valentina Núñez González dijo: El recurrente sostuvo que el fallo en revisión es nulo por la inobservancia del artículo 15 inc. b) del CPC para resolver la cuestión planteada. Para dar contenido a esta afirmación adujo que la A-quo debió aplicar las disposiciones de la Ley 1.294/87 y no las del Código Civil para resolver la excepción de prescripción.

Al respecto, sin dudas, lo expuesto por el recurrente en procura de la nulidad de la sentencia en revisión, dice relación con el razonamiento seguido por la Jueza para concluir en la procedencia de la excepción opuesta en esta ejecución. En estas condiciones, habiéndose interpuesto el recurso de apelación, con-

juntamente con el que nos ocupa, la crítica del recurrente deberá ser atendida a propósito del estudio de la justicia del fallo.

Por otro lado, como no se observan vicios en la sentencia recurrida, en cuanto a las formas y solemnidades exigidas para este tipo de actos, corresponde declarar desierto el recurso de nulidad. Así voto.

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

A la segunda cuestión planteada la magistrada Valentina Núñez González dijo: Con la S.D. N° 390 del 06 de abril de 2005, la jueza de la Justicia Letrada en lo Civil y Comercial del Cuarto Turno, Secretaría N° 7 resolvió: “HACER LUGAR, con costas, a la excepción de prescripción opuesta por la parte demandada, conforme al considerando de la presente resolución. NO Llevar adelante, con costas, la presente ejecución seguida por Artemio Dominguez Jara contra Inversora Yrendagué S.A. hoy Inversora Nanawa S.A. Notificar por cédula. Anotar, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia”.

Contra la referida sentencia se alzó el ejecutante, Artemio Domínguez Jara, y expresó agravios en los términos del escrito agregado a fojas 28/30 de autos. Al hacerlo sostuvo que la sentencia en recurso es injusta atendiendo a que la *A-quo*, para resolver la excepción de prescripción, subsumió caso en el artículo 661 inc. c) del Código Civil, cuando lo que correspondía, dado el tipo de instrumento que se ejecuta, era la aplicación del artículo 245 de la Ley Orgánica Municipal. El apelante refiere que el error en la elección de la norma aplicable lo agravia puesto que la segunda norma citada prevé un plazo de prescripción más amplio que la primera. Con estos argumentos se solicitó la revocación del fallo en revisión.

El abogado Luis Humberto Arévalo, representante convencional de Inversora Nanawa S.A. –otrora Inversora Yrendagué S.A.–, se presentó ante este Tribunal a contestar y controvertir los agravios expuestos por su contendiente. En esta ocasión sostuvo, en lo pertinente, que el artículo 129 de la Ley Orgánica Municipal excluye al título presentado de la categoría de créditos municipales. Dice el contestatario que al no ser un crédito municipal, por no tratarse de un crédito generado por un tributo municipal, el caso fue correctamente resuelto mediante la aplicación del artículo 661 inc. c) del Código Civil. La presentación referida culmina solicitándose la confirmación de la sentencia apelada.

Analizadas las constancias procesales y los argumentos expuestos por los contendientes en esta Instancia, se advierte que la cuestión medular radica en la determinación de la norma aplicable al caso planteado.

En efecto, la *A-quo* consideró que el plazo de prescripción del instrumento ejecutado es de cuatro años por resultar aplicable el artículo 661 inc c) del CC. El apelante, por su parte, criticó esta ponderación diciendo que estamos ante un crédito municipal, por lo que, de conformidad al artículo 245 de la Ley 1.294/87, el plazo de prescripción es de cinco años. Finalmente, el contestatario del recurso de apelación sostuvo que el título presentado no representa un crédito municipal.

En estas condiciones, resulta claro que para discernir la cuestión planteada se debe iniciar el análisis con el estudio del título presentado a ejecución.

Al respecto, no caben dudas de que el instrumento ejecutado fue emitido en los términos del artículo 147 de la Ley Orgánica Municipal. En efecto, el mismo cumple con las formas exigidas para la expedición de este tipo de títulos ejecutivos autogenerados por la Municipalidades.

Si bien es cierto que el artículo 146 de la Ley 1.294/87 prevé que las deudas exigibles judicialmente por la vía de la ejecución de sentencia son aquellas generadas por los impuestos, tasas y contribuciones municipales; no es menos cierto que consideraciones en torno al origen del crédito no tienen cabida en este tipo de juicios por la nota de la abstracción que acompañan a los títulos ejecutivos.

En el caso que nos ocupa, se advierte que el argumento que sostiene la tesis del demandado refiere que el crédito reclamado no se enmarca en ninguna de las categorías antes apuntadas. Esta posición, claramente, no podría ser estudiada en el marco de este juicio sin vulnerar el artículo 465 del Código Procesal Civil. Tal es así que, para admitir lo postulado por el accionado, se debería, necesariamente, descender a consideraciones en torno a la regularidad de la autogeneración del instrumento por el cual se liquida y certifica un crédito por las Municipalidades.

Ahondando en esta cuestión, se debe advertir que en los procesos de ejecución se analiza, únicamente, la suficiencia del título con respecto a su fuerza ejecutiva, las cuestiones en torno al negocio jurídico que lo motivó deben dilucidarse en un juicio de conocimiento ordinario, que permite mayor amplitud en el debate y actividad probatoria.

Además, en esta contienda nos encontramos ante un título ejecutivo autogenerado en el marco del derecho público, por lo que goza de una presunción de legitimidad. Es decir, estamos ante un acto administrativo, por lo que si el ejecutado pretendía darle un enfoque jurídico distinto al título presentado debió impugnar el acto en sede administrativa.

Entonces, habiendo concluido, con lo expuesto, que nos encontramos ante una liquidación y certificado de deuda autogenerado por la Municipalidad de San Bernardino, resta definir si la prescripción del mismo está supeditada a lo que dispone el Código Civil o la entonces vigente Ley Orgánica Municipal.

Al respecto, es cierto que el certificado presentado cumple con las condiciones exigidas, en términos generales, por el artículo 661 inc. c) del CC. Sin embargo, en la misma norma se define, expresamente, la excepción, cual es: “salvo disposición de leyes especiales”.

Sin dudas, la Ley Orgánica Municipal vigente al tiempo de tramitación del presente juicio, es una ley especial y, lo que es más, contempla explícitamente un plazo de prescripción distinto al establecido por el Código Civil para los créditos municipales en su artículo 245.

En estas condiciones, resulta claro que el plazo de prescripción para el título presentado es de cinco años, de conformidad al artículo recién citado, y no de cuatro años como lo establece el artículo 661 inc. c) del Código Civil.

Entonces, habiendo sido datado el certificado el 04 de mayo de 2000 y teniendo el cuenta la fecha de notificación de esta demanda, el 13 de agosto 2004, no cabe más que concluir que la acción que confiere el instrumento presentado a ejecución no se encuentra prescripta.

Por tanto, por las razones expuestas, se debe concluir que el fallo en revisión no se encuentra ajustado a derecho, por lo que debe ser revocado para dar lugar a la ejecución planteada por Artemio Domínguez Jara contra Inversora Yrendagué S.A., hoy Inversora Nanawa S.A., por el capital reclamado, más intereses y costas del juicio. Las costas de ambas instancias deberán ser soportadas por el demandado. Así voto.

A su turno el magistrado Dr. Óscar Augusto Paiva Valdovinos: Manifiesta que se adhiere al voto de la magistrada Valentina Núñez González, por compartir sus mismos fundamentos.

A su turno el magistrado Dr. Marcos Riera Hunter dijo: De las constancias de estos autos surge que la actora promovió contra la demandada juicio ejecu-

tivo por cobro de la suma de Gs. 2.848.630 instrumentados en el Certificado de Pavimentación agregado a fs. 4. En la estación oportuna, la parte demandada opuso contra el progreso de la ejecución la excepción de prescripción fundada en que la acción ejecutiva se encontraba prescripta por cuanto que el documento ha sido emitido en fecha 4 de mayo de 2.000 y, sin embargo, la notificación de la demanda ha sido cursada en fecha 13 de agosto del 2.004, habiéndose operado, por ende, la prescripción por vencimiento del plazo de cuatro años que corresponde al instrumento base de la ejecución, librado con cláusula “a la orden”. La excepción fue contestada por la parte actora, quien solicitó su rechazo, y, finalmente, el Juzgado dictó la sentencia que hoy se encuentra en grado de alzada ante el Tribunal, por la cual se resolvió hacer lugar a la prescripción y desestimar la ejecución, con costas.

Esta Magistratura, que vota en esta causa en el tercer lugar, no comparte el criterio sostenido por el preopinante (en mayoría) cuando sostiene que “...resulta claro que el plazo de prescripción para el título presentado es de cinco años, de conformidad al artículo recién citado (se refiere al art. 245 de la Ley Orgánica Municipal N° 1.294/87, vigente al tiempo de la emisión del certificado de obras y, por ende, aplicable al caso), y no de cuatro años como lo establece el artículo 661, inc. “c”, del Código Civil”.

En efecto, debe tenerse muy en cuenta que el citado artículo 245, invocado también por la parte accionante, dispone que “Los créditos municipales prescribirán a los cinco años, contados desde la fecha de su exigibilidad o del día en que la sentencia haya pasado en autoridad de cosa juzgada”. Pero, “crédito municipal” significa, ni más ni menos, la prestación que debe ser cumplida, realizada, o ejecutada a favor de la Municipalidad, es decir, en beneficio de la institución municipal. En el caso en estudio, el certificado de pavimentación expedido por la Municipalidad de San Bernardino, que sirve de sustento a la pretensión ejecutiva, no instrumenta un crédito a favor de la Municipalidad de San Bernardino, sino un crédito a favor de un tercero, el Sr. Adolfo Guillermo Naumann, quien, a su vez, endosó el documento (expedido con cláusula “a la orden”) a favor del hoy ejecutante, lo cual lleva a la conclusión de que la acción ejecutiva destinada a perseguir el cobro del mismo no se encuentra sujeta al plazo de prescripción de cinco años, conforme el artículo 245 antes citado, que es inaplicable al caso, sino al plazo de prescripción legislado para todos los documentos endosables en general, cuatro años, de conformidad con el artículo 661, inc. “c”, del CC.

TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL

Como fue señalado por la parte demandada y excepcionante en estos autos, el certificado de pavimentación fue emitido en fecha 4 de mayo del 2.000 y como no tiene fecha de vencimiento debe tomarse dicha fecha como punto de partida para el cómputo del plazo prescripcional, el cual venció en fecha 4 de mayo del 2004. Sin embargo, la demanda ejecutiva fue notificada (la prescripción se interrumpe sólo por demanda notificada) en fecha 13 de agosto del 2004, conforme la cédula de fs. 8 de autos, luego de haber vencido el plazo de prescripción.

En consecuencia, por los fundamentos expresados, corresponde que el Tribunal confirme, con costas, la sentencia en alzada (que hace lugar a la excepción de prescripción y resuelve no llevar adelante la ejecución) por hallarse la misma ajustada a Derecho. Así voto.

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

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

RESUELVE: Declarar desierto el recurso de nulidad. Revocar la resolución recurrida y en consecuencia, Rechazar la excepción de prescripción opuesta por el ejecutado; y llevar adelante la presente ejecución, seguida por Artemio Domínguez Jara contra Inversora Yrendagué S.A., hoy Inversora Nanawa S.A., por el capital reclamado, más intereses y costas del juicio. Imponer las costas de ambas instancias al demandado. Anotar, registrar y remitir copia a la Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Óscar Paiva Valdovinos, Marcos Riera Hunter y Valentina Núñez González

Ante mí: Arnaldo Martínez Rozzano. Actuario.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 14

PERSONAS. Personas jurídicas.

Es obvio que tratándose de una demanda promovida contra el Ministerio de Relaciones Exteriores no estamos ante una persona de existencia jurídica. Las personas jurídicas se encuentran taxativamente enumeradas en la ley, de quienes ellas adquieren –por una ficción del Derecho– su personalidad jurídica. Así el art. 91 del Cód. Civ. dispone: “ a) El Estado[...]; d) *los entes autónomos, autárquicos y los de economía mixta y demás entes de Derecho Público que, conforme con la respectiva legislación, sean capaces de adquirir bienes y obligarse...*”.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad del Estado.

El Ministerio de Relaciones Exteriores, resulta ser un órgano del Estado y como tal, es el Estado Paraguayo el que responde por los hechos de sus órganos.

SENTENCIA. Nulidad de la sentencia.

El Ministerio de Relaciones Exteriores, al carecer de personalidad jurídica, no podría ser parte del proceso ni mucho menos ser condenado en uno. La sentencia definitiva en estudio no puede declarar el derecho a favor ni en contra de un órgano que carece de personalidad, y resulta imposible dictar una resolución en contra de quien no es persona física o jurídica. De ello surge de forma manifiesta el vicio del que adolece la sentencia, que contraviene substancialmente a las reglas del Derecho Procesal, y provoca una nulidad que debe ser pronunciada de oficio.

BIENES DEL DOMINIO PÚBLICO.

Si bien existen bienes que son inembargables por mandato de ley, esto no es argumento suficiente para declarar la inhabilidad del título que sustenta el crédito que se pretende ejecutar, pues la inembargabilidad de los bienes del ejecutado no afecta la eficacia del título, admitir una tesis distinta, estaríamos frente al absurdo de declarar la imposibilidad de ejecutar créditos contra el Estado u otras personas, so pretexto de la inembargabilidad de los bienes.

TApel. Civ. y Com. Sala 1. 24-03-11. “Gustavo Augusto Miranda Valenzuela c. Ministerio de Relaciones Exteriores s. Ejecución de Resoluciones Judiciales” (Ac. y Sent N° 14).

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 halla ajustada a derecho?

Practicado el sorteo de ley, este, arrojó el siguiente orden de votación: Preopinante, la magistrada Valentina Núñez González, María Mercedes Boungermini y Arnaldo Martínez Prieto.

A la primera cuestión planteada la magistrada Valentina Núñez González dijo: El recurrente ha desistido expresamente de este recurso. Por otra parte, no se observa en la resolución recurrida vicios de forma o solemnidades que ameriten el estudio de oficio por parte del Tribunal, debiendo en consecuencia tener por desistido al recurrente del recurso interpuesto. Así voto.

A su turno la magistrada María Mercedes Boungermini dijo: El recurrente desistió expresamente del recurso de nulidad interpuesto. No obstante, del análisis oficioso del recurso de nulidad, impuesto por los artículos 404, 111, 112 y 113 del Código ritual que, consecuentemente, este Tribunal está obligado a analizar la existencia de los requisitos esenciales para que exista una litis trabada y una condena efectiva.

Del examen de estos autos se advierte que, primeramente surge como parte demandada en este juicio el Ministerio de Relaciones Exteriores, para después por providencia de fs. 32, de oficio se corre traslado a la Procuraduría General de la Republica, integrándose la litis de esta manera. Debemos recordar aquí lo ya dicho en fallos anteriores respecto de la integración de la litis con sujetos procesales que a la vez sean sujetos de derecho.

Del análisis de la sentencia, podemos observar que en la misma se lleva adelante la ejecución contra el Ministerio de Relaciones Exteriores. Se plantea entonces la existencia del requisito de personalidad jurídica en el condenado, Ministerio de Relaciones Exteriores.

Como venimos sosteniendo, los Ministerios, entendidos como órganos de la administración central del Estado, no son entidades de derecho, independientes del estado Central por carecer de personalidad jurídica, salvo que su carta orgánica determine lo contrario, no cuentan, pues, con la capacidad suficiente para ser demandados o condenados en juicio. A ese respecto traemos a colación una breve reseña doctrinaria: *“Los órganos no pueden considerarse sujetos de derecho. No tienen personalidad jurídica. Forman la persona a la que pertenecen –Estado–, por una relación de identidad. No hay duplicidad de sujetos entre*

el órgano y el Estado. La actuación procesal de los órganos, ya en calidad de “parte”, ya en calidad de “autoridad administrativa”, según se trate de un proceso judicial o de un procedimiento administrativo, respectivamente es una actuación del Estado o de la persona pública de que se trate”. (Dromi, Roberto, “Derecho Administrativo”, pág. 137, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2001).

De esta manera, las conclusiones de Marienhoff no pueden sino compartirse: *“La administración meramente descentralizada (descentralización burocrática) carece asimismo de personalidad: se trata de simples órganos que ejercen porciones de la actividad de la Administración general, pero que no se separan orgánicamente de ésta: la separación es meramente funcional; más aún, desde este punto de vista trátase de una separación “relativa”* (Marienhoff, Miguel S. “Tratado de Derecho Administrativo”, pág. 361, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000)

Es obvio que tratándose de una demanda promovida contra el Ministerio de Relaciones Exteriores no estamos ante una persona de existencia jurídica. Las personas jurídicas se encuentran taxativamente enumeradas en la ley, de quienes ellas adquieren –por una ficción del Derecho– su personalidad jurídica. Así el art. 91 del Cód. Civ. dispone: “ a) El Estado[...]; d) *los entes autónomos, autárquicos y los de economía mixta y demás entes de Derecho Público que, conforme con la respectiva legislación, sean capaces de adquirir bienes y obligarse...*”.

En cuanto al Estado, la Constitución Nacional estatuye, en su artículo 1º, su carácter unitario, lo que se complementa con la disposición contenida en el artículo 3º, que establece el ejercicio del gobierno por los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Ahora bien, la independencia de la cual habla dicho artículo es una independencia funcional, que no afecta al carácter unitario de la personalidad del Estado. Esto es, la división de poderes no conlleva una análoga división o fragmentación de la personalidad del Estado. No de otro modo puede entenderse el art. 91 del Cod. Civ., que fuera modificado por la ley 388/94, al enumerar como persona jurídica al Estado, en su inciso a). Esto es, no enumera a los poderes del Estado por separado, confiriendo a cada uno de ellos personalidad autónoma; luego, en su inciso d) se refiere a los entes autónomos y a los autárquicos, como dotados de personalidad jurídica. Aquí es donde mayores problemas interpretativos se plantean, dado que no se distingue al Estado de los entes autárquicos, autónomos y de economía mixta –en los que no se encuadra

el caso que nos ocupa-. La doctrina también está conteste con esta interpretación: “*La personalidad jurídica del Estado es “constitucional”, “única” y “pública”.*” (Dromi, Roberto, “Derecho Administrativo”, pág. 135, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2001).

“Esta división de poderes no debe ser entendida como escisión del Estado en otras tantas personalidades análogas. Es por ello que renombrados doctrinarios modernos prefieren abandonar la expresión “división de poderes”, para aludir a la “división de funciones”, sentando la postura que el poder es único e indivisible. Más allá de ello, está claro que tal división no perjudica a la esencia unitaria del Estado. Así, siendo que la personalidad jurídica del Estado es “constitucional”, “única” y “pública”.” (Dromi, Roberto, “Derecho Administrativo”, pág. 135, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2001). *“La aplicación de distintos aspectos de un mismo ordenamiento jurídico no quiere decir que la personalidad del actuante se divida o multiplique en razón de aquellos. Las que se multiplican son las competencias del Estado, las actividades de diversa índole que despliega, pero no su personalidad. El Estado, como sujeto de derecho, como persona jurídica, es siempre uno, aunque sus relaciones sean diversas. Lo mismo ocurre con la persona física, que tiene una única personalidad, pero diversidad regulatoria: civil, comercial, laboral, administrativa, penal, etc., por lo que un mismo sujeto se adjetiva de mayor, menor, soltero, casado, comerciante, empleado, contribuyente, administrado, usuario, imputado, preso, etc.”* (Dromi, Roberto, “Derecho Administrativo”, pág. 136, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2001).

La Ley N° 1.635/2.000, Orgánica del Ministerio de Relaciones Exteriores, establece en su artículo 1º, que el manejo de las relaciones exteriores de la República del Paraguay compete al Presidente de la República, enunciando en su artículo 2º que el Ministerio de Relaciones Exteriores es el “órgano” que planifica, coordina y ejecuta la política exterior “bajo la dirección” del Presidente de la República, sin verificar, en artículos posteriores, que se le atribuya algún tipo de personalidad, mas que enumerar las funciones y la composición orgánica-jerárquica del mismo.

De estas consideraciones, y como venimos sosteniendo, el Ministerio de Relaciones Exteriores, resulta ser un órgano del Estado y como tal, es el Estado Paraguayo el que responde por los hechos de sus órganos, que por las características antes dichas, no es otro que el Estado actuando a través de éstos.

Finalmente se entiende que el Ministerio de Relaciones Exteriores, al carecer de personalidad jurídica, no podría ser parte del proceso ni mucho menos

ser condenado en uno. La sentencia definitiva en estudio no puede declarar el derecho a favor ni en contra de un órgano que carece de personalidad según ya lo explicáramos *supra*, y resulta imposible dictar una resolución en contra de quien no es persona física o jurídica. De ello surge de forma manifiesta el vicio del que adolece la sentencia, que contraviene substancialmente a las reglas del Derecho Procesal, y provoca una nulidad que debe ser pronunciada de oficio.

De las constancias de autos, notamos que a fs. 32 la litis fue integrada por el Estado Paraguayo en la instancia inferior con la intervención de la Procuraduría General de la Republica, salvándose con ello este requisito esencial para el dictado de una sentencia válida.

“De lo dicho se sigue que la observancia de la regla de congruencia requiere una rigurosa conformidad entre la sentencia (definitiva o interlocutoria) y los sujetos, el objeto y la causa que individualizan a la pretensión y a la oposición”. (Lino Palacio y Alvarado Velloso, CPCN Comentado Tomo II, Pág. 114).

“...el ámbito del recurso de nulidad se circunscribe a las impugnaciones dirigidas contra los defectos de lugar, de tiempo o de forma que pudieren afectar a alguna resolución en sí misma, quedando por lo tanto excluidas de dicho ámbito aquellas irregularidades que afecten a los actos procesales que la precedieron. El recurso sería admisible, por ejemplo, si la sentencia omite la indicación de la fecha en que es dictada y tal omisión ocasiona algún perjuicio a las partes; si, por contener errores sobre el nombre de los litigantes, no es posible ejecutarla; si se pronuncia sobre cuestiones no debatidas en el proceso o excede los límites de lo reclamado en la demanda o reconvencción; etcétera.” (Palacios, Lino Enrique, “Manual de Derecho Procesal Civil”, Edit. Abeledo Perrot, 17ª edic., pág. 599).

Pese a ello el inferior en la parte resolutive de la sentencia estudiada, primero rechaza la excepción planteada por la Procuraduría General de la República y a renglón seguido hace lugar en su apartado segundo a la pretensión ejecutiva contra el Ministerio de Relaciones Exteriores, órgano que como dijéramos carece de esta aptitud “-parte procesal-”. Se ve, pues, que se configura la nulidad de este apartado por incongruencia en los sujetos que finalmente integraron la litis. Pues, por un lado el nombre del supuesto condenado no es del sujeto pasivo que conforma la litis y además de ello, este condenado carece de personalidad jurídica, volviendo imposible el cumplimiento de la sentencia. La nulidad será solo parcial y referida a dicho apartado segundo.

Notando este vicio, la sentencia analizada debe ser parcialmente anulada en el segundo apartado de la misma. Consecuentemente, en atención a lo dispuesto por el art. 406 del Cód. Proc. Civ., se pasará a estudiar y decidir sobre el fondo del asunto conjuntamente con la apelación, por tratarse de cuestiones mutuamente excluyentes -admisión rechazo de la excepción y eventual admisión o rechazo de la pretensión principal- y por ende relacionadas necesariamente en cuanto a su resultado final. Así voto.

A su turno el magistrado Arnaldo Martínez Prieto: Manifiesta que se adhiere al voto de la magistrada María Mercedes Boungermini, por compartir sus mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada la magistrada Valentina Núñez González dijo: Del análisis del escrito presentado por el Ab. Osvaldo Caballero Bejarano, representante legal de la Procuraduría General de la República, se colige que el mismo no reúne los mínimos requisitos exigidos por el art. 419 del CPC, vale decir, no se trata de un análisis razonado de la resolución ni una exposición de los motivos por los que considera que la misma es injusta o está viciada, demostrando los errores en que pudo haber incurrido el Juez actuante en la apreciación de los hechos y en la interpretación y aplicación del derecho.

Como bien lo señala el ilustre procesalista paraguayo Dr. Hernán Casco Pagano, en su obra “Código Procesal Civil Comentado y Concordado”, los agravios deben exponerse en forma concreta y suficiente evitando las generalidades y las remisiones a otros escritos”. Y esto precisamente es lo que no ha hecho el apelante.

La lectura del escrito de fundamentación de recursos nos permite visualizar que el mismo no es sino una repetición exacta del escrito de oposición de la excepción de inhabilidad de título, la única alusión a la resolución es el primer párrafo en donde en forma genérica dice que “la resolución deviene injusta y agravia sobremanera a esta representación por cuanto que el a-quo no consideró en absoluto los claros y contundentes fundamentos doctrinarios expuesto en la posición de esta defensa, en efecto, reclamamos... y a partir de ahí, reproduce el punto uno del escrito de excepción y continúa siendo una copia fiel del mismo(fs. 141/142).

Sobre el particular cabe igualmente señalar lo que menciona Ramiro Podetti al respecto en su obra “Tratado de los recursos”...”la expresión de agravios debe ser precisa, clara y concisa. Es indispensable que los abogados pierdan la

costumbre de reproducir el proceso, antes de entrar en materia. Copiar o sintetizar la demanda, el responde, los alegatos y la sentencia como introducción (que en este caso no lo es sino constituye el escrito en sí), a lo que constituye el único objeto de la expresión de agravios, la crítica de la sentencia, es tarea innecesaria...”.

Agrega que siguiendo el razonamiento del juez, debe expresar con claridad y corrección, de manera ordenada y concisa, “porque la sentencia no es justa, los motivos de la disconformidad. No puede menos que exigirse a quien intenta que se revise un fallo, que diga porque esa decisión judicial no lo conforma poniendo de manifiesto lo que considera errores de hecho o de derecho, omisiones, defectos, vicios o excesos”.

A mayor abundamiento se puede citar lo que Ibáñez Frocham, en su obra “Tratado de los recursos en el proceso civil” menciona:...” se requiere un análisis crítico de la sentencia, debe expresarse concretamente las razones que fundan el agravio, no la suplen afirmaciones genéricas si no se señalan los errores de apreciación; debe contener una refutación concreta de las conclusiones de hecho o de la aplicación del derecho; no constituye expresión de agravios que abra la segunda instancia el escrito que solo contiene apreciaciones generales o abstractas”.

De manera que conforme a lo que hemos venido señalando y a la abundante doctrina y fallos jurisprudenciales existentes, corresponde declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por el Ab. Osvaldo Caballero Bejarano, imponiendo las costas en esta instancia a la parte apelante. Así voto.

A su turno la magistrada María Mercedes Boungermini dijo: Ahora bien, el recurrente, Procuraduría General de la República representante del Estado Paraguayo, interpuso el recurso de apelación en los mismos términos que lo hubiera hecho al plantear la excepción de inhabilidad de título, aduciendo que el a quo no valoro los argumentos expuestos en dicha ocasión, en la inteligencia de que el título resulta inhábil en razón de que no se pueden embargar bienes del Estado, o en mejor entendimiento lograr el cobro compulsivo sobre el patrimonio estatal.

A este respecto debemos decir que si bien existen bienes que son inembargables por mandato de ley, esto no es argumento suficiente para declarar la inhabilidad del título que sustenta el crédito que se pretende ejecutar, pues la inembargabilidad de los bienes del ejecutado no afecta la eficacia del título,

admitir una tesis distinta, estaríamos frente al absurdo de declarar la imposibilidad de ejecutar créditos contra el Estado u otras personas, so pretexto de la inembargabilidad de los bienes.

De las mismas manifestaciones del recurrente, sobre las disposiciones del art. 530 del Cód. Proc. Civ., modificado por Ley N° 1.493/00, se advierte que el cumplimiento de sentencia es una etapa más dentro del proceso compulsorio para el cobro de los créditos contra el Estado. Es de pura y estricta lógica que tal cumplimiento solo pueda darse si es precedido del dictado de la sentencia que se ha de cumplir. No resiste el menor análisis la pretensión de no dictar la sentencia que debe ser acatada finalmente por el estado con las limitaciones y en las condiciones establecidas en la Ley 1.493/00 que reformula el art. 530 del Cód. Proc. Civ. En consecuencia, en lo que respecta al primer apartado, que decide sobre el rechazo de la inhabilidad del título, debe ser confirmado.

En cuanto a la pretensión principal, de condena de ejecución de sentencia, al rechazar la inhabilidad de título y del análisis mismo del título a ejecutar, advertimos que los presupuestos de exigibilidad, suma líquida y legitimación se hallan cumplidos, en consecuencia la demanda de ejecución de sentencia es procedente y debe ser acogida favorablemente.

Las costas han de ser impuestas parcialmente a la parte actora, adversa en esta instancia, en un 20% por haber pretendido valerse de la nulidad, y a la apelante el 80% restante, en atención a lo dispuesto en los arts. 192 y 203 del Cód. Proc. Civ., en ambas instancias. Así voto.

A su turno el magistrado Arnaldo Martínez Prieto: Manifiesta que se adhiere al voto de la Magistrada María Mercedes Boungermini, por compartir sus mismos fundamentos.

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

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

RESUELVE: 1. Tener por desistido al recurrente del recurso de nulidad en cuanto a los apartados primero y tercero de la sentencia en Alzada. 2. Declarar la nulidad del apartado segundo de la sentencia recurrida. 3. Confirmar el apartado primero de la S.D. N° 727 de fecha 12 de octubre de 2.009, en cuanto

decide sobre el rechazo de la inhabilidad de título. 4. Hacer lugar a la demanda de ejecución de sentencia. 5. Imponer las costas parcialmente a la parte actora, adversa en esta instancia, en un 20% por haber pretendido valerse de la nulidad, y a la apelante el 80% restante, en atención a lo dispuesto en los arts. 192 y 203 del Cód. Proc. Civ., en ambas instancias. 6. Anotar, registrar y remitir copia a la Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Ma. Mercedes Buongermini, Arnaldo Martínez Prieto y Valentina Núñez González.

Ante mí: Arnaldo Martínez Rozzano. Actuario.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 19

Cuestión debatida: La cuestión liminar a ser tratada se centra en la admisión de la demanda con base en el presunto pronunciamiento tardío de la empresa aseguradora sobre su responsabilidad.

SEGURO. Vencimiento de la obligación del asegurador.

La obligación que le impone el Código Civil al asegurador es el de pronunciarse dentro del plazo de 30 días. Vale decir, definir, resolver o decidirse en uno u otro sentido. Pero en ningún momento el artículo 1597 establece para el asegurador la obligación de hacer saber dentro de ese plazo su decisión, vale decir notificar la decisión adoptada dentro del plazo que le otorga la ley para pronunciarse, pues esto colisionaría con lo dispuesto en cuanto a la forma de interpretación del transcurso de los plazos contenidas en los arts. 338 y 341 del mismo cuerpo legal, pues al pretender que se notifique, acto diferente al pronunciamiento, dentro del plazo de 30 días como interpreta la A-quo se estaría cerceando el derecho del asegurador a hacer uso completo del plazo que la ley le otorga, es decir treinta días completos. Este derecho se halla consagrado igualmente en el art. 1559 del CC.

SEGURO. Vencimiento de la obligación del asegurador.

La demora en la entrega del pronunciamiento de la compañía de seguro al asegurador, bajo ningún punto de vista puede ser imputable a la empresa, porque la ineficiencia en el funcionamiento de los servicios públicos en nuestro país, por todos conocida, no puede consagrar la validez de la reclamación efec-

tuada por el actor, por el mero transcurso del tiempo, cuando que sus pretensiones han sido controvertidas en todo momento por la aseguradora.

SEGURO. Vencimiento de la obligación del asegurador.

La disposición contenida en el art. 1597 del CC no impone al asegurador la obligación de hacer saber al asegurado su decisión dentro del plazo estipulado, sino de pronunciarse, sobre la procedencia o no de su pedido en dicho plazo, independientemente a que el asegurado tome conocimiento en fecha posterior. Basta que se haya pronunciado dentro de los 30 días, pudiendo hacerlo si lo creyere conveniente, el último día permitido por el art. 1597, sin que ello importe omisión alguna y mucho menos aceptación de la pretensión del asegurado, pues son actos diferentes, pronunciamiento y notificación.

SEGURO. Provocación del siniestro. PRUEBA DE TESTIGOS.

Los testigos que manifestaron que en la fecha en que ocurrió el siniestro el demandante se desplazaba a gran velocidad por la Avenida Mcal. López excediendo el máximo previsto para este tipo de arteria, siendo un horario en el que existía poco tránsito y el pavimento se encontraba seco, permiten inferir que el accidente se produjo por culpa o negligencia del conductor, al haber violado las disposiciones existentes en el Reglamento General de Tránsito que establece que ninguna persona podrá conducir un vehículo a una velocidad mayor de la que sea razonable y prudente, lo que no ocurrió en el caso en examen, pues del estado en que quedó el vehículo así como de otros indicadores se ha determinado que el mismo excedía el máximo permitido para circular sobre dicha avenida.

Tapel. Civ. y Com. Sala 1. 19-05-11. “Sebastián Pablo Anastacia Genolet c. Mapfre Compañía de Seguros s. Indemnización de daños y perjuicios” (Ac. y Sent. N° 19).

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes;

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia recurrida?

En caso contrario, ¿se halla ajustada a derecho?

Practicado el sorteo de ley, este arrojó el siguiente orden de votación: Preopinante, la magistrada Valentina Núñez González, Dr. Óscar Augusto Paiva Valdovinos y Dr. Eusebio Melgarejo Coronel.

Antes de efectuar el análisis correspondiente a los agravios de las partes recurrentes, debemos dejar constancia que en autos han interpuesto recurso de

apelación y nulidad contra la Sentencia Definitiva N° 825 de fecha 18 de noviembre de 2008 tanto la parte actora, representado por el Abog. Dennis Sandoval Espínola y de la parte demandada, Abog. Carlos A. Zilbervarg, por lo que para un mejor ordenamiento se hará el análisis correspondiente en ese orden.

A la primera cuestión planteada la magistrada Valentina Núñez González dijo: Este recurso no ha sido fundado por la parte actora, por lo que debe declararse desierto con relación al mismo. Por su parte, el representante legal de la parte demandada ha fundado el mismo señalando que la Jueza interviniente violó lo dispuesto en el art. 159, incisos d) y e) y 15 del CPC al no tener en cuenta que su mandante se pronunció rechazando el siniestro dentro del plazo de 30 días contemplados por el art. 1597 del CC incorporando dentro de dicho plazo el tiempo que el correo paraguayo demoró en diligenciar la entrega del telegrama colacionado remitido por lo que solicita la nulidad de la resolución.

