



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

**II JORNADAS CONMEMORATIVAS
DE LA VIGENCIA DEL CÓDIGO CIVIL
20 Y 21 DE AGOSTO 1999
ENCARNACION (ITAPUA)**

**DIVISIÓN DE INVESTIGACIÓN,
LEGISLACIÓN Y PUBLICACIONES
CENTRO INTERNACIONAL DE ESTUDIOS
JUDICIALES
(CIEJ)**

Asunción- Paraguay
1999





CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ELIXENO AYALA
Ministro

II JORNADAS CONMEMORATIVAS
DE LA VIGENCIA DEL CÓDIGO CIVIL

20 Y 21 DE AGOSTO DE 1999

ENCARNACIÓN - ITAPÚA

DIVISIÓN DE INVESTIGACIÓN,
LEGISLACIÓN Y PUBLICACIONES
CENTRO INTERNACIONAL DE ESTUDIOS JUDICIALES
(CIEJ)

ASUNCIÓN - PARAGUAY

1999

© CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - DIVISIÓN DE INVESTIGACIÓN, LEGISLACIÓN Y PUBLICACIONES - CENTRO INTERNACIONAL DE ESTUDIOS JUDICIALES. "II JORNADAS CONMEMORATIVAS DE LA VIGENCIA DEL CÓDIGO CIVIL"

Alonso y Testanova. Asunción - Paraguay

DERECHOS RESERVADOS

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

Primera Edición: 600 ejemplares

345 II JORNADAS CONMEMORATIVAS DE LA
VIGENCIA DEL CÓDIGO CIVIL

COR

Corte Suprema de Justicia - División
Investigación, Legislación y Publicaciones -
Centro Internacional de Estudios
Judiciales

"II Jornadas Conmemorativas de la
vigencia del Código Civil". Asunción -
Paraguay. Edición 1999. 262 p.

ISBN 99925-808-9-5

COORDINACIÓN:

ELIXENO AYALA, Ministro. Director de la División de Investigación, Legislación y Publicaciones del CIEJ.

ENRIQUE MERCADO ROTELA, Relator Corte Suprema de Justicia, Sala Civil y Comercial.

ESTEBAN KRISKOVICH DE VARGAS, Relator Corte Suprema de Justicia, Sala Civil y Comercial.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

WILDO RIENZI GALEANO
Presidente

LUIS LEZCANO CLAUDE
Vice-Presidente 1º

ELIXENO AYALA
Vice-Presidente 2º

CARLOS FERNÁNDEZ GADEA
JERÓNIMO IRALA BURGOS
FELIPE SANTIAGO PAREDES
BONIFACIO RÍOS ÁVALOS
RAÚL SAPENA BRUGADA
ENRIQUE SOSA ELIZECHE
Ministros

CENTRO INTERNACIONAL DE ESTUDIOS JUDICIALES
(C.I.E.J.)

Consejo de Dirección

WILDO RIENZI GALEANO
(Presidente Corte Suprema de Justicia)

ELIXENO AYALA
(Ministro)

ENRIQUE SOSA ELIZECHE
(Ministro)

ASOCIACIÓN DE MAGISTRADOS JUDICIALES DEL PARAGUAY

DELIO VERA NAVARRO
Presidente

HUGO LÓPEZ SANABRIA
Vicepresidente

VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ
Secretaria

MANUEL RAMÍREZ CANDIA
Pro-Secretario

SILVINO DELVALLE RAMÍREZ
Tesorero

MARCO ANTONIO ALCARAZ
Pro-Tesorero

CARMELO CASTIGLIONI
IRMA ALFONSO DE BOGARÍN
JORGE ENRIQUE BOGARÍN
ESMILDA ÁLVAREZ DE SANTACRUZ
JOSÉ MARÍA RÍOS MARTÍNEZ
LINNEO YNSFRAN SALDÍVAR
Miembros Titulares

GUSTAVO ABRAHAM AUADRE
RAÚL GÓMEZ FRUTOS
JORGE SALINAS
Miembros Suplentes

RODOLFO VALENTINO MARTÍNEZ
HUGO HERNÁN MORÁN
Síndicos

II JORNADAS CONMEMORATIVAS DE LA VIGENCIA DEL CÓDIGO CIVIL

COORDINACIÓN GENERAL

ELIXENO AYALA, Ministro. Director de la División de Investigación, Legislación y Publicaciones del CIEJ.

COORDINACIÓN

ENRIQUE MERCADO ROTELA, Relator Corte Suprema de Justicia, Sala Civil y Comercial.

ESTEBAN KRISKOVICH DE VARGAS, Relator Corte Suprema de Justicia, Sala Civil y Comercial.

LOURDES IRMA SANDOVAL, Asistente Corte Suprema de Justicia, Sala Civil y Comercial.

EXPOSITORES

- 1) RÍOS ÁVALOS, BONIFACIO, Ministro de la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil y Comercial. TEMA: *"Inserción de leyes civiles y comerciales en nuestro sistema jurídico. Fideicomiso Bancario"*.
- 2) CANTERO SILVA, MARCIAL, Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica, Sede Regional Itapúa. TEMA: *"El Principio del Agotamiento del Derecho de Marca"*.
- 3) BUONGERMINI, MARÍA MERCEDES, Miembro del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala, de Asunción. TEMA: *"El régimen jurídico de las hipotecas flotantes o abiertas"*.
- 4) TORRES KIRMSER, RAÚL, Miembro del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala, de Asunción. TEMA: *"Ley N° 805, La interpretación y comentarios sobre el cheque de pago diferido"*.
- 5) GRANADA MIÑARRO, CÉSAR, Miembro del Tribunal de Apelación en lo Criminal, Tercera Sala, de Asunción. TEMA: *"De los Contratos en General"*.

- 6) NÚÑEZ GONZÁLEZ, VALENTINA, Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, Sexto Turno, de Asunción. TEMA: *"Daño moral"*.
- 7) MARTYNIUK BARÁN, SERGIO, Miembro del Tribunal de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de Itapúa. TEMA: *"Daño moral contractual"*.
- 8) BARRIOCANAL, RAÚL FERNANDO, Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, Décimo Turno, de Asunción. TEMA: *"Acto o actividad riesgosa como fuente de responsabilidad civil"*.
- 9) FERNÁNDEZ DE ECHAURI, LUCILA, Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de Villarrica. TEMA: *"Sucesión con las nuevas leyes"*.
- 10) VARGAS, MIGUEL ÁNGEL, Juez de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y Tutelar del Menor de Encarnación. TEMA: *"El fraude en la comunidad conyugal"*.
- 11) RAMÍREZ CANDIA, MANUEL, Miembro del Tribunal de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de Caaguazú y San Pedro. TEMA: *"Contrato de Servicios. Regulación de Honorarios de Abogados y Procuradores"*.
- 12) FRANCO, RUBÉN A., Miembro del Tribunal de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de Ñeembucú. TEMA: *"Responsabilidad civil de los profesionales"*.

MODERADORES:

- 1) ROLÓN, WILFRIDO, Miembro del Tribunal de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de Itapúa.
- 2) ROYG, LUIS FERNANDO, Miembro del Tribunal de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de Itapúa.
- 3) FERNÁNDEZ, REGINALDO DAGO, Miembro del Tribunal de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de Itapúa.
- 4) MONGELÓS, RODOLFO LUÍS, Juez de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional del Menor, Cuarto Turno, de Encarnación.

PRESENTACIÓN

La multiplicidad de reformas del sistema civil paraguayo, exige respuestas acertadas y contestes con los requerimientos de la dinámica jurídica. En ese contexto, es competencia de la Corte que los magistrados asuman con entusiasmo y sin presiones, la tarea enderezada a consolidar una formación seria y postura responsable en la actividad jurisdiccional.

En conmemoración del undécimo aniversario de la vigencia del Código Civil, los días 3 y 4 de diciembre de 1998, se realizaron en Asunción, las "Primeras Jornadas conmemorativas de la vigencia del Código Civil", en las que participaron Magistrados de las diversas Circunscripciones Judiciales de la República y los Decanos de las Facultades de Derecho de la Capital, cuyas exposiciones fueron publicadas por la División de Investigación, Legislación y Publicaciones, del Centro Internacional de Estudios Judiciales.

El éxito obtenido determinó la necesidad de continuar con estos encuentros, con el fin de debatir ideas, en el ámbito civil y comercial, contribuyendo al desarrollo e interpretación del derecho.

La División de Investigación, Legislación y Publicaciones, del Centro Internacional de Estudios Judiciales (CIEJ), organizó en la ciudad de Encarnación, sede de la Tercera Circunscripción Judicial de la República, las "*II Jornadas Conmemorativas de la vigencia del Código Civil*", con los auspicios de la Asociación de Magistrados Judiciales del Paraguay; dichas jornadas se llevaron a cabo los días 20 y 21 de agosto de 1999.

Algunos temas abordados en dicha oportunidad por Magistrados y autoridades de la Facultad de Ciencias Jurídicas y

Diplomáticas de la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”, Sede Regional Itapúa fueron: *“el fideicomiso bancario, “el régimen jurídico de la hipoteca abierta o flotante”, “el régimen jurídico del cheque de pago diferido”, “el acto o actividad riesgosa como fuente de responsabilidad”, “el daño moral”*.

La formación constante de los magistrados busca que las peticiones de los particulares sean resueltas en tiempo oportuno. Las innovaciones en el ámbito legislativo y la profusión de la doctrina requieren un ámbito de discusión y reflexión, en la que participen magistrados y auxiliares de justicia.

Esta publicación de la División de Investigación, Legislación y Publicaciones, del CIEJ, refleja el deseo de difundir la investigación jurídica, de resaltar el esfuerzo de los expositores y de reafirmar el compromiso con la Justicia.

Asunción, setiembre de 1999.

“INSERCIÓN DE LEYES CIVILES Y
COMERCIALES EN NUESTRO SISTEMA
JURÍDICO”



I. INSERCIÓN DE LEYES CIVILES Y COMERCIALES EN NUESTRO SISTEMA JURÍDICO

Bonifacio Ríos Ávalos*

CAPITULO I

UNIDAD Y COHERENCIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

1. INTRODUCCIÓN. UNIDAD

Es necesario previamente considerar aunque en forma breve, al ordenamiento jurídico como sistema, cuya complejidad actual precisamente no excluye su unidad. Esta idea de unidad es fácil concebir en un ordenamiento simple que provenga de una sola fuente, pero cuando un ordenamiento es complejo requiere una mayor explicación. En esencia, las normas de un ordenamiento jurídico no se encuentran en un mismo plano, pues hay normas superiores y normas inferiores, éstas últimas dependen de las superiores, siguiendo en escala ascendente hasta llegar a la norma fundamental, que no reconoce otra norma superior y en la cual reposa la unidad del ordenamiento jurídico. Todo ordenamiento tiene una norma fundamental que es considerado como término unificador del mismo.

Al concebir la existencia de normas superiores e inferiores en un ordenamiento jurídico, éste tiene una estructura jerárquica, por lo que las normas están dispuestas en orden jerárquico, cuya

* Abogado, Doctor en Ciencias Jurídicas. Ministro de la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil y Comercial. Profesor de "Hechos y Actos Jurídicos" en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica "Nuestra Señora de la Asunción", y de "Obligaciones" y "Mercantil II" (Derecho Bancario) en la Universidad Nacional de Asunción.

trascendencia en la vida del derecho se demuestra con los actos ejecutivos de los agentes, en el cumplimiento de una regla derivada de una ley, en sentido material o de un contrato en calidad de norma individual.

En la relación de las normas dentro del ordenamiento, se puede considerar que reviste el carácter de ejecución y producción. De ejecución respecto de la norma superior y de producción respecto de nuevas normas de categoría inferior. Un claro ejemplo es que las leyes ordinarias ejecutan la Constitución y producen los reglamentos; los reglamentos ejecutan las leyes ordinarias y producen comportamientos conforme a dichos reglamentos. Entonces, todas las fases de un ordenamiento son al mismo tiempo ejecutivas y productivas, salvo aquellas normas que se encuentran en los extremos que son de grado más alto o más bajo. En esta relación normativa se puede calificar a la que se encuentra en el vértice de la relación piramidal como de exclusiva producción o poder y en la ejecución el deber. Poder y deber son conceptos correlativos ya que no puede existir uno sin el otro, porque el poder de dictar normas jurídicas impone al mismo tiempo a otras personas a obedecerlas. No existe en sentido amplio un deber jurídico respecto de un sujeto si no existe poder en el otro sujeto, así se forma la relación jurídica, mediante el poder de un sujeto y el deber de otro sujeto. Esta última expresión es utilizada como sinónimo de derecho, facultad, licitud, permisión; sin embargo, se debe advertir que el término derecho no es precisamente contrario al deber, sino son términos correlativos en una relación intersubjetiva.

Norberto Bobbio explica así la correlatividad del poder y del deber: "*Si consideramos de arriba hacia abajo, veremos una serie de poderes sucesivos: el poder constitucional, el poder legislativo ordinario, el poder reglamentario, el poder jurisdiccional, el poder negocial etc.; si consideramos de abajo hacia arriba veremos una serie de deberes sucesivos: el deber del sujeto de ejecutar la sentencia de un magistrado; el deber del*

magistrado de ceñirse a las leyes ordinarias; el deber del legislador de no violar la Constitución"¹.

Algunos estudiosos como Hans Kelsen, estudian este fenómeno bajo la denominación de relación de subordinación y validez de normas jurídicas, según la cual la norma inferior será válida en la medida en que sea ejecución de la norma superior y el orden jurídico como unidad autorregulada en su interior goza de una transmisión permanente de los principios consagrados por las normas superiores a las inferiores².

2. NORMA FUNDAMENTAL

Siempre es menester preguntar si las normas constitucionales son las últimas normas y que llevaría a considerarlas como norma fundamental, si son las normas constitucionales las fundamentales. Partimos de que la norma presupone un poder normativo, pues implica imposición de deberes jurídicos. Por tanto, si hay normas constitucionales, debe inevitablemente existir un poder normativo del cual ha derivado, es el poder constituyente como poder originario con facultad de producir normas jurídicas fundamentales y obligatorias para la colectividad.

Para crear un sistema normativo es necesaria una norma última, en razón de que sobre la misma se debe estructurar el edificio jurídico. Es la norma única de la que derivan directa o indirectamente todas las demás. A partir del cumplimiento del poder de dictar norma fundamental, se establece el deber de obedecer, para que el ordenamiento resulte obligatorio. El conocimiento de que una norma jurídica pertenece al sistema es tan trascendente, porque de allí se reconocería la validez de la misma. Una norma existe y es jurídicamente válida en tanto pertenece a un ordenamiento jurídico y si es válida es de cumplimiento

¹ Bobbio Norberto, Teoría General del Derecho, Editorial Temis, Bogotá 1997.

² Kelsen - Cossio: problemas escogidos de la Teoría Pura del Derecho. Buenos Aires 1952.

obligatorio; en consecuencia, se debe obedecerla. Para el caso de desobediencia, actuará la autoridad jurisdiccional aplicando la sanción correspondiente.

Pero, ¿cuál es el procedimiento para distinguir una norma válida de la no válida o si pertenece o no al sistema?. La primera condición es que la norma jurídica haya sido dictada por la autoridad que tiene legítimamente poder para dictarla, es decir la autoridad a la cual la norma superior le ha atribuido la facultad de dictarla. Por tanto, de grado en grado se debe avanzar para llegar al poder supremo y más allá no existe otra norma, por lo que se llega a la norma fundamental. Mediante este procedimiento se puede conocer si una norma pertenece o no al sistema, cuando está en condiciones de relacionarse con la norma fundamental en forma directa o indirecta.

Encontrar el fundamento de la norma fundamental no es un problema fácil, porque roza con la verdadera naturaleza de ciencia a que está encuadrado el derecho. a) En la primera etapa del desarrollo de la humanidad se consideraba que el poder provenía de Dios. En consecuencia según la citada doctrina el poder constituyente es un delegado de Dios, por lo que existe un deber de obedecer a sus dictados. Por tanto, en el vértice de la pirámide existe un órgano superior un Dios del que provendría todo poder de dictar normas jurídicas; b) la siguiente corriente denominada jus naturalista, sostiene que el poder deriva de una ley natural, es decir, que no es dictada por ninguna autoridad histórica, sino es revelada al hombre por medio de la razón, la teoría positivista, para justificar a la ley positiva entiende que existe otro derecho considerado natural que no proviene de la voluntad del hombre sino de la razón misma y que es común entre todos los hombres. Para quienes sostienen esta teoría, la norma fundamental de un ordenamiento positivo se funda en una ley natural que ordena obedecer a la razón, la cual, a su vez ordena obedecer a los gobernantes; c) la corriente que explica que el poder constituido deriva de una convención originaria, en la cual el poder tiene su propia justificación. El poder se encuentra en la sociedad misma, mediante un contrato social, consistente en el acuerdo originario de

los hombres en la sociedad y a aquellos a quienes se ha confiado el ejercicio del poder.

Hoy día, los postulados más destacados del jus naturalismo se han incorporado a la mayoría de las constituciones que surgen por voluntad social, con lo que dicho problema de encontrar norma fundamental quedó simplificado. Empero, es menester poner de relieve el pilar fundamental que constituye el punto de partida, se encuentra en el principio de la consagración de la libertad humana, enunciado en los siguientes términos: “todo lo que jurídicamente no está prohibido, está jurídicamente permitido”. A este enunciado se lo considera un axioma ontológico, por parte de los estudiosos quienes sustentan la calidad de ciencia al derecho. En nuestra Constitución Nacional, en el artículo 9º, segunda parte, se consagra en los siguientes términos: “*Nadie está obligado a hacer lo que la ley no ordena, ni privado de lo que ella no prohíbe*”.

3. ORDENAMIENTO JURÍDICO COMO SISTEMA

Luego de comentar brevemente el problema referente a la unidad del ordenamiento jurídico, cuyo sustento radica en la existencia de una norma fundamental, a la cual se remonta directa o indirectamente toda norma jurídica, el problema que ahora se plantea es si un ordenamiento jurídico, además de la unidad, constituye un sistema, es decir, si una unidad es sistemática. El sistema constituye una totalidad ordenada, o sea un conjunto de entes entre los cuales existe cierto orden. Dichos entes no sólo deben guardar relación con el todo, sino esa relación debe ser coherente entre sí. En consecuencia, afirmamos que un ordenamiento jurídico constituye un sistema cuando las normas que lo componen están en una relación de coherencia entre sí. En otras palabras si en un ordenamiento jurídico tienen vida dos entes contrarios entre sí en su contenido, dictada por la misma autoridad, no podrá llamarse propiamente sistema jurídico.

Kelsen afirma: “La unidad del ordenamiento también se expresa diciendo que el orden jurídico es descrito en enunciados jurídicos que no se contradicen. Naturalmente no puede negarse la

posibilidad de que los órganos jurídicos de hecho implementen normas que se encuentren en conflicto entre sí, es decir, que efectúen actos cuyo sentido subjetivo sea un deber y que cuando ello quiera ser interpretado también como su sentido objetivo, cuando esos actos sean vistos como normas, las normas se encuentren recíprocamente en conflicto. Semejante conflicto de norma aparece cuando una norma determina una conducta como debida, y la otra obliga a una conducta incompatible con la primera. Por ejemplo, si una norma determina que el adulterio debe ser castigado, y otra, que no deberá serlo. Este conflicto no es una contradicción lógica en el sentido estricto de la palabra, aunque se suela decir que ambas normas se contradicen. Puesto que el principio de contradicción se aplica a enunciados que pueden ser verdaderos o falsos, en tanto cuando uno es verdadero el otro debe ser falso. Pero esta norma no es verdadera ni falsa, es válida o inválida. Los conflictos normativos deben ser disueltos por vía de interpretación, puesto que la estructura jurídica como orden escalonada y como unidad no puede permitir dichos conflictos....."³.

Según María Helena Dinis, sistema significa nexo, una reunión de cosas o conjunto de elementos y método, un instrumento de análisis. Exposición teórica, mediante la cual se pueden estudiar las realidades. En otras palabras, es un modo de ver, de ordenar lógicamente las realidades. Todo sistema es una reunión de objetos con sus atributos, relacionados entre sí conforme a ciertas reglas que varían de concepción a concepción. De lo expuesto se puede concluir que el derecho no es un sistema jurídico, mas una realidad que puede ser estudiada de modo sistemático por la ciencia del derecho. Es indudable que la tarea más importante del jurista consiste en presentar al derecho mediante una forma sistemática, para facilitar su conocimiento y manejo por los que lo aplican"⁴.

³ Kelsen, Hans, Teoría Pura del Derecho, Séptima edición, Editorial Porrúa S.A., México 1993.

⁴ Dinis, Maria Helena, Conflicto de Normas, Editora Saraiva, Sao Paulo 1996.

Se puede concluir con la tendencia más aceptada en nuestro tiempo en afirmar que sistema jurídico, constituye un orden que excluye la incompatibilidad de sus partes individuales, en razón de que en su seno no pueden existir normas incompatibles y si existieran, una de ellas deberá ser eliminada, o ambas a la vez, para obtener la homogeneidad y la pureza, de tal forma que sea admitida su unidad en virtud de una norma fundamental para ser científicamente aceptable.

4. ANTINOMIAS

Ya en el Derecho Romano existía una gran preocupación para evitar normas incompatibles entre sí y al fenómeno de existencia de normas contradictorias que se excluyen recíprocamente se denominó antinomias. El Digesto Justiniano afirmaba que no existen normas incompatibles, utilizando el término antinomia "*nulla itaque in omnibus praedicti codicis membris antinomia aliquid sibi vindicet locum, sed sit una concordia, una consequentia, adversario nemine constituto*". En el Derecho Romano, en vigencia aproximadamente por 1.300 años, se destacaba porque los intérpretes tenían la tarea de eliminar antinomias recurriendo a los más diversos medios hermenéuticos.

Según Dinis: "La antinomia representa un conflicto entre dos normas, entre dos principios, entre una norma y un principio general del derecho en su aplicación práctica a un caso particular. Antonimia jurídica es la oposición que ocurre entre dos normas contradictorias, emanadas de autoridades competentes de un mismo ámbito normativo que ubican a los sujetos en una misma posición insustentable por la ausencia de criterios aptos para permitir una salida del cuadro de un ordenamiento dado. Antinomia es la presencia de dos normas en conflicto, sin que se pueda saber cual de las dos deberá ser aplicada al caso singular"⁵.

El efecto de la norma jurídica no tiene únicamente una importancia teórica; al contrario, esas consecuencias de todas leyes

⁵ Dinis, María Helena, ob. cit.

jurídicas que son: mandar, prohibir, permitir o castigar, ha llegado a incluirse expresamente en la teoría general de la ley, regulada en el título preliminar de los códigos, considerado a su vez como ley introductoria a las legislaciones. Como ejemplo tenemos el artículo 4° del Código Civil Colombiano que establece: "Ley es una declaración de voluntad soberana manifestada en forma prevenida en la Constitución Nacional. El carácter general de la ley es mandar, prohibir, permitir o castigar".

Son incompatibles las normas que no pueden coexistir, las que se excluyen recíprocamente, que se podrían sintetizar en los siguientes casos:

- 1) Entre una norma que manda hacer algo y otra que prohíbe, o viceversa;
- 2) Entre una norma que manda hacer y otra que permite no hacer; y,
- 3) Entre una norma que prohíbe hacer y una que permite hacer

En el primer caso, una norma jurídica prohíbe la pena de muerte y la otra norma jurídica manda como sanción a determinados hechos la aplicación de la pena de muerte.

En el segundo caso una norma jurídica admite la manifestación pública sin restricción alguna; sin embargo, otra establece el requerimiento de ceñirse al marchódromo.

En el tercer caso, una norma del Código Civil que prohíbe la contratación de servicios inmorales y otra norma que permite la contratación.

5. TIPOS DE ANTINOMIAS

CONDICIONES

Decimos pues, que existen antinomias cuando una de ellas obliga y la otra prohíbe, o cuando una obliga y la otra permite, o

cuando una prohíbe y la otra permite un mismo comportamiento. Sin embargo, para que pueda darse la antinomia se deben reunir dos condiciones:

- a) Las dos normas deben pertenecer a un mismo ordenamiento. El problema de las antinomias entre dos normas pertenecientes a diversos ordenamientos surge cuando no son independientes entre sí, por estar enlazado por una norma superior. Por ejemplo, el derecho positivo, con el postulado del derecho natural. Sin embargo, cuando se trata de ordenamientos distintos no acarrea ninguna dificultad; la disposición del derecho francés con el Código Civil Paraguayo no tendría trascendencia. Además, este último problema tiene solución jurídica clara en el artículo 22 del Código Civil Paraguayo.
- b) Las dos normas deben tener el mismo ámbito de validez. Se distinguen cuatro ámbitos de validez de las normas: temporal, espacial, personal y material.

Validez temporal: está prohibido fumar desde las cinco hasta las siete, no es incompatible con está permitido fumar desde las siete hasta las nueve.

Validez espacial: está prohibido fumar en la sala de cine, no es incompatible con está permitido fumar en la sala de espera.

Validez personal: se prohíbe fumar a menores de 18 años, no es incompatible con se permite fumar a los adultos.

Validez material: se prohíbe fumar cigarrillos, no es incompatible con se permite fumar cigarrillos.

Es decir, para que existan verdaderamente antinomias, las normas no deben tener la posibilidad de coexistir en el tiempo, espacio y respecto a las personas y la materia.

También en derecho se denomina antinomia cuando se inspira en valores opuestos, por ejemplo la libertad y la seguridad, en razón de que la garantía de la libertad va generalmente en desmedro de la seguridad y la garantía de la seguridad normalmente limita a la libertad. Por consiguiente, un ordenamiento que descansa sobre los dos valores, descansa sobre principios antinómicos; también se habla de antinomias de valoración y teleológicas. Sin embargo, se debe puntualizar que la protección a la libertad y la seguridad personal como lo preceptúa el artículo 9 de la Constitución Nacional no podría interpretarse en forma contradictoria.

6. CRITERIOS PARA LA SOLUCIÓN DE LAS ANTINOMIAS

Las antinomias como defecto del ordenamiento jurídico, deben ser eliminadas por el intérprete al existir colisiones de mandatos que no pueden ser aplicadas al mismo tiempo. La solución del inconveniente no sería sino la de eliminar una de ellas. Se clasifican nuevamente en antinomias solubles o aparentes, y las insolubles o reales, es decir aquellas en las cuales el intérprete queda abandonado a sí mismo, ya sea por ausencia de un criterio o por conflicto entre criterios dados.

Son tres las reglas fundamentales para resolver las antinomias:

- a) criterio cronológico;
- b) criterio jerárquico; y
- c) criterio de especialidad.

El criterio cronológico, denominado también de la ley posterior, según el cual aquel entre las dos normas incompatibles prevalece la posterior: "*lex posterior derogat priori*". Es regla general del derecho que la voluntad posterior abroga la anterior. Si se concibe a la ley como expresión de la voluntad del legislador no habría ninguna dificultad para aceptar esta regla. Una regla

contraria obstaculizaría el progreso jurídico y gradual de la adaptación del derecho a las exigencias sociales, si la norma anterior pudiera prevalecer sobre la norma posterior, ésta última sería inútil y sin finalidad. La Constitución Nacional y el Código Civil Paraguayo claramente establecen, que las leyes son derogadas por otras leyes y rigen para el futuro (art. 14 de la C. N. y los arts. 2° y 7° del C. C. P).

El criterio jerárquico; denominado también “*lex superior*”, es aquel según el cual de dos normas incompatibles prevalece una norma superior jerárquicamente. No existe dificultad en razón de que en la estructura jurídica las normas están ubicadas en distintos planos, o sea están dispuestas en un orden jerárquico. Una de las consecuencias fundamentales es que las normas superiores pueden abrogar a las inferiores y no así las inferiores respecto de aquella. La inferioridad de las normas consiste en la menor fuerza de su poder normativo. En nuestro ordenamiento las jerarquías de las normas están perfectamente reglamentadas en el artículo 137 de la Constitución Nacional. No así en la Constitución de la República Argentina que establece en la disposición de su artículo 31: “*Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación*”.

Como penúltima norma se puede considerar la que surge de la voluntad de las partes, reconocida en el artículo 715 del C. C. P. En este punto es más claro el Código Civil Colombiano que sistematiza como ley contractual, con efecto inter partes y por voluntad de las mismas (art. 1602 del C. C.).

Un problema más complejo surge en cuanto a las relaciones entre la ley y la costumbre. Debe considerarse a la costumbre como jerárquicamente inferiores a la ley; si existieran dos normas incompatibles jerárquicamente, debe prevalecer la ley. En nuestro ordenamiento la costumbre tiene valor en la medida en que la ley le da fuerza, pero carece de fuerza “*contra legem*”. Así lo dispone el artículo 7°, última parte del C. C. P.: “El uso, la costumbre o práctica no pueden crear derechos, sino cuando las

leyes se refieran a ellos". Asimismo, el artículo 2º de la Ley del Comerciante dispone que: "A falta de normas especiales de esta ley se aplicarán las disposiciones del Código Civil. Los usos y costumbres mercantiles pueden servir de reglas sólo cuando la ley se refiera a ellos, para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio y para interpretar los actos o convenciones de la misma naturaleza". El artículo 699 del C. C. P. dispone: "las formas de los contratos serán juzgadas: a) entre presentes, por las leyes o costumbre del lugar en que hubieren sido concluidos". El artículo 825, al establecer: "El precio de la locación que en su caso de no haberse ajustado en el convenio, se establecerá según la costumbre del lugar". Para Messineo la costumbre es un "modo de obrar", jurídico por parte de un grupo de sujetos, los cuales repitiendo aquel comportamiento, terminan por imprimirle el carácter de norma. Su fundamento está en la autoridad de la tradición"⁶. Se la denomina igualmente *ius involuntarium*, porque es un derecho no establecido consciente y voluntariamente por la autoridad. Por consiguiente, no existe la voluntariedad de establecer una norma, ni una autoridad que la establezca. Sin embargo, esto no implica que la norma consuetudinaria no sea, en su esencia, algo atinente a la voluntad, porque una cosa es que en su génesis, la norma no derive de una consciente discusión de la misma, como la ley, y otra cosa es su cumplimiento que siempre se tornará voluntario.

El tercer criterio, llamado también de la "*lex specialis*", es aquel donde existe incompatibilidad entre dos normas una general y otra especial. El principio es que la ley especial deroga a la ley general. Es decir, debe prevalecer una ley especial sobre la ley general. Explica Bobbio: "Se comprende, pues, que la ley especial debe prevalecer sobre la general, porque aquella representa un momento que no se puede eliminar en el desarrollo de un ordenamiento. Bloquear una ley especial ante una ley general sería detener este desarrollo... La situación de antinomia, creada por la relación entre una ley general y una ley especial, corresponde al

⁶ Messineo, Francesco, Manual de Derecho Civil y Comercial, traducido por Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1971.

tipo de antinomia total-parcial. Esto significa que se aplica el criterio de la *lex specialis* no hay lugar a eliminar totalmente una de las dos normas incompatibles, sino sólo aquella parte de la ley general que es incompatible con la ley especial. Por efecto de la ley especial, la ley general pierde su vigencia parcialmente”⁷ Para María Helena Diniz: “*La especialidad deroga a la generalidad, que en consideración a la materia normada, como un recurso o medio interpretativo, entre la ley especial y la ley general existe una especie o un género y una especie. Una norma especial en su definición legal contiene todos los elementos típicos de una norma general y más algunas de naturaleza subjetiva y objetiva, denominadas especializantes. La norma especial contiene un elemento propio, la descripción legal de tipo previsto en la norma general, que también se regula en la norma especial, debe prevalecer cuando el comportamiento se encuadra en la norma especial*”⁸. Sin embargo, el artículo 7º del Código Civil Paraguayo dispone: “Las disposiciones especiales no derogan a las generales, ni éstas a aquéllas, salvo que se refieran a la misma materia para dejarla sin efecto, explícita o implícitamente”. Al explicar este punto, el conocido estudioso de nuestro país, Dr. Ramón Silva Alonso, invocando a numerosos autores franceses, entiende que esta norma se aparta de la regla tradicional, puesto que si una ley general es posterior a la ley especial y regula la misma materia, existiría una derogación tácita o implícita⁹.

7. INSUFICIENCIA DE LOS CRITERIOS

Cuando el conflicto de las normas representa caracteres en que ambas son: contemporáneas, del mismo nivel y ambas son generales, en consecuencia los tres criterios comentados no serían suficientes para resolver el problema del conflicto. Ejemplo de estas normas en conflictos, se dan cuando en un mismo código existen normas contradictorias.

⁷ Bobbio, Norberto, ob. cit., págs. 193,194.

⁸ Diniz, María Helena, Conflicto de Normas, págs. 39,40.

⁹ Silva Alonso, Ramón, Código Civil Comentado, Anotado y Concordado, Título Preliminar, Asunción 1988.

Según la enseñanza tradicional, se debe analizar la forma de las normas, si son: imperativas, prohibitivas y permisivas. En este criterio si una norma es prohibitiva y la otra es permisiva, se debería interpretar a favor de la norma que protege la libertad, es decir, a favor de la permisiva. Tampoco esta solución es compartida por todos. También podría darse el conflicto entre dos normas una imperativa y otra prohibitiva, en cuyo caso el Juez debe realizar una interpretación de conformidad a su poder de aplicación de las normas al caso concreto. No tiene facultad de excluir del sistema, o sea de abrogarla, en consecuencia deberá estudiar y determinar aquella que más se adecua al caso concreto para encontrar una solución justa. En nuestro Derecho positivo encontramos el siguiente ejemplo: Arts. 356, 362, 363 y 2411 del C. C. P., según el cual, los actos nulos no producen efecto alguno, pero no podrá alcanzar a los terceros de buena fe, sin embargo, el afectado puede impugnar el vicio.

En el derecho público y en particular en el derecho sancionatorio, la cuestión está resuelta a favor de los afectados por las medidas restrictivas o limitativas.

8. DEBER DE COHERENCIA

Todo sistema jurídico cuenta con el deber de la coherencia, ésta es una regla que se halla implícita en él. En consecuencia, el órgano legislador no debe producir normas jurídicas incompatibles y en caso de haberse producido, el aplicador de las normas, el órgano jurisdiccional en su caso, deberá eliminar una de ellas, no del sistema, sino del caso concreto donde será aplicada la normativa, desechando una y manteniendo otra. La coherencia así expuesta es una condición de justicia de todo sistema jurídico.

Esta breve reseña de tan importantes características de todo ordenamiento jurídico que son la unidad y la coherencia. Sin embargo, aún queda una tercera característica que guarda relación con las lagunas, es decir, la idea de la plenitud del ordenamiento jurídico, como propiedad de todo ordenamiento de contener

normas reguladoras de cada caso, que en esta oportunidad no será referido, pero se pone de relieve por su importancia para completar las características que debe reunir todo ordenamiento jurídico para hallar su plenitud.

CAPITULO II
ALGUNAS LEYES CIVILES Y COMERCIALES
INSERTADAS EN EL SISTEMA

LEY N° 94/91: Que aprueba con modificaciones el Decreto-Ley N° 12 del 8 de marzo de 1990, que modifica y amplía la Ley N° 772/79 de Mercado de Capitales y crea la Comisión Nacional de Valores.

LEY N° 1/92: De reforma parcial del Código Civil.

LEY N° 117/93: Que regula las sociedades de capital e industria.

LEY N° 204/93: Que modifica el Código Civil y establece la igualdad de los hijos en el derecho hereditario.

LEY N° 489/95: Orgánica del Banco Central del Paraguay.

LEY N° 701/95: Que precisa el objeto de la prohibición de la venta con pacto de retroventa y el pacto de reventa.

LEY N° 805/96: Que modifica varios artículos del Capítulo XXVI, Título II, Libro III, del Código Civil y crea la figura del cheque bancario de pago diferido, deroga la Ley N° 941/64 y despenaliza el cheque con fecha adelantada.

LEY N° 811/96: Que crea la administración de fondos patrimoniales de inversión.

LEY N° 827/96: De Seguros.

LEY N° 861/96: General de bancos, financieras y otras entidades de crédito.

LEY N° 921/96: De negocios fiduciarios.

LEY N° 985/96: Que modifica el artículo 12 de la Ley N° 1 del 15 de julio de 1992, de reforma parcial del Código Civil.

LEY N° 1036/97: Que crea y regula las sociedades securitizadoras.

LEY N° 1056/97: Que crea y regula las sociedades calificadoras de riesgo.

LEY N° 1064/97: De la industria maquiladora de exportación.

LEY N° 1284/98: De mercado de valores.

LEY N° 1294/98: De marcas.

LEY N° 1295/98: De locación, arrendamiento o leasing financiero y mercantil.

CAPITULO III EL FIDEICOMISO BANCARIO

1. EL FIDEICOMISO. ANTECEDENTES

Según los autores, la etimología de la palabra fideicomiso proviene de la voz latina, cuya raíz "*fides*" indica fe, confianza y la combinación con el término de "*commito*", encargado, mandatario, delegado, revela un negocio jurídico fundado principalmente en un elemento básico, la "confianza". Por otro lado, en el derecho inglés aparece un negocio realizado en virtud de la confianza, y que se denomina "*Trustees*" de trus, que equivale al término "fe".

Como antecedentes en el Derecho Romano, tenemos que el fideicomiso se utilizaba principalmente en negocios *mortis causa*, por el cual el testador dejaba a una persona todo o parte de la herencia, o un bien determinado, para que lo entregue a un tercero, o cumpla fin específico con ella. Esta es la razón por la que este

negocio jurídico se estudiaba como una sustitución de heredero. Posteriormente se conoció el *pactum fiduciae*, que constituía una transmisión fiduciaria *inter vivos*, adquiriendo el *pactum fiduciae*, la característica de un contrato, que servía en algunos casos para garantizar un crédito (*pacto cum creditore*), porque se transmitía el bien al acreedor, pero una vez cancelada la deuda éste se obligaba a restituir al deudor o a un tercero. En realidad se trataba de una forma de simulación.

Luego se conócó el "*pactum cum amico*", que constituía un negocio realizado en interés del fiduciante. En este acto estarían vinculados tres personas o más: el fiduciante, la persona que realiza la transmisión; el fiduciario, quien recibe el bien; y el fideicomisario, la persona beneficiaria de la transmisión o a quien definitivamente debe entregarse el bien.

El Código de Vélez, que rigió en el país hasta el año 1986, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 2662, regulado dentro del llamado *dominio imperfecto*, pareciera haber incorporado el negocio fiduciario *inter vivos*, cuando establece: "Dominio fiduciario es el que se adquiere en fideicomiso singular, subordinado a durar solamente hasta el cumplimiento de una condición resolutive, o hasta el vencimiento de un plazo resolutive, para el efecto de restituir la cosa a un tercero".

Autores argentinos de gran autoridad sostienen, sin embargo, que el citado artículo solo se refiere a la realización de un negocio con instrucciones claras y precisas, y que por lo tanto estamos en presencia de un mandato. Sin embargo, si se ocultara el nombre de la otra persona, sería simulación, apreciación doctrinaria que compartimos plenamente.

Otros autores, entre ellos Villegas, sostienen que la referida disposición legal admite el dominio fiduciario, y manifiesta: "De allí, entonces, que en nuestro derecho cabe admitir la existencia de este tipo de dominio de propiedad..., que transmite al fiduciario junto con un encargo o mandato, fundado en una relación de confianza. De allí que las facultades del propietario fiduciario no

sean plenas, sino que están restringidas al cumplimiento del encargo recibido. El fiduciario recibe la cosa para darle un destino determinado, que está especificado en el instrumento de constitución”.

Por ello, las instituciones fiduciarias no pueden incluir los bienes fideicomitidos en su contabilidad, no pueden considerarlos entre sus activos, sino que deben llevar una contabilidad separada por cada fideicomiso que se constituya (1)¹⁰.

En el Código Civil Paraguayo, el negocio fiduciario en sí podríamos ubicarlo dentro de la simulación lícita. Empero, en materia bancaria, se halla expresamente autorizado por la Ley N° 861/96, GENERAL DE BANCOS, FINANCIERAS Y OTRAS ENTIDADES DE CREDITO, en su artículo 40, en los siguientes términos: *Operaciones: Los bancos estarán facultados a efectuar las siguientes operaciones, con sujeción a las reglamentaciones vigentes y a las que pudiera emitir el Banco Central del Paraguay: ...22) Actuar como fiduciarios en contratos de fideicomiso*, así mismo se ha dictado la Ley N° 921/96 DE NEGOCIOS FIDUCIARIOS, por lo que hoy día este contrato o negocio se halla expresamente legislado y regulado en el derecho positivo paraguayo.

2. EL CONTRATO DE FIDEICOMISO BANCARIO. CONSIDERACIONES GENERALES

Como señaláramos más arriba, el contrato de fideicomiso reconoce como sus antecedentes históricos, aunque muy remotos, la fiducia romana. Sin embargo, los antecedentes más próximos están en el derecho inglés, en el denominado TRUST, y el USES, por el cual se transmitían bienes a favor de una persona, que de acuerdo a su compromiso debía transmitir a un tercero.

El TRUST, muy difundido en Inglaterra, pasó luego a los Estados Unidos, donde de una práctica individual gratuita, fundada

¹⁰ Villegas, Carlos Gilberto. ob. cit., T.I. p. 693, Depalma Buenos Aires 1990.

en la equidad, pasó a ser objeto de actividades comerciales; en consecuencia, con finalidad de lucro, proyectando su aplicación de una manera ostensible en la actividad bancaria.

En este negocio participan de ordinario tres personas: el transmitente, el propietario aparente (trust property) y el beneficiario.

3. CONCEPTO

Según la Ley de Fideicomiso de Venezuela: "El fideicomiso es una relación jurídica por la cual una persona llamada fideicomitente transfiere uno o más bienes a otra persona llamada fiduciario, quien se obliga a utilizarlo en favor de aquel o de un tercero beneficiario".

Según la Ley Mexicana: "En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución".

Villegas, siguiendo a Carregal, afirma: "Es aquel por el cual una persona recibe de otra un encargo respecto de un bien determinado cuya propiedad transfiere a título de confianza, para el cumplimiento de un plazo o condición que le dé el destino convenido".

4. EN EL DERECHO PARAGUAYO

La Ley N° 861/96 "General de Bancos, Financieras y otras Entidades de Crédito", en su artículo 40, al detallar las operaciones que pueden efectuar los bancos, en su inciso 22, dispone: "Actuar como fiduciarios en contratos de fideicomiso"; de igual manera en su artículo 75, al detallar las operaciones que pueden ser efectuadas por las financieras, en su inciso 20, expresa: "Actuar como fiduciarios en contratos de fideicomisos".

La previsión legal específica en nuestro derecho positivo se dio con la sanción de la Ley N° 921, promulgada en fecha 28 de

agosto de 1996 “DE NEGOCIOS FIDUCIARIOS”, la que desde dicha fecha regula todo lo concerniente a este contrato. Esta ley está estructurada en ocho capítulos, y cuenta con 45 artículos. El Capítulo Primero trata de las Disposiciones generales aplicables a los negocios fiduciarios; el Capítulo Segundo, de Disposiciones especiales aplicables a los negocios fiduciarios; los Capítulos, Tercero, Cuarto y Quinto tratan de las partes intervinientes en el negocio fiduciario, ocupándose respectivamente del fideicomitente, fiduciante o constituyente; del fiduciario; del beneficiario o fideicomisario, el Capítulo Sexto establece las normas contables básicas aplicables a los negocios fiduciarios; el Séptimo trata de las normas fiscales básicas aplicables a los negocios fiduciarios, y por último, el Capítulo Octavo trata de las normas complementarias.

Esta ley vino a sustituir a la Resolución N° 5 del 22 de setiembre de 1994, dictada por el Banco Central del Paraguay, que reglamenta las operaciones fiduciarias, pues de conformidad al artículo 11 de la Ley N° 921/96 “De Negocios Fiduciarios”, se faculta al Banco Central del Paraguay a reglamentar los negocios y operaciones fiduciarias que puedan realizar los bancos, las financieras y las empresas fiduciarias, así como las sociedades filiales de los bancos y las financieras, debidamente constituidas; el artículo 162; el artículo 40 numeral 22 y el artículo 73 numeral 20 de la Ley N° 861/96 “General de Bancos, Financieras y otras Entidades de Crédito”; concordantes con el artículo 19 de la Ley N° 921/96, que les atribuyen capacidad jurídica a los bancos, las financieras y las empresas fiduciarias, para celebrar negocios fiduciarios actuando en calidad de fiduciarios con sujeción a las reglamentaciones vigentes y a los que pueda emitir el Banco Central del Paraguay. Es así que el mismo en uso de sus atribuciones, con miras a adecuar la reglamentación vigente sobre negocios y operaciones fiduciarios, fijando nuevos criterios técnicos y jurídicos que faciliten el cumplimiento de las disposiciones de la Ley N° 921/96; y señalar el procedimiento a ser aplicado; el Banco Central del Paraguay, por Resolución N° 2 de fecha 24 de octubre de 1.997 ha reglamentado las operaciones fiduciarias: El reglamento está estructurado en cuatro títulos: Título I Normas generales aplicables a los negocios fiduciarios; Título II

Del fideicomitente, fiduciante o constituyente; Título III Del fiduciario; y Título IV Disposiciones finales.

5. SUJETOS

A modo introductorio a la legislación vigente, es importante resaltar que conforme al artículo 1º del reglamento mencionado en el punto anterior, se establece como sujetos de la reglamentación en los siguientes términos: *“Sujetos de la Reglamentación. Son sujetos de la reglamentación contenida en esta resolución los bancos, las financieras y sus sociedades filiales debidamente constituidas”*

En el carácter de fideicomitente, se destaca lo establecido en el artículo 3º de la reglamentación dictada por el Directorio del Banco Central del Paraguay que dispone que los bancos, las financieras, a los efectos previstos en el artículo 16 de la Ley N° 921/96, podrán actuar como fideicomitentes en negocios fiduciarios, únicamente cuando los bienes fideicomitados sean inmuebles o carteras de préstamos con calificación 4 o 5 conforme a las normativas vigentes.

Como sujeto interviniente, en calidad de fiduciario la Resolución N° 2 del 24 de octubre de 1997, claramente dispone que los bancos, y financieras podrán actuar como fiduciarios en negocios fiduciarios, siempre y cuando cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que la actividad fiduciaria esté prevista en los estatutos sociales de la entidad;
- b) Que conforme a lo dispuesto en los artículos 18 y 42 de la Ley N° 861/96, “General de Bancos, Financieras y otras Entidades de Crédito”, la respectiva entidad cuente con uno o más departamentos especializados y separados claramente diferenciados de los demás departamentos; y

- c) Que los departamentos a través de los cuales se desarrollarán las actividades fiduciarias cuenten con adecuados sistemas y procedimientos de control interno.

6. CONDICIONES QUE DEBEN REUNIR LOS SUJETOS

La Ley N° 921/96 establece en el artículo 21. *Supervisión y control de las Empresas fiduciarias*. Las empresas fiduciarias cuya creación se autorice tendrán el carácter de instituciones financieras de servicios auxiliares de crédito y estarán sujetas a la supervisión y vigilancia de la Superintendencia de Bancos, las cuales se ejercerán, en lo pertinente, conforme a las normas de la Ley General de Bancos y otras Entidades Financieras y sus modificaciones. Seguidamente, el mismo cuerpo legal dispone: *Art. 22. Requisitos para la autorización de empresas fiduciarias*. A los efectos de obtener la autorización para funcionar, las empresas fiduciarias deberán acreditar, como mínimo, el cumplimiento de los siguientes requisitos especiales:

- 1) Constituirse bajo la forma de sociedades anónimas que tengan por objeto social exclusivo la celebración, en calidad de fiduciarios, de negocios fiduciarios;
- 2) Disponer de un capital integrado igual, como mínimo, al exigido para la constitución de una empresa financiera; y,
- 3) Disponer de una infraestructura técnica, administrativa y humana suficiente para cumplir adecuadamente con la administración y manejo de los bienes fideicomitidos, de acuerdo con lo que sobre el particular establezca el Banco Central del Paraguay mediante normas de carácter general.

7. DEFINICIÓN

De acuerdo al artículo 1° de la Ley N° 921/96: “*Por el negocio fiduciario una persona llamada fiduciante, fideicomitente o constituyente, entrega a otra llamada fiduciario, uno o más bienes especificados, transfiriéndole o no la propiedad de los*

mismos, con el propósito de que ésta los administre o enajene y cumpla con ellos una determinada finalidad, bien sea en provecho de aquélla misma o de un tercero llamado fideicomisario o beneficiario.

El negocio fiduciario que conlleve la transferencia de la propiedad de los bienes fideicomitidos se denominará fideicomiso; en caso contrario, se denominará encargo fiduciario.

El negocio fiduciario por ningún motivo podrá servir de instrumento para realizar actos o contratos que no pueda celebrar directamente el fideicomitente de acuerdo con la ley”.

