



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

# **GACETA JUDICIAL**

Director  
**Víctor Manuel Núñez**  
Ministro

Año 2011 – Número 1



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

**INTERCONTINENTAL**  
E D I T O R A

Asunción, Paraguay

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

**GACETA JUDICIAL N° 1**

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

GACETA JUDICIAL. Asunción, Paraguay.

Primera edición 2011: 1.000 ejemplares

**MINISTRO DIRECTOR DE LA DILP:**

Dr. VÍCTOR MANUEL NÚÑEZ RODRÍGUEZ, Ministro de la Corte Suprema de Justicia

**COORDINACIÓN GENERAL – GACETA JUDICIAL:**

Abog. SUSANA GÓMEZ FLEITAS

Abog. NATALIA MUÑOZ CARMAN

**EQUIPO DE ELABORACIÓN:**

Abog. SUSANA GÓMEZ FLEITAS

Abog. NATALIA MUÑOZ CARMAN

JUAN PÁEZ ACOSTA

FREDDY CAÑIZA

GUSTAVO SÁNCHEZ

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

- © **INTERCONTINENTAL EDITORA S. A.**

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

*Fax:* (595-21) 448 721

*Pág. web:* [www.libreriaintercontinental.com.py](http://www.libreriaintercontinental.com.py)

*E-mail:* [agatti@libreriaintercontinental.com.py](mailto:agatti@libreriaintercontinental.com.py)

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

**ISBN: 978-99953-73-86-4**

## PRÓLOGO

*“Homenaje al Bicentenario patrio”*

Nos encontramos en víspera de conmemorar los 200 años de historia independiente de nuestra querida tierra paraguaya, a tal efecto vayan unas palabras en su homenaje.

Hemos sido observadores de nuestra historia y la hemos criticado lo suficiente, es tiempo de reflexionar y asumir la responsabilidad que nos toca desde el lugar que ocupamos, en todos los aspectos social, educativo, político, económico, jurídico. Es interesante conmemorar esta fecha patria, porque de alguna u otra forma sirve para inspirar nuevas ideas, renovar energías, pero también para replantear nuevos rumbos, analizando todo lo que ya se hizo y empezar a mirar hacia adelante los nuevos desafíos que nos toca enfrentar, tanto personales como para con nuestro pueblo. El paraguayo necesita creer más él, ser más patriota, debemos ser conscientes del valor y talento interno intangibles e inalienables, exigir buena gestión a las autoridades está correcto, mas no esperar siempre respuestas de las autoridades para resolver nuestras realizaciones personales, sino, por el contrario, estimular la autogestión como ya lo realizan desde tiempos remotos los habitantes de países desarrollados, por supuesto que sigue siendo una responsabilidad del Estado, entre otras cosas, la falta de educación o la educación aparente que se imparte a nuestros niños y jóvenes. Mientras subsista este flagelo o esta falta de voluntad, ¿qué iniciativa y criterio podremos exigir a nuestra gente al cercenar este derecho básico y fundamental que es la educación?

Por ello, dentro de sus competencias el Poder Judicial viene aportando su granito de arena abriendo sus puertas para que niños y niñas de todas las escuelas y colegios puedan aprender, con una visita guiada, más acerca de la institución, de su miembros, de sus derechos y obligaciones. Se logra llegar a las comunidades alejadas y carenciadas del país con la figura de los facilitadores

rurales, autogestionando con sus mismos líderes de cada zona, la solución pacífica a sus conflictos jurídicos, teniendo una respuesta rápida a sus problemas. Además, cumpliendo con el principio de igualdad y de no discriminación, la Corte Suprema de Justicia se halla impulsando y haciendo cumplir en todos los puntos de las Circunscripciones del Poder judicial, el reciente instrumento internacional firmado y ratificado denominado “Las 100 reglas de Brasilia”, logrando un mejor trato, comunicación, transparencia y desempeño de los funcionarios con el público. El Poder Judicial cuenta con instrumentos más modernos y acordes con el plano sociocultural del país y con los instrumentos internacionales, tal es el caso del Código Penal y el Procesal Penal, con mayores garantías procesales, penas con fines a la reinserción social, el Código de la Niñez y Adolescencia con juzgados y tribunales especializados en el área, reflejando mayores garantías procesales a la luz de los instrumentos internacionales ratificados por el Paraguay, entre tantos otros proyectos que vienen ejecutándose por el Poder Judicial, valen a modo de ejemplo.