Corrido traslado a la adversa esta contesta en su escrito de fs. 495/497 sosteniendo que la sentencia no es nula pues el plazo que tenía la aseguradora para expedirse rechazando el siniestro había vencido al momento en que su mandante recibió el telegrama en fecha 13 de mayo de 2007, dos días después que había fenecido el plazo.

Analizando los argumentos esgrimidos se observa que los mismos pueden ser analizados y resueltos por la vía de la apelación y no observándose vicios de forma o solemnidades que ameriten el estudio de oficio de la resolución recurrida, corresponde desestimar el recurso interpuesto por la parte demandada. Así voto.

A sus turnos los magistrados Dres. Óscar Augusto Paiva Valdovinos Y Eusebio Melgarejo Coronel: Manifiestan que se adhieren al voto de la Magistrada Valentina Núñez González, por compartir sus mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada la magistrada Valentina Núñez González dijo: La parte actora expresa sus agravios en escrito que va de fs. 475/476, cuestionando lo resuelto por la A-quo en relación al pedido de reembolso de daños materiales y a que no hizo lugar a los daños morales, no efectuando cuestionamiento alguno en cuanto al rechazo de la reclamación formulada en cuanto a lucro cesante, quedando en consecuencia firme este punto del apartado primero de la resolución.

En cuanto a los daños materiales cuestiona el rechazo so pretexto que no fueron probados en su totalidad, aún cuando para condenar a la demandada

utiliza los mismos documentos obrantes en juicio, tomándolo como referencia. Sostiene que al no haber sido cuestionados por la demandada, hacen plena fe en juicio apoyando su argumentación en lo dispuesto en el art. 307 del CPC, reiterando que al no haberse cuestionado se los tiene por reconocidos y el Juzgado ya nada tiene que hacer sino simplemente tenerlos como documento válido solicitando en consecuencia que sea modificado el monto de la condena en dicho rubro aumentándolo a la suma de Gs. 26.166.130 (Veintiséis millones ciento sesenta y seis mil ciento treinta guaraníes).

Referente al daño moral sostiene que están dados los elementos necesarios como para hacer viable su procedencia, atendiendo al trato humillante a que fuera sometido su mandante por la compañía de seguros que se negara a cumplir con lo pactado en el contrato respectivo.

El apoderado de la parte accionada se presenta y contesta el traslado de la expresión de agravios del apelante fs. 490/491 negando los hechos articulados por el recurrente y solicitando que el Tribunal dicte resolución revocando la sentencia pues también su parte interpuso recursos contra la misma.

A fs. 489/491 expresa agravios el apoderado de la accionada sosteniendo que la resolución debe ser revocada en la parte que hizo lugar a la demanda de cumplimiento de contrato y condenó a su mandante a pagar la suma de Gs. 20.000.000 pues la jueza no consideró lo dispuesto por el art. 1597 del CC que determina un plazo de 30 días para pronunciarse sobre el siniestro denunciado. Señala que la misma luego de analizar el tema de la aceptación de los contratos que va de fs. 465 vlto. a 466 vlto. llega a la conclusión que MAPFRE notificó tardíamente su decisión de no indemnizar al asegurado y que por ello constituye un caso de aceptación tácita del siniestro. Concluye expresando que el interesado en comunicar su decisión tenía que haber tomado las precauciones que fueran necesarias para lograr su objetivo de notificar efectivamente a la otra parte dentro de término y se pregunta ¿cuáles son las precauciones que puede tomar una persona que envía un colacionado por medio del Correo paraguayo, para que éste notifique en plazo?

Cuestiona igualmente que tampoco tuvo en cuenta que todas las facturas fueron emitidas a nombre de la firma Macondo S.R.L que no es parte en este juicio, que las mismas no fueron reconocidas en juicio por los terceros que la expidieron y por lo tanto carecen de valor, y que basándose en la extemporaneidad del rechazo del siniestro, dejó de analizar todas las pruebas arrimadas que

determinan que el actor se encontraba corriendo picadas a más de 100 kilómetros por hora con otro vehículo sobre la Avda. Mcal. López cuando se incrustó en la parte trasera de otra camioneta que circulaba normalmente por la citada avenida y que era conducida por el testigo Jorge Fullone y en tal sentido menciona las conclusiones del peritaje efectuado a lo que se suman las testificales de testigos presenciales del hecho.

Concluye señalando que la sentencia dictada por la jueza interviniente, desconociendo el cúmulo de pruebas ofrecidas, constituye un premio a la irresponsabilidad pues un conductor al cual se le ha probado que actuó con dolo eventual se le premia con la reparación de su vehículo solamente porque el Correo notificó 2 días después la decisión adoptada de rechazar el siniestro, pese a existir las constancias del envío del telegrama en fecha 9 de mayo de 2006, 2 días antes que le venciera el plazo para pronunciarse contenido en el art. 1597 del CC.

El apoderado de la parte accionante se presentó y contestó el traslado de la expresión de agravios el apelante a fs.495/496 negando los hechos articulados por el recurrente y solicitando que el Tribunal mantenga firme la sentencia apelada con excepción del monto correspondiente a la indemnización por daños y perjuicios y con respecto a lo peticionado en concepto de daños morales.

Entrando a analizar la cuestión sometida a estudio, nos encontramos ante una demanda promovida por el Sr. Sebastián Pablo Anastacia Genolet contra Mapfre Compañía de Seguros, conforme al petitorio obrante a fs. 225, por cumplimiento de contrato, redargución de falsedad del informe pericial, indemnización de daños y perjuicios, lucro cesante y daño emergente y daños morales, reclamando en tal sentido la suma de Gs. 26.166.130 (Veintiséis millones ciento sesenta y seis mil ciento treinta guaraníes) en concepto de daños materiales; Gs. 80.000.000 (Ochenta millones de guaraníes) en concepto de daño moral, sin que se hayan reclamado montos para el lucro cesante y otros rubros.

Como ya se ha mencionado, ambas partes han interpuesto los recursos de apelación y nulidad contra la sentencia definitiva dictada: a) la parte actora, cuestionando el monto fijado en concepto de indemnización, alegando que no se tuvieron en cuenta los documentos justificativos de las erogaciones al momento de fijarse el monto y porque no se ha hecho lugar al resarcimiento por daños morales, b) la parte demandada ha reclamado, lo que a su criterio considera una interpretación errónea del art. 1597, al establecer que el pronunciamiento de la

aseguradora no se produjo dentro del plazo de treinta días, pues el colacionado que hacía saber dicha resolución llegó a manos del demandante en fecha 13 de mayo de 2006, habiendo sido depositado en el correo paraguayo en fecha 9 de mayo del mismo año, no pudiendo imputársele demora alguna en la entrega, pues el telegrama fue expedido dentro del plazo fijado por la ley, cuestiona igualmente que la A-quo haya tomado como referencia documentos no reconocidos en juicio y cuya validez fue cuestionada así como también que no se han tenido en cuenta las pruebas ofrecidas por su parte.

La cuestión liminar a ser tratada se centra en la admisión de la demanda con base en el presunto pronunciamiento tardío de la empresa aseguradora sobre su responsabilidad.

Al respecto debemos mencionar que la denuncia fue realizada por el demandante en fecha 11 de abril del 2006, venciendo el plazo de 30 días que le otorga el CC a la aseguradora, en consecuencia, en fecha 11 de mayo del mismo año.

El art. 1597 del CC establece lo siguiente: «*El asegurador debe pronunciarse acerca del derecho del asegurado, dentro de los treinta días de recibida la información complementaria prevista para la denuncia del siniestro. En caso de negativa, deberá enunciar los hechos en que se funde*».

Como vemos lo que la ley impone al asegurador es la obligación de pronunciarse dentro de los 30 días, no de hacer saber al asegurado el rechazo del siniestro que es otro paso.

Esta distinción es importante a la luz de lo que estipula nuestro Código Civil al referirse a los plazos en los arts. 338 y 341, que señalan: Art.338: Los plazos de días se contarán desde el día siguiente al de la celebración del acto. Si el plazo está señalado por días a contar desde uno determinado, quedará éste excluido del cómputo. El plazo incluye el día del vencimiento. Si fuere domingo o feriado, el cumplimiento tendrá lugar el primer día siguiente que no lo sea. Art. 341: todos los plazos serán continuos y completos, debiendo siempre terminar en la media noche del último día. Se computarán los días domingos y feriados, salvo disposición expresa en contrario”.

Por otra parte, es oportuno mencionar el significado de la palabra «pronunciar» contenida en el Diccionario de la Real Academia Española: “PRONUNCIAR: emitir y articular sonidos para hablar//Determinar, resolver//Resaltar, acentuar, destacar//Sublevar...//Declararse o mostrarse a favor o en contra de alguien o de algo...”.

Ya en el campo jurídico podemos mencionar la definición contenida en el Diccionario Enciclopédico de Derecho usual de Guillermo Cabanellas (3a. Edición, Pág.461, Editorial Heliasta 1994) que señala en su parte pertinente: “PRONUNCIAR: articular sonido, emitir palabras//Determinar, resolver.//Redactar y publicar una sentencia, auto u otra resolución judicial”.

Por su parte, la definición de la palabra pronunciarse existente en el mismo Diccionario nos indica: Pronunciarse; rebelarse, sublevarse....//Definirse, resolverse o decidirse en uno u otro sentido.

Podemos citar igualmente lo que al respecto se menciona en el Diccionario de Ciencias Jurídicas de Manuel Osorio, Editorial Heliasta 1994: «Pronunciarse: manifestarse en uno u otro sentido en informe, debate o deliberación. Rebelarse...

Como vemos la obligación que le impone el Código Civil al asegurador es el de pronunciarse dentro del plazo de 30 días. Vale decir, definir, resolver o decidirse en uno u otro sentido. Pero en ningún momento el artículo 1597 establece para el asegurador la obligación de hacer saber dentro de ese plazo su decisión, vale decir notificar la decisión adoptada dentro del plazo que le otorga la ley para pronunciarse, pues esto colisionaría con lo dispuesto en cuanto a la forma de interpretación del transcurso de los plazos contenidas en los art. 338 y 341 del mismo cuerpo legal, pues al pretender que se notifique, acto diferente al pronunciamiento, dentro del plazo de 30 días como interpreta la A-quo se estaría cercenando el derecho del asegurador a hacer uso completo del plazo que la ley le otorga, es decir treinta días completos. Este derecho se halla consagrado igualmente en el art. 1559 del CC, que estipula:»Las denuncias y declaraciones impuestas por este Código o por el contrato se consideran cumplidas si se expiden dentro del plazo fijado. Las partes incurrir en mora por el mero vencimiento del plazo y en nuestro caso, el asegurador se ha expedido dentro del plazo fijado, conforme consagra el artículo precedente. La notificación reiteramos es otra etapa en el proceso de reconocimiento de los derechos reclamados por el asegurado.

Aún en el hipotético caso que se considere válida la interpretación que se debe notificar dentro del plazo de 30 días, en el caso en análisis, el documento que hace saber esta decisión al asegurado, ha sido expedido por la compañía aseguradora dentro del plazo previsto por la ley pues fue depositado para su entrega en fecha 9 de mayo de 2006. La demora en la entrega bajo ningún punto

de vista puede ser imputable a la empresa, porque la ineficiencia en el funcionamiento de los servicios públicos en nuestro país, por todos conocida, no puede consagrar la validez de la reclamación efectuada por el actor, por el mero transcurso del tiempo, cuando que sus pretensiones han sido controvertidas en todo momento por la aseguradora.

Por consiguiente, no compartimos el criterio sustentado por la Juzgadora, ya que entendemos que la disposición contenida en el art. 1597 del CC no impone al asegurador la obligación de hacer saber al asegurado su decisión dentro del plazo estipulado, sino de pronunciarse, sobre la procedencia o no de su pedido en dicho plazo, independientemente a que el asegurado tome conocimiento en fecha posterior. Basta que se haya pronunciado dentro de los 30 días, pudiendo hacerlo si lo creyere conveniente, el último día permitido por el art. 1597, sin que ello importe omisión alguna y mucho menos aceptación de la pretensión del asegurado, pues son actos diferentes, pronunciamiento y notificación.

Cabe igualmente mencionar en tal sentido que en la obra del distinguido autor Rubén Stiglitz, Derecho de Seguros (4ª edición actualizada y ampliada) al referirse a la disposición del art. 47 de la ley argentina de seguros, cuyo contenido es similar al del art. 1597 de nuestro CC, en cuanto a la caducidad o pérdida de los derechos del asegurado que: “a esos efectos es suficiente que su manifestación haya sido expedida en el plazo del art. 56 de la Ley de Seguros, aún cuando sea recibida o llegue a conocimiento del tomador, asegurado o beneficiario, con ulterioridad al mismo”. Similar posición es sustentada por el distinguido tratadista Domingo López Saavedra, quien en su obra “Ley de Seguros comentada y anotada”, al referirse al art. 15 de la Ley de Seguros, texto similar al art. 1559 del CC, que está claro en este artículo que las denuncias o declaraciones que las partes estén legal o convencionalmente obligadas a hacer, se consideran como cumplidas en el momento en que las mismas son expedidas, con independencia de la fecha en que sean efectivamente recibidas por la parte a la cual están destinadas. Agrega que el asegurador debe pronunciarse sobre el derecho del asegurado a ser indemnizado dentro de los 30 días de recibida la información complementaria que el asegurador le haya podido requerir “y la omisión de pronunciarse importa aceptación”. Normalmente señala, cuando el asegurador niega el derecho del asegurado a ser indemnizado y declina la responsabilidad lo hace a través, por ejemplo, de una carta documento que es

remitida un día determinado, dentro del plazo de 30 días, pero a lo mejor recibida uno, dos o tres días después, es decir después de vencido el mencionado plazo de 30 días. Este art. 15 (equivalente al 1559 de nuestro CC) establece con absoluta claridad y precisión que lo que cuenta en estos casos es la fecha de emisión de la carta documento y no de la recepción de esta por el asegurado, pues las denuncias y declaraciones impuestas por la ley se consideran cumplidas si se expiden dentro del plazo fijado por ella, independientemente de la fecha en que éstas hayan sido recibidas por la parte a la que iban dirigidas.». Similar comentario merece al autor, lo dispuesto en el art. 56 de la Ley de Seguros argentina cuyo texto es idéntico al art. 1597 de nuestro Código Civil, señalando que no interesa la fecha en que la notificación es recibida por el asegurado ya que lo que cuenta es la fecha de expedición de la misma, por supuesto dentro de los 30 días establecidos, en concordancia con el art. 15 de la Ley de Seguros (art. 1559 de nuestro CC).

De todo lo que hemos venido señalando puede deducirse que la interpretación dada por la A-quo al cumplimiento del plazo estipulado en el art. 1597 del CC no es acertada, pues reiteramos, lo que debe hacer el asegurador es pronunciarse respecto a la pretensión del asegurado, independientemente de la fecha en que este último tome conocimiento de la decisión adoptada.

Establecido el punto en análisis, corresponde determinar si independientemente de dicha cuestión, puede considerarse procedente o no la demanda instaurada, para lo cual debe procederse al análisis de las pruebas ofrecidas.

En tal sentido resultan sumamente esclarecedoras las fotografías agregadas a los autos, que muestran el estado en que quedó el vehículo y de la velocidad que debía llevar para sufrir los destrozos que muestra; las testificales de los Sres. Mónica Beatriz Pacheco (fs. 408); Carlos Nogués (fs. 409) y Jorge Fullone (fs. 431) quienes estuvieron en el lugar y hora del accidente así como también el dictamen pericial obrante de fs. 432/444, ya que tanto los testigos que manifestaron que en la fecha en que ocurrió el siniestro el demandante se desplazaba a gran velocidad por la Avenida Mcal. López excediendo el máximo previsto para este tipo de arteria, siendo un horario en el que existía poco tránsito y el pavimento se encontraba seco, permiten inferir que el accidente se produjo por culpa o negligencia del conductor, al haber violado las disposiciones existentes en el Reglamento General de Tránsito que establece que ninguna persona podrá conducir un vehículo a una velocidad mayor de la que sea razonable y prudente,

lo que no ocurrió en el caso en examen, pues del estado en que quedó el vehículo así como de otros indicadores se ha determinado que el mismo excedía el máximo permitido para circular sobre la Avda. Mcal. López.

Que en el condicionado que forma parte integrante de la póliza de seguros está pactado que el Asegurador no se responsabiliza en el caso que el asegurado provoque el siniestro dolosamente o por culpa grave o cuando no da cumplimiento a las leyes, ordenanzas, reglamentos gubernativos, municipales o policiales vigentes, tal como también lo expresan los arts. 1.609 y 1.649 del CC.

La doctrina sostiene respecto de las reglas de interpretación de los contratos de seguro que: “La extensión del riesgo y los beneficios otorgados deben interpretarse literalmente” y que en lo concerniente a la carga de la prueba “el asegurado debe probar que se produjo el siniestro y que fue causado dentro del estado de riesgo contratado; es decir, acreditará que el hecho acaecido se encuentra dentro de la garantía pactada” (pag. 493, “Contrato de Seguro”, Isaac Halperín, Ed. Depalma, 2ª. Edic. actualizada, Bs. As).

Las probanzas ofrecidas por la actora, no revisten la entidad suficiente como para considerar cumplidos estos principios doctrinarios y han sido rebatidos eficientemente por las pruebas aportadas por al aseguradora, por lo que corresponde desestimar la pretensión de la parte actora.

En cuanto al apartado primero de la resolución recurrida, dada la forma en que ha sido resuelta la cuestión principal, corresponde confirmarla. Las costas en ambas instancias deberán ser impuestas a la parte perdedora de conformidad a lo dispuesto en los art. 192 y 203 del CPC.

De manera que conforme a las consideraciones que se han venido desarrollando corresponde: 1. Confirmar el apartado primero de la resolución recurrida. 2. Revocar en su totalidad el apartado segundo, rechazando la demanda que por incumplimiento de contrato y daños y perjuicios en diversos conceptos, promoviera el Sr. Sebastián Pablo Anastasia contra MAPFRE de Seguros. 3. Imponer las costas en ambas instancias a la parte perdedora. Así voto.

A sus turnos los magistrados Dres. Óscar Augusto Paiva Valdovinos y Eusebio Melgarejo Coronel: Manifiestan que se adhieren al voto de la magistrada Valentina Núñez González, por compartir sus mismos fundamentos.

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

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

RESUELVE: 1. Declarar desierto el recurso de nulidad interpuesto por el Abog. Dennis Sandoval Espínola y desestimar por improcedente el interpuesto por la parte demandada representada por el Abog. Carlos Zilverbarg. 2. Confirmar el apartado primero de la resolución recurrida. 3. Revocar en su totalidad el apartado segundo, rechazando la demanda que por incumplimiento de contrato y daños y perjuicios en diversos conceptos, promoviera el Sr. Sebastián Pablo Anastasia contra MAPFRE de Seguros. 4 . Imponer las costas en ambas instancias a la parte perdidosa. 5. Anotar, registrar y remitir copia a la Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Óscar Paiva Valdovinos, Valentina Núñez González y Eusebio Melgarejo Coronel.

Ante mí: Arnaldo Martínez Rozzano. Actuario.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 21

Cuestión debatida: En autos se discute la procedencia de una excepción de inhabilidad de título opuesta contra la ejecución de un auto interlocutorio de regulación de honorarios profesionales. El quid de la cuestión reside en la determinación de las partes del litigio, precisamente de la parte actora, en la que se centra el debate, y a quien se han impuesto las costas luego de operada la caducidad del juicio principal.

SENTENCIA. Vicios de la sentencia.

La apreciación y valorización de las pruebas, entre ellas las instrumentales, no refieren a vicios o errores formales del proceso que hacen al recurso de nulidad, sino que en realidad consisten en errores de juzgamiento –*in iudicando*–, que pueden y deben ser atendidos en sede de apelación; por lo demás, dado que no se advierten en la sentencia recurrida, vicios o defectos que autoricen a declarar de oficio su nulidad, el recurso debe ser desestimado. (Voto de la mayoría).

SÍNDICO. SOCIEDAD. Liquidación de la sociedad.

Lo normado por el Código Civil Paraguayo, específicamente en cuanto al carácter personal e indelegable y la responsabilidad ilimitada y solidaria, del Síndico, contenida en los Arts. 1117 y 1125, la ley de fondo se refiere al vínculo entre el Síndico y los accionistas y la responsabilidad de éste con los accionistas por los actos que les pudiera afectar. (Voto en disidencia)

REGULACIÓN DE HONORARIOS. Ejecución de honorarios.

La ejecución de honorarios profesionales importa una obligación de dar una suma de dinero. Vale advertir asimismo que es una obligación accesoria, nacida de la condena en costas, la cual, por cierto, es un accesorio de la resolución principal.

SOCIEDAD. Liquidación de la sociedad.

Las autoridades y órganos congénitos de la entidad sometida al proceso de intervención/regularización, y posteriormente al de liquidación/resolución, cesan en sus funciones y consecuentemente carecen de las facultades administrativas inherentes a su cargo, en tanto prosigan estos procedimientos especiales.

QUIEBRA. Efectos jurídicos de la quiebra.

El efecto fundamental de la declaración de quiebra es el desapoderamiento patrimonial y el traspaso de la administración de ese patrimonio al síndico. Es por dicho desapoderamiento que a veces se crean confusiones sobre la existencia independiente de la persona jurídica bancaria quebrada –cuya entidad es esencialmente patrimonial– separada de la masa de acreedores. El síndico es quien representa fundamentalmente los intereses de la masa de acreedores, y no necesariamente los del quebrado. Es por ello que el fallido conserva en la quiebra su derecho a una representación propia en el juicio, con asistencia profesional de letrado.

SOCIEDAD. Liquidación de la sociedad. BANCO CENTRAL DEL PARAGUAY. Superintendencia de bancos.

Durante el proceso de intervención/regularización y de liquidación/resolución los órganos originales de la entidad jurídica bancaria son reemplazados por los funcionarios designados por la Superintendencia de Bancos; luego, al declararse la quiebra, los órganos originarios de la entidad retoman vigencia y operatividad, pero solo dentro de los límites del desapoderamiento patrimonial marcado por el art. 75 de la Ley de Quiebras.

BANCO CENTRAL DEL PARAGUAY. Superintendencia de bancos.

En atención a las resoluciones dictadas por el Banco Central del Paraguay y la Superintendencia de Bancos respecto de la entidad liquidada extrajudicialmente, y dada su situación jurídica, se concluye que tanto la asamblea de accionistas, así como la persona designada “síndico titular” por aquélla, carecían de las debidas y suficientes facultades directivas para ejercer acto administrativo alguno en nombre del Banco, incluido lógicamente el otorgamiento de poder de representación a letrados profesionales. De esta manera, las únicas personas capaces de representar al Banco por dicha época eran los funcionarios designados por la Superintendencia de Bancos, y ello, en tanto se haya culminado el proceso de liquidación/resolución y antes de la declaración de quiebra de la entidad, por lo que corresponde no hacer lugar a la inhabilidad de título.

Tapel. Civ. y Com. Sala 3. 24-03-11. “RHP. De los abogados Juan Pablo Wasmosy y Carlos Ortiz Jara en el expte.: Accionistas del Banco Oriental SAI-FECA c. Banco Central del Paraguay s. Demanda Ordinaria Declarativa de derechos” (Ac. y Sent. N° 21).

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?

En su caso, ¿se dictó conforme a derecho?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: Villalba Fernández, Buongermini Palumbo y Martínez Prieto.

A la primera cuestión planteada el Dr. Neri E. Villalba Fernández, dijo: Los recurrentes al no haber fundado este recurso interpuesto, y siendo, los agravios vertidos por los mismos en sustento de éste recurso pudiendo ser resuelto por vía de la apelación también ejercitada, debiendo por ende ser declarado desierto al no haberse constatado en la resolución examinada vicios u omisiones procesales de naturaleza solemne o formal que autoricen a éste Tribunal a una declaración de nulidad de oficio, conforme lo establecen los Arts. 15 inc. b), 113 y 404 del Código Procesal Civil.

Opinión de la Dra. Buongermini Palumbo, dijo: De la nulidad: En cuanto al recurso de nulidad, los recurrentes manifiestan que el *a quo* ha omitido referirse sobre las instrumentales agregadas en autos, alegando, de manera genérica, que no se han dado los requisitos exigidos en el art. 15 del Cód. Proc. Civ. Al respecto es preciso señalar que la apreciación y valorización de las prue-

bas, entre ellas las instrumentales, no refieren a vicios o errores formales del proceso que hacen al recurso de nulidad, sino que en realidad consisten en errores de juzgamiento –*in iudicando*–, que pueden y deben ser atendidos en sede de apelación; por lo demás, dado que no se advierten en la sentencia recurrida, vicios o defectos que autoricen a declarar de oficio su nulidad, el recurso debe ser desestimado.

A su turno el Dr. Martínez Prieto, manifiesta: Que se adhiere al voto precedente.

A la segunda cuestión planteada, el Dr. Villalba Fernández prosiguió diciendo: Por la sentencia apelada N° 63 de fecha 25 de febrero de 2.010, la instancia anterior resolvió: “1.- Hacer lugar, con costas, a la excepción de inhabilidad de título opuesta por el Sr. Osvaldo Darío Candia en contra de la presente acción y en consecuencia rechazar la ejecución. ANOTAR...” (fs. 71/74).

De dicha sentencia recurre la parte actora y presenta su escrito de expresión de agravios, que obra a fs. 82/87, manifestando su desacuerdo con la sentencia pronunciada por el a quo. Contra ella argumenta, que la excepción de inhabilidad de título no corresponde ya que el señor Osvaldo Darío Candia es parte demandada en estos autos. Es así, que la citada persona ha intervenido en representación de los accionistas del Banco Oriental y también por sus propios derechos. Además, conforme al Código Civil el carácter de Síndico es personal e indelegable y su responsabilidad es ilimitada y solidaria. Manifiestan, que el señor Osvaldo Candia no ha agregado ningún documento que le acredite solo la representación de los accionistas. Terminan su exposición con la formulación del petitorio de rigor.

La contraparte, contesta el traslado de los agravios de la parte actora fundando la defensa de la sentencia recurrida en los siguientes argumentos. Rechaza los agravios de la apelante, por cuanto considera, que la excepción de inhabilidad de título corresponde ya que el mismo no ha intervenido en el presente juicio por su derecho sino en representación de los accionistas del Banco Oriental, así lo acreditan las instrumentales presentadas. Además, la interpretación que hace la parte actora de las disposiciones del Código Civil es incorrecta, ya que el carácter personal e indelegable y la responsabilidad ilimitada y solidaria es con respecto a los accionistas. Concluye su contestación, formulando el petitorio correspondiente.

De las constancias de autos, y a los efectos del reexamen de la sentencia en

alzada, se debe partir del análisis de quienes son los sujetos activos y pasivos de la relación procesal y las instrumentales que acreditan tal extremo.

En ese sentido, en los autos principales consta el escrito de presentación de la acción declarativa de derechos que presentara el abogado Eduardo Lezcano, en nombre y representación de los accionistas del Banco Oriental SAIFECA, de acuerdo al poder general otorgado por el Síndico Titular de la entidad bancaria, el señor Osvaldo Darío Candia. También en el mismo poder, el escribano actuante ha hecho constar que el señor Candia acreditaba su representación con el Acta N° 30 de la asamblea de accionistas de fecha 12 de mayo de 2004, cuya copia el escribano manifiesta dejar incorporada al protocolo. Acta que se encuentra agregada a estos autos a fs. 58/61.

También, debe destacarse que la providencia de iniciación del juicio principal de fecha 10 de febrero de 2005, el Juzgado ha dispuesto la iniciación de la demanda promovida por los accionistas del Banco Oriental en contra del Banco Central Del Paraguay. Y, a partir de ahí no se ha dictado otra resolución que incluya a otro sujeto activo del proceso.

En cuanto, a la invocación de lo normado por el Código Civil Paraguayo, específicamente en cuanto al carácter personal e indelegable y la responsabilidad ilimitada y solidaria, del Síndico, contenida en los Arts. 1117 y 1125, la ley de fondo se refiere al vínculo entre el Síndico y los accionistas y la responsabilidad de éste con los accionistas por los actos que les pudiera afectar.

En conclusión, de todo el criterio expuesto precedentemente por este Miembro corresponde sea confirmada íntegramente la sentencia apelada. En cuanto a las costas ellas deberán ser impuestas a la parte perdidosa de conformidad a lo dispuesto en el Art. 203 del Código Procesal Civil.

Opinión de la Dra. Buongermi Palumbo, dijo: De la apelación: En autos se discute la procedencia de una excepción de inhabilidad de título opuesta contra la ejecución de un auto interlocutorio de regulación de honorarios profesionales. La excepción opuesta se funda en que el Sr. Osvaldo Darío Candia no es parte del litigio principal que obra por cuerda separada, por lo que ante tal circunstancia, aquél carecería de legitimación sustancial pasiva para ser ejecutado y exigido del pago de honorarios. En este sentido el excepcionante sostiene que los únicos legitimados para soportar la ejecución y pretensiones de los profesionales interesados son las partes que han integrado la litis en el juicio principal, la parte actora, los “Accionistas del Banco Oriental S.A.I.F.E.C.A.”, o en su

caso el Banco Central del Paraguay. Por el contrario, los ejecutantes argumentan que el Sr. Candia, así como los accionistas del Banco Paraguayo Oriental S.A.I.F.E.C.A., conforman la parte actora en los autos principales, en razón de que aquel confirió al Abg. Eduardo Lezcano el Poder General para promover la demanda principal, en su carácter de síndico titular, designado por la asamblea de accionistas.

De las antedichas posiciones vemos, entonces, que lo que fundamentalmente se discute aquí es la *legitimatío ad causam* del Sr. Osvaldo Darío Candia, es decir, la idoneidad jurídica que le permite ser sujeto pasivo de la presente ejecución, idoneidad vinculada con la alegada calidad de parte actora en el proceso principal, a partir del cual se han regulado los honorarios profesionales en estos autos.

Recordemos en primer lugar que la ejecución de honorarios profesionales importa una obligación de dar una suma de dinero. Vale advertir asimismo que es una obligación accesorio, nacida de la condena en costas, la cual, por cierto, es un accesorio de la resolución principal. A través de este razonamiento, pues, es dable deducir que el *quid* de la cuestión reside en la determinación de las partes del litigio, precisamente de la parte actora, en la que se centra el debate, y a quien se han impuesto las costas luego de operada la caducidad del juicio principal. Ello es así porque a raíz de dicha determinación surgiría o no la legitimación sustancial del Sr. Osvaldo Darío Candia de ser pasible de ejecución, si se estableciere en su calidad de demandante perdidoso condenado en costas en el juicio principal. Y, consiguientemente, de este modo, estableceríamos la procedencia o no de la excepción aquí discutida.

Un sucinto relato de lo sucedido en los autos principales, ha de contribuir para encaminarnos en la solución del conflicto. En primer lugar a fs. 44/52 se presentó el Abg. Eduardo Lezcano, aludiendo representar a los accionistas del Banco Oriental S.A.I.F.E.C.A., promoviendo una acción declarativa de derechos contra el Banco Central del Paraguay. Seguidamente, por providencia de fecha 15 de febrero de 2005 (fs. 53) se tuvo por iniciada la demanda entre las partes recién mencionadas. Es ya aquí donde surge el primer inconveniente respecto de los integrantes del litigio, puesto que los “accionistas del Banco Oriental S.A.I.F.E.C.A.”, técnica y aparentemente, constituirían un conjunto de personas físicas de común interés, representado por el letrado propulsor de la acción. Si bien pudiera aparecer como un conjunto, aún siguen siendo personas físicas

diferentes e independientes, y no una única persona colectiva integrada por personas físicas, lo que es muy diferente, vgr., sociedades, asociaciones, etc. No se olvida que fuera de las personas jurídicas reconocidas por el derecho no hay entidades ideales.

El proceso debe estar integrado, en su dialéctica de debate, por dos partes en las que actúan sujetos de derecho, vale decir personas, como ya se tiene dicho en innumerables fallos. Sin embargo no se define en el juicio principal, al menos en la promoción de la demanda, así como tampoco en la providencia inicial, qué personas específicas constituyen la agrupación de sujetos demandantes. Ciertamente esta incertidumbre dio lugar a la excepción de falta de personería opuesta por el Banco Central del Paraguay al contestar el traslado de la demanda (fs. 88). No obstante ello, luego se declaró operada la caducidad de la instancia por A.I. N° 337 del 05 de abril del 2006 (fs. 136), con imposición de costas a la actora, de donde nace la presente ejecución de honorarios profesionales.

Esta mentada indefinición respecto de quién, en realidad, compone la parte actora trae aparejada un par de consideraciones que pasaremos a exponer a continuación.

Como reiteradamente lo indicaron los ejecutantes al contestar el traslado de la excepción opuesta en la instancia inferior y también en la expresión de agravios en alzada, el poder general que fuera otorgado al Abg. Eduardo Lezcano para promover la acción principal constituye un importante documento cuyo examen no podemos eludir. A fs. 41/43 obra la escritura pública N° 40 de la cual surge que el Sr. Osvaldo Darío Candia, en calidad de síndico titular del Banco Oriental, electo por la asamblea de accionistas celebrada en fecha 12 de mayo de 2004, confirió poder general a los Abogados Eduardo Lezcano y Milner Sosa Silva para que "...representen al "Banco Paraguayo Oriental S.A.I.F.E.C.A. (en liquidación)..." (Sic., fs. 41). De esta instrumental notamos que el poder fue conferido a los citados profesionales por el "síndico titular" de la entidad financiera, para que ejerzan la representación de ésta, lo que genera no pocos inconvenientes. En este sentido, primeramente es objetable la facultad que tiene el síndico titular de una entidad financiera para conferir a un profesional el poder general para representarla. Aunque ya *per se* discutible, la situación encuentra todavía un importante agravante: la condición jurídica de la entidad. En efecto, al momento del acto jurídico (19 de diciembre de 2004), la misma se encontraba en un proceso de liquidación, lo cual supone todo un esquema de suplantación

orgánica, a que aludiremos más adelante. El segundo obstáculo ante el cual nos encontramos es el siguiente: si bien el poder fue otorgado para la representación del Banco Oriental, posteriormente la acción se inicia en nombre de los “accionistas del Banco Oriental S.A.I.F.E.C.A.”, que como ya lo señalamos *supra*, no pueden sino ser considerados como un conjunto de personas físicas, por cierto indeterminadas en estos autos. Luego a fs. 96/98 fue agregada otra escritura pública en donde consta el poder general otorgado nuevamente por el “síndico titular del Paraguayo Oriental S.A.I.F.E.C.A. (en liquidación)” a favor del Abg. Eduardo Lezcano, pero esta vez a los efectos de que represente a la “...sindicatura y a los accionistas del “Banco Oriental” S.A.I.F.E.C.A. (en liquidación)...” (fs. 97). Como vemos, existe una conjunción de contradicciones y desaciertos acerca de la determinación exacta de la parte actora, hasta aquí hartamente compleja, al menos así surge del examen de los poderes agregados. De éstos, pues, se colige, confusamente, la posibilidad de que la parte actora esté conformada por: el Banco Oriental, como persona jurídica; el Sr. Osvaldo Darío Candia “síndico titular”, como persona física; y “los accionistas del Banco Oriental”, como un grupo de personas físicas.