En nuestro derecho positivo cabe señalar, entonces, que se distingue el fideicomiso propiamente dicho, que existe cuando hay transmisión de propiedad de los bienes fideicomitidos, y el encargo fiduciario, que se da cuando no se produce dicha transmisión. La ley establece normas para la realización del fideicomiso, y dispone que esas normas se aplicarán en lo pertinente al encargo fiduciario, al cual igualmente se le aplicarán en forma subsidiaria las reglas del mandato.

8. PARTES INTERVINIENTES. DERECHOS Y OBLIGACIONES

Básicamente, en el negocio fiduciario participan tres personas, como se ha señalado más arriba. Sin embargo, nada obsta que la calidad de beneficiario recaiga sobre el fideicomitente. Para definir a cada una de las partes, como mero documento investigativo y de consulta, utilizaremos la Resolución N° 5 del 22 de setiembre de 1994 dictada por el Banco Central, en razón de que la ley no contiene definición al respecto, pero la antigua reglamentación, actualmente derogada, sin embargo, determina precisamente la definición aplicable a cada una de las partes intervinientes, que son:

9. EL FIDEICOMITENTE, FIDUCIANTE O CONSTITUYENTE

Es la persona física o jurídica que, estando investida de capacidad de ejercicio conforme al ordenamiento jurídico, entrega los bienes objeto del negocio fiduciario, transfiriendo o no su propiedad, para afectarlos o destinarlos al cumplimiento de la finalidad señalada en el acto constitutivo.

Según la Ley N° 921/96, sólo pueden ser fideicomitentes las personas físicas o jurídicas, que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que implica la celebración del negocio; así mismo, las autoridades judiciales o administrativas competentes, cuando se trate de bienes cuya guarda, conservación, administración, liquidación, reparto o enajenación les corresponda a ellas o a las personas que designen para el efecto. El artículo 3° de la Resolución N° 2 del 24 de octubre de 1.997, dictada por el Banco Central del Paraguay, reglamenta que los bancos, las financieras, a los efectos previstos en el artículo 16 de la Ley N° 921/96, podrán actuar como fideicomitentes en negocios fiduciarios, únicamente cuando los bienes fideicomitados sean inmuebles o carteras de préstamos con calificación 4 o 5 conforme a las normativas vigentes.

En cuanto a los derechos que tiene el fiduciante, podemos citar entre los principales, el de incrementar o aprobar el incremento efectuado por un tercero de los bienes fideicomitados; nombrar a uno o más fideicomisarios o beneficiarios y designar uno o más sustitutos de éstos; para la eventualidad de que no puedan tener la calidad de tales en el negocio fiduciario, designar a uno o más fiduciarios para que de manera sucesiva ejecuten el negocio fiduciario, estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de sustituirse; designar a uno o más sustitutos del fiduciario; revocar el negocio fiduciario, siempre que se haya reservado esta facultad en el acto constitutivo; solicitar la remoción del fiduciario por las causales previstas en la ley; obtener la devolución de los bienes fideicomitados, al final del negocio fiduciario, si es que dichos bienes no debieran de pasar al beneficiario o a una tercera persona; establecer las condiciones suspensivas o resolutorias, a las

que queda sometido el negocio fiduciario; exigir del fiduciario los informes, rendición de cuentas de sus gestiones e inventarios que disponga la ley. Sobre este punto la reglamentación vigente del Banco Central del Paraguay, dispone que en la redacción de los Contratos de Negocios Fiduciarios deberán quedar claramente establecidos cuales son los parámetros, la forma y la periodicidad a los que se sujetará la rendición de informes acerca de la gestión encomendada al fiduciario. Seguidamente, deberán quedar claramente establecidos cuales son los parámetros y la forma a la que se sujetará la rendición de cuentas comprobados de la gestión fiduciaria. Finalmente la ley otorga en general todos los derechos y facultades expresamente estipulados a su favor, y que no sean incompatibles con los de las otras partes y la naturaleza del negocio fiduciario.

Entre las obligaciones del constituyente, sin perjuicio de las que pudieran establecerse en el acto constitutivo, la ley establece las siguientes: entregar al fiduciario los bienes objeto del negocio fiduciario, libres de todo vicio o defectos ocultos, que no permitan destinarlos al cumplimiento de la finalidad señalada en el acto constitutivo; señalar la finalidad a la cual deben destinarse los bienes fideicomitidos; pagar al fiduciario la remuneración pactada en la forma y término previsto en el acto constitutivo.

10. DEL FIDUCIARIO

Es entidad supervisada por la Superintendencia de Bancos que tiene capacidad legal conforme a las Leyes N° 861/96 y N° 921/96, para recibir los bienes objeto del negocio fiduciario y destinarlos al cumplimiento de la finalidad señalada en el acto constitutivo.

De conformidad a lo dispuesto en la ley especial, solamente podrán actuar como fiduciarios los bancos y empresas financieras, sometidas al régimen de la Ley General de Bancos, Financieras y otras Entidades de Crédito, así como las empresas fiduciarias, especialmente autorizadas por el Banco Central del Paraguay, conforme a lo dispuesto en la propia ley, en sus artículos

21 y 22. El fiduciario tiene prohibido constituirse en fideicomitente o fideicomisario.

Las empresas fiduciarias, estarán sometidas al control de la Superintendencia de Bancos, y son consideradas instituciones financieras de servicios auxiliares. A los efectos de obtener la autorización para funcionar, estas empresas deberán cumplir algunos requisitos, tales como: constituirse bajo la forma de Sociedades Anónimas, cuyo objeto exclusivo sea la realización de negocios fiduciarios, en calidad de fiduciarios; disponer de un capital integrado igual, como mínimo, al exigido para la constitución de una empresa financiera; y disponer de una infraestructura técnica, administrativa y humana suficiente para cumplir adecuadamente con la administración y manejo de los bienes fideicomitidos, conforme a las exigencias del Banco Central.

Los bancos y empresas financieras, que quieran actuar como fiduciarios, deberán actuar con sujeción a la reglamentación dictada por el Banco Central del Paraguay, el cual podrá además exigir la integración de capitales adicionales como garantía para la administración y manejo de los bienes fideicomitidos. Sobre este punto el Banco Central del Paraguay en el artículo 6° del Título II “del fideicomitente, fiduciante o constituyente” de la reglamentación de actual vigencia dispone que los bancos, y financieras podrán actuar como fiduciarios en negocios fiduciarios, siempre y cuando cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que la actividad fiduciaria esté prevista en los estatutos sociales de la entidad;
- b) Que conforme a lo dispuesto en los artículos 18 y 42 de la Ley N° 861/96, “General de Bancos, Financieras y otras Entidades de Crédito”, la respectiva entidad cuente con uno o más departamentos especializados y separados claramente diferenciados de los demás departamentos; y

- c) Que los departamentos a través de los cuales se desarrollarán las actividades fiduciarias cuenten con adecuados sistemas y procedimientos de control interno.

Entre las principales facultades y derechos del fiduciario, se mencionan la de celebrar y ejecutar todos los actos y contratos que sean indispensables para el cumplimiento de la finalidad señalada por el fideicomitente en el acto constitutivo; administrar libremente los bienes fideicomitidos, con sujeción al cumplimiento de la finalidad establecida en el acto constitutivo, con excepción de aquellos que el constituyente se hubiese reservado expresamente en el acto; percibir la remuneración pactada, así como las compensaciones estipuladas a su favor, renunciar a su gestión por motivos expresamente señalados en el contrato y en la ley.

En cuanto a las obligaciones del fiduciario, es importante señalar que todas tienen el carácter de obligaciones de medio; en tal virtud, es deber del fiduciario desplegar todo su esfuerzo, conocimiento y diligencia para la consecución de la finalidad señalada en el acto constitutivo. Los negocios fiduciarios no podrán tener por objeto la asunción por parte del fiduciario de obligaciones de resultado; en consecuencia, las pérdidas, si las hubiere, afectarán al fideicomitente o al fideicomisario, siempre que las mismas no se deban a la negligencia o imprudencia en la administración de los bienes fideicomitidos.

Además de lo previsto en el acto constitutivo, el fiduciario tiene las siguientes obligaciones: realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad señalada en el acto de constitución; invertir o colocar los bienes fideicomitidos en la forma y con los requisitos previstos en el acto constitutivo, y velar por la adecuada seguridad y liquidez de las inversiones; mantener los bienes fideicomitidos y, en general los activos derivados de la ejecución del negocio fiduciario; separados de los suyos y de otros negocios fiduciarios, llevar una contabilidad separada que permita conocer la situación financiera y los resultados de cada negocio fiduciario en particular; ejercer los derechos y acciones legales necesarios para la protección y defensa

de los bienes fideicomitados, oponiéndose a toda medida preventiva y de ejecución tomada contra estos bienes por obligaciones que no les afecten; restituir los bienes, ya sea al fideicomitente o al beneficiario en su caso, al finalizar el negocio fiduciario; pedir instrucciones ya sea al fideicomitente o a la Superintendencia de Bancos, cuando tenga fundadas dudas acerca de la naturaleza y alcance de sus obligaciones, remitir informes trimestrales al fideicomitente y al beneficiario, acerca de los resultados de su gestión; rendir cuenta a las otras partes, una vez concluido el negocio; suministrar a la autoridad administrativa, la información que le sea requerida.

La Resolución N° 2 del 24 de octubre de 1997 del Banco Central del Paraguay, reglamenta los numerales 13 y 14 del artículo 25 Obligaciones y deberes indelegables del fiduciarios; en los siguientes términos, respectivamente: “13)...deberán quedar claramente establecidos cuales son los parámetros, la forma y la periodicidad a la que se sujetará la rendición de informes acerca de la gestión encomendada al fiduciario”. Seguidamente, sigue diciendo: “14)...deberán quedar claramente establecidos cuales son los parámetros y la forma a la que se sujetará la rendición de cuentas comprobadas la gestión fiduciaria”.

En los casos que se hayan designado varios fiduciarios para ejecutar el fideicomiso en forma sucesiva, el fiduciario saliente deberá rendir cuenta detallada de su gestión, entregado las documentaciones respaldatorias al fiduciario entrante; si éste o el fideicomitente no aprobaran su rendición, seguirá en el ejercicio de sus funciones hasta la resolución de la contienda.

11. PROHIBICIONES PARA EL FIDUCIARIO

La ley establece una serie de prohibiciones al fiduciario, entre las que podemos mencionar la prohibición de celebrar operaciones consigo mismo o para su provecho, de los miembros de su directorio, gerentes o en general las personas que tengan facultades de representación legal; conceder créditos a cualquier título con los bienes fideicomitados, dar en prenda, otorgar avales o

establecer cualquier otro gravamen que afecte a los bienes fideicomitidos, delegar de cualquier manera en terceros el cumplimiento de la gestión encomendada, salvo que por la naturaleza de dicha gestión resulte indispensable hacerlo en personas especializadas en determinadas materias.

12. DERECHO A RENUNCIAR

El fiduciario podrá renunciar, con autorización del Superintendente de Bancos, por las razones previstas en el acto constitutivo, y a falta de previsión contractual, por las causas justificadas previstas en la ley, entre las que mencionamos, que el beneficiario no pueda o se niegue a recibir las prestaciones establecidas a su favor de acuerdo con el acto constitutivo del negocio fiduciario; que los bienes fideicomitidos no rindan productos suficientes para cubrir las compensaciones estipuladas a su favor, y que el fideicomitente, sus causahabientes o el beneficiario en su caso, se nieguen a pagar dichas compensaciones.

13. REMOCIÓN

El fiduciario, a su vez, puede ser removido a solicitud del fideicomitente o del beneficiario y por causa justificada, a criterio y por el Superintendente de Bancos. También puede ser removido por el Juez competente, que es el Juez en lo Civil y Comercial del domicilio del fiduciario, por las causales establecidas en la ley, a saber: a) incapacidad o inhabilidad; b) cuando tenga intereses incompatibles con los del fideicomitente o el beneficiario; c) cuando existan dudas fundadas sobre el buen resultado de su gestión, por habersele comprobado dolo o grave negligencia en el cumplimiento de sus funciones como fiduciario; y, d) cuando se rehuse a verificar el inventario de los bienes fideicomitidos, o a tomar las medidas.

Conforme lo dispone la reglamentación del Banco Central del Paraguay, Resolución N° 2 del 24 de octubre de 1997 y considerando que los sujetos de la presente reglamentación lo constituyen únicamente los bancos, las financieras y las filiales

debidamente constituidos. El Título I "Normas Generales aplicables a los Negocios Fiduciarios", Art. 2 De los Contratos, numeral 2.2., que establece las estipulaciones básicas que deberán contener los contratos sobre operaciones fiduciarios. En el apartado 2.2.9 Renuncia del Fiduciario. Se dispone: "En el contrato deberán enunciarse las causales que facultan al fiduciario a solicitar a la Superintendencia de Bancos autorización para renunciar o excusarse del cumplimiento de la gestión encomendada a los efectos, deberá tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley N° 921/96.

14. EL BENEFICIARIO O FIDEICOMISARIO

Es la persona física o jurídica en cuyo favor el fiduciario debe cumplir el encargo recibido. Pueden ser beneficiarios o fideicomisarios las personas físicas o jurídicas que tengan capacidad de goce para recibir las prestaciones económicas o beneficios que el fideicomiso implica, es decir, se requiere capacidad de derecho.

La calidad de fideicomisario o beneficiario puede recaer en el propio fideicomitente, o en un tercero, pudiendo en este caso revocarse el mismo, mientras no medie su aceptación.

Además de las facultades y derechos que le atribuye el acto constitutivo, el fideicomisario tiene las siguientes: Exigir el fiel y oportuno cumplimiento de las estipulaciones establecidas a su favor; impugnar los actos anulables efectuados por el fiduciario; solicitar la remoción del fiduciario por causa justificada, ante el Superintendente de Bancos; exigir al fiduciario realizar un inventario de los bienes fideicomitidos.

La ley no establece obligaciones para el fideicomisario.

15. ASPECTOS GENERALES Y ESPECIALES

De acuerdo a la ley, pueden ser objeto del negocio fiduciario toda clase de bienes o derechos, cuya entrega no esté

prohibida por la ley. La reglamentación exige que la entrega de los bienes fideicomitidos precise, si los mismos son entregados a título de fideicomiso o a título de encargo fiduciario, dejando constancia de su tradición o entrega, siempre y cuando se trate de bancos, financieras y sus sociedades filiales debidamente constituidas.

16. FORMA DE CONSTITUCIÓN

En cuanto a la forma de constitución o celebración, el negocio fiduciario podrá constituirse o celebrarse por acto entre vivos o por actos de última voluntad, testamento, de conformidad a las disposiciones establecidas en el Código Civil.

Para la celebración del negocio fiduciario, deberá tenerse presente la naturaleza de los bienes fideicomitidos, debiendo observar las siguientes reglas:

-Si se tratare de un encargo fiduciario, su celebración no estará sujeta a formalidad alguna, pero debe efectuarse la entrega material del bien fideicomitado, y dejarse constancia escrita de dicha entrega;

-Cuando se trate de fideicomiso, atendiendo la naturaleza de los bienes tenemos que:

- si trata de bienes muebles no registrables, el contrato se perfecciona con el consentimiento de las partes, que conste en contrato escrito, efectuándose la tradición de los bienes con la entrega material de los bienes;
- Si los bienes fideicomitidos fuesen muebles registrables, el contrato deberá constar en escritura pública, la cual deberá inscribirse en el registro, donde deban inscribirse los muebles, objeto del negocio fiduciario;
- Cuando el fideicomiso incluyere entre los bienes fideicomitidos, propiedades inmuebles, el negocio fiduciario no quedará perfeccionado, hasta tanto no se haya otorgado la correspondiente escritura pública y se haya efectuado la inscripción del título en la oficina respectiva.

Cabe señalar que el negocio fiduciario solo producirá efectos con relación a terceros desde el momento en que se cumplan los requisitos establecidos por la ley, de acuerdo a la naturaleza de los bienes fideicomitidos.

17. SEPARACIÓN DEL PATRIMONIO Y SU REGLAMENTACIÓN

La ley establece que los bienes que sean objeto del fideicomiso, no forman parte del patrimonio del fiduciario, sino que conforman un patrimonio separado, autónomo, y en consecuencia no integra la prenda común de los acreedores del fiduciario, ni de la masa de bienes de la liquidación del mismo. Dichos bienes garantizarán solamente las obligaciones contraídas por el fiduciario para el cumplimiento de la finalidad señalada por el fideicomitente en el acto constitutivo. Es obligación del fiduciario expresar su calidad de tal en el desarrollo de la gestión que se le encomendara.

Estos bienes no podrán ser perseguidos judicialmente por los acreedores del fideicomitente; sin embargo, estos acreedores podrán impugnar la constitución del fideicomiso, cuando se considere que el mismo se ha efectuado en fraude de los acreedores del fideicomitente.

Cabe señalar que este efecto de patrimonio autónomo de los bienes fideicomitidos, sólo se da en el fideicomiso, no así en el encargo fiduciario, en razón de que estos últimos no conllevan la transmisión patrimonial de los bienes. A estos encargos fiduciarios, se les aplican las normas previstas para el fideicomiso, y subsidiariamente las reglas del mandato.

La ley, reforzando aún más este carácter de patrimonio autónomo, dispuso la aplicación de normas contables y fiscales especiales para las entidades que realicen negocios fiduciarios. Estas normas se hallan en los Capítulos VI y VII de la ley.

El artículo 4° de la Resolución N° 2, dictada por el Banco Central del Paraguay dispone: "La celebración de los negocios fiduciarios por parte de los bancos y las financieras, actuando en calidad de fideicomitentes, producen los siguientes efectos:

Tratándose de contratos de fideicomiso, una vez perfeccionados y constituido el correspondiente patrimonio autónomo, se reducen los saldos de las diferentes cuentas del activo de la entidad fideicomitente en las que se encuentren registrados los bienes fideicomitados, para contabilizarlos en el activo bajo el rubro "Derechos en Fideicomisos" en la cuenta o cuentas que para el efecto determine la Superintendencia de Bancos.

A partir del momento del traslado al rubro "Derechos en Fideicomisos", las obligaciones legales que desde el punto de vista contable y financiero afecten a los bienes fideicomitados, se radicarán en cabeza del respectivo patrimonio autónomo.

La entidad fideicomitente actualizará el saldo de los "Derechos en Fideicomisos" teniendo en cuenta los valores que, con la periodicidad señalada en el contrato fiduciario, le reporte la entidad fiduciaria como vocera y titular jurídico del patrimonio autónomo.

Cuando el valor en libro de los bienes fideicomitados sea inferior al valor por el cual se transfieren al patrimonio autónomo, la diferencia constituirá un ingreso diferido que se aplicará al estado de resultados de la entidad fideicomitente siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que la transferencia de los bienes fideicomitados al patrimonio autónomo constituyen una operación de intercambio en firme y definitivo de un activo por otro.
- b) Que se transfieran al patrimonio autónomo todos los riesgos y beneficios esencialmente identificados con la propiedad y la posesión de los bienes fideicomitados y

no se restrinja su uso o aprovechamiento... Cuando el valor en libros de los bienes fideicomitidos sea superior por el cual se transfieren al patrimonio autónomo, la diferencia se contabilizará como una pérdida en la cuenta o cuentas que para el efecto señale la Superintendencia de Bancos.

Tratándose de encargos fiduciarios, los bienes fideicomitidos continuarán contabilizándose en las cuentas del activo a que pertenecen, debiéndose revelar la celebración de los mismos mediante una nota a los estados financieros.

18. INSCRIPCIÓN

La Ley de Negocio Fiduciario establece en el artículo 2º: Bienes objeto del negocio fiduciario. Pueden ser objeto del negocio fiduciario toda clase de bienes o derecho cuya entrega no esté, prohibida por la Ley.

Respecto de la inscripción de los bienes registrables sometidos al fideicomiso el artículo 5º de la mencionada ley prescribe: "De la inscripción. La inscripción a que se refiere el artículo anterior se efectuará de acuerdo con lo que sobre el particular y en lo pertinente establezcan las disposiciones generales de registro. A los efectos de tal inscripción, las respectivas oficinas de registro especificarán que el modo de adquisición del derecho de dominio corresponde a un negocio fiduciario traslativo".

Igualmente referido a los gastos y honorarios que surjan como consecuencia de los actos traslativos de dominios de los bienes fideicomitidos el artículo 6º establece: "Base para la liquidación de los costos y gastos que originen la celebración y ejecución del negocio fiduciario. En los negocios fiduciarios traslativos de dominio que consten en escritura pública los derechos de escribanía se liquidarán con base en el valor de la comisión o remuneración que percibirá el fiduciario por su gestión. Esta misma regla se aplicará respecto de aquellos actos y contratos que deba celebrar el fiduciario para el cumplimiento de la finalidad

señalada en el acto constitutivo o cuando aquél deba restituir los bienes fideicomitidos al fideicomitente, a sus herederos o al beneficiario, según el caso, una vez terminado el negocio fiduciario por cualquier causa”.

19. RÉGIMEN CONTABLE

El Capítulo VI “Normas contables básicas aplicables a los negocios fiduciarios”, de la Ley N° 921/96 regula la administración de los bienes fideicomitidos en los siguientes términos:

Art. 34. Separación económica y contable de los bienes fideicomitidos. Por ninguna circunstancia los bienes fideicomitidos, ni aún el efectivo, podrán mezclarse o confundirse con los propios del fiduciario ni con los que correspondan a otros negocios fiduciarios. El fiduciario no podrá registrar contable ni financieramente como propios los bienes que haya recibido en virtud de un negocio fiduciario.

Art. 35. Estados financieros básicos. Con el fin de presentar razonablemente la situación financiera y el resultado de las operaciones realizadas para el cumplimiento de la finalidad, por cada negocio fiduciario, celebrado el fiduciario deberá elaborar los siguientes estados financieros básicos:

1. Estado de situación o balance del negocio fiduciario; y
2. Estado de pérdidas y ganancias o cuadro de resultados.

Los estados financieros básicos deberán acompañarse de las respectivas notas contables como parte integrante de los mismos. Las notas deberán ser claras y precisas y su contenido se limitará a revelar la información necesaria para una mejor interpretación de las cifras que aparecen en los estados financieros básicos o que, no teniendo relación directa con ellos, sea indispensable para su adecuada interpretación.

Art. 36. Facultades de la Superintendencia de Bancos. Corresponderá a la Superintendencia de Bancos dictar las reglas generales a que debe sujetarse la contabilidad de los negocios fiduciarios, sin perjuicio de la autonomía reconocida al fiduciario para escoger y utilizar métodos accesorios, siempre que éstos no se opongan, directa o indirectamente, a las reglas generales dictadas por aquélla.

El Capítulo VIII, "Normas complementarias", de la Ley N° 921/96, en el Art. 41. Extinción o terminación del negocio fiduciario, dispone: "Además de las previstas en el acto constitutivo, el negocio fiduciario se extingue o termina por la concurrencia de algunas de las siguientes causales: ...inc. 6) Por disolución y liquidación del fiduciario".

También, el mismo cuerpo legal dispone: Art. 42. Procedimiento para la Liquidación del Negocio Fiduciario. La liquidación del negocio fiduciario se sujetará al siguiente procedimiento:

- 1) El fiduciario elaborará un inventario de los bienes fideicomitidos, que incluirá la relación pormenorizado de los activos y pasivos derivados de la ejecución del negocio fiduciario;
- 2) El fiduciario notificará al fideicomitente y al beneficiario, según el caso, del estado de liquidación en que se encuentra el negocio fiduciario, una vez extinguido o terminado;
- 3) El fiduciario procederá a cobrar los créditos derivados de la ejecución del negocio fiduciario, si los hay, y a realizar las diligencias necesarias para pagar los pasivos que afecten los bienes fideicomitidos. Pagados los pasivos, el remanente de los bienes fideicomitidos, si lo hubiere, se restituirá a la persona a quien corresponda conforme al acto constitutivo o la ley;
- 4) Mientras los pasivos no hayan sido cancelados en su totalidad, el fiduciario no podrá restituir parte alguna de los bienes

fideicomitidos a la persona a quien corresponda conforme al acto constitutivo o la ley. Pero podrá restituirse aquella parte de los bienes fideicomitidos que exceda del doble del pasivo inventariado y no cancelado al momento de hacerse la restitución;

- 5) Verificado el procedimiento a que se refieren los numerales anteriores, el fiduciario inmediatamente citará al fideicomitente y al beneficiario, según el caso, para que aprueben las cuentas finales de la liquidación. Si efectuada la citación no concurre el fideicomitente o el beneficiario o ambos, el fiduciario los citará por segunda vez para dentro de los diez días siguientes y si tampoco concurre cualquiera de éstos, se tendrán por aprobadas las cuentas, las que no podrán ser posteriormente impugnadas; y
- 6) Aprobada la cuenta final de la liquidación, el fiduciario restituirá al fideicomitente o a sus herederos o al beneficiario, según el caso, lo que les corresponda. Para que la restitución surta efectos entre las partes y con relación a terceros, deberán cumplirse los mismos requisitos provistos en esta Ley para la constitución del negocio fiduciario.

20. FALENCIA E INEMBARGABILIDAD

Cabe resaltar, sin embargo, que la Ley N° 861/96 "General de Bancos, Financieras y otras Entidades de crédito" disponen cuanto sigue en el Título V, "Bancos", Capítulo I, Operaciones. Art. 40 "Operaciones. Los bancos estarán facultados a efectuar las siguientes operaciones con sujeción a las reglamentaciones vigentes y a las que pudiera emitir el Banco Central del Paraguay: ... inc. 22) actuar como fiduciarios en contratos de fideicomiso". Y, más adelante en el Título VI, "Otras entidades financieras", Capítulo I, Financieras. "Art. 73 Operaciones. Las financieras estarán facultadas para realizar las siguientes operaciones con sujeción a las reglamentaciones vigentes y a las que pudiera emitir el Banco Central del Paraguay: ... 20) actuar como fiduciarios en contratos de fideicomisos."

Por lo tanto en caso de producirse la liquidación judicial de estos sujetos jurídicos la misma Ley de Bancos establece; Capítulo V, "Liquidación judicial", "Art. 151 Quiebra. La liquidación judicial deberá hacerse por el procedimiento de la Ley de Quiebras, salvo las excepciones expresamente establecidas en la presente Ley". Y seguidamente en el "Art. 152. Casos en que procede y efectos. Sólo el Banco Central del Paraguay, una vez concluida la liquidación extrajudicial, y si a su criterio fuere procedente, pedirá al juez de turno la quiebra de la entidad del sistema financiero afectado, en cuyo caso la cuestión quedará sometida a las prescripciones de la Ley de Quiebras a los efectos de la calificación de la conducta patrimonial y de la rehabilitación del fallido, excepto en lo relativo a la sindicatura que, por excepción, será ejercida con todas las facultades establecidas en la Ley de Quiebras por la Superintendencia de Bancos, a través de la persona que ésta designe.

Cabe resaltar que la Ley N° 861/96 legisla cuanto sigue en el "Art. 129. Inembargabilidad de los bienes. El dinero y los bienes de una entidad del Sistema Financiero declarada en disolución y liquidación no serán susceptibles de embargo, ni de otra medida cautelar.

Los embargos decretados en fecha previa a la respectiva resolución serán levantados por el solo mérito de ésta. A tal efecto, la Superintendencia de Bancos quedará legitimada para solicitar al juez que decretó la medida cautelar el levantamiento de la misma". Más adelante el mismo cuerpo legal dispone: "El liquidador, de oficio o a petición de parte, excluirá de la masa los bienes que no pertenezcan a la entidad en liquidación y procederá a devolverlos a sus dueños, previa comprobación de su derecho de propiedad u otro que les dé título para ello.

En el caso de que una reclamación no fuese considerada fundada por el liquidador, el interesado puede recurrir en apelación ante la Superintendencia de Bancos, dentro de los quince días siguientes.

La Superintendencia de Bancos resolverá el recurso en un término no mayor de un mes, oyendo al reclamante, si así fuese solicitado por éste" (art. 132. Bienes no pertenecientes a la entidad).

21. NATURALEZA JURÍDICA

En la actualidad, constituye un contrato bancario típico, por el cual el banco brinda al cliente una serie de servicios como el de administración, inversión o gestión.

Se puede afirmar que en el fideicomiso existen dos actos jurídicos: uno es el aparente, ostensible y evidente y el otro es el acto subyacente. En efecto, cuando en el fideicomiso aparece una transferencia de bienes, sean muebles o inmuebles, del constituyente a favor del fiduciario, éste es un acto aparente u ostensible; sin embargo, el deber de realizar algo a favor del tercero, en la actualidad debe figurar en el acto constitutivo con el fin de evitar finalidades ocultas contrarias a las leyes.

El fideicomiso es actualmente un contrato típicamente bancario, consensual, bilateral, de ejecución sucesiva, oneroso y formal no solemne.

22. FIDEICOMISOS PROHIBIDOS

Como principio general podemos señalar que están prohibidos los fideicomisos secretos, constituidos para defraudar a acreedores o a terceros; aquellos en que el beneficiario sea el propio fiduciario o que estén destinados a burlar la ley. En síntesis, cuando por ese medio se busca una finalidad ilícita.

La propia ley, al definir el negocio fiduciario, establece que por ningún motivo podrá servir de instrumento para realizar actos o contratos que no pueda celebrar directamente el fideicomitente de acuerdo con la ley.

De acuerdo a la Resolución N° 2 del Banco Central, se prohíbe también que los contratos contengan cláusulas que desnaturalicen el negocio fiduciario, desvíen su objeto original o se traduzcan en un menoscabo ilícito de algún derecho ajeno. Así mismo, no se podrán afectar contractualmente los intereses del fideicomitente más allá de lo que es normalmente previsible, como también no se podrá exonerar al fiduciario de la responsabilidad en el cumplimiento de la gestión encomendada; tampoco está permitido facultar al fiduciario a modificar unilateralmente las cláusulas del contrato. Igualmente, no podrá delegar en otras personas el cumplimiento de la gestión que se le ha encomendado, salvo que, por razones de especialidad, se requiera un concurso profesional de terceros. El fideicomitente no tendrá facultad de revocar el negocio fiduciario; ni podrá adquirir definitivamente y por causa del negocio fiduciario, la propiedad de la totalidad o parte de los bienes fideicomitidos.

23. CAUSAS DE NULIDAD Y ANULABILIDAD

De acuerdo al establecido en la Ley N° 921/96, los negocios fiduciarios serán nulos en los siguientes casos: a) cuando en un mismo negocio fiduciario se reúna la calidad de fideicomitente y de fiduciario o de fiduciario y beneficiario; b) cuando contraríen una norma en cuya observancia estén interesados el orden público o las buenas costumbres; c) cuando recaigan sobre bienes o derechos cuya entrega esté prohibida por la ley; y d) cuando el fideicomitente sea persona incapaz.

Asimismo, serán anulables los negocios fiduciarios: a) cuando el beneficio se concede a diversas personas sucesivamente que deban sustituirse por muerte de la anterior, excepto que se trate a favor de personas que están vivas o concebidas a la muerte del fideicomitente; b) cuando la duración del fideicomiso supera los treinta años, excepto los celebrados a favor de incapaces o de entidades de beneficencia o de utilidad común.

24. EXTINCIÓN O TERMINACIÓN DEL NEGOCIO FIDUCIARIO

La terminación o extinción del negocio fiduciario debe estar prevista en el acto constitutivo; además, la ley establece como causas de terminación del negocio fiduciario, entre otras, el haberse cumplido plenamente su finalidad; por la imposibilidad de cumplir la finalidad señalada en el acto constitutivo; por expiración del plazo; por el cumplimiento de la condición resolutoria; por la disolución y liquidación del fiduciario, por remoción del fiduciario, por acuerdo entre el fideicomitente y el fiduciario. Ocurrida cualquiera de las causales de extinción o terminación del negocio, el fiduciario únicamente podrá realizar los actos necesarios para su inmediata liquidación.

Finalmente, la ley establece el procedimiento para la liquidación del negocio, que estará a cargo básicamente del fiduciario, quien elaborará un inventario de los bienes que integran el negocio fiduciario; el fiduciario notificará al fideicomitente y al beneficiario, el estado de la liquidación en que se encuentra el negocio del fiduciario, y oportunamente los convocará para que aprueben las cuentas finales de la liquidación. Si efectuada la citación, no concurrieren el fideicomitente o el beneficiario o ambos, el fiduciario los citará por segunda vez para dentro de los diez días siguientes, y si tampoco concurre, cualquiera de ellos, se tendrán por aprobadas las cuentas, las que no podrán ser impugnadas posteriormente.

En el acto constitutivo, podrá estipularse que los litigios que surjan entre las partes sean sometidos a la consideración de árbitros, determinándose en el mismo acto las normas sustantivas y adjetivas a que se someterá la solución arbitral, y en su defecto se aplicarán las normas que en materia arbitral establece la ley.

Los litigios derivados de la celebración del negocio fiduciario serán de competencia del Juez en lo Civil y Comercial del domicilio del fiduciario.

2.4.1. El uso de la tecnología en el aula de matemáticas

El uso de la tecnología en el aula de matemáticas ha sido objeto de numerosos estudios que han demostrado su efectividad en la mejora del aprendizaje de los estudiantes. En este sentido, el uso de la tecnología en el aula de matemáticas puede ser considerado como una herramienta que permite al docente mejorar su práctica docente y al estudiante mejorar su aprendizaje. En este sentido, el uso de la tecnología en el aula de matemáticas puede ser considerado como una herramienta que permite al docente mejorar su práctica docente y al estudiante mejorar su aprendizaje.

El uso de la tecnología en el aula de matemáticas puede ser considerado como una herramienta que permite al docente mejorar su práctica docente y al estudiante mejorar su aprendizaje. En este sentido, el uso de la tecnología en el aula de matemáticas puede ser considerado como una herramienta que permite al docente mejorar su práctica docente y al estudiante mejorar su aprendizaje. En este sentido, el uso de la tecnología en el aula de matemáticas puede ser considerado como una herramienta que permite al docente mejorar su práctica docente y al estudiante mejorar su aprendizaje.

El uso de la tecnología en el aula de matemáticas puede ser considerado como una herramienta que permite al docente mejorar su práctica docente y al estudiante mejorar su aprendizaje. En este sentido, el uso de la tecnología en el aula de matemáticas puede ser considerado como una herramienta que permite al docente mejorar su práctica docente y al estudiante mejorar su aprendizaje.

El uso de la tecnología en el aula de matemáticas puede ser considerado como una herramienta que permite al docente mejorar su práctica docente y al estudiante mejorar su aprendizaje. En este sentido, el uso de la tecnología en el aula de matemáticas puede ser considerado como una herramienta que permite al docente mejorar su práctica docente y al estudiante mejorar su aprendizaje.

“EL PRINCIPIO DE AGOTAMIENTO
DEL DERECHO DE MARCA”

THE UNIVERSITY OF CHICAGO
LIBRARY

EL PRINCIPIO DE AGOTAMIENTO DEL DERECHO DE MARCA

Marcial Cantero Silva*

INTRODUCCIÓN

La unificación de las ramas del derecho civil y comercial en materia de obligaciones y contratos, constituye una característica de nuestro vigente Código Civil. Tal unificación hace necesaria la consideración de materias específicas del derecho comercial, dentro del ámbito del derecho privado, como es el caso a ser desarrollado en esta primera aproximación hacia una de las instituciones novedosas del ámbito del derecho marcario, denominado *Principio de Agotamiento del Derecho de Marca*.

Sean las primeras expresiones, para congratular a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia por decidir la realización de estas *Segundas Jornadas Conmemorativas del Código Civil*, en esta ciudad de Encarnación. La creciente necesidad de descentralización del quehacer público, recibe un vigoroso impulso con actos de esta naturaleza, por lo que, no puede menos que recibir el beneplácito y decidido apoyo y acompañamiento de toda la comunidad jurídica de esta región del país. La Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica "Nuestra Señora de la Asunción" Sede Regional Itapúa, se suma sin retaceos a este

* Abogado por la Universidad Católica "Nuestra Señora de la Asunción". Postgrado de Especialización en Derecho Mercantil en la Universidad de Salamanca, España. Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica "Nuestra Señora de la Asunción" Sede Regional Itapúa. Catedrático de "Derecho Comercial" en la referida Facultad.

esfuerzo en la línea de su permanente compromiso con el fortalecimiento de actividades académicas de esta importancia.

I. AGOTAMIENTO Y COMERCIO PARALELO

Lo que en la actual doctrina comercial se conoce como el principio del agotamiento del derecho de marca es un límite del derecho de exclusión (*ius prohibendi*) que el registro de la marca confiere a su titular, lo que hace que el titular de una marca, o un licenciatario suyo, no pueden obstaculizar la comercialización, en principio protegida por el derecho de exclusiva, si ellos o cualquier tercero con su consentimiento, introducen en el mercado, mercaderías distinguidas con dicha marca. Es el límite que indica el fin del derecho de exclusión comercial del titular de la marca y correlativamente el principio de la libertad de comercio de los terceros en relación con los productos que llevan la marca auténtica. El principio del agotamiento significa que el derecho de exclusión comercial del titular de la marca termina en el momento en que introduce o consiente introducir en el comercio los productos identificados con la marca. Con esa primera comercialización, el derecho de marca queda agotado, de modo que los productos de marca así introducidos en el comercio podrán ya ser objeto posteriormente de sucesivos actos de comercialización en régimen de libertad de comercio. Agotado con el primer acto de comercialización, el titular de la marca carece ya del derecho de exclusión para prohibir, o restringir, a los terceros los ulteriores actos de comercialización de los productos distinguidos con la marca auténtica de la que se trata.

Los posteriores actos de comercialización de los productos de la marca auténtica cuando son realizados por terceros sin el consentimiento del titular de la marca se denominan ventas "paralelas" o distribución "paralela", pues son realizadas por revendedores, por comerciantes no expresamente autorizados por el titular de la marca ni, por tanto, integrados en la llamada red "oficial" de distribución establecida y mantenida bajo el control del titular de la marca, por lo que los revendedores son también llamados revendedores o distribuidores paralelos por realizar una

distribución paralela a la de la "red oficial" controlada por el titular de la marca.

Estas ventas paralelas pueden ser precedidas de importaciones paralelas, cuando los productos de la marca auténtica han sido comercializados anteriormente por el titular de la marca o con su consentimiento en un país exportador donde han sido adquiridos por un importador paralelo y luego introducidos en el país importador, en el que está protegida la marca. Suele emplearse la designación peyorativa de "mercado gris" a esta modalidad, así como "grises" a las ventas e importaciones del estilo.

1. LAS IMPORTACIONES PARALELAS. SU TRASCENDENCIA E INFLUENCIA ECONÓMICA

A los efectos de tener una mejor comprensión del impacto que en el desenvolvimiento comercial es desencadenado por la admisión o no del agotamiento internacional; así como realizar un balance de los intereses en conflicto, interesa analizar la trascendencia económica que tiene esta cuestión, análisis que seguidamente se expone.

En el siglo pasado el problema de las importaciones paralelas de productos de marca sólo había surgido ocasionalmente. Pero resurge con mayor frecuencia y generalidad después de la Segunda Guerra Mundial. Ello es debido a la expansión del comercio internacional, a la misma internacionalización de los mercados, el surgimiento y desarrollo de las compañías multinacionales, y a la difusión de las redes de producción y distribución bajo acuerdos de licencia y distribución exclusiva con restricciones territoriales de reparto de mercados.

No menor influencia ha tenido también la revolución tecnológica experimentada en esta segunda mitad del siglo, que ha inundado los mercados de nuevos y diversos productos. Para promover su venta, han surgido nuevas marcas y se han

multiplicado la creación de filiales, y de acuerdos de licencia y de distribución.

Un dato significativo: Desde 1893 hasta 1902 (lapso de 8 años) en España se habían practicado 3.195 registros internacionales de marcas, mientras que sólo en 1990 la cifra total de registros internacionales (incluidas las renovaciones) era de 652.875, de los cuales 280.000 estaban en vigor a finales de 1991.

El mayor crecimiento de las importaciones paralelas se ha producido en la década de los años 80. Por ejemplo, se estima que en el año 1987 el volumen de negocios del mercado paralelo en Estados Unidos era de 10 billones de dólares anuales.

Las importaciones paralelas generalmente sólo tienen lugar cuando el precio en el mercado de exportación es mucho más bajo que en el mercado de importación, de modo que tal diferencia de precios permite al importador compensar los costos de importación (precios de compra, de transporte, impuestos, aranceles) y ofrecer los productos importados a precios inferiores a los practicados por la red "oficial" de distribución instaurada por el titular de la marca. Es la diferencia de precios, pues, la generadora del mercado paralelo de productos de marca. Ello es la consecuencia natural del sistema de libre competencia y de libre empresa. En efecto, la nota distintiva de un mercado abierto y competitivo es que un incremento significativo del precio de un producto tiene como respuesta natural la entrada en ese mercado de nuevas empresas, si no hay barreras de entrada que cierren el mercado.

La entrada de importadores paralelos repercute en la competencia intra-marca, pero puede tener efectos también en la competencia inter-marcas.

Debe tenerse muy presente que las importaciones paralelas realizadas por terceros no autorizados ni controlados por la "red oficial", torna difícil, si no imposible, el control y manejo de los mercados territoriales; y desde esa perspectiva incomodan al titular

de la marca y a su red de distribución oficial, tanto o más que la competencia inter-marcas.

La entrada de importadores paralelos supone la aparición de una competencia directa para la red "oficial" de distribución del titular de la marca, desatando una competencia intra-marca fuera del control del titular. Esta competencia directa intra-marca de los importadores paralelos, no sometidos al control del titular de la marca, si no es meramente ocasional, sino duradera, pone en peligro la efectividad del control ejercido por el titular de la marca sobre la red "oficial" de distribución de su producto.

La entrada del importador paralelo implica "*per se*" un incremento de la oferta del producto y una competencia de precios con los vendedores integrados en la red "oficial" de distribución; pero puede también generar una competencia de precios entre los vendedores de la misma red "oficial", lo que indudablemente repercutirá en beneficio de los consumidores.

En efecto, tal competencia incontrolada cuestiona las medidas de control del titular sobre su red de distribución, tales como las restricciones competitivas verticales: no podrá garantizar los pactos de venta exclusiva y, a la inversa, difícilmente podrá hacer respetar los pactos de compra exclusiva, dado que sus vendedores podrán abastecerse en la fuente alternativa a precios más ventajosos; no podrá tampoco hacer respetar el mantenimiento de los precios de reventa mínimos con frecuencia impuestos a sus vendedores para eliminar la competencia de precios intra-marca. Distribuidores y licenciatarios con exclusiva se verán perturbados por la penetración en sus territorios de importadores y comerciantes paralelos.

Por otro lado, la entrada del importador paralelo puede repercutir en la competencia horizontal: inter-marcas, especialmente en mercados de estructura oligopolista, en los que los fabricantes de productos de marcas en competencia entre sí son pocos, se conocen y son conscientes cada uno de que sus decisiones de precios y cantidades ofertadas afectan a los demás;

por lo que mantienen acuerdos expresos o tácitos mediante los que controlan el mercado y logran beneficios monopolistas. La coordinación de los oligopolistas para lograr beneficios monopolistas es tanto más fácil, cuantos menos sean. Tal coordinación es facilitada asimismo si cada oligopolista ha adoptado un sistema de mantenimiento de precios de reventa mínimos al por mayor y al por menor, pues facilita a los rivales la "informal" información, comparación y seguimiento de los precios.

Esta coordinación explícita o implícita entre los oligopolistas en materia de precios puede ser minada por la entrada incontrolada de importadores paralelos y desatar la llamada "guerra de precios", terminando con el pacífico "*statu quo*" del monopolio hasta entonces compartido. La coordinación de los oligopolistas les permitía eliminar toda competencia "molesta" entre ellos y gozar del poder de mercado y de los beneficios del monopolista.

De lo expuesto resulta que la competencia del importador paralelo, como todo acto de competencia, es molesta para la red "oficial" de distribución del titular de la marca; puede serlo también en su caso para los oligopolistas. Pero es beneficiosa para el sistema competitivo de libre empresa, con los beneficios inherentes a la competencia: eficiencia de la asignación de recursos, incremento de la oferta, menores precios y menor inflación, y mejor satisfacción de la demanda de los consumidores.

Por aplicación del principio de agotamiento del derecho de marca, las importaciones paralelas son libres, y como efecto se evita que las compañías multinacionales principalmente y, en general, que las empresas titulares de marcas paralelas puedan mantener políticas comerciales de discriminación de precios en los diferentes mercados nacionales, actuando como un mecanismo de mercado reductor de las excesivas diferencias de precios.

En un reciente caso deducido ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Primer Turno de Encarnación, caratulado: "Año 1.999, N° 400, Folio 331, *Jacto Sociedad Anónima s/ Medidas de Protección Marcaria*" en donde

la propietaria de la marca "Jacto", a los efectos de impedir la importación paralela que comentamos, solicitaba al Juzgado "la comunicación judicial a la Aduana de la Capital y a las distintas administraciones aduaneras de la frontera, la autorización exclusiva de las Empresas Paraguayas (licenciatarias) a quienes han sido extendidas para la apertura del comercio nacional, quienes se desempeñan como únicos y exclusivos autorizados a importar de origen los productos de la marca de que se trata, con exclusión de cualquier otra persona física o jurídica". Al resolver esta cuestión el Juzgado aplicando el principio de agotamiento del derecho de marca y citando al autor español Tomás de las Heras Lorenzo, argumentaba: "Si la ley nacional del país importador reconociese al titular de la marca la facultad de prohibir las importaciones paralelas de sus productos comercializados con la marca por él mismo o con su consentimiento en el país exportador, ello significaría reconocer al titular un verdadero monopolio de importación de sus propios productos con la facultad de aislar el mercado nacional del país importador, asegurándose a sí mismo o a su licenciataria o distribuidor exclusivo en el país importador una protección territorial absoluta. En este caso, el licenciataria exclusivo o el distribuidor exclusivo gozarían de la llamada exclusiva "cerrada", en cuanto gozarían de una protección territorial absoluta en su territorio, cerrado a la competencia de los terceros, incluso a la competencia de los licenciataria y distribuidores de otros países. El titular de la marca podría así repartirse los mercados nacionales con sus licenciataria y distribuidores exclusivos. El titular de la marca podría imponer este reparto de mercados sin necesidad de recurrir a las también frecuentes prohibiciones contractuales de exportación, simplemente ejercitando la acción de usurpación de marca contra los importadores". Finalmente, en aplicación de la buena doctrina señalada y otras razones, el Juzgado no hizo lugar a la solicitud del titular de la marca registrada.

En atención a lo desarrollado, queda muy claro que el titular de la marca, fundado sólo en su derecho marcario y sin alegar ilicitud alguna, no puede efectuar tal reparto de mercados dentro de su país y menos en el país importador, pues en virtud del

agotamiento del derecho de marca no podría ejercitar el derecho de marca para prohibir las importaciones de sus productos en un Estado, procedentes de otro, donde hubieran sido comercializados por él o con su consentimiento. El problema de las importaciones paralelas de productos auténticos de marca procedentes de un Estado exportador, crea una cuestión propia del Derecho nacional de marcas del Estado importador, que en el caso paraguayo se halla legislativamente resuelta en virtud del artículo 17 de la Ley N° 1.294/88 "De Marcas", que se transcribe más adelante.

Si el Estado importador reconoce el agotamiento internacional del derecho de marca, como es el caso de nuestro país, las importaciones paralelas de los productos comercializados con la marca por el titular de la misma o con su consentimiento en un tercer Estado serán libres y los productos importados serán de libre y lícito comercio por los terceros, sin que el titular pueda prohibirlas en base a su derecho de marca.