El equipo de coordinación de esta obra también se siente compenetrado en las labores del mejoramiento de la justicia, muestra de ello es el reconocimiento y publicidad que va adquiriendo año tras año la Gaceta Judicial: una revista que tuvo varios impulsos en su historia (como ya lo mencionáramos en el Prólogo de la revista N° 1 del año 2010) y que como nunca se encuentra destinada a perdurar en el tiempo, gracias al apoyo incondicional de la Corte Suprema de Justicia y al trabajo, dedicación y perseverancia del cuerpo de investigadoras y asistentes de la División de Investigación, Legislación y Publicaciones.

Para finalizar estas palabras, está en cada uno de nosotros comprender que somos parte del engranaje de un gran sistema que lucha por tener el país que todos soñamos, sin mirar a los costados y levantándose siempre luego de una caída. En particular, los que formamos parte de esta gran familia Judicial, como agentes de la Justicia comprometernos con ella rindiéndole homenaje cotidiano en nuestras labores, al decir del Conde de Volney (escritor, filósofo y político francés. 1757-1820): *“La paz y la dicha descienden sobre el ser que practica la justicia”*.

*Equipo de Coordinación*

## CONTENIDO

1. PRÓLOGO .....	7
2. ÍNDICES .....	
Índice Temático .....	15
Índice por Tribunales .....	21
3. DOCTRINA .....	
– El Instituto de la Remisión como cauce desjudicializador en el régimen penal de la adolescencia. Criterio de aplicabilidad, por Irma Alfonso de Bogarín .....	25
– La incompatibilidad para el ejercicio de la abogacía o los parlamentarios litigantes, por Arnaldo Martínez Prieto .....	43
4. JURISPRUDENCIA	
<b>CORTE SUPREMA DE JUSTICIA</b>	
REGULACIÓN DE HONORARIOS. Base de cálculo para la regulación de honorarios. Regulación de honorarios con el Estado. Art. 29 de la Ley N° 2421/ ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Efectos ínter partes (CSJ, Sala Penal.16-03-10. A. I. N° 245) .....	51
DERECHO ADMINISTRATIVO / ACTO ADMINISTRATIVO/ MEDIDAS CAUTELARES. Oportunidad para dictar medidas cautelares. Requisitos para la viabilidad de medidas cautelares.(CSJ, Sala Penal.24-09-10. A. I. N° 1340) .....	59
ACCIÓN. Acción Penal. Extinción de la Acción por reparación integral del daño. (CSJ, Sala Penal.29-03-10. A. y S. N° 98) .....	67
ALLANAMIENTO DE DOMICILIO. Validez del allanamiento. (CSJ, Sala Penal.29-03-10. Ac. y Sent. N° 99) .....	72

CONTENIDO

USUCAPIÓN. Requisitos de la usucapión. Prueba de la usucapión. La prueba en materia de usucapión. Cómputo del plazo en la usucapión veintenal. (CSJ, Sala Civil y Comercial.05-04-10. Ac. y Sent. N° 110) .....	80
PAGARÉ. Clases de Pagaré/ HIPOTECA. Ejecución de la Hipoteca. (CSJ, Sala Constitucional.15-04-10. Ac. y Sent. N° 140) .....	87
PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. Recursos en el proceso contencioso administrativo. Resolución ficta. Agotamiento de instancia administrativa.(CSJ, Sala Penal.15-04-10. Ac. y Sent. N° 148) .....	94
DECLARACIÓN DEL IMPUTADO. Declaración indagatoria. (CSJ, Sala Penal.20-04-10. A.y Sent. N° 155) .....	99
UNIÓN DE HECHO. Reconocimiento de la unión de hecho/ CONSTI- TUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Consulta so- bre constitucionalidad de una norma jurídica/ MAGISTRADO. Facultades del Magistrado/ SENTENCIA ARBITRARIA.(CSJ, Sala Constitucional.14-12-10. Ac. y Sent. N° 588) .....	111
<b>TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL</b>	
ACCIÓN DE AMPARO. Admisibilidad y procedencia de la acción de amparo. Presupuestos. Ilegitimidad. Peligro inminente/ CONS- TITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derechos de la salud. (TApel. En lo Civ. y Com. Primera Sala. 26-07-10. Ac. y Sent. N° 36) .....	119
POSESIÓN. Actos posesorios. Presupuestos. Prueba de la posesión. (TApel. En lo Civ. y Com. Primera Sala. 30-07-10. Ac. y Sent. N° 37) .....	126
REGULACIÓN DE HONORARIOS. Juicios laborales. (TApel. En lo Civ. y Com. Primera Sala. 12-08-10. Ac. y Sent. N° 42) .....	130
EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN/ RESOLUCIÓN JUDICIAL. Ejecución/ EXCEPCIÓN DE INHABILIDAD DE TÍTULO. Pro- cedencia de la excepción de inhabilidad de título/ FUNCIONA- RIO PÚBLICO. Secretarios. Obligaciones. Cargo actuarial/ RE- CURSOS. Concesión de recursos. (TApel. En lo Civ. y Com. Pri- mera Sala. 16-08-10. Ac. y Sent. N° 43) .....	134