En segundo lugar, un factor sumamente relevante a ser considerado, es, como lo mencionamos líneas arriba, la situación jurídica de la entidad financiera Banco Oriental. Es menester para ello examinar la normativa aplicable, la Ley 861/96, su modificatoria la Ley 2334/03, y la Ley 154/69. Las entidades en proceso de intervención –hoy llamado de regularización– o de liquidación –hoy llamado de resolución– si bien subsisten como personas jurídicas, lo hacen con objetos especiales: la rehabilitación y saneamiento de la situación patrimonial y económica que padece para el caso de “regularización”; y la liquidación de su patrimonio en caso de “resolución”. En este sentido, el acápite del art. 12 de la Ley 2.334/03 debe entenderse que se extinguen como entidades bancarias en actividad y con licencia para operar como tales, pero la extinción no puede ser absoluta, como parece indicar dicha norma, pues debe ser leído en concordancia con los arts. 14, 15 y 16 de la misma ley. Ante la eventualidad *supra* descrita, las entidades jurídicas bancarias ven suprimidos sus órganos naturales, lo cuales son reemplazados *de iure* respectivamente por los órganos designados en la ley: el interventor –hoy llamados supervisores por la nueva ley (art. 7° inc. ii)– y el liquidador –denominado interventor de la Superintendencia en la Ley 2.334/03 (art. 14)–. Además, expresamente establece el art. 16 de esta ley que una vez

iniciado el proceso de resolución –o liquidación-, entre otros, quedan suspendidos los derechos de los administradores, accionistas y acreedores de la entidad. Asimismo cesan las funciones de los directores, gerentes y apoderados generales. De este modo, no caben dudas que las autoridades y órganos congénitos de la entidad sometida al proceso de intervención/regularización, y posteriormente al de liquidación/resolución, cesan en sus funciones y consecuentemente carecen de las facultades administrativas inherentes a su cargo, en tanto prosigan estos procedimientos especiales.

Ahora bien, no debemos olvidar que la liquidación extrajudicial prevista en la Ley de Bancos y sus modificatorias, es un proceso administrativo regido por sus normas propias, pero cuando la liquidación se judicializa estamos frente a una quiebra. Es por ello que la Ley de Bancos establece que el proceso subsiguiente a la liquidación extrajudicial es el de quiebra. Ahora bien, la Ley de Bancos preveía la declaración de quiebra solamente para entidades bancarias cuyo proceso de liquidación extrajudicial hubiese finalizado, y aún así, solo con un objeto bien definido: la calificación de la conducta patrimonial de la entidad, a los efectos de determinar si la falencia es dolosa o culposa o mero arbitrio del azar. Tal sistema fue pensado en concordancia con el panorama normativo creado con la Ley 861/96, el cual fue sustancialmente alterado con la Ley 2334/03. En efecto, el art. 35 de dicha modificatoria establece que las entidades que al momento de la promulgación de la ley, que se encuentren en estado de liquidación, se tratarán como si las respectivas liquidaciones extrajudiciales ya hubieran concluido –la ley habla de “proceso de resolución”, que es la nueva denominación de la antigua liquidación- y por ende, se podrá solicitar su quiebra conforme con dicha ley, art. 12. Todo ello implica que el proceso de liquidación patrimonial se hará también judicialmente –en la parte aún inconclusa- aplicándosele a tal procedimiento la normativa corriente para las liquidaciones judiciales, cual es la de la Ley de Quiebras, ya que al judicializarse la liquidación pendiente, aquélla rige en todo su espectro. Es, precisamente, la Ley de Quiebras la que establece que el fallido –y aquí no cabe hacer distinciones entre personas físicas o jurídicas- conserva los derechos propios, entre los que se cuenta el derecho a la defensa en juicio, especialmente al control del proceso de liquidación de sus activos y de admisión de los créditos que se le reclaman. Ello surge claramente del art. 75 de dicho cuerpo legal. No debemos olvidar que el estado de quiebra no extingue a la persona, tampoco a la persona jurídica. El

efecto fundamental de la declaración de quiebra es el desapoderamiento patrimonial y el traspaso de la administración de ese patrimonio al síndico. Es por dicho desapoderamiento que a veces se crean confusiones sobre la existencia independiente de la persona jurídica bancaria quebrada –cuya entidad es esencialmente patrimonial– separada de la masa de acreedores. El síndico es quien representa fundamentalmente los intereses de la masa de acreedores, y no necesariamente los del quebrado. Es por ello que el fallido conserva en la quiebra su derecho a una representación propia en el juicio, con asistencia profesional de letrado.

En conclusión, durante el proceso de intervención/regularización y de liquidación/resolución los órganos originales de la entidad jurídica bancaria son reemplazados por los funcionarios designados por la Superintendencia de Bancos; luego, al declararse la quiebra, los órganos originarios de la entidad retoman vigencia y operatividad, pero solo dentro de los límites del desapoderamiento patrimonial marcado por el art. 75 de la Ley de Quiebras.

De las constancias de los autos principales surge que el Banco Oriental S.A.I.F.E.C.A. fue sometido al proceso de disolución y liquidación extrajudicial en virtud de la Resolución N° 6, Acta N° 188 de fecha 16 de octubre de 1998 del Directorio del Banco Central del Paraguay (fs. 16/17). Luego, por Resolución N° 99 de fecha 13 de abril de 2004, el Superintendente de Bancos dio por concluido el proceso de liquidación extrajudicial de dicha entidad. Igualmente, estableció que la “...representación, administración, custodio y guardia de los bienes y documentos de la entidad sean ejercidos por la persona a ser designada por esta Superintendencia de Bancos...” (fs. 75). Merece similar atención la Resolución N° 8 del Acta N° 110 de fecha 13 de diciembre de 2004 (fs. 69/72), mediante la cual el Directorio del Banco Central resuelve solicitar al Juez en lo Civil y Comercial de Turno la quiebra de la entidad liquidada, y, entretanto, previa declaración de quiebra por parte de la magistratura interviniente, ordena a la Superintendencia de Bancos a proseguir con la supervisión del Banco Oriental. A pesar de las citadas resoluciones, en fecha 19 de diciembre de 2004 –durante la vigente supervisión de la Superintendencia de Bancos pendiente la declaración de quiebra- el Sr. Osvaldo Darío Candia, aludiendo el carácter de síndico titular del Banco Oriental designado por la asamblea de accionistas de esta entidad, de fecha 12 de mayo de 2004 (fs. 41), otorgó poder general de representación a los profesionales luego intervinientes en los autos principales.

En este orden de cosas entonces, a través del razonamiento *ut supra* expuesto, en atención a las resoluciones dictadas por el Banco Central del Paraguay y la Superintendencia de Bancos respecto de la entidad liquidada extrajudicialmente, y dada su situación jurídica, se concluye que tanto la asamblea de accionistas de fecha 12 de mayo de 2004, cuya acta obra a fs. 58/61 de estos autos, así como el Sr. Osvaldo Darío Candia, designado “síndico titular” por aquélla, carecían de las debidas y suficientes facultades directivas para ejercer acto administrativo alguno en nombre del Banco Oriental, incluido lógicamente el otorgamiento de poder de representación a letrados profesionales. De esta manera, las únicas personas capaces de representar al Banco Oriental por dicha época eran los funcionarios designados por la Superintendencia de Bancos, y ello, en tanto se haya culminado el proceso de liquidación/resolución y antes de la declaración de quiebra de la entidad. Ello significa que como sociedad la asamblea celebrada no produjo ningún efecto, es decir, las decisiones tomadas en aquélla no pueden ser consideradas como voluntad del Banco Oriental S.A.I.F.E.C.A., el directorio y los órganos de administración estaban a cargo del órgano estatal interviniente.

En este orden de cosas entonces se excluye la posibilidad de considerar al Banco Oriental S.A.I.F.E.C.A. como parte litigante del proceso principal, y, por tanto, se desecha también la legitimación sustancial para ser ejecutada.

Ahora, una vez desechada la intervención del Banco Oriental como persona jurídica, resta analizar la posible calidad de parte de los accionistas de la entidad y del Sr. Osvaldo Darío Candia, cuyas situaciones se encuentran palmaria-mente concatenadas. Esto es así porque conforme con el poder general de fs. 41/43, así como con el agregado luego a fs. 97/98, ambos obrantes en los autos principales, fue el Sr. Candia quien, designado por la asamblea de accionistas del Banco Oriental S.A.I.F.E.C.A. como síndico titular, otorgó poder a los profesionales representantes. En general, respecto del “síndico” y los “accionistas”, el problema surge también en razón de que la asamblea celebrada en fecha 14 de mayo de 2004 (fs. 58/61) se llevó adelante cuando, paralelamente, la entidad bancaria se encontraba intervenida por la Superintendencia de Bancos, durante el proceso liquidatorio.

A la situación de los “accionistas del Banco Oriental S.A.I.F.E.C.A.”, en particular, ya nos hemos referido más arriba. Reiteramos que no puede concebirse la idea de este conjunto más que como a un grupo de personas físicas de

común interés, los cuales, también de común voluntad, optaron por promover la acción de demanda principal. La noción de persona jurídica integrada por una colectividad de personas físicas queda de por sí eliminada. Sin embargo, no se encuentra definido quiénes son los sujetos denominados “accionistas” de la entidad.

En cuanto al “sindico” Osvaldo Darío Candia, tras advertirse que las medidas tomadas por los integrantes de la asamblea carecen de valor societario, subsecuentemente el cargo que le fuera designado también sigue la misma suerte. Aun considerando el supuesto de que la asamblea de accionistas de fecha 12 de mayo de 2004 haya actuado como órgano directivo del Banco Oriental S.A.I.F.E.C.A. –circunstancia que no ha sido así–, el síndico fiscalizador de sociedades, cuya figura se halla inserta en el Código Civil, legalmente y en razón de sus funciones congénitas, carece de la facultad de otorgar poder para promover una acción judicial en nombre de la sociedad que supervisa, a lo sumo, podría otorgársele tal atribución por decisión de la asamblea de accionistas, pero no ya en carácter de síndico, sino en virtud de un contrato de mandato, regulado por las disposiciones civiles referentes al mismo (Libro Tercero, Título II, Capítulo VII del Cód. Civil.), pese aún a su vinculación directa con la sociedad como fiscalizador de la misma.

Empero, tampoco consta en el acta de la aludida asamblea que los presentes hayan designado y facultado al Sr. Osvaldo Darío Candia para conferir al Abg. Eduardo Lezcano –profesional representante- o a cualquier otro profesional su representación, ni mucho menos consta en aquélla mandato alguno referente a la promoción de la demanda en autos.

En definitiva, de las constancias e instrumentales de estos autos, además de los argumentos expuestos *supra* no podemos sino concluir que el Sr. Osvaldo Darío Candia ha actuado por sí, bajo la representación del Abg. Eduardo Lezcano. Las irregularidades e imprecisiones de la proposición de la demanda, en cuanto a quién pudiera o no representar a la actora no pueden en modo alguno ser cargadas a la parte demandada. De lo contrario bastaría con el planteo irregular de una demanda –en cuanto a los sujetos- para evitar las consecuencias económicas de su desestimación, cosa, desde luego inadmisibles y contraria no sólo al principio de buena fe negocial, sino también a que nadie puede obtener beneficios de su propio obrar torpe o doloso. Así pues, dichas imprecisiones y sus consecuencias las ha de cargar la parte actora, en las personas físicas o jurídicas

que puedan ser válidamente vinculadas con el planteo de la demanda. Como ya vimos, en este caso vemos excluida a la entidad Banco Oriental S.A.I.F.E.C.A. y al grupo de accionistas de la misma. La única persona aquí identificada, y que tiene la calidad de sujeto de derechos es el Sr. Osvaldo Darío Candia, quien dio poder, es sobre él sobre quien deben recaer las consecuencias económicas del proceso.

Por consiguiente, y visto todo lo hasta aquí expuesto como parte interviniente en el juicio principal, el Sr. Osvaldo Darío Candia se encuentra legitimado pasivamente para soportar la ejecución de esta regulación de honorarios profesionales. La excepción de inhabilidad de título es improcedente. Por tanto, la sentencia apelada debe ser revocada y se debe llevar adelante la ejecución en la suma de G. 120.000.000, más la suma de G. 12.000.000 en concepto de impuesto al valor agregado (A.I. N° 330 de fecha 29 de marzo de 2008, fs. 5).

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

A su turno el Dr. Martínez Prieto, dijo: Que adhiere su voto al de la magistrada que antecede con sus mismos fundamentos.

Con lo que terminó el acto, firmando los Sres. Miembros de conformidad y quedando acordada la sentencia que sigue a continuación, todo por ante mí, de lo que certifico.

VISTO: Por el mérito que ofrece el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala;

RESUELVE: Desestimar el recurso de nulidad. Revocar la sentencia apelada, en consecuencia, no hacer lugar a la excepción de inhabilidad de título opuesta por el Sr. Osvaldo Darío Candia, conforme a lo expuesto up supra. Llevar adelante la ejecución en la suma de G. 120.000.000 (ciento veinte millones de guaraníes), más la suma de G. 12.000.000 (doce millones de guaraníes) en concepto de impuesto al valor agregado –IVA– (A.I. N° 330 de fecha 29 de marzo de 2008, fs.5). Imponer las costas a la perdedora. Anótese, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: María Mercedes Buongermini Palumbo, Neri E. Villalba Fernández y Arnaldo Martínez Prieto.

Ante mí: Abog. Pablo Costantini. Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 26

Cuestión debatida: Lo que aquí realmente se controvierte es la decisión del Colegio Goethe respecto de no permitir a la menor S.L.R. proseguir sus estudios en el mismo, en razón de una evaluación académica negativa. La posición de la entidad educativa se sustenta en la vigencia de un Reglamento Interno, de cuya validez operativa dependería la suerte de la presente causa.

EDUCACIÓN.

En quien descansa la carga pública de la enseñanza es en las instituciones académicas oficiales o públicas, no en las entidades privadas, las cuales para su funcionamiento pueden establecer condiciones y pautas de cumplimiento, claro está, siempre que las mismas mantengan conceptos democráticos de convivencia que envuelvan, coadyuven y garanticen la labor académica.

ACCIÓN DE AMPARO. Legitimidad en la acción de amparo.

En el caso ha quedado sentado que la circunstancia expuesta y reclamada como ilegítima y discriminatoria ha sido el reglamento y, en su consecuencia, la imposibilidad que impone a la menor a continuar el presente año lectivo en la institución educativa demandada. Notamos, entonces, que el celo propuesto por la institución tiene por meta elevar el nivel de los educandos, esto es nivelarlos superlativamente por el conocimiento, lo cual no puede considerarse como una motivación absurda o irracional en una institución de enseñanza, sino una condición de excelencia cuya aplicación no puede considerarse discriminatoria.

EDUCACIÓN.

La distinción impuesta en el reglamento entre personas de un menor rendimiento académico y personas de mayor rendimiento y, por ende, calificadas para seguir en el proyecto educativo de la institución al hacer referencia a un parámetro objetivamente medible y pertinente –pertinentísimo, si se quiere– a los sujetos involucrados, su actividad, sus fines y su situación y condición, aplicado todo ello razonablemente, en un proceso que no vulnera los derechos de defensa, no puede considerarse discriminatorio.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. EDUCACIÓN.

Cualquier institución educativa o educador particular puede, de conformidad con el art. 74 de la Constitución Nacional, que ampara el derecho a enseñar, imponer normas de mayor exigencia o rigor para la promoción de los educandos y la certificación respecto de la calidad de la educación impartida.

COSTAS. Costas al vencido.

La imposición de costas en los juicios de amparo está prevista en el art. 587 del Cod. Proc. Civ., que tiene carácter objetivo, es decir, ellas siempre se imponen al vencido, a no ser que antes de fenecido el plazo para la contestación de la demanda o evacuación del informe, tales circunstancias se hayan verificado, cesando el acto ilegítimo.

TApel. Civ. y Com. Sala 3. 08-04-11. “Jorge Luis Schreiner Marengo en representación de su hija I.L. Sch. Legal c. Colegio Goethe s. Amparo” (Ac. Y Sent. N° 26)

Practicado el sorteo de ley, a fin de establecer el orden de votación, resultó que debían votar los Sres. Miembros en el orden siguiente: Dr. Arnaldo Martínez Prieto, Dra. María Mercedes Buonghermini P. y Dr. Neri Villalba.

A la única cuestión el Dr. Arnaldo Martínez Prieto dijo: Por la sentencia apelada N° 147 de fecha 11 de marzo de 2011, el *a-quo* resolvió: “1) RECHAZAR la acción de amparo instaurada en autos por el señor Jorge Luis Schreiner Marengo en representación de su hija I. L. Sch. L. contra el Colegio Goethe y la Asociación Cooperadora del Colegio Goethe, y disponer el levantamiento de la medida cautelar decretada. Ordenar, en salvaguarda del interés superior de la menor I. L. Sch. L., que el Colegio Goethe le tome el examen de regularización de la materia de matemáticas del 7° grado, en el plazo de cinco días contados a partir de la notificación de la presente resolución. Imponer las costas en el orden causado. Anotar...”. (fs. 102) (sic.).

De dicha sentencia recurre el Abg. José María Cardozo, en representación de la demandada y presenta su escrito de expresión de agravios, que obra a fs. 103. Manifiesta que recurre parcialmente la resolución en cuanto a que la misma dispone imponer las costas del juicio en el orden causado. Sostiene que la sentencia recurrida ha resuelto rechazar la acción de amparo, pero impuso las costas en el orden causado con el fundamento de que en conformidad con el art. 193 del ritual corresponde imponerlas en el orden causado en mérito de que las actuaciones de las partes no se encuentran revestidas de mala fe ni temeridad, sino que son actos en defensa de sus intereses. Arguye que si bien ambas partes han actuado de buena fe en defensa de sus respectivos intereses, no es cierto que la actora no haya actuado con temeridad al recurrir a la vía del amparo sin haber agotado la instancia administrativa promovida por ella apenas el día anterior, por lo que en el presente caso debe primar el principio objetivo de la

derrota consagrado por el art. 192 del Cod. Proc. Civ. Finalmente solicita que las costas sean impuestas en su totalidad a la parte vencida, esto es la parte actora.

La parte actora contesta los agravios en el escrito obrante a fs. 113 en el que manifiesta que su parte en su escrito de demanda ha renunciado implícitamente y, por este medio en forma expresa, a protestar cualquier costa contra el demandado, por estrictas razones éticas personales. Arguye que le resulta razonable y comprensible que el profesional del foro pretenda el cobro de sus honorarios en el marco de un juicio en el cual obtiene una sentencia favorable, aun cuando ella fuera transitoria y con fundamentos jurídicos endebles y revisables, sin embargo, llama su atención que la presente apelación fuera presentada por expresa disposición del mandante Colegio Goethe, cuando que los elementos fácticos señalan claramente que el Colegio Goethe está defendiendo por todos los medios la vigencia de un Reglamento Interno derogado implícitamente por el art. 160 de la Ley 1264/98. Finalmente, solicita que V.E., según dignos criterios, declare lo que corresponda en derecho y en especial en el marco de los deberes procesales de las partes en juicio.-

Así también recurre el Abog. Jorge Luis Schreiner Marengo, en representación de la actora y presenta su escrito de expresión de agravios, que obra a fs. 104/112. Arguye que en la nota dirigida a la Sra. Dora Inés Perrota (fs. 20) donde manifiesta su deseo de intercesión del MEC ante el Colegio Goethe fue entendido por el *a-quo* como el inicio de una gestión administrativa, cuando en realidad el mismo estaba solicitando un informe para su presentación el día 16 de febrero como instrumento de prueba dentro del proceso de amparo que se vio en necesidad de iniciar. Sostiene que como la Directora no se encontraba en su oficina, por medio de un oficio al MEC se obtuvo la nota DAJE N° 69/2011 de fecha 25 de febrero de 2011, en el cual responde las dos cuestiones planteadas: informes sobre el alcance del calendario escolar para entidades privadas y la vigencia del Reglamento Interno del Colegio Goethe. Sostiene que si el *a-quo* hubiera analizado dicho instrumento público hubiera podido llegar a la conclusión de que el Colegio Goethe basa su supuesto derecho de admisión y permanencia en el colegio en un Reglamento Interno que solo tienen el propósito de establecer normas de convivencia y no cuestiones sobre calendario escolar y otras relacionadas a la permanencia del educando en los centros de enseñanza. Arguye que a solicitud del demandado por A.I. N° 140 se revoca parcialmente el proveído anterior y pasa a considerar al demandado como un particular, apli-

cando lo previsto en el art. 573 del Cod. Proc. Civ., aunque luego continúa presentando sus argumentos al Juzgado como si el demandado fuese un órgano del Estado, ante el cual debe agostarse las instancias administrativas. Sostiene que no existen vías previas administrativas que agotar y que el mismo ha agotado las instancias internas del colegio, incluso se ha dirigido a la máxima autoridad del colegio, la “Comisión Directiva de la Asociación Cooperadora”, por medio de gestiones realizadas ante el Director General del Colegio, en consecuencia, el precedente judicial utilizado por el Juzgado para rechazar el amparo pierde fuerza en el presente juicio. Sostiene que todos los colegios deben adecuar sus Reglamentos Internos cada tres años o pierde su vigencia, según la Res. 797/98 del MEC, y el Colegio Goethe sigue aguardando que el MEC tome la iniciativa de la actualización de su reglamento del año 1994. Arguye que en la nota a fs. 86 revela un importante dato soslayado por el *a-quo*, y esto es que la gestión administrativa del MEC ya respondía al amparo presentado. Sostiene que la fijación de una fecha para el examen de regularización es una solución necesaria, pero no peticionada por su parte e insuficiente a los intereses superiores de su hija. Manifiesta que nadie puede renunciar a derechos irrenunciables, por lo que se debe aplicar el art. 54 de la Constitución Nacional y el art. 3° de la Ley 1680/01 relativo al interés superior. Respecto de la afirmación del *a-quo* de que la vía correcta es el juicio ordinario, el recurrente sostiene que es posible que formalmente fuera correcto, pero la urgencia y gravedad del caso excluye dicha posibilidad. Aduce que la educación es un servicio de naturaleza pública y su provisión está regulada en la Constitución Nacional y reglamentada por la Ley N° 1264/98. Dice que existiendo una ley que impone el principio de la igualdad de condiciones para el acceso y permanencia en los centros educativos, deviene improcedente invocar el art. 9° de la Constitución Nacional. Finalmente, solicita que la recurrida sea revocada y se ordene la inscripción definitiva y la permanencia de su hija como alumna de dicho colegio en el nivel que le corresponda.

El Abog. José María Cardozo Saguier contesta los agravios en su escrito obrante a fs. 117/125 sosteniendo que el recurrente alega que el examen de regularización no fue pedido por su parte, sin embargo, luego solicita que su hija sea reinscripta como alumna de dicho colegio en el nivel que corresponda en función al examen de regularización. Arguye que el recurrente pretende que el *a-quo* obligue a su principal a modificar su reglamento interno de acuerdo a disposiciones constitucionales y legales, pero sin señalar en qué se hallan vul-

neradas. Sostiene que el trámite administrativo iniciado ante el MEC un día antes de promover la demanda no se limitó a un mero pedido de informe, sino que fundamentalmente pidió la mediación del Ministerio del ramo, como lo prueba el escrito de demanda y documentos adjuntos. Aduce que no existe constancia del desistimiento del trámite iniciado ante el MEC, por lo que el actor debe cargar con las consecuencias que derivan de haber instaurado una acción de amparo antes de agotar de su pedido de mediación planteado en la instancia administrativa. Respecto del supuesto “desfasaje” del Reglamento Interno del Colegio Goethe, el recurrente arguye que el actor se arrogó el “derecho” y pretendió que éste le reconozca por vía del amparo, e imponer a su principal la obligación de otorgar matriculación definitiva a su menor hija en el grado que correspondiere según el resultado del examen de regularización. En consecuencia, explica que al actor no le interesa si su hija repite el 7º grado o curse el 8º grado, siempre que lo haga en el Colegio Goethe, aunque fuere contra el Reglamento Interno. También se agravia del hecho de que el mismo funcionario del MEC que en nota de fecha 25 de febrero de 2011 informó sobre la inexistencia de un Reglamento Interno vigente en el Colegio Goethe, es quien en fecha 03 de marzo solicitó informe al colegio para averiguar si la institución cuenta con un Reglamento Interno y si el mismo se encuentra vigente o no, arguyendo que incluso sería pasible de acciones penales de severas penalidades. Así, aduce que dicho informe es falso y de ningún efecto probatorio, y que incluso fue redargüido de falsedad, pero por las limitaciones del procedimiento no tuvo trámite. También aduce que el Colegio Goethe sí cuenta con un Reglamento Interno, que fue aprobado por el MEC el 30 de mayo de 1994, y que dicha resolución nunca fue derogada por ley o acto administrativo de igual rango, por lo que se encuentra plenamente vigente. Dice que teniendo el Colegio Goethe un Reglamento Interno aprobado y vigente, y siendo que éste establece condiciones de reinscripción de alumnos con elevados parámetros de excelencia educativa, lamentablemente la menor hija no reúne los requisitos de reinscripción en el grado superior, en consecuencia, el mismo pregunta cuál sería la norma legal que obliga a su principal a reinscribir a la alumna como regular del curso superior en infracción del Reglamento aceptado por ambas partes. Sostiene que si el actor pretende que su principal adecue el Reglamento Interno, la vía del amparo no es la vía idónea para articular semejante pretensión. Manifiesta que se ha dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en el segundo apartado de la sentencia,

adjuntando constancia de lo afirmado. Por todo ello, solicita se confirme la sentencia apelada.

En el fondo y más allá de cualquier circunstancia que pudiera referir a la presente causa, lo que aquí realmente se controvierte es la decisión del Colegio Goethe respecto de no permitir a la menor S.L.R. proseguir sus estudios en el mismo, en razón de una evaluación académica negativa. La posición de la entidad educativa se sustenta en la vigencia de un Reglamento Interno, de cuya validez operativa dependería la suerte de la presente causa.

Dicho esto revisaremos la presencia de los requisitos formales que deben tenerse en cuenta para atender la presente vía extraordinaria de Amparo Constitucional.

En efecto, hemos sostenido largamente que para su admisión deben resultar claramente expuestos: a) el acto ilegítimo, b) la norma violada, c) la urgencia y d) la inexistencia de vías previas o paralelas o la imposibilidad de recurrir a ellas en razón de la urgencia del caso. Hemos también de recordar que la inexistencia de uno –cualquiera– de dichos elementos determina el inexorable rechazo de la pretensión constitucional.

En cuanto al acto ilegítimo, el mismo es presentado en el siguiente marco: La menor hija del actor, ya citada, es alumna del Colegio Goethe y en dicha calidad, debido a evaluaciones con resultado insuficiente, tuvo que diferir dos materias al periodo complementario de evaluaciones, donde fuera reprobada en una de esas asignaturas. Esta circunstancia, a la luz y aplicación del Reglamento Interno del Colegio, impone el retiro del estudiante mismo o recurrir el grado, por lo que el mentado Reglamento Interno es tenido por el recurrente como inhábil, inaplicable al caso particular y, por consiguiente, ilegítimo, así como también sería ilegítima la negativa a la readmisión de la educanda, ya en carácter condicional o definitivo –según el resultado final de la segunda prueba complementaria o de regularización– que deviene de la aplicación del susodicho reglamento.

Hemos sostenido antes de ahora que en quien descansa la carga pública de la enseñanza es en las instituciones académicas oficiales o públicas, no en las entidades privadas, las cuales para su funcionamiento pueden establecer condiciones y pautas de cumplimiento, claro está siempre que las mismas mantengan conceptos democráticos de convivencia que envuelvan, coadyuven y garanticen la labor académica.

Ahora bien, la ilegitimidad del acto surgiría de la vigencia y aplicabilidad o no del instrumento que contiene la disposición señalada y que se halla agregada de fs. 2 a 10 vlt. de autos, en cuyo 5° folio y bajo el acápite de “DE LA REINSCRIPCIÓN” 2.1.4. -2° párr.- se asienta la circunstancia señalada en la presente causa.

Respecto del referido instrumento reglamentario, se cuestiona su validez, empero no su conocimiento, pues resulta obvio que sus detalles e incidencias eran perfectamente manejados por el actor según su nota de fs. 19 y 20 que lucen fechas del 11 y 15 de febrero cte.

Decíamos *supra* que las instituciones particulares tienen todo el derecho de generar e imponer condiciones distintivas que en su momento deben ser conocidas por quienes serán los destinatarios de la misma, circunstancia ésta suficientemente expuesta en la referencia del párrafo anterior y a fs. 54, lo cual implica que, llegado el momento de su aplicación, no es dable el planteamiento de conflictos con supuestos derechos fundamentales basados en el quiebre del principio de igualdad y consiguiente discriminación.

La igualdad o no discriminación, principios básicos y elementales de nuestra legislación, han sido utilizados como banderas en conflictos de toda naturaleza, circunstancia esta que ha generado inúmeras definiciones con restas y agregados que hábil e interesadamente manejadas pueden confluir en posturas dispares, algo así como aquella patética frase atribuida a Mme. Roland de la Platiere, quien en el marco histórico posterior a la Revolución Francesa dijera: “¡Libertad, cuántos crímenes se han cometido en tu nombre!”. En efecto, en nombre de la igualdad y de la no discriminación no han sido pocos los desmanes producidos, ubicándolas hoy en las erráticas propuestas multiuso.

Es por ello que el principio de igualdad y su necesidad de ser asegurada por los órganos jurisdiccionales ha generado grandes debates y posturas que reclaman mayor esfuerzo y concentración a la luz de la globalización y de la pujante complejidad de nuestras sociedades. En la ingente labor propuesta podríamos decir que la igualdad carece de un manejo absoluto, pues importa que todas aquellas personas que se hallen sometidas a una legislación dentro de determinado territorio o en relación a un objeto definido sean consideradas y tratadas del mismo modo y que si acaso existe una diferenciación, ésta sea motivada por un objetivo razonable y no a propósitos de persecución o privilegio. La Corte Constitucional italiana ha sentado “...que el principio de igualdad se viola cuan-

do sin un motivo ‘razonable’ se da un tratamiento diferente a personas que se encuentran en situaciones iguales, aclarando adecuadamente que ese motivo razonable no es extraño al ordenamiento jurídico, sino que debe ser manifestación de la razonabilidad ínsita en el ordenamiento mismo, o sea, debe existir una ratio de derecho [...] que justifique la diversidad de tratamiento donde, aparentemente, se da identidad de situaciones y viceversa” (conf. Pierlingieri, Pietro, “La personalita umana nell’ordinamento giuridico”, Università degli Studi di Camerino, Napoli 1972, pág. 169), al igual que el Tribunal Constitucional de España que reafirma la prohibición a toda desigualdad que por su alcance sea irrazonable (jurisp. Citada por Sardina Paramo, Juan A. en “Algunas reflexiones sobre la igualdad ante la ley como razonamiento aporético”, Edit. del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991) o la Corte Europea de Derechos Humanos que, al analizar el art. 14 del Tratado de Derechos Humanos, afirma que “una distinción es discriminatoria si carece de una justificación objetiva y razonable, esto es, si aquella no persigue un objetivo legítimo, o si no existe un vínculo razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo buscado” (v jurisp. Citada por Miller, Jonathan y otros en “Constitución y Derechos Humanos”; Astrea, Bs. As. 1991 y otras de idéntico contenido y conclusión impresas en “Ley contra la discriminación” José Luis Amadeo; LexisNexis; Bs. As., 2006).

En el caso ha quedado sentado que la circunstancia expuesta y reclamada como ilegítima y discriminatoria ha sido el Reglamento y en su consecuencia la imposibilidad que impone a la menor a continuar el presente año lectivo en la institución demandada. Notamos entonces, que el celo propuesto por la institución tiene por meta elevar el nivel de los educandos, esto es nivelarlos superlativamente por el conocimiento, lo cual no puede considerarse como una motivación absurda o irracional en una institución de enseñanza, sino –repito– una condición de excelencia cuya aplicación no puede considerarse discriminatoria. Amén de ello, el recurrente conocía perfectamente su vigencia (vide folio 54). De modo que la distinción impuesta en el Reglamento entre personas de un menor rendimiento académico y personas de mayor rendimiento y, por ende, calificadas para seguir en el proyecto educativo de la institución al hacer referencia a un parámetro objetivamente medible y pertinente –pertinentísimo, si se quiere– a los sujetos involucrados, su actividad, sus fines y su situación y condición, aplicado todo ello razonablemente, en un proceso que no vulnera los derechos de defensa, no puede considerarse discriminatorio.

No necesita ni comentario, ni prueba la excelente consideración que goza el Colegio Goethe en nuestra sociedad, manifestación esta que no podrá rotularse de parcialista en el juzgamiento encarado, ya que es obvia la plena convicción del actor en dicho sentido, que, además, ha recibido toda su formación académica en la referida casa de estudios, determinando que ambas hijas también cursen en la institución. En definitiva, el actor lo que pretende es mantener a su hija en la institución precisamente por la alta valoración que tiene de la misma y que en virtud de la reglamentación referida se trata de mantener con la elevación de los niveles de productividad académica, nivelación esta que la niña no ha podido alcanzar por circunstancias coyunturales que la institución no puede valorarlas sin serio riesgo de subjetivar y maleabilizar las condiciones.

Luego, también hay que considerar la alegación de que el Reglamento del Colegio, involucrado en esta discusión, sería contrario a las normas establecidas por el Ministerio de Educación y Cultura, ente rector a todo lo que hace a la actuación del nivel primario y secundario. Empero, la normativa establece el Ministerio en cuanto a ciertos temas, en particular lo relativo al rendimiento o excelencia académica, son reglas *de minimis*. De ahí en más, cualquier institución educativa o educador particular puede, de conformidad con el art. 74 de la Constitución Nacional, que ampara el derecho a enseñar, imponer normas de mayor exigencia o rigor para la promoción de los educandos y la certificación respecto de la calidad de la educación impartida.

Con estas cualidades el acto traído carece de ilegitimidad por discriminación, ya que ni el instrumento ni su contenido aplicado a la menor pueden ser tachados de tales, por lo que al concluirse de este modo no corresponde proseguir el estudio del caso, dada la ausencia de uno de sus elementos condicionantes.