Si el Estado importador no reconociera el agotamiento internacional, el titular de la marca protegida en este Estado podría ejercitar su derecho excluyente contra la importación y comercialización paralela de los productos, marcados y comercializados por él mismo o con su consentimiento en el Estado exportador, con los graves perjuicios a los consumidores y la distorsión de los mercados en detrimento de la satisfacción de los intereses de la población, conforme se ha señalado anteriormente. Es por ello que, la doctrina comercial se halla conteste en señalar que la cuestión del agotamiento internacional de los derechos nacionales de marcas no es ya una situación que deba resolverse conforme a la existencia o no de una ley específica que rige esta materia marcaria, es suficiente que el sistema normativo (constitucional o no) contenga disposiciones que reconozcan la vigencia de la libre competencia de mercado. Recordemos, que nuestra anterior Ley de Marcas, la N° 751/79, no contenía disposición expresa que regulaba la aplicación del principio del agotamiento; sin embargo, en aplicación de esta doctrina dominante, los Tribunales nacionales (con algunas excepciones) venían respetando la vigencia del principio y

aplicándolo. Así tenemos que en la "Revista Jurídica Paraguaya La Ley, Año 1.988, Pág. 846" al comentar favorablemente un fallo de la Corte Suprema en "Nota de la Redacción" expresaba: "*Se trata de una sentencia trascendente que debe ser difundida porque clarifica y resuelve una cuestión que ha sido objeto de abusos frecuentes en perjuicio de terceros*" y agregaba párrafos adelante "*El comerciante local que importa legalmente mercaderías extranjeras cuya distribución exclusiva tiene otra persona en la República está amparado por la Ley (art. 717 del C. C. y por la C. N. art. 97) y no puede ser molestado ni afectado su derecho de negociar la mercadería dentro del país*". En el mismo sentido, en la misma revista del Año 1.990, Pág. 650, en otra "Nota de la Redacción" se expresaba: "*El fallo de primera instancia que no hace lugar al pedido de prohibición, por vía de una medida cautelar, de la introducción al país de productos de una determinada marca sin invocarse falsificación o adulteración, restaura la buena doctrina y contradice medidas cautelares adoptadas por ciertos juzgados en lo que se establecía dicha prohibición erga omnes*". No obstante, hay que decir que algunos órganos jurisdiccionales nacionales, siguieron desconociendo el principio de agotamiento y aún en contra de la buena doctrina establecida por la Corte Suprema en el año 1.988 en el fallo transcrito, se han pronunciado restringiendo o prohibiendo las importaciones paralelas, dictando medidas cautelares, que en la práctica se convertían en verdaderos anticipos de sentencia. Se puede consultar al respecto un fallo publicado en la mencionada "Revista La Ley del año 1.996, Pág. 134" en donde, sin que sea invocado falsificación, adulteración, ni otro ilícito, como fundamento de la medida cautelar que restringía la importación paralela, el Tribunal de Apelación al confirmar la resolución de Primera Instancia expresaba: "*La similitud existente entre la marca registrada y la marca importada, da lugar a la aplicación del artículo 80 de la Ley 751, en concordancia con la disposición del artículo 693 del C. P. C.*". Como se ve, este fallo considera suficiente sólo "*la similitud existente entre la marca registrada y la marca importada*" para aplicar la medida cautelar (embargo) prevista en las normas que se cita.

Debe tenerse en consideración, que en la mayoría de los casos de la petición realizada por los titulares de marcas registradas ante los respectivos Tribunales, estas peticiones se fundan en la vigencia de un contrato de distribución exclusiva vigente entre el titular de la marca registrada y el licenciario generalmente radicado en la República, sin invocar falsificación, adulteración, ni otro ilícito. Surge nítidamente que los hechos así configurados no contrarían derecho marcario alguno y sólo se reduce a un incumplimiento contractual que para los terceros constituye "*res inter alios acta*" acogido por el artículo 717 de nuestro Código Civil.

Con el afán de encontrar principios protegidos por el derecho marcario, en algunos casos se suele traer argumentos tales como: a) El aprovechamiento parasitario, b) Inducción a confusión al público y c) Lesión del interés de los consumidores, lo que en conjunto se conoce como "deslealtad comercial". Sobre estas cuestiones se realizará algunas precisiones:

- a) Sobre el aprovechamiento parasitario, conocido como "*free riding*". Se argumenta que el importador paralelo se aprovecha parasitariamente del esfuerzo e inversiones ajenas: de los titulares de la marca y sus distribuidores autorizados en la creación de la reputación e imagen de la marca. El argumento sólo es convincente aplicado al usurpador, generalmente falsificador de la marca, es decir, a quien comercializa sus propios productos con la marca ajena; pero no a quien como el importador paralelo comercializa los productos de la marca auténtica y ha pagado por ellos el precio pedido por el titular de la marca o por un intermediario suyo. El importador paralelo compra los productos de la marca auténtica puestos en el comercio por su titular (o con su consentimiento) en el mercado exportador, generalmente a menor precio que en el mercado importador en el que los revende, aprovechando la diferencia de precios. No hay parasitismo, pues las ventas del importador paralelo han sido previamente ventas realizadas por el titular de la marca o con su consentimiento que ha

cobrado su precio en la primera venta. El importador paralelo no deja de ser un comerciante, un intermediario más en la cadena de distribución de los productos de marca dados al comercio por su titular. Si el importador y el comerciante paralelos merecieran la tacha de parásitos y de competencia desleal, la tacha mancharía a todos los comerciantes libres (no licenciarios) lo que es inaceptable. Las importaciones paralelas son la respuesta normal que el mercado libre da a un alza de precios en el mercado de importación. Lo patológico sería la falta de esa respuesta, señal de interferencia y manipulación del sistema de precios. El bloqueo de las importaciones paralelas supondría bloquear el libre funcionamiento del sistema de precios, impidiendo a la iniciativa privada responder al alza de los precios permitiendo la entrada de productos desde el mercado de menores precios al de mayores hasta acabar con la diferencia. Sin olvidar que los comerciantes de la "red oficial" no tiene ningún monopolio comercial, por lo que no pueden evitar que los comerciantes libres comercien con los productos de la misma marca al amparo de la libertad de comercio y de competencia imperante en un sistema de economía de mercado abierto y competitivo. Por otro lado, nada impide al comerciante de la "red oficial" abandonarla y si no lo hiciera será por su propia conveniencia.

- b) Sobre el argumento de que inducen a confusión al público. Se dice que el importador paralelo engaña al público consumidor haciéndole creer que disfruta de la garantía del fabricante, lo que no es engaño por ser rigurosamente cierto. Ninguna ley sanciona las importaciones paralelas como causa eximente de la responsabilidad del fabricante. Además la mera negativa de la garantía del fabricante a los clientes del importador paralelo constituye lo que en la doctrina se denomina "practica concertada", en este caso entre licenciante y licenciario, para realizar un "abuso del derecho conferido por el registro de la marca" que consiste en "la negativa de la garantía standard del fabricante de los productos de marca a los clientes de los importadores

paralelos”, que así como otras medidas tales como: “la prohibición de exportar o importar impuesta a los revendedores”, “la negativa o suspensión de suministros” y “la aplicación de precios discriminatorios a los importadores paralelos” son considerados ilícitos por constituir un “abuso o ejercicio indebido del derecho de marca”.

- c) Sobre el argumento de que las importaciones paralelas lesionan el interés de los consumidores, simplemente se puede contestar remitiéndonos a un texto escrito por Adam Smith que dice: “... *el interés del gran conjunto de la población estriba siempre en comprar cuanto necesitan a quien más barato se lo venden. Esta afirmación es tan patente, que parece ridículo tomarse el trabajo de demostrarla, tampoco habría sido puesta jamás en tela de juicio si la retórica interesada de comerciantes y de industriales no hubiese enturbiado el buen sentido de la humanidad. En este punto, el interés de esos comerciantes e industriales se halla en oposición directa con el del gran cuerpo social*”. A esto se podría agregar que el peligro más importante para el consumidor es el monopolio. Su protección más eficaz es la competencia libre a nivel nacional y la libertad de comercio a nivel mundial.

2. EL PRINCIPIO DE AGOTAMIENTO EN NUESTRA LEGISLACIÓN

Acompañando las tendencias actualizadas, la Ley N° 1.294/98 “De Marcas”, en forma novedosa para nuestra legislación, normativiza el Principio de Agotamiento en el artículo 17, al establecer: “*No podrá impedirse la libre circulación de los productos marcados, introducidos legítimamente en el comercio de cualquier país por el titular o con la autorización del mismo, fundándose en el registro de la marca, siempre que dichos productos, así como sus envases o embalajes no hayan sufrido alteraciones, modificaciones o deterioros*”. Esta disposición viene a encuadrarse dentro de la normativa constitucional contenida en el artículo 107 de la Constitución Nacional que dispone: “*Toda persona tiene derecho a dedicarse a la actividad económica lícita*”.

de su preferencia, dentro de un régimen de igualdad de oportunidades. Se garantiza la competencia en el mercado. No serán permitidas la creación de monopolios y el alza o la baja artificiales de precios que traben la libre concurrencia. La usura y el comercio no autorizado de artículos nocivos serán sancionados por la ley penal", como así también con la del artículo 108 que señala: "*Los bienes de producción o fabricación nacional, y los de procedencia extranjera introducidos legalmente, circularán libremente dentro del territorio de la República*".

De la configuración extraída de los preceptos transcriptos, no cabe ninguna duda que el principio de agotamiento del derecho de marca se halla vigente en nuestro ordenamiento positivo. Es decir que, siguiendo la doctrina imperante, la protección legal del derecho de marca no confiere a su titular una exclusiva de comercialización ilimitada, sino estrictamente limitada a la "*introducción legítima en el comercio*", momento a partir del cual el derecho de marca pierde vigencia y aplicación frente a la "*circulación legal*" que es "*libre en el territorio de la República*". La exclusiva de introducción en el comercio, que se realiza una sola vez, es la única reconocida y protegida por la ley a favor del propietario de la marca registrada, mas esto no significa un monopolio sobre todo acto de comercio ulterior que se verifica sobre el producto protegido por esa marca. Desde luego, contradice las reglas de la libertad y la igualdad, que el titular prohíba la comercialización o introducción en el comercio de productos previamente comercializados o introducidos en el comercio por él mismo, por lo que la ley no puede sostener de ninguna forma este propósito.

3. EL AGOTAMIENTO SEGÚN EL ÁMBITO TERRITORIAL

Pueden distinguirse tres tipos de agotamiento del derecho de marca: nacional, supranacional e internacional.

El agotamiento nacional del derecho de marca se produce por la primera comercialización de los productos de marca realizada o consentida por su titular en el mercado nacional. Se

impone en aras de la unidad del mercado nacional y del libre comercio interior.

El agotamiento supranacional es conocido y aplicado en un mercado supranacional, del tipo existente en la Comunidad Europea y es causado cuando esa primera comercialización es realizada en un mercado de cualquiera de los países que lo integran. De tal manera el agotamiento comunitario protege el desenvolvimiento del libre comercio intracomunitario.

El agotamiento internacional se produce cuando esa primera comercialización está localizada en un mercado extranjero, que puede ser el mercado de un Estado exportador no integrado en un mercado supranacional. El agotamiento internacional significa la libertad plena de las importaciones y posteriores ventas paralelas de los productos de la marca auténtica en el Estado importador en que esa marca estuviese registrada, una vez que hubieran sido comercializados por vez primera por el titular de la marca o con su consentimiento en cualquier país, es decir, en el mercado internacional.

Actualmente en el ámbito de la Comunidad Europea están asumidos pacíficamente tanto el agotamiento nacional como el comunitario de los derechos nacionales de marca. La cuestión que en algunos casos suscita alguna controversia es la causada por el agotamiento internacional del derecho de marca.

III. EL AGOTAMIENTO EN LOS DEMÁS DERECHOS DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL. BREVE RESEÑA

Examinada la problemática resuelta por el principio del agotamiento del derecho de marca, debe dejarse en claro que al analizar la esencia de este principio, se llega incuestionablemente a la conclusión a la que ha arribado la doctrina hoy dominante, de que el principio del agotamiento es común a todos los derechos de propiedad industrial. Si bien, el desarrollo del principio de agotamiento en los derechos de la propiedad industrial, excede los límites del título de esta convocatoria, es necesaria una visión

sobre el particular, ya que si este análisis se ciñese únicamente al agotamiento del derecho de marca, se obtendría una visión parcial de la esencia y función del principio del agotamiento, incurriendo en el error de presentarlo como un principio peculiar del Derecho de marcas, lo que no es exacto, pues es un principio común a todos los derechos de propiedad industrial.

A los fines de la clarificación propuesta, debe señalarse que si bien fue la jurisprudencia francesa la que ostenta el mérito del descubrimiento del agotamiento internacional del derecho de marca, fue ciertamente la doctrina alemana, la que tiene el mérito de haber sentado las bases teóricas del principio del agotamiento del derecho de patente, tras superar otras teorías (como la teoría de la licencia tácita) formuladas para explicar la libertad de comercio de los productos protegidos una vez comercializados por el titular del derecho de patente o con su consentimiento.

La comprensión de estas teorías, para cuya superación se formuló precisamente la del agotamiento del derecho, es fundamental y ha de tenerse siempre presente para comprender la esencia y función del principio del agotamiento no sólo del derecho de patente, sino de los demás derechos de propiedad industrial y, por supuesto, del derecho de marca. Si esto se tiene presente, se evitará el error bastante común de mezclar inconscientemente teorías y principios no compatibles, como son la licencia tácita y el agotamiento.

La llamada "Teoría de la licencia tácita" fue formulada inicialmente en Inglaterra por una sentencia de un Tribunal de Apelación el 30 de enero de 1871 en un caso de importaciones paralelas y puede sintetizarse en los siguientes términos: El titular de la patente, al enajenar los productos protegidos, concede al adquirente una licencia tácita para usarlos y revenderlos libremente. Esta teoría fue introducida en Alemania en 1878. Si bien ésta teoría no resolvía plenamente el problema doctrinario, fue a partir de ella que se siguió construyendo y avanzando hasta llegar a la plena consolidación del principio del agotamiento del derecho

de propiedad industrial en general, incluyendo lógicamente como principales al derecho de marca y al derecho de patente.

CONCLUSIÓN

Si se permitiese el ejercicio del "*ius prohibendi*" inherente a la marca, para controlar el proceso ulterior de comercialización de los correspondientes productos, se desnaturalizaría la figura de la marca: ésta dejaría de ser un símbolo indicador del origen empresarial y calidad de los productos y pasaría a convertirse en un mecanismo que garantizaría la efectividad de las prácticas restrictivas de la libre competencia. El titular de la marca carece de un monopolio de distribución y de importación de sus productos de marca. Ese "*ius prohibendi*" se ejercita sólo en casos de comisión de ilícitos como el de usurpación de marca, falsificación u otro que expresa y claramente son precautelados por el principio de agotamiento.

Es de desear, que el principio del agotamiento de los derechos intelectuales, principalmente los de marca y patentes, en cuanto consagrados por nuestra Constitución Nacional, sean interpretados y aplicados de manera uniforme para evitar divergencias y distorsiones en los intercambios comerciales, lo que beneficiará indudablemente a la seguridad del tráfico mercantil de nuestro país y garantizará la vigencia de un sistema de libertad de comercio y de competencia en un mercado abierto, como lo establecen los artículos 107 y 108 de nuestra Constitución Nacional, de los que los principales beneficiarios seremos los consumidores, es decir, el pueblo.

BIBLIOGRAFÍA

- 1) ALONSO SOTO, R.: "La Importancia de la Marca y su Protección", Madrid 1.992.
- 2) ALVAREZ GÓMEZ-PALLETE: "La Libre Circulación de Mercancías: La Unión Aduanera". Madrid (Civitas) 1.986.
- 3) BERCOVITZ, A.: "La Competencia Desleal" Madrid 1.992. "La Regulación Contra la Competencia Desleal en la Ley del 10 de

- enero de 1.991". Boletín Oficial de Cámara e Industria de Madrid. 1.992.
- 4) DE CASTRO: "El Negocio Jurídico". Madrid (Civitas) 1.985.
 - 5) DE LAS HERAS LORENZO, T.: "El Agotamiento del Derecho de Marca". Madrid (Montecorvo) 1.994.
 - 6) DROMI-EKMEKDJIAN-RIVERA: "Derecho Comunitario. Régimen del Mercosur". Buenos Aires. Ediciones Ciudad Argentina. 1.995.
 - 7) FERNÁNDEZ DE LA GANDARA Y CALVO CARAVACA: "Dercho Mercantil Internacional". Madrid (Tecnos) 1.993.
 - 8) GINER PARREÑO, C.: "Distribución y Libre Competencia". Madrid (Montecorvo) 1.994.
 - 9) KEMELMAJER DE CARLUCCI-LÓPEZ CABANA: "Derechos y Garantías en el Siglo XXI". Santa Fe (Rubinzal Culzoni Editores). 1999.
 - 10) LOBATO M.: "El Agotamiento de los Derechos de Propiedad Intelectual e Industrial en la Doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas". 1.991.

“RÉGIMEN JURÍDICO DE LA HIPOTECA
ABIERTA”

REGIÃO JURÍDICA DO OESTE
ALBERTA

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA HIPOTECA ABIERTA

María Mercedes Buongermini*

I. LA HIPOTECA. CONSIDERACIONES GENERALES

1. CONCEPTO

La hipoteca es un derecho real de garantía que asegura el cumplimiento de una obligación, y por el cual uno o más bienes inmuebles, que permanecen en poder del propietario, se encuentran afectados al pago de la deuda¹¹.

La hipoteca, como derecho real de garantía es un derecho real parcial, que tiene por contenido el valor de cambio de la cosa, puesto que está destinada a satisfacer el derecho al valor asegurado de la obligación que garantiza. No es un derecho real de goce, sino de valor¹².

* Miembro del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, de la Capital, Tercera Sala. Encargada de Cátedra de Romano I y II de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica "Nuestra Señora de la Asunción". Asistente y Jefa de Cátedra de Derecho Romano I de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. Titular de Cátedra de Derecho Romano II de la Facultad de Derecho de la Universidad Americana.

¹¹ LAFAILLE, Héctor, *Derechos Reales*, T. III - IV, N° 253, 2ª Ed. Bs. As. 1925; PEÑA GUZMÁN, Luis Alberto, *Derechos Reales*, T. III, N° 1756-1757, Ed. TEA, Bs. As., 1975.

¹² MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, T.IV, § 103, N° 4., Ed. EJE, Bs. As., 1955.

2. CARACTERES

En cuanto a sus caracteres, los más significativos y corrientemente atribuidos a la hipoteca son los siguientes:

- a) Es un derecho real. La atribución de esta característica a la hipoteca ha sido ampliamente discutida en la doctrina. El carácter de real se manifiesta en el *ius persecuendi* o derecho a perseguir el bien hipotecado aún de manos de terceros, el *ius distrahendi* o derecho de provocar la venta forzosa de la cosa hipotecada, el *ius praelationis* o derecho de hacer efectiva la deuda con preferencia a otros acreedores, incluso hipotecarios de un rango inferior. Además existe una relación directa entre el titular del derecho y la cosa, típica de los derechos reales, por contraposición a los derechos personales¹³. Para nuestro derecho se trata efectivamente de un derecho real, puesto que el propio Código Civil lo ha establecido expresamente en su artículo 2356 y la sistemática del Código lo ha ubicado en el título referente a Derechos Reales.
- b) Es un derecho accesorio, pues presupone lógicamente la existencia de un derecho a garantizar. La hipoteca precisa de una obligación principal y sigue su suerte, siguiendo el principio de *accessorium sequitur suum principale*¹⁴.
- c) Es especial, en cuanto se refiere a cosas singulares y, tradicionalmente, al crédito que asegura. Volveremos sobre el punto más adelante.
- d) Es indivisible, lo cual significa que el gravamen se extiende totalmente al bien afectado por ella, así como a cada una de sus porciones; y además la hipoteca garantiza la totalidad de la

¹³ MESSINEO, op. cit., § 103, n° 4 bis; PEÑA GUZMÁN, op. Cit. N° 1759; LAFAILLE, op. Cit. N° 255; SILVESTRE, Norma Olga, Crédito Hipotecario, pág. 36, Ed. Hammurabi, Bs. As. 1989.

¹⁴ MESSINEO, op. Cit. N° 4 bis; PEÑA GUZMÁN, op. Cit. N° 1760; LAFAILLE, op. Cit., N° 256.

deuda contraída y cada parte de la misma, de manera que los pagos parciales no la extinguen parcialmente¹⁵. La indivisibilidad ha sido relativizada en nuestro derecho en virtud del artículo 2364 del Código Civil, que admite la ejecución parcelada del bien, o la reducción de la hipoteca a una fracción del mismo, cuando éste sea susceptible de útil fraccionamiento.

- e) El contenido de la hipoteca consiste en un *patiendo*, no en un *faciendo* para el dador o constituyente de ella¹⁶, vale decir el tercero propietario del bien hipotecado no es deudor, sino sólo responsable y sujeto a la carga que el derecho real importa.

3. CONSIDERACIÓN DE LOS CARACTERES DE LA HIPOTECA EN PARTICULAR

Dos de los caracteres esenciales de la hipoteca tienen relevancia para la comprensión del tema que nos ocupa: la especialidad y la accesoriedad.

3.1. ESPECIALIDAD: hemos dicho que la especialidad se refiere a la cosa objeto de la hipoteca y a la deuda. Tiene pues dos aspectos:

- a) Objetiva: en cuanto a la cosa hipotecada (inmueble). La hipoteca recae sobre uno o más bienes determinados e individualmente considerados, una hipoteca general sobre los bienes de una persona acarrearía una serie de impedimentos jurídicos, así por ejemplo no podría haber pluralidad de acreedores, pues cada uno de ellos tendría derecho de preferencia sobre cada uno de los bienes del patrimonio del deudor, sin dejar bienes desafectados de la garantía¹⁷.
- b) Especialidad en cuanto al crédito: Este requisito se ha intentado definir desde muchos puntos de vista, y no existe

¹⁵ PEÑA GUZMÁN, op. Cit., N° 1762 al 1766.

¹⁶ MESSINEO, op. Cit, § 103 N° 3 y 4 bis, § 14.

¹⁷ MESSINEO, op. Cit, § 105 N°1.

unanimidad de criterios, así, según los distintos autores se puede referir a:

- b.1) Individualización o determinación del crédito al cual la hipoteca garantiza. Aún para aquellos autores que comparten este criterio, no existe conformidad respecto de qué debe entenderse por determinación del crédito. Algunos afirman que se trata de la determinación del objeto de la deuda, otros incluyen también el monto, y por último, la corriente más rigurosa exige la especificación de **todos** los elementos de la deuda, inclusive la causa, entendida esta última como causa-fuente de la obligación. La doctrina francesa tradicional se encuadra, en general en esta conceptualización del requisito de la especialidad, con algunas variantes. Así Mazeaud sostiene que la individualización del crédito alcanza no solo su importe, sino también la causa¹⁸, de igual criterio: Planiol y Ripert, Baudry-Lacantinerie, Colin-Capitant. En su mayoría arguyen que la indeterminación del crédito en cuanto a su monto o a su causa, arruinaría el crédito del deudor, ya que los terceros no sabrían hasta la concurrencia de qué suma sus bienes deberían responder.
- b.2) Para otros debe especificarse sólo el importe de la obligación, vale decir debe consignarse la suma o valor de la deuda, si está indeterminado su valor, habrá que estimarlo, de lo contrario la garantía no podrá ser inscrita. A este criterio se suman Aubry et Rau, Tropong¹⁹. Igualmente Salvat²⁰, Peña Guzmán²¹, Borda²² y Lafaille, quien sostiene que si no se determina el crédito que garantiza no se puede resolver hasta

¹⁸ MAZEAUD, Henri, Lecciones de Derecho Civil, T: III, Vol. I, pág. 355 a 360, Bs. As., 197, MESSINEO, op. Cit. § 105, N° 1.

¹⁹ SILVESTRE, op. Cit, pág.45/46.

²⁰ SALVAT, Tratado de Derecho Civil Argentino Derechos Reales, Actualizado por Argañaraz, T. IV, pág. 118 y sig., Bs. As., 1962

²¹ PEÑA GUZMÁN, op. Cit, N° 1797.

²² BORDA, Tratado de Derechos Reales, T. II, pág. 258, Bs. As.

dónde alcanza la garantía real y ni cuál es el importe que debe recibir el acreedor en virtud de ella²³.

- b.3) Una corriente más actual ha entendido que el principio de especialidad de la hipoteca tiene relación no con el crédito, sino con la garantía misma²⁴. La determinación es pues la fijación de la responsabilidad hipotecaria, afectación hipotecaria o gravamen, vale decir, el límite de afectación que el bien sujeto a hipoteca ha de soportar. La estimación de este monto máximo de responsabilidad forma así parte del derecho real de hipoteca, el crédito garantizado puede coincidir o no con este monto, y el crédito será total o parcialmente cubierto, según el caso²⁵.

El Código de Vélez ha establecido este requisito en los artículos 3109, 3131 y 3132.

NUESTRA OPINIÓN

La especialidad es un carácter o cualidad de la hipoteca, no del crédito. Merced a esta característica se establece un monto máximo de afectación, hasta el cual el bien debe responder.

La razón de esta exigencia se debe a varios factores:

- Proteger a terceros, potenciales acreedores del deudor, así la especialidad tiene por objeto dar a conocer y publicitar la afectación, para fijar inequívocamente el privilegio frente a otros acreedores, y estar al tanto de la solvencia del deudor²⁶.

²³ LAFAILLE, op. Cit., N° 252.

²⁴ HIGHTON, Elena I., Hipoteca: Especialidad en cuanto al crédito, pág. 56/57.

²⁵ SILVESTRE, op. Cit, pág.57 al 60.

²⁶ PEÑA GUZMAN, op. Cit., N° 1797, b); NUTA, Ana Raquel, ROTONDARO, Domingo N., ABELLA, Adriana N., NAVAS, Raúl F., Derecho Hipotecario, pág. 71, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As.

- Proteger al constituyente, a fin de valorar y determinar debidamente la extensión de la garantía que avala su deuda y no perjudicar su crédito con la indeterminación de la afectación y la absorción de su capacidad de endeudarse con una sola operación²⁷.
- Para Salvat la determinación es también necesaria para salvaguardar el principio de que la hipoteca no puede ser constituida para garantizar todas las obligaciones de una persona.

3.2. ACCESORIEDAD

Es un derecho real accesorio a un derecho personal u obligación. La accesoriidad es consecuencia de la finalidad de garantía que la hipoteca asume respecto del crédito. La hipoteca es inseparable de la obligación asegurada, no cabe entonces darle forma jurídica al gravamen real sin vincularlo *ab initio* a un crédito. No puede constituirse en forma independiente de toda deuda²⁸. Esta circunstancia importa los siguientes efectos:

- La hipoteca sólo puede existir en relación con un crédito principal al que le sirve de garantía.
- La hipoteca sigue la suerte de la obligación principal y de la condición jurídica de la misma, por tanto:
 - La cesión o transmisión del crédito principal comprende la de los derechos accesorios, en este caso la hipoteca.
 - La extinción del crédito principal extingue los accesorios (hipoteca)²⁹.
 - La hipoteca no puede corresponder a una persona distinta de la del titular del derecho garantido³⁰.

²⁷ Ibidem, N° 1797 y pág. 71/72.

²⁸ SILVESTRE, op. Cit., pág. 70/71 y 73 y sig.

²⁹ PEÑA GUZMÁN, op. Cit., N° 1760; ROTONDARO, op. Cit. Pág. 72/73.

³⁰ SILVESTRE, op. Cit., pág. 71.

Ahora bien, la inversión de la relación en sus elementos no produce los mismos efectos, ello significa que la extinción o nulidad de la hipoteca no produce la extinción de la obligación principal³¹.

La doctrina más moderna entiende esta accesoriedad en sentido teleológico o finalista, pues su creación y regulación legal está inspirada únicamente en la idea de aseguramiento de un derecho principal. Se constituye con miras a favorecer un crédito existente o que pueda existir. Además la reserva de valor no opera por encima de la suma a que asciende la obligación principal³².

Las fuentes de esta obligación principal pueden ser varias: puede provenir de los contratos, los delitos, cuasicontratos, cuasidelitos e incluso de la ley.

Para aquellos autores que incluyen la causa-fuente como elemento esencial, la omisión acerca de la naturaleza del contrato generador de la obligación a la que accede la garantía causa la nulidad de ella, nulidad que es de orden público y puede ser invocada por el propio deudor; el título será, entonces, inhábil.

4. TIPOS DE OBLIGACIONES GARANTIZADAS CON LA HIPOTECA

Hemos dicho que la hipoteca puede estar referida a toda clase de créditos³³, así puede acceder a:

- Obligaciones puras y simples.
- Obligaciones de dar, hacer o no hacer.
- Obligaciones condicionales.
- Obligaciones futuras.
- Obligaciones eventuales.

Se ha discutido en la tradicional doctrina qué clase de créditos pueden estar amparados por la garantía hipotecaria. Desde

³¹ NUTA, op. Cit., pág. 73.

³² Ibidem, pág. 74/75.

³³ NUTA, op. Cit., pág. 73 y sig., y 77 y sig.; SILVESTRE, op. Cit., § 11.

luego que las tres primeras categorías no ofrecen problema alguno. En cuanto a las restantes, el Código Napoleón es el primero en introducir a los créditos futuros entre aquellos a los que la garantía puede aplicarse. Se entiende por créditos futuros a aquellos que aún no tienen existencia, pero que la tendrán en el futuro.

El Código de Vélez incorpora más tarde a los créditos eventuales, cuya existencia es incierta. Así el artículo 3109 del citado cuerpo legal prescribe: "No puede constituirse hipoteca sino sobre cosas inmuebles, especial y expresamente determinadas, por una suma de dinero también cierta y determinada. Si el crédito es condicional o indeterminado en su valor, o si la obligación es eventual, o si ella consistiere en hacer o no hacer, o si tiene por objeto prestaciones en especie, basta que se declare el valor estimativo en el acto constitutivo de la hipoteca".

El requisito para la validez de este tipo de hipotecas es que esté determinado el monto máximo que habrá de tener, para algunos la deuda, para otros el límite de la afectación o responsabilidad hipotecaria, según se trate de uno u otro concepto de la especialidad. En las hipotecas referidas a créditos futuros o eventuales la hipoteca se constituye con anticipación al crédito a que va a acceder, y las condiciones se encuentran establecidas en el pacto hipotecario. La obligación es eventual o bien solo futura, no existe en el momento de constitución de la hipoteca, pero las partes prevén que puede llegar a existir. La obligación es futura, la hipoteca no lo es.

La doctrina argentina en general exige que la obligación a la que accederá la hipoteca debe estar determinada en todos sus elementos, o ser determinable³⁴, de modo tal que cuando nazca no habrá posibilidad alguna de confusión o de substitución de la obligación garantizada por otra, en perjuicio del deudor o de otros acreedores. Sin embargo exige como condición *sine qua non* que se mencione cuando menos el contrato u otra causa-fuente de la

³⁴ HIGHTON, op. Cit., pág. 143.

obligación³⁵. Esta fuente debe estar expresa y descripta en la escritura hipotecaria. Esta causa fuente es la que permite generar una expectativa legítima de que el crédito llegará a existir. Cuando la obligación nazca, se debe probar la identidad del crédito reclamado y el referido en la hipoteca. La hipoteca toma rango desde su inscripción y no desde el nacimiento del crédito³⁶.

Ahora bien, la prueba de la existencia del crédito puede hacerse por todos los medios de prueba, no requiere la forma auténtica. Ni la causa fuente que le dio origen requiere la forma auténtica³⁷. Tampoco se precisa que la obligación sea de fecha cierta.

II. LA CUESTIÓN DE LAS HIPOTECAS ABIERTAS Y LAS HIPOTECAS FLOTANTES

Se ha dado en llamar así a aquellas garantías hipotecarias referidas a créditos futuros o eventuales nacidos de un relación más o menos duradera en el tiempo, de índole generalmente contractual. Ejemplo típico es la cuenta corriente, la cual consiste en un contrato bilateral y conmutativo por el cual una de las partes remite a otra o recibe de ella en propiedad cantidades de dinero u otros valores con cargo de acreditar, liquidar, compensar y pagar el saldo. Normalmente se emplea en la cuenta corriente bancaria en sus dos modalidades más frecuentes: al descubierto, en la que tienen lugar adelantos de dinero; y la cuenta corriente con provisión de fondos depositados, en la que no hay crédito y por tanto tampoco se da la contingencia de una garantía hipotecaria.

Este tipo de hipotecas se incursan dentro de las referidas a créditos eventuales o futuros, que hemos visto más arriba.

Ahora bien, es posible pactar válidamente una hipoteca en garantía de obligaciones relativas a contratos que eventualmente

³⁵ SILVESTRE, op. Cit., pág. 77/78 y § 12; NUTA, op. Cit., pág. 79/80.

³⁶ HIGHTON, op. Cit., pág. 144/145; SILVESTRE, op. Cit., pág. 105/106.

³⁷ HIGHTON, op. Cit., § 194 y 195.

podrían llegar a surgir entre las partes? Vale decir, es posible pactar hipotecas absolutamente abiertas o también llamadas flotantes?. La doctrina argentina ha negado esta posibilidad, ya sea bajo la premisa de resguardar el principio de especialidad, ya sea aludiendo al principio de accesoriedad³⁸.

En cuanto al primer caso, hemos visto que la doctrina argentina sostiene que la omisión de la determinación precisa de la causa-fuente de la obligación acarrearía la nulidad de la hipoteca, pues la obligación debe estar determinada en su prestación u objeto, su monto y su causa. Ya hemos sentado el principio de que la especialidad se refiere a la hipoteca, no al crédito. Entonces, bastará con que esté determinado el monto máximo de la afectación o responsabilidad hipotecaria para satisfacer este requisito. La finalidad perseguida por este principio, dirigida a proteger al deudor en su capacidad de endeudamiento y también a los terceros en cuanto a la publicidad de la solvencia del deudor, se llenaría igualmente estableciendo un monto o tope máximo de responsabilidad del bien hipotecado. El deudor dejaría a salvo su crédito y los terceros sabrían siempre a qué atenerse, pues deben considerar este monto máximo en sus previsiones, aún cuando el mismo no esté comprometido directa o **actualmente**. La objeción no parece, pues, sustentable.

El segundo reparo planteado por la doctrina argentina, y que es relativo al requisito de la accesoriedad, merece mayor detenimiento. Recordemos que para este principio la hipoteca debe siempre acceder a un crédito. Así se sostiene que la eventualidad del crédito no afecta a la accesoriedad: aunque el crédito es eventual siempre es accesorio de éste, se aduce que para ello es menester que al momento de nacimiento de la hipoteca exista un acto que será generador del crédito, como un contrato por ejemplo, y que origine la expectativa legítima de que el crédito llegue a existir.

³⁸ HIGHTON, op. Cit., pág. 144/145, SILVESTRE, pág. 104/105.

Por último, la tesis argentina ha afirmado también como sustento a sus objeciones, que las hipotecas totalmente abiertas o flotantes son solo posibles en aquellos sistemas jurídicos que admiten las hipotecas de tráfico o cambiarias y en los cuales rigen los principios de fe pública registral y legitimación.

Se entiende por fe pública registral el principio según el cual se sustituye en el tráfico jurídico inmobiliario la facultad material de disposición, por el contenido del registro, aún cuando no coincida con la realidad jurídica. La inscripción se vuelve así abstracta, liberada de su causa y dotada por tanto de autonomía. La buena fe de los terceros se establece en función no ya de su situación subjetiva particular, sino de lo anotado en el registro³⁹.

El principio de legitimación consiste pues en la legitimación concedida a partir del registro al titular de la registración -amén de un rango preferente en el registro-, y de publicidad de su derecho, y en la creación de una presunción a su favor frente a los terceros que pretenden tener algún derecho sobre el bien registrado. Cuando el titular es además un tercero hipotecario la presunción no admite prueba en contrario⁴⁰.

En este punto es importante hacer una digresión para aclarar que las hipotecas también se pueden subdividir en hipotecas de tráfico e hipotecas de seguridad. En las primeras el crédito garantizado consta en el registro con todas sus particularidades, quedando unido registralmente a la hipoteca y la fe pública registral se extiende al crédito. Estas hipotecas están destinadas a circular y adquieren validez desde su inscripción no obstante la invalidez de la obligación o el acto al cual acceden (principio constitutivo del acto registral), se transfieren conjuntamente con el crédito al cual acceden.

Las hipotecas de seguridad son puramente accesorias y dependen necesariamente del crédito al cual acceden. El crédito

³⁹ SILVESTRE, op. Cit., pág. 82/83.

⁴⁰ SILVESTRE, op. Cit., pág. 82/83.

garantizado con ellas consta en el registro solo en sus líneas generales, de modo que la fe pública registral no se extiende al mismo. El derecho que el acreedor tiene en base a la hipoteca se determina de conformidad con el crédito, tal cual éste es en realidad. Estas clases de hipotecas se encuentran reguladas en la legislación alemana, BGB §§ 1184 y 1190; en la legislación suiza y en otras.

II.1. EL DERECHO PARAGUAYO

Estas objeciones no se aplican a nuestro derecho. En efecto, nuestro código no contiene la enumeración limitativa del artículo 3131 del Código de Vélez, dice: "*El acto constitutivo de la hipoteca debe contener: ... 3º) la fecha y la naturaleza del contrato a que accede y el archivo en que se encuentra... 4º) la cantidad cierta de la deuda*". En vez de ello el artículo 2359, que en términos generales se asemeja al artículo 3109 del Código de Vélez admite expresamente en su parte final que: "*La falta de determinación del crédito eventual garantizado no obstará a la validez de la hipoteca, toda vez que precise su monto máximo*". Esta referencia expresa a la indeterminación del crédito eventual que hace nuestro código elimina todas las objeciones relativas a las hipotecas absolutamente abiertas o también llamadas flotantes.

Asimismo se debe hacer notar que en aquellos países en los que existen los dos tipos de hipoteca antes referidos, a saber: hipotecas de tráfico o cambiarias e hipotecas de seguridad, la hipoteca flotante está considerada como hipoteca de seguridad y la falta de determinación actual de crédito al cual accede no afecta tampoco su validez.

Por lo demás no se entiende el substrato real de la dificultad pues el concepto de accesoriedad siempre está presente, solo que referido a un crédito eventual. El crédito es presupuesto lógico de la garantía real, pero no un presupuesto cronológico de ella. Únicamente en la tesitura impuesta por el 3131 del Código de Vélez, ya superada por nuestro sistema se alcanzan a comprender todos estos reparos.

Por tanto en las hipotecas flotantes la causa fuente de la obligación puede estar o no determinada y su indeterminación puede ser mayor o menor. Se pueden garantizar todos los créditos presentes y futuros de un acreedor frente a un determinado deudor. La hipoteca toma rango desde su inscripción y no desde el nacimiento del crédito. La existencia del crédito puede demostrarse por todos los medios de prueba, no requiere la forma auténtica. (Ni la causa fuente que le dio origen requiere la forma auténtica). Tampoco se precisa que la obligación sea de fecha cierta.

La transferencia de estas hipotecas solo es posible vía cesión del pacto hipotecario. La transferencia simple del crédito hace que el mismo salga del ámbito de la garantía y se convierta en un crédito simple, quirografario, no garantizado con la hipoteca. El bien se va liberando de la carga efectiva del crédito, en la medida de la extinción del crédito del mismo, aunque no se libere de la garantía y la eventual aparición de nuevas obligaciones amparadas con ella.

Los terceros se ven resguardados siempre ya que deben establecer sus expectativas **siempre** en relación con el monto máximo de la garantía. El monto máximo debe contemplar e incluir al capital y sus accesorios.

La única limitación importante respecto de las hipotecas flotantes consiste en que no se pueden establecer varias hipotecas de esta índole sobre el mismo conjunto de créditos, porque de lo contrario se impediría su identificación con una u otra garantía. En efecto, si se legara admitir que se constituyan más de una hipoteca flotante referida al mismo grupo de relaciones crediticias eventuales, cuando dichas obligaciones llegaran a tener existencia se corresponderían a ambas garantías y no se sabría a cuál de ellas debe ser imputada, generando inseguridad y confusión, tanto para el acreedor, el deudor, los constituyentes y los terceros.

II.2. INSCRIPCIÓN DE LAS OBLIGACIONES RELATIVAS A HIPOTECAS FLOTANTES, EN ESPECIAL PAGARÉS

Los pagarés que pudieran surgir en el marco de estas hipotecas flotantes no deben ser inscriptos, por dos motivos. El artículo 2359 no lo exige. El artículo 2371 se aplica solo a pagarés hipotecarios que son una especie distinta de pagarés. Los artículos 269 y 271 del Código de Organización Judicial se refieren precisamente a esta última clase de pagarés, lo mismo que el artículo 283 del citado cuerpo legal.

Por último y de mayor importancia es el hecho de que el endoso transfiera también la garantía hipotecaria, sin necesidad de cesión. Por ello se produciría un fraude a terceros con la "multiplicación" de la garantía, siendo que existe un monto máximo.

Los artículos mencionados del Código de Organización Judicial establecen expresamente cuáles son los derechos reales que deben inscribirse. Los derechos personales, salvo el contrato de locación no pueden ser inscriptos. El Código Civil ha modificado estos artículos **solamente** en lo que se refiera a pagarés hipotecarios. En cuanto a éstos la necesidad de inscripción de los mismos, así como de sus respectivos endosos tiene ciertos efectos:

- a) certificar en el pagaré la existencia del derecho real de hipoteca;
- b) es un elemento constitutivo del pagaré hipotecario.

La doctrina argentina tiende a su no registración, en absoluto. El anteproyecto de Babiloni artículo 2795 establecía que los pagarés pueden constituirse por el importe de la deuda hipotecaria, siempre que no sea condicional ni eventual.

“EL CHEQUE DE PAGO DIFERIDO.
RÉGIMEN LEGAL”

THE UNIVERSITY OF CHICAGO
PHYSICS DEPARTMENT

EL CHEQUE DE PAGO DIFERIDO. RÉGIMEN LEGAL

José Raúl Torres Kirmser

1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CHEQUE. IMPORTANCIA

El uso de órdenes de pago para movilizar dinero o valores obrantes en poder de terceros era conocido en Grecia por lo menos cuatro siglos antes de la era cristiana, según se desprende de un relato del Retor Isócrates, anotado por Caillemer (1). Tal procedimiento fue generalizado en Roma y en Europa Occidental en la época medieval, encaminándose como medio de obtención de crédito por el emisor, resultando así configurada la letra de cambio que -con sus lineamientos actuales, salvo la cláusula a la orden- aparece por lo menos desde el siglo XIII (2).

Durante la Edad Media, se usó en Italia el certificado denominado "fe de depósito", que acreditaba el depósito de dinero en casas de banca y cuyo título era utilizado por su titular como medio de pago mediante el endoso o cesión a un acreedor.

Durante el Renacimiento, en los bancos de Nápoles y Bolonia, se utilizaron órdenes de pago, libradas por depositantes a cargo del depositario, a través de instrumentos denominados "polizze", que eran transmisibles por endoso. Títulos similares, denominados "cedule di cartolario", también fueron utilizados por el

* Profesor Titular de Derecho Mercantil II., Profesor Titular de Derecho Civil Obligaciones, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. Miembro del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala de la Capital. Miembro del Consejo Directivo de la Facultad de Derecho, de la Asamblea Universitaria (U. N. A) y de la Comisión Nacional de Codificación.

banco San Ambrosio, de Milán.

“Cualquiera haya sido el origen remoto del cheque -dice Uria- el mérito de haber perfeccionado la institución corresponde a la práctica bancaria inglesa, que usó constantemente este instrumento desde el siglo XVIII” (3). Bouteron señala que el cheque ha podido desempeñar su papel peculiar desde que se generalizaron los bancos de depósito y el “clearing” y que ha podido dar rendimiento satisfactorio en la Inglaterra del siglo XVIII al aparecer las condiciones ambientales adecuadas” (4).

El cheque, al igual que los demás títulos circulatorios, reporta en el mundo actual positivas y grandes ventajas económicas, como elemento simplificador para la transmisión de bienes, convirtiéndose en la actualidad en una de las más utilizadas formas de pago, fácil y expeditivo, como sucedáneo de la moneda y como factor activísimo de la cuenta corriente bancaria.

Por otra parte, permite un mayor control de los pagos, al tiempo que las nuevas disposiciones como la incorporación en nuestra legislación del cheque “no a la orden”, la simplificación de los endosos, así como los distintos cruzamientos de que puede ser objeto, ofrecen mayor seguridad en las transacciones e impiden toda clase de desviaciones.

Los inconvenientes que podrían aparecer por desvirtuarse su finalidad, quedarían salvaguardados por una adecuada legislación -civil, administrativa y penal-, la que otorgaría más confianza fortaleciendo la idoneidad del instrumento.

2. LEGISLACIÓN SOBRE EL CHEQUE

Pese a haberse generalizado el uso del cheque en el siglo XVIII, tanto en Inglaterra como fuera de ella, no fue motivo de legislación especial hasta la segunda mitad del siglo XIX. El primer estatuto orgánico sobre la materia se halla representado por la ley francesa del 23 de diciembre de 1865, y que a través de sucesivas reformas sigue rigiendo hasta la fecha. Inglaterra la reglamentó

específicamente por ley del 18 de agosto de 1882, que también sigue rigiendo con algunas modificaciones introducidas en 1906 y 1957. Desde tales fechas casi todos los países del mundo sancionaron normas codificadas o especiales al respecto. "En la actualidad - señala Balsa Antelo- sólo carecen de legislación específica sobre cheque un corto número de países poco desarrollados, pudiéndose contar entre ellos Afganistán, Etiopía, Liberia y San Marino" (5).

En la Argentina, la reglamentación legal arranca desde la sanción del Código de Comercio de 1889, que le dedicaba al cheque el Título XIII de su Libro II (arts. 798 a 843), con cuatro capítulos así titulados: I) De los cheques en general; II) De los cheques cruzados; III) De las cámaras compensadoras; y IV) Disposiciones generales. Estas normas rigieron hasta el 1º de octubre de 1963, fecha en que entraron en vigencia las disposiciones aprobadas por el Decreto-Ley 4776, que luego fueron convalidadas por la Ley N° 16478 y más tarde reformadas por la Ley N° 23549. Por último, la Ley N° 24452, sancionada el 8 de febrero de 1995 y promulgada el 22 de febrero del mismo año, derogó tales disposiciones, cuyas normas fueron sustituidas por las establecidas en el Anexo I, denominado "Ley de cheques".

Por ley del 5 de octubre de 1903, fue adoptado por nuestro país el Código de Comercio Argentino de 1889, y se dispuso en su artículo 3º que debería entrar en vigencia el 1º de enero de 1904. Rigió en el país hasta que entró en vigencia el nuevo Código Civil Paraguayo, en fecha 1º de enero de 1987, sancionado por el Honorable Congreso Nacional como Ley N° 1183, el 18 de diciembre de 1985 y promulgado por el Poder Ejecutivo el 23 de diciembre de 1985. Este cuerpo legal le dedica a este instituto el Capítulo XXVI, Sección I hasta la VII, Título II del Libro Tercero (arts. 1696 a 1758). Recientemente, por Ley N° 805 del 16 de enero de 1996, fueron modificadas las disposiciones de los artículos 1696, 1706, 1725, 1726 y 1752 del Código Civil, se ha creado la figura del cheque bancario de pago diferido, se ha derogado la Ley N° 941/64 y despenalizado el cheque con fecha adelantada.

3. CONCEPTO Y DEFINICIÓN DEL CHEQUE

La ley francesa de 1865 definía el cheque en el artículo 1º inc. 1º), como el documento que bajo la forma de un mandato de pago, sirve al librador para retirar en su provecho o en provecho de un tercero todos o parte de los fondos acreditados en su cuenta disponibles. La nueva ley que entró en vigencia el 21 de octubre de 1936, ya no define el cheque, siguiendo el ejemplo de la Ley Uniforme de Ginebra de 1931.

La Ley Uniforme del Cheque, aprobada por la Conferencia de Ginebra el 19 de marzo de 1931, como se ha dicho, no contiene la definición del cheque. Esta omisión ha sido deliberada y la explica Bouteron, que colaboró en dicha Conferencia en su carácter de delegado adjunto de Francia. Expresa éste que el primer artículo de la Ley Uniforme no da la definición del cheque, contrariamente al principio lógico -invocado en La Haya- de que "una buena ley debe dar una definición del objeto para el cual ha sido hecha". Definir el cheque bajo el punto de vista de la técnica jurídica hubiese sido una tarea, seductora quizás, pero casi imposible para la Conferencia de Ginebra. En efecto, no sólo las legislaciones de los diversos países tienen una concepción diferente del cheque, sino aun más, en un mismo país la doctrina se encuentra frecuentemente dividida sobre la cuestión de saber cuál es la verdadera naturaleza jurídica de este título y se suscitan vivas controversias cuando se trata de explicarla. Es por esto que la Conferencia se abstuvo sabiamente de procurar definir el cheque desde el punto de vista jurídico puro, para definirlo sólo del punto de vista de la práctica determinando, en dicho primer artículo de la ley, sus signos distintivos, es decir, los elementos esenciales que lo componen. Lo mismo que para la letra de cambio y el billete a la orden, se limita a establecer un criterio que permita reconocer con certeza si tal título de pago es o no un cheque (*Le statut interne du cheque*, pp. 216 y 217) (6).

El antiguo Código de Comercio, vigente desde el 1º de enero de 1904 al 31 de diciembre de 1986, en su artículo 798 define el cheque como "una orden de pago dada sobre un banco, en el cual tiene el librador fondos depositados a su orden, cuenta corriente con

saldo a su favor o crédito en descubierto”.

Las nuevas orientaciones en materia de legislación se oponen a las definiciones en las leyes, contrariamente a los métodos vigentes en las épocas en que fueron sancionados la mayor parte de los Códigos y las leyes que se ocupan del cheque, sin excluir la ley inglesa que ha sido el modelo en que se han inspirado, directa o indirectamente, las legislaciones posteriores.

Nuestro nuevo Código Civil no ha definido el cheque, a igual que el proyecto aprobado por la Convención de Ginebra, que ha sido la principal fuente de nuestra legislación en materia de cheque, determinando en sus disposiciones sus signos distintivos, es decir, los elementos esenciales que lo componen.