CONTENIDO

HECHOS NUEVOS/ ALIMENTOS. Cesación de alimentos/ PRUEBA DE CONFESIÓN. Escrito de demanda y contestación. (TApel. En lo Civ. y Com. Primera Sala. 27-08-10. Ac. y Sent. N° 46)	140
EXCEPCIÓN DE INHABILIDAD DE TÍTULO. Estado de cuenta de institución pública/ACTO ADMINISTRATIVO. Requisito del acto administrativo/ PRINCIPIO DE LEGALIDAD/ EXCEPCIÓN DE PAGO/ EXCEPCIÓN DE INHABILIDAD DE TÍTULO. Procedencia de la excepción de inhabilidad de título/ ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS. (TApel. En lo Civ. y Com. Primera Sala. 16-09-10. Ac. y Sent. N° 51)	144
PRUEBA DE TESTIGOS. Tacha de testigos/ INCIDENTE. Prueba/ PAGO. Pago por consignación. (TApel. En lo Civ. y Com. Segunda Sala. 08-10-10. Ac. y Sent. N° 102)	154
RECURSO DE NULIDAD. Procedencia del recurso de nulidad/ PRUEBA DE CONFESIÓN. Confesión ficta/ TRANSPORTE. Contrato de transporte/ TRANSPORTE DE PERSONAS/ SEGURO. Seguro de transporte. Seguro de responsabilidad civil. Alcance del contrato de seguro. Póliza/ MUNICIPALIDAD. Juzgado de faltas municipales/ DAÑOS Y PERJUICIOS. Lucro cesante. (TApel. En lo Civ. y Com. Segunda Sala. 30-11-10. Ac. y Sent. N° 127)	164
DAÑOS Y PERJUICIOS. Lucro emergente. Lucro cesante. Daño moral. Responsabilidad por daños y perjuicios. Chance/ PERSONAS. Personas jurídicas/ PREJUZGAMIENTO/ PRINCIPIO DE LEGALIDAD. (TApel. En lo Civ. y Com. Segunda Sala. 15-12-10. Ac. y Sent. N° 136)	191
PRUEBA DE TESTIGOS/ DIVORCIO. Prueba en el juicio de divorcio/ VIOLENCIA FAMILIAR/ PRUEBA DE TESTIGOS/ PRUEBA DOCUMENTAL. Eficacia probatoria de la prueba documental/ INJURIA/ SEVICIA (TApel. En lo Civ. y Com. Tercera Sala. 06-07-10. Ac. y Sent. N° 62)	194
CONTRATO. Cumplimiento de contrato. Resolución del contrato/ PRINCIPIO DE EJECUCIÓN/ DAÑOS Y PERJUICIOS. Lucro cesante. Uso indebido de bienes ajenos. (TApel. En lo Civ. y Com. Tercera Sala. 09-07-10. Ac. y Sent. N° 64)	208