Finalmente, debemos apuntar que lo que el peticionante del amparo en nombre de su menor hija ha solicitado es la readmisión en la institución de enseñanza –Colegio Goethe– en el grado de instrucción correspondiente según que la educanda solvente o no exitosamente el examen de regularización –que fuera ordenado por el juez de primera instancia que decidió en este litigio–, y que según las constancias de autos ya fue aprobado por la alumna (fs. 115). De modo, pues, que entre las peticiones alternativas que planteó originalmente el demandante, sólo quedaría por considerar la segunda situación por él reclamada, vale decir, la readmisión de la alumna en el octavo grado del Colegio Goethe

por haber aprobado el examen de regularización tomado en el mes de marzo. Es sabido que en el amparo los jueces tienen un cierto espacio de equitativo arbitrio a la hora de decidir lo más conveniente a los derechos que se pretenden amparar. Aquí, desde luego, se trata de la educación de una persona que es menor de edad y, por lo tanto, entra en consideración el principio del interés superior del niño y adolescente consagrado en acuerdos internacionales. Empero, como ya hay una situación de hecho, cual es el haber aprobado el examen de regularización, y ante el expreso pedido del padre que en caso de darse justamente esta circunstancia, se permita la inscripción de la niña en el octavo grado del Colegio Goethe en carácter definitivo y no en el séptimo, este Tribunal no está en posición de ordenar la inscripción de la niña en el mismo colegio pero en el séptimo grado, atendiendo al interés superior de ella, y debe confiar en que el padre de la misma está en mejor posición para evaluar lo que es más conveniente y pertinente para la formación integral de la niña en los tres ámbitos –cognoscitivo, destrezas y aptitudes– del aprendizaje, lo cual ha expresado claramente en los términos de su pedido.

En dichos términos, el primer apartado de la resolución recurrida debe ser confirmado. En cuanto al segundo apartado, de las constancias de autos se advierte un informe a fs. 115 donde se consigna el cumplimiento a lo ordenado en la recurrida, por lo que carece de objeto el estudio de dicho apartado.

Luego, corresponde tratar el recurso parcial interpuesto por la parte demandada. El objeto del recurso es la imposición de costas dispuesta en el orden causado.

La imposición de costas en los juicios de amparo está prevista en el art. 587 del Cod. Proc. Civ., que tiene carácter objetivo, es decir, ellas siempre se imponen al vencido, a no ser que antes de fenecido el plazo para la contestación de la demanda o evacuó del informe, tales circunstancias se hayan verificado, cesando el acto ilegítimo. Como no se dio ninguna de dichas circunstancias, las costas en ambas instancias deben ser impuestas a la parte perdedora por lo que el inciso tercero debe ser modificado, de conformidad con lo establecido en los arts. 203 y 587 del Cod. Proc. Civ.

A sus turnos los Dres. Buonghermini y Villalba manifestaron que votaban en igual sentido.

Con lo que terminó el acto, firmando los Sres. Miembros de conformidad y quedando acordada la sentencia que sigue a continuación, todo por ante mí, de lo que certifico.

VISTO: El mérito que ofrece el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala,

RESUELVE: Confirmar el primer apartado de la sentencia apelada. Modificar el tercer apartado de la sentencia apelada y, en consecuencia, imponer las costas a la perdedora, en ambas instancias. Anótese, regístrese, y remítase copia a la Excma. Corte suprema de Justicia.

Magistrados: María Mercedes Buongermini Palumbo, Neri E. Villalba Fernández y Arnaldo Martínez Prieto.

Ante mí: Abog. Pablo Costantini. Actuario Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 30

DAÑOS Y PERJUICIOS. Exoneración de responsabilidad.

Surge patente de las documentaciones presentadas con la demanda, el resultado de la reclamación, lo que deja en claro que los hoy demandados (Presidente de la Rca. y Ministro de Relaciones Exteriores), obraron dentro de los límites que corresponden al ejercicio de sus facultades regladas por ley y al no ser anulado ni declarado ilegal el decreto recurrido, no se genera ninguna responsabilidad civil emergente y, por consiguiente, jamás nacieron los derechos resarcitorios reclamados hoy día por la actora.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Exoneración de responsabilidad.

Se infiere que los demandados principales (Presidente de la Rca. y Ministro de Relaciones Exteriores) actuaron en el marco de sus facultades regladas tal como lo establecen las normas administrativas de orden público o de gobierno, no como personas físicas de derecho privado, por lo que mal podría imputársele por consiguiente responsabilidad personal por sus actos, como se pretende, y mucho menos que los mismos puedan tener que responder por supuestos salarios caídos, aumentos de salarios, aguinaldos, pago de haberes jubilatorios y demás rubros reclamados, primero por no ser oponible los mismos, dada la falta de legitimación, y segundo, en el hipotético caso de existir legitimación, por no corresponder a los mismos la cobertura de dichos rubros, que eventualmente hubiese correspondido al Estado, pero al no haberse hecho reserva alguna al respecto, la cuestión quedó finiquitada atendiendo al resultado mencionado precedentemente.

EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN. Procedencia de la excepción de falta de acción.

Resulta procedente la exposición de falta de acción promovida por el Estado, por cuanto que en la relación al mismo, la cuestión fue resuelta y cumplida la sentencia, sin reserva por parte de la hoy actora, quedando finiquitado el litigio que involucrara a ambos demandados (Presidente de la Rca. y Ministro de Relaciones Exteriores) y extinguiéndose, en consecuencia, cualquier otra responsabilidad.

COSA JUZGADA. Excepción de cosa juzgada.

En cuanto a la excepción de cosa juzgada opuesta por el Estado, y atendiendo al reclamo efectuando ante el Tribunal de cuentas y la Corte Suprema de Justicia, el resultado obtenido y el cumplimiento de la condena, resulta evidente que la cuestión ha pasado a estado de cosa juzgada, de manera que no puede reabrirse una nueva discusión al respecto so pretexto de supuestas responsabilidades subsidiarias provenientes de presuntos incumplimientos de parte de los funcionarios involucrados en la firma del decreto cuestionado.

Tapel. Civ. y Com. Sala 5. 09-02-11. “Blanca Alvarez Grinok c. Juan Carlos Wasmosy y Luis María Ramírez Boettner s. indemnización de daños” (A.I. N° 30)

Asunción, 9 de febrero de 2011.

VISTOS: Los recursos de nulidad y apelación interpuestos por el Representante legal del Ing. Juan Carlos Wasmosy y el Dr. Luis María Ramírez Boettner (fs. 130), contra el A.I. N° 25 de fecha 5 de febrero de 2004, dictado por la Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Cuarto Turno de la Capital; y,

CONSIDERANDO:

QUE, por la resolución recurrida la A-quo había dispuesto: “Rechazar por improcedentes las excepciones de pago y prescripciones deducidos por el abogado Fernando Iriberry, en representación de los demandados señores Juan Carlos Wasmosy Y Luis María Ramírez Boettner. Rechazar las excepciones de cosa juzgada y falta de acción opuestas por los citados demandados principales y por la Procuraduría General de la República en representación del Estado Paraguayo, en relación a la indemnización por daño moral e indemnización especial

reclamadas. Hacer lugar a las excepciones de cosa juzgada y falta de acción opuesta por las partes citadas en el punto anterior en relación a los salarios, aumentos salariales, haberes jubilatorios y aguinaldos exigidos por la parte actora. Imponer las costas en el orden causado.

Notificar por cédula. Anotar, registrar y remitir copia a la Corte Suprema de Justicia. En cuanto a la nulidad: Se agravia el recurrente contra la Resolución objeto de estudio en Alzada, señalando que la misma adolece del vicio de la incongruencia, por cuanto que por un lado otorga la cosa juzgada y la falta de acción en parte y rechazada la cosa juzgada y la falta de acción en otra parte, que es antecedente de la rechazada. Este desdoblamiento de la institución de la cosa juzgada o la falta de acción considerada lesiona la garantía del instinto del “non bis ídem” consagrado en el art. 17 numeral 4º de la Constitución Nacional. Continúa señalando que la jueza resuelve mirando y revisando el expediente para determinar el fondo de la causa sin dejar otro sabor que la falta de oportunidad procesal para sus propios juicios de valor, no hacer lugar a la cosa juzgada y la falta de acción sobre la demanda de responsabilidad interpuesta, Parcializando la cosa a juzgar, sin tener en cuenta que la etiología de esta controvertida causa se encuentra en la suma de los hechos y si esos hechos son tan palmariamente objetivos como lo demuestra al hacer lugar a la cosa juzgada y a la falta de acción en la misma materia (monto de dinero que el Estado pagó por orden judicial) que sería base de la demanda por daños, ha hecho trizas el concepto del origen de la institución de los daños y la responsabilidad civil emergente, probando que no hay congruencia.

Rechaza por improcedente la excepción de pago y hace lugar a la falta de acción por cosa juzgada en las consideraciones de haberse recibido los pagos resarcitorios en abierta contradicción, porque lo que solicita la declaración de nulidad de la resolución recurrida y el archivamiento de los autos.

Corrido traslado a la otra parte, ésta contesta en escrito que va de fs. 144/146, solicitando que los recursos interpuestos sean declarados desiertos por no reunir los requisitos del art. 419 del CPC y en caso de no prosperar ese pedido en cuanto a la nulidad reclamada, sostiene que del cotejo de las actuaciones surge claramente que no se han violado principios constitucionales alguno, por lo que al no tener vicios de ninguna clase que pueda llevar a la convicción del Tribunal para decidir la precedencia del recurso, solicitando la confirmación del mismo.

Entrando a analizar las actuaciones y los términos de la resolución recurrida, así como los argumentos esgrimidos por el recurrente, se observa que los demandados principales, como da en llamarlos la A-quo, fueron demandados por la Sra. Blanca Álvarez Grinok a los efectos de obtener: a) salarios no pagados desde el dictado del Dto. 12.550/96 (7/8); b) haberes jubilatorios durante el mismo Lapso; c) los aumentos salariales durante el citado periodo; d) igualmente los aguinaldos correspondientes; e) daño moral; y f) indemnización especial por truncamiento de las actividades y vocación laboral sindical.

A los efectos de una mejor comprensión de la situación que se plantea, debemos mencionar que la Sra. Álvarez Grinok fue dejada cesante en su carácter de funcionaria del Ministerio de Relaciones Exteriores en virtud del Dto. N° 12.550 de fecha 27 de febrero de 1996, habiendo recurrido la misma ante el Tribunal de Cuentas, que procedió a la modificación del decreto de referencia, sustituyendo la sanción de cesantía por la de suspensión sin goce de sueldo por el plazo de 90 días, disponiendo la reposición en el cargo de la misma y el pago de los salarios caídos equivalentes a un año de último sueldo vigente al momento de la cancelación emergente de este fallo. Esta resolución fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia, la Sra. Álvarez Grinok repuesta en su cargo habiendo percibido la suma dispuesta por la resolución.

Hecha esta puntualización, corresponde señalar que de la lectura del escrito de interposición de las excepciones que fueran resueltas, la constancias y los fundamentos sostenidos por la a-quo se observa que no existe congruencia en las decisiones adoptadas por la magistrada en relación a las excepciones planteadas que se hallan íntimamente ligadas entre sí.

Hemos visto ya los rubros reclamados por la demandante, que omitimos repetir por hallarse consignados más arriba, y en tal sentido, no resulta congruente que por un lado se rechace la excepción de pago opuesto por los demandados principales, como da en llamarlos la A-quo y al mismo tiempo se admite la excepción de cosa juzgada y falta de acción en relación a esos mismos rubros, de suerte tal que cabe preguntarse, en el hipotético caso de prosperar la demanda, ¿qué es lo que tendrían que pagar los demandados en relación a estos rubros, si se considera que existe cosa juzgada y se ha hecho lugar a la falta de acción de la demandante en cuanto a los mismos, no existiendo en consecuencia obligación alguna al respecto? Al respecto es sumamente interesante señalar lo que la propia jueza mencionara al fundamentar los motivos de la admisión de la

excepción de falta de acción en relación a los mencionados rubros: “Asimismo, no se observan fundamentos para que la actora entienda que las obligaciones que se originan de una misma relación jurídica (en este caso actora y Ministerio de Relaciones Exteriores) deben ser cumplidas en parte por sujetos distintos”, reconociendo en consecuencia en forma expresa que los demandados principales no tienen obligación respecto a dichas pretensiones, y quien eventualmente podría estar obligado al pago de los mismos será el Ministerio de Relaciones Exteriores, sin embargo, a continuación señala que la excepciones de faltas de acción y cosa juzgada opuestas por el Estado Paraguayo deben prosperar por el mismo fundamento.

Dada la forma contradictoria en que han sido resueltas las excepciones y quedando demostrada la incongruencia existente, corresponde declarar la nulidad de la resolución en Alzada.

En cuanto a la apelación. Dada la forma en que ha sido resuelta la cuestión, no corresponde el estudio de la apelación.

Y en cumplimiento de lo provisto en el art. 406 del CPC, se procede a dictar nueva resolución en los siguientes términos: la presente demanda ha sido promovida por la Sra. Blanca Álvarez Grinok contra los Sres. Juan Carlos Wasmosy, Luis María Ramírez Boettner y subsidiariamente contra el Estado Paraguayo, a fin de lograr el cobro de: a) salarios no pagados desde el dictado del Dto. 12.550/96 (7/8); b) haberes jubilatorios durante el mismo lapso; c) los aumentos salariales durante el citado periodo; d) igualmente los aguinaldos correspondientes; e) daño Moral; y f) indemnización especial por truncamiento de las actividades y vocación laboral sindical, responsabilizando en forma personal a las mencionadas personas de conformidad a lo dispuesto en el art. 106, primera parte de la Constitución Nacional y subsidiariamente al Estado Paraguayo, habiendo solicitado que este sea notificada de la demanda, por los efectos que puedan surgir sobre el patrimonio público en caso de insolvencia de los demandados.

Contra el progreso de la acción, la parte demandada interpuso: a) Juan Carlos Wasmosy y Luis María Ramírez Boettner, representando por el Ab. Fernando Iriberry, las excepciones de pago, prescripciones, cosa juzgada y falta de acción en el demandado (fs. 64 y sgtes.) contra los rubros arriba mencionados; b) el Estado Paraguayo, a través de la Procuraduría General de la República, las excepciones de falta de acción y cosa juzgada.

Haciendo un sucinto relato de las fundamentaciones de las mencionadas excepciones que constan más extensamente en el escrito obrante de fs. 64/82 a los que nos remitimos, podemos señalar que el Abog. Iriberry considera en cuanto a la falta de acción que habiéndose resuelto en el Tribunal de Cuentas las pretensiones de la parte actora, sin que exista declaración de nulidad del decreto recurrido, sino modificación del mismo imponiendo otra sanción, este hecho no genera responsabilidad alguna para sus mandantes, pues fue ratificada la facultad que corresponde a los mismos de dictarlo, siendo absolutamente legal el decreto, dado que no se ha imputado discrecionalidad ilegítima ni se ha anulado por tal el decreto cuestionado.

En cuanto a la excepción de pago, sostiene que sus mandantes, a resultas de dos sentencias judiciales, quedaron liberados de toda obligación futura y de pagos emergentes, simplemente por no haber sido sujetos de comisión de actos ilegales o anulados en el transcurso de su administración. Por otra parte, sostiene que el Estado ha honrado la condena que le fuera impuesta, reponiendo a la demandante y pagando la cifra a lo que fuera condenada, con lo que se produce la extensión de la obligación de pago, reforzado este hecho por haber la demandante percibido íntegramente sus haberes caídos sin realizar reserva alguna de otro tipo de reclamación.

En cuanto a la prescripción, sostiene que al haber quedado firme la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, se ha operado automáticamente la extinción de la obligación de hacer o dar al administrador demandado por consecuencia de sus propios actos, los que no fueron sujetos de sanción de nulidad, con lo que se opera largamente la prescripción liberatoria por consecuencia del acto judicial que hubo extinguido la responsabilidad civil emergente del administrador.

En cuanto a la cosa juzgada, sostiene a su vez que todas y cada una de las pretensiones intentadas hoy por la demandante ya fueron resueltas a instancia de parte y por la justicia. Sostiene que la actora pretende a través una acción resarcitoria de daños y perjuicios, solicitar encubiertamente lo que ya ha sido concedido, sueldos caídos, para lo cual utiliza nuevamente el argumento general histórico que parte del supuesto de ilegalidad del decreto 12.550/96.

Por su parte, el Estado Paraguayo sostiene, en cuanto a la falta de acción, que la propia actora admite expresamente que el caso que plantea ya se haya resuelto por el Tribunal de Cuentas y con sentencia confirmada por la Corte

Suprema de Justicia, según copias presentadas, de ello se colige que la Administración de Justicia ha impuesto la sanción al Estado conforme a la presentación de la actora, percibiendo sus salarios caídos de un año, siendo repuesta en el cargo, con lo que ha quedado finiquitado el caso litigioso, extinguiéndose cualquier otra responsabilidad de las partes, de ahí que la actora carezca de acción para plantear y promover la demanda por indemnización que ahora pretende, con ello solo se estará buscando una picaresca ampliación de sus supuestos haberes, que no corresponde.

Respecto de la cosa juzgada, tiene directamente relación con la anterior excepción, y significa que el litigio planteado por la actora ya ha sido juzgado debidamente y tienen sentencia firme y ejecutoriada. La actora reclamo ante el Tribunal de Cuentas las consecuencias de su despido y habiéndose resuelto favorablemente su petición, mediante su reincorporación sus funciones se ha dado fiel cumplimiento a lo ordenado por sentencia judicial. Ello significa que el caso pasó a ser cosa juzgada y la pretensión de ampliar supuestas indemnizaciones no resulta viable. El caso ya fue juzgado y sancionado por la Administración de Justicia y no cabe el estudio y consideración por segunda vez como se pretende.

A los efectos de un adecuado estudio de la cuestión planteada, corresponde efectuar un ordenamiento en cuanto a las distintas excepciones interpuestas, porque de la forma de resolución de algunas de ellas puede depender o no la necesidad de análisis de otras. En tal sentido, consideramos apropiado iniciar el estudio en relación a los demandados principales efectuando un análisis de la situación que se plantea en autos.

La parte actora fue dejada cesante en el cargo que venía desempeñando en el Ministerio de Relaciones Exteriores, en virtud al Decreto 12550/96, decreto que fuera suscripto por el entonces Ministro de Relaciones Exteriores Luis María Ramírez Boettner y el entonces Presidente de la República, Ing. Juan Carlos Wasmosy. Contra esta disposición la misma ocurre ante el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, a fin de obtener la anulación del mencionado decreto. Realizados los trámites correspondientes, el Tribunal resuelve sustituir la sanción impuesta por la de suspensión por el plazo de 90 días sin goce de sueldo, lo que deja vigente el mencionado decreto en cuanto al objeto principal, que era la sanción a la funcionaria, sustituyendo la sanción más grave por otra menor. Como vemos, la cuestión que genera las reclamaciones hoy día, fue objeto de

análisis y pronunciamiento por parte de la justicia, que no dispuso la nulidad del decreto cuestionado, sino lo mantuvo vigente, modificando solamente la sanción impuesta. La resolución dictada fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia y lo resuelto fue acatado por la demandante y por el Estado, que abonó los salarios caídos y repuso a la misma en sus funciones, quedando de esta manera cerrada toda discusión al respecto.

Ahora bien, surge patente de las documentaciones presentadas con la demanda, el resultado de la reclamación, lo que deja en claro que los hoy demandados mencionados precedentemente obraron dentro de los límites que corresponden al ejercicio de sus facultades regladas por ley y al no ser anulado ni declarado ilegal el decreto recurrido, no se genera ninguna responsabilidad civil emergente y, por consiguiente, jamás nacieron los derechos resarcitorios reclamados hoy día por la actora.

Esta puntualización es importante por cuanto que uno de los reclamos de la actora es la indemnización de daños y perjuicios en diversos conceptos contra los mismos. El art. 106 de La Constitución Nacional establece la responsabilidad del funcionario y empleado público: “En los casos de transgresiones, delitos o faltas que cometiesen en el desempeño de sus funciones..., sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del Estado, con derecho de este a repetir el pago de lo que llegase a abonar en tal concepto”. Cabe entonces determinar si la actuación de los demandados principales puede considerarse una transgresión, un delito o una falta en el desempeño de sus funciones. Por eliminación, la figura del delito no existe, porque para ello debe haber dolo y una intención manifiesta de dañar a alguien en su persona física o en sus bienes, un hecho punible en concreto, lo que no se da. Si se considerara la figura de la transgresión, tampoco cabe, porque el fallo del Tribunal de Cuentas (Acuerdo y Sentencia N° 44 del 18/05/99) impuso a la demandante una sanción de suspensión en sus funciones sin goce de sueldo por el plazo de noventa días, disponiendo también el pago de los salarios caídos al máximo que establece el Código Laboral, que corresponde a un año de sueldo. La figura de la falta es la menor escala de lo que podría ser un cuasidelito, que tampoco se configura. Como se observa, no hubo vinculación de carácter personal entre los demandados por indemnización para justificar responsabilidad extracontractual.

Reiteramos, de lo que venimos señalando se infiere que los demandados principales actuaron en el marco de sus facultades regladas, tal como lo estable-

ce las normas administrativas de orden público o de gobierno, no como personas físicas de derecho privado, por lo que mal podría imputársele por consiguiente responsabilidad personal por sus actos, como se pretende y mucho menos que los mismos puedan tener que responder por supuestos salarios caídos, aumentos de salarios, aguinaldos, pago de haberes jubilatorios y demás rubros reclamados, primero por no ser oponible los mismos dada la falta de legitimación y segundo, en el hipotético caso de existir legitimación, por no corresponder a los mismos la cobertura de dichos rubros, que eventualmente hubiese correspondido al Estado, pero al no haberse hecho reserva alguna al respecto, la cuestión quedó finiquitada atendiendo al resultado mencionado precedentemente.

Esto no lleva a concluir, igualmente, que resulta procedente la exposición de falta de acción promovida por el Estado, por cuanto que en la relación al mismo, la cuestión fue resuelta y cumplida la sentencia, sin reservar por parte de la hoy actora, quedando finiquitado el litigio que involucrara ambos y extinguiéndose en consecuencia cualquier otra responsabilidad.

En cuanto a la excepción de cosa juzgada opuesta por el Estado, y atendiendo al reclamo efectuando ante el Tribunal de Cuentas y la Corte Suprema de Justicia, el resultado obtenido y el cumplimiento de la condena, resulta evidente que la cuestión ha pasado a estado de cosa juzgada, de manera que no puede reabrirse una nueva discusión al respecto so pretexto de supuestas responsabilidades subsidiarias provenientes de presuntos incumplimientos de parte de los funcionarios involucrados en la firma del decreto cuestionado. Sería incoherente que la justicia volviese a estudiar y expedirse sobre cuestiones que ya fueron resueltas, ya que lo que pretende la demandante nuevamente es el cobro de salarios caídos y otros rubros, que ya fueran cubiertos con lo resuelto ante el Tribunal de Cuentas, por lo que resulta procedente igualmente la excepción de cosa juzgada.

Similares comentarios son válidos en cuanto a la excepción de cosa juzgada planteada por los demandados principales, pues al haberse resuelto la cuestión como fuera, dándose cumplimiento a la condena impuesta, resulta obvio que no puede reabrirse discusión alguna al respecto y pretender obtener de la justicia que ésta vuelva a estudiar lo resuelto en relación a los salarios, encubiertos hoy bajo la forma de componente de una reclamación de daños y perjuicios.

En cuanto a la excepción de prescripción, cabe señalar que las acciones para que prescriban deben tener una fecha de inicio del cómputo de prescrip-

ción. En este juicio lo que se debate es la vigencia del Decreto 12.550 del 27 de febrero de 1996, sobre al que el Tribunal de Cuentas se pronuncia en fecha 18 de mayo de 1999, naciendo a partir de ahí el hipotético derecho que pudiese tener la hoy actora, a efectuar las reclamaciones formuladas, planteándose la demanda recién el 18 de noviembre de 2002, habiéndose producido en consecuencia la prescripción reclamada.

Tal como se señalara al inicio del análisis, por la forma en que han sido resueltas las excepciones de falta de acción, cosa juzgada y prescripción, interpuesta por los demandados principales y las de falta de acción y cosa juzgada interpuestas por el Estado Paraguayo, se hace innecesario el estudio de la restantes excepciones planteada.

En cuanto a las costas, dado que la resolución de las cuestiones planteadas han requerido una tarea de interpretación y armonización por parte del Tribunal, corresponde imponerlas en el orden causado.

De manera que, conforme a lo que se ha venido desarrollando, corresponde en consecuencia: 1) Hacer lugar, a las excepciones de falta de acción, cosa juzgada y prescripción como previo y especial pronunciamiento, interpuesto por los Sres. Juan Carlos Wasmosy y Luis María Ramírez Boettner contra el progreso de la presente demanda, por los motivos expuestos en el considerando de la presente resolución; 2) Hacer lugar a las excepciones de falta de acción y cosa juzgada, interpuestas como previo y especial pronunciamiento por el Estado Paraguayo, también por los motivos expuestos en el exordio de esta resolución; 3) Declarar innecesario el estudio de la restante excepción dada la forma en que han sido resueltas las mencionadas en el apartado primero: 4) Imponer las costas en el orden causado.

POR TANTO, en mérito a las consideraciones que anteceden, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Capital, quinta sala,

RESUELVE: Declarar la nulidad de la resolución en Alzada. Hacer lugar, a las excepciones de falta de acción, cosa juzgada y prescripción como de previo y especial pronunciamiento interpuestas por los señores Juan Carlos Wasmosy y Luis María Ramírez Boettner, contra el progreso de la presente demanda, por los motivos expuestos en el considerando de la presente resolución. Hacer lugar, a las excepciones de falta de acción y cosa juzgada, interpuestas como previo y especial pronunciamiento por el Estado paraguayo, también por los motivos expuestos en el exordio de esta resolución. Declarar innecesario el estudio de la

restante excepción dada la forma en que han sido resueltas las mencionadas en el apartado primero. Imponer, las costas , en el orden causado. Anotar, registrar y remitir copia a la Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Dra. María Sol Zucolillo de Vouga, Dr. Fremiort Ortiz Pierpaoli y Valentina Núñez González.

Ante mí: Abog. Federico Miller Tellechea. Actuario Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 63

MAGISTRADOS. Competencia de los magistrados.

El apartamiento de un magistrado de un caso concreto, ya sea por una recusación admitida o una inhabilitación no impugnada, significa una declinatoria de su competencia en dicho caso. Por consiguiente, para el caso en cuestión, como en la pérdida de la competencia está interesada el orden público, no puede perderse de vista que la competencia es improrrogable. (Voto de la mayoría).

EXCUSACIÓN. Inhabilitación.

En definitiva, cabría la disculpa como una forma de romper el estado de inhabilitación, pero, exclusivamente para otros juicios a iniciarse, porque para lo que están en tramites regiría, a contrario sensu, el principio de Perpetuation Jurisdictionis. (Voto de la mayoría).

RECUSACIÓN. Resolución en la recusación.

Cabría hacer la distinción entre la interpretación restrictiva y la amplia en la cuestión que envuelve a las casuales de recusación. En la restrictiva, no se puede salir de la rígida enunciación del artículo 20 del CPC. En cambio, en la que se halla en juego la duda en la imparcialidad de la jueza y aparecen circunstancias dentro de la transmisión del proceso que conducen a dicha conclusión. (Voto de la mayoría).

RECUSACIÓN. Recusación con causa.

Según estas constancias, la vía escogida para presentar la recusación no es la adecuada, por estos dos motivos: a) Porque evidentemente se trata de una causal sobreviniente, la que solamente podía hacerse valer dentro de los tres días de haber llegado a conocimiento del abogado la providencia en la cual la jueza asumió nuevamente su competencia, conforme el art. 27, párrafo tercero

del CPC; y b) la casual invocada no se halla prevista en el art. 20 del CPC. (Voto por su propio fundamento del Dr. Samuel Aguirre).

TApel. Civ. y Com. Sala 5. 17-02-11. "Reg. Hon. Prof. del abog. Jaime Edan en los autos RHP de Jaime Edan en el expte. Edmundo Vittone c. Diógenes Insfrán y otros s. Simulación y otros" (A.I. N° 63).

Asunción, 17 de febrero del 2011.

VISTO: El escrito en el que el profesional Edmund Daniel Vittone Ruiz promueve recusación con expresión de causa contra la jueza Nilse Ortiz Aquino de Silva, y

CONSIDERANDO:

El recurrente funda su recusación en el hecho de que la Jueza Nilse Ortiz Aquino de Silva se había inhibido anteriormente del profesional Jaime Edan para posteriormente dejar este estado de inhibición y volver a asumir su competencia en el proceso supra individualizado (fs. 145/146). En su informe, la jueza recusada hizo notar que el Abog. Jaime Edan personalmente la ha pedido disculpas y, ante esta situación, aquella aceptó las disculpas correspondientes, mencionando diversos expedientes en los cuales la misma interviene como juzgadora, solicitando el rechazo de la presente recusación (fs. 154/155).

En principio, habría que convenir que el apartamiento de un magistrado de un caso concreto, ya sea por una recusación admitida o una inhibición no impugnada, significa una declinatoria de su competencia en dicho caso. Por consiguiente, para el caso en cuestión, como en la pérdida de la competencia está interesada el orden público, no puede perderse de vista que la competencia es improrrogable (salvo la territorial y en las condiciones establecidas en los artículos 3°, 4° y 7° del CPC). En otros términos, en un mismo juicio un juez no puede asumir una competencia, perder dicha competencia y, posteriormente, volver a asumirla, tal como ha acontecido en el caso de autos. Admitir la contrario significaría abrir la posibilidad de crearse un caos procesal, ya que, en definitiva, no hay ninguna seguridad de que la A-quo no vuelva otra vez a inhibirse.

En definitiva, cabría la disculpa como forma de romper el estado de inhibición, pero, exclusivamente para otros juicios a iniciarse, porque para lo que están en tramites regiría, a contrario sensu, el principio de Perpetuation Jurisdictionis. En resumen, la presente recusación tiene el sustento requerido como para ser admitido como tal.

No obstante, cabría hacer la distinción entre la interpretación restrictiva y la amplia en la cuestión que envuelve a las casuales de recusación. En la restrictiva, no se puede salir de la rígida enunciación del artículo 20 del CPC. En cambio, en la que se halla en juego la duda en la imparcialidad de la jueza aparecen circunstancias dentro de la transmisión del proceso que conducen a dicha conclusión. En el caso de autos, precisamente se dan condiciones.

Corresponde, pues, hacer lugar a la recusación con expresión de causa promovida por el profesional Edmundo Daniel Vittone Ruiz, asimismo, brevitatis causa, disponer la agregación de una copia auténtica de esta resolución cada uno de los tomos que forman parte de este expediente, debiendo tener en cada uno de ellos el mismo efecto en lo que concierne a la admisión de la recusación ya resuelta.

A su turno, Arnaldo Samuel Aguirre, dijo: Ante sucesivas inhibiciones, la Jueza en lo Civil y Comercial del Quinto Turno, Nilse R. Ortiz Aquino de Silva, asumió nuevamente su competencia en el caso de autos, según proveído del 19 de abril de 2010, cf. 133 vlto. De esta providencia, el abogado Edmundo Daniel Vittone Ruiz fue notificado el 5 de mayo de 2010, fs. 136. La recusación con causa promovida contra la referida Jueza y su Actuario, Gustavo Martínez, fue presentada el 14 de junio de 2010, después de haber transcurrido casi dos meses de tener conocimiento auténtico de la providencia de marras, fs. 145/146 vlto.

Según estas constancias, la vía escogida para presentar la recusación no es la adecuada, por estos dos motivos: a) Porque evidentemente se trata de una causal sobreviniente, la que solamente podía hacerse valer dentro de los tres días de haber llegado a conocimiento del abogado Edmundo Daniel Vittone Ruiz la providencia en la cual la jueza asumió nuevamente su competencia, conforme el art. 27, párrafo tercero del CPC.; y b) la casual invocada no se halla prevista en el art. 20 del CPC.

Siendo así como es, la única vía para impugnar esta competencia era la de interponer el pertinente recurso de nulidad y apelación para obtener la ineficacia procesal de la resolución adoptada por la jueza recusada.

Por lo brevemente expuesto, soy de parecer que a la recusación planteada por el abogado Edmundo Daniel Vittone Ruiz no corresponde darle curso favorable.

A su turno, Fulvia Imelda Nuñez de Vera y Aragón dijo: Me adhiero al voto del Dr. Silvio Rodríguez por lo mismos fundamentos.

POR TANTO, el Tribunal en lo Civil y Comercial, Segunda Sala,
RESUELVE: Hacer lugar a la recusación con expresión de causa promovida por el profesional Edmundo Daniel Vittone Ruiz contra la jueza Nilse Ortiz Aquino de Silva.

DISPONER que el presente juicio sea remitido al Juzgado que sirgue en el orden de turno en el que quedara radicado, siguiendo para su integración las reglas aplicables en el CPC y la práctica que se acata en la jurisdicción Civil y Comercial en este sentido, teniendo en cuenta las inhibiciones con relación a la intervención del profesional Jaime Edan. Ordenar la agregación de una copia autenticada de la presente resolución a los expedientes “Jaime Edan en R.H.P. del Abog. Jaime Edan en Edmundo Vitone C/ Diógenes Insfrán y otro S/ simulación”, “Regulación de honorarios profesionales del Abog. Jaime Edan en Edmundo Vittone C/ Diógenes Insfrán S/ simulación y otros”, “Edmundo Vittone C/ Diógenes Insfrán Z. y otro S/ simulación de registro y otro” y “Reg. de honorarios del Abog. Jaime Edan en los autos Edmundo Vittone C/ Diógenes Insfrán S/ Simulación, cancelación y otro”. Anótese, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Manuel Silvio Rodríguez, Arnaldo Samuel Aguirre Ayala y Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón.

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

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 193

NOTIFICACIÓN. Nota de aviso.

La nota de aviso no puede tener la misma validez jurídica o fuerza legal para afirmar que se produjo notificación, y más aún cuando se trata de poner en conocimiento de una acción o demanda, tal como se dio en el presente caso.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad civil.

La fecha a ser tenida en cuenta para cómputo del plazo de la prescripción en los juicios de responsabilidad civil derivada de actos ilícitos es el Acuerdo y Sentencia dictado por el Tribunal de Apelación en lo Criminal, que confirma la sentencia definitiva dictada por el Tribunal de Sentencia.

PRESCRIPCIÓN. DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad civil.

Esta Magistratura entiende que es oportuno transcribir lo que dispone el Art. 663 del Código Civil que dice: “*Prescriben por dos años: inc f) la responsabilidad civil derivada de actos ilícitos*”. Esta norma, sin dudas es el fundamento para resolver esta cuestión y nos permite afirmar que en este caso se produjo la prescripción de la acción, razón por la cual debe revocarse el fallo de la inferior y, en consecuencia, hacer lugar a la excepción de prescripción. Dada la forma como fue resuelta esta defensa, no corresponde entrar a estudiar las otras defensas, obviamente.