Sin embargo, pese a tales orientaciones, el artículo 1º de la Ley Nº 805/96, que modifica el artículo 1696 de la Ley Nº 1183/85, “Código Civil”, define el cheque, tanto el de pago a la vista como el de pago diferido en los siguientes términos: “El cheque es una orden de pago pura y simple, que se libra a la vista o de pago diferido contra un banco, en el cual el librador debe tener fondos suficientes depositados en cuenta corriente bancaria, o autorización expresa o tácita para girar en descubierto”.

La nueva ley incurre en el error de definir el cheque, error en que no incurrió el Código Civil al regular la disciplina jurídica del cheque, en razón de que los legisladores entendieron que las leyes no deben contener definiciones, las que deben quedar libradas a la doctrina, para que las formule de acuerdo con los caracteres esenciales y predominantes del instituto que se pretenda definir.

4. CARACTERES DEL CHEQUE

El cheque reglamentado por el Código Civil, en sus artículos 1696 al 1758, se halla inspirado en el Decreto Real 1736 del 21 de diciembre de 1933, que introdujo en el ordenamiento jurídico italiano la Ley Uniforme sobre Cheques, aprobada en Ginebra en 1931, con las excepciones y modificaciones admitidas en las

reservas que Italia consideró que debía hacer valer. Recientemente, por Ley N° 805, del 16 de febrero de 1996, se ha creado la figura del cheque bancario de pago diferido, al que le serán aplicables las disposiciones del Código Civil que regulan el cheque con las modificaciones introducidas por esta ley (art. 8°, Ley N° 805/96).

El cheque es un documento comercial. Lo es independientemente del carácter civil o comercial de la operación que lo origina, y de la calidad del tenedor y librador (7).

El artículo 71 de la Ley N° 1034/83, del Comerciante, en el inc. d) enumera como actos de comercio, las letras de cambio, cheques o cualquier otro documento de crédito endosable o al portador.

Trátase de los llamados papeles o efectos de comercio que son comerciales por su sola forma, cualquiera haya sido su origen o causa. Son documentos literales y abstractos.

Su emisión o creación, así como su aceptación y endoso, son siempre comerciales: la ley los somete al régimen comercial a los efectos de facilitar la extraordinaria función que tienen (8).

El cheque es una orden de pago y de compensación, extendida con efecto cambiario, y aparece como un instrumento de crédito si el mismo no es pagado, en el cheque a la vista en el acto de su presentación que debe ser dentro de los treinta días de su emisión o en el de pago diferido que debe ser presentado dentro de los treinta días de la fecha de pago fijada en el mismo.

Es un documento de naturaleza especial, constituyendo un medio real de representación gráfica de hechos o derechos, cuya función es representar un hecho o un acto jurídico.

Participa de los caracteres esenciales de todo título valor: necesidad, autonomía, literalidad y unilateralidad, y por su condición incorpora un derecho de contenido pecuniario y es un título completo, abstracto, simple, de emisión individual y generalmente

privado, perfeccionándose en el momento de creación (9).

Gómez Leo expresa que el cheque, en tanto papel de comercio, es un título de crédito, abstracto, formal y completo, representativo de una suma determinada de dinero, pagadero genéricamente a corto plazo, específicamente a la vista, esencialmente negociable, cuyo libramiento o transmisión no produce novación de la relación jurídica que le ha servido de causa (o relación fundamental) y que según los principios de la doctrina alemana debe contener la denominación en su texto esencial (10).

Su estructura se asimila a la letra de cambio porque al igual que ésta, contiene una orden del librador dirigida a un tercero, el girado, para pagar una suma determinada al portador que acredite su derecho según la ley de circulación del título, y porque al ser extendido surge, como en el caso de la letra de cambio, la obligación documentada del librador, subordinada a la falta de pago del título (promesa de hacer pagar), obligación de naturaleza abstracta que como ocurre con la letra, nace con la firma del documento (11).

Desde el punto de vista del Derecho interno, Gómez Leo señala las siguientes características: I) Es una declaración de voluntad unilateral dirigida al banco (12), a fin de que éste, según el pacto de cheque acordado, pague la suma indicada contra la presentación -en ventanilla o mediante una cámara compensadora-. Este carácter unilateral deriva de que a pesar de que las partes -banco y cliente- se hallan unidas por un vínculo contractual, sólo el cliente es quien puede impartirla en su condición de acreedor del banco. II) Es una declaración de voluntad recepticia en razón de que para adquirir eficacia, como orden de pago, tiene que ser receptada (o recibida) por el destinatario (banco) y, por tanto, mientras ello no ocurra no se perfecciona, es decir, puede no llegar a ser eficaz, como ocurre cuando el banco, por causal fundada, se halla, jurídicamente autorizado a no receptarla, esto es, a no atenderla. III) Por ser una declaración unilateral recepticia es, esencialmente, revocable o, lo que es lo mismo, la orden de no pago, tiene efecto en el ámbito de la relación interna del cheque. Prueba de ello, dice, Gómez Leo, el cheque no atendido regularmente a su presentación, por existir orden

de no pago, fundada en causal legal o reglamentaria, una vez rechazado con las debidas constancias, es título ejecutivo hábil para accionar cambiariamente contra todos sus firmantes. En efecto, mientras tal manifestación no sea receptada (o recibida) por el destinatario (banco), quien la exterioriza (cliente) puede ordenar el no pago, obstando con ello a que al ser recibida sea atendida regularmente como orden de pago. Es el caso de las órdenes de no pago que el cliente puede dar al banco por causa legal o reglamentaria, paralizando de ese modo el servicio de caja (13). Sobre el punto nos remitimos a lo expresado en el capítulo referente a la presentación y el pago del cheque, en donde afirmamos que nuestro Código Civil en su artículo 1729 no contempla el sistema de la revocación del cheque sino dos situaciones para el no pago: una, en caso de pérdida o sustracción de un cheque, el tenedor comunicará por escrito al banco que no lo pague, y éste deberá negarse a pagarlo siempre que el aviso haya sido recibido antes de la presentación del cheque; la otra, cuando el librador y el beneficiario le hayan comunicado en la misma forma que no haga el pago y el aviso se hubiera recibido antes de la presentación del cheque.

Desde el punto de vista del Derecho externo, refiere Gómez Leo que el cheque es una declaración de voluntad unilateral que se caracteriza por ser incondicionada, no recepticia e irrevocable. Es incondicionada -pura y simple, con expresión sinónima- porque su exigibilidad no puede estar sometida a contraprestación económica por parte del sujeto a quien favorece, sujeto éste que se determinará al vencimiento en la persona de quien posea el título, lo exhiba acreditando haber cumplido formal, extrínseca y regularmente con su ley de circulación y, en su caso, se identifique. Es no recepticia, porque cuenta con eficacia jurídico-cambiaría desde que se exterioriza en forma documental con la firma del librador del cheque, con prescindencia de la adhesión de la voluntad del destinatario. Es irrevocable, pues, como declaración unilateral no recepticia, queda perfeccionada y eficaz desde que se exterioriza, y no resulta posible, en el ámbito de las relaciones cambiarias, revocarla una vez que el título donde se ha incorporado salió de manos de su creador: el librador (14).

5. NATURALEZA JURÍDICA

Numerosas teorías han sido ideadas para explicar la naturaleza jurídica del cheque; ella es muy discutida.

Rodríguez Rodríguez afirma: “El problema de la naturaleza jurídica del cheque es atormentador por la multiplicidad de teorías que ha motivado y por los innumerables esfuerzos que se han hecho para buscarle solución. Sobre él se ha escrito increíblemente y mucho increíble” (15).

Para unos autores es un mandato; para otros es una representación o autorización o una cesión de créditos o una delegación, etc.

Rocco niega que el cheque sea un mandato, porque: 1º) no es un contrato sino un acto jurídico unilateral, perfecto y jurídicamente eficaz, aun sin la voluntad del librado; 2º) la obligación del girado frente al librador, de cumplir con el pago, no deriva del cheque sino del precedente contrato de depósito al que la ley vincula a este efecto jurídico (16).

Otros autores sostienen que el librado, cuando paga un cheque, lo hace no como mandatario del librador sino que paga por cuenta propia.

Según Vivante, el banquero que se obliga a pagar los cheques librados por su cliente en virtud de un contrato de depósito, de apertura de crédito, de cuenta corriente, no obra como un mandatario, actúa en nombre propio en virtud de una relación jurídica que lo pone en oposición de intereses con el librador y no por aquella relación de sujeción, de subordinación que justifica la responsabilidad del mandante por los perjuicios sufridos por el mandatario. El girado, asumiendo el servicio de caja por el librador, cumple una especulación propia y, por lo tanto, no se encuentra en la condición del mandatario que presta un servicio de cuyas ventajas se aprovecha (17).

De Semo considera que el librado, en virtud de la relación de provisión, es sustancialmente un deudor, si se tratase de un mandatario. El librado paga el cheque con dinero propio y en virtud de la orden que recibe del librador al pagar el cheque y hasta la concurrencia del importe del mismo, salda una deuda propia. Por lo tanto, no puede afirmarse que el librado, al pagar el cheque, lo haga en nombre y por cuenta del librador, sino que por el contrario, paga por su propia cuenta (18).

Por otra parte, también se objeta la teoría del mandato, en razón de que ella no explica la irrevocabilidad del cheque, siendo el mandato por esencia revocable. Para obviar tal inconveniente, se hizo uso del mandato *in rem propriam* y de la teoría del mandato irrevocable.

Otra corriente doctrinaria recurre a la idea de autorización, partiendo de la base de la existencia de un negocio autorizativo autónomo en cuya virtud el girado puede efectuar un pago al portador legítimo y éste, a su vez, puede percibirlo; todo ello con efectos operativos en la esfera jurídica del librador y en virtud de la autorización otorgada por este último a los dos primeros; a uno para pagar y al otro para percibir, respectivamente (19).

La principal objeción que se le hace, es la no necesidad de crear una nueva categoría dogmática, por cuanto la autorización no es un negocio jurídico autónomo sino un elemento de otro negocio jurídico típico, como el mandato, la delegación, etc. Además, se señala que el banco girado no sólo "puede hacer" sino que existe una "obligación de pagar", en función de la orden dada por el librador (20).

Los partidarios de la teoría de la cesión de la provisión sostienen que la relación jurídica, en este documento, asume un carácter triangular: por un lado, el librador-cedente; por otro, el tomador cesionario y por último, el girado-deudor.

Bonfanti-Garrone refieren las principales objeciones: a) en el cheque no existe acción directa del tomador contra el girado; b) en

la cesión, la irrevocabilidad es esencial, mientras que en el cheque es posible su revocabilidad; c) en la cesión, el cedente responde de la existencia y legitimidad del crédito al tiempo de la cesión, pero no de la solvencia del deudor (*nomen verum*); en el cheque, por el contrario, se responde por el librador y endosante, en forma solidaria (*nomen bonum*); d) en el cheque sólo se producen los efectos del pago cuando éste se realiza, mientras que en la cesión el efecto resolutorio se produce al perfeccionarse el contrato (21).

Fontanarrosa considera que la relación de derecho entre librador, tomador y girado sería una delegación, pues el librador, delegante, delega en el tomador, delegatario, el crédito que tiene contra el girado o delegado. Afirma que en el cheque hay una delegación de pago, pura, sobre deuda, temporalmente irrevocable, que importa una orden de pago dirigida al delegado (banquero al que se presenta el cheque) y una autorización de cobro dirigida al legítimo portador del documento (22).

Raymundo L. Fernández sostiene que el cheque es ante todo un título de crédito y, como tal, en él debe distinguirse el título en sí, como fuente de derechos y obligaciones cartulares, abstractos, originales y autónomos, y las relaciones de derecho extracartulares o fundamentales que vinculan entre sí a quienes ponen su firma en el título, y que pueden existir también respecto de personas cuya firma no figura en el cheque, pero que han adquirido derechos o contraído obligaciones relacionados con el mismo, aunque regidos por el derecho común; pero, en lo que atañe a la parte externa del título y a las relaciones cartulares, el cheque presenta gran analogía con la letra de cambio, sin que por ello deba asimilarse por completo a esta última, pues presenta diferencias de consideración, sobre todo en lo que se refiere a su función económica, ya que la letra de cambio es un instrumento de crédito, en tanto que el cheque es un instrumento de pago, por lo cual, dice, constituye grave error considerar que el cheque es una subespecie o variedad de la letra de cambio. También hay igualmente error en considerar al cheque como mero instrumento o elemento de la cuenta corriente bancaria, cuyo estudio debe incluirse en el de ésta, como lo sostiene Rivarola, siendo que, a la inversa, la cuenta corriente bancaria constituye uno

de los elementos intrínsecos, internos o fundamentales del cheque: el contrato de cheque o de giro o de caja; sin que ello importe afirmar que su estudio debe subordinarse al del cheque, pues es un contrato autónomo, productor de otros efectos no vinculados a este título. Y agrega que el cheque es una institución jurídico-económica independiente, con individualidad propia, de gran trascendencia que origina vinculaciones cambiarias y substanciales, muchas de las cuales no guardan relación con la cuenta corriente bancaria o sólo la tienen mediata; ésta aun cuando su regulación jurídica influye en forma directa o indirecta sobre el cheque, interesa principalmente en lo que respecta a las relaciones de derecho extracartulares entre el librador y el banco girado; y de ahí que, con acierto, el código legisla el cheque y la cuenta corriente en títulos separados (23).

Balsa Antelo estima que la teoría más cercana a la objetividad del cheque es la de la indicación de pago, que tiene la particularidad de no emanar de un jurista sino de un político, el diputado centrista bajo el Segundo Imperio, Emilio Olivier, que al tratarse la Ley de 1865, decía del instrumento en ella reglamentado: "Es simplemente la representación en papel de un valor en dinero existente, siempre disponible, a tal punto que si doy a alguien ese pedazo de papel representativo de una suma disponible sin que esa disponibilidad exista, cometeré un abuso de confianza, un delito que está reprimido por el Código Penal. No lo confundáis con la letra de cambio ni con otros títulos de obligación. Considerado el cheque, como diría el jurisconsulto romano, una especie de *traditio brevi manu*, como un medio de pago instituido, no para crear valores que no existen, no para dar un crédito que no se tiene, sino para hacer aprovechar al público y a los particulares, de la economía que resulta al evitar el desplazamiento inútil de especies. El cheque no es otra cosa. Si queréis darlo otro alcance y hacerle dar otros efectos, excederéis su alcance y haréis una obra que nunca dará buenos resultados" (24).

Probablemente, se ha dicho, -señala Balsa Antelo- tales intentos, respecto a la naturaleza jurídica del cheque, eran lógicos cuando la insuficiente regulación del cheque parecía dejar sin solución algunos problemas suscitados en la realidad de su

funcionamiento. Pero actualmente el derecho cambiario positivo ya es por sí solo suficiente para explicar a satisfacción el contenido y efectos jurídicos de aquél (25).

Luis A. Argaña expresa: "El cheque tiene una naturaleza distinta de la letra de cambio. El primero, como se ha explicado más arriba, es un instrumento de pago y de compensación; el segundo, un instrumento de crédito. De ahí que, como dicen Lacour y Bouteron, sean inexactas las soluciones propuestas para explicar la naturaleza del cheque. El cheque, agregan dichos autores, adhiriéndose a las ideas emitidas por Emilio Olivier en el Parlamento francés, en substancia, es un medio de efectuar un pago; este pago puede hacerse de dos maneras: por el deudor directa o personalmente; o por un tercero a quien el deudor pide verifique el pago. En esta segunda hipótesis, hay una indicación de pago". En conclusión, dice Luis A. Argaña: "El cheque es sólo un medio de pago y de compensación" (26).

Miguel Angel Pangrazio dice: "El cheque es instrumento de pago y compensación. También es un título de crédito. Este título de crédito recién aparece cuando el cheque no fue pagado por insuficiencia de fondos o caducidad. La presentación tardía del cheque, después de treinta días, no perjudica el derecho del tenedor ya que si el librador no paga ese importe, el beneficiario podrá por la vía judicial intentar el cobro. Se perderá el derecho de percibir solamente por la prescripción de cuatro años" (27).

Francisco Bazán también sostiene que el cheque es un instrumento de pago y de compensación (28).

Juan Guillermo Peroni, omitiendo el análisis de las distintas teorías que existen para determinar la naturaleza jurídica que vincula al librador con el banco, aclara la situación en que se encuentra cada uno de los que participan en el giro y cobro del cheque con respecto a los demás, en los siguientes términos: "Es evidente que algún vínculo contractual debe existir entre el librador y el tomador del cheque. Es siempre un contrato de compra-venta, préstamo, donación, etc. Es también evidente que existe un vínculo contractual

entre el librador del cheque y el banco girado que es el contrato de cuenta corriente bancaria en el cual el cheque es sólo un medio de tantos que permite la extracción de fondos de dicha cuenta. Por último, expresa, es también evidente que no existe relación contractual, lo que no impide que pueda generar derechos del tenedor contra el banco en el supuesto de que el banco se niegue a pagar el cheque sin causa justificada. Entre otros supuestos, es el caso del rechazo del cheque postdatado” (29).

Concordamos con los juristas paraguayos, quienes no se han referido al cheque de pago diferido, y a cuyas teorías hemos pasado sumarásimas revista, y sustentamos, de acuerdo a nuestra legislación, que el cheque es una orden de pago a la vista o diferido y de compensación; aparece como un instrumento de crédito si el mismo no es pagado dentro de los treinta días de su emisión si se trata de un cheque a la vista o dentro de los treinta días de la fecha de pago, si se trata de un cheque de pago diferido, en cuyos casos el tenedor conserva sus derechos contra el librador y los demás obligados cambiarios, según las disposiciones del artículo 1742 y concordantes del Código Civil.

El cheque a la vista o de pago diferido sin ninguna duda es un título valor, instrumentado por escrito y firmado por la persona que lo crea o sea por el librador. Se trata de un documento formal porque para su validez es imprescindible que contenga todas las enunciaciones requeridas por los artículos 1696 y 1706 del Código Civil (nueva versión, arts. 1° y 2°, Ley N° 805/96).

5.1. PROBLEMAS QUE PRESENTA EL CHEQUE DE PAGO DIFERIDO

En cuanto a la naturaleza jurídica del cheque de pago diferido, creado recientemente por la Ley N° 805/96, se presenta el problema cuando se pretende clasificarlo o incluirlo en alguna de las clases de títulos valores, sea para considerarlo como un cheque especial o como una letra de cambio o un vale que en determinado momento se transforma en un cheque común, o si se trata de un documento que contiene dos títulos distintos o sea una letra o un vale y un cheque común que, como tales, circulan sucesivamente.

Corresponde analizar si es exacta la teoría de que "el cheque de pago diferido" puede ser considerado como una letra de cambio, que al vencimiento del plazo establecido en el mismo se transforma en un cheque común.

En el cheque de pago diferido se encuentran los elementos esenciales de la letra de cambio.

En cuanto a los requisitos formales exigidos por el artículo 1696 del Código Civil, para su validez, resulta evidente que reúne los que son esenciales tratándose de letras de cambio, es decir, el lugar y la fecha, la cantidad a pagar, la designación de un beneficiario y de un girado y la firma del librador.

Sin embargo, analizando la naturaleza de ambos institutos, advertimos notables diferencias, por lo que no sería posible considerarlo al cheque de pago diferido como una letra de cambio, que se transforma al vencimiento del plazo en un cheque común, por lo que en el título siguiente señalaremos esas diferencias.

El cheque de pago diferido tampoco es asimilable al vale o pagaré, ya que en estos títulos se trata de una orden de pago por la cual la persona libradora o suscriptora se obliga a pagar por sí misma una suma determinada de dinero (art. 1538, Código Civil). En cambio, en el cheque de pago diferido como en el cheque a la vista, es el banco girado el que debe pagar la suma indicada en el título.

En el cheque a la vista y en el de pago diferido, el librador no se obliga directamente a pagar él mismo la cantidad expresada en el instrumento. Solamente responde si el banco girado no paga la suma expresada en el cheque al serle presentado para el cobro.

Según otra corriente de interpretación, el cheque de pago diferido contiene dos títulos valores distintos, uno asimilable a la letra de cambio o a otro título cambiario que tiene una vida útil limitada hasta la fecha en que puede presentarse al cobro. Durante ese lapso puede descontarse, comprarse y venderse, respetando su

naturaleza y en las condiciones establecidas por el Banco Central del Paraguay y la Ley General de Bancos, Financieras y otras Entidades de Crédito. Pero al llegar a esa fecha, deja de tener eficacia para ser sustituido por el otro título que es un cheque común.

Otra explicación de esta teoría es la siguiente: Al crearse el cheque de pago diferido, título valor que obliga al firmante a pagar la cantidad establecida en un plazo determinado, en el mismo documento se crea un cheque común, que se entrega "*pro solvendo*" y al hacerse efectivo el cobro del cheque se extinguen las dos obligaciones(30).

Pérez Fontana señala que esa interpretación es artificiosa porque, en realidad, lo que se propone el creador de un cheque de pago diferido es extinguir una obligación anterior. La entrega del cheque de pago diferido se hace "*pro solvendo*" y la obligación se extingue cuando se paga el cheque. Además, no se concibe que los elementos necesarios para la validez de un documento formal como el cheque de pago diferido, contengan dos títulos valores distintos (31).

La nueva Ley del Cheque N° 805/96, a igual que la ley uruguaya y argentina, con la creación del cheque de pago diferido, que nosotros estimamos que se trata de un cheque de pago a plazo, se aparta de la solución unánimemente adoptada por la legislación universal y por la doctrina según la cual el cheque es siempre a la vista. El apartamiento de un principio universalmente admitido como es el de que el cheque es siempre pagadero a la vista, lejos de ser un progreso es un retroceso jurídico, porque como lo señala Pérez Fontana, la finalidad buscada o sea la supresión del cheque post-datado difícilmente se logrará (32).

En el cheque de pago diferido la exigibilidad se suspende hasta que llegue el plazo fijado para la presentación al cobro, plazo que debe ser expresamente establecido en el documento y no puede exceder de ciento ochenta días por así disponerlo el artículo 1° de la Ley N° 805/96 (Nueva versión del art. 1696 del Código Civil). La suspensión de la exigibilidad del pago está expresamente establecida

en el artículo 3º de la citada ley (nueva versión del art. 1725 del Código Civil) que dispone que el cheque de pago diferido no podrá ser presentado al cobro sino desde la fecha establecida en él y si a pesar de ello se presentare, el banco se negará a su pago y deberá devolverlo por presentación extemporánea.

No se trata de un nuevo título valor, ni de una letra o un vale que se transforme en un cheque: el cheque de pago diferido es simplemente un cheque a plazo. Diferir la fecha de la presentación al pago del cheque no es otra cosa que establecer un plazo para el pago y, por lo tanto, cheque de pago diferido y cheque a plazo significan lo mismo dicho con distintas palabras (33).

6. CHEQUE A LA VISTA. REQUISITOS

El Capítulo XXVI del Libro III del Código Civil trata del cheque y la Sección I se ocupa de la emisión y de la forma del cheque. La nueva versión del artículo 1696 define el cheque y enumera sus requisitos. Algunos de ellos poseen carácter esencial en el sentido de que si faltan, el título no vale como cheque. En cambio, la ausencia de otros se suple, y su ausencia no origina la nulidad del cheque como tal.

En el cheque a la vista, los aludidos requisitos son los siguientes: 1) el número de orden impreso en el talón y en el cheque, y el número de cuenta; 2) la fecha y el lugar de emisión; 3) la orden pura y simple de pagar una suma determinada de dinero; 4) el nombre y domicilio del banco contra el cual se gira; 5) la indicación del lugar del pago; y 6) el nombre y apellido o razón social, domicilio y la firma del librador.

El cheque de pago diferido debe contener, además de los señalados precedentemente, la denominación "cheque bancario de pago diferido" y la fecha de pago del mismo, la que no podrá ser mayor a ciento ochenta días de la fecha de emisión.

6.1. EL CHEQUE DEBE SER ESCRITO

La exigencia de la escritura resulta de las numerosas disposiciones legales que configuran el cheque y a las que nos referiremos seguidamente.

6.2. NUMERACIÓN

El artículo establece, como requisito esencial, que los cheques habrán de llevar siempre el número de la cuenta del titular y el número de orden impreso en el cuerpo del cheque y en los talones.

La segunda parte del artículo establece que los cheques bancarios tendrán numeración progresiva y contendrán los datos arriba mencionados, tanto en el cheque como en el talón y serán entregados bajo recibo a los clientes habilitados.

Señala Fontanarrosa, la exigencia de la numeración permite un mayor control del banco en la expedición de los cuadernos de cheques y dificulta las maniobras dolosas o fraudulentas. En segundo lugar, facilita la individualización de los cheques en los recibos que se otorgan cuando esos instrumentos son dados en pago y vinculan más claramente la eficacia de tales recibos al pago efectivo del cheque al que se refieren (34).

6.3. FECHA Y LUGAR DE EMISIÓN

Otro requisito es la indicación de la fecha y el lugar de emisión.

No es necesario que la fecha sea llenada por el librador ni que sea manuscrita. Puede ser puesta a máquina, con sello fechador o indicada por cualquier otro medio de impresión (35).

El cheque es instrumento de pago y si es librado a la vista tiene una vida efímera de treinta días para su presentación; si es de pago diferido, la fecha de pago no podrá ser mayor a ciento ochenta días de la fecha de emisión y de treinta días para su presentación

desde esa fecha. Es importante la especificación de tales fechas a los efectos de determinar la capacidad del librador y el inicio de la fecha de la prescripción (Art. 3º, Ley N° 805/96 que modifica el texto del artículo 1725, Ley N° 1183/85, "Código Civil").

La fecha post-datada, antes de la reforma del Código Civil por la Ley N° 805/96, a nuestro criterio no perjudicaba la validez del instrumento, ya que la misma quedaba legalmente determinada por la fecha de su presentación. Acerca de esto nos remitimos a lo que se expresa en el capítulo referente a la presentación y del pago del cheque.

El artículo 18 de la Ley N° 805/96 dispone: "A partir de la promulgación de la presente ley y hasta el 1º de enero de 1997, se permitirá librar cheque con fecha adelantada o post-datada, quedando derogado el artículo 5º de la Ley N° 941/64. Asimismo, los bancos, las empresas financieras y entidades de crédito están autorizados a administrar, descontar, comprar y vender cheques bancarios, librados a la vista o con fecha adelantada o post-datados, respetando su naturaleza y en las condiciones establecidas por el Banco Central del Paraguay y la Ley General de Bancos, Financieras y otras Entidades de Crédito". Con la referida disposición se autoriza hasta el 1º de enero de 1997 a emitir cheque con fecha adelantada y desde esa fecha en adelante el cheque solamente podría ser a la vista o de pago diferido.

El artículo 19 de la citada Ley N° 805/96 regula y complementa la premencionada disposición, estatuyendo: "A partir de la promulgación de la presente Ley y hasta el 1º de enero de 1997, modifícase el artículo 1725 de la Ley N° 1183/85, "Código Civil", el cual queda redactado como sigue: "El cheque bancario es pagadero a la vista a partir de la fecha escrita en el mismo, que puede ser la del momento de emisión o una posterior. A los efectos del pago, los cheques con fecha futura se tendrán por no presentados. En caso de muerte, convocación de acreedores o quiebra del librador de cheque con fecha adelantada o post-datado, se considerará que el cheque fue librado el día anterior al acaecimiento de dichos hechos".

Por otra parte, la falta de indicación del lugar de la emisión no trae consigo la invalidez del cheque, si se indicara el lugar junto al nombre del librador, en cuyo caso se presumirá firmado en tal lugar, según la disposición del artículo 1697 in fine del Código Civil.

6.4. ORDEN PURA Y SIMPLE DE PAGAR UNA SUMA DETERMINADA DE DINERO

Según el inciso c) del artículo comentado, el cheque debe contener una orden pura y simple de pagar una suma determinada de dinero, que puede ser a la vista o a plazo. La expresión "orden" deja intacta la cuestión relativa al carácter jurídico del cheque, aun cuando la configuración de un mandato respecto al encargo hecho por el librador al girado puede, con mayor razón, afirmarse en cuanto al cheque que en cuanto a la letra (36).

La orden debe ser pura y simple, es decir, incondicionada. Esto es, por el carácter abstracto, autónomo y riguroso del título, no se admite que la obligación del librador pueda estar sometida a condición suspensiva o resolutoria, ni que se la refiera a anteriores relaciones existentes entre las partes (37).

La orden debe tener en vista el pago de una suma determinada que debe consistir en dinero e indicarse con precisión. Si el cheque tiene indicación del monto en letras y cifras, en caso de diferencia, valdrá la suma indicada en letras; si el monto hubiese sido escrito más de una vez en letras o en cifras, el cheque, en caso de diferencia, valdrá por la suma menor. Así lo dispone el artículo 1704 del Código Civil.

6.4.1. PROHIBICIÓN DE INTERESES

El artículo 1702 del Código Civil establece que toda promesa de pago de intereses inserta en el cheque se tiene por no escrita.

La cláusula atributiva de intereses complicaría inútilmente,

ya que el cheque es un instrumento de pago, sujeto a una vida corta. Por ello, la inserción de dicha cláusula u otra semejante se tiene por no escrita sin invalidar el título.

6.5. NOMBRE Y DOMICILIO DEL BANCO CONTRA EL CUAL SE GIRA

El cheque debe contener el nombre y domicilio de quien ha sido designado para pagar, ya se trate de una casa matriz o de una agencia o filial. En efecto, la casa matriz o la filial que emita el respectivo talonario sería, en principio, la obligada al pago con las respectivas obligaciones cambiarias, salvo que por convenio la entidad bancaria se comprometa a pagar en la casa matriz o en cualquiera de sus agencias o filiales.

6.6. INDICACIÓN DEL LUGAR DEL PAGO

La omisión del lugar del pago, a diferencia de los requisitos ya examinados, no produce la invalidez del cheque como tal.

Sobre el punto el artículo 1697 expresa: “En defecto de indicación especial, el lugar consignado junto al nombre del girado, se considera lugar de pago. Si se indican varios lugares junto al nombre del girado, el cheque bancario es pagadero en el lugar primeramente designado. En defecto de éstas o de otras indicaciones, el cheque bancario es pagadero en el lugar en que ha sido emitido, y si en el mismo no existe un establecimiento del girado, en el lugar donde éste tiene su establecimiento principal”.

6.7. NOMBRE Y APELLIDO O RAZÓN SOCIAL, DOMICILIO Y LA FIRMA DEL LIBRADOR

Nombre y apellido o razón social, juntamente con el apellido y la firma del librador, según el inciso f) del artículo en examen, constituyen requisitos esenciales del cheque bancario; la firma debe ser manuscrita, autógrafa, y no se admiten simples marcas o impresión digital. Tampoco es preciso que la firma sea legible. No se admite la firma a ruego, ante testigos; ella deberá coincidir con la estampada en las fichas o registros del banco pertinente, pieza

fundamental para dilucidar cualquier diferencia al respecto (38).

6.7.1. INVALIDEZ DE ALGUNAS FIRMAS DEL CHEQUE

En virtud de las disposiciones del artículo 1705 del Código Civil: "Si el cheque contiene firmas de personas incapaces de obligarse por cheque, firmas falsas o imaginarias, o firmas que por cualquier razón, no podrían obligar a la persona que ha suscripto el cheque, o a nombre de quienes ha sido firmado, las obligaciones de los otros firmantes no dejan de ser válidas, aunque el cheque no valga como tal".

El artículo consagra soluciones inspiradas en el principio de la autonomía de las obligaciones cambiarias, al establecer que la invalidez de la firma estampada por alguno de los que intervienen en la circulación del cheque no invalida la de los demás. Analizaremos, pues, los supuestos contemplados en la norma examinada.

6.7.2. FIRMAS DE PERSONAS INCAPACES DE OBLIGARSE POR CHEQUE

La hipótesis se refiere a firmas auténticas puestas por personas incapaces. Parece que la invalidez de la firma del librador podría invalidar la obligación. Sin embargo, la solución legal es otra: los demás firmantes quedarán obligados por sus respectivas declaraciones cambiarias. Cada firmante, por el hecho de estampar su firma en el título, se obliga independientemente de los demás firmantes y se somete a las condiciones de validez de su propia obligación, frente a los portadores posteriores.

6.7.3. FIRMAS FALSAS O IMAGINARIAS

En ambos supuestos, por existir falsedad, se invalidan las suscripciones y, por consiguiente, podrían originarse efectos penales, ya que en el primer caso se reproduce por otro el nombre de una persona existente, y en el otro, de una persona inexistente. También en estos casos, los demás firmantes quedan obligados por sus respectivas declaraciones cambiarias y se obligan independientemente de los otros firmantes.

6.7.4. FIRMAS: que por cualquier otra razón no podrían obligar a la persona que ha suscrito el cheque, o a nombre de quienes ha sido firmado.

Se incluyen en estos supuestos los de firmas estampadas de modo irregular o en circunstancias que provocasen la invalidez de la declaración cambiaria (por ejemplo, incompletas o no autógrafas, violencia física o psíquica, hipnosis, error, dolo, fraude, etc.).

Reiteramos que en todos estos supuestos la invalidez de la declaración cambiaria suscripta por uno de los firmantes, aunque fuese el librador, no afecta la validez de las demás declaraciones cambiarias suscriptas en el mismo.

7. CHEQUE DE PAGO DIFERIDO. REQUISITOS

En el cheque de pago diferido, la exigibilidad se suspende hasta que llegue el plazo fijado para la presentación al cobro, plazo que debe ser expresamente establecido en el documento y no puede exceder de ciento ochenta días y antes del mismo el cheque no podrá ser presentado al cobro y si a pesar de ello se presentare, el banco se negará a su pago y deberá devolverlo por presentación extemporánea.

7.1. LOS MISMOS REQUISITOS REQUERIDOS PARA EL CHEQUE A LA VISTA Y LA DENOMINACIÓN "CHEQUE BANCARIO DE PAGO DIFERIDO"

Por disposición del artículo 6º de la Ley N° 805/96, el cheque bancario de pago diferido deberá contener, además de las enunciaciones exigidas por la nueva versión del artículo 1696 (art. 1º, Ley N° 805/96), la denominación "cheque bancario de pago diferido" claramente impresa en el título.

7.2. DETERMINACIÓN DE LA FECHA DE PAGO DEL MISMO

El cheque de pago diferido debe, además de los requisitos señalados con anterioridad, contener la denominación de "cheque de pago diferido", claramente impresa en el título (art. 6º, Ley N° 805/96) y la fecha de pago del mismo, la que no podrá ser mayor a ciento ochenta días de la fecha de emisión. Si el cheque fuese presentado antes del vencimiento, el banco deberá devolverlo por presentación extemporánea (art. 3º, Ley N° 805/96, nueva versión de la tercera parte del art. 1725 del Código Civil).

8. CHEQUE EN BLANCO

La doctrina y la jurisprudencia están divididas en lo que respecta a la validez del cheque sin fecha. También existe discrepancia en cuanto al pago, cuando ha sido presentado con la fecha en blanco o si ha sido llenado antes de su presentación.

Los partidarios de la tesis negativa sostienen que el Código Civil no admite la posibilidad de emitir cheque incompleto o en blanco, ya que de admitirse se desnaturalizaría su función que es, fundamentalmente, la de instrumento de pago y se facilitarían el abuso y los fraudes. El cheque debe contener todas las enunciaciones esenciales para su validez en el momento en que se emite y faltando una de ellas, carece de valor como cheque y el portador a su vez carece de derecho para completarlo, de modo que si se transmitiera el instrumento, seguirá siendo inválido respecto de los que lo recibieren incompleto o tuvieren conocimiento de las deficiencias de su emisión. Por lo tanto, arguyen, el librador podrá oponer al portador que no hubiese recibido el cheque de buena fe, la circunstancia de haberlo emitido incompleto o en blanco, no obstante cualquier convenio de llenado que hubiese celebrado con el beneficiario del título (39).

Messineo dice que la solución negativa no puede ser absoluta, pero considera que el cheque debe ser pagado cuando la fecha ha sido llenada, de alguna manera, antes de la presentación (40).

Zabala Rodríguez afirma que la falta de pago no puede ser opuesta al portador de buena fe, o sea al que no fue tomador (41).

Fargosi, Fontanarrosa y Girdali están en contra de su admisibilidad, siempre que el cheque haya sido presentado con la fecha en blanco (42).

Villegas sostiene que debe ser pagado al tenedor de buena fe y que no existe disposición legal expresa que prohíba pagar el cheque completado en la fecha después de haber sido emitido (43).

Nosotros estimamos que para considerar reunidas las exigencias formales del artículo 1696 del Código Civil, es suficiente que el cheque se halle datado cuando es presentado al cobro, pero nada impide -ni obsta a su validez- que el librador lo entregue con la fecha en blanco, porque ello importa una tácita autorización al que lo recibe para completar ese espacio sin perjuicio, claro está, de lo dispuesto en los artículos 402 y 403 del Código Civil (44).

En tal sentido se pronuncian los fallos publicados en la Revista Jurídica La Ley, Números 128/124; 128/224; 137/785.

Seguidamente transcribimos algunos fallos jurisprudenciales en materia de cheques con fecha en blanco, publicados en el Tomo I, La Ley, pp. 328/329 (45).

En contra de la validez del cheque:

a) "Actualización de Jurisprudencia", Complemento, Tomo I, La Ley, pp. 328/329.

58. El requisito fecha exige que se consignen en el momento del libramiento todos los elementos que la componen, o sea, día, mes y año.

59. La función primordial del cheque que sustenta su razón de ser, es la de constituir una orden de pago a la vista. La entrega de un cheque

sin fecha y en garantía viola ese principio fundamental y produce su desnaturalización, la cual hace que el documento emitido en esas condiciones sea inhábil para requerir su pago por la vía ejecutiva.

62. No importa quién fecha el documento ni cómo lo hace, puesto que lo esencial es que el cheque en el momento de su cobro al menos no tenga la fecha en blanco, dado que le faltaría un elemento que hace a su regular formación.

63. Si el cheque fue presentado al banco sin fecha y esta institución se limitó a colocarle un sello con la fecha en que lo recibió, debe rechazarse la acción ejecutiva que se funda en tal documento por faltarle uno de sus requisitos esenciales.

65. Los tres cheques que fundan la ejecución contienen al dorso de cada uno tres anotaciones firmadas por el librador con texto “digo 28 de julio”, “digo 28 de agosto”, “digo 28 de noviembre”, y en consecuencia es aplicable lo resuelto por el Tribunal en el sentido de que las sucesivas anotaciones al dorso de los cheques, por las que se “salva” la fecha de emisión han importado verdaderas renovaciones de los papeles, lo que está en pugna con la naturaleza y fin del cheque, que es medio de pago y no instrumento de crédito. Asimismo, debe tenerse en cuenta que los papeles cambiarios son rigurosamente formales para asegurar su circulación y eficacia y los particulares no pueden innovar sobre las formas y recaudos legales, so pena de incurrir en la caducidad de documento.

b) “Actualización de Jurisprudencia”, Tomo II, La Ley, p. 19.

55. El acreedor no probó que la fecha auténtica del cheque fuera la que aparece visiblemente adulterada en el instrumento, por lo que esa deficiencia implica la inhabilidad del título, por referirse a uno de los elementos esenciales, como es la fecha de emisión.

A favor de la validez del cheque:

c) “Actualización de Jurisprudencia”, Complemento, Tomo I, La Ley, p. 329:

71. Es requisito fundamental que el cheque esté fechado en el momento de su presentación al cobro, sin que obste a su validez que el librador lo haya entregado con su fecha en blanco.

72. Es a cargo del librador la necesidad y oportunidad de demostrar que ha sido objeto de abuso o extorsión. No puede librar un cheque espontáneamente sin colocar la fecha, y apoyándose en su propia anomalía impugnar una obligación con argumentos puramente formales.

d) "Actualización de Jurisprudencia", Tomo II, La Ley, p. 19.

54. Tanto en las disposiciones del Código de Comercio como en las que rigen en la actualidad en virtud de las modificaciones introducidas por el Decreto-Ley 4776/63 (ADLA, XXIII-B,844), se menciona la fecha como una de las enunciaciones esenciales, pero nada prescribe sobre la oportunidad en que la misma debe ser colocada en el documento, lo cual no excluye que pueda hacerlo en el momento de su presentación al banco.

e) "Revista Jurídica Argentina La Ley", Repertorio XXXV, 1975, A-I, p. 408:

16. Quien recibe un cheque sin fecha está autorizado a llenarla, sin que por ello realice una maniobra dolosa, invocable por el firmante, estando el banco obligado a su pago, y aun es ejecutable, aunque la fecha se haya colocado por medios mecánicos, o el librador no lo haya redactado, pues la ley no establece que el formulario debe ser llenado por el librador.

9. PRESENTACIÓN DEL CHEQUE

La Sección IV, Capítulo XXVI, Título II, Libro Tercero del Código Civil se ocupa de la presentación y del pago del cheque.

"El cheque podrá ser de pago a la vista o de pago diferido.

El cheque bancario a la vista es pagadero en el acto de su presentación al banco girado. Presentado antes del día indicado como fecha de su emisión es pagadero el día de su presentación. Toda disposición contraria se tendrá por no escrita.

El cheque bancario de pago diferido será pagadero en el acto de su presentación al banco girado desde la fecha de pago fijada en el mismo. Presentado antes del vencimiento el banco deberá devolverlo por presentación extemporánea” (art. 3º Ley N° 805/96. Nueva versión del artículo 1725, Código Civil).

El cheque constituye principalmente una orden de pago librada contra un banco, y es en consecuencia un crédito exigible por el portador legitimado, que puede ser de pago a la vista o de pago diferido en el domicilio del banco girado, ante quien debe ser presentado; también puede ser pagado en otro domicilio convenido o a través de una Cámara Compensadora que se encarga de liquidar las cuentas entre bancos facilitando el pago de los cheques que los mismos se presentan recíprocamente, mediante la compensación (46).

El cheque no puede ser aceptado, a diferencia de la letra de cambio, sin perjuicio de lo establecido respecto a los cheques certificados.

Fontanarrosa señala: “La razón de la prohibición de aceptación de los cheques reside en que ella es contraria a la función jurídico-económica de estos títulos, que son simples medios de pago que presuponen la existencia de una provisión en poder del banco girado, que sólo actúa como cajero del librador. Admitir la aceptación significaría aceptar la posibilidad de agregar un nuevo obligado cambiario, tornando superflua la exigencia de la provisión de fondos y convirtiendo el cheque en una letra de cambio” (47).

9.1. PLAZO PARA LA PRESENTACIÓN

Según la nueva versión del artículo 1726 del Código Civil, el cheque bancario a la vista debe ser presentado al pago dentro del

plazo de treinta días de su emisión y el cheque bancario de pago diferido debe ser presentado al pago dentro del plazo de treinta días siguientes a la de la fecha de pago.

El cheque debe ser presentado al pago dentro de tales plazos, no computándose el día de la emisión o de la fecha de pago, ya se trate de cheque pagadero a la vista o de pago diferido. El artículo no distingue el lugar de emisión ni el domicilio del banco sobre el cual se gira. El nuevo régimen suprime, por lo tanto, la dualidad de términos que establecía el artículo 813 del Código de Comercio, según que los cheques fuesen librados sobre bancos de la misma plaza o de otra diferente. Y contra la tendencia de abreviar los términos, aconsejado por la Conferencia de Ginebra, ha establecido uno amplio de treinta días. No se admiten días de gracia, ni legales ni judiciales. Cuando el día del vencimiento coincide con día inhábil, el cheque debe ser presentado al pago el primer día hábil bancario siguiente (art. 338 Código Civil).

El artículo 1750 del Código Civil prevé el caso de fuerza mayor, expresando que cuando la presentación del cheque, la formalización del protesto, o la obtención de la comprobación equivalente en los plazos prescriptos, ha sido impedida por causa de fuerza mayor, esos plazos quedan prorrogados. En tal caso, el portador está obligado a dar, sin demora, aviso de dicha circunstancia a sus endosantes y a mencionarla por escrito fechado y firmado en el cheque o en su prolongación; y en cuanto a lo demás se observará lo dispuesto para los avisos por falta de pago. Cesada la fuerza mayor, el portador debe presentar sin demora el cheque al pago y, si fuere necesario, formalizar el protesto u obtener la comprobación equivalente. Si la fuerza mayor persiste más de treinta días, computados desde que el portador dio el aviso de ella al precedente endosante, aunque dicho aviso fue dado antes de la expiración del plazo de presentación, la acción de regreso podrá ser ejercida sin necesidad de presentación de protesto o de la comprobación equivalente. No se consideran actos constitutivos de fuerza mayor los hechos puramente personales del portador o de la persona encargada por él de presentar el cheque, de formalizar el protesto o de obtener la comprobación equivalente.

9.2. CHEQUE POST-DATADO

El cheque post-datado es aquél pagadero a la vista en el que la fecha consignada como de su creación no corresponde a la fecha en que realmente es creado; es decir, es aquél que se libra con una fecha posterior a la de su creación, pretendiéndose con ello postergar la fecha del pago, funcionando como instrumento de crédito en sustitución de otros documentos como las letras o los pagarés y además en caso de constituir una garantía de pago de una obligación, garantía que por efecto de las disposiciones punitivas establecidas en los artículos 10 y 14 de la Ley N° 805 y que podrían ser consideradas como estafa si se diesen las condiciones penales aplicables cuando los cheques no sean pagados a su presentación, la hacen mucho más enérgica y eficaz que cualquier otra garantía real o personal (48).

9.3. CHEQUE DE PAGO DIFERIDO

La Ley N° 805/96 crea un nuevo cheque bancario que es llamado de "pago diferido", que será pagadero en el acto de su presentación al banco girado desde la fecha de pago fijada en el mismo.

El cheque de pago diferido, como el cheque de pago a la vista, es un título valor que desempeña la función corriente de medio de pago con la característica especial de no poder ser presentado al cobro antes de la fecha estipulada en el mismo, por lo que hasta ese momento puede desempeñar las funciones que normalmente corresponden a otros títulos valores como ser la letra de cambio y los vales, aunque estos títulos también se utilizan como medio de pago (49).

Tal como lo señala Pérez Fontana, es una especie de *nasciturus* pues solamente producirá los plenos efectos del cheque común a partir de la fecha establecida para su presentación (50).

Fue creado para legalizar la práctica de la emisión de

cheques post-datados sin estar sujetos a las sanciones que la ley establece cuando se falsea alguna de las enunciaciones esenciales requeridas por la ley de fondo. Así podemos notar que la nueva ley que examinamos en su artículo 18 permite librar cheque con fecha adelantada o post-datado, a partir de la promulgación de dicha ley hasta el 1º de enero de 1997, fecha en que entrará en vigencia las disposiciones de la misma ley referentes al cheque de pago diferido, derogando, por consiguiente, el artículo 5º de la Ley N° 941/64 que castiga con penitenciaría de tres a seis meses a quien exige o acepta a sabiendas un cheque de fecha adelantada y sin fondos.

10. SUJETO DE LA PRESENTACIÓN

El sujeto activo de la presentación es el tenedor legitimado o su representante.

Si se trata de un cheque al portador, el título debe ser pagado en ventanilla sin que haya necesidad de fiscalizar la identidad de la persona que presenta el documento.

Si el cheque fuese a la orden o nominativo, con o sin endoso, el banco debe fiscalizar la identidad del sujeto que lo presenta, salvo que se verifique la identidad de la firma del último endosante con un endoso en blanco, ya que en esta circunstancia se entiende que el mismo equivale a un endoso al portador y el cheque pudo haber sido transferido nuevamente con la sola entrega material del documento.

El cheque “no a la orden” sólo será pagado al beneficiario que acredite su identidad o a su cesionario de acuerdo a las reglas de la cesión ordinaria.

En los tres supuestos mencionados más arriba, el cheque también puede ser presentado a un banco en donde el beneficiario tenga cuenta corriente a fin de que el mismo lo cobre y lo deposite en la cuenta del depositante. Si el cheque es presentado en el mismo banco librado para su depósito en cuenta corriente, el depósito se considera como dinero en efectivo siempre que tenga provisión de

fondos o se autorice su pago aun sin provisión de fondos. Si se deposita un cheque librado contra otro banco, la institución bancaria cobrará su importe por intermedio de la Cámara Compensadora y luego lo acreditará en cuenta corriente a favor del depositante.

El sujeto pasivo de la presentación es el banco girado. La Cámara Compensadora sólo actúa como agente de intermediación.

11. CAPACIDAD PARA OBLIGARSE POR CHEQUE

Respecto a la capacidad para emitir cheques de pago a la vista o de pago diferido, es aplicable el régimen general de la capacidad para el ejercicio del comercio, que se halla establecido en los artículos 36 y siguientes del Código Civil y artículos 1º, 6º, 7º, 8º, 9º de la Ley del Comerciante.