CONTENIDO

HIPOTECA. Hipoteca cerrada. Hipoteca abierta. Elementos de la hipoteca. Ejecución de la hipoteca. (TApel. En lo Civ. y Com. Tercera Sala. 28-07-10. Ac. y Sent. N° 72) .....	223
SUCESIÓN. Carácter universal. Albaceas o ejecutores testamentarios. Declaratoria de herederos/ ACCIÓN AUTÓNOMA DE NULIDAD/NULIDAD PROCESAL/COMPETENCIA. Cuestión de competencia/ PRINCIPIO DE UNIDAD DEL PROCESO SUCESORIO. Excepción. Bienes inmuebles. (TApel. En lo Civ. y Com. Tercera Sala. 03-08-10.Ac. y Sent. N° 74).....	228
EXCEPCIÓN DE PAGO. (TApel. En lo Civ. y Com. Tercera Sala. 24-08-10. Ac. y Sent. N° 82) .....	255
DAÑOS Y PERJUICIOS. Admisibilidad y procedencia de la acción de daños y perjuicios. Daños y perjuicios resultantes del hecho ilícito. Responsabilidad civil. Exoneración de responsabilidad/ DENUNCIA. Denuncia falsa/ DEBERES DE LAS PARTES EN EL PROCESO. Ejercicio abusivo del derecho/ ABSOLUCIÓN DEL ACUSADO/IMPUTABILIDAD/CULPA/DIFAMACIÓN. Honor/ DOLO/ TEMERIDAD. (TApel. En lo Civ. y Com. Tercera Sala. 17-09-10. Ac. y Sent. N° 92) .....	259
REGULACIÓN DE HONORARIOS. Base del cálculo para la regulación de honorarios/RECURSO DE ACLARATORIA/SEGUNDA INSTANCIA. Poderes del tribunal. (TApel. Civ. y Com. Quinta Sala. 30-03-10. A.I.N° 187) .....	275
INCIDENTE. Incidente de nulidad/ NOTIFICACIÓN. Notificación por automática. (TApel. En lo Civ. y Com. Quinta Sala. 07-04-10. A.I. N° 202) .....	281
CADUCIDAD DE LA INSTANCIA. Interrupción de la caducidad/ RECUSACION. (TApel. En lo Civ. y Com. Quinta Sala. 12-04-10. A.I. N° 218) .....	284
JUICIO EJECUTIVO/ PRIVACIÓN DE EFICACIA/CHEQUE. (Civ. y Com., Quinta Sala. 17-05-10. Ac. y Sent. N° 42).....	289
MUNICIPALIDAD. Juzgado de faltas municipales/ DEBERES DE LAS PARTES EN EL PROCESO. Deber de buena fe. /DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño causado por el dueño o guardián de la cosa. Responsabilidad objetiva/ PRUEBA DE TESTIGOS. (TApel. Civ. y Com., Quinta Sala. 25-05-10. Ac. y Sent. N° 50) .....	294



CONTENIDO

PRUEBA DE CONFESIÓN. Confesión ficta/ MEJOR PROVEER. Facultades judiciales/ PRUEBA. Omisión de la prueba/ MANDATO. Representación procesal. (TApel. Civ. y Com., Quinta Sala. 07-06-10. Ac. y Sent. N° 53) .....	297
EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCION/SEGURO. Seguro de transporte. Reserva del asegurador. (TApel. Civ. y Com., Quinta Sala. 13-07-10. Ac. y Sent. N° 73) .....	304
EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN/ DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS/ PRUEBA DE PERITOS. Recusación de peritos. (TApel. Civ. y Com., Quinta Sala. 13-07-10. Ac. y Sent. N° 74) .....	309
<b>TRIBUNAL DE APELACIÓN DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA</b>	
RECURSO DE NULIDAD. Procedencia del recurso de nulidad/ PROCESO. Debido proceso/ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la defensa/ MANDATO. Representación procesal. Representación sin mandato/ PRUEBA DE PERITOS. ADN/ MAGISTRADO. Facultades del magistrado. (TApel. Niñez y Adolescencia. 13-07-10. A. I. N° 278) .....	315
FILIACIÓN/ MINISTERIO PÚBLICO. Agentes Fiscales. Facultades de los agentes fiscales/ PLAZOS PROCESALES. Suspensión del plazo/ PRUEBA /PRUEBA DOCUMENTAL. Autenticidad del documento. (TApel. Niñez y Adolescencia. 13-10-10. A. I. N° 490) .....	324
DENUNCIA. Denuncia ante el Ministerio Público. Obligación de denunciar/ MEDIDAS CAUTELARES/ MENORES. Abandono de menores. Protección de menores. Medidas cautelares en menores/ NACIMIENTO. Declaración de nacimiento/ ADOPCIÓN. Centro de Adopciones. Legislación aplicable a la adopción. Mantenimiento del vínculo familiar. Declaración de estado de adopción/ MAGISTRADO. Facultades de los magistrados/ PATRIA POTESTAD. Pérdida de la patria potestad/ ACCIÓN PENAL. Acción penal pública/ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la identidad/ JUEZ DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Competencia/ DERECHOS DEL NIÑO. (TApel. Niñez y Adolescencia. 09-12-10. A. I. N° 490) .....	333

CONTENIDO

PATRIA POTESTAD. Patria potestad de hijos matrimoniales. Derecho del menor a ser oído. Patria potestad de hijos matrimoniales. Derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad/MENORES. Guarda de menores. (TApel. Niñez y Adolescencia. 31-08-10. Ac. y Sent. N° 164) .....	349
--	-----