TApel. Civ. y Com. Sala 5. 31-03-11. “Estado Paraguayo c. Amada Beatriz Núñez Díaz s. Indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual” (A.I. N° 193).

Asunción, 31 de Marzo del 2011

VISTOS: Los recursos de apelación y nulidad interpuestos por el Abog. Nicolas Rafael Gaona Irún en contra del A.I. N° 842 de fecha 10 de julio del 2008, obrante a fs 182/183 de autos; y,

CONSIDERANDO:

Opinión del magistrado Linneo Ynsfrán Saldívar:

Nulidad: Este recurso fue desistido expresamente por el recurrente. No obstante ello, hemos procedido a analizar de oficio el fallo y al constarse que no contiene vicios u omisiones de índole procesal, corresponde dar curso favorable al desistimiento de este recurso.

Apelación: El fallo recurrido rechazó la excepción de falta de acción, la excepción de prescripción y la excepción de litispendencia, todas opuestas como de previo y especial pronunciamiento por la parte demandada e impuso las costas a la parte vencida, por las razones dadas por la A-quo en el Considerando del fallo (fs. 182/183).

Ante esta instancia, las partes presentaron sus escritos de expresión de agravios a fs. 187/203 y de contestación a fs. 205/207. En el primero, el apelante solicita la revocatoria del fallo y a tal efecto emite fundamentos que avalan esta posición en los términos expresados en el referido escrito. En el segundo, por el contrario, la parte actora petitiona la confirmación de la resolución y a ese efecto primeramente rebate los argumentos dados en el escrito del apelante y finalmente emite las razones por las cuales el fallo no puede ser considerado injusto e infundado.

Corresponde que este Tribunal evalúe ambas posiciones y estudie con esmero el fallo para determinar si se ajusta o no a derecho el fallo recurrido.

Antes de entrar al estudio de esta litis, recordemos que la excepción de falta de acción se refiere a la falta de legitimación para ejercer una acción como titular de la misma, pudiendo carecer tanto el demandante como en el demandado. Es decir, la falta de acción se refiere a la capacidad de las partes para actuar en un juicio o a la aptitud del representante para actuar en nombre de otro. La defensa procesal, o excepción de prescripción, tiene aristas especiales, pues ella puede ser liberatoria o extintiva de la acción. En el primer caso, se opera por el no ejercicio del derecho, es decir, por haberse cumplido el plazo respectivo, y la extintiva, se produce por la inacción del titular del derecho dentro del plazo establecido por la ley. Por último, la excepción de litispendencia, supone la existencia de identidad entre las pretensiones deducidas en dos procesos donde intervengan los mismos sujetos, el mismo objeto y también la causa. Es decir, habrá litispendencia cuando se trata de procesos idénticos prevaleciendo adjuntar al primero con el iniciado con posterioridad.

Entrando al análisis de estos autos encontramos que la parte demandada interpuso la excepción de falta de acción como de previo y especial pronunciamiento, aduciendo que las resoluciones dictadas en la jurisdicción penal no se encuentran firmes y ejecutoriadas. Así mismo, planteó la excepción de prescripción de previo y especial pronunciamiento, pues sostiene que el presente juicio está prescripto y, por consecuencia, la acción planteada por la parte actora no puede prosperar. Por último, dedujo la excepción de litispendencia, debido a que existe una acción en trámite sobre rendición de cuentas que guarda relación a la ejecución del mandato conferídole por el Ministerio del Interior, según se lee en el escrito obrante a fs. 109/137 de autos. Para esta Magistratura lo trascendental es el Acuerdo y Sentencia N° 115 de fecha 24 de diciembre del 2004, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Criminal, Tercera Sala de la Capital que confirma la S.D. N° 185 de fecha 17 de septiembre de 2004 dictado por el Tribunal de Sentencia. El citado Acuerdo y Sentencia fue debidamente notificado a las partes en fecha 24 de diciembre del 2004 (Tomo III, fs. 482/493 del expte penal que se encuentra anexado por cuerda a estos autos). Sin dudas, el plazo que debe tenerse en cuenta para el cómputo correspondiente es la fecha del Acuerdo y Sentencia N° 115 de fecha 24 de diciembre del 2004, citada líneas arriba.

Así tenemos que en este proceso la demanda interpuesta objeto de estudio fue notificada en fecha 26 de diciembre del 2006, según se desprende de la cédula de notificación agregada a fs. 22 de autos. Así mismo, debemos puntualizar que antes de la entrega de la cédula de notificación a la parte demandada, en la mencionada fecha, el ujier del Juzgado dejó nota de aviso en fecha 22 de diciembre del 2006, debiendo esta Alzada dilucidar cuál de estas dos fechas debe tomarse como el plazo para validar el cómputo a los efectos de que esta Alzada determine si hubo o no prescripción. Para esta Magistratura la única forma de interrumpir la prescripción se da por la interposición de una demanda “debidamente notificada”, tal como lo establece claramente nuestra norma de fondo. Es decir, para nosotros la nota de aviso no puede tener la misma validez jurídica o fuerza legal para afirmar que se produjo notificación, y mas aún cuando se trata de poner en conocimiento de una acción o demanda, tal como se dio en el presente caso. De acuerdo a estas explicitaciones, esta Magistratura para nosotros transcurrió el plazo establecido por la ley, lo cual hace viable la excepción de prescripción de la acción, dado que, como dijéramos, la nota de aviso no puede ser asimilada a una cédula de notificación y, por ende, no puede interrumpir el plazo para el cómputo de la prescripción. Este juicio se inició en fecha 20 de diciembre del 2006, conforme al escrito de fs. 12/19 de autos, y fue notificada en fecha 26 de diciembre del 2006. Queda claro que la fecha a ser tenida en cuenta para cómputo del plazo de la prescripción, que es el Acuerdo y Sentencia N° N° 115 de fecha 24 de diciembre del 2004 dictado por el Tribunal de Apelación en lo Criminal, Tercera Sala de la Capital que confirma la S.D. N° 185 de fecha 17 de septiembre de 2004 dictado por el Tribunal de Sentencia, lo cual indica que esta demanda se planteó fuera del plazo establecido por nuestra norma vigente, razón por la cual esta Alzada entiende que la decisión del juez inferior no se ajusta a derecho.

Esta Magistratura entiende que es oportuno transcribir lo que dispone el Art. 663 del Código Civil que dice: “*Prescriben por dos años: inc f) la responsabilidad civil derivada de actos ilícitos*”. Esta norma, sin dudas es el fundamento para resolver esta cuestión y nos permite afirmar que en este caso se produjo la prescripción de la acción, razón por la cual debe revocarse el fallo de la inferior y en consecuencia hacer lugar a la excepción de prescripción. Dada la forma como fue resuelta esta defensa, no corresponde entrar a estudiar las otras defensas, obviamente. Las costas a la perdedora.

Opinión de los magistrados Carmelo Augusto Castiglioni y Fremiort Ortiz Pierpaoli: Manifiestan que se adhieren a la opinión precedente por los mismos fundamentos.

Por tanto, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Quinta Sala, RESUELVE: 1. Tener por desistido el recurso de nulidad interpuesto. 2. Revocar, con costas, el A.I. N° 842 de fecha 10 de julio del 2008 y, en consecuencia, hacer lugar a la excepción de prescripción por las razones y con los alcances dados en el exordio de este fallo. 3. Anotar, registrar, notificar y enviar copia a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Linneo Ynsfrán Saldivar, Dr. Fremiort Ortiz Pierpaoli y Dr. Carmelo A Castiglioni.

Ante mí: Abog. Federico Miller Tellechea. Actuario Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 215

MAGISTRADO. Mal desempeño en sus funciones.

No puede constituir el thema decidendum en el fuero civil y comercial, mientras no se juzgue y declare primero en la instancia que corresponda la responsabilidad del demandado, a través de una resolución firme y ejecutoriada para con posterioridad atribuirle el mal desempeño de sus funciones. Y, en consecuencia, su responsabilidad civil. En este sentido, el Art. 253 de la Constitución Nacional, a los efectos de proteger la independencia de criterio y de autonomía de la voluntad del Magistrado.

MAGISTRADO. Inmunidades.

Es cuestión de sentido común suponer que por razones de orden público relacionadas con la marcha del poder judicial, la Constitución Nacional prevenga un sistema de inmunidades contra las persecuciones privadas que los particulares podrían ejercer contra las resoluciones dictadas en el ámbito jurisdiccional por los magistrados judiciales en el ejercicio de sus atribuciones jurisdiccionales.

MINISTERIO PÚBLICO. Agentes Fiscales

En estas condiciones no resulta razonable admitir acciones civiles contra Agentes Fiscales en lo penal, derivadas de funciones específicamente asignadas

por el orden jurídico, porque de lo contrario se menoscabarían los intereses generales que a ellos fueron confiados en menoscabo de la defensa social, ya que los Agentes Fiscales representan a la sociedad, en cualquiera de los fueros jurisdiccionales.

MINISTERIO PÚBLICO. Facultades de los agentes fiscales.

Estando prohibida la estancia irregular de extranjeros en el país, es indudable el deber y obligación que tienen los fiscales de aconsejar la expulsión como medidas preventivas de hechos punibles, en los términos del Art. 14, inc. 5, de la citada ley, y conforme al Art. 81, Inc. 1º de la Ley N° 978/96, “De Migraciones”.

EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN. Procedencia de la excepción de falta de acción.

En lo referente a la Excepción de Falta de Acción, también deducida por el Estado Paraguayo, es correcta la conclusión a que arribara el inferior al sostener que: “...En lo que hace a la Falta de Acción, también opuesta por el Estado Paraguayo como de previo y especial pronunciamiento, debemos advertir que de acuerdo a los dispuesto en el Art. 106 de la Constitución Nacional y el Art. 1.845 del Código Civil, la responsabilidad del Estado es siempre subsidiaria”. Y, siendo así, exculpado el funcionario, de ninguna manera podrá hacerse responsable al Estado que, desestimada la demanda contra el principal, desde luego deberá hacerse lo propio contra con el virtual obligado, de segundo rango, el Estado, porque, si no existe acción contra el funcionario, tampoco existirá contra el Estado”.

TApel. Civ. y Com. Sala 5. 07-04-11. “Gloria Elena del Carmen Castillo de Lincir y otros c. Rubén Villalba Ybarra y otros s. Indemnización por daño moral” (A.I. N° 215).

Asunción, 7 de abril de 2011.

VISTOS: Los recursos de nulidad y apelación interpuesta por los señores Gloria Elena Del Carmen Castillo Vergara y Milenio Antonio Lincir Vega, por derecho propio y bajo patrocinio de abogado, contra el A.I. N° 1365 de fecha 1º de setiembre de 2008, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Tercer Turno; y,

CONSIDERANDO:

Opinión del Dr. Fremiort Ortiz Pierpaoli:

Nulidad: El recurso de nulidad interpuesto, no fue fundamentado en autos. Por lo demás, no se observan vicios, defectos, errores u omisiones graves de carácter procesal que hagan viable la declaración de nulidad de oficio de la sentencia en alzada, conforme lo disponen los Arts. 113 y 404 de Código Procesal Civil. En consecuencia, el mismo debe ser declarado desierto.

Apelacion: Agravia a los apelantes el Auto Interlocutorio dictada en autos que resolvió: “1°.- Hacer lugar, con costas, a la Excepción previa de Falta de Acción manifiesta opuesta por el demandado agente fiscal abogado Rubén Villalba Ibarra. 2°. Declarar inoficioso el estudio de Excepción previa de prescripción parcial subsidiariamente opuesta por el demandado agente fiscal abogado Rubén Villalba Ibarra, por la forma como se resolvió la primera. 3°. Hacer lugar, con costas, a la Excepción de Falta de Acción opuesta por el demandado Estado Paraguay 4°. Rechazar, por improcedente, la demanda promovida por los señores Gloria Elena del Carmen Castillo Vergara y Milenio Antonio Lincir Vega. 5°. Ordenar el finiquito y archivo del expediente, firme la presente resolución”.

Sostiene la recurrente en su extenso memorial presentado a fs. 169 y sgtes., en el que fundamenta el recurso de apelación deducido, manifiesta que la resolución recurrida no se encuentra ajustada a derecho desde el inicio hasta el final, porque el Juzgado realiza una serie de manifestaciones totalmente desproporcionadas o carente de validez jurídica, a fin de poder hacer lugar a la Excepción de Falta de Acción promovida por el demandado en la presente causa, así como contra la parte principal de la sentencia en alzada que rechazó la presente demanda por improcedente... Luego de abundar en largas consideraciones sobre los puntos negativos para ella contenida en la sentencia, pide a este Tribunal la revocatoria de la misma, con costas.

Corrido traslado del citado memorial al representante del Estado Paraguay, ejercido por la Procuraduría General de la República y el demandado principal, agente fiscal Rubén Villalba Ibarra, éstos contestaron en tiempo hábil, en los términos de sus respectivas presentaciones agregadas a fs. 182/185 y 188/196, impugnando y negando los hechos articulados en el citado memorial, solicitando al mismo tiempo la confirmación en todas sus partes la sentencia recurrida, con costas.

Analizando las actuaciones de autos, conforme a los distintos elementos de convicción arrojados al presente proceso, así como a las alegaciones fácticas y jurídicas sostenidas por los litigantes, a más de la aplicación de las reglas de la

sana crítica prevista en el Art. 269 y demás concordantes del Código Procesal Civil, este Tribunal es de criterio que la sentencia dictada en autos debe ser confirmada en todas sus partes, con costas, por hallarse la misma ajustada a derecho, en mérito a los siguientes fundamentos que seguidamente pasamos a exponer:

En efecto, en su largo y confuso escrito de promoción de demanda presentado por la parte actora, agregado a fs. 80 y sgtes. de autos, la misma sostiene que promueve la presente acción contra el Agente Fiscal en ejercicio de la Unidad Penal N° 7, abogado Rubén Villalba Ibarra, y subsidiariamente contra el Estado Paraguayo, representado por la Procuraduría General de la República, por los hechos y acciones contenidos en el citado escrito, por Indemnización de Daños y Perjuicio, Lucro Cesante y Daño Moral, por la suma total de guaraníes un mil cinco millones (Gs.1.005.000.000), conforme a la liquidación agregada en la misma presentación.

De la relación de hechos expuestos por la parte actora, los demandantes pretenden resarcirse, por el reclamo de la suma arriba citada, en la causa N° 7.582/03, caratulada: “Claudair Lopes De Faria y Otros s/ asociación criminal y lavado de dinero”. Los hechos atribuidos al agente fiscal Rubén Villalba Ibarra fue por actos cometidos en forma ilegal e ilegítima en un sumario instruido por el mismo, sobre la actividad en nuestro país de la actuación de una banda constituida por ciudadanos brasileños, chilenos, uruguayos y bolivianos, supuestamente vinculados al narcotráfico con la banda de internacionalmente conocido delincuente brasileño Claudair Lopes De Faria.

De los antecedentes del caso, ocurrido en sede penal, se desprende que el supuesto mal desempeño de funciones del agente fiscal Rubén Villalba Ibarra, sobre el que intentan los demandantes fundar su acción indemnizatoria, no puede constituir el thema decidendum en el fuero civil y comercial, mientras no se juzgue y declare primero en la instancia que corresponda la responsabilidad del demandado, a través de una resolución firme y ejecutoriada, para con posterioridad atribuirle el mal desempeño de sus funciones. Y, en consecuencia, su responsabilidad civil. En este sentido, el Art. 253 de la Constitución Nacional, a los efectos de proteger la independencia de criterio y de autonomía de la voluntad del Magistrado, señala en forma expresa que: “Los Magistrados Judiciales sólo podrán ser enjuiciados y removidos por la comisión de delitos o mal desempeño de sus funciones definidos en la Ley, por decisión de un Jurado de

Enjuiciamiento de Magistrados...”. En el sub-exámine, no existe testimonio de esta naturaleza ni las pruebas aportadas por los demandantes acompañaron testimonio alguno de este carácter. Es cuestión de sentido común suponer que por razones de orden público relacionadas con la marcha del poder judicial, la Constitución Nacional prevenga un sistema de inmunidades contra las persecuciones privadas que los particulares podrían ejercer contra las resoluciones dictadas en el ámbito jurisdiccional por los magistrados judiciales en el ejercicio de sus atribuciones jurisdiccionales. Admitir semejante tesis sería consagrar la anarquía y desequilibrio en el campo de las relaciones jurídicas.

En este sentido, el eminente procesalista Lino Enrique Palacio, sostiene que: “Corresponde señalar que la pretensión de daños y perjuicios deducida contra un Juez en el supuesto de actos ilícitos cometidos en el desempeño de sus funciones, se halla condicionada, desde el punto de vista de su admisibilidad extrínseca, en la circunstancia que aquél haya cesado en el cargo”. (“Derecho Procesal Civil”, Tomo II, página 300, Año 1979). Este presupuesto tampoco se halla cumplido teniendo en cuenta que en el caso que nos ocupa, en la fecha del hecho el demandado principal se hallaba ejerciendo aún su cargo de Fiscal. Asimismo, el Art. 27 del Código Procesal Penal prevé la reparación civil de los perjuicios ocasionados por hechos punibles, y repetimos, en el caso de autos no existe resolución alguna que condene el agente fiscal demandado, por delitos cometidos contra los accionantes en el ejercicio de sus funciones. Tampoco se da el presupuesto previsto en el Art. 275 del mismo cuerpo legal, que prevé indemnización para los procesados que sufrieron privación de libertad durante un proceso del que resultaron absueltos o sobreseídos definitivamente por inocencia.

En el diligenciamiento de las pruebas aportadas por la parte actora, no se vislumbran la existencia de pruebas que acrediten este extremo. No existen en el presente juicio testimonios de esta naturaleza a favor de los accionantes Gloria Del Carmen Castillo De Lincir y Milenko Antonio Lincir Vega, hechos que atribuyan al fiscal demandado actuaciones ilícitas o ilegales que comprometan su responsabilidad, ni tampoco conducta alguna que riñan con las disposiciones legales aplicadas en el caso que le tocó intervenir.

En estas condiciones no resulta razonable admitir acciones civiles contra Agentes Fiscales en lo penal, derivadas de funciones específicamente asignadas por el orden jurídico, porque de lo contrario se menoscabarían los intereses

generales que a ellos fueron confiados en menoscabo de la defensa social, ya que los Agentes Fiscales representan a la sociedad, en cualquiera de los fueros jurisdiccionales.

En nuestro caso, se responsabiliza al demandado por antecedentes migratorios que de manera supuestamente irregular solicitara a la Autoridad Administrativa competente. Igualmente por el pedido de expulsión que a las resultas del informe solicitara a la Dirección General de Migraciones. Ambas precisiones están amparadas por facultades legales conferidas a los Agentes Fiscales en lo Penal. En efecto, el Art. 228 del Código Procesal Penal dispone que: “El Juez y el Ministerio Público podrán requerir informes a cualquier persona o entidad pública o privada...”. Asimismo, el Art. 11 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, N° 1.562/00, igualmente preceptúa que “Para el mejor cumplimiento de sus funciones, el Ministerio Público podrá recavar información y solicitar la colaboración de funcionarios públicos...”. Por lo demás, estando prohibida la estancia irregular de extranjeros en el país, es indudable el deber y obligación que tienen los fiscales de aconsejar la expulsión como medidas preventivas de hechos punibles, en los términos del Art. 14 inc. 5 de la citada ley, y conforme al Art. 81, Inc. 1°) de la Ley N° 978/96, “De Migraciones”.

Por otro lado, se halla acreditado en autos que la Fiscalía a cargo del Fiscal demandado no tuvo participación o injerencia alguna en la decisión administrativa de expulsión del país ni en los trámites procesales para el efecto, cuestiones que fueron tramitadas por cuenta exclusiva de la Dirección General de Migraciones, cuyos informes no se ajustaban a la realidad, y tal es así que tanto la detención así como la expulsión del país fueron revocados en la misma sede penal.

Es para evitar precisamente situaciones como la planteada en estos autos que las leyes nacionales amparan la decisión de los magistrados en su actuación ante la sociedad, como la prevista en el Art. 255 de la Constitución Nacional, que dispone que: “Ningún magistrado judicial podrá ser acusado o interrogado judicialmente por las opiniones emitidas en el ejercicio de sus funciones...”. Asimismo, el Art. 270 de la misma Carta Magna, resuelve que: “Los Agentes fiscales... tienen las mismas incompatibilidades e inmunidades que las determinadas para los integrantes del Poder Judicial”. En consecuencia, como se ha sostenido, “Las normas constitucionales constituyen una garantía para la tranquilidad de quienes deben administrar justicia” (Mirtha Noemí Agüero”, “Responsabilidad del Estado y de los Magistrados por Error Judicial”, 2ª edición, pág. 121).

Por todo lo antecedentemente expuesto, tiene razón al A-quo al sostener en la sentencia en alzada que "... resulta obvio que el Agente Fiscal abogado Rubén Villalba Ibarra carece de legitimación pasiva en el presente juicio, motivo por el cual, la excepción de Falta de Acción Manifiesta debe prosperar. De hecho, procede esta defensa, siempre que el actor o el demandado no reúna las condiciones legales suficientes para asumir tales calidades en juicio...".

En lo referente a la Excepción de Falta de Acción, también deducida por el Estado Paraguayo, es correcta la conclusión a que arribara el inferior al sostener que: "...En lo que hace a la Falta de Acción, también opuesta por el Estado Paraguayo como de previo y especial pronunciamiento, debemos advertir que de acuerdo a los dispuesto en el Art. 106 de la Constitución Nacional y el Art. 1.845 del Código Civil, la responsabilidad del Estado es siempre subsidiaria". Y, siendo así, exculpado el funcionario, de ninguna manera podrá hacerse responsable al Estado que, desestimada la demanda contra el principal, desde luego deberá hacerse lo propio contra con el virtual obligado, de segundo rango, el Estado, porque, si no existe acción contra el funcionario, tampoco existirá contra el Estado".

Respecto a la contestación dada por el representante legal del Estado Paraguayo, demandado subsidiariamente en estos autos, al memorial presentado por los demandantes, tiene razón al sostener que: "... y hace referencia a los motivos o fundamentos que sustentan su pretensión de que la acción prospere, específicamente con respecto a quien se dirige directamente la demanda, el agente fiscal penal, abogado Rubén Villalba Ibarra; mas no hace mención al por qué de la apelación con respecto a la excepción previa de falta de acción opuesta por el codemandado en autos, en este caso el Estado Paraguayo, por lo que, en tal sentido, esta representación estatal se anticipa en solicitar que la resolución recurrida sea confirmada, por corresponder ello a estricto derecho". En efecto, en esta circunstancia, corresponde aplicar aquella jurisprudencia que resuelve: "Aunque la resolución fuera apelada genéricamente, es decir, en todas sus partes, quedan consentidas aquellas respecto de las cuales no se ha expresado agravios". ("Código Procesal Civil, con Repertorio de Jurisprudencia", de Ricardo A. Pane, página 262, N° 738).

Opinión de los magistrados Carmelo A. Castiglioni y Linneo Ynsfrán Saldivar: Manifestaron adherirse al voto precedente, por los mismos fundamentos.

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

RESUELVE: 1°. Desestimar, el recurso de nulidad interpuesto en autos. 2°. Confirmar, en todas sus partes, con costas, el A.I. N° 1365 de fecha 1° de setiembre de 2008, dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Tercer Turno, de esta Capital, por los fundamentos expuestos en el considerando de la presente resolución. 3°. Anótese, regístrese, notifíquese y remítase copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Linneo Ynsfrán Saldívar, Dr. Fremiort Ortiz Pierpaoli y Dr. Carmelo A Castiglioni.

Ante mí: Abog. Federico Miller Tellechea. Actuario Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 356

SUCESIÓN. Petición de herencia.

Referente a la petición de herencia, la prescripción de la acción debe ser iniciado el cómputo del término desde que el heredero entró en posesión de la herencia.

TApel. Civ. y Com. Sala 5. 26-05-11. "Atanacio Acuña Gómez c. Cristina Concepción Acuña Villalba s. Petición de herencia". (A.I. N° 356)

Asunción, 26 de mayo de 2011.

VISTOS: Los recursos de nulidad y apelación interpuestos por el Sr. Atanacio Acuña Gómez, bajo patrocinio de Abogada, contra el A.I. N° 558 de fecha 20 de mayo de 2010, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Duodécimo Turno, de esta Capital; y,

CONSIDERANDO:

Opinión del Dr. Fremiort Ortiz Pierpaoli:

Nulidad: Este recurso fue desistido en forma expresa por el recurrente. Por lo demás, no se observan vicios, defectos, errores u omisiones graves de carácter procesal, que hagan viable la declaración de nulidad de oficio del Interlocutorio en alzada, conforme lo señalan los Arts. 113 y 404 del C.P.C. En consecuencia el mismo debe ser tenido por desistido.

Agravia al apelante la resolución arriba citada, que resolvió: "HACER

LUGAR, con costas, a la excepción de prescripción de la acción de conformidad al exordio de la presente resolución”.

Sostiene el recurrente en su memorial de fs. 147 y sgtes., que: “El A-quo ha fundado en el Art. 635 del Código Civil Paraguayo, que establece la prescripción empieza a correr desde el momento en que nace el derecho de exigir... La prescripción de la acción de garantía o saneamiento, la de los derechos condicionales y la de los sometidos a plazo, se computan desde el día de la evicción, del conocimiento del vicio redhibitorio, desde el cumplimiento de las condiciones o del término cierto o incierto, respectivamente, y como lo manifestara en el escrito inicial de la demanda, y en la contestación del traslado que me fuera corrido, recién en el año 2.007, yo tuve conocimiento de que el inmueble que le pertenecía a mi padre, no lo ha vendido en vida como me hizo creer mi hermana, por lo que la prescripción de la petición de herencia se debe computar a partir del año 2007, año en que tuve conocimiento del hecho, conforme al Art. precitado, y que el A-quo no tuvo en cuenta al dictar la resolución recurrida”. Alega luego otras consideraciones, como que: “no consta en autos que yo haya sido notificado del juicio sucesorio de mi finado padre.... así como otros fundamentos respecto a las excepciones de falta de acción y de litis pendencia y que el A-quo al dictar la resolución recurrida solamente tuvo en cuenta el tiempo transcurrido desde el fallecimiento de mi padre, sin considerar el cómputo del plazo establecido por el Art. 635 del CPC, especialmente al inicio del cómputo del plazo que debe ser a partir del año 2007, y otros comentarios, solicitando al final la revocatoria de la resolución recurrida, con costas.

Corrido traslado del citado memorial a la otra parte, ésta contestó en tiempo hábil en los términos relacionados en el escrito agregado a fs.152 y sgtes., negando los extremos sostenidos por el recurrente, y solicitando la confirmación, con costas, el Interlocutorio recurrido, por hallarse el mismo ajustado a derecho.

Analizando las actuaciones de autos, conforme a los distintos elementos de convicción arrojados al presente juicio, así como a las alegaciones fácticas y jurídicas de los litigantes, más la aplicación de las reglas de la sana crítica prevista en el Art. 269 y demás concordantes del Código Procesal Civil, soy de criterio que la resolución en alzada debe ser confirmada, con costas, a mérito de los siguientes fundamentos.

En efecto, como se puede observar, el recurrente reconoce lo dispuesto en el Art. 659, Inc. c) en el sentido que prescribe a los 10 años la acción de petición

de herencia, y guarda silencio respecto del plazo desde cuándo se computará el mismo. Y la norma arriba citada, en forma expresa dispone que en materia de petición de herencia el plazo se computará “desde que el demandado entró en posesión de la herencia”, que es la parte a que el recurrente no se ha referido. Como se puede observar, este plazo es concreto, expreso, espontáneo, que no admite mayores interpretaciones. Los fundamentos del recurrente pueden ser discutidos sobre su procedencia, pero refiriéndose al término para reclamar otros derechos, pero referente a la petición de herencia, la prescripción de la acción debe ser iniciado el cómputo del término desde que el heredero entró en posesión de la herencia. Los demás fundamentos expuestos por el recurrente serán valederos para otras situaciones jurídicas, pero en materia de petición de herencia, la ley es clara y categórica, que no admite otro tipo de interpretación.

Opinión de los magistrados Linneo Ynsfrán y Carmelo A. Castiglioni, manifestaron adherirse a la opinión del preopinante, por los mismos fundamentos.

POR TANTO, atento a lo brevemente expuesto, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Quinta Sala;

RESUELVE: 1°. Tener por desistido, del recurso de nulidad deducido en autos. 2°. Confirmar, con costas, el A.I. N° 558 del 20 de Mayo de 2010, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Duodécimo Turno de esta Capital, por los fundamentos expuestos en el considerando de la presente resolución. 3°. Anótese, regístrese, notifíquese y remítase copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Linneo Ynsfrán Saldívar, Dr. Fremiort Ortiz Pierpaoli y Dr. Carmelo A Castiglioni.

Ante mí: Abog. Federico Miller Tellechea. Actuario Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 357

Cuestión debatida: El problema que debe ser resuelto es: si después de entrar en autoridad de cosa juzgada la sentencia definitiva puede declararse la caducidad operada de hecho antes de dictarse dicha sentencia y no reclamada ni resuelta antes de la sentencia definitiva.

CADUCIDAD DE LA INSTANCIA. COSA JUZGADA.

El Art. 174 CPC es inaplicable al presente caso, pues dicha norma solo es válida cuando todavía existe juicio en trámite, o sea cuando todavía hay instancia. En este último caso, la caducidad de instancia está por encima de la regla de preclusión, pero nunca sobre la cosa juzgada.

SENTENCIA DEFINITIVA. COSA JUZGADA.

Cuando se dictó sentencia definitiva y esta ha quedado amparada con el beneficio de la cosa juzgada, que tiene protección constitucional de la cosa juzgada al establecerse en el Art. 17 inciso 4, que: “No se le juzgue más de una vez por el mismo hecho. No se pueden reabrir procesos fenecidos”.

CADUCIDAD DE INSTANCIA. COSA JUZGADA.

La norma constitucional del art. 17 inc. 4 justifica prevalecer el Art. 103 CPC, antes que el Art. 174 del mismo cuerpo legal, y es así porque, cuando ya queda firme la sentencia definitiva, ya no hay instancia que caducar y la que se operó antes de la sentencia definitiva, ya que quedó subsanada por la cosa juzgada, porque esta última es de orden público constitucional y no puede juzgarse dos veces, y no reabrir procesos fenecidos.

SENTENCIA. Sentencia definitiva en primera instancia.

Una vez que haya quedado firme la sentencia definitiva, el juez ya perdió competencia y no puede anular la resolución por imperio de lo establecido en el Art. 163 CPC. Conforme al cual: “Pronunciada la sentencia, concluirá la competencia del juez, respecto del juicio, y no podrá sustituirla o modificarla”.

NON BIS IN ÍDEM.

Declarar la caducidad de instancia de un juicio fenecido es juzgar dos veces un mismo hecho.

SENTENCIA. Sentencia definitiva en primera instancia. CADUCIDAD DE INSTANCIA.

No pueden coexistir dos resoluciones diferentes como formas de concluir el proceso. El A-quo debió anular su sentencia definitiva para declarar la caducidad de instancia estando firme y ejecutoriada la sentencia definitiva, pues el mismo ya perdió competencia para hacerlo y ya no puede modificar o sustituir su propia resolución para declarar la caducidad de instancia aunque ésta se haya operado antes de dictarse sentencia definitiva.

CADUCIDAD DE INSTANCIA. COSA JUZGADA.

No se puede juzgar dos veces un mismo hecho y declarar la caducidad: Una

vez que se dictó sentencia definitiva y ésta quedó firme, la resolución de caducidad instancia implica juzgar dos veces un mismo hecho.

COSTAS. Costas al vencido.

Las costas a la perdidosa, porque no existe duda alguna, pues es fácil entender que cuando se acaba el proceso por sentencia definitiva no puede ocasionarse ningún incidente, dado que este es un accesorio del principal y si ya no hay principal no puede haber lo accesorio y, entonces, las costas deben descargarse a la parte perdidosa por la aplicación de la regla general de costas y porque no existe justificación para aplicar ninguna excepción.

TApel. Civ. y Com. Sala 5. 30-05-11. “Jorge Miguel Brunotte Lange c. Rosalba González Vda. de Samaniego y Stella Samaniego de Centurión s. Ejecución hipotecaria”. (A.I.Nº 357).

Asunción, 30 de mayo de 2011.

VISTO: Los recursos de nulidad y apelación interpuestos por el Dr. Manuel Riera Escudero, en representación del señor Fabrice Turboux y el señor Juan Alberto Samaniego González, por derecho propio y bajo patrocinio de abogado, contra la totalidad del A.I. Nº 32 dictado el 21 de febrero de 2011, el primero y en cuanto a las costas por el segundo, dictados por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de Undécimo Turno, Secretaría Nº 21, que declara operada la caducidad de instancia en estos autos, ordena el levantamiento de las medidas cautelares y, el archivamiento de los autos, e imponer las costas, en el orden causado.

CONSIDERANDO:

Opinión del Dr. Carmelo Castiglioni: **Recursos de nulidad:** Este recurso no fue sostenido en esta Instancia por ambas partes recurrentes, entonces, no existiendo vicio que amerite la nulidad de oficio, corresponde declarar desierto el recurso de nulidad para ambos.

Recurso de apelación: Que ambas partes se agravian del A.I. Nº 92 dictado el 21 de febrero de 2011, por el cual se declaró la caducidad de instancia estando firme y ejecutoriada la sentencia definitiva.

Para uno de los apelantes la caducidad realmente no se operó porque: 1) la instancia en que se habría producido, que fue la probatoria, estaba clausurada por providencia del 6 de septiembre de 1995 (fs. 98), recayendo en la excepción

planteada la S.D. N° 584 el 29 de junio de 2000 (fs. 100), que dispuso llevar adelante la ejecución; 2) el instituto que precautela la caducidad de la instancia es la certeza jurídica, para lo cual se requiere una declaración judicial expresa, además de la inacción de las partes y el transcurso del tiempo; 3) no puede haber caducidad de la instancia después de dictada la sentencia definitiva; 4) ni declararse en la etapa de ejecución de sentencia; 5) caducó tácticamente el plazo para declarar la caducidad; y 6) el criterio es siempre restrictivo. Concluye solicitando que la resolución sea revocada. Que, el 19 de abril de 2011 (fs. 347/348), el señor Juan Alberto Samaniego González contesta el traslado sosteniendo que está probado en autos que la caducidad de la instancia se produjo como consecuencia de no haberse impulsado durante 7 meses y 7 días el proceso después de la providencia dictada el 15 de noviembre de 1994, y que la caducidad en la legislación paraguaya es de carácter perentorio, produciendo la pérdida automática del derecho o su extinción por la inactividad. Para la parte demandada la norma es imperativa, es de orden público, no puede ser interpretada y solo debe ser aplicada, porque al juez no le está permitido juzgar el valor intrínseco la equidad de la ley, en apoyo de la tesis sostenida se apoya en la opinión del Prof. Dr. Luis Lezcano Claude. Y concluye pidiendo la confirmación de la resolución apelada.