De conformidad al artículo 6º de la Ley del Comerciante, se requiere la libre administración de los bienes. Está establecido en el artículo 6º de la Ley del Comerciante: "Toda persona que tenga la libre administración de sus bienes puede ejercer el comercio". De modo, pues, que quien tiene la libre administración de sus bienes puede librar cheques o ser titular de una cuenta corriente bancaria. En efecto, tiene, en principio, la libre administración de sus bienes toda persona que haya cumplido veinte años y no haya sido declarada incapaz, conforme a la disposición del artículo 36 del Código Civil (58).

El menor que haya cumplido los diez y ocho años, también puede ejercer el comercio y, por consiguiente, ser titular de una cuenta bancaria. En efecto, el artículo 39 del Código Civil establece: "Cesará la incapacidad de hecho de los menores: a) de los varones y mujeres de diez y ocho años cumplidos, por sentencia de juez competente ante quien se acredite su conformidad y la de sus padres, y en defecto de ambos, la de su tutor, que los habilite para el ejercicio del comercio u otra actividad lícita". Concordante con dicha norma el artículo 7º de la Ley del Comerciante establece: "Toda persona que haya cumplido diez y ocho años, podrá ejercer el comercio si se halla autorizado legalmente o

emancipado. En caso de oposición del representante legal, deberá resolver el Juez de Menores. La autorización otorgada no podrá ser retirada al menor sino por dicho Juez, a instancia del padre, de la madre o del tutor, según el caso". Complementa tales disposiciones el artículo 1707 del Código Civil, al expresar: "El menor emancipado autorizado por el juez no asume obligación si la venia judicial para emitir cheques en cuenta corriente no ha sido acreditada en testimonio fehaciente ante el girado", ya se trate de cheques emitidos en el país o fuera de ella (art. 1698 Código Civil).

Los menores emancipados por el matrimonio se rigen por la disposición del artículo 39 inciso b) del Código Civil, en cuanto expresa: "Cesará la incapacidad de hecho de los menores varones de diez y seis años y mujeres de catorce años cumplidos por su matrimonio "los menores de uno y otro sexo que no hubieren cumplido diez y seis años de edad, excepto dispensa especial para casos excepcionales a partir de la edad de catorce años y a cargo del Juez en lo Tutelar del Menor".

En efecto, analizando la referida expresión "salvo las limitaciones establecidas en este Código" y las disposiciones del mismo, advertimos que de éstas no surgen limitaciones en cuanto a la administración y disposición en sí de sus bienes, ya que las mismas nada tienen que ver con ello al referirse a otras cuestiones, tales como que no pueden ser testigos en instrumentos públicos (art. 380 inc. a.), no pueden ser fiadores aunque tengan autorización judicial (art. 1458 inc. a.), la partición de herencia en que éstos intervengan, deberá ser realizada siempre por la vía judicial, bajo pena de nulidad (art. 2533), etc. Por consiguiente, estimamos que los menores emancipados por su matrimonio tienen plena capacidad para administrar sus bienes y, en consecuencia, librar cheques y operar en cuenta corriente bancaria.

12. DE LA TRANSMISIÓN DEL CHEQUE A LA VISTA O DE PAGO DIFERIDO

De acuerdo a la forma de emisión, varía el modo de transmisión del cheque, ya se trate de cheque pagadero a la vista o de pago diferido.

Si el cheque se libra a favor de persona determinada, con o sin cláusula "a la orden", se transmitirá por endoso (art. 1711 del Código Civil).

Si el cheque se libra a favor de persona determinada, pero con la cláusula "no a la orden", sólo se transmitirá bajo la forma y con los efectos de una cesión ordinaria (art. 1711, 1ª. Parte, del Código Civil).

Por último, si se librara al portador, como también a nombre de persona determinada con el agregado "al portador" y sin indicación de beneficiario, se transmitirá por la simple entrega.

El cheque puede también cambiar de mano en mano por un medio no cambiario: transmisión "*mortis causa*", cesión, fusión de sociedades, etc.

Siempre que se trate de cheques transferibles, los bancos y las empresas financieras están autorizados a administrar, descontar, comprar y vender cheques bancarios, librados a la vista o de pago diferido, respetando su naturaleza y en las condiciones establecidas por el Banco Central del Paraguay y la Ley General de Bancos del Paraguay se halla abocado a estudio de esta disposición legal para su reglamentación, sin que hasta la fecha se haya pronunciado sobre el mismo.

13. CHEQUE SIN PROVISIÓN DE FONDOS O RECHAZADO POR DEFECTO DE FORMA. SANCIONES

Quien librara un cheque bancario que, presentado al cobro al banco girado dentro del plazo que determina el artículo 1726, no tuviera suficiente provisión de fondos disponibles, o no tuviera autorización para girar en descubierto y no cancelara su importe dentro del tercer día hábil siguiente de la intimación para hacerlo, sufrirá una multa equivalente a un jornal mínimo para actividades diversas no especificadas de la República por el equivalente de cada diez de tales jornales en el importe del cheque o fracción.

Quedará de pleno derecho inhabilitado por un año para girar en cuenta corriente en todos los bancos del país:

- a) La persona o razón social que, en el transcurso de un año, librara diez cheques que fueran rechazados por defectos formales; tres cheques cuyo pago fuese negado por falta de fondos;
- b) La persona o razón social a la que se aplicara la multa prevista en el primer párrafo.

El banco girado comunicará dentro de las veinticuatro horas el cierre de la cuenta corriente bancaria a la Superintendencia de Bancos y ésta dentro de las cuarenta y ocho horas hará saber a los demás bancos de plaza la prohibición de operar en cuenta corriente bancaria de la persona física o razón social afectada.

Las inhabilidades y multas serán publicadas durante dos días en dos diarios de circulación nacional, con expresión de causa.

El importe de la multa deberá depositarse en el banco girado dentro del plazo de dos días, vencido el cual se hará efectivo por el banco girado sobre los fondos que el librador tuviera depositado en su cuenta bancaria.

Cumplido el plazo de inhabilitación, se dispondrá la rehabilitación para girar en cuenta corriente bancaria si el afectado acreditase haber pagado a los perjudicados por los cheques que ocasionaron la inhabilitación, la publicación a que se refiere el

párrafo anterior y, en su caso, el pago de la multa (art. 10, Ley N° 805/96).

Las multas provenientes de las disposiciones de esta Ley serán depositadas en una cuenta corriente abierta en el mismo Banco a la orden del Ministerio de Justicia y Trabajo o de la institución pública que administre los institutos penales de menores y destinada a la mejora de los mismos (art. 11, Ley N° 805/96).

14. BANCO QUE OMITA LA APLICACIÓN DE SANCIONES

El Banco que omitiera la aplicación de las sanciones establecidas en el punto anterior deberá ingresar a su costa las multas previstas con el cincuenta por ciento de recargo, salvo que el librador no pague la multa y en su cuenta corriente no hubiera fondos para debitarla (art. 12, Ley N° 805/96).

15. RESPONSABILIDAD CIVIL Y PENAL

Las inhabilidades y el cumplimiento de las multas y sanciones que impone esta ley, no extinguen la acción civil o penal que emerge de hechos tipificados como delitos en los que el cheque bancario ha sido usado como instrumento o medio de comisión de los mismos (art. 15, Ley N° 805/96).

Resulta evidente que las sanciones que imponen las disposiciones de la Ley N° 805/96 deben ser consideradas de carácter administrativo y por ello, tal como lo expresa la referida norma legal, no extinguen las sanciones penales y civiles que puedan emerger de hechos tipificados como delitos por la emisión de cheques sin provisión de fondos o por cuenta cancelada o por las adulteraciones que se puedan realizar en el libramiento o en la circulación del cheque.

16. CHEQUE LIBRADO CONTRA UNA CUENTA CORRIENTE BANCARIA CANCELADA O EN TALONARIO DE CHEQUE BANCARIO AJENO O ADULTERADO. SANCIÓN

La persona que libre un cheque bancario, propio o en representación de una persona física o jurídica, contra una cuenta corriente bancaria cancelada o en talonario de cheque bancario ajeno o adulterado, será inhabilitada por diez años para operar en cuentas corrientes bancarias (art. 13, Ley N° 805/96).

Estimamos que esta sanción es muy severa, ya que la citada norma no establece gradación ni monto a los efectos de la responsabilidad, por lo que por cualquier emisión de cheque bancario en cuenta cancelada, aunque el monto sea ínfimo, el librador, ya sea en cuenta propia o en representación de otro, debería sufrir la pena única de diez años. Además, la ley no se refiere específicamente a la sanción de no poder libar cheques en cuenta corriente sino a la inhabilitación, por diez años, para operar en cuentas corrientes bancarias, lo que le envolvería al sancionado en otras inhabilidades, tales como la imposibilidad de realizar otros contratos u operaciones bancarias en cuenta corriente, ajenos al libramiento de cheques.

Por otra parte, a los efectos penales, las adulteraciones o las falsificaciones efectuadas en un cheque bancario se considerarán hechas en un instrumento público (art. 14, Ley N° 805/96).

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

- 1) Caillemer: "Etudes sur les antiquités juridiques d'Athenes", Paris, 1865, 2e. études, p. 186, cit. por Balsa Antelo, en "El cheque. Su régimen jurídico privado y penal", Buenos Aires, Ed. Depalma, 1977, N° 2, p. 2.
- 2) Reborá, Juan Carlos, "Letras de cambio", Buenos Aires, 1928.
- 3) Uria, "Derecho Mercantil", Madrid 1958, p. 625, cit. Balsa Antelo, ob. cit. p. 3.
- 4) Bouteron: "Le cheque. Theorie et pratique", París 1924, pp. 7 y sgtes.
- 5) Balsa Antelo, ob. cit. N° 5, p. 2.
- 6) Enciclopedia Jurídica Omeba. T. V, Ed. 1982, cit. p. 417.
- 7) Argaña, Luis A. Tratado de Derecho Comercial, T. III,

- Asunción-Paraguay. Ed. El Foro, 1983, p. 369.
- 8) Escobar, Jorge, H. Derecho Comercial, Ed. La Ley S.A. Asunción, 1991, p. 99.
 - 9) Giraldi, Pedro Mario. Cuenta Corriente Bancaria y cheque. Ed. Astrea, Buenos Aires. 1973.
 - 10) Gómez Leo, Osvaldo. Instituciones de Derecho Cambiario. El cheque. Ed. Depalma. Buenos Aires. 1985, p. 16.
 - 11) Molle, Giácomo, Manual de Derecho Bancario. Segunda Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1977.
 - 12) La orden puede ser dirigida a un particular conforme a la norma del art. 1698 Código Civil.
 - 13) Gómez Leo, ob. cit. p. 2
 - 14) Gómez Leo, ob. cit. p.23.
 - 15) Rodríguez Rodríguez, ob. cit. p. 107.
 - 16) Pérez Fontana, Sagunto F., Cheques. IV-1. Montevideo-Uruguay, 1980. Ed. Fundación de Cultura Universitaria, p. 51.
 - 17) Cit. por Pérez Fontana, ob. cit. pp. 51/52.
 - 18) De Semo, ob. cit. N° 673. p. 652, cit. por Pérez Fontana, ob. cit. p. 52.
 - 19) Bonelli, N° 391, p. 751; De Semo, N° 673, p. 652; Rodríguez y Rodríguez, p. 107, cit. por Fontanarrosa, Rodolfo O., "Nuevo Régimen Jurídico del Cheque". Buenos Aires. Víctor P. de Zavalía, Ed. 6ª, ed. 1974, pp. 33/34.
 - 20) Bonfanti, Mario Alberto y Garrone, José Alberto. El Cheque. Buenos Aires, 2ª Ed., Abeledo Perrot, 1975, p. 35.
 - 21) Bonfanti, Garrone, ob. cit., p. 33.
 - 22) Cit. por Frugoni Rey, Guillermo F. "Esquema General de los títulos circulatorios", Ed. El Coloquio, Buenos Aires, 1977, pp. 161/162.
 - 23) Código de Comercio Comentado, T. III, p 507, cit por Enciclopedia Jurídica Omeba, T. V, Ed. 1982, p 415.
 - 24) Balsa Antelo, ob. cit., p. 25.
 - 25) Ibidem.
 - 26) Luis A. Argaña, ob. cit., pp. 368 y sgts.
 - 27) El Cheque. Corte Suprema de Justicia, Ed. El Foro. Asunción-Paraguay. 1988, p. 83.
 - 28) Bazán, Francisco, Régimen jurídico del cheque. Ed. Revista de derecho y jurisprudencia. pp. XI - XII.

- 29) Peroni, Juan Guillermo. El cheque postdatado y el cheque sin fecha en nuestro derecho positivo y en sus fuentes. Ley Uniforme de Ginebra, Código Italiano, Proyecto De Gásperi y Ley Argentina 4766/63. LL. P. Año 11, N° 1, p. 57.
- 30) Pérez Fontana, Sagunto F., Cheques. Aceptaciones bancarias, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo-Uruguay, 1978, p. 23.
- 31) Ibidem., p. 23.
- 32) Ibidem p. 24.
- 33) Ibidem, p. 24.
- 34) Fontanarrosa, Rodolfo O. ob. cit. p. 49.
- 35) Bouteron, La Jurisprudence, N° 61, p.p. 68/69, ob. cit. p. 50.
- 36) Supino-De Semo, ob. cit. p. 238.
- 37) Balsa Antelo y Belucci, Técnica jurídica del cheque, Buenos Aires, 1942, N° 67; Fernández, III, 511, cit. por Supino De Semo, ob. cit. p. 239.
- 38) Bonfante-Garrone, ob. cit. p. 73.
- 39) Fontanarrosa, Rodolfo O. ob. cit. p. 85, N° 3, Bonfanti Garrone, ob. cit. N° 53, p. 97.
- 40) Messineo. ob. cit. T. VI, p. 401, cit por Peroni, Juan Guillermo. El cheque post-datado y el cheque sin fecha en nuestro derecho positivo y en sus fuentes. Ley Uniforme de Ginebra, Código Italiano, Proyecto De Gásperi y Ley Argentina 4776/63. LL. p. Año 11, N° 1, p. 57.
- 41) Zabala Rodríguez, Ob. cit. T. V. p. 436, cit. por Peroni, Juan Guillermo, LL. P. Año 11. p. 57.
- 42) El Derecho T. VIII. p. 905; Fontanarrosa, ob. cit. p. 45; Giraldi, p. 202, cit. por Peroni, Juan Guillermo, ob. cit. p. 57.
- 43) Villegas, ob. cit. p. 212, cit por Peroni, Juan Guillermo, ob. cit. p. 57.
- 44) Ver, LL. P. Año 11, N° 1, p. 57.
- 45) Ver. LL. P. Año 11, N° 1. pp. 59/61.
- 46) Supino De Semo, ob. cit. p. 280.
- 47) Fontanarrosa, Rodolfo, ob. cit. p. 124.
- 48) Torres Kirmser, Ríos Ávalos, Moreno Rodríguez. Derecho Bancario. La Ley Paraguaya S.A., 1995, Asunción, P. 154.
- 49) Pérez Fontana, Sagunto F. Derecho Bancario. 4. Estudios. Cheques-Aceptaciones bancarias. Fundación de Cultura

Universitaria- 1978. Montevideo - Uruguay, p. 13.

50) *Ibidem*, p. 13.

51) Escobar, Jorge H. Derecho Comercial. La Ley Paraguaya, 1991, Asunción Paraguaya, pp. 121 y sgtes.

**“ACTO O ACTIVIDAD RIESGOSA COMO FUENTE
DE RESPONSABILIDAD CIVIL”**

REPORT ON THE IMPACT OF THE
DEPARTMENT OF CIVIL

ACTO O ACTIVIDAD RIESGOSA COMO FUENTE DE
RESPONSABILIDAD CIVIL
(Comentario al artículo 1846 del Código Civil)

Raúl Fernando Barriocanal*

La actividad del ser humano en sociedad implica siempre una posibilidad de que sus actos o sus omisiones, afecten al derecho de otros. De ahí que, su actuación dentro de dicho contexto social sea fuente de la institución denominada responsabilidad.

Así, una persona puede ser responsable del daño causado por un hecho propio, por un hecho de tercero o incluso por una simple circunstancia fáctica, requiriéndose para ello simplemente la existencia de imputabilidad.

El fundamento de la responsabilidad civil es una de las cuestiones debatidas en el derecho con opiniones divididas de grandes tratadistas y doctrinarios, y, justamente por la autoridad científica de ellos, el debate sigue, aunque, en la actualidad, inclinándose la legislación, como la nuestra, hacia una de las posiciones.

Uno de los sistemas concluye en que sólo es responsable para reparar un daño aquel quien ha actuado con culpa englobándose en este término el concepto de negligencia. Se

* Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de la Capital, Décimo Turno. Profesor Asistente de Derecho Romano en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción.

adhieren a esta tesis juristas como Mazeaud, Planiol, Capitant y los argentinos Llambías, Salvat, Colombo, Orgáz entre otros.

El otro sistema sostiene que se puede ser responsable SIN CULPA O NEGLIGENCIA, es el sistema denominado de la Responsabilidad sin Culpa, siendo sus defensores entre otros, Josserand, Démogue, Saleilles y los rioplatenses Spota, Borda, Mosset Iturraspe, etc.

Filosóficamente la Teoría Subjetiva de la culpa se sustenta en que “el hombre solo se siente responsable de los daños que causa cuando actúa con culpa”. Dentro de esta corriente, dominante en el Siglo XIX, se encuentra el Código Civil de Vélez Sarsfield. En sus artículos 1067 y 1109 contempla a la necesidad de la existencia de dolo o de la culpa para el logro de un resarcimiento indemnizatorio.

Frente a esta posición subjetiva de la culpa, se levanta la teoría objetiva del riesgo, que se enrola dentro de los teoréticos de la responsabilidad sin culpa. Aclaran éstos que la reparación del daño no es una pena como lo es la respuesta a un delito.

Se explica esto considerando que los actos del hombre pueden ser voluntarios e involuntarios. Los voluntarios se ejecutan con discernimiento, intención y libertad. A los involuntarios les falta el discernimiento, la intención o la libertad. Por discernimiento debería entenderse apreciar el acto que va a ejecutar, y civilmente, medir las consecuencias.

Por intención se entiende a la voluntad que orienta los actos hacia un determinado fin. Y, la libertad, es la posibilidad que tiene el ser humano de obrar de una manera u otra, eligiendo lo que considere más conveniente para él.

Los actos voluntarios pueden ser ilícitos o lícitos. Cae de maduro que ante un ilícito, el autor queda inmediatamente responsable de reparar los daños que ha causado, esta

responsabilidad está tratada en el Código Civil en el Capítulo "DE LA RESPONSABILIDAD POR HECHO PROPIO".

Del tratamiento que el derecho le da al obrar humano se desprende que la ley deja a cada uno la libertad de realizar sus actos; ella no prohíbe sino aquello que tiene un resultado dañoso directo. No podría prohibir lo que apenas trae en sí la virtualidad de actos dañosos una vez que se pueda creer fundamentalmente que tales peligros podrán ser evitados, sobre la base de la prudencia y a la habilidad. Pero, si la ley los permite impone a aquellos que toman el riesgo a su cargo con discernimiento, intención y libertad, la obligación de pagar los gastos resarcitorios respectivos que sean o no resultado de su culpa. Ocurrido el daño es preciso que alguien lo soporte.

Surge entonces la pregunta ¿Cuál sería el criterio de imputación del riesgo? Se responde que *"la práctica exige que aquellos que obtienen provecho de una actividad, soporten las cargas, por lo menos a título de causa material, ya que esa iniciativa constituye un hecho que en sí y por sí, encierra peligros potenciales contra los cuales los terceros no disponen de una defensa eficaz. La justicia quiere que se incline el plato de la responsabilidad para el lado del iniciador del riesgo"* (Raymond Saleilles. Revista Trimestral de Responsabilidad Civil. Tomo X).

El creador del riesgo pues, debe responder por los resultados nocivos o dañosos que ocurriere a los terceros, o dicho de otra manera, el que realiza los actos que causan un daño, deben responder por las consecuencias.

Es necesario sin embargo precisar esta tesis del riesgo. No todo acto sin culpa que causa daño hace que se deba indemnizar, sino solo hace imputable al autor que conocía y dominaba en general la fuente del riesgo.

En el Código Civil de Vélez Sarsfield se contemplan diversos casos de responsabilidad sin culpa, como la responsabilidad de dueños de hoteles, de buques, de animales, de

cosas inanimadas etc., pero, específicamente la responsabilidad por *toda actividad o acto riesgoso* no lo contemplaba. Por ello, el artículo 1846 de nuestro actual Código Civil, adhiriéndose a la tesis de la responsabilidad subjetiva sin culpa por la actividad riesgosa constituye un adelanto.

La referida normativa expresa: *“El que crea un peligro con su actividad o profesión por la naturaleza de ellas, o por los medios empleados, responde por los daños causados, salvo que pruebe fuerza mayor o que el perjuicio ocasionado fue por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por cuyo hecho no deba responder”*.

Como se podrá ver, la eximisión de la responsabilidad por los actos, solo se da en los casos de ruptura del nexo causal por la culpa de la víctima o de un tercero por cuyo hecho no deba responder.

Esta concepción de la responsabilidad responde obviamente a la línea solidaria que hoy se le da al derecho, y mediante el cual, el que causa un daño debe quedar obligado a repararlo. Así, la función del derecho es restablecer el equilibrio roto y el carácter personal y psicológico de la culpa no puede trascender e impedir que la sociedad se vea desprotegida y sustraída en el mecanismo de la paz social o de la misma supervivencia.

También, una razón de hecho justifica esta teoría. En muchos casos, a las víctimas les es difícil demostrar la culpabilidad en el agente dañoso. En cambio con la tesis subjetivista le basta con demostrar una vinculación causal para lograr la reparación. El eventual obligado debe demostrar la inexistencia del nexo causal para exonerarse de responsabilidad, dándose un caso de inversión de la prueba.

Esta tesis del riesgo se sustenta en dos cimientos dependientes uno del otro: 1) Que haya peligro o posibilidad

eventual de daño; y, 2) El asumir una actividad u obtener aprovechamiento de ella.

Concretando, entre los muchos efectos que rodean a esta concepción de la responsabilidad, uno de ellos, que trasciende a lo práctico, se refiere a la carga de la prueba. Así, la regla general en materia indemnizatoria requiere que el que reclama, el "dañado" sea el que pruebe la culpa o negligencia en el agente dañoso, pero en este caso, la carga de la prueba sufre una inversión y es el eventual obligado-responsable quien debe acreditar que el nexo causal no existe.

BIBLIOGRAFÍA

- 1) TRIGO, Félix A., STIGLITZ, Rubén. Derecho de Daños. Editorial La Roca.
- 2) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde. Resarcimiento de Daños. Editorial Hammurabi.
- 3) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde. Responsabilidad por Riesgo. Editorial Hammurabi.

... ..

... ..

... ..

... ..

... ..

... ..

... ..

... ..

... ..

... ..

... ..

... ..

“DAÑO MORAL”



DAÑO MORAL

Valentina Núñez González*

I. INTRODUCCIÓN

Generalmente, cuando ocurre un evento dañoso lo primero que se busca es tratar de determinar el monto del daño patrimonial sufrido por la víctima, sin prestarle mayor atención a una figura subyacente, la del daño moral.

El daño moral es una figura bastante difusa dentro del ordenamiento jurídico y ha sido objeto de numerosos cuestionamientos ya que lo que se pretende a través del mismo, es el resarcimiento del sufrimiento infligido a la víctima, desde el punto de vista espiritual, lo cual es considerado por muchos como una mercantilización de los sentimientos, pretendiendo que la víctima estoicamente soporte estas circunstancias, sin reclamar nada.

Sin embargo, en nuestro siglo con el reconocimiento del valor de los derechos humanos, ha adquirido extraordinaria relevancia en todos los órdenes. Partiendo de la base que el ser humano busca el bienestar y la felicidad, y este derecho le es reconocido universalmente, es obvio que quien atentare contra dicha pretensión a la larga se verá sometido a la necesidad de resarcir de alguna manera cualquier agresión que cometiere.

El Derecho, bajo ningún punto de vista, puede permanecer ajeno a esta realidad por el prurito de si el sufrimiento de la víctima es o no una cuestión que cae dentro de lo jurídico? Tenemos el

* Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de la Capital, Sexto Turno.

pleno convencimiento que si a una persona se le priva de la paz espiritual, se la somete al escarnio público, se le roba la tranquilidad, la autoestima, quien ha provocado todos estos desequilibrios debe ser sancionado con una pena pecuniaria.

No es posible concebir, que la víctima de tales ataques, que alteran su vida de relación, su vida familiar y profesional, deba sufrir internamente las consecuencias de semejante agravio y quien las produjo permanezca en total y absoluta impunidad.

II. ANTECEDENTES

Remontándonos a nuestra fuente principal, el Derecho Romano, vemos que si bien se hallaba asimilado a la noción de daño material, el mismo se encontraba íntimamente ligado a instituciones del derecho civil y penal. Se consideraba que aquel que cometía una *iniuria*, era pasible de una sanción penal y se encontraba obligado a un resarcimiento económico.

Más cercanamente, en las Siete Partidas, encontramos antecedentes que se relacionan a la reparación del daño moral. En la Ley I, Título XV, Partida VII, se habla que el daño, "*es el empeoramiento, o menoscabo, o destrucción, que el hombre recibe en si mismo, o en sus cosas por culpa de otro*".

Ahora bien, tanto en el Derecho Romano como en las Partidas, vemos que la figura iba relacionada generalmente a atentados contra el honor. El damnificado contaba con dos vías diferentes, que se excluían la una con la otra para obtener el resarcimiento pretendido. Por un lado, podía plantear el resarcimiento, estimando el valor pretendido y el juzgador lo fijaba según las probanzas y por el otro, se podía implementar como una acusación en la que quedaba a criterio del juzgador determinar el monto de la pena, monto que luego ingresaba a los fondos públicos.

Como vemos, se observa una mezcla entre en lo civil y lo penal. Las consecuencias de los ilícitos traen aparejada el castigo del autor y el resarcimiento del daño para la víctima.

Mosset Iturraspe al hablar del daño moral significa: "El proceso de reconocimiento de autonomía a la responsabilidad civil respecto de la penal se produce en Francia, a través de una lenta evolución con comienzos al principio de la Edad Media y culminación al final del Ancién Regime. Las líneas de fuerza de la evolución aparecen señaladas por Domat y Pothier: se inspiran en el distingo romano entre el "delito público" y el "delito privado" y por tanto, entre acción penal y acción reipersecutoria; de ahí se va desprendiendo, poco a poco la idea de que la represión de las infracciones debe ser cumplidas por el Estado, mientras que la reparación de los daños es asunto que interesa principalmente a los particulares".

Esto ha dado lugar a la formación de diversas doctrinas que niegan la posibilidad de la reparación del daño moral y otras que si la aceptan.

Los autores que sustentan la doctrina negativa clásica, fundamentan la misma en que el daño moral no es indemnizable por cuanto que ello atentaría contra principios jurídicos y éticos. Consideran estos autores, que siendo el daño moral una cosa intangible, no susceptible de apreciación pecuniaria, establecer monto para indemnizarlo resultaría totalmente arbitrario porque no existen parámetros para su medición a diferencia del daño patrimonial y que no existiendo daños materiales concomitantes, no es posible indemnizar a la víctima, porque esta incurriría en un enriquecimiento indebido y en una expoliación para el condenado.

Por otra parte, han considerado desde el punto de vista ético, que no es posible ponerle precio al dolor o al sufrimiento espiritual, porque sería altamente inmoral dicha pretensión, vale decir, que quien ha sufrido una lesión de dicha índole, debería ir a casa a llorar a solas su sufrimiento.

Afortunadamente hoy día, semejantes criterios han sido dejados de lado y la doctrina moderna acepta la indemnizabilidad del daño moral y dentro de este criterio, la mayoría de las corrientes, se muestran partidarias del carácter netamente resarcitorio que asume la indemnización, edificando el sistema en torno al daño injustamente sufrido por el damnificado, que debe ser reparado, provenga de conductas dolosas, culposas o riesgosas.

En nuestra legislación, la indemnización del daño moral es acogida en el artículo 1835 del Código Civil, que impone que: "Existirá daño, siempre que se causare a otro algún perjuicio en su persona, en sus derechos o facultades, o en las cosas de su dominio o posesión.

La obligación de reparar se extiende a toda lesión material o moral, causada por el acto ilícito. La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo. Si del hecho hubiere resultado su muerte, únicamente tendrán acción los herederos forzosos".

III. DEFINICIÓN

Se han ensayado diferentes conceptos para tratar de definir que se entiende por daño moral, pero no existe uniformidad al respecto. Algunas teorías sostienen que debe entenderse por daños morales aquellos que no entrañan por sí mismos una pérdida económica o una disminución del patrimonio. Otras sustentan que el daño moral consiste en una lesión a un derecho extrapatrimonial, en contraposición al daño patrimonial que es pura y exclusivamente lesión a bienes materiales. Una tercera corriente, síntesis de las dos anteriores, señala que el daño moral es el que se infiere al violarse algunos de los derechos personalísimos o de la personalidad, que protegen como bien jurídico tutelado a los atributos de la personalidad tales como la paz, la vida íntima, la libertad individual, la integridad física etc.

El autor Daniel Pizarro, ensaya una definición, extensa pero bastante ajustada a la realidad, señalando que "*el daño moral*

importa una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial”.

Efectuadas estas breves puntualizaciones sobre los antecedentes, definición y características, pasaremos a tratar más específicamente el aspecto que nos interesa del daño moral y que es el relacionado al daño moral resultante de la relación extracontractual.

IV. DAÑO MORAL RESULTANTE DE LA RELACIÓN EXTRA CONTRACTUAL

Dentro de esta clasificación existen numerosos aspectos que pueden ser considerados. Tenemos el daño moral derivado de lesiones a la integridad psicofísica, que comprenden aquellos que afectan al individuo en el cuerpo y en la salud (lesiones físicas; psíquicas; transmisión de enfermedades, etc.) conocido también como daño estético; daño moral por lesión a la intimidad, al derecho a la imagen, el derecho a la voz, y otros que atentan sobre derechos personalísimos del individuo, y entre ellos, el que más nos interesa, que es el derecho al honor.

El honor jurídicamente hablando, comprende dos aspectos, el subjetivo, que es la autoestima, el aprecio que uno tiene de la propia dignidad y el objetivo que se refiere a la estimación ajena (fama, reputación, estima o respeto que pueda merecer el sujeto frente a terceros) es decir, la valoración que otros hacen de la personalidad ético social del individuo.

La fama de que goza una persona, es un factor preponderante en sus posibilidades de éxito. Obviamente, quien merece la confianza de sus semejantes, quien goza de crédito moral, tiene mejores oportunidades tanto en lo social como en lo económico. Aquel a quien se desacredita públicamente, a quien se

sospecha de su honorabilidad, inevitablemente ve disminuidas sus posibilidades de éxito, lo que le acarrea secuelas espirituales y patrimoniales. De ahí, que el ser humano sea un celoso defensor de su honor porque su pérdida puede importar, casi una muerte civil.

Por ello, con inocultable preocupación, vemos hoy como se agrede el honor de las personas, especialmente por los medios de prensa, en forma constante, injuriándolas y sometiéndolas al descrédito con total y absoluta irresponsabilidad. Un simple rumor, es tenido como información cierta. Se atribuyen conductas no probadas. Se efectúan afirmaciones que aún cuando resulten desvirtuadas, ya no le quitan de encima a la víctima, el barro con que han enlodado su buen nombre.

Y de ahí que el resarcimiento del daño moral infligido, sea un paliativo, medianamente eficiente ante el perjuicio que se ocasiona al individuo.

Una de las figuras, que más frecuentemente es objeto de este tipo de ataques, es la del funcionario público, quien por su propia investidura, se encuentra en desventaja con relación a los simples ciudadanos, porque se le impone un mayor rigorismo a la hora de probar que ha existido una afrenta a su honor, cuando que al particular le basta acreditar la existencia de una mínima negligencia par obtener el resarcimiento.

El fundamento de tal distinción estribaría en que los particulares son más débiles a la hora de probar la existencia del ilícito y que los funcionarios tendrían más facilidad de acceder a los medios de comunicación para defenderse. Creemos que no se pueden efectuar distingos, porque el derecho al honor, es uno sólo e indivisible y los efectos que producen los ataques al mismo, son iguales para funcionarios o particulares, porque igual se ve afectada su vida de relación, profesional, su equilibrio emocional. No es justo imponerle una carga mayor, a la que de por sí la función pública le impone, a la hora de sancionar a quienes agreden su honor. Es cierto que por su función, están expuestos a la valoración de sus actos y a la crítica por parte de los medios, pero

cuando ella se transforma en un instrumento de agresión, se debe proteger igualmente al damnificado.

En este orden de cosas, consideramos que las afrentas al honor, inferidas a un magistrado judicial merecen algunas reflexiones.

Constantemente observamos que los magistrados son objeto de denuncias ya sea ante la Corte Suprema de Justicia, o ante el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados o bien de ataques a través de la prensa o de particulares a través de la prensa, acusándolos de actos de corrupción.

Quienes impulsan dichas acusaciones deben ser conscientes que están sujetos a las responsabilidades en que incurren en caso de ser comprobada la falta de veracidad de las mismas. Pero con frecuencia hemos visto, en los pocos casos de reclamaciones de daños y perjuicios por daño moral conocidos, planteados por los magistrados afectados, que los responsables pretenden eludir esa responsabilidad aduciendo que el magistrado carece de acción para tal pretensión, porque teniendo una investidura pública, está sujeto a cualquier tipo de crítica o imputación, y el simple hecho de ser una persona pública, exime al denunciante o agresor de toda responsabilidad.

Nada más alejado de la realidad. Una cosa es la crítica que pueda hacerse a los fallos dictados por el magistrado, que en algunos casos puede ser vehemente inclusive, pero que si es realizada con el debido respeto, no puede ofender al magistrado afectado, pero otra muy distinta cuando se cuestiona la persona del juez y su honorabilidad, y se le atribuyen favoritismos producto de factores extrajudiciales.

Inclusive, hablando de actividades meramente procesales, muchas veces los profesionales pretenden descalificar el fallo, extendiéndose en ataques personales contra el magistrado, injuriándolo no sólo en los escritos sino también en los corrillos tribunales. Este hecho puede ser igualmente fuente de un

derecho resarcitorio para el magistrado ofendido, independientemente de las sanciones que la ley o los códigos le autoricen imponer al transgresor. Así lo ha considerado la jurisprudencia argentina al señalar que se debe resguardar el derecho de las partes para ejercer con amplitud el ministerio que desempeñan admitiéndose la vehemencia, la ironía o la dureza, pero no debe confundirse la actuación funcional con la diatriba personal que excede el límite del derecho a la defensa en juicio.

Volviendo a los casos mencionados, consideramos que tanto las denuncias ante la Corte como las denuncias ante el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, generan responsabilidad para quienes las plantean, no sólo en el ámbito civil sino también en el penal.

Consideramos apropiado, transcribir parte de dos fallos de Cámaras Civiles argentinas sobre el particular: *“La petición de juicio político que tiene éxito causa daño, pero no es generadora de responsabilidad porque carece de antijuridicidad. En cambio, la que no es acogida y causa daño, es generadora de responsabilidad; es un hecho antijurídico, ilícito, porque contraría el principio de no dañar a otro, ergo le son aplicables los presupuestos generales del deber de reparar. La petición de juicio político debe ser considerada como un acto análogo a la denuncia y le son aplicables, también analógicamente, las disposiciones sobre la acusación calumniosa, la calumnia, la injuria o la lesión al honor, en caso de que así corresponda”* (Cám.1ª. Civil y Comercial, La Plata, Sala 3ª.28/8/92).

“Si bien el hecho de solicitar un juicio político es un acto no sólo lícito, sino reconocido constitucionalmente, como una garantía individual, la antijuridicidad deriva de haber ocasionado un perjuicio” (CN Civ. Sala G,10/11/89).

Toda denuncia o pedido de enjuiciamiento, trae aparejado para el magistrado un daño moral que puede tener consecuencias insospechadas. Como cualquier particular agraviado en su honor, transita por todos los estados anímicos que pueden generar un

hecho de esta naturaleza. Rabia, impotencia, nerviosismo, intranquilidad emocional, sus relaciones familiares se ven alteradas por la situación que atraviesa, psicológicamente se ve disminuido. En tanto dure el proceso y hasta que se conozca la sentencia, le resulta difícil llevar el relacionamiento habitual con sus colegas, y aún cuando fuere absuelto, se seguirá sintiendo inseguro, porque se vuelve vulnerable a cualquier ataque que puede provenir de personas simplemente afectadas por alguna decisión adoptada en cumplimiento de sus funciones jurisdiccionales. No es raro ver, denuncias promovidas con el solo objetivo de apartar al magistrado de algún caso determinado y más frecuentemente se observa en los escritos presentados, veladas amenazas de enjuiciamiento como una forma de amedrentar al mismo.

Por ello consideramos que dada las delicadas funciones que desempeña el magistrado, quien en forma irresponsable formula alguna imputación contra el mismo, demostrada la improcedencia de dicha imputación, debe responder por ello, porque se presume que ha actuado con dolo o con culpa.

La denuncia contra un magistrado por sus consecuencias, es un acto sumamente grave y debe tener sólidos fundamentos, no ser escape de simples inquinas personales o intereses que buscan apartarlo de entender en un caso, de ahí que compartimos la tesis sustentada por numerosos tratadistas, en el sentido que la culpa de quien comete el ilícito no debe ser analizada con rigor, como pretende la tesis americana mencionada precedentemente, sino que al contrario la mera comprobación de la existencia de la culpa es suficiente para determinar el deber resarcitorio.

En términos más claros, la existencia de una sentencia absolutoria, debe ser elemento suficiente para determinar la existencia de la culpabilidad de quien ha cometido el ilícito. No requiere de otra demostración.

V. DETERMINACIÓN DEL QUANTUM RESARCITORIO

Este es un punto hartamente debatido. Quienes sustentaban la teoría de que el sufrimiento moral no era resarcible basaban precisamente su teoría en la falta de parámetros para poder determinarlo. Hoy día, aún cuando se reconoce la procedencia del resarcimiento y que el mismo solamente puede ser satisfecho a través del dinero, subsiste sin embargo el problema que se genera para tratar de establecer el monto indemnizatorio de una manera más o menos científica.

La dificultad en la determinación del quantum, se presenta tanto para los abogados como para los magistrados. Los primeros, porque necesariamente deben establecer alguna pretensión dineraria y edificar su pretensión en torno a ella, aportando elementos de juicio convincentes. Los segundos porque si bien tienen una facultad discrecional, siempre estarán sometidos a la duda de si están indemnizando adecuadamente el daño.

Una jurisprudencia establecida por la Corte Suprema de Córdoba, señala: *“La explicación de la Cámara de que determinada suma de dinero constituye justa compensación del daño moral es suficiente para fundar la sentencia y excluir cualquier recurso por falta de motivación. Admitir lo contrario y exigir mayores precisiones sobre el criterio seguido para cuantificar el resarcimiento, sería desconocer la naturaleza del daño moral, ignorar la especial situación en que se encuentra el juez cuando debe liquidar esta clase de indemnización y, en último análisis, habilitar una causa de impugnación abierta hasta el infinito, frente a la cual ninguna sentencia estaría libre de censuras. Evaluar el daño moral significa medir el sufrimiento humano. Esto no sólo es imposible hacer en término cuantitativamente exactos, sino que es una operación insusceptible de ser fijada en conceptos de validez general o explicadas racionalmente. Cada juez pone en juego su personal sensibilidad para cuantificar la reparación; la cantidad de dinero necesaria para servir de compensación del daño es la que le sugiere, caso por caso, su particular apreciación y comprensión del dolor*

ajeno" (TSJ Córdoba, 12/12/86 autos: Carle c/ Superior Gobierno. Daños y perjuicios).

Como vemos no existen fórmulas mágicas ni matemáticas, que permitan valorar el monto a establecer. Solo existen algunas pautas que pueden ser tenidas en cuenta, como la de que efecto tendría en un ciudadano medio o común ese mismo evento dañoso, y a partir de ahí, adicionar elementos, también subjetivos, como posición del afectado, círculos en los que se desenvuelve, mayor o menor impacto, según que se haya publicitado a través de la prensa, etc.

En materia de resoluciones, no contamos en nuestro país con mucho material, debido precisamente al fenómeno de que el daño moral era considerado medianamente resarcible. Hoy día sin embargo, se van abriendo nuevas perspectivas. Quienes han sido querrellados injustamente y absueltos, plantean el resarcimiento del daño moral correspondiente. Los magistrados también han incurrido en este campo, y aquéllos que han sido sometidos a denuncias ante el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, formulan hoy día sus reclamaciones indemnizatorias. En tal sentido, podemos citar dos resoluciones recientemente dictadas. La primera por el Juez en lo Civil y Comercial del Séptimo Turno, Dr. Hugo Bécker (Caso: "Pedro Juan Mayor Martínez c/ Angélica Quiñónez Sanguina s/ indemnización de daño moral" y la segunda, por el Juez en lo Civil y Comercial del Décimo Turno, Dr. Raúl Fernando Barriocanal (Caso Rubén Darío Frutos c/ Avelino Avila Romero s/ indemnización de daño moral), en donde han llegado a la determinación del monto, por la vía de la apreciación subjetiva. Cabe esperar el resultado en Cámaras.

BIBLIOGRAFÍA

1. MOSSET ITURRASPE, Jorge. Responsabilidad por Daños, Editorial Rubinzal Culzoni, 1986.
2. MUÑOZ I SABATE, Lluís. Tratado de Probática Judicial. J. M. Bosch Editor S.A., 1996.

3. PIZARRO, Ramón Daniel. Daño Moral. Editorial Hammurabi. José Luis Depalma. Editor, 1996.

4. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde. Resarcimiento de daños. Editorial Hammurabi. José Luis Depalma. Editor, Tercera reimpresión, 1996.

“DAÑO MORAL CONTRACTUAL
Y DE OTRAS FUENTES OBLIGACIONALES”

THE NATIONAL ARCHIVES
COLLECTION OF FEDERAL GOVERNMENT RECORDS

DAÑO MORAL CONTRACTUAL Y DE OTRAS FUENTES OBLIGACIONALES

Sergio Martyniuk Barán*

I. DAÑO MORAL. CONCEPTO

Algunos autores denominan daño moral al menoscabo o lesión a intereses no patrimoniales. Otros aluden a los bienes no materiales, como la paz, la tranquilidad del espíritu, la libertad individual, el honor, etc. que tienen quizás un mayor valor para el bienestar y la felicidad del hombre. Dalmartello define el daño moral como: *“la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor precioso en la vida del hombre y que son la paz, la tranquilidad del espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más sagrados afectos”*. Para Brebbia son aquellos daños producidos a raíz de la violación de algunos de los derechos inherentes a la personalidad. Atendiendo a los resultados o consecuencias Orgaz define el daño moral como *“el acto ilícito que hace sufrir a las personas molestándola en su seguridad personal o en el goce de sus bienes o hiriendo sus afecciones legítimas”*. En suma: hay daño moral cuando se hiere o lesiona exclusivamente la esfera espiritual del hombre. (“Responsabilidad por daños”, por Jorge Mosset Iturraspe. T. IV, pág. 81/90).

Para Messineo, son supuestos de daño moral: (“Derecho Civil y Comercial”, T. IV, pág. 491):

* Miembro del Tribunal de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de Itapúa. Profesor de Derecho Civil (Obligaciones) en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica, Sede Regional Itapúa.

- a) El atentado a un derecho de personalidad moral o espiritual;
- b) el dolor no físico;
- c) la alteración psíquica o una grave perturbación;
- d) la lesión a los afectos o sentimientos;
- e) la lesión del rostro o, en general, del cuerpo (amputación de un miembro, la ceguera, la desfiguración del rostro, que significa pérdida o disminución del goce de los bienes espirituales de la vida y el dolor y la depresión psíquica subsiguientes).

II. EVOLUCIÓN DEL DAÑO MORAL EN NUESTRO DERECHO

El Código de Vélez que nos regía anteriormente limitaba la indemnización del daño moral al ocasionado por delitos de derecho criminal. El artículo 1078 decía que la indemnización del daño también comprendía el agravio moral que el delito hubiese hecho sufrir a la persona, molestándole en su seguridad personal, o en el goce de los bienes, o hiriendo sus afecciones legítimas. La misma disposición imponía esa limitación.

Estaba de por medio, además, la regla del artículo 1068 que establecía que el daño debía ser susceptible de apreciación pecuniaria. Norma que había generado una concepción patrimonialista del resarcimiento según la cual la prestación no solamente debía ser mensurable en dinero sino que ella debía presentar también una ventaja apreciable económicamente para el acreedor. Un interés puramente afectivo, moral intelectual, cultural, estético, etc., no era suficiente para darle acción resarcitoria.

Lógicamente, la jurisprudencia nacional aplicaba el daño moral dentro de los delitos y cuasidelitos, como consecuencia de muertes y lesiones. Era muy reacia, en cambio, en admitir la

reparación del daño moral derivado del incumplimiento obligacional.

Nuestros Tribunales empezaron a aplicar el daño moral contractual, en forma muy tímida, luego de entrar en vigencia el nuevo Código Civil. No obstante, durante la época anterior a la vigencia del mismo ya se habían escuchado las quejas del Dr. Ramón Silva Alonso quien afirmaba que: “...la reparación de los daños morales ha de extenderse no sólo a los supuestos de hechos de derecho criminal, sino incluso a los de hechos ilícitos, e incluso a los casos de responsabilidad contractual” (Revista La Ley. Año 1978. N° 1, pág. 1 y sgtes.).

El artículo 418 del Código actual al disponer que la prestación “...debe ser susceptible de valoración económica y corresponder a un interés personal, aun cuando no sea patrimonial del acreedor”, establece una importante distinción entre la patrimonialidad de la prestación (que siempre debe tener contenido patrimonial) y el interés del acreedor en esa prestación, que puede ser extrapatrimonial, como por ejemplo un interés moral, afectivo, filantrópico, de salud física, de esparcimiento, de distracción, etc. Obviamente, frente al artículo 418 de nuestro Código ya no caben dudas acerca de la posibilidad de resarcir el daño moral derivado del incumplimiento obligacional. Ella surge nítidamente del texto legal. Es más, a través del artículo 451, en forma expresa, nuestro Código reconoce una base contractual al daño moral.

En efecto, existen numerosas relaciones obligatorias en las que el interés del acreedor por el cumplimiento de la prestación se halla vinculado con sus afectos, con sus sentimientos, con su salud, con su seguridad. En la doctrina como en la jurisprudencia encontramos muchos ejemplos que demuestran la existencia de un interés extrapatrimonial del acreedor en la prestación y que justifican la razonabilidad de este resarcimiento. Así, por ejemplo, el contrato celebrado con una empresa organizadora de viajes de turismo. El fin perseguido por el viajero es disfrutar de un periodo de distracción, de descanso, de reposos, de distensión. Ese es su

interés en la prestación contratada. El daño causado a ese interés por incumplimiento de la agencia en casos de frustración de las expectativas, producción de molestias, inconvenientes, demoras, etc. sufridos en el transporte y en el alojamiento, etc., en resumen: cuando la sucesión de maravillas anunciada y contratada se convierta en una sucesión de frustraciones y desilusiones, es indemnizable. O el mandatario, a quien se le ha otorgado mandato por los parientes del difunto para renovar el alquiler de un nicho, y que por negligencia omite cumplir con esa prestación, ocasionando que los restos sean cremados. O cuando los novios contratan el servicio para el banquete de la fiesta de boda. Llegado el momento la empresa que debía prestarlo no lo realiza, con lo que los recién casados deben soportar ante todos sus invitados la humillación de cancelar el banquete.

III. DAÑO MORAL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL. DIFERENCIAS

El daño moral contractual deriva de la violación de una obligación específica preexistente, de un deber concreto frente a personas determinadas de acreedores. El daño moral extracontractual o aquiliana, en cambio, emerge de la violación de la obligación genérica frente a todos de “no causar daño a otro”, el cual no presupone la existencia de algún vínculo específico.

Para nuestro Código el daño moral es siempre indemnizable, sea que provenga del incumplimiento de una obligación contractual, sea que derive de un hecho ilícito delictual o cuasidelictual, pero cada una de estas responsabilidades están reguladas de manera separada, independiente. Dicho en otros términos: nuestro código tiene dos regímenes de responsabilidad por daño moral: uno para el ámbito contractual y otro para el ámbito extracontractual.

1) AMBITO CONTRACTUAL

Art. 451: “CUANDO LA OBLIGACIÓN NO CUMPLIDA PROVIENIERE DE ACTOS A TITULO ONEROSO, Y EN

TODOS LOS DEMAS CASOS EN QUE LA LEY LO AUTORICE, HABRA LUGAR A RESARCIMIENTO, AUNQUE EL PERJUICIO NO FUERE PATRIMONIAL, DEBIENDO EL JUEZ ESTIMAR SU IMPORTE CON ARREGLO A LAS CIRCUNSTANCIAS”.