Que, el otro apelante, el señor Juan Alberto Samaniego González, expresa agravios contra el A.I. N° 92 dictado el 21 de febrero de 2011, alegado que las costas deben ser impuestas al actor, por virtud de lo que dispone el art. 200 del Código Procesal Civil.

Que el 4 de mayo de 2011, la parte actora contesta el traslado de la expresión de agravios presentada por Samaniego González, señalando que el inferior aplicó el Art. 193 del Código Procesal Civil, porque no estaba convencido de la tesis sostenida en la resolución que declara la caducidad de la instancia.

Que, el caso en estudio refiere una caducidad de instancias declarada en la etapa de ejecución de un juicio hipotecario y mucho después de haberse dictado la S.D. N° 584 el 29 de junio de 2000 (fs. 100), en la que se dispuso llevar la ejecución cuya resolución ya quedó consentida e inclusive ejecutoriada, por tanto, dicha sentencia definitiva ya estaba firme y ejecutoriada y el plazo de seis meses transcurridos antes de dicha sentencia definitiva recién es advertida por la parte ejecutada en las etapas de ejecución, y entonces plantea la caducidad de instancia ya después de entrar en autoridad de cosa juzgada de la S.D.N° 584 el

29 de junio de 2000. El problema que debe ser resuelto es: si después de entrar en autoridad de cosa juzgada la sentencia definitiva, puede declararse la caducidad operada de hecho antes de dictarse dicha sentencia y no reclamada ni resuelta antes de la sentencia definitiva.

Existen dos normas que deben analizarse a fin de resolver el caso. El Art. 108 del CPC, conforme al cual “por la cosa juzgada se opera la preclusión del proceso”, o bien la otra prevista en el art. 174 CPC, que establece que la caducidad se opera de pleno derecho, por el transcurso del tiempo y la inactividad de las partes. No podrá cubrirse con diligencia o actos procesales con posterioridad al vencimiento del plazo, ni por acuerdo de partes.

A la luz de estas dos normas jurídicas, debe tenerse en cuenta que ambas son de orden público e interesan a la seguridad jurídica. Sin embargo, no pueden coexistir porque existen, entre ellas, una aparente contradicción y se deben analizar e interpretar dichas normas jurídicas dentro del contexto de los hechos acaecidos en el proceso y tener en cuenta principalmente la Constitución Nacional, que es la primera norma que debe aplicar un juzgador. En ese entendimiento, cabe señalar que el Art. 174 CPC es inaplicable al presente caso, pues dicha norma solo es válida cuando todavía existe juicio en trámite, o sea, cuando todavía hay instancia. En este último caso, la caducidad de instancia está por encima de la regla de preclusión, pero nunca sobre la cosa juzgada. La cosa juzgada es una medida de seguridad, conforme nos enseña Luis Frescura y Candia al decirnos que: “los árbitros establecidos para dar certeza y duración al ordenamiento jurídico, llámanse medidas de seguridad”. Entonces, debe entenderse que cuando se dictó sentencia definitiva y ésta ha quedado amparada con el beneficio de la cosa juzgada que tiene protección constitucional de la cosa juzgada al establecerse en el Art. 17 inciso 4, conforme al cual se dispone que: “no se le juzgue más de una vez por el mismo hecho. no se pueden reabrir procesos fenecidos”. La S.D. N° 584 del 29 de junio de 2000 (fs. 100), ya puso fin a la instancia, al juicio y al proceso y no puede reabrirse el mismo sin violar la norma constitucional citada. Esta norma constitucional justifica prevalecer el Art. 103 CPC, antes que el Art. 174 del mismo cuerpo legal y es así porque cuando ya queda firme la sentencia definitiva ya no hay instancia que caducar y la que se operó antes de la sentencia definitiva, ya que quedó subsanada por la cosa juzgada, porque esta última es de orden público constitucional y no puede juzgarse dos veces y no reabrir procesos fenecidos.

La cosa juzgada de un proceso fenecido no puede ser sobrepasada por la caducidad de instancia sin alterar la propia Constitución: Después de quedar firme la sentencia definitiva ha quedado fenecido el proceso a través de la sentencia definitiva firme y ejecutoriada. Hubiera sido diferente que después de dictarse sentencia definitiva, pero antes de estar firme y ejecutoriada, se plantease la caducidad de instancia, en cuyo caso todavía hay instancia por no estar firme la sentencia definitiva, pero cuando la misma ya entró en autoridad de cosa juzgada existe el problema de reabrir el juicio concluido, cosa que está prohibida por nuestra Carta Magna. Por otra parte, si se diera este último caso, no puede coexistir la resolución que declara la caducidad de instancias, sin anular la Sentencia Definitiva. Pero una vez que haya quedado firme la Sentencia Definitiva, el juez ya perdió competencia y no puede anular dicha resolución por imperio de lo establecido en el Art. 163 CPC. Conforme al cual: “Pronunciada la sentencia concluirá la competencia del juez, respecto del juicio y no podrá sustituirla o modificarla”.

Declarar la caducidad de instancia de un juicio fenecido es juzgar dos veces un mismo hecho: No pueden coexistir dos resoluciones diferentes como formas de concluir el proceso. El A-quo debió anular su sentencia definitiva para declarar la caducidad de instancia estando firme y ejecutoriada la sentencia definitiva, pues el mismo ya perdió competencia para hacerlo y ya no puede modificar o sustituir su propia resolución para declarar la caducidad de instancia, aunque ésta se haya operado antes de dictarse sentencia definitiva. Puede modificar y declarar la caducidad de instancia antes de quedar firme y ejecutoriada, en cuyo caso debe anular dicha sentencia, puesto que no pueden coexistir dos formas de conclusión del proceso. Es lo que ya se sostuvo al dictarse una resolución en el caso “ABN AMRO Bank NV c/ Hermán Ernesto Bruñe Fretes y otro” (Ac. y Sent. N° 121-04/11/2008), donde ante esta misma Sala se planteó una situación similar. La declaración de caducidad de la instancia fue dictada después de haberse dictado la sentencia. Reñía con la lógica que un pleito pudiera terminar dos veces; la primera vez con la sentencia definitiva (modo normal de terminación del proceso) y la segunda vez con la resolución que decretó la caducidad (modo anormal de terminación del proceso). Entonces esta misma Sala señaló: “en autos co-existen dos resoluciones contradictorias. Por un lado la SD.N° 2.781 de fecha 19 de noviembre de 2004, y por otro lado, el A.I. N° 3.182 y, que es una forma extraordinaria de conclusión del proceso. Desde luego que ambas resolu-

ciones son de aquellas que concluyen un proceso. La sentencia definitiva, en forma regular, y la caducidad que contiene el A.I. N° 3.182 y, que es una forma extraordinaria de conclusión del proceso. Desde luego que, por lógica, podemos concluir que un proceso no puede concluir dos veces en la misma instancia, pues una de las dos resoluciones debe prevalecer. Pero sucede que el apelante, que es la parte a quien favoreció la resolución que dispusieron la caducidad, al plantear los recursos de nulidad y apelación contra la sentencia definitiva, está admitiendo su validez formal. Por ende, no pueden coexistir válidamente dos resoluciones que se contradicen. Prevalece aquella que es la forma regular de conclusión del proceso y debe necesariamente anularse, de oficio, la resolución que declara la caducidad, y atender los recursos de nulidad y apelación dada contra la sentencia definitiva”. Este fue el criterio defendido en esa oportunidad. No creemos que haya motivos para cambiar de criterio. En consecuencia, es parecer de este Tribunal que, dictada la sentencia definitiva, no puede prevalecer una segunda resolución que ponga fin al pleito por la vía de caducidad, porque el juicio ya está terminado y en etapa de ejecución.

No se puede juzgar dos veces un mismo hecho y declarar la caducidad: Una vez que se dictó sentencia definitiva y ésta quedó firme, la resolución de caducidad de instancia implica juzgar dos veces un mismo hecho. En caso de autos se dictaron la S.D. N° 584 el 29 de junio de 2000 y el A.I. N° 92 dictado el 21 de febrero de 2011, y se concluyó dos veces el mismo caso y eso significa juzgar dos veces un mismo hecho en abierta violación al Art. 17 inciso “4” de la CN.

Por otra parte, numerosos fallos dictados por los Tribunales de Apelación Civil y Comercial y por la misma Corte Suprema de Justicia rechazan la caducidad de la instancia dictada después de recaída la sentencia (A.I. 804 de fecha 12 de diciembre de 2000, dictado por el Tribunal de Apelación Civ/ Com (3ª Sala), en los autos “Gestiones y Cobranzas S.A. c/ Bona Doda Jiménez de Da Rosa s/ acción ejecutiva”; A.I. 312 de fecha 25 de junio de 2002, dictado por el Tribunal de Apelación Civ/Com (4ª Sala); en los autos “Antelco c/ Regis Raúl Romero Villalba s/ acción ejecutiva”; A.I. 308 de fecha 29 de abril de 2008, dictado por el Tribunal de Apelación Civ/Com (3ª Sala), en los autos “Banco Sudameris Paraguay S.A.E.C.A. c/ Christian Daniel Ferreira Mora y Juanita Mora s/ preparación de acción ejecutiva”; A.I. 892 de fecha 16 de octubre de 2008, dictado por el Tribunal de de Apelación Civ/Com (3ª Sala), en los autos “Aidee Franco c/ María Teresa Wisner de Larreinegabe y Juan Domingo Ramón Larreinegabe s/ cobro

de guaraníes”; A.I. 1.029 de fecha 11 de diciembre de 2008, dictado por el Tribunal de Apelación Civ/Com (3ª Sala), en los autos “Caja de Jubilación y Pensiones de Empleados Bancarios C/ Eliseo Duarte s/ ejecución hipotecaria”; Acuerdo y Sentencia 587 de fecha 7 de septiembre de 2001, dictado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en los autos “Acción de inconstitucionalidad en el juicio Humberto Giubi Reyes c/ Zoraida Ubeda s/ divorcio”; A.I. 1407 de fecha 15 de noviembre de 1996 dictado por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia), aunque ella haya ocurrido antes y aunque en la legislación nacional la caducidad opere de pleno derecho. En el presente caso ya no puede operarse la caducidad no declarada, pues ya el juez ha perdido competencia y nada ya puede hacer para superar el problema en el caso que hubiese realmente ocurrido la caducidad de instancia. El juicio ya no es revisable.

Que, de todo lo discutido en el presente caso, a nuestro criterio, resulta atractiva la idea de aceptar el concepto de instancia acotado a cada una de las etapas del proceso y una suerte de caducidad de la caducidad, conciliándolos con el criterio restrictivo de su interpretación y el fin jurídico tutelado. Además, debe tenerse en cuenta la irretroactividad como seguridad jurídica y que está acogida en el Art. 14 CN, establecida como norma constitucional, pues dictar la caducidad de instancia de un juicio fenecido es retrotraer el proceso y eso afecta la regla de irretroactividad. Si a estos pensamientos agregamos el criterio restrictivo de su interpretación, porque el legislador busca una declaración definitiva de los derechos reclamados, más que un atajo para terminar juicios que las partes no quieren concluir y por eso siguen litigando, nos encontramos en que no están equivocados quienes piensan que no puede haber caducidad después de haberse dictado la sentencia, hallándose el proceso en las etapas de cumplimiento o de ejecución de la sentencia, al que las partes llegaron o dejaron que llegue el proceso precisamente porque deseaban que se dictara una sentencia que declarara o reconociera el derecho reclamado.

En el presente caso, la aplicación de la ley y la búsqueda de la justicia, hace que se prevalezca la Constitución Nacional. Las costas a la perdedora, porque no existe duda alguna, pues es fácil entender que cuando se acaba el proceso por sentencia definitiva no puede ocasionarse ningún incidente, dado que este es un accesorio del principal y si ya no hay principal no puede haber lo accesorio y, entonces, las costas deben descargarse a la parte perdedora por la aplicación de la regla general de costas y porque no existe justificación para aplicar ninguna excepción.

Opinión de los magistrados Fremiort Ortiz Pierpaoli y Linneo Ynsfrán Saldívar, manifestaron adherirse a la opinión del preopinante, por los mismos fundamentos.

POR TANTO, en mérito de las consideraciones que anteceden, este Tribunal de Apelación Civil y Comercial, Quinta Sala;

RESUELVE: 1) Declarar desierto, los recursos de nulidad para ambas partes recurrentes. 2) Revocar, in totum, el A.I.N° 92 dictado el 21 de febrero de 2011. 3) Imponer, las costas, a la perdedora en ambas instancias. 4) Anotar, registrar y remitir a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Linneo Ynsfrán Saldívar, Dr. Fremiort Ortiz Pierpaoli y Dr. Carmelo A Castiglioni.

Ante mí: Abog. Federico Miller Tellechea. Actuario Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 432

Cuestión debatida: El problema central planteado es dilucidar si un embargo ejecutivo constituye o no una medida cautelar.

MEDIDAS CAUTELARES. JUICIO EJECUTIVO.

Como se puede observar, la norma del art 701 del CPC no hace ninguna distinción entre embargos preventivos y ejecutivos, sólo se refiere a las medidas cautelares en general. Y el embargo ejecutivo, dentro de la filosofía del Código Procesal, constituye una medida cautelar.

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS. MEDIDAS CAUTELARES.

El Art. 701 del CPC se complementa con el Art. 302 del Código de Organización Judicial, que dispone que las inscripciones de hipoteca, prenda, las anotaciones preventivas, embargos e inhibiciones, cesan automáticamente, si antes no fueron reinscriptas”.

MEDIDAS CAUTELARES. JUICIO EJECUTIVO.

De acuerdo al principio de autoridad que debe existir en toda actividad jurisdiccional, el hecho que la Directora efectuara una consulta a los Miembros de los tribunales de Apelación, que manifestaron que el embargo ejecutivo no constituye una medida cautelar, no pueden prevalecer sobre los hechos y funda-

mentos expuestos por el más alto Tribunal de la República, como es la Corte Suprema de Justicia, como la encargada por el Art. 247 de la Carta Magna por ser la única autoridad con facultades y atribuciones de interpretar la Constitución Nacional.

MAGISTRADOS. Facultades del magistrado.

En efecto dispone el Art. 15 del Código Ritual entre los deberes y facultades de los jueces, que son deberes y facultades de los mismos según el inc. c) debe resolver siempre según la ley, sin que le sea permitido juzgar del valor intrínseco o equidad de ella, bajo pena de nulidad de las resoluciones y actuaciones.

LEY. Aplicación de la ley.

Las normas del Código Ritual son normas de orden público, cuya aplicación y observancia son obligatorias y conforme al Art. 09 del Código Civil, “Los actos jurídicos no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesado en el orden público...”.

MAGISTRADO. LEY. Aplicación de la ley.

El magistrado está obligado por la ley y no por precedente o la jurisprudencia, la cual no es fuente formal del derecho, aunque sí fuente material. No es fuente formal del derecho por no ser obligatoria y al no ser obligatoria no es norma jurídica. (Voto en disidencia del Dr. Carmelo Castiglioni).

MAGISTRADO. LEY. Aplicación de la ley.

Un juez debe ser fiel no solo a la ley, sino también a su conciencia avalada por la ley y, consecuentemente, no está obligado por el precedente de la Corte Suprema de Justicia por la jerarquía, la que no se discute y se respeta y la misma es fuente para los magistrados inferiores solo por la “ratio decidendi” del mismo. (Voto en disidencia del Dr. Carmelo Castiglioni).

MEDIDAS CAUTELARES. JUICIO EJECUTIVO.

Un embargo ejecutivo no es igual a un embargo preventivo o cautelar, o sea, el embargo ejecutivo no tiene carácter cautelar porque no está en función de las resultas de la declaración de un juicio, sino para vender y pagar de ello al acreedor. Y es así porque la tesis contraria violentaría los principios lógicos de identidad y contradicción. (Voto en disidencia del Dr. Carmelo Castiglioni).

MEDIDAS CAUTELARES. JUICIO EJECUTIVO.

Las medidas cautelares y entre ellas el embargo preventivo son actos procesales para asegurar la resultas del juicio mientras se tramita una acción declarativa o se resuelva un caso. Pero una acción declarativa no es igual a una

acción ejecutiva, pues en ésta se parte del título ejecutivo que es la presunción legal de la existencia del crédito que ya no requiere una declaración, sino la ejecución del mismo. (Voto en disidencia del Dr. Carmelo Castiglioni).

MEDIDAS CAUTELARES. JUICIO EJECUTIVO.

La naturaleza jurídica de una medida cautelar es diferente al embargo ejecutivo, pues este último no es para cautelar las resultas del juicio, sino directamente para vender o realizar el crédito y en esta diferencia se nota en la necesidad del embargo ejecutivo en el juicio ejecutivo, pues no puede haber juicio ejecutivo sin embargo ejecutivo. (Voto en disidencia del Dr. Carmelo Castiglioni).

MEDIDAS CAUTELARES. JUICIO EJECUTIVO.

No es igual un embargo preventivo que uno ejecutivo y eso se aclara por la ley. Surge claro que son diferentes, pues la provisoriedad del embargo preventivo no se da en el embargo ejecutivo, pues no está sujeta a las resultas de un juicio ni puede ser levantado sin razón alguna, pues si se lleva adelante la ejecución se remata lo embargado y si se entendiera lo contrario, que el embargo ejecutivo es cautelar, podría darse el absurdo de que después de dictarse la sentencia de remate se despoje al ejecutante de la posibilidad de cobrar su crédito. (Voto en disidencia del Dr. Carmelo Castiglioni).

MEDIDAS CAUTELARES. JUICIO EJECUTIVO.

El embargo ejecutivo no es igual al embargo preventivo, pues el embargo ejecutivo es un acto procesal necesario o inexcusable, no provisorio y esencial, a diferencia del embargo preventivo que es excusable o no necesario, es definitivo y es no esencial. Esta diferencia de caracteres es suficiente que el Art. 701 del CPC es inaplicable al embargo ejecutivo. (Voto en disidencia del Dr. Carmelo Castiglioni).

MEDIDAS CAUTELARES. JUICIO EJECUTIVO.

Las medidas cautelares no tienen la misma naturaleza jurídica que el embargo ejecutivo. El embargo ejecutivo no es cautelar, sino es para realizar la venta del bien afectado y si no tiene la misma naturaleza, entonces no puede afectarle la norma de caducidad de los bienes registrables. (Voto en disidencia del Dr. Carmelo Castiglioni).

MEDIDAS CAUTELARES. JUICIO EJECUTIVO.

Al no ser el Art. 701 CPC ni el 303 del COJ, una norma aplicable al embargo ejecutivo, por ser exclusivamente para bienes registrables dados con carácter

cautelar y el ejecutivo no es cautelar, sino, como dice su nombre, es para ejecutar, por tanto, voto por la confirmatoria de la Resolución de la Dirección General de los Registros Públicos de fecha 16 de agosto de 2010. (Voto en disidencia del Dr. Carmelo Castiglioni).

TApel. Civ. y Com. Sala 5. 23-06-11. "Queja por apelación denegada interpuesta por el Sr. Eugenio Ramón Cabrera c. la resolución N° 2545 del 16 de agosto de 2010, dictada por la Dirección General de los Registros Públicos". (A.I. N° 432).

Asunción, 23 de junio de 2.011.

VISTO: El escrito presentado por el Sr. Eugenio Ramón Cabrera, bajo patrocinio de Abogado, en el que interpone queja por recurso denegado contra la Resolución N° 2.545 de fecha 16 de agosto del año 2010, dictada por la Directora General de los Registros Públicos; y,

CONSIDERANDO:

Opinión del Dr. Fremiort Ortiz Pierpaoli: Que, la resolución apelada, según el recurrente, no hizo lugar a la caducidad del embargo ejecutivo decretado sobre la Finca N° 28.438, con Cuenta Corriente Catastral N° 27-3088-03, del Distrito de Capiatá, con una superficie de 394 metros cuadrados y 8.000 cm², que se encuentra afectado por un embargo ejecutivo dispuesto por el Juzgado de Justicia Letrada del 3er. Turno, Secretaría a cargo de Augusto Cañete González, solicitado por el Sr. Benito Alejandro Torres A., por la suma de Gs. 5.800.000 más Gs. 580.000, en concepto de accesorios legales. Agrega el recurrente que la resolución en alzada le causa agravios, teniendo en cuenta que el embargo en cuestión tiene una antigüedad de más de cinco años, que no fue renovado por el Juzgado de la causa y, en consecuencia, de acuerdo al Art. 701 del Código Procesal Civil, dicha medida cautelar ha caducado. Sostiene igualmente el recurrente, que dicha resolución le ha causado un perjuicio irreparable porque frustró la venta del citado inmueble. Agrega que la resolución recurrida debe ser revocada, por no estar ajustada a derecho y contravenir claras disposiciones legales y constitucionales, así como resoluciones de la Corte Suprema de Justicia, por ser violatoria del Art. 701 del Código Procesal Civil.

Corrido traslado del memorial presentado por el recurrente a la Directora de la Dirección General de los Registros Públicos, ésta no contestó el mismo,

según informe del Actuario de fs. 27 de autos, dándosele por decaído el derecho que ha dejado de usar para contestar, según A.I. N° 271, de fecha 29 de abril del año en curso dictada por éste Tribunal, llamándose autos para resolver, resolución que a la fecha de este pronunciamiento se halla debidamente firme y ejecutoriada.-

Analizando las actuaciones de autos, conforme a los distintos elementos de convicción arrojados al presente juicio, así como a las manifestaciones fácticas de los litigantes, y conforme a la aplicación de las reglas de la sana crítica previstas en el Art. 269 y demás concordantes del Código Procesal Civil, soy de criterio que la resolución recurrida debe ser revocada, por no hallarse ajustado a derecho, en mérito a los siguientes fundamentos.

En efecto, el Art. 701 del Código Procesal Civil, invocado por el recurrente, dispone respecto a la caducidad de las medidas cautelares, que “Las medidas cautelares registrables se extinguirán de pleno derecho a los cinco años de la fecha de su anotación en el Registro respectivo, salvo que a petición de parte se reinscribieren antes del vencimiento del plazo, por orden del Juzgado que entienda en el proceso”.

Como se puede observar, la norma arriba citada no hace ninguna distinción entre embargos preventivos y ejecutivos, sólo se refiere a las medidas cautelares en general. Y, el embargo ejecutivo, dentro de la filosofía del Código Procesal, constituye una medida cautelar. Además, la inscripción en el Registro data de cinco años atrás, sin haber sido reinscrita la misma, ni a pedido de parte ni por orden del juez que ordenó la inscripción.

Además, notando que dicho embargo ejecutivo fue inscripto en el Registro en fecha 09 de agosto de 2000, el mismo de cualquier manera ya está inscripto, conforme lo dispuesto en Art. 302, 2ª parte, del Código de Organización judicial, Ley N° 879/81, al legislar en la Sección IV sobre la extinción de las inscripciones y actuaciones preventivas, si antes no fuesen reinscriptas, circunstancia que no se produjo en dichos autos.

Por otro lado, este tema ya fue analizado en fecha 29 de marzo de 1996, por el entonces Presidente de la Corte Suprema de Justicia Dr. Raúl Sapena Brugada, quien por Oficio N.P. N° 84, de la fecha arriba señalada, se dirigió a la Directora de la Dirección General de los Registros Públicos, haciéndole saber entre las varias instrucciones impartidas a la misma, que “El Art. 701 del Código Procesal Civil, es absolutamente claro y de él resulta que toda medida

cautelar registrable se extingue de pleno derecho a los cinco años de su anotación en el Registro, salvo que a petición de parte, se reinscribiera antes de su vencimiento, reinscripción que en esos casos procederá sólo por orden del Juez que entiende en el proceso respectivo...”. Agrega además, que “Estas instrucciones dejan sin efecto toda y cualquier comunicación o precedente anterior, que sea contrario a lo señalado más arriba, y deberá procederse a su cumplimiento desde esta misma fecha”.

Desde esa fecha, no se conoce otra resolución dictada por la Corte Suprema de Justicia que enervara la posición jurídica de la misma. Por el contrario, la Sala Constitucional de la misma dictó el Acuerdo y Sentencia N° 848, de fecha 24 de agosto del año 2007, en que, por el voto plenario de la Sala Constitucional, ha resuelto hacer lugar a la presente Acción de Inconstitucionalidad y, en consecuencia, declarar la nulidad del A.I.N° 1.523, de fecha 19 de setiembre del 2003, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del 11° Turno y del A.I. N° 402 del 11 de junio del 2004, dictado por el Tribunal en lo Civil y Comercial, 5ª Sala, de esta Capital”, en los autos caratulados “Acción de inconstitucionalidad en el juicio ‘Cinthyia Sofia Guillén y otros c/Hugo Rivarola y Norma Esther Chaux de Rivarola s/preparación de accion ejecutiva’ ”.

Entre uno de los fundamentos de la citada Resolución Judicial, el preopinante Dr. José Altamirano, ha sostenido que... “La cuestión en el presente caso gira en torno al Art. 701 del Código Procesal Civil en lo que respecta a la caducidad de la anotación de los embargos ejecutivos, cuestión que ha sido rechazada por nuestros tribunales en reiteradas oportunidades, por lo que amerita un estudio pormenorizado a los efectos de sentar un precedente que indique correctamente a los jueces y a los justiciables”. Luego de citar y transcribir el Art. 701 del Código Ritual, manifiesta la citada norma: “se complementa con el Art. 302 del Código de Organización Judicial que dispone que las inscripciones de hipoteca, prenda, las anotaciones preventivas, embargos e inhibiciones, cesan automáticamente, si antes no fueren reinscriptas”.

Luego de establecer los fundamentos de su voto y citar a algunos tratadistas como Lino E. Palacio, sostiene en forma categórica que: “De conformidad con el texto legal transcrito, todas las medidas cautelares caducan en el plazo de cinco años, desde la fecha de su anotación en los Registros. El Código Procesal Civil no hace distinción alguna entre las medidas cautelares, por tanto, dicha disposición rigen para todas las medidas cautelares, sin excepción alguna. El

embargo ejecutivo es una medida cautelar, al igual que el embargo preventivo, caduca en el plazo de cinco años, computándose a partir de la fecha de su anotación en los Registros Públicos, pudiendo reinscribirse a pedido de parte y por orden del Juzgado competente, con expresa comunicación a los Registros Públicos...”. Sigue diciendo el Dr. Altamirano que: “El embargo ejecutivo decretado en el presente juicio es una medida cautelar y su anotación preventiva a tenor de las disposiciones legales transcritas, que caduca en el plazo de cinco años, a partir de su inscripción en los Registros, debiendo ser levantado de inmediato, automáticamente, en caso que el Juzgado no disponga su reinscripción, a pedido de parte...”.

A este voto se adhirieron los demás Miembros de la Sala Constitucional. Por lo demás, de acuerdo al principio de autoridad que debe existir en toda actividad jurisdiccional, el hecho que la Directora efectuara una consulta a los Miembros de los Tribunales de apelación, que manifestaron que el embargo ejecutivo no constituye una medida cautelar, no pueden prevalecer sobre los hechos y fundamentos expuestos por el más alto tribunal de la República, como es la Corte Suprema de Justicia, como la encargada por el Art. 247 de la Carta Magna por ser la única autoridad con facultades y atribuciones de interpretar la Constitución Nacional.

Por lo demás, siendo el órgano jurisdiccional una entidad de Derecho Público, un Tribunal de Derecho y no de equidad, no corresponde fundar una sentencia en interpretaciones de autores, especialistas o técnicos contables, como pretenden ciertas personas, porque está por muy sobre el criterio legalista que es el espíritu de la Ley Procesal.

En efecto, dispone el Art. 15 del Código Ritual entre los deberes y facultades de los jueces, que son deberes y facultades de los mismos según el inc. c) debe resolver siempre según la ley, sin que le sea permitido juzgar del valor intrínseco o equidad de ella, bajo pena de nulidad de las resoluciones y actuaciones.

No debemos perder de vista tampoco que las normas del Código Ritual son normas de orden público, cuya aplicación y observancia son obligatorias y conforme al Art. 9º del Código Civil, “Los actos jurídicos no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesado en el orden público...”.

Opinión del Magistrado Linneo Ynsfrán Saldívar, manifestó adherir a la opinión del preopinante Dr. Fremiort Ortiz Pierpaoli, por los mismos fundamentos.

Opinión del Dr. Carmelo A. Castiglioni: Que, por la Resolución de la Dirección General de los Registros Públicos de fecha 16 de agosto de 2010, bajo el indicativo RPEX.2010.2545, se deniega la caducidad de medida cautelar sobre embargo ejecutivo. El recurrente cita un precedente dado en el expediente: “Acción de inconstitucionalidad en el juicio: “Cynthia Sofia Guillén c/ Hugo Rivarola Y Norma Chau de Rivarola s/ preparación de acción ejecutiva”. Año 2004-N° 1890. Al respecto cabe decir que el juzgador constitucionalmente está obligado por la ley, según el Art. 256 CN, por lo tanto el precedente no obliga al juzgador cuando éste entiende que es contraria al sentido de la ley. El magistrado está obligado por la ley y no por precedente o la jurisprudencia, la cual no es fuente formal del derecho, aunque sí fuente material. No es fuente formal del derecho por no ser obligatoria y, al no ser obligatoria, no es norma jurídica. Hecha esta pequeña disquisición y con el respeto que se tiene al criterio ajeno, pero un juez debe ser fiel no solo a la ley, sino también a su conciencia avalada por la ley y, consecuentemente, no está obligada por el precedente de la Corte Suprema de Justicia por la jerarquía, la que no se discute y se respeta y la misma es fuente para los magistrados inferiores solo por la “ratio decidendi” del mismo. Esta magistratura no comparte el criterio sustentado en el argumento del fallo citado más arriba, porque creemos que no se ajusta a la ley en el Art. 701 CPC. Por esta razón voto por la confirmatoria de la resolución recurrida fundado en el siguiente argumento:

El problema central planteado es dilucidar si un embargo ejecutivo constituye o no una medida cautelar. No. Definitivamente no es cautelar y esto solo porque es ejecutivo. Sostener que es igual como pretender que un gallo es igual a un perro. La respuesta evidente es que no son la misma cosa. En este orden de ideas, significa que un embargo ejecutivo no es igual a un embargo preventivo o cautelar, o sea, el embargo ejecutivo no tiene carácter cautelar porque no está en función de las resultas de la declaración de un juicio, sino para vender y pagar de ello al acreedor. Y es así porque la tesis contraria violentaría los principios lógicos de identidad y contradicción. No es solamente una cuestión de denominación diferente. Sería tonto que la ley llame embargo ejecutivo a un embargo preventivo. Los abogados que trabajan con juicios ejecutivos saben bien que en la acción preparatoria que aquel quien pidió un embargo preventivo, al iniciar la ejecución, debe pedir que el mismo se convierta en ejecutivo. En este orden de razonamiento cabe preguntar si es igual el embargo ejecutivo al

embargo cautelar o preventivo, y si son iguales para qué pedir su conversión en ejecutivo. Y lo que se pide no es simplemente un cambio de denominación, sino que se pide el cambio de los efectos del embargo. Las medidas cautelares, y entre ellas el embargo preventivo, son actos procesales para asegurar la resultas del juicio mientras se tramita una acción declarativa o se resuelva un caso. Pero una acción declarativa no es igual a una acción ejecutiva, pues en ésta se parte del título ejecutivo que es la presunción legal de la existencia del crédito que ya no requiere una declaración, sino la ejecución del mismo. Esto último significa vender y para lo cual se afecta una cosa, que en este caso casualmente es un bien registrable. Esta cosa embargada es para vender, no para asegurar las resultas del juicio. Esto último es la diferencia entre un embargo ejecutivo y un embargo preventivo. La naturaleza jurídica de una medida cautelar es diferente al embargo ejecutivo, pues este último no es para cautelar las resultas del juicio, sino directamente para vender o realizar el crédito, y en esta diferencia se nota en la necesidad del embargo ejecutivo en el juicio ejecutivo, pues no puede haber juicio ejecutivo sin embargo ejecutivo. No es igual un embargo preventivo que uno ejecutivo y eso se aclara por la ley. Surge claro que son diferentes, pues la provisoriedad del embargo preventivo no se da en el embargo ejecutivo, pues no está sujeta a las resultas de un juicio ni puede ser levantado sin razón alguna, pues, si se lleva adelante la ejecución, se remata lo embargado y si se entendiera lo contrario, que el embargo ejecutivo es cautelar, podría darse el absurdo de que después de dictarse la sentencia de remate se despoje al ejecutante de la posibilidad de cobrar su crédito.

En pocas palabras, el embargo ejecutivo no es igual al embargo preventivo, pues el embargo ejecutivo es un acto procesal necesario o inexcusable, no provisorio y esencial, a diferencia del embargo preventivo que es excusable o no necesario, es definitivo y es no esencial. Esta diferencia de caracteres es suficiente que el Art. 701 del CPC es inaplicable al embargo ejecutivo

Las medidas cautelares no tienen la misma naturaleza jurídica que el embargo ejecutivo. El embargo ejecutivo no es cautelar, sino es para realizar la venta del bien afectado y si no tiene la misma naturaleza, entonces no puede afectar la norma de caducidad de los bienes registrables.

Pero, si aceptáramos la tesis de que el embargo ejecutivo es afectado por el Art. 701 CPC, cuando se trata de bienes registrables, entonces, se daría un contrasentido, porque no existe en la ley para la caducidad de la medida caute-

lar de los bienes no registrables y habría casos de embargo ejecutivos que caducan y otros embargos ejecutivos que no caducan, lo cual es un despropósito, pues se crearía una diferencia para un mismo caso en la misma ley, sobre una situación que no prevé la ley, pues no puede realizarse diferencia donde la ley no distingue, y al no ser el Art. 701 CPC ni el 303 del COJ, una norma aplicable al embargo ejecutivo, por ser exclusivamente para bienes registrables dados con carácter cautelar y el ejecutivo no es cautelar sino como dice su nombre es para ejecutar, por tanto, voto por la confirmatoria de la Resolución de la Dirección General de los Registros Públicos de fecha 16 de agosto de 2010, bajo el indicativo RPEX.2010.2545, dado como Nota Negativa.

POR TANTO, atento a lo brevemente expuesto, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Quinta Sala;

RESUELVE: 1°. Hacer lugar, a la queja por recurso denegado, presentado por el señor Eugenio Ramón Cabrera, bajo patrocinio de Abogado, contra la Resolución individualizada como indicativo RPEX.2.010-2.545, de fecha 16 de agosto del año 2010, dictada por la Dirección General de los Registros Públicos y, en consecuencia, declarar la caducidad de la inscripción del embargo ejecutivo sobre la Finca N° 28.438 del Distrito de Capiatá, de propiedad del recurrente, decretado por el Juzgado de Justicia Letrada del Tercer Turno, Secretaría a cargo de Augusto Cañete González, por los fundamentos expuestos en el considerando de la presente resolución. 2°. Anótese, regístrese, notifíquese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Linneo Ynsfrán Saldívar, Dr. Fremiort Ortiz Pierpaoli y Dr. Carmelo A Castiglioni.