2) AMBITO EXTRA CONTRACTUAL

Art. 1835, 2da. parte: “LA OBLIGACIÓN DE REPARAR SE EXTIENDE A TODA LESION MATERIAL O MORAL CAUSADA POR EL ACTO ILÍCITO”.

Al referirse el artículo 451 a “...*todos los demás casos en que la ley lo autorice*”, nuestro Código está regulando el incumplimiento de las obligaciones en general, y no solamente a las obligaciones nacidas de los contratos, como por ejemplo a las obligaciones derivadas de la ley, del enriquecimiento sin causa, de la voluntad unilateral, etc.. En la práctica, la mayoría de las demandas resarcitorias que invocan el incumplimiento de una obligación se refieren a relaciones de origen contractual; sólo por excepción aluden a obligaciones emergentes de otras fuentes.

Se justifica este diferente tratamiento legal del daño moral que hace el Código?. Por qué razón el daño moral nacido de un hecho ilícito se regula en una parte, y el ocasionado por la violación de una regla contractual en otra?. Es que acaso el daño moral causado no es el mismo en uno y otro supuesto?. Quien ha explicado mejor la necesidad de un tratamiento discriminado del daño moral en materia contractual y extracontractual es el jurista argentino Guillermo Borda: “*La ley debe ser más severa con el autor del hecho ilícito que con el incumplidor de una obligación. En el respeto de una norma jurídica está comprometido un interés de orden público. Su violación causa un perjuicio grave e inmediato de orden social; importa un escándalo del punto de vista del derecho positivo. La violación de un contrato no es tan grave. Ciertamente también hay un interés general en que los contratos sean cumplidos, pero ese interés público solo juega de manera mediata. Lo inmediato es sólo un interés privado...*”. Y agrega

luego: *"...Y por ello también la ley ha sido más rigurosa al considerar la indemnización del daño moral en los hechos ilícitos que en el incumplimiento contractual"* ("La Reforma de 1968 al Código Civil, Ed. Perrot, 1971, pág. 200 y sgtes.).

Otra razón favorable al distinto trato que la ley acuerda al daño moral, es que la mera connotación de orden psíquico que aparece como efecto común del incumplimiento contractual, como la mera inquietud o molestia, contrariedad, perturbación o decepción, etc. que soporte una persona cumplidora frente a otra incumplidora, no es suficiente para configurar el daño moral. Tales efectos en la esfera espiritual carecen de entidad suficiente para calificarlos como daño moral. Ello no quiere decir que el juez no deba acoger el reclamo por daño moral que se le hubiere formulado por incumplimiento obligacional. La índole del incumplimiento puede colocarlo en la necesidad de hacer lugar a tal demanda. Así, por ejemplo, el incumplimiento de un contrato en el cual una persona ha jugado su propio destino, ha cifrado sus mayores esperanzas, arriesgando todo su capital, puede llegar a ocasionar un profundo dolor moral, angustias y padecimientos tan o más hondos que los que pudiera sufrir como consecuencia de los daños físicos en un accidente automovilístico.

En razón de las peculiaridades que presenta, el daño moral debe tener una regulación diferente, separada, discriminada en el ámbito contractual. Su admisión en esta órbita debe ser necesariamente restrictiva y excepcional, para que no se convierta en fuente de reclamos abusivos y de enriquecimiento incausado al pretenderse cobrar indemnizaciones por cualquier molestia derivada del incumplimiento del contrato. No debe perderse de vista, además, que para compensar esos perjuicios está también la indemnización del daño material ya que lo que normalmente resulta lesionado es nada más que un interés económico, el cual puede quedar suficientemente reparado con el cumplimiento por equivalencia.

IV. CARÁCTER DE LA INDEMNIZACIÓN

Para algunos autores la indemnización del daño moral tiene carácter predominantemente resarcitorio, por lo que el juez, para su determinación, debe centrar toda su atención en la situación de la víctima. Afirman que lo importante es la persona del damnificado y que la reparación debe medirse por el daño y no por la conducta del responsable. Para fijar el monto indemnizatorio debe atenderse la naturaleza y gravedad del incumplimiento, las afecciones espirituales o morales provocadas, su entidad y extensión, las condiciones personales de la víctima (actividad profesional, condición social, edad, sexo, etc.). La determinación del monto no debe necesariamente guardar relación ni proporción con el daño material. El daño moral no es un daño accesorio de aquel. Puede incluso existir daño moral con prescindencia del daño material.

El carácter resarcitorio -sostienen- surge expresamente de los mismos textos legales. La ley habla de "reparación", "resarcimiento", "indemnización", y no se refiere a la pena o sanción ejemplar.

Desde este punto de vista, la reparación del daño moral en dinero será siempre insuficiente en relación con los valores espirituales o morales que han sido lesionados o cercenados definitivamente pero al no existir otro medio o recurso dentro de las posibilidades humanas, la justicia debe determinar en dinero la reparación, reparación esta que en modo alguno cumple una función valorativa exacta, sino una función de satisfacción frente al sufrimiento. La indemnización pecuniaria nunca podrá ser el precio del dolor sufrido pero contribuye a sobrellevarlo. El dolor es menor cuando se padece con dinero. Además, aunque incompleta, con ella por lo menos se deja a salvo el principio de la reparación.

Resarcir los daños morales de modo pecuniario -sostienen- no es materializar los intereses extrapatrimoniales, sino al contrario, espiritualizar el Derecho en cuanto éste no se limita a la protección de los bienes materiales y rodea también de seguridad

aquellos bienes no económicos, aquellos bienes morales y espirituales que son inseparables de la persona humana.

Para otros autores, en cambio, la reparación del agravio moral cumple una función punitiva, ejemplarizadora, sancionadora. Constituye más una pena que un estricto resarcimiento. Con ella se trata de reprobear la conducta irregular llevada a cabo por el incumpliente. Ello es así por cuanto el dolor o el padecimiento espiritual no es susceptible de ser mensurado, ni se calma o desaparece por una compensación de orden económico. La regla contenida en el Código encuentra su fundamentación correcta si se la enfoca del lado del incumpliente, cuyo castigo es de trascendental importancia para la sociedad, la que tiene interés en evitar la producción de incumplimientos obligacionales.

Enfocada la cuestión desde esta perspectiva, el juez debe fijar el "quantum" de la reparación teniendo en cuenta primordialmente la conducta del agente del daño, la gravedad del incumplimiento, su mayor o menor deber de prever las consecuencias, sus posibilidades económicas, su personalidad, etc. En resumen: construyen la responsabilidad de lado del incumplidor.

Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia la mayoría se inclina por la tesis de la naturaleza resarcitoria del daño moral.

V. PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

Los requisitos para la configuración de la responsabilidad civil por daño moral contractual, son:

- a) *Existencia de una obligación preexistente válida:* El primer requisito es que exista una obligación preexistente, emanada de un contrato válido y vigente o de otra fuente idónea para generarla. Esa obligación debe ser exigible, no estar supeditada a un plazo o a una condición, ni tampoco el cumplimiento previo por la contraparte. Un contrato nulo, inexistente por

faltar un requisito o mediar un vicio, queda fuera de la responsabilidad contractual.

- b) *Incumplimiento obligacional*: El segundo presupuesto es el incumplimiento de la obligación de dar, hacer o no hacer prometida por el contrato. Incumplir significa falta de ejecución o ejecución inexacta de la prestación. En efecto, en algunos casos el cumplimiento total del contrato será imposible, en otros la ejecución podrá ser parcial en la que el deudor habrá cumplido con algunas prestaciones, dejando otras pendientes.

Si el deudor se ha obligado a cumplir libremente. No ha condicionado su obligación ni ha aludido a dificultades insuperables que podrían actuar como causas de justificación, entonces su deber es cumplir. En caso de no hacerlo, viola esa obligación causando con esa conducta un daño injusto.

- c) *Imputabilidad*: Para generar la responsabilidad civil, el incumplimiento obligacional debe ser imputable al deudor, sea en base a factores subjetivos (dolo o culpa) o sea en base a factores objetivos, como en las hipótesis de las obligaciones de resultado, de garantía y de seguridad. Actualmente el derecho de daños adopta con mayor intensidad el carácter objetivo de la responsabilidad civil en la órbita contractual.
- d) *Relación de causalidad adecuada*: En la responsabilidad contractual solamente el daño moral que guarde un adecuado nexo de causalidad con el incumplimiento puede asumir el carácter de resarcible. No cualquier padecimiento puede admitirse como daño moral ya que debe mediar una conexión directa y adecuada con el incumplimiento. Existen casos en que el incumplimiento del contrato no acarrea daños morales, pues no conlleva agravios a intereses extrapatrimoniales, como ocurre generalmente en el incumplimiento de obligaciones mercantiles con fines lucrativos. La exigencia de una relación de causalidad adecuada entre el incumplimiento y el daño moral constituye una regla valiosísima para incluir o excluir de

la reparación a los menoscabos invocados por el contratante cumplidor.

Como en los incumplimientos contractuales frecuentemente el daño moral aparece como consecuencia mediata o extrínseca (que no se sufre en el bien que es el contenido de la prestación sino en los bienes extrapatrimoniales o espirituales), debe tenerse muy en cuenta cuál es el bien o la utilidad buscada por el acreedor mediante el contrato celebrado, cuál es el interés -moral, afectivo, etc.- que pretende alcanzar con el cumplimiento de la prestación.

- e) *Daño moral resarcible*: El Derecho no resarce, a través del daño moral, cualquier incumplimiento contractual. Máxime aún si se tiene en cuenta que en este ámbito lo que resulta de ordinario afectado no es nada más que el interés económico y solo excepcionalmente se ocasiona un agravio moral. El daño moral es la lesión de razonable envergadura a los derechos de la personalidad o intereses extrapatrimoniales tutelados por la ley. Sólo se resarce aquel menoscabo que, por sus consecuencias, produzca un efectivo deterioro en la esfera espiritual o moral del damnificado. Por ello no se repara cualquier molestia, ansiedad, frustración, disconformidad, etc. que ocasiona cualquier incumplimiento.

Mosset Iturraspe señala al respecto: "...Y coincidimos en que el daño moral contractual no puede ser el efecto común en la psiquis de una frustración, de un crédito no satisfecho, una deuda no salda. Debe tener una particular entidad, gravedad o jerarquía. De ahí que deba ser probado, y que el juez tenga un gran margen en la apreciación sobre su reparabilidad. De lo contrario, todo incumplimiento, sea de la prestación que fuere, total o parcial, o mero retardo o cumplimiento irregular, inoficioso o viciado, desencadenaría la responsabilidad por daño moral. Así, con semejante amplitud, se convierte en un plus indemnizatorio; en una fuente de enriquecimiento. Es un daño moral de pura ficción y no de realidad" ("Responsabilidad por Daños. El Daño Moral", T. IV, pág. 156/157).

VI. PRUEBA DEL DAÑO MORAL CONTRACTUAL

El daño moral en materia contractual plantea dos cuestiones fundamentales: una, relativa a la prueba del daño moral; y otra, referente a la función del juez en la apreciación de tales daños.

Hemos establecido la regla que no cualquier incumplimiento es indemnizable. Hemos puntualizado también que lo razonable es atender la índole de los bienes y servicios de los que se ve privado uno de los contratantes a raíz del incumplimiento y el efecto que la privación o disminución tiene en su estado de espíritu, para evitar de esa forma que la indemnización del daño moral se convierta en fuente de reclamos abusivos pretendiéndose el cobro en dinero de la menor molestia derivada del incumplimiento contractual.

La mera inejecución contractual no es evidencia de daño moral. A diferencia de lo que ocurre con el daño material, la alteración disvaliosa del estado espiritual del individuo debe presentar cierta magnitud para ser reconocida como perjuicio moral. Una molestia de escasa importancia nunca lo configurará. Esto quiere decir que hay un piso de molestias, disgustos, frustraciones o padecimientos recién a partir del cual este perjuicio se configura jurídicamente y procede su reclamo.

En los casos de indemnización por responsabilidad contractual, el daño moral debe ser circunstanciadamente juzgado, esto es, según pruebas y elementos que surjan de los hechos. El incumplimiento contractual puede generarlo cuando realmente los hechos respectivos tienen entidad para afectar la esfera de los derechos personalísimos de los individuos. Debe afirmarse el análisis ya que por su propia naturaleza solo excepcionalmente se configura el daño moral en el ámbito contractual, donde de ordinario resulta afectado un interés puramente económico.

Quien invoque daño moral contractual debe probar los hechos y circunstancias que determinan su existencia concreta. Demostrar acabadamente que el incumplimiento ocasiona una auténtica lesión espiritual, una verdadera lesión de sentimientos, de afecciones o de tranquilidad anímica, que no puede y debe confundirse con las inquietudes propias y corrientes del mundo de los negocios. Los jueces deben estar alertas contra los reclamos excesivos. La necesidad de exigir su prueba y la demostración de su relevancia o entidad funcionan como dique de contención para conjurar la amenaza de extender el círculo de los reclamos más allá de lo razonable.

VII. EL ROL DEL JUEZ

Dispone el artículo 451 del Código Civil que cuando la obligación no es cumplida habrá lugar a resarcimiento moral “...*debiendo el juez estimar su importe con arreglo a las circunstancias*”. La ley utiliza el verbo “deberá”, que resulta aparentemente imperativa para el juez. Sin embargo, teniendo en cuenta las otras expresiones utilizadas, creemos que el texto legal citado no establece una indemnización automática en materia de responsabilidad contractual. El “*debiendo*” no debe interpretarse como sinónimo de admisión irrestricta del daño moral por incumplimiento contractual. La norma examinada deja al magistrado un margen amplio de apreciación, con el objeto de eliminar automatismos. A la hora de cumplir con su cometido de calibrar el daño moral el juez debe ajustarse a las realidades objetivas que el caso concreto presenta. El incumplimiento puede llegar a dar causa a un pesar o sufrimiento moral digno de ser acogido, en este caso no podrá dejar de condenar por motivos puramente subjetivos. Del mismo modo, tampoco podrá mandar resarcir cualquier incumplimiento.

Por su misma naturaleza el daño moral no resulta susceptible de ser mensurado con elementos que se cuentan o se pesan. No hay modo de calcular con exactitud el monto de la indemnización. Por ello, en caso de ser procedente, el juez debe fijar el “quantum” utilizando el criterio establecido en el artículo

451: computando todas las particularidades que presenta el caso concreto.

Entendemos que el vocablo “*debiendo*” utilizado en el artículo 451 del Código no debe ser entendido como imponiendo al juez la obligación de conceder la indemnización ante el solo incumplimiento del contrato.

La noción del daño moral no es equiparable a las molestias, dificultades, inquietudes o perturbaciones que pueda llegar a provocar un incumplimiento contractual, en tanto esas vicisitudes o contrariedades son propias de cualquier contingencia desfavorable en el mundo de los negocios. Pensar de otro modo llevaría a la absurda conclusión de que todo incumplimiento contractual sería apto para generar un daño moral.

1971 population census. The population was divided into 10-year age groups and the 1971 population was assumed to be constant.

The population growth rate was estimated by fitting a Gompertz curve to the population data. The Gompertz curve is a sigmoid curve that is commonly used to model population growth. The population growth rate was estimated to be 0.015 per year.

The population growth rate was estimated by fitting a Gompertz curve to the population data. The Gompertz curve is a sigmoid curve that is commonly used to model population growth. The population growth rate was estimated to be 0.015 per year.

“SUCESIÓN: ASPECTOS CONTEMPLADOS
EN EL CÓDIGO CIVIL Y LAS NUEVAS LEYES
QUE INTRODUCEN MODIFICACIONES
A DICHAS NORMAS”

THE UNIVERSITY OF CHICAGO
LIBRARY
540 EAST 57TH STREET
CHICAGO, ILL. 60637

SUCESIÓN: ASPECTOS CONTEMPLADOS EN EL CÓDIGO
CIVIL Y LAS NUEVAS LEYES QUE INTRODUCEN
MODIFICACIONES A DICHAS NORMAS

Lucila Fernández de Echauri*

El Código Civil Paraguayo fue sancionado por el Congreso Nacional como Ley N° 1183, el 18 de Diciembre de 1.985 y se promulgó por el Poder Ejecutivo el 23 de Diciembre del mismo año, entrando a regir el 1° de Enero de 1.987. Desde su promulgación ha sufrido varias modificaciones, especialmente en cuanto al derecho de familia y el hereditario, por la Ley de Divorcio N° 45/91; Ley N° 1/92 De la Reforma Parcial del Código Civil, la Ley N° 204/93 que modifica el Código Civil y establece la igualdad de los hijos en el Derecho Hereditario, y la Ley N° 1136/97 De Adopciones.

Nuestro Código Civil se refiere a cada una de las disposiciones en su Libro V, con el Título "De la Sucesión por causa de muerte".

De lo dispuesto por el artículo 2443 del Código Civil podemos definirla a la Sucesión como la transmisión del patrimonio de una persona que muere a una o varias personas que le sobreviven.

* Juez de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y Tutelar del Menor del Segundo Turno de la Circunscripción Judicial de Villarrica. Encargada de Cátedra de la Asignatura Derecho Civil (Sucesiones) del Sexto Curso de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U. N. A., Filial de Coronel Oviedo.

CLASES

Dos son las especies de sucesión *mortis causa* instituidas por el Código: la intestada (arts. 2583 C. C.) y la testamentaria (arts. 2608 y sigtes.).

El Título I que hace referencia a los Derechos Hereditarios, en su Capítulo I trata sobre las Disposiciones Generales.

El principio declarativo de que la sucesión *mortis causa* se produce sin tradición, y que no se tiene en cuenta el origen de los bienes se consagra en las disposiciones Generales, con lo dispuesto en los artículos 2443 y 2446 del Código Civil que expresan: “*que desde la muerte de una persona se transmite la propiedad de los bienes y derechos que constituyen la herencia, a aquellos que deban recibirla*” y que “*Desde la muerte del causante, sus herederos le suceden en sus derechos efectivos y eventuales. Son poseedores de lo que su autor poseía aún antes de ejercer efectivamente el derecho sobre las cosas hereditarias*”.

Otro principio es que *lo que se hereda es una universalidad jurídica*, este principio se halla consagrado en el artículo 2444 del Código Civil que establece: “*La Sucesión a título Universal es la que tiene por objeto un todo ideal, sin considerar a su contenido especial, ni a los objetos de esos derechos. La Herencia comprende todos los bienes, así como los derechos y obligaciones del causante que no se hubieren extinguido por su fallecimiento*”.

El Capítulo II y III del Título I hace referencia a la aceptación y repudiación de herencia.

CAPACIDAD PARA ACEPTAR LA HERENCIA

Toda persona “capaz puede aceptar la herencia con o sin beneficio de inventario. Al hablar de capacidad tenemos que remitirnos a los artículos 36 y siguientes del Código Civil. El artículo 36 establece: Este Código reputa plenamente “capaz” a

todo ser humano que haya cumplido veinte años de edad y no haya sido declarado incapaz judicialmente.

El artículo 39 determina los casos en que cesa la incapacidad de hecho de los menores. Este artículo se halla modificado en su inc. b) por el artículo 17 de la Ley N° 1/92, que regula sobre la capacidad para contraer matrimonio, preceptúa que no puede contraer matrimonio los menores de uno u otro sexo que no hubiere cumplido 16 años de edad, excepto dispensa especial para casos excepcionales a partir de la edad de 14 años y a cargo del Juez en lo Tutelar del Menor.

El artículo 2445 del Código Civil preceptúa: “Toda persona es capaz de suceder salvo lo dispuesto por este Código”.

También tienen capacidad para recibir por testamento las personas jurídicas y aún las inexistentes cuando se les lega para su creación.

La vocación hereditaria es anterior a la muerte del autor de la sucesión. Es el llamado que hace la ley o el testador a quien deba recoger una sucesión.

La capacidad sólo se juzga al tiempo de la muerte.

El designado va a recibir la herencia si tiene capacidad legal para suceder a la muerte del causante.

La incapacidad en el Derecho Sucesorio, es el impedimento legal de recoger la herencia por parte del llamado a la Sucesión, sea por la ley o por el testador.

En nuestro derecho entre los que carecen de capacidad para adquirir *mortis causa*, porque la ley le ha privado de la aptitud de recibir los derechos del difunto se encuentran los esposos.

El artículo 2587 del Código Civil dispone que la sucesión entre esposos no tendrá lugar: a) cuando hallándose enfermo uno

de los cónyuges al celebrar el matrimonio, muriese de esa enfermedad dentro de los treinta días siguientes. Salvo que el matrimonio se hubiere celebrado para regularizar una unión de hecho, haya o no hijos, b) si se hallaren separados por Sentencia Judicial respecto del que hubiera dado causa para ello, y c) si lo estuvieren por mutuo consentimiento, o de hecho, sin voluntad de unirse.

Esta norma coincide con la disposición del artículo 19 de la Ley N° 45/91 que determina, que el divorcio vincular extingue la vocación recíproca de los divorciados.

Si la separación de cuerpos por sentencia judicial, así como la separación de hecho sin voluntad de unirse priva de la vocación hereditaria, con mayor razón el divorcio vincular que separa, definitivamente, a los cónyuges y extingue sus relaciones maritales debe ser causa de pérdida del derecho a la herencia.

Se debe diferenciar la causa de la pérdida de la vocación hereditaria por el artículo 2587 inc b) y c). Esa pérdida está condicionada a la culpabilidad del que dio motivo a tal separación; y respecto de los separados de hecho cuando no tuvo voluntad de unirse.

En el divorcio vincular la pérdida del derecho a la herencia no está condicionada. El fallo judicial firme y ejecutoriado hace perder la vocación hereditaria a los cónyuges cuando se divorcian.

El Capítulo V se refiere a la indignidad y la desheredación.

Otro caso de impedimento para suceder por causa de muerte es la indignidad y la desheredación. Los indignos y desheredados pierden su vocación hereditaria por los hechos indicados en los artículos 2490 – 2491 y 2499 del Código Civil.

El artículo 2490 en su primer apartado dice: “Los herederos o legatarios que hubieren atentado contra la vida, la integridad física o la honestidad del causante, o de su cónyuge,

descendientes, ascendientes o hermanos, serán excluidos de la herencia, por causa de indignidad”.

El artículo 2491 del Código Civil dice: son también considerados indignos: a).... e) el cónyuge divorciado declarado culpable, y el que abandonó sin motivo legítimo el domicilio conyugal.

El divorciado a que se refiere esta norma es el separado de cuerpo y el segundo caso es el abandono, que se denomina como separación de hecho.

Debe tenerse presente que el artículo 19 de la Ley del Divorcio determina que el divorcio “extingue” la vocación recíproca de los divorciados, no condiciona a la culpabilidad o no.

Otros de los principios que rige el Derecho Hereditario es que “*el heredero más próximo excluye al de grado posterior*”. Nuestro ordenamiento ha regulado la sucesión intestada en el Título V por los principios de que la sucesión se defiere por órdenes. En primer término heredan los descendientes, luego los ascendientes; si no existieren descendientes o ascendientes, el cónyuge, y por último los colaterales. Las ordenes son excluyentes (Ejemplo: descendientes desplazan a los ascendientes y éstos a los colaterales), y dentro de cada orden se heredera según el grado de parentesco (la prelación se establece en razón de la proximidad del grado).

Este título ha sufrido varias modificaciones.

El Capítulo II se refiere al Derecho de Representación.

El artículo 2582 dispone: “En todos los casos en que la representación es admitida, la partición se hace por estirpe, sean del mismo o de diferente grado los herederos. Si una estirpe produce varias ramas, la subdivisión se hace también por estirpe en cada rama, y los miembros de la misma rama se dividen entre ellos por cabeza. El grado de representación en la familia

extramatrimonial se limita al cuarto grado en línea descendente y en la colateral”. Esta norma en su apartado final ha sido derogado por la Ley N° 204, del 2 de Julio de 1.993 que modifica el Código Civil y establece la igualdad de los hijos en el Derecho Hereditario.

VOCACIÓN HEREDITARIA DE LOS DESCENDIENTES

De acuerdo con el orden sucesorio establecido por el Código estos ocupan el primer lugar en la sucesión del causante. El artículo 2583 del Código Civil preceptúa: Los hijos del autor de la Sucesión heredan en partes iguales sobre los bienes propios. Son los matrimoniales mencionados en los artículos 225 y 226 y los extramatrimoniales a que se refieren los artículos 230 y siguientes del Código Civil, y los adoptivos.

SUCESIÓN DE LOS HIJOS EXTRAMATRIMONIALES

El artículo 1° de la Ley N° 204 del año 1993, que modifica el Código Civil y establece la igualdad de los hijos en el Derecho Hereditario ha modificado el artículo 2591 del Código Civil, en los siguientes términos: “Los hijos y descendientes extramatrimoniales tendrán el mismo derecho hereditario que los matrimoniales sobre los bienes propios y gananciales del causante”.

DEL DERECHO HEREDITARIO DEL HIJO ADOPTADO

El artículo 2594 del Código Civil dispone: “Si la adopción fuese plena, el adoptante hereda al adoptado, excluyendo a los padres de sangre, con excepción de los bienes que el causante hubiere recibido por actos de liberalidad de sus parientes de sangre. Sobre estos bienes hereda el padre de sangre, con exclusión del adoptante”.

El artículo 2595 dispone: “El adoptado, sea por adopción plena o simple hereda al adoptante como hijo matrimonial con derecho de representación”.

El artículo 2596 dispone: "En la adopción simple, los padres de sangre tendrán derecho a la herencia del hijo, en concurrencia por partes iguales con los padres de adopción".

Estas normas hacen referencia a la adopción plena y simple y siguen vigentes para dichas adopciones tramitadas con el Código del Menor.

Por la Ley N° 1136/97 de Adopciones, inspirada en la doctrina de la protección integral que contempla la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, la simple se halla derogada, solamente rige la plena.

El artículo 1° dice: "La adopción es la institución jurídica de protección al niño y adolescente en el ámbito familiar y social por la que, bajo vigilancia del estado, el adoptado entra a formar parte de la familia o crea una familia con el adoptante, en calidad de hijo, y deja de pertenecer a su familia consanguínea, salvo en el caso de la adopción del hijo del cónyuge o conviviente".

El artículo 3° dice: "La adopción es plena, indivisible e irrevocable y confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen y le otorga los mismos derechos y obligaciones de los hijos biológicos. Con la adopción, cesan los vínculos del adoptado con la familia de origen, salvo los impedimentos dirimentes en el matrimonio provenientes de la consanguinidad. Cuando la adopción tiene lugar respecto del hijo del cónyuge o conviviente de otro sexo, cesan los vínculos sólo con relación al otro progenitor".

Es decir que esta ley confiere una filiación que sustituye a la de origen (salvo los impedimentos matrimoniales derivados de la consanguinidad y le otorga los mismos derechos y obligaciones de los hijos biológicos (incluyendo los sucesorios).

Por el principio general una ley nueva deroga la anterior.

El Código del Menor hasta ahora tuvo dos modificaciones: Una, por la Ley N°119/91 referente a la patria potestad y otra por la Ley de Adopciones.

VOCACIÓN HEREDITARIA DE LOS ASCENDIENTES

Si el causante no deja descendiente, le heredan sus padres y en defecto, le sucederán sus ascendientes más próximo (arts. 2584/5 del C. C.). La vocación hereditaria sólo llega hasta el cuarto grado.

El derecho de representación no tiene lugar a favor de los ascendientes, por lo que la división, se hace por cabeza (art. 2580 último apartado).

DE LA SUCESIÓN DE LOS CÓNYUGES

Son bienes propios de cada uno de los cónyuges los enumerados en el artículo 31 de la Ley N° 1/92 y gananciales, los previstos en su artículo 32 del mismo texto legal.

La participación del cónyuge supérstite en los bienes propios del causante, varía de acuerdo con la calidad de los herederos que con él concurren (art. 2586 C. C.). Pero, no tienen parte alguna en los gananciales, si concurre con ascendientes o descendientes (art. 2588), y los ascendientes aludidos por este precepto son los matrimoniales, teniendo en cuenta el artículo 2590 del Código Civil, así lo dispone.

El artículo 2590 del Código Civil fue modificado por la Ley N° 204/93 estableciéndose cuanto sigue: "El cónyuge sobreviviente, cuando concurre con ascendiente extramatrimonial, tendrá derecho a una cuarta parte sobre el haber líquido hereditario de gananciales. Este beneficio no existe cuando el cónyuge concurre con ascendientes matrimoniales".

SUCESIÓN DEL CONCUBINO

El derecho hereditario del concubino constituye una reciente reforma en el régimen jurídico nacional.

El artículo 91 de la Ley N° 1/92, dispone: “Si la unión termina por muerte de uno de los concubinos siempre que ella tuviera cuanto menos cuatro años de duración el sobreviviente recibirá la mitad de los gananciales y la otra mitad se distribuirá entre los hijos del fallecido, si los hubiere. Si el causante tuviere bienes propios, el concubino supérstite concurrirá con los hijos, en igualdad de condiciones de éstos. El derecho de representación del concubino supérstite sólo se extiende a sus descendientes en primer grado.”

Es decir, que para que el concubino supérstite tenga vocación hereditaria, se requiere:

- 1) Que la relación de pareja tenga las características indicadas por el artículo 83 de la citada ley que dice: “La unión de hecho constituida entre un varón y una mujer que voluntariamente hacen vida en común, en forma estable, pública y singular, teniendo ambos la edad mínima para contraer matrimonio y no estando afectados por impedimentos dirimentes producirá efectos jurídicos conforme a la presente Ley”.
- 2) Que la unión termine con la muerte de uno de los concubinos.
- 3) Que el concubinato haya tenido cuanto menos cuatro años de duración al tiempo en que termina, conforme lo dispone el artículo 84 del cuerpo legal citado.
- 4) Que se dé cumplimiento a lo preceptuado por el artículo 85 de la citada ley que dice “Cuando de una unión expresada hubiere nacido hijos comunes el plazo de duración se considerará cumplido en la fecha del nacimiento del primer hijo”.

DERECHOS DEL CONCUBINO SOBREVIVIENTE. COMPARACIÓN CON LOS DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE

- 1) Recibirá la mitad de los gananciales, como en el caso del cónyuge sobreviviente.
- 2) Si tuviere bienes propios, el concubino supérstite concurrirá con los hijos en igualdad de condiciones que éstos, como en el caso del cónyuge supérstite.
- 3) El derecho de representación del concubino supérstite sólo se extiende a sus descendientes en primer grado. Esta norma resulta incoherente con el derecho de representación establecido por nuestro código, porque el artículo 2580 del Código Civil dispone: "El Derecho de representación tiene lugar, sin límite en línea recta descendente. En la línea colateral sólo tendrá lugar a favor de los hijos de los hermanos, hasta el cuarto grado. La representación no existe a favor de los ascendientes".
- 4) Por lo dispuesto por el artículo 92 de la citada ley, si el fallecido no tuviere hijos pero dejare ascendientes, el concubino sobreviviente concurrirá con ellos en la mitad de los gananciales, por parte iguales.

En cambio, por lo dispuesto por el artículo 2588 del Código Civil: El cónyuge sobreviviente carece de participación en los bienes gananciales que hubieran correspondido al causante, cuando concorra con ascendientes matrimoniales o descendientes y por el artículo 2590 del Código Civil en su nueva redacción el cónyuge sobreviviente tendrá derecho a una cuarta parte sobre el haber líquido hereditario de gananciales cuando concorra con ascendientes extramatrimoniales.

- 5) Por lo dispuesto por el artículo 93 de la Ley N°1/92, si el causante no tuviere descendiente ni ascendiente, el concubino supérstite recibirá todos los bienes del mismo, excluyendo por

tanto a los colaterales (se refiere a todos los bienes, es decir propios y gananciales).

En cuanto a los bienes propios, el derecho hereditarios del cónyuge supérstite será sobre la totalidad, si no existieren descendientes, ni ascendientes (art. 2586 C. C., inc. d), porque excluye a los colaterales y el único caso en que hereda sobre los gananciales es cuando no concurren con ascendientes o descendientes (art. 2588 C. C.).

- 6) El artículo 94 de la Ley N°1/92, el supérstite en las uniones de hecho que tuvieran cuanto menos cuatro años de duración gozará de los mismos derechos a las jubilaciones, pensiones e indemnizaciones. De igual derecho goza el cónyuge supérstite.

DE LA SUCESIÓN DE LOS COLATERALES

Los colaterales son llamados a la Sucesión por ley o sea son herederos legítimos ab intestato, pero no son herederos forzosos. Carecen de legítima.

El artículo 2592 del Código Civil preceptúa: "No habiendo descendientes, ascendientes ni cónyuges, heredarán los colaterales hasta el cuarto grado inclusive. Los hermanos matrimoniales o extramatrimoniales que sólo sean del mismo padre o de la misma madre, heredan la mitad de lo que corresponde a los hermanos de doble vínculo".

Esta norma se refiere a los hermanos y demás parientes (sobrinos, sobrinos nietos, tíos, primos hermanos)

Existen dos redacciones distintas de la primera parte del artículo 2592; una la publicada en la Gaceta Oficial N° 316 (bis), de la fecha 23 de Diciembre de 1.985, Ley N° 1183, y la otra, la inserta en la Edición Oficial 1.987.

La transcripta es de la Edición Oficial. En la Gaceta Oficial dice: "No habiendo descendientes, ascendientes, ni cónyuge heredan los hermanos, y en representación de éstos sus descendientes hasta el cuarto grado inclusive, de acuerdo con las reglas de la representación".

El artículo 2592 así como fue sancionado por el Poder Legislativo y promulgado por el Ejecutivo se halla en vigor.

SUCESIÓN DEL FISCO

Cuando no existen parientes con derecho a la Sucesión o no se presentan a recogerla o renuncian a la sucesión se reputa vacante (art. 2569 C. C.).

Se designará curador, se formará inventario de los bienes. Una vez satisfechos las cargas, legados o deudas de la sucesión, el Juez declarará vacante la sucesión y los bienes pasarán bajo inventario al dominio del Estado.

EL Título VI, se refiere a la Sucesión Testamentaria.

La Ley N° 105/90 por la cual se crea el Registro de los testamentos, complementa el Capítulo II, del Título VI del Libro V del Código Civil que se refiere a las formas de los testamentos.

En el Registro se anotará el otorgamiento de los testamentos, cualquiera fueren las formas de su instrumentación, sus modificaciones o revocatorias.

Los Escribanos Públicos, Agentes Consulares Nacionales, Jueces de Paz y demás Oficiales encargados por la ley de la autorización o custodia de los testamentos, tienen obligación de proceder a la inscripción de dichos documentos en el plazo de sesenta días.

El Registro dependerá de la Dirección General de los Registros Públicos.

Una vez abierta la Sucesión, el Juez solicitará informe a la Dirección General de los Registros Públicos, sobre si existe o no testamento otorgado por el causante de la sucesión.

El presente informe tiene como finalidad informar a la
autoridad competente sobre el estado de los recursos
económicos de la institución en el periodo de
referencia.

“EL FRAUDE ENTRE CÓNYUGES EN EL
CONTEXTO DEL VIGENTE RÉGIMEN DE LA
COMUNIDAD DE GANANCIALES BAJO
ADMINISTRACIÓN CONJUNTA”

ADMINISTRACION CENTRAL
CALLE DE GARIBAY 1850
BOGOTÁ, COLOMBIA

EL FRAUDE ENTRE CÓNYUGES EN EL CONTEXTO DEL VIGENTE RÉGIMEN DE LA COMUNIDAD DE GANANCIALES BAJO ADMINISTRACIÓN CONJUNTA

Miguel Ángel Vargas*

INTRODUCCIÓN

Acorde con el proceso legislativo de este siglo, nuestro país ha establecido la igualdad jurídica de los cónyuges. A pesar de que ya la Constitución Nacional de 1940 en su artículo 23 había proclamado la igualdad de sexo en el matrimonio y que el principio de igual capacidad de hecho de mujer y varón en la unión matrimonial fue recogido por nuestro país desde hace bastante tiempo por haber ratificado la Convención Interamericana de Bogotá y la Convención de las Naciones Unidas sobre eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer, es recién con la Ley N° 1/92 que se introducen modificaciones al Código Civil a fin de adecuar sus normas al principio señalado, resultando obviamente conmovido el régimen matrimonial. Esta adecuación normativa no podía seguir haciéndose esperar tomando en consideración lo dispuesto por el artículo 48 de la Constitución Nacional vigente y fundamentalmente porque una de las proyecciones axiológicas del Estado Social de Derecho es la aceptación de la igualdad, la cual proviene de la dignidad de la persona y es el valor propio del Estado Social, en el cual no se puede tolerar la vigencia de normas arbitrarias o discriminatorias.

* Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de Encarnación. Profesor de Derecho Procesal, Parte General, en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica, Sede Regional Encarnación.

En cuanto al régimen patrimonial matrimonial como es sabido se reconocen ahora tres regímenes: *el de la comunidad de gananciales bajo administración conjunta; el de participación diferida y el de separación de bienes.*

Como punto inicial es interesante apuntar que a partir de la reforma introducida por la Ley N° 1/92 los legisladores han precisado que, como regla general, la comunidad de gananciales comienza a partir de la celebración del matrimonio (art. 30), salvo las excepciones previstas en la ley. Se ha ratificado que el régimen de la comunidad de gananciales rige a falta de capitulaciones, o si estas fuesen nulas o anuladas. Con lo dispuesto en los artículos 32, 51 y 56 se desprende que ha quedado precisado que en el régimen de la comunidad de gananciales los bienes se hacen comunes mientras la comunidad se halla establecida, hasta que al disolverse les serán atribuidos por mitad. Estas normas imponen la gestión en *mano común* lo que impide que alguno de los cónyuges pueda disponer, como bienes propios suyos, la mitad que le podría corresponder al concluir la comunidad. Dicho en otras palabras, en la comunidad de gananciales ninguno de los esposos es dueño de la mitad de los bienes, sino que estos tienen en forma conjunta la titularidad del patrimonio ganancial.

GESTIÓN DE LOS BIENES

En cuanto a la gestión de los bienes gananciales o comunes la legislación vigente fundada en el principio de igualdad como regla general confiere tanto la administración y disposición de los mismos a ambos esposos en forma conjunta.

Sin embargo, dicha regla no es absoluta, ya que esa gestión puede desplazarse a favor de uno solo de ellos, ya sea por imperio de la ley o bien por voluntad de los cónyuges.

Tal como se desprende del artículo 40 de la Ley N° 1, se permite que uno de ellos, por razones de orden práctico y excepcionalmente, ejerza la gestión (administración y disposición) de los bienes comunes en forma indistinta. Encontramos, cuando

menos, en dicha ley, las siguientes excepciones a la regla general: lo dispuesto en el artículo 41, por el cual se autoriza que los bienes de la comunidad sean administrados, en forma indistinta, tanto por el marido como por la mujer para subvenir las necesidades del hogar; el 42 in-fine, el que no exige el consentimiento de ambos cónyuges para realizar pequeños presentes de uso; el artículo 45 que faculta a cualquiera de los ellos a realizar gastos urgentes con carácter necesario, aunque sean extraordinarios. Otras hipótesis las encontramos en los artículos 40, segundo apartado y 43 del referido texto legal.

Por su parte los artículos 42 primer apartado y 48 autorizan a que las facultades de gestión de los bienes comunes puedan atribuirse por voluntad de los cónyuges a uno sólo de ellos.

Producido este desplazamiento pueden eventualmente los actos de disposición o administración realizados por aquel a cuyo favor se ha desplazado esa gestión generar perjuicios al otro. Es por ello que la Ley N° 1/92 da efectividad al derecho al acceso a la jurisdicción del afectado por medio de las acciones previstas en la primera parte del artículo 42 y 48 de la misma. Asimismo el artículo 49 añade "*Cuando el acto constituyere un fraude a los derechos del consorte, el afectado podrá demandar su nulidad, siempre que el tercero adquirente hubiere procedido de mala fe*".

Es decir, se establece una acción para el caso de fraude a los derechos de un consorte el cual opera también como un límite a los actos de disposición y administración aludidos.

Igualmente el artículo 67, del mismo texto legal, acuerda tal facultad a los cónyuges que se encuentren ligados patrimonialmente por el régimen de participación diferida, cuyo análisis obviamos por limitarse el análisis al fraude en la comunidad de gananciales.

EL CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO

El Código Civil paraguayo regula también el fraude entre cónyuges y lo hace a través del artículo 210. Esta norma presume el fraude respecto de los contratos de locación que celebre uno de los cónyuges sin la conformidad de otro o la judicial, como los recibos anticipados de rentas o alquileres no admitidas por el uso, cuando éstos han sido celebrados u otorgados luego de promovida la demanda por disolución de la comunidad. Su fuente inmediata es el artículo 45 de la Ley N° 236.

Esta norma tiene aplicación desde que se decreta la disolución de la comunidad fundado en la prohibición de innovar el estado de los bienes una vez producida ella, es por eso que esta hipótesis de fraude prevista en el Código Civil sólo tienen operatividad una vez producida la disolución de la comunidad.

Aun cuando se haya sostenido que aunque o existiera una norma que lo previera expresamente, si el ordenamiento en general repudiaba un comportamiento de tal naturaleza, el debía ser admitido, es indudable que con la sanción de la Ley N° 1/92 se abre una nueva época al protegerse tanto a uno como a otro cónyuge perjudicado por fraude tanto cuando hubieren adoptado el régimen de gananciales bajo administración conjunta como el de participación diferida (arts. 49 y 67).

EL TEXTO LEGAL

Adviértase entonces que en nuestra legislación, en principio, el fraude entre cónyuges, cuando el régimen patrimonial adoptado sea el de la comunidad de gananciales, se encuentra regulado tanto por los artículos 49 de la Ley N° 1/92 y 210 del Código Civil. El primero de ellos prevé actos fraudulentos ocurridos durante la vigencia del régimen de la comunidad de gananciales; el segundo los presume en las hipótesis antes señaladas, y sólo allí podrá operar.

CONCEPTO

El fraude no es sino una solución contraria a la buena fe que debe regir las relaciones jurídicas, por ello el derecho lo repudia. Se reconoce entonces el fraude a los derechos créditos y el fraude a la ley, en cuyo marco se ubica el fraude a los derechos del consorte. Se predica la existencia de una noción unitaria de fraude, comprensiva de ambas hipótesis, sin embargo la doctrina más especializada y actual en la materia niega rotundamente toda comunicación entre ambos supuestos. Mayoritariamente se denomina actos en fraude a la ley a los negocios jurídicos aparentemente lícitos por realizarse al amparo de una determinada ley vigente (ley de cobertura) pero que persiguen la obtención de un resultado análogo o equivalente al prohibido por la norma imperativa (ley defraudada). La utilización de la vía desviada permite que: 1) se esquite el negocio prohibido para así evitar que el mismo sea atacado; 2) se obtenga con ello el objeto perseguido.

La acción por fraude entre esposos prevista en el artículo 49 de la Ley N° 1/92, si bien participa de la estructura común a todo negocio fraudulento adopta sin embargo características propias que las distingue. Procuraré señalar los elementos que a mi juicio caracterizan a esta figura jurídica.

REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE FRAUDE ENTRE CÓNYUGES PREVISTA EN EL ART. 49

Encontramos cuando menos los siguientes requisitos que deben confluir para determinar su existencia:

- 1) Es necesario que el acto, ya sea de administración o de disposición, haya sido llevado a cabo por uno solo de los cónyuges, cuando esa facultad de administración o disposición de los bienes comunes se haya desplazado a su favor por imperio de la ley o por mutuo acuerdo de los esposos, en las condiciones precedentemente indicadas.

- 2) Que, haya sido defraudada la norma que impone la partición por mitades iguales de los bienes gananciales al concluir la comunidad, ya que esta es la regla, de carácter imperativo, que uno de los cónyuges pretendería eludir. En nuestro derecho la partición por mitades de los bienes gananciales no es sino el corolario de la consagración expresa del principio de igualdad, de ahí que los derechos y deberes instituidos para preservar el patrimonio común se impongan con entera independencia del deseo de quienes están sujetos a la norma ya que el Estado tiene un interés legítimo en establecer y preservar el orden familiar, y es precisamente la existencia de ese interés la que determina que las normas del Derecho de Familia tengan la característica de ser imperativas, esto es que se inserten en el orden público y limiten, por tanto, la libertad de las personas para regular sus relaciones en este campo.

Se complementa ello con la utilización de una vía indirecta con la cual se eludiría la aplicación de la regla imperativa, ocultando dicho fin ilícito a través de la realización de actos aparentemente lícitos.

Podemos concluir señalando entonces que estos dos elementos analizados en conjunto representan, el primero, un elemento subjetivo consistente en el propósito de eludir la norma imperativa; el otro, el elemento objetivo consistente en la idoneidad del negocio realizado para conseguir un resultado análogo al prohibido.

- 3) para que el acto resulte fraudulento el obrar del cónyuge defraudador debe exhibir un elemento intencional, es decir, ánimo de defraudar. En este sentido adherimos a la corriente de opinión que sostiene que para que este requisito se configure es suficiente con una violación objetiva de los fines de la norma que impone la división de los bienes comunes. Se agrega a esta posición que no se trataría tanto de reprimir la mala fe sino la de proteger la partición o división de los bienes comunes al concluir la comunidad y es por ello que se quita el elemento subjetivo del contexto sicologista en que se sitúan las

corrientes que hacen prevalecer la necesidad de un criterio estrictamente subjetivo. La postura adoptada indicaría que sobre el cónyuge perjudicado no recaería la carga de prueba del elemento consiente, que consiste en el conocimiento que tiene el deudor de que el acto de disposición o administración perjudicaría la regla que impone la división en partes iguales de los bienes comunes.

- 4) el daño o perjuicio resultante del acto que se verificaría al momento en que los bienes gananciales deban ser compartidos, ya sea ello porque uno de los cónyuges distrajo del acervo comunitario uno o algunos bienes y porque al excluirlos, cesaron de dar lugar a nuevos gananciales.

OPORTUNIDAD DE DEDUCCIÓN DE LA MISMA

Del contexto de la Ley N° 1/92 y de las consideraciones precedentes surge de manera indudable que el derecho de los cónyuges a compartir los gananciales está protegido desde que la comunidad se constituye. Esta garantía proviene básicamente de la obligación de los cónyuges de informarse recíproca y periódicamente sobre la situación económica y los rendimientos de la comunidad. Con ello queremos señalar que la acción por fraude no requiere que se promueva el juicio de disolución y liquidación de la comunidad para ser ejercitada. Pueden encontrarse en la ley analizada otras acciones a favor de cualquiera de los cónyuges que protegen el patrimonio común y que pueden también deducirse durante la vigencia del régimen, como por ejemplo la derivada del ejercicio abusivo del derecho consagrado en la primera parte del artículo 42; la de daños y perjuicios provenientes de los actos culposos y dolosos del cónyuge administrador con poder suficiente, entre otros. Podemos entonces sostener que el acto fraudulento puede ser atacado durante la vigencia plena del régimen.

EFFECTOS DEL ACTO FRAUDULENTO

En cuanto a sus efectos habría que distinguir si el acto es a título gratuito u oneroso.

Cuando el acto es a título gratuito el acto es nulo haya mediado o no mala fe del tercer adquirente.

Cuando el acto es a título oneroso la sanción a aplicar al acto en fraude a uno de los esposos es también la nulidad, pues así lo establece expresamente el artículo 49. Pero en este caso para que pueda aplicarse la sanción de nulidad se requiere la conciencia de fraude de quien o quienes celebran el acto con el cónyuge defraudador, dicho en otras palabras se protege al tercer adquirente de buena fe, exigiéndose en el apartado final del artículo 49 como requisito para la procedencia de la sanción de nulidad la mala fe de éste último.

En el caso de no confluir este requisito el cónyuge perjudicado se constituiría por efecto del acto viciado en acreedor del otro; es decir, haría surgir a su favor el derecho a recompensa en la liquidación de la comunidad conyugal, de conformidad a lo preceptuado por el artículo 47 de la legislación analizada.

CONCLUSIONES

- 1) La acción por fraude entre cónyuges tiene característica propias que se desprenden de la propia Ley N° 1/92, y por lo tanto es distinta a la acción pauliana prevista en los artículos 311 y siguientes, sea en los requisitos que exigen para su procedencia como en los efectos que produce.
- 2) La acción por fraude entre cónyuges opera como límite a los actos de disposición y administración llevados a cabo por uno solo de los cónyuges, en las hipótesis de excepción a la regla de actuación conjunta o cuando uno de ellos hubiere actuado en representación del otro.

- 3) La acción por fraude entre cónyuges prevista en el artículo 49 de la Ley N° 1/92 puede intentarse durante la vigencia del régimen patrimonial, mientras que la acción prevista en el artículo 210 del Código Civil sólo puede intentarse una vez producida la disolución.
- 4) Eventualmente la misma puede ocasionar la nulidad del acto.