Ante mí: Abog. Federico Miller Tellechea. Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 32

DESALOJO. Derecho de posesión o dominio.

En caso de no existir contrato de locación entre el actor y los demandados, no está vedado al actor promover el juicio de desalojo, pues esta acción es procedente contra el tenedor precario o intruso, con la sola condición de probar que el accionante es propietario o usufructuario del inmueble. Es sabido que en

puridad, la naturaleza de este juicio es devolver al propietario el usufructo de un bien inmueble que le pertenece en dominio o en posesión. (Voto de la mayoría).

DESALOJO. Limitaciones en el desalojo.

Las discusiones sobre el mejor derecho de propiedad o de la posesión no pueden ser discutidas en el juicio de desalojo. (Voto de la mayoría).

DESALOJO. Procedencia del desalojo.

La acción de desalojo no puede trabarse cuando se invocan cuestiones ajenas al desalojo. (Voto de la mayoría).

DESALOJO. Derecho de posesión o dominio.

Las alegaciones de los demandados, quienes adujeron ser poseedores legítimos, no pueden ser discutidas a través de este juicio pues el juicio de desalojo tiene como fin último otorgar la posesión y el usufructo a quien demuestre ser el titular, restituyéndole el uso y goce de la misma. (Voto de la mayoría).

DESALOJO.

El juicio de desalojo constituye un procedimiento especial de carácter personal cuya finalidad es lograr que el accionante recupere el uso y goce del inmueble que es objeto del juicio. (Voto en disidencia del Dr. Marcos Riera Hunter).

DESALOJO. Derecho de posesión o dominio.

Cuando el demandado en un juicio de desalojo alega que es poseedor del predio que ocupa, en principio debe ser considerado como tal por cuanto que la ocupación es el acto posesorio por excelencia (Art. 1933, CC), en cuyo caso la pretensión de desalojo se torna improcedente, salvo que el actor (sobre quien recae el onus probandi) acredite que el accionado no es poseedor, sino un mero ocupante precario. (Voto en disidencia del Dr. Marcos Riera Hunter).

DESALOJO. Prueba en el desalojo.

Lo que debe entenderse es que en el juicio de desalojo es el actor el que debe probar que el demandado es un ocupante precario con obligación de restituir. Si no lo hace, y el demandado alega ser poseedor con ánimo de dueño, y el actor no neutraliza tal alegación, el demandado debe ser conceptuado poseedor, porque la ocupación es un hecho que acredita o prueba tal alegación, y en tal caso la acción de desalojo se torna improcedente. Es lo que ha ocurrido en este juicio de desalojo. (Voto en disidencia del Dr. Marcos Riera Hunter).

TApel. Civ. y Com. Sala 5. 15-03-11. "Isaac Benito Frutos Britos c. Estanislao Mora Samudio y otros s. Desalojo". (Ac y Sent. N° 32).

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes;

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?

En su caso, ¿se dictó conforme a derecho?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: Ynsfrán Saldívar, Paredes Bordón y Riera Hunter.

A la primera cuestión, el magistrado Linneo Ynsfrán Saldívar dijo: Este recurso no fue fundamentado por el recurrente, por ello, esta Magistratura procedió a analizar de oficio el fallo recurrido, llegando a la conclusión que el mismo no adolece de vicios u omisiones de índole procesal que autoricen a decretar la nulidad del mismo. Corresponde, por ende, tenerlo por desistido del recurso interpuesto. Es mi voto.

Asus turnos los dres. Juan Carlos Paredes Bordón y Marcos Riera Hunter, dijeron: Que votan en idéntico sentido y por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión el magistrado Ynsfrán Saldívar dijo: La sentencia apelada resolvió hacer lugar a la demanda de desalojo promovida por el señor Isaac Benito Frutos Britos contra los señores Estanislao Mora Samudio y Gloria Arce de Mora en base a los fundamentos expuestos en el Considerando del fallo que se puede leer a fs 70/71.

La parte agraviada, presentó ante esta instancia el escrito de memorial que se encuentra agregado a fs. 80/81, expresando en éste los argumentos que considera deben ser tenidos en cuenta por esta Alzada para revocar el fallo. La otra parte, a través del escrito agregado a fs. 82/83, rebate los argumentos dados por la parte apelante en el aludido escrito y finaliza solicitando se confirme el fallo dictado por la A-quo.

Es conveniente recordar que desde la vigencia del Código Procesal Civil, el Art. 621 indica quiénes pueden iniciar el juicio de desalojo. Es decir, deja de lado el requisito que solo lo puede hacer el propietario y que presente el contrato de locación. Es decir, en caso de no existir contrato de locación entre el actor y los demandados, no está vedado al actor promover el juicio de desalojo, pues esta acción es procedente contra el tenedor precario o intruso, con la sola condición de probar que el accionante es propietario o usufructuario del inmueble. Es sabido que, en puridad, la naturaleza de este juicio es devolver al propietario el usufructo de un bien inmueble que le pertenece en dominio o en pose-

sión. Lógicamente debe utilizarse el órgano jurisdiccional donde el actor deberá probar ser el poseedor usufructuario o propietario de la cosa que se demanda y que los demandados sean inquilinos u ocupantes precarios. Entrando al estudio de este juicio encontramos que a través de las probanzas rendidas en autos está probado que el actor es el titular del inmueble. En cambio, la parte demandada no pudo destruir el instrumento público por el cual se constata la titularidad al actor y, obviamente, no pudiendo demostrar en que carácter ocupa el inmueble el locatario, sublocatorio u ocupante precario, razón por la cual, la inferior dio curso favorable al juicio de desalojo.

Este Tribunal en reiterados fallos sostuvo, que las discusiones sobre el mejor derecho de propiedad o de la posesión no pueden ser discutidas en el juicio de desalojo. Sin embargo, en esta ocasión los demandados, pretenden debatir sobre cuestiones que no se refieren al juicio de desalojo. Por ello, la sola alegación que no es ocupante precario sino que es “un poseedor legítimo”, no son fundamentos para desestimar el desalojo y es dable destacar que no se demostró poseer el inmueble con derecho. En conclusión, la acción de desalojo no puede trabarse cuando se invocan cuestiones ajenas al desalojo.

Teniendo en cuenta las aseveraciones realizadas líneas arriba, el fallo dictado de la inferior, contiene razonamientos lógicos y jurídicos que se adecuan a la norma y a la jurisprudencia. Igualmente lo trascendente e importante para la solución de esta controversia fue la alegación y la prueba del actor sobre la titularidad de la cosa. En cambio, las alegaciones de los demandados, quienes adujeron ser poseedores legítimos, no pueden ser discutidas a través de este juicio pues el juicio de desalojo tiene como fin último otorgar la posesión y el usufructo a quien demuestre ser el titular, restituyéndole el uso y goce de la misma.

En base a las explicitaciones dadas, esta Magistratura considera que corresponde confirmar el fallo dictado, con costas a la apelante. Es mi voto.

A su turno, el magistrado Juan Carlos Paredes Bordón, dijo: Que se adhiera al voto del preopinante por los mismos fundamentos.

A su turno el magistrado Marcos Riera Hunter, dijo: El juicio de desalojo constituye un procedimiento especial de carácter personal cuya finalidad es lograr que el accionante recupere el uso y goce del inmueble que es objeto del juicio. En dicho procedimiento especial, por su naturaleza, no pueden debatirse cuestiones relacionadas con la propiedad, o la posesión, o el derecho a la propie-

dad o a la posesión, las cuales deben ser ventiladas en el correspondiente juicio de conocimiento ordinario. El legitimado activo del juicio de desalojo es el propietario, el locador, el locatario principal, e incluso el simple poseedor, y el legitimado pasivo solamente puede ser el locatario y el ocupante precario con obligación de restituir. Ahora bien, conforme ha sido sostenido por esta Magistratura en numerosos precedentes jurisprudenciales, cuando el demandado en un juicio de desalojo alega que es poseedor del predio que ocupa, en principio debe ser considerado como tal por cuanto que la ocupación es el acto posesorio por excelencia (Art. 1933, CC), en cuyo caso la pretensión de desalojo se torna improcedente, salvo que el actor (sobre quien recae el onus probandi) acredite que el accionado no es poseedor, sino un mero ocupante precario.

No se comparte el criterio del preopinante cuando sostiene que la simple alegación de posesión con *ánimus dómni* es insuficiente para que el demandado por desalojo pueda ser conceptuado como tal por cuanto que, precisamente, tal alegación se encuentra probada suficientemente con la ocupación. La misma ley otorga a la ocupación el carácter de “acto posesorio”, razón por la cual, alega la posesión con ánimo de dueño, ésta queda acreditada con la ocupación por el demandado, salvo que, como se dijo, el actor pruebe que en realidad no es así y que el demandado es solamente un ocupante precario con obligación de restituir. Ello es así porque el actor —que afirma en su escrito de demanda que el demandado es ocupante precario— debe probar sus afirmaciones. La carga de la prueba (onus probandi) recae, como es sabido, sobre todo aquel que afirma un hecho positivo. Consecuentemente, si el actor no prueba que el demandado (que alega ser poseedor) no es en realidad un poseedor con ánimo de dueño, sino un simple ocupante precario, entonces no puede dudarse de la condición que alega el demandado porque, se reitera, la ocupación es el acto posesorio por excelencia. Tal circunstancia impone el rechazo del juicio de desalojo (en el cual no pueden debatirse cuestiones relacionadas con la propiedad ni, con la posesión) debiendo el accionante reclamar la restitución del predio por la vía del juicio ordinario de reivindicación.

En el caso en estudio, y conforme surge de las constancias de los autos, la parte demandada ha alegado que ocupa el inmueble objeto de desalojo en carácter de poseedora con *ánimus domini*, además de haber producido testificales en tal sentido. La actora no ha desvirtuado tal extremo, es decir, no ha logrado probar que la demandada no es poseedora, sino una mera ocupante precaria,

razón por la cual debe conceptuarse que la accionada –que prueba su alegación con la misma ocupación– ocupa el predio de desalojo como poseedora, y como en este juicio no pueden debatirse relacionadas con esta figura, la pretensión de desalojo deviene improcedente.

En síntesis: lo que debe entenderse es que en el juicio de desalojo es el actor el que debe probar que el demandado es un ocupante precario con obligación de restituir. Si no lo hace, y el demandado alega ser poseedor con ánimo de dueño, y el actor no neutraliza tal alegación, el demandado debe ser conceptuado poseedor porque la ocupación es un hecho que acredita o prueba tal alegación, y en tal caso la acción de desalojo se torna improcedente. Es lo que ha ocurrido en este juicio de desalojo.

En consecuencia, corresponde que el Tribunal revoque, con costas, la sentencia en alzada (que hace lugar al desalojo) por no hallarse la misma ajustada a derecho. Así voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los señores Miembros de conformidad, todo por ante mí que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue de inmediato.

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Quinta Sala;

RESUELVE: 1. Tener por desistido el recurso de nulidad interpuesto. 2. Confirmar, con costas, la S.D. N° 1.173 de fecha 15 de Diciembre del 2009 conforme a las explicaciones dadas en el Considerando de este fallo. 3. Imponer las costas a la perdidosa. 4. Anotar, registrar, notificar y enviar copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Linneo Ynsfrán Saldivar, Juan Carlos Paredes Bordón y Marcos Riera Hunter

Ante mí: Abog. Federico Miller Tellechea. Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 33

NULIDAD. Incidente de nulidad.

Las impugnaciones debían efectuarse en la misma instancia en que se produjeron dichos actos, a través del incidente de nulidad de actuaciones, por cuanto constituyen actos de procedimiento y no a través del recurso de nulidad que está reservado sólo para la declaración de resoluciones judiciales.

NULIDAD. Incidente de nulidad.

Los agravios invocados ya no pueden tener vigencia en esta instancia por haber sido consentido los vicios invocados, habiéndose producido la preclusión procesal así como que los agravios invocados debió ventilarse en la instancia inferior a través del incidente de nulidad de actuaciones y no a través del recurso de nulidad ,y en segundo lugar, que la aceptación de tomar intervención en los autos, debían efectuarse en el estado en que se encuentren los autos, no pudiendo retrotraer el proceso al estado anterior.

RECURSO DE APELACIÓN. Facultades del Tribunal de Apelación.

El Art. 420, al legislar sobre las atribuciones y poderes del tribunal, dispone que “El Tribunal no podrá fallar sobre cuestiones no propuestas en primera instancia, ni tampoco sobre aquellas cuestiones que no hubiesen sido materia de recursos...”. En consecuencia, teniendo en cuenta que esta norma es de orden público, su aplicación es de carácter obligatorio, en virtud del Art. 9° del Código Civil, que establece que “Los actos jurídicos no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público...”.

TApel. Civ. y Com. Sala 5. 16-03-11. “Ricardo Rogelio Trinidad Jojot y otros c. Andrés Cox Baeza y otros s. Indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad contractual” (Ac y Sent. N° 33).

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes;

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?

¿Se dictó esta conforme a derecho?

Practicado el sorteo de Ley resultó el siguiente orden de votación: Fremiort Ortiz Pierpaoli, Carmelo A. Castiglioni y Linneo Ynsfrán Saldivar.

A la primera cuestion planteada el Dr. Fremiort Ortiz Pierpaoli dijo: Agravia al recurrente la sentencia dictada en autos que resolvió “1°.Hacer a la de-

manda que por indemnización de daños y perjuicios promueven Ricardo Rogelio Trinidad Jojot y María del Carmen Canale de Trinidad contra la Empresa “Los corraleros S.A.” y el Sr. Andres Cox Baeza, y en consecuencia, ordenar a los demandados al pago de la suma de guaraníes veintidós millones ochenta y seis mil (Gs. 22.086.000) en el plazo de 10 días de quedar firme y ejecutoriada la presente resolución, más los intereses legales a partir de la promoción de la demanda, el 24 de mayo del año 2006, a una tasa del 30% anual. Imponer las costas a la parte demandada”.

Funda el recurso de nulidad el recurrente, sosteniendo en su memorial de fs. 214 y sptes., que la sentencia dictada en autos es nula, por haber sido violado en el proceso las normas de los Arts. 15 Inc. b); 68, 103, 104, 145, 253 y concordantes del Código Procesal Civil. En el punto 2 de su memorial sostiene el recurrente que contestó la demanda en nombre de su representado Andres Cox y por la firma Los corraleros S.A., pero que este intento de representación fue rechazado por proveído de fs. 112 vto. Luego, por A.I.N° 2.472, de fecha 14 de diciembre del 2006 de fs. 123, se hizo constar que la firma Los Corraleros S.A. no contestó el traslado de la demanda y en lugar de declarar el decaimiento del derecho para contestar la misma, que debió ser notificada por cédula a los efectos de interponer los recursos para reparar dicho agravio. Los puntos 5, 6 y 7 del mismo memorial, igualmente sostiene que la sentencia es nula, por cuanto se han admitido pruebas de la parte actora, en forma extemporánea, con los detalles que el mismo expone en su referido escrito. En el numeral 8, el recurrente sostiene también que la nulidad de la sentencia dictada por el Inferior no sólo es procedente por los vicios formales arriba señalados, sino también la misma aparece y se consuma por violación del principio de congruencia previsto en el Art. 15 del Código Ritual, que sanciona su inobservancia con la nulidad del acto que constituye su consecuencia. En base a las consideraciones que anteceden, solicita a este Tribunal la nulidad de la sentencia recurrida, con costas.

Corrido traslado del citado memorial a la parte demandante, ésta contestó en tiempo hábil, en los términos relacionados en el escrito agregado a fs. 228 y sptes., negando los extremos sostenidos por el recurrente, y solicitando se declare desierto los recursos interpuestos, o de lo contrario, confirmando, con costas las resoluciones dictadas en primera instancia, con costas.

Analizando las actuaciones de autos, conforme a los distintos elementos de convicción arrimados al presente proceso, así como a las alegaciones fácticas de

los litigantes y por aplicación de las reglas de la sana crítica, prevista en el Art. 269 y demás concordantes del Código Procesal Civil, soy de criterio que la resolución recurrida debe ser confirmada en todas sus partes, con costas, en mérito a los siguientes fundamentos.

En primer lugar, debemos avocarnos al estudio de los fundamentos expuestos por el recurrente en el recurso de nulidad. Al efecto, dispone el Art. 404 del Código Procesal Civil, relativos a los casos en que procede este recurso. “El recurso de nulidad se da contra las resoluciones dictadas con violación de las formas o solemnidades que prescriben las leyes”. Al comentar esta disposición el Dr. Hernán Casco Pagano, en su conocido Libro “Código Procesal Civil y Comercial Comentado”, página 658, sostiene que el recurso de nulidad, es el medio por el cual el litigante perjudicado impugna la validez de una resolución judicial dictada en violación de las formas señaladas en la ley. Tiene por objeto reparar los efectos de las resoluciones judiciales que contienen vicios producidos por la inobservancia o apartamiento de las formas o solemnidades que prescriben las leyes (error in procedendo).

Resulta llamativa la manifestación efectuada por el recurrente a fs.215, en el escrito de expresión de agravios, último párrafo, al manifestar que “Debo aclarar a V.E. que esta representación conoció cabalmente tal circunstancia al retirar este expediente para presentar esta fundamentación, y nó antes, pues en tal época no ejercía representación ni patrocinio en estos autos”. Como se puede observar, este hecho lo manifestó el recurrente luego de fundamentar el recurso en estudio, luego de sostener que los fundamentos del mismo era por violación de la norma del Art. 15 Inc. b) del C.P.C. y otros concordantes así como que el A-quo basó la resolución en alzada, en pruebas ofrecidas en forma extemporánea.

Este hecho descalifica al recurrente en los fundamentos sostenidos, en razón de tomar como base del recurso actos jurídicos cumplidos anteriormente, antes de la actuación del apelante, constituyendo ésta una etapa ya preclusa. En efecto, a esta altura del procedimiento, lo sostenido en esta instancia, ha precluido la instancia porque las impugnaciones debían efectuarse en la misma instancia en que se produjeron dichos actos, a través del incidente de nulidad de actuaciones, por cuanto constituyen actos de procedimiento y no a través del recurso de nulidad que está reservado sólo para la declaración de resoluciones judiciales. Este mismo criterio sostiene el procesalista compatriota, en su libro

arriba citado al sostener en la página 658 que “De acuerdo con el sistema de nulidades establecido en el Código Procesal Civil, la admisibilidad del recurso de nulidad se encuentra limitada a las impugnaciones referidas única y exclusivamente a los vicios procesales que afecta a una resolución judicial en sí misma. Los defectos anteriores a las resoluciones surgidos en el procedimiento deben ser reclamados y subsanados por medio del incidente de nulidad, autorizado y establecido por los Arts. 117 y 313 del CPC para la impugnación de los vicios en las actuaciones judiciales integrantes de los autos, debiendo deducirse en la instancia donde el vicio se hubiere producido...” .(Las mayúsculas me pertenecen).

La jurisprudencia de nuestros tribunales también así la tiene resuelta al disponer que “El incidente de nulidad sólo es factible respecto de actuaciones procesales, más no de resoluciones”. (“Código Procesal Civil con Repertorio de jurisprudencia”, del Dr. Ricardo A. Pane, página 149, N° 338).

Por lo demás, respecto a lo manifestado por el recurrente a fs. 215, en el sentido que su representación conoció cabalmente los fundamentos expuestos al momento de retirar este expediente , y no antes, porque en tal época no ejercía esta representación ni patrocinio en estos autos, la jurisprudencia constante y uniforme de nuestros tribunales, también tiene resuelto que “No pueden atacarse de nulidad los procedimientos consentidos” (“Código Procesal Civil con Repertorio de Jurisprudencia” del Dr. Ricardo A. Pane, N° 334, página 149), así como que “La parte que interviene con posterioridad en un juicio, está obligada a aceptar el procedimiento en el estado en que se encuentra en el momento de tomar intervención, sin derecho a retrotraerlo, salvo que hubiere vicios de nulidad” (Ídem obra, página 149, N° 336).

En resumen, los dos fundamentos del recurso de nulidad interpuesto por el recurrente deben ser desestimados por las razones arriba señaladas, es decir, que los agravios invocados ya no pueden tener vigencia en esta instancia por haber sido consentido los vicios invocados, habiéndose producido la preclusión procesal así como que los agravios invocados debió ventilarse en la instancia inferior a través del incidente de nulidad de actuaciones y no a través del recurso de nulidad y en segundo lugar, que la aceptación de tomar intervención en los autos, debían efectuarse en el estado en que se encuentren los autos, no pudiendo retrotraer el proceso al estado anterior.

Por los argumentos arriba expuestos, soy de opinión que el recurso de

nulidad deducido en autos, deben ser desestimados, por improcedente. Doy pues mi voto en este sentido.

A sus turnos los magistrados Carmelo A. Castiglioni y Linneo Ynsfrán Saldívar, manifestaron adherirse al voto precedente, por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada el Dr. Fremiort Ortiz Pierpaoli prosiguió diciendo: Agravia igualmente al recurrente la sentencia arriba citada, quien al fundamentar este recurso sostiene "...que aún cuando las sentencias no sean declaradas nulas, de igual manera se acredita la revocación de las mismas, con costas, pues ellas han sido dictadas contra derecho, en forma arbitraria. Considerando pruebas extemporáneas y resolviendo igualmente en forma incongruente". Agrega además que "...ello agravia a los legítimos derechos de mi mandante, que hoy se ve en trance de tener que pagar un 'alquiler' disfrazado de indemnización, resultante de un pedido improcedente tramitado en un juicio irregular hasta lo discrecional (a favor de la adversa)". Seguidamente pasa a detallar las razones en que se fundamenta la apelación, aduciendo que "Es necesario identificar plenamente la pretensión de la parte actora, el sentido, la naturaleza y alcance de la misma para entender lo gruesamente errado de lo decidido por el A-quo". (Las mayúsculas me pertenecen). A continuación transcribe largamente el texto del escrito de demanda, y saca como conclusión de esta parte de su escrito en el Numeral 3 de su escrito agregado a fs. 218, diciendo que "Ahora bien, teniendo en claro cuál es la naturaleza de la demanda y el objetivo perseguido por la misma, podemos afirmar que no es objeto de la demanda, no se ha demandado, el cobro de pastaje de animales...". Y, termina concluyendo que la demanda presentada por la parte actora es por indemnización: a) Por supuesto negocio "perdido" con "unos señores hacendados; y b) Que, el daño sufrido en los campos de pastaje por su mal uso (daño emergente), y agrega que aclarada la petición de la demanda, enumera nuevamente en forma confusa un largo pasaje de la sentencia recurrida que sirven de fundamento a la resolución en alzada.

Por último, concluye el apelante que el A-quo ha hecho lugar a una demanda por indemnización de daños y perjuicios, sin tener pruebas de tales daños y sin tener en cuenta los daños alegados, condenó a su representada a pagar un cánon de arrendamiento o pastaje, cuando esto no ha sido lo que se ha peticionado en la demanda, que ha sido como afirma, de indemnización de daños y perjuicios y nó de ejecución de contrato.

Bajo tales agravios solicita de este Tribunal la declaración de nulidad de las sentencias dictadas en autos, o de lo contrario, los revoques íntegramente, imponiendo las costas, en ambas instancias, a la parte actora.

Como se puede apreciar, el apelante al fundar este recurso, sostiene que “para entender lo gruesamente errado” lo decidido por el A-quo, fue necesario identificar plenamente la pretensión de la parte actora el sentido, la naturaleza y el alcance de la misma. Toda esta confusa situación lo efectúa a fin de determinar que la acción promovida en estos autos, es por indemnización de daños y perjuicios y no por cobro de pastaje de animales.

Que, observando las actuaciones de autos, en el escrito de promoción de demanda se observa que la acción promovida fue precisamente por indemnización de daños y perjuicios, como consta a fs. 30 de autos, admitida por el Juzgado en la parte dispositiva de la sentencia, a fs. 206, del presente juicio. Y esta situación procesal, conforme consta en autos, es correcta, porque la indemnización de daños y perjuicios fue reclamada en virtud de los daños causados por los presupuestos previstos en el Contrato de Pastaje Rotativo para Cría y/o Engorde de Animales Vacunos, de fecha 1 de diciembre del año 2004 agregado a fs. 20 de autos, que no fue impugnado ni redargüido de falso por el recurrente.

Por lo demás, siendo lo gruesamente errado el criterio del Juzgado para dictar la sentencia en estudio, el apelante debió deducir en la misma instancia en que se cometió el error, el recurso de aclaratoria, previsto en el Art. 387 del Código Procesal Civil.

En efecto, la jurisprudencia constante y uniforme de nuestros tribunales ha venido resolviendo en forma reiterada que “El recurso de aclaratoria debe ser deducido en la misma instancia en que se cometió el error que se pretende subsanar”. (Revista Jurídica “La Ley”, página 244, N° 10, Tomo II). Los fallos más recientes sobre el tema han resuelto también que “Los errores u omisiones materiales cometidos en la sentencia por el juez de Primera Instancia, deben subsanarse por la vía del recurso de aclaratoria en la misma instancia, no pudiendo cuestionarse en segunda instancia por medio del recurso de apelación”. (“Código Procesal Civil con Repertorio de Jurisprudencia” del Dr. Ricardo A. Pane, página 257, N° 178.). En este caso estaríamos en presencia de un error subsanable por medio del recurso de aclaratoria, porque “Los errores u omisiones que las sentencias contengan, deben ser reparados por el recurso de aclaratoria, donde la alzada no puede pronunciarse sobre cuestiones no consideradas

en las sentencias de primera instancia”. (Revista Jurídica “La Ley”, página 376, Tomo 1°).

Además, las jurisprudencias arriba citadas tienen sus fundamentos jurídicos en una disposición expresa del Código Ritual, que en el Art. 420, al legislar sobre las atribuciones y poderes del Tribunal, dispone que “El Tribunal no podrá fallar sobre cuestiones no propuestas en primera instancia, ni tampoco sobre aquellas cuestiones que no hubiesen sido materia de recursos...”. En consecuencia, teniendo en cuenta que esta norma es de orden público, su aplicación es de carácter obligatorio, en virtud del Art. 9° del Código Civil, que establece que “Los actos jurídicos no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público...”.

Por los fundamentos arriba expuestos, a mi entender no existe otra alternativa que la de confirmar, con costas, en todas sus partes la sentencia dictada en autos, por hallarse la misma ajustada a derecho. Por tanto, doy pues mi voto en este sentido.

A sus turnos los magistrados Carmelo A. Castiglioni y Linneo Ynsfrán Saldívar, manifestaron adherirse al voto precedente, por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los señores Miembros de conformidad, todo por ante mi de que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue de inmediato.

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Quinta Sala;

RESUELVE: 1°. Desestimar, el recurso de nulidad interpuesto en autos. 2°. Confirmar, en todas sus partes la S.D. N° 808 de fecha 17 de octubre de 2008, dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Séptimo Turno, de esta Capital, por los fundamentos expuestos en el considerando de la presente resolución. 3°. Anótese, regístrese, notifíquese y remítase copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Linneo Ynsfrán Saldívar, Dr. Fremiort Ortiz Pierpaoli y Dr. Carmelo A Castiglioni.

Ante mí: Abog. Federico Miller Tellechea. Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 36

PRUEBA DE PERITOS. Dictamen pericial.

Es sabido que en demandas de esta naturaleza (fijación judicial de precio) cobra trascendencia el dictamen pericial de los peritos. Pero también es una realidad que la fuerza probatoria del dictamen pericial debe ser apreciada con arreglo a la sana crítica, teniendo en cuenta que en el caso los tres peritos difieren en sus respectivas conclusiones.

PRUEBA DE PERITOS. Apreciación de la prueba pericial.

Los juzgadores tienen la libertad para apreciar las conclusiones a que lleguen los peritos e incluso pueden apartarse del dictamen, aun cuando pueden provenir estos criterios de la opinión de expertos cuanto estos riñan con principios lógicos o cuando existen en el proceso elementos probatorios que pueden considerarse de mayor eficacia.

PRUEBA DE PERITOS. Apreciación de la prueba pericial.

En este caso el informe pericial aparece fundado en principios técnicos inobjectables y no existiendo otra prueba que los desvirtúe, la sana crítica aconseja, frente a la imposibilidad de oponer argumentos científicos de mayor valor, aceptar las conclusiones del mismo.

TApel. Civ. y Com. Sala 5. 29-03-11. “Fidelina Sanabria de Montañez c. Instituto Nacional de Desarrollo Rural y Tierra (INDERT) s. Fijación judicial de precio” (Ac y Sent. N° 36).

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes;

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?

En su caso, ¿se dictó conforme a derecho?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: Ynsfrán Saldívar, Ortiz Pierpaoli y Castiglioni

A la primera cuestión: el magistrado Linneo Ynsfrán Saldívar dijo: Este recurso fue interpuesto y fundamentado por los recurrentes, en los escritos agregados a fs. 272/278 y 280/282, respectivamente.

Como es sabido, el recurso de nulidad procede cuando se constatan que existen vicios extrínsecos o intrínsecos, o cuando el fallo es incongruente, considerándose como tal, cuando se parte de premisas erradas y, obviamente, se arriba a conclusiones equivocadas. De la lectura y análisis del fallo se constata

que, como ninguno de los supuestos enumerados líneas arriba se dan en el fallo recurrido, por lo que este Tribunal debe desestimar el recurso de nulidad interpuesto, por improcedente. Es mi voto.

A sus turnos los magistrados Ortiz Pierpaoli y Castiglioni, dijeron: Que votan en idéntico sentido y por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión el magistrado Ynsfrán Saldívar expresó: La resolución apelada resolvió hacer lugar a la demanda por fijación judicial de precio promovida por la Sra. Fidelina Sanabria de Montañez contra el Instituto Nacional de Desarrollo Rural y de la Tierra (INDERT) y el Estado Paraguayo fijando en la suma de guaraníes mil ochocientos noventa y dos millones cuatrocientos sesenta y nueve mil seiscientos (Gs. 1.892.469.600), por las razones emitidas en el Considerando del fallo (ver fs. 200/265).

La decisión agravia a la perdedora y esta presenta contra la sentencia el escrito de expresión de agravios a fs. 272/278 y 280/286, respectivamente, donde solicita se revoque el fallo por los argumentos dados en los citados escritos. De igual manera a fs. 287/297 la otra parte contestó a los apelantes rebatiendo los fundamentos emitido por éste. En base a estos escritos, debe este Tribunal analizar el fallo de la inferior a los efectos de determinar si se ajusta o no a derecho la resolución.

Del análisis de las actuaciones obrantes en estos autos la parte actora demandó al Instituto de Bienestar Rural (IBR) y/o Instituto Nacional de Desarrollo Rural y de la Tierra (INDERT) y/o al Estado Paraguayo por determinación judicial de precio del inmueble que fuera expropiada por la institución demandada. Es decir, se inició la acción por no haber acuerdo entre las partes para determinar el precio del inmueble expropiado conforme se lee en el escrito de iniciación de la acción agregado a fs. 194/195.

Entrando al estudio de este caso, corresponde analizar los fundamentos dados por el inferior que en una parte del Considerando del fallo (264 vta. de autos), dice: *“...Que, teniendo en cuenta los dictámenes realizados por los otros peritos designados en autos, y no existiendo uniformidad en sus dictámenes sobre la valuación por hectárea de la Res-Litis es criterio de este Juzgado que corresponde realizar un cálculo estableciendo un promedio en base a las evaluaciones realizadas, a los efectos de fijar una justa valoración del precio por hectárea de la Res-litis. Que, en estas condiciones el Juzgado, existiendo un expreso allanamiento al pedido de fijación del precio judicial, por parte de la demanda-*

da, es del criterio que corresponde hacer lugar a la misma, dejando fijado el monto de guaraníes cinco millones setecientos cincuenta mil (Gs. 5.750.000) como precio por hectárea. En consecuencia, el valor total del inmueble Res-Litis es de guaraníes mil ochocientos noventa dos millones cuatrocientos sesenta y nueve mil, seiscientos (Gs. 1.892.469.600)”. La parte transcripta consideramos trascendente, pues es esta la razón o fundamento para la fijación del precio en la suma establecida. Es dable destacar que el inferior emite otras consideraciones que no transcribimos, pues ellas tienen tres conclusiones jurídicas, pero lo transcripto hizo formar al inferior la sana crítica y la convicción.

Es sabido que en demandas de esta naturaleza cobra trascendencia el dictamen pericial de los peritos. Pero también es una realidad que la fuerza probatoria del dictamen pericial debe ser apreciada con arreglo a la sana crítica, teniendo en cuenta que los tres peritos difieren en sus respectivas conclusiones. En definitiva, los juzgadores tienen la libertad para apreciar las conclusiones a que lleguen los peritos e incluso pueden apartarse del dictamen, aun cuando pueden provenir estos criterios de la opinión de expertos cuanto éstos riñan con principios lógicos o cuando existen en el proceso elementos probatorios que pueden considerarse de mayor eficacia. Ahora bien, en este caso el informe pericial aparece fundado en principios técnicos inobjetables y no existiendo otra prueba que los desvirtúe, la sana crítica aconseja, frente a la imposibilidad de oponer argumentos científicos de mayor valor, aceptar las conclusiones del mismo.

Debemos dejar constancia que las partes presentaron dentro del periodo probatorio sus respectivos informes periciales, y el Juzgado dispuso la inclusión de un perito tercero designado por éste. Teniendo en cuenta lo expuesto párrafos arriba, el inferior, al encontrar posiciones e informes disímiles de los peritos propuestos tanto por la parte actora, la demandada y el del Juzgado y no existiendo oposición o impugnación de los citados informes periciales, conforme al sano criterio optó por establecer un precio promedio por hectárea del valor de la propiedad quedando fijada en la suma de guaraníes cinco millones setecientos cincuenta mil (Gs. 5.750.000.) como precio por hectárea y dando como valor del inmueble la suma de guaraníes mil ochocientos noventa dos millones cuatrocientos sesenta y nueve mil, seiscientos (Gs. 1.892.469.600.), suma que consideramos justa, atendiendo que el valor de la hectárea en nuestros días incluso puede ser superior.