BIBLIOGRAFÍA

- 1) Méndez Costa, María Josefa. FRAUDE ENTRE CÓNYUGES. Revista de Derecho Privado y Comunitario. Tomo 12. Rubinzal-Culzoni Editora.
- 2) Moreno Rufinelli, José A. RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL PATRIMONIO. Ley N° 1/92 Comentada. Intercontinental Editora. 1.992.
- 3) Puig Brutau, José. FUNDAMENTOS DE DERECHO CIVIL. Bosch, 1.985. T. IV.
- 4) Vidal Taquini, Carlos H. RÉGIMEN DE BIENES EN EL MATRIMONIO. Astrea 1.998.
- 5) Zannoni, Eduardo. DERECHO CIVIL. DERECHO DE FAMILIA. Astrea 1.989.
- 6) Zannoni, Eduardo. INEFICACIA Y NULIDAD DE LOS ACTOS JURÍDICOS. Astrea. 1.986.

ALBERT EINSTEIN
1879-1955
PHYSICIST
1905
1921
1929
1935

Special Theory of Relativity
General Theory of Relativity
Photoelectric Effect
Brownian Motion
Quantum Theory of Light
Wave-Particle Duality
Compton Effect
Bohr Model
Schrödinger Equation
Einstein-Podolsky-Rosen Paradox
EPR Paradox
Einstein's Equation
E=mc²
Einstein's Theory of Relativity
Einstein's Theory of Gravity
Einstein's Theory of Cosmology
Einstein's Theory of Quantum Mechanics
Einstein's Theory of the Universe
Einstein's Theory of the World
Einstein's Theory of Everything

“CONTRATO DE SERVICIOS. REGULACIÓN DE
HONORARIOS DE ABOGADOS Y
PROCURADORES”

CONTRATO DE SERVICIOS. REGULACIÓN DE
HONORARIOS DE ABOGADOS Y PROCURADORES

Manuel Ramírez Candia*

I. INTRODUCCIÓN

La retribución de los trabajos de los abogados y procuradores tiene sus límites legales en la normativa de la Ley N° 1376/88, complementaria del Código Civil, en su capítulo que regula los contratos de servicios. La ley referida en sus 75 artículos regla los diferentes supuestos fácticos para determinar la cuantía de la regulación de honorarios profesionales, atendiendo al valor del juicio, la naturaleza del litigio, la instancia del juicio y el carácter de la actuación del profesional.

La aplicación de la normativa señalada ha generado una interpretación divergente y hasta contradictoria que ocasiona muchas veces regulaciones de honorarios exorbitantes que constituyen verdaderos despojos al patrimonio de los litigantes. La exorbitancia regulatoria es la constante cuando el sujeto obligado al pago es el Estado.

* Miembro del Tribunal de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de Caaguazú y San Pedro. Profesor de Derecho Constitucional y Administrativo” en la “Universidad Católica, Sede Regional Villa Rica del Espíritu Santo. Profesor de “Derecho Constitucional y Laboral en la Universidad Católica, Sede Regional Coronel Oviedo. Profesor de Finanzas Públicas en la Universidad Nacional de Coronel Oviedo. Profesor de Derecho Político en la Facultad de Derecho de la Universidad del Norte. Maestría en Administración Pública por la Facultad de Ciencias Contables y Administrativas de la Universidad Católica. Ex Convencional Constituyente.

La circunstancia señalada, ha motivado una serie de críticas de ciertos sectores de la ciudadanía poniendo en duda la legitimidad de las regulaciones de los honorarios, luego de ciertos casos muy publicitados. Tenemos la crítica formulada por el Subcontralor de la República en las regulaciones de honorarios contra el Estado y que culmina con la reciente presentación de un proyecto de ley modificatorio de la Ley de Regulación de Honorarios.

Por consiguiente, consideramos oportuno el análisis de las disposiciones de la ley regulatoria de los honorarios de los abogados y procuradores, en aquellas disposiciones que facilitan la diversidad interpretativa, especialmente aquellas que permiten la determinación judicial de las cuantías de las regulaciones.

Asimismo, cabe analizar, a modo de complemento las disposiciones de los Códigos procesales que establecen las modalidades de imposición de las costas a los litigantes, por considerar que su interpretación en algunos casos, permiten la imposición injustificada de esta carga procesal.

En este trabajo no se realiza un análisis de la ley regulatoria en su totalidad, se toma en consideración solamente aquellas disposiciones que determinan la cuantía de las retribuciones para determinados juicios conforme con su naturaleza que a nuestro criterio facilitan interpretaciones subjetivas y por otra parte, los criterios de imposición de costas de nuestra normativa procesal, que a su vez, favorecen sanciones en costas que merecen una oportuna revisión para facilitar la participación de las personas en los procesos judiciales sin el riesgo de costas confiscatorias.

En este contexto, se analiza los diferentes supuestos de determinación de las cuantías de los honorarios profesionales, conforme con la naturaleza de los juicios, tomando en cuenta aquellas que puedan originar controversias con respecto a criterios interpretativos y las reglas de imposición de las costas regladas en nuestros códigos procesales que merecen una revisión interpretativa para disminuir la excesiva onerosidad de los juicios.

II. DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA DE LOS HONORARIOS

La Ley N° 1376/88, establece dos criterios de determinación de la cuantía de los honorarios que son los siguientes:

1. CONTRACTUAL

Conforme con lo dispuesto en el artículo 13 de la citada ley, con la limitación legal de que no podría ser inferior a los aranceles establecidos en la ley de regulación. Este supuesto no será considerado en esta exposición.

2. JUDICIAL

Que puede ser de dos clases: a) Por el valor del juicio determinado en la causa, en éste caso se aplica la regla general establecida en el artículo 32, y; b) Por el valor tasado, en los casos en que la propia ley determina el valor del trabajo por su equivalente en jornales mínimos fijado para los trabajadores, que tampoco será objeto de análisis.

III. DETERMINACIÓN JUDICIAL EN RAZÓN DEL VALOR DEL JUICIO

La determinación judicial en razón del valor del juicio, requiere de dos supuestos fácticos elementales para su operatividad, que son: 1) el monto del juicio y 2) la operación aritmética de determinación de la escala porcentual aplicable sobre dicho monto.

1. MONTO DEL JUICIO

El monto del juicio se establece conforme con la naturaleza de los juicios, especificado en forma detallada en el artículo 26 de la Ley N° 1376/88, y en la misma pueden advertirse serias

dificultades, por la deficiencia de redacción de la norma y por la posibilidad de interpretación múltiple que presentan algunos de los supuestos de valoración del juicio. Los supuestos de valoración del juicio indicado por el artículo referido son los siguientes:

- a) Valor de la condena pecuniaria.
- b) Por el valor del juicio, cuando haya transacción, allanamiento, desistimiento, pero nunca menos del setenta y cinco por ciento de la suma reclamada en juicio.

En esta disposición, la norma ofrece dos parámetros a tener en cuenta al momento de la regulación, por una parte el valor del juicio y por otra parte la suma reclamada en juicio. Por consiguiente, para establecer una correcta aplicación de la norma, el intérprete de la ley debe diferenciar entre el valor del juicio y la suma reclamada en juicio que a veces puede coincidir y en otras no.

Una interpretación factible es la que considera el valor del juicio como la obligación principal reclamada y la suma reclamada en juicio comprende además de dicho monto, las obligaciones secundarias como las indemnizaciones e intereses.

- c) Por el valor fiscal en los juicios sobre bienes inmuebles o derechos sobre los mismos. En este tipo de juicio, si el valor fiscal fuera considerado por el profesional, inferior al valor real, estimará el que él le asigne, de lo cual se dará traslado a los obligados al pago de los honorarios. En caso de oposición, el juez designará un perito de la lista oficial y luego resolverá la controversia.

En estos casos, se requiere del criterio prudente del Juez para que la suma fijada no se aparte del valor real del inmueble que a nuestro modo de ver debe ajustarse al valor del mercado del

inmueble. Este criterio lo hemos sostenido en reiteradas resoluciones.

- d) Valor que resulte de autos en los juicios sobre bienes muebles, que puede provenir de un juicio de venta, o el precio de mercado en caso de controversia.
- e) Valor de cotización libre en plaza al día de la regulación en las reclamaciones de créditos en monedas extranjeras.
- f) Monto de embargo de responsabilidad civil o la fianza de excarcelación en los juicios penales.

En los juicios penales es usual, en la jurisprudencia nacional, decretar el embargo preventivo para garantizar la responsabilidad civil emergente del delito de los procesados, atendiendo al valor del bien jurídico protegido, sin tener en cuenta la posibilidad real del encausado de hacer frente a dicha responsabilidad.

Esta práctica, en los delitos patrimoniales de gran cuantía, no cumple con su objetivo de garantía y solamente sirven para tener como base de la regulación de los honorarios que se convierten en un verdadero despojo para la persona obligada al pago de las costas. Por ejemplo, en los delitos económicos contra el Estado en los que se promueven la persecución penal de la responsabilidad de los funcionarios involucrados, se torna ilusorio fijar montos de embargos que el funcionario con su patrimonio actual y sus posibilidades laborales no podría cubrir y solamente tiene la virtualidad de regular multimillonarios honorarios.

- g) Valor fijado por Hacienda en los títulos valores o valor real del patrimonio de la Empresa.
- h) Valor del acervo o haber hereditario en los juicios sucesorios.

- i) Los trabajos extrajudiciales por liquidación efectuada por el profesional aprobada por el Juez de Primera Instancia.

2. APLICACIÓN DEL PORCENTAJE

La norma que regula el arancel de profesionales abogados, también establece varias hipótesis de cálculo del porcentaje correspondiente sobre bases que muchas veces no resultan claras y que generan interpretaciones encontradas en las decisiones judiciales.

Principio General: La operación matemática de aplicación del porcentual sobre el valor del juicio está fijado en el artículo 32, para los juicios en Primera Instancia que oscila entre el 5 % al 20 % y en Segunda Instancia entre el 25 % al 35 % de la suma que correspondería en Primera Instancia.

Porcentaje para distintos juicios: En la aplicación de la regla general surge el problema de interpretación respecto al parámetro utilizado para imponer la escala porcentual mínima o máxima del 5% o el 20%. Para resolver la cuestión se requiere que los órganos judiciales establezcan un criterio definido a los efectos de no violentar el principio de la igualdad judicial.

En el Tribunal de Apelación, Segunda Sala, de Caaguazú y San Pedro hemos fijado el criterio de que una suma superior a los Gs. 100.000.000, representa una suma elevada para nuestra jurisdicción, por lo que a partir de dicha suma se aplica la escala mínima del 5% y para las sumas inferiores se parte del promedio del 12,5% para elevar o disminuir conforme con los criterios establecidos en el artículo 22 de la Ley N° 1376/88. El criterio escogido por el Tribunal se fundamenta en la realidad económica de la circunscripción judicial.

Para los *juicios ejecutivos*, se establece dos supuestos: a) con oposición de excepciones se aplica el principio general del artículo 32 y b) sin oposición, los mismos se reducirán a un tercio, pero en ningún caso será inferior al ocho por ciento.

En la hipótesis de los juicios ejecutivos sin oposición la ley no aclara la relación de este porcentaje por lo que pueden darse tres hipótesis: 1) ocho por ciento del capital reclamado en juicio o el valor del litigio, 2) ocho por ciento de los honorarios regulados conforme con el artículo 32; y 3) el tercio del ocho por ciento regulado conforme con el artículo 32.

Estos supuestos conducen a los siguientes resultados: a) La primera hipótesis contradice el espíritu de la disposición del artículo 34, porque su aplicación lleva a un absurdo que se demuestra con el siguiente ejemplo: aplicando el artículo 32 sobre un monto de Gs. 100.000.000 en un juicio ordinario, por constituir un monto elevado, debe aplicarse el porcentaje mínimo del 5% da un honorario de Gs. 5.000.000 para el abogado y de Gs. 2.500.000 para el procurador, resultando en concepto de honorarios un total de Gs. 7.500.000.

En el juicio ejecutivo sin oposición de excepción, aplicando el ocho por ciento sobre dicho capital resulta la suma de Gs. 8.000.000 para el abogado y la de Gs. 4.000.000 para el procurador, ascendiendo a un total de Gs. 12.000.000. Así supera ampliamente la regulación para el juicio ejecutivo a la regulación en juicio ordinario por un mismo monto, conclusión que riñe con la reducción prevista en el artículo 34 para los honorarios en juicio ejecutivo sin oposición de excepción.

En la segunda hipótesis, es decir, la aplicación del ocho por ciento sobre honorarios regulados conforme con el artículo 32, resulta siempre inferior al tercio del mismo. Así en el ejemplo anterior los honorarios hacían un total de 7.500.000 Gs. y el 8% del monto es de Gs. 600.000, que es inferior al tercio del mismo, que asciende a Gs. 2.500.000.

Ante las conclusiones absurdas de las primeras, la tercera hipótesis sostiene que para la fijación del monto base del tercio, no podrá reducirse a un porcentaje inferior al 8%, en aplicación del artículo 32. Este tiene el mínimo del 5%. En el ejemplo citado

anteriormente aplicado el 8% daba un total de Gs. 12.000.000 y del tercio de la misma es la suma de Gs. 4.000.000, que correspondería a un juicio ejecutivo, sin oposición de excepción, por el monto de Gs. 100.000.000.

Esta última interpretación es la que se adecua al espíritu de la disposición del artículo 34, que es la sostenida por el Tribunal de Apelación, Segunda Sala, de la Circunscripción Judicial de Caaguazú y San Pedro, por A. I. N° 103 del 7 de mayo de 1.997, en el juicio: Regulación de Honorarios profesionales del Abogado Benito Guerrero en: "CAFINSA S.A. C/ EDGAR G. BERNAL DUARTE S/ ACCIÓN PREPARATORIA DE JUICIO EJECUTIVO Y EMBARGO PREVENTIVO".

En los *incidentes* también aparecen dos supuestos: a) la escala porcentual del 20 al 25 % de la suma que correspondería por igual concepto en la causa principal; b) los incidentes que deciden las excepciones previas que impiden la prosecución de la causa principal, se regulan conforme con la escala prevista en el artículo 32.

Con respecto al segundo supuesto, también han surgido opiniones encontradas. Así, el Tribunal de Apelación de la ciudad de Encarnación, en un caso consideró que la regulación debe realizarse como en el primer supuesto porque implica menor esfuerzo para el profesional abogado, pero dicha resolución fue anulada por la Corte Suprema de Justicia.

En esta controversia debe señalarse, que en los incidentes que impidan la prosecución de la causa existe menos esfuerzo profesional, pero el efecto para el litigante es equivalente a la terminación de la causa principal y es la razón por la que favorece una mejor retribución profesional.

En las *acciones posesorias* y en los incidentes el 80 % de lo que correspondería en el juicio ordinario de acuerdo al valor de la causa.

En los juicios de *deslinde y mensura* encontramos dos supuestos: 1) sin oposición entre el 5% al 30% del porcentaje aplicado por el artículo 32, sobre el valor del inmueble; y, 2) con oposición el doble que pudiera corresponderle en el juicio sin oposición, con lo que puede llegar al 60 % de la suma que pudiera corresponder en el juicio ordinario. Este segundo criterio ha sido derogado por disposición del artículo 668 del C. P. C. para el caso de mensura porque ordena la interposición de las acciones ordinarias pertinentes en caso de oposición.

En los juicios de *partición de condominio*, en caso de oposición, se aplica el porcentaje previsto en el artículo 32 y sin oposición entre el 10 y el 50% de ese porcentaje.

El porcentaje a que alude debe ser entendido como el porcentaje aplicable sobre la cuantía de honorarios que correspondería en caso de oposición, porque si se toma como porcentaje el valor del juicio sería superior a la cuantía fijada para los juicios con oposición.

La redacción del artículo requiere de la interpretación señalada, porque una simple interpretación gramatical contraría la finalidad de disminuir los costos del servicio por menor trabajo.

En los *desalojos*, el porcentaje del artículo 32 sobre la suma correspondiente a dos años de alquiler y en los casos de tenencia precaria o intrusión el monto del proceso se fijará en el 10 % del valor del inmueble.

En los *juicios de alimentos*, la escala del artículo 32 sobre la base de un año de prestación.

En las *medidas cautelares*, tercera parte de la suma que correspondería por aplicación del artículo 32 sobre el valor del juicio consistente en el valor asegurado.

Pero el valor del juicio no resulta fácilmente apreciable en determinados tipos de procesos, circunstancia que posibilita la

elevada suma de las regulaciones fijadas, sobre la base de los supuestos fácticos fijados en la ley que representan verdaderas cláusulas indeterminadas, tal como el provecho económico obtenido por el litigante. Analicemos algunos supuestos:

a) ACCIÓN DE AMPARO

Conforme con el artículo 61 de la Ley N° 1376/88, por las actuaciones cumplidas en la acción de amparo, los honorarios se regularán en un diez por ciento del provecho económico obtenido por el cliente.

La determinación del provecho económico en este tipo de juicio no resulta fácil, por las siguientes razones:

- 1) La admisión del amparo solamente remueve el obstáculo de hecho que impide el ejercicio de un derecho y no se discute el fondo de la cuestión.
- 2) La sentencia dictada en el juicio no causa cosa juzgada material por lo que no impide la iniciación de un juicio ordinario posterior.

Pongamos por caso, una manifestación ciudadana contraria a la construcción de un asfaltado en una arteria, que impide por un día el inicio de un contrato de obra pública, suscripto por el valor de 900.000.000. El provecho económico de la empresa contratista no puede representar dicha suma, el criterio apropiado es determinar el costo de los trabajos por un día.

Además requiere el análisis del contrato administrativo suscripto, porque el hecho impeditivo motivante del amparo puede resultar de prórroga para la entrega de la obra, con lo cual existe provecho económico.

Las circunstancias apuntadas, hace que la determinación del provecho económico en el juicio de amparo no sea de fácil determinación, y que en las decisiones de nuestros tribunales e

incluso en la propia Corte Suprema ha merecido una valoración muy diferente al momento de tasar los honorarios profesionales, un ejemplo lo tenemos en el A. I. N° 1662 del 21 de diciembre de 1998, dictada en el juicio: “Regulación de Honorarios profesionales del Dr. HUGO ALLEN en la Acción de Inconstitucionalidad en el Juicio: “Comercial e Industrial Paraguayo Argentina S. A. C/ I. B. R. S/ Amparo”, donde la SALA CONSTITUCIONAL, por mayoría, regula los honorarios del profesional peticionante en la suma de un mil ciento un millones setecientos cincuenta mil guaraníes (Gs. 1.101.750.000) con la disidencia del Ministro Luis Lezcano Claude, quien estimó los honorarios en la suma de Gs. 6.000.000.

b) ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

También en esta garantía constitucional se establecen como valor del juicio el contenido patrimonial del juicio o el provecho económico, debiendo establecerse sobre los mismos el 10% para la fijación de la cuantía de los honorarios profesionales. Estos dos supuestos establecidos como instrumentos de medición del valor del juicio tampoco de fácil apreciación en este tipo de juicio.

Pongamos por caso, la declaración de inconstitucionalidad de un providencia denegatoria de una prueba o cancelación de una personería que puede atentar contra la igualdad procesal a la defensa en juicio, esta declaración no anula el proceso y su incidencia económica sobre la culminación del proceso es indeterminada.

Estas son las cuestiones que muchas veces generan opiniones contradictorias en el momento de la regulación de los honorarios porque para algunos puede resultar fácil determinar el provecho económico y para otros indeterminados.

IV. LA CONDENA EN COSTAS

Consideramos que las reglas procesales que determinan la condenación en costas establecidas en nuestro ordenamiento procesal, también contribuyen para que los litigios judiciales se conviertan en una onerosa carga para las personas quienes pretenden la declaración de sus derechos por los órganos judiciales y por consiguiente tienen una directa relación en el justiprecio excesivo de los trabajadores profesionales, en detrimento del patrimonio del litigante condenado en costas.

Por las razones apuntadas, consideramos oportuno mencionar algunos casos de condenación en costas que afectan sensiblemente el patrimonio del litigante.

Costas en la declaración de caducidad: El artículo 200 del C. P. C. dispone que "...si la caducidad se hubiera operado en primera instancia, las costas serán a cargo del actor; si se hubiere producido en segunda instancia, serán a cargo del recurrente". La interpretación literal de esta disposición ha conducido a la condenación en costas en las declaraciones de caducidad de la instancia.

Pero una interpretación sistemática de las reglas del carácter de la caducidad cual es su operatividad de pleno derecho y el principio general de las costas de que la parte vencida cargará con las costas del juicio (art. 192), conduce necesariamente a dos situaciones a saber: 1) La petición de caducidad con oposición de la adversa, en cuyo caso resultará vencida y hará procedente la imposición de las costas; 2) La petición de caducidad sin oposición, en cuyo caso no habrá parte vencida, autoriza a la no imposición de las costas por aplicación del principio general establecido en el artículo 192 del C. P. C. y el carácter de la caducidad.

Costas en el proceso penal: La regla de la imposición de las costas al querellante, se establece en el artículo 81 inciso 2º del Código Procesal Penal de 1890, que dispone que estos serán

condenados al pago de las costas, cuando resultare de las actuaciones que han obrado con temeridad o mala fe. Pero establece la excepción de la obligatoriedad de las costas en los casos de absolución y sobreseimiento.

La absolución de los procesados, ocurre generalmente por falta de elementos probatorios que motiva la aplicación del principio *in dubio pro reo*. En estos casos, la imposición de las costas al querellante resulta gravemente onerosa porque no existe mala fe o temeridad en su acusación sino simplemente la falta de certeza del Juzgador respecto a la culpabilidad del imputado.

Otra situación se plantea en el caso del sobreseimiento, en donde existe la certeza de la falta de responsabilidad criminal del imputado o la inexistencia del ilícito.

El nuevo Código Procesal Penal, no ha ofrecido un cambio sustancial en la materia, porque el artículo 270 dispone que en la acción privada las costas serán soportadas por el querellante autónomo en caso de absolución, sobreseimiento, desestimación o archivo y la carga total o parcial de las costas en caso de acusación falsa o temeraria.

Costas al Estado querellante: En la actualidad, por aplicación de las disposiciones referidas anteriormente, es usual la imposición de las costas en los casos de sobreseimiento y absolución de las personas acusadas por el Estado.

La situación del Estado querellante sufrirá una pequeña variación, conforme con las disposiciones del artículo 262 que exonera de las costas al representante del Ministerio Público que representará en forma obligatoria al Estado en los casos de acusación de los órganos públicos y la disposición del artículo 265 que obliga al Estado a soportar la carga de las costas solamente cuando en la sentencia absolutoria se demuestra en forma fehaciente la inocencia del imputado. Es decir, en caso de aplicación del principio de duda no se le impondrá las costas.

Costas en los juicios de Usucapión: La imposición de las costas al propietario de la cosa usucapida implica una doble sanción económica porque además de verse privado de un bien patrimonial se le carga con las costas.

Considero que en el caso de la usucapión, la pérdida de un bien patrimonial por simple negligencia de su propietario y la adquisición gratuita de dicho bien por la parte gananciosa constituye una razón suficiente para la exoneración de las costas, en aplicación del artículo 193 del C. P. C.

En conclusión se puede señalar que los elementos operativos de la regulación de honorarios profesionales contienen cláusulas indeterminadas e imprecisas que facilitan interpretaciones subjetivas con respecto a la base de la imposición y la escala porcentual aplicable, permitiendo la excesiva disparidad de criterios judiciales, por lo que se justifica la reforma legal para precisar conceptos operativos.

Asimismo, se requiere una interpretación prudente de las reglas de la imposición de las costas establecidas en nuestros códigos procesales para evitar la excesiva onerosidad de los procesos.

En la circunstancia actual, se requieren de los titulares de los órganos judiciales un manejo prudente de las reglas de determinación de la cuantía de los honorarios y los de imposición de las costas con el fin de compatibilizar los principios constitucionales de justa retribución del trabajo y la propiedad privada de los litigantes.

“RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS
PROFESIONALES”

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PROFESIONALES

Rubén A. Franco*

INTRODUCCIÓN

El objeto que se aborda en el presente trabajo, concierne a la responsabilidad de los profesionales. No puede haber dudas que atrapa uno de los sectores más sugestivos del derecho de daños. Las distintas alternativas que se cruzan por sus sectores demandan, hoy día, un afinado y flexible punto de mira. Así, las consecuencias o efectos de los que hacen u omiten los Abogados, los Escribanos, los Médicos, los Ingenieros, los Arquitectos, etc., en sus diversos valores, no se dejan embretar en las fórmulas jurídicas clásicas que en sus numerosas vertientes no es ya la misma con los que los precedentes esquemas aparecen impotentes para dar respuestas apropiadas.

1. LA CULPA PROFESIONAL

Como bien lo define el Prof. Dr. Pangrazio en el Tomo II página 1462, de su obra "Código Civil Paraguayo Comentado", "...la responsabilidad civil es la obligación que afecta a una persona, de reparar el daño o perjuicio causados a otra, sea por ella misma, por el hecho de las cosas o por actos de las personas por las que se deba responder".

Partiendo de esa premisa, se tiene: que los actos pueden ser voluntarios o involuntarios. Los primeros engloban a los ejecutados con "discernimiento, intención y libertad", mientras que

* Miembro del Tribunal de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de Ñeembucú.

son involuntarios “cuando falta el discernimiento, la intención o la libertad”. El artículo 1833 del Código Civil define: “El que comete un acto ilícito queda obligado a resarcir el daño”, pero seguidamente el artículo 1934 aclara: “Los actos voluntarios sólo tendrán el carácter de ilícitos..”, enumerando a continuación los casos que pueden englobarse en: “a) cuando fueren prohibidos por las leyes, ordenanzas municipales, u otras disposiciones dictadas por la autoridad competente. Quedan comprendidas en este inciso las omisiones que causaren perjuicio a terceros, cuando una ley o reglamento obligare a cumplir el hecho omitido; b) si hubieren causado un daño, o produjeren un hecho exterior susceptible de ocasionarlo; y c) siempre que a sus agentes les sea imputable culpa o dolo, aunque se tratare de una simple contravención”.

El artículo 1835 define: “Existirá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio en su persona, en sus derechos o facultades, o en las cosas de su dominio o posesión la obligación de reparar se extiende a toda lesión material o moral causada por el acto ilícito. La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo. Si del hecho hubiere resultado su muerte, únicamente tendrán acción los herederos forzosos”.

El Prof. Dr. Hugo Allen, en un opúsculo de su autoría, expresa que el “discernimiento, en el derecho penal, permite al sujeto apreciar la criminalidad del hecho; en el derecho civil, permite al sujeto medir las consecuencias de los actos jurídicos; la intención, se define como la voluntad del sujeto que se orienta a la consecución de un determinado fin; y la libertad, es la facultad humana que nos permite obrar de una manera o de otra, de optar por una cosa en lugar de otra”. En fin, la voluntad, se convierte en la “potencia humana que permite al hombre actuar con discernimiento, intención y libertad, asume diversos modos de ser, siendo uno de ellos el del consentimiento”, que generalmente se “expresa y manifiesta en los contratos, siendo los vicios del consentimiento el error, el dolo o la violencia”.

Siempre siguiendo al Prof. Allen podemos concordar con él que “el acto ejecutado con vicios del consentimiento se asimila a

un acto involuntario”; mientras que los actos voluntarios “pueden ser lícitos o ilícitos”. Cuando nuestro Código Civil define lo que es un “acto ilícito” se está refiriendo “a aquellos ejecutados o realizados por el propio autor con dolo o intención criminal”.

Sin embargo, el tratamiento del tema específico de la culpa profesional requiere previamente algunas precisiones sobre el concepto general de la culpa, de la cual en definitiva no constituye más que una de sus manifestaciones.

Según Orgaz “...la imputabilidad constituye un presupuesto de la culpabilidad” (La Culpa, Actos Ilícitos, pág.17). Si “el acto o la omisión del imputable-culpable llegase a producir daño a terceros, ese daño constituye un elemento que se agrega o acopla al acto ilícito u omisión, y pasa a formar parte de él y produce la figura completa del acto ilícito dañoso, que por imperio de la ley genera un vínculo jurídico entre el culpable y el tercero, es decir, crea una obligación resarcitoria, que generalmente es de dar”.

Por su parte Ossorio opina que “..la responsabilidad constituye un elemento agregado al solo efecto de garantizar el cumplimiento del deber (obligación)”, se comprende así por qué en principio cuando se expresa que tal o cual persona es responsable, se está suponiendo que ese responsable es una persona imputable-culpable-obligada”.

Se puede expresar que existe culpa cuando por negligencia, descuido, falta de precaución, impericia o por imprudencia, no se ha obrado como se hubiese debido hacerlo, provocándose así un daño, pero sin que mediase un propósito deliberado en tal sentido por parte del agente; no se cumple, pues, con el deber jurídico preexistente simplemente porque el obligado no ha tenido el cuidado o la previsión de adoptar las medidas necesarias para ello.

La culpa puede presentarse en tres formas: como negligencia, caso en el cual el sujeto omite cierta actividad que habría evitado el resultado dañoso, hace menos de lo que debe; como imprudencia, caso en el cual el sujeto obra precipitadamente

o sin prever por entero las consecuencias en las que podía desembocar su proceder irreflexivo, hace más de lo que debe; y como impericia, caso en el que debido al poco tiempo de adiestramiento o especialización el sujeto incurre en errores o negligencias, que llevan a un desenlace no deseado.

Nuestro Código Civil en su artículo 1840 también expresa: "La obligación de reparar el perjuicio causado por un acto ilícito existe, no sólo respecto de aquél a quien se ha dañado personalmente, sino también respecto de todas las personas directamente perjudicadas por consecuencia del acto".

2. INTENSIDAD DE LA CULPA PROFESIONAL

A) INTRODUCCIÓN

"Culpa profesional" es aquella en la que incurre una persona que ejerce una profesión, al faltar a los deberes especiales que ella le impone; se trata de una infracción típica que concierne a ciertos deberes propios de esa determinada actividad.

Resulta obvio que cualquier individuo que ejerce una profesión debe poseer los conocimientos teóricos y prácticos propios de la misma, y obrar con la previsión y diligencias necesarias, con ajuste a las reglas y métodos que marcan las leyes.

Así, los Abogados, Escribanos, Médicos, Arquitectos, etc., podrán ejecutar actos o incurrir en omisiones perjudiciales para quienes usan de sus servicios, y aún para terceros. Además, aún cuando el culpable ostente un diploma profesional obtenido en forma regular, después de haber cursado los estudios correspondientes, no altera lo expuesto; dado que aquél no garantiza - ni podría hacerlo- que la actuación del profesional sea siempre correcta y eficiente. Suele expresarse a ese respecto que "...hasta el más insigne profesor, varias veces laureado, puede incurrir en dolo o culpa... sin que lo dispense de ellos la acumulación de sus honrosos antecedentes".

De todos modos, es necesario que en relación a la responsabilidad profesional, basta con que cualquier tipo de culpa, o un simple error sería suficiente para darle nacimiento, siendo necesario para que el autor pueda ser condenado a indemnizar los daños y perjuicios que haya incurrido en una culpa grave o lata. El problema no es sencillo desde que no se tiene un parámetro para medir los límites del incumplimiento de las obligaciones derivadas del ejercicio de las profesiones liberales, pues tienen una facultad bastante amplia para el cumplimiento de sus deberes, por lo que no puede estimarse como incumplimiento el resultado negativo de la labor realizada, ya que se trata de obligaciones de prudencia o diligencia y no de resultado.

B) TESIS QUE DISTINGUE LAS FALTAS COMUNES DE LAS DE ORDEN CIENTÍFICO

Numerosos autores han pretendido hacer un distingo al tratar el tema de la responsabilidad profesional: si el profesional ha faltado a las reglas de prudencia que se imponen a cualquier persona (Ejemplo: el médico que interviene en una cirugía quirúrgica en estado de embriaguez), en cuyo caso rige el derecho común y toda culpa en que haya incurrido lo obliga a la reparación; pero si se trata de no ajustarse o faltar a las reglas de orden científico impuestas por el arte de la profesión de que se trate (Ejemplo: un error de diagnóstico), entonces la culpa se denomina "profesional" y sólo se responderá en caso de culpa grave o lata.

C) REFUTACIÓN DE DICHA DOCTRINA

No se puede sin embargo afirmar que el distingo entre la responsabilidad de derecho común y la profesional resultará muy difícil de aplicar a los sucesos del diario acontecer, salvo casos muy extremos como los de los ejemplos citados, pues además, nada justifica que el profesional deba responder sólo por culpa grave. En el caso de los médicos, por ejemplo, existen fallos que establecieron que están sometidos al derecho común, pues se entiende que existen reglas sobre la imputabilidad de las culpas y la de la necesidad de reparar el daño causado, no solamente por el

hecho propio, sino también por propia negligencia, imprudencia o impericia. En ese ámbito se ubican toda persona, sea cual fuere su situación o su profesión, ya que las leyes no marcan excepciones y la propia Constitución Nacional prohíbe todo tipo de desigualdad o discriminación ante la ley.

En síntesis, la responsabilidad profesional se ajusta a las reglas generales: desde el momento en que el Tribunal pueda dar por probada con certeza una culpa cometida por un profesional, sea cual fuese su naturaleza, sea cual fuese su gravedad, debe condenar al autor a reparar las consecuencias dañosas de la misma.

D) DETERMINACIÓN DE LA CULPA PROFESIONAL

Para establecer si se configuran los presupuestos de la responsabilidad profesional, en cuanto a la determinación de la imputabilidad del agente, basta recordar lo que dispone el ya mencionado artículo 1835 de nuestro Código Civil que dispone que: “Existirá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio en su persona, en sus derechos o facultades, o en las cosas de su dominio o posesión...” y lo pertinente sobre la obligación de reparar ese daño.

Por ello es importante el adiestramiento específico que exige la condición profesional, que implica un especial deber de obrar con prudencia y conocimiento de las cosas, resultando obvio que la competencia particular manifiesta y a veces declarada de ciertos profesionales -especialistas, profesores, etc.- justifica una exigencia mayor a su respecto que con relación a los profesionales comunes, en tanto y en cuanto dichas condiciones especiales hubiesen sido tenidas en cuenta y gravitado en la celebración del respectivo contrato.

3. ÍNDOLE DEL DEBER VIOLADO

Si se afirma que “por lo común el profesional se obliga a prestar servicios sobre la base de los conocimientos científicos que posee, poniendo en el cumplimiento de la tarea encomendada la

diligencia y el cuidado que la misma requiere, atento a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”, su obligación es entonces de medios y sólo excepcionalmente asumirá frente a su cliente una obligación de resultado, pero no obstante ello será así en profesiones como las de abogado, médico, escribano, pero que la regla se invierte si se trata de un ingeniero, arquitecto, constructor, etc.

Algunos autores aceptaron tal distinción pero le asignaron otras denominaciones como: “obligaciones generales de prudencia y diligencia” y “obligaciones determinadas”.

En nuestro concepto, obligación de medios es la que sólo impone diligencia y aptitud para cumplir las medidas que normalmente conducen a un resultado, pero sin asegurar la obtención del mismo; obligación de fines es en cambio, la que compromete un resultado determinado, así por ejemplo, en las relaciones contractuales una compraventa, en la que tanto el vendedor como el comprador se comprometen a cumplir efectivamente un hecho determinado: uno la entrega de la cosa y el otro el pago del precio; y el campo extracontractual serían deberes jurídicos determinados o de resultado los que pesan sobre el dueño o guardián jurídico de las cosas o animales, quienes se ven compelidos a asegurar el efecto preciso de que tales cosas o animales bajo su custodia no causen daños a otros.

Por otra parte, son de medios las obligaciones contractuales emergentes de la locación de servicios; y en materia extracontractual el deber genérico de conducirse prudentemente en la vida en sociedad, para no ocasionar daños a terceros.

Por ello es fácil advertir que en el ejercicio de las profesiones la obligación que en general asume el profesional es de medios, ya que, por ejemplo, ni el abogado serio no se compromete a ganar el pleito, ni el médico responsable a curar al enfermo, sino que ellos sólo se obligan a poner de su parte todos los procedimientos que las respectivas técnicas indiquen como idóneos

para esos fines, pero sin poder asegurar que puedan lograr la finalidad perseguida.

No obstante ello, esos mismos profesionales podrían obligarse a un resultado, como por ejemplo, cuando el abogado se compromete a redactar un contrato o a confeccionar un estatuto o efectuar una partición, o cuando el médico sólo debe hacer un reconocimiento o examen general al cliente, tomarle una radiografía, etc.

En síntesis, todo dependerá, en cada caso, de la profesión de que se trate y de la labor a cumplir por el profesional, para afirmarse que las obligaciones sean de medios o de resultado. Sin embargo el distingo entre obligaciones de medios y de resultado tiene su importancia, por cuanto cuando se trata de las primeras y sólo existe de parte del profesional el deber de poner de su parte todos sus conocimientos técnicos, aptitud, diligencia, etc., en procura del resultado esperado pero no prometido, en la valoración de la culpa profesional no se podrá prescindir de la razonable incertidumbre que humanamente se halla vinculada a las apreciaciones de tales profesiones, bastando, pues, con que sea discutible u opinable el procedimiento a seguir, para que quede descartada toda idea de culpa, negligencia o imprudencia de parte del profesional que se inclinó por un sistema determinado.

La responsabilidad podrá surgir en cambio del desconocimiento de los principios básicos de la respectiva ciencia o arte, o de la incapacidad para discernir convenientemente, pues la ignorancia de reglas esenciales o axiomáticas estaría revelando en el profesional la falta de estudios suficientes para desempeñarse prudentemente, sin peligro de daño para quienes requieran sus servicios.

4. NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL

A) IMPORTANCIA DEL TEMA

Existen dos regímenes de responsabilidad. Entre las diversas opiniones doctrinarias, emergen las que se refieren a la medida o extensión del resarcimiento y a la prescripción de las acciones. Respecto de la primera, si se trata de responsabilidad contractual se puede afirmar, que si el incumplimiento es culposo el deber de reparar se limita a los daños que fueren consecuencia inmediata y necesaria del incumplimiento de la obligación. Mientras que cuando la responsabilidad es extracontractual la obligación puede extenderse hasta las consecuencias casuales del hecho, no precisamente para el autor que las previó, las quiso ejecutar el hecho, como en el de consecuencias casuales o fortuitas que no se habrían producido de no haber mediado antes la comisión del hecho ilícito.

En cuanto a la prescripción, la acción de daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual, salvo casos especiales, se rige por la prescripción general de las acciones personales: 10 (diez) años, según el artículo 659 inciso e) del Código Civil; en cambio, la responsabilidad extracontractual se prescribe por 2 (dos) años, conforme con lo dispuesto por el artículo 663 inciso f) del mismo Código.

B) CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES

En principio, toda relación del profesional con su cliente es de naturaleza contractual; él se obliga hasta este último a cambio de una contraprestación de su parte.

En la práctica no resulta tan sencilla la determinación del tipo de contrato, y sobre el punto existen opiniones divergentes:

b.1) TEORÍA DEL MANDATO

Esta teoría que se remota al derecho romano, las relaciones nacidas del ejercicio profesional o de un arte liberal configuraban un verdadero mandato, que era esencialmente gratuito, en la creencia de que tales servicios eran incompatibles y no podían ser objeto de un contrato de trabajo, reservado sólo para los servicios manuales, ya que por su índole “intelectual” eran inestimables y no podían dar lugar a la contraprestación de un precio o alquiler o salario.

La moderna doctrina la ha desechado, pues esta teoría en general no es satisfactoria, desde que ciertos profesionales como los médicos, ingenieros, arquitectos, etc., no ejercen ningún mandato, ni representan a sus clientes, ni realizan tampoco actos jurídicos sino materiales.

b.2) TEORÍA DE LA LOCACIÓN DE SERVICIOS

Esta doctrina considera que en el ejercicio de las profesiones liberales se configura una verdadera locación de servicios, con la sola particularidad de que el trabajo que se brinda es de orden intelectual y no manual. Se objeta esta teoría ya que en la locación de servicios media subordinación por parte del locador al locatario, y las profesiones liberales por el contrario se caracterizan por su independencia y por la autodeterminación del prestatario del servicio.

b.3) LOCACIÓN DE OBRA

Si bien muchos autores sostienen que se trataría de una locación de obra, pero en la mayoría de los casos, los profesionales no comprometen un resultado, que es lo que en cambio constituye el objeto de la “*locatio operis*”. Además, existen marcadas diferencias en el régimen legal de unas y otras prestaciones: quien contrata un profesional puede rescindir de sus servicios sin tener que pagarle todo lo que hubiera podido ganar de concluir su cometido; obligación que por el contrario, pesa sobre quien

encarga a otro una obra, siendo igualmente distinto el régimen de prescripción para el cobro de honorarios.

b.4) CONTRATO INNOMINADO O ATÍPICO

Para algunos el contrato con su cliente no es de trabajo, locación de obra, mandato, etc., sino que un contrato atípico, al cual no se le pueden aplicar con propiedad ninguna de aquellas denominaciones clásicas, se refieren a un contrato "*sui generis*" con alguna regulación jurídica propia.

b.5) CONTRATO MULTIFORME O VARIABLE

Una importante corriente doctrinaria, interpreta que la prestación de servicios profesionales asume algunas veces el carácter de locación de servicios, otras la de locación de obra, o en fin, la de mandato, según las circunstancias de cada caso, por lo que se ha dado en sostener que se trata de un contrato multiforme, variable o proteiforme, como lo es también por ejemplo, la cesión de derechos, que puede presentarse como cesión-venta, cesión-permuta o cesión-donación.

Por todo ello es que en cada supuesto corresponde analizar el contenido de la relación jurídica sin pretender unificar la calificación de todas las variedades de relaciones de prestación de servicios nacidas del ejercicio de las profesiones liberales, encuadrando a cada una de ellas dentro del pertinente contrato, nominado o innominado.

C) RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

Haciendo caso omiso al tipo de contrato celebrado, lo cierto y concreto es que siempre que haya mediado un acuerdo de voluntades entre el profesional y el damnificado, para la prestación de servicios por parte del primero al segundo, la responsabilidad en que se puede incurrir con tal motivo sólo puede ser contractual, derivada del incumplimiento de las obligaciones asumidas. La doctrina y jurisprudencia más recientes, se inclinan hoy en forma

casi unánime a admitir el carácter contractual de la responsabilidad profesional. Sólo excepcionalmente es de carácter delictual o cuasidelictual.

D) SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

No obstante lo expresado, existen supuestos especiales en los que no media convención entre el profesional y la víctima, en los cuales la responsabilidad del primero no será contractual. Tales serían: 1) cuando el servicio se presta sin requerimiento del favorecido con él, como en el caso del médico que atiende a un accidentado en la vía pública o a un desmayado; 2) aún contra su voluntad, como el de un suicida que recibe el socorro de un facultativo; 3) debido a un imperativo legal, cuando un Abogado es designado por sorteo para patrocinar o representar gratuitamente a los declarados pobres; y 4) cuando la actuación profesional que tiene un contrato con un cliente, causa un daño a terceros extraños a dicha relación contractual, Ejemplo, el caso de un abogado que traba embargo manifiestamente improcedente contra la otra parte, o por error respecto de bienes que no fuesen de propiedad del deudor demandado. En estos casos la responsabilidad es extracontractual, pero no en el sentido atribuido impropriamente por la mayoría de la doctrina a este vocablo, que utiliza para aludir a la responsabilidad emergente de los hechos ilícitos, sino sólo por oposición a la responsabilidad contractual, por existir en ellos un daño causado al violarse derechos ajenos fuera de toda relación convencional.

E) HIPÓTESIS DE ACUMULACIÓN DE RESPONSABILIDADES

Existen casos de superposición de ambas responsabilidades: contractual y extracontractual, como sucede cuando el incumplimiento de una obligación contractual degenera asimismo en un delito del derecho criminal (“De las obligaciones que nacen de los Delitos”) e igualmente en aquellos casos en los que el incumplimiento de la obligación contractual simultáneamente configura una infracción de un deber jurídico impuesto por las leyes, como pasa con el abogado mandatario o

procurador que no interpone en término los recursos legales contra la sentencia adversa a su cliente, o no presenta los escritos pertinentes, o no asiste a las audiencias fijadas en los juicios en que interviene, todos deberes legales impuestos por nuestro derecho positivo vigente.

II. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ABOGADOS

1) NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN PROFESIONAL

Sabemos que las actuaciones de los profesionales abogados pueden ser: a) Judicial, ejerciendo la representación de una parte, o mediante el patrocinio en una causa, o asumiendo la defensa de un procesado en el fuero penal; o, b) Extrajudicial, a través del mero consejo legal o asesoramiento jurídico, o bien en la intervención directa en la formulación de un negocio jurídico, o en la redacción de contratos, estatutos, reglamentos, etc., o en la corrección de arreglos o transacciones que pongan fin a cuestiones dudosas.

La vinculación del abogado con su cliente siempre es de naturaleza contractual, reiterándose acá las controversias ya referidas sobre la índole de las mismas para todas las profesiones en general. Algunos podrían sostener que se trata de una locación de servicios, dado que el abogado presta un servicio más o menos continuado de asistencia profesional, subordinado a las contingencias de todo pleito, a cambio de una retribución, pudiendo cesar dicha relación salvo pacto en contrario. Para otros se trataría de una locación de obra, por cuanto que promete la ejecución de un trabajo mediante un precio calculado según la importancia del mismo, sin que exista ninguna relación de dependencia entre el abogado y su cliente. Para nosotros, según ya lo habíamos señalado, se trata de relaciones contractuales variables, pudiendo consistir según el caso en una locación de obra, en la redacción de un estatuto societario o en la confección de una cuenta particionaria; o de servicios, cuando el profesional trabaja a sueldo, aunque su labor no la realice con sujeción a horario ni en las oficinas del empleador y hubiese atendido los asuntos en su propio estudio, ya que en tales casos existe dependencia jurídica,

aunque por la naturaleza de la labor esté ausente la dependencia técnica; o de mandato cuando le ha sido otorgado un poder para actuar en juicio en representación de su cliente.

Según el Prof. Allen “la vinculación del abogado con el cliente puede ser considerado atípico, o en todo caso multiforme” porque participa de las características del mandato, como de la locación de servicios y en ciertos casos de la locación de obra.

La actuación profesional excepcionalmente no tendría su origen en un contrato, si ella obedece a un nombramiento efectuado por los jueces o tribunales con arreglo a la ley, por ejemplo, en el caso de desinsaculación ante inhibiciones de los Magistrados especialmente en los Juzgados del interior de nuestra República, o en el caso de patrocinio o representación legal del declarado pobre.

2) DEBERES LEGALES

El deber principal del abogado es el de prestar su asistencia profesional como colaborador del Juez y en servicio de la Justicia, pero nada impide al mismo en cambio rehusar un mandato, una defensa o un asesoramiento, sin necesidad de expresar los motivos que así lo determinan, en el libre ejercicio de su profesión.

Al margen de las obligaciones que puedan haber sido contraídas entre el abogado y su cliente, existen también para el primero algunos deberes jurídicos establecidos legalmente, sea como comportamientos positivos a cargo del profesional, o bien como prohibiciones o deberes de conducta negativos, de omitir o realizar ciertos procederes, siendo los principales “deberes” el de guardar el secreto profesional respecto de hechos conocidos con motivo del asunto que se le hubiere encomendado, el llamado deber de lealtad, comprensivo de la obligación de no abandonar intempestivamente el patrocinio en los juicios en que intervenga, de no patrocinar o asesorar a ambos litigantes en un mismo juicio ni aceptar la defensa de una parte si ya hubiere asesorado a la otra.

Además, en su actuación como apoderado, debe estar sometido en la procuración y defensa de los intereses de su cliente, a algunas trascendentes obligaciones legales como: interponer los recursos pertinentes contra toda sentencia definitiva contraria a las pretensiones de su poderdante y contra toda regulación de honorarios que corresponda abonar a la misma; asistir los días asignados para las notificaciones en las Secretarías de los Juzgados y Tribunales donde tenga pleitos o procesos; presentar y suscribir los escritos y activar el procedimiento en las condiciones de ley; y asistir puntualmente a las audiencias que se celebren y controlar todas las diligencias que se practiquen en los juicios en que interviniere.

La infracción a alguno de estos deberes legales puede llegar incluso a configurar algún delito penal como el prevaricato o la transgresión de guardar el secreto profesional.

3) CONTENIDO DE LA PRESTACIÓN Y RESPONSABILIDAD CONSIGUIENTE

A los efectos de determinar el contenido de la prestación asumida por el abogado ante su cliente, es necesario diferenciar la doble actuación que puede cumplir, como apoderado o procurador, o como abogado consultor, patrocinante o defensor en un proceso penal.

En el primer caso el abogado está obligado a una prestación de "resultado" en cuanto a los actos procesales a su exclusivo cargo, como suscribir y presentar los escritos correspondientes, concurrir a Secretaría los días de notificaciones, a audiencias, controlar las diligencias que se practiquen, interponer los recursos legales y activar el procedimiento. En estos casos, no será necesario probar la culpa del profesional, sino que bastará con la objetiva frustración del resultado esperado, consistente en la preclusión de los actos procesales por el no ejercicio en término de los mismos, quedando clausurada la etapa respectiva, la no deducción en tiempo propio del recurso correspondiente o cuando se deja perimir la instancia, todo conducirá al debilitamiento de la

posición del cliente sino la pérdida definitiva del derecho objeto de la litis.