En base a lo expuesto o aseverado líneas arriba, consideramos que las razones dadas por el inferior tienen sustento jurídico, pues se basan en la

prueba pericial y la suma fijada en concepto de determinación judicial de precio es justa y, en consecuencia, la conclusión a la que arribó el inferior se ajusta a las reglas de la lógica y la sana crítica, correspondiendo, en base a lo dicho confirmar la decisión del A-quo, con costas la perdedora. Es mi voto.-

A sus turnos los magistrados Ortiz Pierpaoli y Castiglioni dijeron: Que votan en idéntico sentido y 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;

RESUELVE: 1. Desestimar el recurso de nulidad interpuesto. 2. Confirmar, con costas, la S.D. N° 836 de fecha 10 de octubre del 2008 por las razones y con los alcances dados en el exordio de este fallo. 3. Anotar, registrar, notificar y enviar copia a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Linneo Ynsfrán Saldívar, Fremiort Ortiz Pierpaoli y Carmelo A Castiglioni.

Ante mí: Abog. Federico Miller Tellechea. Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 48

BUENA FE.

El recurrente demuestra su buena fe para la investigación de la filiación cuando ofrece como única e irrefutable la prueba genética de ADN, para determinar si es o no el padre de la actora. Y a continuación solicita la apertura de la causa a prueba para el diligenciamiento de la prueba ofrecida en forma anticipada.

COSTAS. Costas en el orden causado.

El allanamiento del demandado que consideró necesaria la apertura a prueba en razón de la naturaleza de la acción, no puede ser considerada como oposición, por ello debe imponerse las costas en el orden causado.

COSTAS. Costas en el orden causado.

Existe razón suficiente para la revocatoria parcial de la sentencia recurrida, en el sentido que el apelante demostró su buena fe solicitando el mismo la apertura de la causa a prueba, ofreciendo la prueba genética de ADN, corriendo con todos los gastos, como se acreditan con las facturas agregadas y litigando durante todo el transcurso del proceso en forma leal, sin incidentes con buena predisposición para el cumplimiento de la sentencia dictada en autos, por lo que no existe otra alternativa, que revocar la sentencia dictada en autos, en el sentido de imponer las costas en el orden causado.

TApel. Civ. y Com. Sala 5. 13-04-11. “S. V. Ma. c. F. S. M. s. Reconocimiento de Filiación” (Ac. y Sent. N° 48).

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes;

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?

¿Se dictó ésta conforme a derecho?

Practicado el sorteo de Ley resultó el siguiente orden de votación: Fremiort Ortiz Pierpaoli, Carmelo A. Castiglioni y Linneo Ynsfrán Saldívar.

A la primera cuestion planteada el Dr. Fremiort Ortiz Pierpaoli dijo: El recurrente no fundamentó el recurso de nulidad. Por lo demás, no se observan vicios, defectos, errores u omisiones graves que hagan viable la declaración de nulidad de oficio de la sentencia dictada en autos, conforme lo disponen los Arts. 113 y 404 del Código Procesal Civil. En consecuencia, el mismo debe ser declarado desierto. Doy mi voto en este sentido.

A sus turnos los magistrados Carmelo A. Castiglioni y Linneo Ynsfrán Saldívar manifestaron adherirse al voto precedente, por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada el Dr. Fremiort Ortiz Pierpaoli prosiguió diciendo: Se agravia el recurrente contra la sentencia dictada en autos, que hizo lugar a la presente demanda, con costas. Pero, sólo en forma parcial el mismo recurre la citada sentencia, en la parte que se refiere a la aplicación de las costas. En efecto, habiéndose dictado sentencia en su contra, con la aplicación de las costas a su parte, el mismo plantea en esta instancia que las mismas sean impuestas en el orden causado, dado el allanamiento de su parte a las resultas del presente proceso.

En efecto, sostiene el apelante en el memorial agregado a fs. 90 de autos, que si bien la resolución ha sido favorable a la adversa, no es menos cierto que

la cuestión ventilada no haya sido dudosa de derecho y que al contestar la demanda, ha manifestado al Juzgado haber ofrecido de buena fe la prueba de ADN a su costa, a lo que la otra parte se ha allanado. Habiendo sido satisfecha esta acción con el resultado laboratorial por lo que no hay prácticamente vencedor ni vencido en el presente proceso. Además, sigue diciendo, que el Juzgado con estos antecedentes no consideró su buena fé demostrada en todo el transcurso del juicio, estando pendiente solo de la prueba del ADN para la conclusión del presente juicio, a más de correr con todos los gastos que ello implica.

Invoca igualmente la opinión del tratadista argentino Lino Palacio y pide la aplicación del Art. 193 del Código Procesal Civil, haciendo lugar en forma parcial el recurso interpuesto, aplicando las costas en el orden causado, porque de su parte no existió temeridad, malicia o mala fé.

Corrido traslado a la otra parte, ésta contestó en tiempo hábil el citado memorial, en los términos relacionados en el escrito agregado a fs. 92 y sgtes., negando los extremos sostenidos por el recurrente, y solicitando la confirmación, con costas, la sentencia recurrida.

Analizando las actuaciones de autos, en el marco de los distintos elementos de convicción arrimados al presente proceso, así como a la aplicación de las reglas de la sana crítica y las alegaciones fácticas de los litigantes, este cuerpo judicial es de criterio que la sentencia en alzada debe ser revocada en la parte que fue materia de apelación, en el sentido de hacer lugar en forma parcial el recurso de apelación interpuesto, ordenando la aplicación de las costas en el orden causado, basado en los siguientes fundamentos.

En efecto, el accionado al contestar la demanda, a fs. 16, manifestó en forma expresa que: “No acepto ni niego la filiación demandada. No tengo la certeza de ser el padre de la Sra. S. V. M. Por tanto, ofrezco como única e irrefutable la prueba genética de ADN, para determinar si soy o no el padre de la misma”. Y a continuación en el numeral 3 de su petitorio solicita la apertura de la causa a prueba para el diligenciamiento de la prueba ofrecida en forma anticipada. En este sentido el recurrente demostró su buena fe para la investigación de lo reclamado en estos autos.

Sobre este punto, la jurisprudencia constante y uniforme de nuestros tribunales tiene escueto que: “El allanamiento del demandado que consideró necesaria la apertura a prueba en razón de la naturaleza de la acción, no puede ser considerada como oposición. Por ello debe imponerse las costas en el orden

causado...”. (“Código Procesal Civil, con repertorio de Jurisprudencia”, del Dr. Ricardo A. Pane, página156, N° 369). En este mismo sentido, se ha resuelto también que “Deben imponerse las costas por su orden, teniendo en cuenta la razón probable para litigar que asistió al actor”. (Ídem obra, página153, N° 351).

Asimismo, la exención del pago de costas está autorizado por el Art. 193 del Código Procesal Civil, al disponer que “El juez podrá eximir total o parcialmente de las costas al litigante vencido, siempre que encontrare razones para ello, expresándolas en su pronunciamiento, bajo pena de nulidad”. En efecto, para este Tribunal existe razón suficiente para la revocatoria parcial de la sentencia recurrida, en el sentido que el apelante demostró su buena fe solicitando el mismo la apertura de la causa a prueba, ofreciendo la prueba genética de ADN, corriendo con todos los gastos, como se acreditan con las facturas agregadas a fs. 67 y 68, y litigando durante todo el transcurso del proceso en forma leal, sin incidentes, con buena predisposición para el cumplimiento de la sentencia dictada en autos.

En estas condiciones, no existe otra alternativa, por los fundamentos arriba expuestos, de revocar en forma parcial la sentencia dictada en autos, en el sentido de imponer las costas en el orden causado. Doy pues mi voto en este sentido.

A sus turnos los magistrados Carmelo A. Castiglioni y Linneo Ynsfrán Saldívar, manifestaron adherirse al voto precedente, por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los señores Miembros de conformidad, todo por ante mi de que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue de inmediato.

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Quinta Sala;

RESUELVE: 1°. Declarar desierto el recurso de nulidad interpuesto en autos. 2°. Confirmar los ítems 1 y 2 de la S.D. N° 170 de fecha 25 de marzo de 2010, dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Sexto Turno, de esta Capital; y revocar el ítem 3 de la misma resolución, que impone las costas a la parte demandada, debiendo ser impuesta la misma en el orden causado, en ambas instancias. 3°. Anótese, regístrese, notifíquese y remítase copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Linneo Ynsfrán Saldívar, Dr. Fremiort Ortiz Pierpaoli y Dr. Carmelo A Castiglioni.

Ante mí: Abog. Federico Miller Tellechea. Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 64

DIVORCIO.

La separación supone que ambas partes están de acuerdo para vivir separados sin dejar sin efecto el matrimonio, mientras que el abandono supone que existe un incumplimiento por parte de uno de los cónyuges a sus deberes maritales de prestación y de asistencia y que no existe acuerdo entre las partes. (Voto de la mayoría).

DIVORCIO. Causas de divorcio.

La simple separación supone que los cónyuges solo viven separados. Lo cual supone en acuerdo expreso o tácito entre los mismos, pero en el abandono es que también viven separados pero este no voluntario y, en todo caso es malicioso y, desde luego, no existe acuerdo. (Voto de la mayoría).

DIVORCIO. Causas de divorcio.

La separación significa que los esposos siguen cumpliendo a los deberes que le impone la ley y la asistencia entre esposos, siguen cumpliéndose los deberes que le impone la ley y la asistencia entre esposos significa que no debe ser suspendida. (Voto de la mayoría).

DIVORCIO. Causas de divorcio. Prueba en el juicio de divorcio.

El abandono está probado, pues, de acuerdo a las pruebas que se produjeron en esta instancia, la parte demanda hizo una denuncia de abandono ante el Juzgado de paz de San Roque y además, según lo probado en autos por las declaraciones testificales ofrecidas por la propia parte actora, el demandado realiza el pago de la presentación alimentaria e fecha muy posterior a su salida del hogar conyugal. (Voto de la mayoría).

DIVORCIO. Causas de divorcio. Prueba en el juicio de divorcio.

Cuando el marido demanda el divorcio por separación de hecho por más de un año sin voluntad de unirse, y la esposa, sin perjuicio de reconocer la separación personal, funda ésta en adulterio o injuria, corresponde dictar sentencia de

divorcio vincular si se prueba la separación de hecho alegada como fundamento de la demanda. Eso sí, cuando la pretensión de separaciones personales se funda en causa culpables, el divorcio se decretará dejando a salvo los derechos del cónyuge que no dio causa a la separación, de lo contrario se desnaturalizaría el Art. 4º de la ley sobre divorcio vincular. (Voto en disidencia del Dr. Linneo Ynsfrán Saldívar).

TApel. Civ. y Com. Sala 5. 13-06-11. “P. J. P. M.e c. E. R. P. O. s. Divorcio”. (Ac y Sent. N° 64.)

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes;

CUESTIONES:

¿Es nula sentencia apelada?

¿Se dictó ésta conforme a derecho?

Practicado el sorteo de Ley resulto el siguiente orden de votación: Carmelo A. Castiglioni, Fremiort Ortiz Pierpaoli y Linneo Ynsfrán Saldívar.

A la primera cuestion planteada el Dr. Carmelo A. Castiglioni, dijo: Este recurso es contra la S.D. N° 882 de fecha 01 de diciembre de 2008, no fue fundado ante esta Alzada, y, no existiendo vicio alguno que amerite la nulidad de oficio, corresponde declarar desierto el mismo. Es mi voto.

A su turno los magistrados Fremiort Ortiz Pierpaoli y Linneo Ynsfrán Saldívar, manifestaron adherirse al voto precedente, por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada el Dr. Carmelo A. Castiglioni, prosiguió diciendo: Este recurso interpuesto por las partes ha sido contra la S.D. N° 882 de fecha 01 de diciembre de 2008, por la que se resuelve hacer a la demanda de divorcio entre Pedro José Presentado Matute y Edith Raquel Peña Ortigas, basado en la causal del Art. 4º inc. h) de la Ley N° 45/91, rechaza la demanda de revocacional por divorcio vincular entre los mismos.

La parte apelante, la demandada y reconviniente, se agrava porque dice que el divorcio debe ser por la causal invocada por la misma, y, por expresa de la parte actora y, sostiene que la sentencia no atendió sus argumentos.

Ambas partes están de acuerdo en divorciarse y entonces la única cuestión que debe estudiarse es si quién es favorable a la causal invocada.

La apelación tiene razón en el sentido de que no es el divorcio que se discute, ambos están de acuerdo en divorciarse y es solo la causal invocada el

inconveniente. La apelación sostiene que lo probado son los extremos alegados por la misma, pero que el A-quo no lo ha tenido en cuenta. De hecho la sentencia no se ajusta a lo probado en autos. La parte demandante pidió que el divorcio sea declarado en la causal de separación y la parte reconviniendo fundado en el abandono. La actora en su escrito inicial argumentó que los cónyuges se encuentran separados de hecho por más de un año y la parte demandada y reconviniendo sostiene que no hubo separación, sino abandono. Las situaciones son muy diferentes. La separación supone que ambas partes están de acuerdo para vivir separados sin dejar sin efecto el matrimonio, mientras que el abandono supone que existe un incumplimiento por parte de uno de los cónyuges a sus deberes maritales de prestación y de asistencia y que no existe acuerdo entre las partes. La simple separación supone que los cónyuges solo viven separados. Lo cual supone en acuerdo expreso o tácito entre los mismos, pero en el abandono es que también viven separados pero este no voluntario y, en todo caso es malicioso y, desde luego, no existe acuerdo. Que el inciso f) del art. 45/91 establece que incurre en abandono el cónyuge que faltase a los deberes de asistencia para con el otro o con sus hijos. La separación significa que los esposos siguen cumpliendo los deberes que le impone la ley y la asistencia entre esposos siguen cumpliéndose los deberes que le impone la ley y la asistencia entre esposo significa que no debe ser suspendida. El abandono está probado, pues, de acuerdo a las pruebas que se produjeron en esta instancia fs. 127/128, la parte demanda hizo una denuncia de abandono ante el Juzgado de Paz de San Roque el día primero de julio 2005. Además, según lo probado en autos por las declaraciones testimoniales ofrecidas por la propia parte actora (fs. 76/79), la separación se produjo a partir del año 2005 y 2006 pero recién en fecha 31 de mayo de 2007 se realiza el pago de la presentación alimentaria. Dice la ley que es suficiente cuatro meses para considerar el mismo como causal de abandono, desde el año 2005 hay más de cuatro meses. La parte actora no demostró que antes de ello de la demanda de presentación alimentaria se cumpliera con la presentación. Por lo expuesto debe revocarse la S.D. N° 882 de fecha 01 de diciembre de 2008, en sus puntos 1°, 2°, 3° y 5° y en su lugar, disponer no hacer lugar al divorcio por el motivo expuesto por la parte actora y hacer lugar a la demanda de reconvención y admitir el divorcio fundado en la causal de abandono malicioso y se declara que el divorcio es por culpabilidad del señor P. J. P. M. Las costas a cargo de este último.

A su turno el magistrado Fremiort Ortiz Pierpaoli, dijo: Que adhiere al voto del preopinante, Dr. Carmelo A. Castiglioni, por los mismos fundamentos.

A su turno el magistrado Linneo Ynsfrán Saldívar dijo: A fs. 7 de autos se presentó el Sr. P. J. P. M. a promover demanda por divorcio vincular contra la Sra. E. R. Pe. O. Posteriormente, ésta, a fs. 10, se presenta a contestar la demanda y reconviene la misma.

En la aludida presentación el actor, “expresamente” admite que plantea el divorcio vincular alegando “mi esposa y yo nos encontramos separados de hecho hace más de un año y no existe voluntad de mi parte de volver a unir...”. De lo transcrito, tenemos que el actor admite que abandonó el hogar conyugal y acota que no desea volver a éste. Pues bien, como señaláramos, la demandada contestó la demanda señalando que el abandono del hogar conyugal se produjo hace “más de dos años” y reconvino alegando como fundamento de esta “ el abandono voluntario y malicioso” para ir a convivir con otra mujer (sic fs. 10). En este escrito formula otras consideraciones como aquella relativa a la asistencia alimentaria, que como se sabe esta cuestión debe ser resuelta por otra instancia jurisdiccional.

El preopinante sostiene que la resolución del interior debe ser analizada, dado que existe el inconveniente sobre si la “causal invocada” es o no correcta, pues el actor interpuso esta demanda y solicitó el divorcio por la causal de separación y la reconviniendo por la causal de “abandono”. De la lectura de los fundamentos emitidos en el fallo dictado en autos, he llegado a la conclusión que la misma debe ser confirmado in totum por la breves razones que expongo seguidamente. En el juicio contencioso de divorcio cualquiera de los cónyuges pueden plantear la reconvención cuando la causal alegada no se ajusta a la verdad, invocando por ejemplo la casual de separación por injuria o malos tratos en forma constante, y en caso de reconvención se debe decretar el divorcio vincular, si la demanda prueba la injuria, por una causal distinta a la alegada por el marido. Sin embargo, en este caso, entiendo se encuentra probado que existió separación por abandono del actor, por lo que nada obsta a que sea declarado el divorcio vincular, al estar probado este hecho del abandono. Por otra parte, el abandono implica “separación”, pues ya no existe cohabitación.

En este caso, no existen dificultades de índole objetiva ni subjetiva, en otras cuestiones pueden ocurrir que uno de los cónyuges demande el divorcio en razón de causas objetivas y otro reconvenga por separaciones personales funda-

da en causas subjetivas o culpa atribuida al otro cónyuge. Tanto la doctrina como la jurisprudencia de otros países, sostiene que cuando el marido demanda el divorcio por separación de hecho por más de un año sin voluntad de unirse y la esposa, sin perjuicio de reconocer la separación personal, funda ésta en adulterio o injuria, corresponde dictar sentencia de divorcio vincular si se prueba la separación de hecho alegada como fundamento de la demanda. Eso sí, cuando la pretensión de separaciones personales se funda en causa culpables, el divorcio se decretara dejando a salvo los derechos del cónyuge que no dio causa a la separación, de lo contrario se desnaturalizaría el Art. 4° de la ley sobre divorcio vincular.

En base a lo precedentemente expuesto, voto por la confirmatoria de la resolución dictada por el inferior. Las costas, en ambas instancias, deben ser interpuestas en el orden causado. Es mi voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmado los señores Miembros de conformidad, todo por ante mí de que certifico, que dando acordada la sentencia que sigue de inmediato.

VISTO: Lo que resulta de la votación que constituye el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Quinta sala;

RESUELVE: 1. Declarar desierto, el recurso de nulidad. 2. Revocar la S.D.N° 882 de fecha 01 de diciembre de 2008, en sus puntos 1°, 2°, 3° y 5° y, hacer lugar, disponer no hacer la demanda de reconvencción y admitir el divorcio fundado en la causal de abandono malicioso expuesto por la parte reconviniendo y se declara que el divorcio es por culpabilidad del señor Pedro Jose Presentado Matute. Las Costas, a cargo de este último. 3. Anotar, registrar, notificar y remitir copia a la excma Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Linneo Ynsfrán Saldívar, Dr. Fremiort Ortiz Pierpaoli y Dr. Carmelo A Castiglioni.

Ante mí: Abog. Federico Miller Tellechea. Actuario Judicial.

TRIBUNAL DE APELACION DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

AUTO INTERLOCUTORIO N° 182

HOMOLOGACIÓN. Homologación de acuerdo.

Los acuerdos homologados a través de resoluciones judiciales son irrecurribles en razón de que el recurso de apelación interpuesto contra dicha resolución no se ajusta a los requisitos para su interposición tal como se halla regulado en los artículos 395 y 404 del CPC.

HOMOLOGACIÓN. Homologación de acuerdo.

Si el acuerdo ha perdido vigencia por las circunstancias que fueren o han mediado vicios en el consentimiento, la modificación de la resolución homologatoria debe petitionarse de acuerdo con las reglas del debido proceso y ante el Juzgado de turno.

TApel. Niñez y Adolescencia. 20-05-11. “M.P.B.M. y otro s. Homologación de acuerdo”. (A. I. N° 182)

Asunción, 20 de mayo de 2011.

VISTOS: los recursos de nulidad y apelación interpuestos contra la S.D. N° 227 de fecha 29 de marzo de 2011, dictado por el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia del Quinto Turno y,

CONSIDERANDO: Que examinada la sentencia recurrida (fs. 17 y 17 vlto.), puede constarse que en la misma se homologó un acuerdo al que arribaron las partes en el presente juicio.

Que en este sentido, este Tribunal ha sentado como precedente que los acuerdos homologados a través de resoluciones judiciales son irrecurribles en razón de que el recurso de apelación interpuesto contra dicha resolución no se

ajusta a los requisitos para su interposición tal como se halla regulado en los artículos 395 y 404 del CPC.

Que, efectivamente, si el acuerdo ha perdido vigencia por las circunstancias que fueren o han mediado vicios en el consentimiento, la modificación de la resolución homologatoria debe peticionarse de acuerdo con las reglas del debido proceso y ante el Juzgado de turno. Por lo expuesto, corresponde declarar mal concedidos los recursos en alzada.

Por tanto, el Tribunal de apelación de la Niñez y Adolescencia.

RESUELVE: Declarar mal concedidos los recursos de nulidad y apelación interpuestos contra la S.D. N° 227 de la fecha 29 de marzo de 2011 (fs. 17 y vlto.) y, en consecuencia, remítase inmediatamente el presente juicio al Juzgado de origen, sin más trámite.

Anótese, regístrese, y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Miembros: Manuel Silvio Rodríguez, Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón y Arnaldo Samuel Aguirre Ayala.

Ante mí: Abogada María E. Galeano O. Actuaría Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 205

TUTELA. Remoción o suspensión del tutor.

De conformidad al art. 133 del C.N. y A. procede la remoción cuando el tutor abusó de sus atribuciones, en perjuicio de los bienes del niño o adolescente, debiendo el juez decretarlo inmediatamente.

TUTELA. De las obligaciones y funciones del tutor.

Este hecho de la convivencia trae consigo una mayor afinidad de la niña con su abuela materna, e implica que la misma asumió integralmente el cuidado de su nieta, tanto en el aspecto económico como afectivo. Indudablemente, la menor tiene contención en la persona de su abuela, que en cierta medida sustituye la ausencia de la madre, por motivo del fallecimiento. De esta situación surge la conveniencia de remover al demandado de la tutela, y nombrar en su reemplazo a la abuela materna, ya que ésta, realmente, tuvo un comportamiento tuitivo sobre su nieta.

TApel. Niñez y Adolescencia. 17-11-11. “A.J.C.D. s. Tutela” (Ac. Sent. N° 205).

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar la siguiente CUESTIÓN:

¿Es justa la sentencia recurrida?

Practicado el sorteo de ley, resultó el siguiente orden de votación: Arnaldo Samuel Aguirre, Silvio Rodríguez y Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón.

A la cuestión planteada, el miembro preopinante dijo: Por la sentencia recurrida, el Juzgado resolvió: “...*Hacer lugar, a la Acción de Remoción de Tutor interpuesta por el Abog. R. E. R. C., en representación de la Sra. P. D. M., con relación a la niña A. J. C. D. conforme a las condiciones y alcances transcritos en el exordio de la presente resolución, y en consecuencia; Disponer la remoción del Tutor designado en virtud a la S.D. N° 587 de fecha 25 de octubre de 2004, Sr. A. C. conforme al alcance y fundamento expuesto en el exordio de la presente resolución. Designar a la Sra. P. D. M. como tutora de la niña A. J. C. D. con todas las responsabilidades inherentes a dicho cargo, y la obligación de rendir cuenta documentada en forma trimestral durante un año. La Tutora designada empezará a ejercer el cargo desde la fecha en que preste juramento, conforme a la ley. Señalar audiencia el día 16 del mes de agosto del cte. año, a las 8:30 horas, para que comparezca ante el Juzgado a la Sra. P. D. M. a objeto de aceptar el cargo bajo juramento de ley. Ordenar la apertura de una cuenta en el Banco Nacional de Fomento, a nombre del presente juicio, a la orden del Juzgado y de la Sra. P. D. M. Emplazar al Sr. A.C. P. para que rinda cuenta documentada de todo lo actuado en el plazo de 10 días hábiles. Notifíquese. ANOTAR...*”.

El abogado Francisco Candia, en representación del señor A. C. P., expresa agravios a fs. 128/131, y sostiene: “...*Por lógica se debe respetar en beneficio del niño el hecho de que la misma crezca y se desarrolle con su abuela materna, pero eso no impide que mi mandante A. C. P. “Continúe con la tutela”, por el hecho de que el mismo nunca malversó ni dilapidó bienes de su nieta...*”. “...*En el último punto del “Resuelve” de la resolución apelada se puede ver que emplaza a mi conferente para rendir cuenta documentada de todo lo actuado en el plazo de diez días hábiles...*”. “...*Referente a esta imposición mi conferente A. C. P. “Nunca administró las donaciones recibidas por su nieta del Estado y de otras instituciones, que fueron demostrados y justificados con los documentos agregados en el juicio...*”. “*Al respecto todas las donaciones fueron recibidas por la abuela*

materna P. D. M., quien seguramente la habrá utilizado en beneficio de la nieta A. J. C. D....”. Formula otras consideraciones y concluye su escrito solicitando al Tribunal la revocación de la sentencia recurrida.

El abogado R. R. C., en representación de la señora P. D. M., contesta los agravios del apelante a fs. 142/144, y tras exponer sus argumentos, solicita la confirmación de la sentencia.

En el caso de autos, el conflicto se plantea en lo relativo a la remoción del señor A. C. Prieto, como tutor legítimo de la niña A. J. C. D., nacida el 31 de enero de 2002, fs. 1; y el nombramiento en su reemplazo a la señora P. D. M., ambos abuelos maternos. El señor Alberto C. P. fue nombrado tutor el 25 de octubre de 2004, fs. 16/17. El vínculo de consanguinidad se justifica con el Certificado de Nacimiento de la difunta madre de la niña, F. C.C. D., fs. 2. El discernimiento de la tutela lo realizó el Juzgado en fecha 12 de noviembre de 2004, según fs. 19.

El abogado R. R. C., representante convencional de la señora P. D. M., abuela materna de la niña A. J., promovió la remoción del señor A. C. P. en el carácter señalado y solicitó el nombramiento de su principal en reemplazo.

La legitimación activa y pasiva queda establecida por el vínculo de consanguinidad, según hemos señalado recientemente, de conformidad al art. 121 del C.N. y A., por cuyo motivo, la litis se ajusta a derecho.

El representante convencional de la señora P. D. M. inició esta demanda, fundado en que el señor A. C. P. jamás cumplió con sus obligaciones de tutor, pues, además de que no convivía ni convivió nunca con la niña A. J., jamás se hizo cargo de ningún gasto de alimentación, educación, salud y asistencia, fs. 47/48. Al contestar la demanda, fs. 53/56, el señor A. C. P. sostuvo: “...quiero mencionar que mi menor nieta recibe mensualmente la suma de cuatrocientos mil guaraníes (400.000 Gs.) en efectivo del Instituto de previsión Social, así mismo recibe de la Secretaría de Emergencia Nacional, la suma de quinientos mil de dinero y medicamentos, los cuales son pagados por la mencionada entidad, provisiones completas por valor de quinientos mil guaraníes (500.000 Gs.) en forma mensual de la Municipalidad de Asunción y así también posee Seguro Médico del Instituto de Previsión Social, a fin de cubrir cualquier caso de enfermedad, todos estos beneficios pueden ser corroborados vía oficios a las mencionadas entidades y son íntegramente cobrados por autorización por la SRA. P. D. M., así también ha recibido donaciones de organismos no gubernamentales, cuyo valor aproximado asciende a los cincuenta millones de guaraníes...”.

De conformidad al art. 133 del C.N. y A. procede la remoción cuando el tutor abusó de sus atribuciones, en perjuicio de los bienes del niño o adolescente, debiendo el juez decretarlo inmediatamente. Es obvio que, para la aplicación de este artículo, es requisito formal que el juez, al discernir la tutela, realice el inventario de bienes, acompañado del tutor y de uno o más parientes del niño o adolescente, o de otras personas que tuviesen conocimiento de los negocios o de los bienes de quien lo hubiese instituido heredero (art. 136). Idéntico deber prescribe el art. 138 del C.N. y A., cuando se incorporan bienes al patrimonio del niño o adolescente. Esta formalidad prevista en la ley, se halla vinculada a la cuenta de la tutela que el tutor debe rendirla cuando el juez lo exige o al concluir ésta. Es evidente, que en este caso se omitió esta formalidad porque no existían bienes que inventariar al producirse el fallecimiento de la señora F. C. C. D., que si bien la apertura se produjo con su muerte —el 1 de agosto de 2004— no se promovieron los trámites del sucesorio. Desde esta óptica, no procede la remoción de tutor ni la rendición de cuentas de la tutela.

No obstante, nótese que a fs. 63/64, fue agregada una certificación extendida por el Instituto de Previsión Social a nombre de la niña A.J. C.D., referente a sumas de dinero que fueron abonadas por la previsional. Consta que el señor A. C. P., desde julio de 2007 hasta marzo de 2009 percibió la cantidad señalada en ese documento, y la señora P. D. M. lo hizo otro tanto desde abril de 2009 hasta febrero de 2011. La sumatoria alcanzó 31.635.433 Gs. Lo correcto y ajustado a derecho hubiera sido la apertura de una cuenta judicial, donde tuvo que haber sido depositada la cantidad asignada a la niña, y el Juzgado tuvo que disponer que esos depósitos sean retirados por el tutor, a fin de llevar un control adecuado sobre esta prestación de la previsional. Asimismo, igual certificación consta a fs. 65/66, sobre el retiro del kit de alimentos por parte de la señora P. D. de C. y A.S., aclarando que la asistencia otorgada por la Dirección de Emergencia y Desastre Municipal corresponde por el fallecimiento de la señora Fátima C. C. D. en la tragedia del Supermercado Ycuá Bolaños, el 01 de agosto de 2004. De acuerdo a este último documento, la indemnización en especie por dicha tragedia dentro del municipio de la Capital, no fue otorgada exclusivamente a favor de la niña A. J. C. D., sino a los familiares de la difunta, según se lee en el mismo. En el concepto de indemnización otorgado por la Municipalidad a favor de los familiares de las víctimas de la tragedia del Ycuá Bolaños, no es pertinente que el señor A. C. P. rinda cuenta como tutor.

Hemos dicho más arriba que no procedía la remoción del tutor, de conformidad al art. 133 del C.N. y A. Idéntica afirmación hacemos respecto a la aplicación del art. 115 del mismo cuerpo legal, en la inteligencia de que en autos no se ha probado que el señor A. C. P. haya incurrido en alguna causal de inhabilitación para el ejercicio de la tutela.

El Juzgado fundamentó la sentencia recurrida de la siguiente manera: *“...Que, conforme a las constancias de autos, considerando las pruebas producidas por la parte actora y la parte demandada se evidencia que la niña A. J. C. D. vive con su abuela materna Sra. P. D. quien es la que se hace cargo de satisfacer todas las necesidades de la niña. Asimismo en virtud a la S.D. N° 587 de fecha 25 de octubre de 2004, dictada por este Juzgado, que estableció la designación del tutor de la niña a favor del Sr. A. C. P. podemos inferir que no ha demostrado en forma fehaciente que se ocupa de su nieta, según lo refiere la misma niña A. J. en oportunidad de la audiencia ante este Juzgado, tampoco el Sr. A. C. ha presentado la rendición judicial de conformidad a los Arts. 138 y 139, 152 y 153 del C.N.A...”* A tenor de este fundamento, amerita analizar sólo lo referente al cuidado que tuvo y tiene la señora P. D. M. respecto a su nieta, que el Juzgado trae para decretar la remoción del señor Alberto C. P. y el nombramiento como tutora a la señora P. D. M.

Las pruebas arrimadas al juicio son contundentes en este aspecto y avaladas por la propia niña A. J., al ser escuchada por el Juzgado. Todas estas constancias nos conducen a concluir que la niña A. J. siempre convivió con su abuela materna, la señora P. D. M. Esta circunstancia negativa para el señor A. C. P. hace viable la causal de remoción, y un factor positivo para ser reemplazado por la señora P. D. M., ambos abuelos maternos de la niña. Este hecho de la convivencia trae consigo una mayor afinidad de la niña con su abuela materna, e implica que la misma asumió integralmente el cuidado de su nieta, tanto en el aspecto económico como afectivo. Indudablemente, A. J. tiene contención en la persona de su abuela, que en cierta medida, sustituye la ausencia de la madre, por motivo del fallecimiento. De esta situación, surge la conveniencia de remover al señor A. C. P. de la tutela, y nombrar en su reemplazo a la señora P. D. M., ya que ésta, realmente, tuvo un comportamiento tuitivo sobre su nieta.

En las condiciones relacionadas, soy de opinión que debe ser confirmada la sentencia recurrida, en lo que respecta a la remoción del tutor, señor A. C.P., y el nombramiento como tutora de la niña A. J. a la señora P.D.M.; y la apertura

de una cuenta en el Banco Nacional de Fomento, a nombre del presente juicio, a la orden del Juzgado y de la señora P. D. M., tal cual dispuso el Juzgado. Modificar la obligación de rendir cuentas de la tutela, debiendo la señora P. D. M. rendir cuenta de su gestión trimestralmente, de conformidad al art. 153 del C.N. y A. Revocar en lo que respecta al señalamiento de audiencia en la fecha indicada, por el tiempo transcurrido, debiendo el Juzgado señalar nueva audiencia para el discernimiento de la tutela, por corresponder esta formalidad a una etapa final del proceso, una vez que la sentencia quede firme. Asimismo, revocar el emplazamiento que hizo el Juzgado al señor A. C. P., para que rinda cuenta documentada de su gestión. Las costas, en esta instancia, en el orden causado, de conformidad al art. 203 inc. "c" del CPC. Es mi voto.

A sus turnos, los miembros Silvio Rodríguez y Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón, manifiestan que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los señores miembros, todo por ante mí que certifico, quedando acordada la Sentencia que inmediatamente sigue:

VISTOS: Los méritos del acuerdo que antecede y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación de la Niñez y la Adolescencia

RESUELVE: Confirmar la sentencia recurrida, en lo que respecta a la remoción del tutor, señor A. C. P., y el nombramiento como tutora de la niña A.J.C.D. a la señora P. D. M. Confirmar el punto de la sentencia que dispone la apertura de una cuenta en el Banco Nacional de Fomento, a nombre del presente juicio, a la orden del Juzgado y de la señora P. D. M.. Modificar la obligación de rendir cuentas de la tutela, debiendo la señora P. D. M. rendir cuenta de su gestión trimestralmente, de conformidad al art. 153 del C.N. y A. Revocar en lo que respecta al señalamiento de audiencia en la fecha indicada, por el tiempo transcurrido, debiendo el Juzgado señalar nueva audiencia para el discernimiento de la tutela, por corresponder esta formalidad a una etapa final del proceso, una vez que la sentencia quede firme. Revocar el emplazamiento que hizo el Juzgado al señor A. C. P., para que rinda cuenta documentada de su gestión. Las costas, en esta instancia, en el orden causado. Anótese, regístrese, notifíquese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Arnaldo Samuel Aguirre, Silvio Rodríguez y Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón.

Ante mí: María E. Galeano O. Actuaría Judicial.