En todo caso, existirá responsabilidad del abogado frente a su mandante por los daños derivados de la no promoción a su debido tiempo de un juicio, cuando se extralimite en el cumplimiento del mandato, dejando transcurrir con su inactividad el plazo de prescripción de la acción, la falta de ejecución de un crédito hipotecario que posibilitó la caducidad de su inscripción, dejar perimir la instancia, no haber interpuesto los recursos. El artículo 96 del Código de Organización Judicial dispone: *“Los abogados y procuradores responderán a sus mandantes de los perjuicios que les causaren por falta, descuido, negligencia o infidelidad en el desempeño de su mandato”*.

Además de la responsabilidad civil emergente, la Ley N° 1376/88 que regula los honorarios profesionales de Abogados y Procuradores prevé la aplicación de otras sanciones como la prevista en el artículo 31, que expresa: *“Tampoco procederá la regulación cuando por resolución fundada el Juez o Tribunal califique de negligente la conducta observada por el profesional, lo reputase litigante de mala fe o que hubiese ejercitado abusivamente los derechos”*. Pero aún hay más, el ya citado Código de Organización Judicial (Ley N° 879/81) en su artículo 94 sanciona: *“La Corte Suprema de Justicia casará o anulará la matrícula del abogado o procurador por mala conducta, faltas graves en el ejercicio de la profesión, incapacidad física o mental inhabilitante debidamente comprobada, o por condena judicial que importe inhabilitación para el ejercicio de la profesión, o por la existencia de alguna de las incompatibilidades previstas en este Código”*.

Tratándose de errores de “derecho”, se ha determinado que tienen menores consecuencias en un patrocinio judicial que un dictamen extrajudicial equivocado, en razón de que el error de derecho puede subsanarse por aplicación del principio *“iura curia novit”* (el juez conoce el derecho), en cuya virtud el juzgador puede elegir la norma o normas que conceptualicen el caso

sometido a su decisión, sin tomar en consideración lo alegado por el actor.

En la actuación extrajudicial cabe repetir lo expresado precedentemente pues una opinión o consejo dado al cliente puede estar en desacuerdo con la ley, es susceptible de generar la obligación de reparar el daño resultante a quien se ajustó a lo aconsejado, cuya ineficacia o extravagancia no estaba en condiciones de valorar, en cuyo caso el profesional no cumplió con su deber de diligencia y prudencia, acorde con sus aptitudes y mérito profesional.

4) LA INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS

El problema de la responsabilidad civil del abogado lo constituye la determinación del daño indemnizable, ya que si bien la frustración de un negocio jurídico debida a un deficiente asesoramiento o pérdida de un juicio, configuran un daño cierto, la indemnización, sin embargo no puede consistir en el importe de la operación no concretada o en el de la suma reclamada en la demanda desestimada, resultados éstos que dependían asimismo de otras circunstancias ajenas al profesional. Siendo ello así, el resarcimiento en tales casos ha de consistir más bien en la pérdida de una "chance" o posibilidad de éxito en las gestiones, cuyo grado de probabilidad dependerá en cada caso de sus especiales circunstancias fácticas.

Si la expectativa frustrada era muy general y vaga, no cabría la indemnización por tratarse de un daño puramente eventual o hipotético. Por el contrario, cuando la posibilidad es bastante fundada, cuando más que una posibilidad es una probabilidad razonable, su frustración debe ser indemnizada como pérdida de una "chance", e incluso puede suceder que de las circunstancias del caso aparezca como sumamente probable que el damnificado hubiese obtenido la ganancia o evitado la pérdida, de no haber mediado el acto del responsable, por ejemplo, cuando se pierde un juicio por negligencia del abogado en producir o presentar una prueba que razonablemente podía estimarse como

decisiva, en cuyo caso sería procedente la indemnización, no de la “chance” perdida sino de la misma ganancia frustrada o del perjuicio sufrido.

Evidentemente a veces resulta de muy difícil concreción en la práctica, por lo que se complica la apreciación de la procedencia o no de la indemnización, y en su caso la determinación del *quantum* de ésta en proporción a la “chance” frustrada. Estas son las razones por las que generalmente los Juzgados han fijado el 10 % para “gastos de Justicia” como valor de la ganancia frustrada.

III. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ESCRIBANOS

1) NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACTIVIDAD NOTARIAL

Los escribanos o notarios son funcionarios depositarios de la fe pública notarial, instituida para recibir, redactar y dar autenticidad, conforme a las leyes y en los casos que ellas autorizan, los actos y contratos que le fueran encomendados. No se trata de un funcionario público, salvo la situación muy especial del Escribano Mayor de Gobierno, pues faltan a su respecto los caracteres virtuales que genera la función pública como la relación de subordinación jerárquica, el sueldo a pagarse por el Estado. Evidentemente se trata de un profesional del derecho, que ejerce una profesión liberal, salvo los casos especiales, pero que cumple además, finalmente, una función pública por delegación del Estado.

2) NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN PROFESIONAL

La actuación del escribano se concreta de diversos modos:

- 1) otorgamiento de escrituras públicas en su libro de protocolo, observando las disposiciones legales que rigen dichos instrumentos en cuanto a competencia del autorizante y demás solemnidades que deben acompañar a tales actos, Ejemplo: conservación de los protocolos, expedición de testimonios y certificaciones;
- 2) actos complementarios de las escrituras, que resulten necesarios según la índole de los negocios jurídicos. Ejemplo: solicitud de

certificaciones; y, 3) actuación fuera del protocolo, como en los casos de inventarios, redacción de actas, estudio de títulos, certificaciones en general, etc.

Conviene dejar sentado que el notario, en principio, no puede negar su intervención cuando le fuere solicitada, dado el carácter de "función pública" que reviste su actuación, pero entre sus deberes fundamentales se encuentran: el de intervenir personalmente en los casos en que fuera requerido.

Si bien se ha sostenido que la relación entre el escribano y su cliente es la de un "mandato", más aun porque eventualmente puede darse el caso en que actúe en calidad de "mandatario", cuando se ocupa del cobro de alquileres, percibir cuotas en representación de un acreedor hipotecario, etc., en general, se debe concluir que más bien se trata de una "locación de obra", siendo la obligación por él asumida de resultado, dado que el escribano está comprometido en otorgar un instrumento válido en cuanto a las formalidades legales que el mismo debe observar como autorizante, y a su inscripción en su caso en el registro respectivo, para que el negocio jurídico ante él pasado adquiera eficacia *erga omnes*. El escribano debe aplicar toda su diligencia y conocimiento en su labor profesional.

Debe aclararse también que el escribano sólo asume una obligación de medios y no responde si es sorprendido en su buena fe en una transmisión resultante de un acto fraguado mediante falsificación del título por participación de una de las partes o cuando concurriera con documentos de identidad falsificados aparentando ser el dueño del título e inscripción en los Registros Públicos.

Justamente debido a ello nuestros Tribunales han consagrado que el Escribano sólo es responsable si el informe es erróneo en cuanto existe una inexcusable culpa del profesional en la apreciación de los antecedentes o por negligencia en la compulsión de los mismos.-

Uno de los deberes fundamentales del escribano, es el de guardar el secreto profesional sobre los actos en que intervenga en ejercicio de su función, cuya violación por su divulgación incluso puede constituir un delito penal, además de la responsabilidad civil por los perjuicios así provocados.

3) RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS NOTARIOS

Los deberes y atribuciones del notario público están taxativamente expuestos en el artículo 111 de la Ley N° 879, Código de Organización Judicial, así como las incompatibilidades y prohibiciones que se encuentran enumeradas en el artículo 115 y concordantes de la misma ley.

Los escribanos están sujetos al régimen común de responsabilidad contractual o extracontractual, según la fuente de las obligaciones violadas y las sanciones que le podrían ser aplicadas están previstas en los artículos 155, 156, 157, 158 y 159 del ya citado Código de Organización Judicial.

Los mencionados artículos prevén sanciones como la suspensión o destitución en el ejercicio de sus funciones, además de la responsabilidad penal o civil que pudiera derivar, según la gravedad de los hechos o irregularidades en que incurran.

Las responsabilidades de los notarios pueden ser contractuales cuando deriven de una relación entre los mismos y sus clientes, pero, cuando por ejemplo un tercero que no ha requerido su concurso resulte víctima o perjudicado, también pueden ser extracontractuales.

Por lo demás, no interesa cuál de las partes intervinientes propuso al escribano, ya que de todas formas, consentida la intervención de éste, la manifestación de conformidad conjugada a su vez con la aceptación de la labor encomendada por parte del escribano, configura la declaración de voluntad común de ambos, destinada a reglar sus derechos constitutiva del contrato, o sea que ambos contratantes resultan ser, clientes del notario, con quien

concertan separadamente un contrato de prestación de servicios profesionales.

4) CASOS DE RESPONSABILIDAD NOTARIAL

De acuerdo con las distintas tareas que puede asumir el escribano, es que habrán de resultar los distintos casos de responsabilidad civil de estos profesionales.

a) OTORGAMIENTO DE ESCRITURAS

El escribano no sólo debe actuar dentro de su competencia territorial y en los límites de sus atribuciones, no autorizar ningún acto en el cual él mismo o sus parientes hasta el cuarto grado aparecieren interesados, sino además cumplir con todas las formalidades exigidas por la ley para la validez de los instrumentos públicos que otorga. La violación de cualquiera de esos deberes es causal de nulidad del acto y, por consiguiente, genera la responsabilidad civil del notario por los daños que ocasionaren a las partes intervinientes.

Es igualmente de su responsabilidad otorgar a las partes copia autorizada de la escritura que hubieren otorgado.

b) ACTOS COMPLEMENTARIOS DE LAS ESCRITURAS PÚBLICAS

El escribano debe tener a la vista la Certificación del estado jurídico de los bienes y de las personas titulares de los derechos, expedida por los Registros Públicos, a los fines del otorgamiento de escrituras transmisivas, constitutivas, modificatorias o de cesión de derechos reales sobre inmuebles.

Los certificados tienen un plazo de validez desde el día de su expedición, y el escribano tiene la obligación de otorgar el respectivo acto dentro del plazo de vigencia de la certificación y el deber de presentar el correspondiente título para su inscripción en tiempo en la Dirección General de los Registros Públicos. De esa manera se conservará la prioridad reservada como consecuencia de

la anotación preventiva emergente de la certificación y no se verán perjudicados los derechos del adquirente o del acreedor hipotecario, por la inscripción o anotación de cualquier otro derecho incompatible con el de ellos. Evidentemente, la omisión de tales deberes o su cumplimiento tardío, pueden dar lugar a la responsabilidad civil de los escribanos. Los Tribunales han resuelto que asumen la responsabilidad si no solicitaron el certificado sobre las condiciones de dominio o de libertad para disponer; por la forma y defectos en la inscripción del título; y por su inscripción tardía, así como también por dejar constancia de no existir deudas por expensas comunes que no había requerido al escriturar la venta de una propiedad horizontal, que existía; por la omisión de los certificados administrativos de los que resulte el Estado de las deudas fiscales ante el comprador del inmueble cuyo título no pudo ser inscripto por la existencia de tributos impagos; o frente al propio Fisco acreedor por el pago de la deuda pendiente.

5) ESCRIBANOS ADSCRIPTOS

Si bien esta cuestión prácticamente se ha superado en nuestro país, no obstante ello conviene apuntar que la responsabilidad del escribano titular del registro se extiende a las faltas cometidas por el adscripto en el ejercicio de sus funciones, siendo su responsabilidad solidaria con la del adscripto.

IV. RESPONSABILIDAD CIVIL DE MÉDICOS, ODONTÓLOGOS Y PROFESIONES AFINES

1) NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN PROFESIONAL

Sobre la base de lo que disponía el Código de Napoleón, que obligaban a todos los individuos a no cometer imprudencia o negligencia, la doctrina y la jurisprudencia francesa sostuvo durante mucho tiempo que la responsabilidad del médico era extracontractual, por lo que la existencia de un contrato nada agregaría. Al margen de cualquier vinculación contractual, existe para los facultativos un deber legal *sui generis* de comportarse con

ajuste a las reglas del arte o profesión que les está impuesto por el mero hecho del ejercicio de la medicina.

En realidad, la responsabilidad del médico es y debe ser la misma, sea que atienda a un enfermo en su consultorio o lo opere con su consentimiento, como cuando lo haga con el obrero de una compañía o con un accidentado en estado de inconsciencia que deba ser intervenido de urgencia.

Entre el médico y su cliente se forma un verdadero contrato, que si bien no comporta la obligación de curar al enfermo, al menos comprende la de proporcionarle cuidados concienzudos, solícitos y a veces, excepcionales, conforme a las circunstancias. La violación -incluso- involuntaria de esas obligaciones, quedará sancionada con una responsabilidad igualmente contractual. Sólo excepcionalmente es de carácter delictual o cuasidelictual cuando el médico comete delitos del derecho criminal o viola disposiciones reglamentarias de su profesión.

Si bien para algunos se trataría de una locación de servicio, por cuanto el médico no promete sanar al enfermo sino sólo suministrarle todos los cuidados y las precauciones que la ciencia y la práctica profesional le recomienda, otros sostienen que en la prestación de asistencia, tratamiento u operación, conjuntos unitarios por un precio en dinero, existe una verdadera locación de obra.

Dependerá del contenido del contrato y de su interpretación el determinar qué resultado se ha querido: curación o alivio del paciente o las prestaciones de un resultado ulterior esperado completamente inseguro, como el caso de las operaciones de alto riesgo. Siempre quedará igualmente supeditado a la buena ejecución técnica de la obligación misma, no su resultado favorable, o sea la curación o mejoría.

Para nosotros se trataría de un contrato *sui generis* ya que generalmente el enfermo es quien elige al médico, por su

experiencia, conocimientos y la confianza que pueda inspirarle. No obstante, el profesional puede ser reemplazado durante el tratamiento por otro colega elegido por él mismo y bajo su responsabilidad. Cuando interviene a petición de un tercero o si acude espontáneamente como en el caso de un accidente callejero, o aún contra la voluntad del paciente como puede ocurrir con un suicida frustrado, en todos los casos la responsabilidad en que pueda incurrir es de naturaleza extracontractual. Pero la responsabilidad es tan igual como cuando es requerido por un cliente que lo ha elegido.

2) DEBERES LEGALES

Los profesionales médicos, odontólogos y sus colaboradores están sujetos a normativas que rigen el ejercicio de sus respectivas especialidades, y están dentro del ejercicio de sus profesiones el de anunciar, prescribir, indicar o aplicar en cualquier procedimiento directo o indirecto de uso en el diagnóstico, pronóstico y/o tratamiento de las enfermedades de las personas, o a la recuperación, conservación y preservación de la salud de las mismas, el asesoramiento público o privado y las pericias que practiquen.

Los mencionados profesionales están obligados a asistir a sus pacientes en sus enfermedades, sin poder decidir la no prosecución de su asistencia hasta tanto sea posible delegarla en otro profesional o en el servicio público correspondiente, a respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse, debiendo requerir su conformidad por escrito en las operaciones mutilantes, a no aplicar en sus prácticas privadas procedimientos que no hubiesen sido presentados o considerados o discutidos o aprobados en los centros universitarios o científicos reconocidos del país, ni a practicar tratamientos personales utilizando productos especiales de preparación exclusiva y/o secreta, y/o autorizados por el Ministerio de Salud Pública, ni practicar intervenciones que provoquen la esterilización sin que exista indicación terapéutica perfectamente determinada y sin haber agotado todos los recursos conservadores de los órganos

reproductores, ni delegar en su personal auxiliar, facultades, funciones o atribuciones inherentes o privativas de su profesión.

Sobre trasplantes de órganos, la ablación (extracción de los órganos de los donantes) e implantación de órganos y material anatómico, consideradas hoy día como “de técnica corriente y no experimental”, sólo aplicables cuando todos los medios y recursos disponibles no artificiales se hayan agotado y no exista otra alternativa terapéutica para la recuperación de la salud del paciente. En estos casos necesariamente debe existir la advertencia médica a dadores y receptores, de manera clara, adaptada al nivel cultural de cada paciente, acerca de los riesgos de la operación de ablación o implante, sus secuelas, evolución previsible y limitación resultantes, así como la necesidad de contar con la conformidad del dador y del receptor libremente expresadas, y, consecuentemente, la prohibición de toda inducción a cualquier posible dador o receptor para decidirse por la afirmativa o negativa acerca de la cesión o recepción de órganos o materiales anatómicos, so pena de incurrir en figura delictiva; en fin, se proscribe la práctica en personas vivas de la ablación de más de uno de dos órganos pares (riñón, córnea, etc.), y por supuesto, de aquellos que son únicos (corazón, hígado, etc.).

El profesional de la medicina puede incurrir en homicidio o lesiones culposas, si por imprudencia, negligencia o impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes de su cargo, causare a otro la muerte o un daño en el cuerpo o en la salud. El aborto provocado deliberadamente está penado por el Código Penal. Inclusive puede incurrir igualmente en conductas omisivas, como cuando abandona a un paciente o se niega a prestar auxilio, abandona a su paciente, no ordena el practicamiento de análisis o estudios radiológicos, transfusión de sangre, chequeo previo para la aplicación de una inyección de penicilina, etc.

3) CONTENIDO DE LA PRESTACIÓN Y DEMOSTRACIÓN DE LA CULPA

Para algunos la falta del médico debe caracterizarse por su importancia, y sólo serían responsables por una culpa grave o lata, resultante de una infracción muy evidente o gruesa.

Para nosotros, la culpa, grave o leve, del profesional de la medicina genera su responsabilidad, pues el mismo se halla obligado a agotar todos los medios y precauciones en resguardo de la salud y vida del paciente, quedando obligado a reparar las consecuencias.

Cuando está en juego la vida de un hombre, la menor imprudencia, el descuido o la negligencia más leves, adquieren una dimensión especial que les confiere una singular gravedad. No hay culpas pequeñas, y el recto ejercicio de la medicina es incompatible con actitudes superficiales.

Corresponderá, en todo caso, al damnificado que pretenda su reparación cuando pruebe la inejecución de la obligación del profesional y su culpa, o cuando no se produjo el resultado deseado debido a que no se condujo con la mesura y diligencia debidas o medió un comportamiento defectuoso de su parte.

4) RELACIÓN DE CAUSALIDAD

Con arreglo a los principios generales sobre la materia, será necesaria la prueba de la relación de causalidad entre la falta o el acto profesional incriminado y los daños y perjuicios cuya reparación se procure. Si el cliente demuestra que el tratamiento aplicado le ha inferido un perjuicio, de hecho ése es el único punto que será establecido ante el Tribunal, pues son los jueces los que deducirán si ha existido o no imprudencia, negligencia o impericia del médico, lo cual implica, sobre todo, apreciaciones de orden médico.

En general se admite, que el enfermo que interrumpe un tratamiento y se confía a otro profesional o a otro servicio médico,

excluye la responsabilidad de quienes inicialmente lo trataron y de ningún modo pudieron controlar o influir sobre las secuencias sobrevinientes de su mal.

5) CASOS DE RESPONSABILIDAD

No obstante todo lo dicho, no está demás considerar algunas hipótesis vinculadas a los deberes profesionales del médico en general y la consecuente responsabilidad que puede surgir de su violación, para lo cual se deben separar dos campos de esta ciencia: el de la medicina y la medicina curativa por un lado, y el de la cirugía estética por el otro.

A) MEDICINA CURATIVA

Si descomponemos las obligaciones implícitas en el contrato médico y por aplicación de los preceptos legales, se advierte que el comportamiento del profesional facultativo está regido por diversos deberes que pueden sintetizarse en los siguientes:

a) ADVERTENCIA AL ENFERMO

Aunque no está expresamente mencionado entre los deberes legales, por lo menos cuando se trata de trasplantes de órganos se impone que se advierta de manera suficiente y clara, adaptada al nivel cultural de cada paciente, acerca de los riesgos de la operación de ablación o implante, sus secuelas, evolución previsible y limitaciones resultantes, de todo lo cual debe quedar constancia debidamente documentada.

Es deber del facultativo aconsejar a su paciente o a la persona a cuyo cuidado se encuentre, respecto de las precauciones requeridas por su estado de salud, ni autorizar el abandono del sanatorio, si su estado post operatorio no lo aconseja.

b) CONSENTIMIENTO

En principio, ningún médico puede emprender tratamiento o intervención sin la previa conformidad del enfermo, libremente manifestada, pues debe respetarse siempre la voluntad del paciente, sea negativa a tratarse o internarse, salvo los casos de inconsciencia, alienación mental, lesionados graves por causa de accidentes, tentativa de suicidio o de delitos, más aún cuando se trate de operaciones mutilantes o de trasplantes, mientras el dador conserve capacidad para expresar su voluntad, o de sus familiares en casos de muerte cerebral.

Si el estado del paciente y en casos de urgencia no permite explicarle su situación y obtener su conformidad, debe recabarse la autorización de sus parientes más próximos, y, en casos de urgencia que no permitan esperar la obtención de la conformidad, el médico debe intervenir como corresponda aún sin el mencionado consentimiento.

c) DIAGNÓSTICO

Partiendo de la base de que el profesional responde sólo de los daños derivados al paciente por un error de diagnóstico cuando el mismo ha sido grave e inexcusable, por cuanto lo relativo al diagnóstico y al tratamiento versa sobre cuestiones puramente científicas a debatirse entre médicos, no pueden dar lugar a la responsabilidad civil ni caer bajo el examen de los tribunales, salvo que los hechos reprochados escapen de la clase de actos que por su naturaleza están exclusivamente reservados a las dudas y las disposiciones de la ciencia, y se compliquen de negligencia, ligereza o ignorancia de cosas que indispensablemente debían conocerse. Esto último sucede, por ejemplo, si se aplica al paciente un tratamiento de una enfermedad que no tenía, sin esforzarse el médico por descubrir de qué mal realmente se trataba, o si realiza un diagnóstico superficial o inexacto, respondiendo a llamadas telefónicas o consultas radiales muy en voga en estos días.

La experiencia y la especialización profesional adquieren relevancia fundamental en esta materia y marca la diferencia en cuanto al conocimiento y aptitud con el novato y sin profundización, pues aquellas virtudes ponen al facultativo en mejores condiciones de obrar con mayor conocimiento de las cosas, siendo -por otra parte- menos excusable su error en tales condiciones.

d) TRATAMIENTO

Es a ese respecto donde se dan los más comunes y frecuentes casos de responsabilidad civil, pues tratamiento en medicina, es la suma de los medios empleados para conservar la vida, mejorar la salud o aliviar el dolor. Es también responsable el médico que ha aconsejado un tratamiento equivocado, por error grave e inexcusable, si bien no es un proceso lineal, sino que se halla sujeto a múltiples alternativas, en las que son posibles avances y retrocesos, cambios de diagnósticos y de terapia, y la continuidad y persistencia son con frecuencia la condición indispensable para el logro del resultado médico buscado.

Claros casos de error grave e inexcusables en el tratamiento, pueden ser, por ejemplo, la aplicación de radioterapia en el rostro, que deja ciega a la paciente por no haber tomado las debidas precauciones; la provocación de lesiones a un enfermo debido a una excesiva exposición a la acción de rayos X; o el de haberse equivocado en la clasificación del grupo sanguíneo al que el paciente pertenecía.

e) ATENCIÓN Y CUIDADOS

El profesional que desatiende un llamado del enfermo o descuida sus visitas, falta al deber de cuidado implícito en el contrato médico. Resulta inconcebible que un profesional médico descuide a su paciente en estado post operatorio, o autorizar al propio enfermo de seguir y a abandonar el sanatorio de sentirse mejor, delegar su asistencia en otro profesional o en el servicio público correspondiente. Eventualmente podría negarse a atender a

un enfermo que no es su cliente, sin que pueda acarrear responsabilidad civil alguna, pero la cuestión entra en el campo de la ética profesional, que indicará en qué situaciones será posible ese rechazo sin infracción a la misma. En los casos de epidemia o desastres naturales u otras emergencias, la cooperación del profesional médico es obligatoria, más aún cuando medie un requerimiento de las autoridades sanitarias.

B) CIRUGÍA REPARADORA

a) GENERALIDADES

Cirugía reparadora es aquella que tiene por objeto curar una afección de salud, o prevenir o reparar un daño a la misma.

La práctica de las intervenciones quirúrgicas presenta algunos aspectos particulares, ya que en ellas está en juego la incolumidad del cuerpo humano, lo cual interesa al orden público. Es por ello que, sólo apremiado por el estado de necesidad de afrontar el mal que amenaza peligrosamente al enfermo, puede el facultativo decidir una operación que afecte a la integridad corporal de aquél y que dicho estado de necesidad justifica ese proceder, toda vez que se realice con el fin de obtener un beneficio mayor, o por lo menos equivalente al daño a infligirse. Esa valoración debe efectuarse con criterio subjetivo, razón por la cual el consentimiento del paciente, en principio, deja a salvo la responsabilidad del profesional.

Está vedado al profesional la realización de experimentaciones médicas peligrosas sobre un ser humano, a menos que tengan por fin el alivio o la mejoría de un enfermo en inminente peligro de muerte, siendo la ciencia impotente para lograrlo a través de los medios conocidos.

Referente a la cirugía reparadora al igual que la medicina en general, el cirujano que se equivoca no es responsable, si no incurre en algún grave error no tolerable o en alguna falta inexcusable.

La responsabilidad de los cirujanos se ha declarado por daños causados por su culpa. en la ejecución de actos anexos a la intervención misma, ya que es evidente que muchas precauciones especiales resultan imprescindibles antes y después de la intervención quirúrgica, así como cuando deja de lado la asepsia e higiene, la alimentación adecuada del paciente y la vigilancia de que se encuentre a la temperatura adecuada para evitar complicaciones pulmonares, etc.

b) TRASPLANTE DE ÓRGANOS

Un capítulo especial dentro de la cirugía curativa, por su trascendencia en nuestros días, es el ya aludido caso de los trasplantes de órganos. Nuestro país no ha quedado atrás de otras naciones en ese sentido, y hoy día han frecuentado casos de trasplantes de riñón, córneas y corazón, inclusive, así como los injertos de páncreas, piel y huesos. Tratándose el trasplante de órganos provenientes de una persona viva, se admite la disponibilidad de las partes renovables separadas del cuerpo, como uñas, sangre, cabellos, piezas dentarias, etc. y se ha llegado a aceptar la posibilidad de la cesión de una parte no separada del cuerpo humano cuando ello aparezca justificado por una causa estimable, toda vez que no medie un daño permanente al dador. Por esa razón está prohibido el trasplante cuando se trate de un órgano único. La ablación de uno de los órganos pares o de materiales anatómicos es permitido toda vez que no pueda causar la muerte o incapacidad total y permanente del donante.

La extracción de partes de un cadáver o con muerte cerebral genera otros problemas, siendo fundamental que se pueda considerar muerto al donante o con un daño cerebral irreversible, acusado por el electroencefalograma, que se caracteriza porque la línea isoelectrica es igual a cero. Una vez comprobadas las alteraciones necróticas del cerebro sería posible la suspensión de las tareas de supervivencia artificial y procederse a la extracción de los órganos sanos necesarios a los fines del trasplante. Se ha evolucionado así del concepto tradicional de cadáver, al no

tradicional, o sea a la consideración de que ya está muerto el individuo en estado de supervivencia artificial pero privado de vida neurológica. La certificación del fallecimiento del dador deberá expedirse por un clínico, un neurólogo o neurocirujano y un cardiólogo, no integrantes del equipo que efectuará las operaciones de ablación y/o implante, quienes determinarán dicho estado por comprobaciones idóneas que evidencien el cese total e irreversible de las funciones cerebrales.

En los casos de personas fallecidas sin haber expresado su voluntad de disponer para después de su muerte, la ablación de órganos o materiales anatómicos de su propio cuerpo, dicha conformidad puede ser dada por otras personas presentes en el lugar del deceso, de acuerdo a un orden prioritario y excluyente que comprende a: el cónyuge, hijos mayores de edad matrimoniales, extramatrimoniales reconocidos y adoptivos, padres legítimos, naturales y adoptivos, abuelos y nietos, parientes consanguíneos en línea colateral hasta el cuarto grado inclusive; bastando con el consentimiento de uno sólo de los parientes de igual grado cuando haya varios, en tanto no medie expresa oposición de algún otro.

c) CIRUGÍA ESTÉTICA

Es la que sin proponerse aliviar un sufrimiento, remediar un estado patológico o corregir una verdadera deformidad tiene, por fin exclusivo embellecer al paciente, subsanando cualquier imperfección física. Es deber del médico para con su paciente, en orden de advertencia, consentimiento, tratamiento, prohibición de experimentaciones, etc., en toda intervención quirúrgica con fines puramente estéticos.

Como la actuación médica sobreviene en circunstancias en que el cliente no padece de afección alguna, y la finalidad perseguida es sólo la de lograr un efecto favorable desde el punto de vista estético, ello ha llevado a juzgar con mayor severidad la responsabilidad del profesional que practica esta cirugía.

Hoy en día carecería de sentido cualquier repulsa genérica contra la cirugía estética, dada su positiva incorporación al arte médico, y además por el hecho de que no estando prohibida por la ley, como no podría serlo, tampoco puede ser catalogada en sí misma como ilícita, sólo porque no produzca las ventajas o beneficios esperados. No obstante, nos adherimos a quienes piensan que la responsabilidad del médico es más rigurosa cuando se trata de cirugía estética que en la hipótesis de cirugía reparadora, si bien la responsabilidad médica en materia de cirugía estética, es de igual naturaleza a la que puede incurrir en el campo de la cirugía curativa, difiere tan sólo en extensión, toda vez que en aquélla su conducta se aprecia con mayor severidad que en ésta.

En general se ha considerado como de “resultado” a la obligación asumida por el facultativo en los casos de cirugía estética, en los que además, de no prometerse un resultado feliz, el paciente presumiblemente no se sometería al tratamiento u operación.

6) OTROS PROFESIONALES DEL ARTE DE CURAR Y COLABORADORES

a) ODONTÓLOGOS

Todo cuanto queda expuesto en relación a la responsabilidad médica, es aplicable también a los odontólogos. Sin embargo, teniendo en cuenta la mayor previsibilidad de los acontecimientos, se considera que la obligación por ellos asumida es de “resultado”. La patología de las infecciones dentales corresponde a una etiología específica y sus procesos son más regulares y restringidos, a pesar de las reacciones que pueden terminar con desórdenes patológicos generales, consiguientemente, la sintomatología, el diagnóstico y la terapéutica son muchos más definidos y es más fácil para el profesional comprometerse a curar; es factible por parte del profesional odontólogo garantizar que el cliente quedará satisfecho con el trabajo.

b) AUXILIARES DE LA MEDICINA

Se consideran actividades de colaboración de la medicina y odontología, las que ejercen obstétricas, kinesiólogos y terapeutas físicos, enfermeras, terapeutas ocupacionales, ópticos técnicos, mecánicos para dentistas, dietistas, auxiliares de radiología, auxiliares de psiquiatría, de anestesia, fonoaudiólogos, ortópticos, visitantes de higiene, técnicos de ortesis y prótesis y técnicos en calzado ortopédico. También a su respecto, por la índole de sus específicas tareas, resultan aplicables los principios expuestos para los médicos.

c) FARMACÉUTICOS

En cuanto a estos profesionales, debe distinguirse la doble función que los mismos cumplen: como profesionales auxiliares de la medicina y como comerciantes. Cuando revenden mercaderías ya elaboradas, actúa como comerciante y queda sujeto a las reglas generales de esa profesión. Hoy día es muy corriente ver que en las farmacias se venden no sólo medicamentos, sino artículos de higiene, cosmética, tocador, nutrición, óptica, fotografía, y otros, que las aproximan a la concepción de un establecimiento comercial tal como un almacén o supermercado. Como auxiliares de los médicos en la preparación de recetas y despacho de medicamentos, llevan a cabo un contrato de locación de obra, y asumen la obligación de resultado, incurriendo en responsabilidad cuando por falta de cuidados o atención suficientes, o por impericia, alteran o modifican la prescripción del médico en la receta, o equivocan el medicamento que expenden o venden medicamentos vencidos, circunstancias éstas que por sí solas presumen su culpa. Precisamente en este aspecto en cuanto sean compatibles con la índole de sus tareas, resultarán igualmente aplicables los principios considerados al tratar de la profesión médica. El profesional farmacéutico, si bien cumple un servicio público, ejerce su labor en forma autónoma, de acuerdo a la regulación de la ley y bajo su propia responsabilidad.

V. RESPONSABILIDAD DE INGENIEROS, ARQUITECTOS Y CONSTRUCTORES

1) NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN PROFESIONAL

Los profesionales de la construcción pueden desarrollar su actividad como proyectistas, en el estudio y elaboración de la obra, como directores de obra, vigilando, controlando y dirigiendo su erección; y, en fin, como empresarios en la ejecución misma de la obra. Las funciones del arquitecto son las del proyectista y/o director de los trabajos, mientras que la figura del ingeniero se aproxima más a la de director de la obra o a la del constructor, entendiéndose como tal no al titular de la empresa económica sino al titular de la firma profesional, habilitado e inscripto en los registros respectivos, autorizado para firmar y conducir trabajos de construcción.

Cuando alguien recurre a un ingeniero, arquitecto o constructor, procurando la prestación de sus servicios, el contrato que se concluye entre las partes es de locación de obra. En cuanto al proyectista, lo que provee es una creación intelectual específica de su profesión, que se traduce en planos y demás piezas gráficas y escritas constitutivas del proyecto de obra: el objeto del contrato es pues, una locación de obra intelectual o inmaterial. Respecto de la dirección de la obra, el contrato que se perfecciona con el cliente sería de mandato, pero resulta claro que en esta hipótesis estamos frente a una locación de obra, al comprometerse el director a lograr que la obra proyectada se ejecute con ajuste a sus previsiones.

En todo caso existe un contrato de mandato ya que aquéllos son actos jurídicos que obligan al dueño de la obra, pero reconociéndole el derecho o la potestad de revocar en cualquier momento dicha autorización, por lo que las obligaciones contraídas, en general, son de resultado.

El profesional se obliga a vigilar la ejecución de la obra por parte del constructor, aplicando en tal sentido su diligencia, sus conocimientos y prudencia.

No sólo el constructor responde por la ruina de la obra, sino también el proyectista y el director de la misma, siendo obvio que respecto de este último su conducta queda comprometida por la existencia de cualquiera de los tres vicios en la norma: de suelo, de los materiales y de la construcción, que determinan luego, desde que la obra fuera recibida, su ruina parcial o total. Es responsabilidad del constructor advertir al dueño si los materiales que deberán emplearse son o no adecuados para la obra, y si así no lo hace, o no lo sabe, es responsable de los perjuicios resultantes.

2) RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

La actuación de ingenieros, arquitectos y constructores es comúnmente contractual, su responsabilidad por daños ocasionados a sus clientes es asimismo contractual, derivada del incumplimiento de las obligaciones convencionalmente contraídas. Pero esta responsabilidad no solamente está regida por los principios relativos al incumplimiento de sus obligaciones contractuales, sino que prevé la posibilidad de la destrucción total o parcial de la obra. El constructor será responsable si la ruina total o parcial procede de vicio de construcción o de vicio del suelo o de mala calidad de los materiales, haya o no el constructor proveído éstos o hecho la obra en terreno del locatario. Para ser aplicable la responsabilidad deberá producirse la ruina dentro de los diez años de recibida la obra y el plazo de prescripción de la acción será de un año a contar del tiempo en que se produjo aquélla. La verdad es que la responsabilidad debe extenderse tanto al director de la obra como al proyectista, según las circunstancias, sin perjuicio de las acciones de regreso que pudieren competir.

El supuesto de ruina que provoca un daño, se encuadra dentro de la responsabilidad por el riesgo o vicio de la cosa, que establece una responsabilidad objetiva, sólo obvia por la demostración de la culpa del propio damnificado o de un tercero extraño por quien el "guardián" -persona que tiene a su cargo la realización o la dirección de los trabajos hasta su entrega final al propietario- no deba responder.

VI. OTRAS PROFESIONES LIBERALES

Aún dejando de lado a martilleros y corredores, que son agentes auxiliares del comercio, existen químicos, contadores y demás profesionales en ciencias económicas, naturalistas, y otros más que igualmente pertenecen al grupo de profesionales liberales.

Salvo los casos de relación de dependencia, los químicos o bioquímicos concluyen su relación con sus clientes en una locación de obra, y la obligación asumida así es de resultado, consistente en la realización de los análisis y experimentos de su incumbencia, que les fueron encomendados. Su responsabilidad civil por daños causados al cliente, en consecuencia, habrá de ser necesariamente contractual, y dada la índole de la prestación, bastará al damnificado con la prueba del daño sufrido en virtud del incumplimiento del profesional, sin que tenga que acreditar asimismo la culpa o dolo de este último.

La profesión de Contadores y otros graduados en ciencias económicas o administración de empresas, está basamentada en el conocimiento adquirido en los estudios realizados y su labor consiste, fundamentalmente, en la preparación de dictámenes e informes técnicos, en el asesoramiento económico y financiero, o para hacer fe pública con fines judiciales o administrativos. El contrato que los mismos concluyen con sus clientes habitualmente es de locación de obra, y la obligación que es de resultado, entendiéndose por tal en caso de duda, la buena ejecución técnica de la labor recomendada, y no necesariamente la obtención del resultado favorable perseguido, si éste era completamente inseguro.

Su responsabilidad civil frente al cliente será también, por lo tanto, contractual, resultando acreditado el incumplimiento por la mera circunstancia de no haberse realizado el acto comprometido.

BIBLIOGRAFÍA

- 1) ACUÑA ANZORENA, ARTURO: Responsabilidad del Procurador y del Abogado por dejar perimir la instancia (Estudios sobre la Responsabilidad Civil. "Jus", La Plata, Platense, 1963).
- 2) ACHAVAL, ALFREDO: Responsabilidad Civil del Médico (Abeledo-Perrot, 1996).
- 3) ALLEN, HUGO: Monografía sobre Responsabilidad Civil del Abogado.
- 4) ALLENDE, IGNACIO M.: Fe pública y función notarial (Revista del Notariado, Bs.As., 1995).
- 5) BUSTAMANTE ALSINA, JORGE: Teoría general de la responsabilidad civil (Abeledo-Perrot, 1972).
- 6) CARRANZA, JORGE A.: Los trasplantes de órganos (La Plata, 1972).
- 7) ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, T. XX, Diferencia entre contrato y locación de obra DE, vol.9 Depalma 1959.
- 8) ORGAZ; La culpa - Actos Ilícitos, pág.17.
- 9) ORUS, MANUEL: La responsabilidad contractual de los Escribanos (JA 1956-III).
- 10) OSSORIO: Diccionario Jurídico.
- 11) PRESENTADO ANTOLA, PABLO: La responsabilidad civil del médico (La Ley, 21-1998 Vol.2, págs. 991/995).
- 12) TORRES KIRMSER, JOSE RAÚL: Honorarios de Abogados y Procuradores (La Ley Paraguaya S.A., 1994).

- 13) TRIGO REPRESAS, FÉLIX A.: Responsabilidad civil de los profesionales. (Editorial Astrea, 1978).

ÍNDICE

ÍNDICE

INSERCIÓN DE LEYES CIVILES Y COMERCIALES EN NUESTRO SISTEMA JURÍDICO.....	9
Capítulo I	
Unidad y Coherencia en el ordenamiento jurídico	11
1. Introducción. Unidad	11
2. Norma fundamental	13
3. Ordenamiento jurídico como sistema	15
4. Antinomias.....	17
5. Tipos de antinomias.....	18
6. Criterios para la solución de las antinomias	20
7. Insuficiencia de los criterios	23
8. Deber de coherencia	24
Capítulo II	
Algunas leyes civiles y comerciales insertadas en el sistema.....	25
Capítulo III	
El Fideicomiso Bancario	26
1. El fideicomiso. Antecedentes	26
2. El contrato de fideicomiso bancario. Consideraciones generales.....	28
3. Concepto.....	29
4. En el Derecho Paraguayo.....	29
5. Sujetos	31
6. Condiciones que deben reunir los sujetos.....	32
7. Definición	32
8. Partes intervinientes. Derechos y obligaciones.....	33
9. El fideicomitente, fiduciante o constituyente.....	34
10. Del fiduciario.....	35
11. Prohibiciones para el fiduciario	38
12. Derecho a renunciar	39
13. Remoción.....	39
14. El beneficiario o fideicomisario.....	40
15. Aspectos generales y especiales	40
16. Forma de constitución.....	41
17. Separación del patrimonio y su reglamentación	42

18. Inscripción.....	44
19. Régimen contable.....	45
20. Falencia e inembargabilidad	47
21. Naturaleza jurídica	49
22. Fideicomisos prohibidos	49
23. Causas de nulidad y anulabilidad	50
24. Extinción o terminación del negocio fiduciario	51
EL PRINCIPIO DE AGOTAMIENTO DEL DERECHO DE MARCA	53
Introducción	55
I. Agotamiento y comercio paralelo.....	56
1. Las importaciones paralelas. Su trascendencia e influencia económica	57
2. El principio de agotamiento en nuestra legislación.....	66
3. El agotamiento según el ámbito territorial	67
III. El agotamiento en los demás derechos de la propiedad industrial Breve Reseña	68
Conclusión	70
Bibliografía	70
EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS HIPOTECAS FLOTANTES O ABIERTAS.....	73
I. La hipoteca. Consideraciones generales	75
1. Concepto	75
2. Caracteres.....	76
3. Consideración de los caracteres de la hipoteca en particular	77
3.1. Especialidad.....	77
3.2. Accesoriedad	80
4. Tipos de obligaciones garantizadas con la hipoteca.....	81
II. La cuestión de las hipotecas abiertas y las hipotecas flotantes.....	83
II.1. El Derecho Paraguayo	86
II.2. Inscripción de las obligaciones relativas a hipotecas flotantes, en especial pagarés	88
LEY N° 805/98. INTERPRETACIÓN Y COMENTARIOS SOBRE EL CHEQUE DE PAGO DIFERIDO.....	89
1. Origen y evolución histórica del cheque. Importancia.....	91
2. Legislación sobre el cheque	92
3. Concepto y definición del cheque	94

4. Caracteres del cheque	95
5. Naturaleza jurídica.....	99
5.1. Problemas que presenta el cheque de pago diferido.....	104
6. Cheque a la vista. Requisitos	107
6.1. El cheque debe ser escrito	108
6.2. Numeración.....	108
6.3. Fecha y lugar de emisión.....	108
6.4. Orden pura y simple de pagar una suma determinada de dinero	110
6.4.1. Prohibición de intereses	110
6.5. Nombre y domicilio del Banco contra el cual se giral	111
6.6. Indicación del lugar de pago	111
6.7. Nombre y apellido o razón social, domicilio y la firma del librador	111
6.7.1. Invalidez de algunas firmas	112
6.7.2. Firmas de personas incapaces de obligarse por cheque	112
6.7.3. Firmas falsas o imaginarias.....	112
7. Cheque de pago diferido. Requisitos	113
7.1. Los mismos requisitos requeridos para el cheque a la vista y la denominación “cheque bancario de pago diferido”	113
7.2. Determinación de la fecha de pago del mismo.....	114
8. Cheque en blanco.....	114
9. Presentación del cheque.....	117
9.1. Plazo para la presentación.....	118
9.2. Cheque post-datado.....	120
9.3. Cheque de pago diferido	120
10. Sujeto de la presentación	121
11. Capacidad para obligarse por cheque	122
12. De la transmisión del cheque a la vista o de pago diferido.....	124
13. Cheque sin provisión de fondos o rechazado por defecto de forma. Sanciones	124
14. Banco que omita la aplicación de sanciones.....	126
15. Responsabilidad civil y penal	126
16. Cheque librado contra una cuenta corriente bancaria cancelada o en talonario de cheque bancario ajeno o adulterado. Sanción	126
Información Bibliográfica	127

ACTO O ACTIVIDAD RIESGOSA COMO FUENTE DE RESPONSABILIDAD CIVIL. COMENTARIO AL ART. 1846 DEL CÓDIGO CIVIL	131
DAÑO MORAL	139
I. Introducción.....	141
II. Antecedentes	142
III. Definición	144
IV. Daño moral resultante de la relación extracontractual.....	145
V. Determinación del quantum resarcitorio	150
Bibliografía	151
DAÑO MORAL CONTRACTUAL Y OTRAS FUENTES OBLIGACIONALES	153
I. Daño moral. Concepto	155
II. Evolución del daño moral en nuestro derecho	156
III. Daño moral contractual y extracontractual. Diferencias	158
IV. Carácter de la indemnización	161
V. Presupuestos de la responsabilidad contractual	162
VI. Prueba del daño moral contractual.....	165
VII. El rol del Juez	166
SUCESIÓN: ASPECTOS CONTEMPLADOS EN EL CÓDIGO CIVIL Y LAS NUEVAS LEYES QUE INTRODUCEN MODIFICACIONES A DICHAS NORMAS CON LAS NUEVAS LEYES.....	169
Clases de Sucesión.....	172
Capacidad para aceptar la herencia.....	172
Vocación hereditaria de los descendientes.....	176
Sucesión de los hijos extramatrimoniales	176
Del derecho hereditario del hijo adoptado	176
Vocación hereditaria de los ascendientes.....	178
De la sucesión de los cónyuges.....	178
Sucesión del concubino.....	179
Derechos del concubino sobreviviente. Comparación con los del cónyuge supérstite.....	180
De la sucesión de los colaterales.....	181
Sucesión del fisco	182

EL FRAUDE ENTRE CÓNYUGES EN EL CONTEXTO DEL VIGENTE RÉGIMEN DE LA COMUNIDAD DE GANANCIALES BAJO ADMINISTRACIÓN CONJUNTA.	185
Introducción.....	187
Gestión de los bienes.....	188
El Código Civil Paraguayo.....	190
El texto legal.....	190
Concepto.....	191
Requisitos para la procedencia de la acción de fraude entre cónyuges prevista en el art. 49	191
Oportunidad de deducción de la misma	193
Efectos del acto fraudulento	194
Conclusiones	194
Bibliografía.....	195
CONTRATO DE SERVICIOS. REGULACIÓN DE HONORARIOS PROFESIONALES DE ABOGADOS Y PROCURADORES.....	197
I. Introducción	199
II. Determinación de la cuantía de los honorarios	201
1. Contractual.....	201
2. Judicial.....	201
III. Determinación judicial en razón del valor del juicio.....	201
1. Monto del juicio.....	201
2. Aplicación del porcentaje	204
a. Acción de Amparo.....	208
b. Acción de Inconstitucionalidad	209
IV. La condena en costas.....	210
RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PROFESIONALES	213
Introducción.....	215
1. La culpa profesional	215
2. Intensidad de la culpa profesional	218
a) Introducción.....	218
b) Tesis que distingue las faltas comunes de las de orden científico	219
c) Refutación de dicha doctrina	219
d) Determinación de la culpa profesional	220
3. Índole del deber violado	220
4. Naturaleza jurídica de la responsabilidad profesional	223

a) Importancia del tema.....	223
b) Contrato de prestación de servicios profesionales	223
b.1) Teoría del mandato	224
b.2) Teoría de la locación de servicios.....	224
b.3) Locación de obra	224
b.4) Contrato innominado o atípico	225
b.5) Contrato multiforme o variable	225
c) Responsabilidad contractual.....	225
d) Supuestos de responsabilidad contractual	226
e) Hipótesis de acumulación de responsabilidades	226
II. Responsabilidad civil de los Abogados.....	227
1. Naturaleza jurídica de la relación profesional	227
2. Deberes legales	228
3. Contenido de la prestación y responsabilidad consiguiente	229
4. La indemnización de los daños y perjuicios.....	231
III. Responsabilidad civil de los Escribanos	232
1. Naturaleza jurídica de la actividad notarial	232
2. Naturaleza jurídica de la relación profesional	232
3. Responsabilidad civil de los Notarios	234
4. Casos de responsabilidad notarial	235
5. Escribanos Adscriptos.....	236
IV. Responsabilidad civil de médicos, odontólogos y profesiones afines.....	236
1. Naturaleza jurídica de la relación profesional	236
2. Deberes legales	238
3. Contenido de la prestación y demostración de la culpa	240
4. Relación de causalidad	240
5. Casos de responsabilidad	241
a) Medicina curativa.....	241
b) Cirugía reparadora.....	244
c) Cirugía estética.....	246
6. Otros profesionales del arte de curar y colaboradores	247
V. Responsabilidad de ingenieros, arquitectos y constructores	249
1. Naturaleza jurídica de la relación profesional	249
2. Régimen de la responsabilidad civil.....	250
3. Otras profesiones liberales	251
Bibliografía	252

Se terminó de imprimir
en el mes de octubre de 1999
en los talleres gráficos de la
EDITORIA LITOCOLOR SRL
Cap. Figari 1115 - Telefax: 213 691 - 203 741
Asunción - Paraguay