## ÍNDICE TEMÁTICO

- ABSOLUCIÓN DEL ACUSADO, p. 260
- ACCIÓN, p. 67
  - Acción Penal , p. 67
  - Extinción de la Acción por reparación integral del daño, p. 67
- ACCIÓN AUTONOMA DE NULIDAD, p. 229
- ACCIÓN DE AMPARO, p. 119
  - Admisibilidad y procedencia de la acción de amparo, p. 119
  - Ilegitimidad, p. 119
  - Peligro inminente, p. 119
  - Presupuestos, p. 119
- ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD, p. 51
  - Efectos ínter partes, p. 51
- ACCIÓN PENAL, p. 334
  - Acción penal pública, p. 334
- ACTO ADMINISTRATIVO, pp. 59, 144
  - Requisito del acto administrativo , p. 144
- ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS, 145
- ADOPCIÓN, pp. 333, 334, 335
  - Centro de Adopciones
  - Declaración de estado de adopción, p. 335
  - Legislación aplicable a la adopción, p. 334
  - Mantenimiento del vínculo familiar, p. 334
- ALIMENTOS, p. 140
  - Cesación de alimentos, p. 140
- ALLANAMIENTO DE DOMICILIO, p. 72
  - Validez del allanamiento, p. 72

## ÍNDICE TEMÁTICO

- CADUCIDAD DE LA INSTANCIA, p. 284
  - Interrupción de la caducidad, p. 284
- CHEQUE, p. 289
- COMPETENCIA, p. 229
  - Cuestión de competencia, p. 229
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY, pp. 111, 120, 315, 335
  - Consulta sobre constitucionalidad de una norma jurídica, p. 111
  - Derecho a la defensa, p. 315
  - Derecho a la identidad, p. 335
  - Derechos de la salud, p. 120
- CONTRATO, pp. 208, 209
  - Cumplimiento de contrato, p. 208
  - Resolución del contrato, p. 209
- CULPA, p. 260
- DAÑOS Y PERJUICIOS, pp. 165, 181, 182, 209, 259, 260, 262, 294
  - Admisibilidad y procedencia de la acción de daños y perjuicios, p. 259
  - Chance, p. 182
  - Daño causado por el dueño o guardián de la cosa, p. 294
  - Daño moral, pp. 181, 182
  - Daños y perjuicios resultantes del hecho ilícito, p. 259
  - Exoneración de responsabilidad, p. 262
  - Lucro cesante, pp. 165, 182, 209
  - Lucro emergente, p. 181
  - Responsabilidad civil, p. 260
  - Responsabilidad objetiva, p. 295
  - Responsabilidad por daños y perjuicios, p. 182
  - Uso indebido de bienes ajenos, p. 209
- DEBERES DE LAS PARTES EN EL PROCESO, pp. 260, 294
  - Deber de buena fe, p. 294
  - Ejercicio abusivo del derecho, p. 260
- DECLARACIÓN DEL IMPUTADO, p. 99
  - Declaración indagatoria, p. 99
- DENUNCIA, pp. 259, 260, 261, 333
  - Denuncia ante el Ministerio Público, p. 333
  - Denuncia falsa, p. 259
  - Obligación de denunciar, p. 333

## ÍNDICE TEMÁTICO

- DERECHO ADMINISTRATIVO, p. 59
- DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS, pp. 309, 310
- DERECHOS DEL NIÑO, p. 335
- DIFAMACIÓN, p. 261
  - Honor, p. 261
- DIVORCIO, pp. 194, 195, 196, 197
  - Prueba en el juicio de divorcio, pp. 194, 195, 196, 197
- DOLO, p. 261
- EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN, pp. 134, 304, 309
- EXCEPCIÓN DE INHABILIDAD DE TÍTULO, pp. 134, 144, 145, 146
  - Estado de cuenta de institución pública, p. 144
  - Procedencia de la excepción de inhabilidad de título, pp. 134, 135
- EXCEPCIÓN DE PAGO, pp. 145, 255
- FILIACIÓN, p. 324
- FUNCIONARIO PÚBLICO, p. 135
  - Cargo actuarial, p. 135
  - Obligaciones, p. 135
  - Secretarios, p. 135
- HECHOS NUEVOS, p. 140
- HIPOTECA, pp. 87, 223, 224
  - Ejecución de la hipoteca, pp. 87, 224
  - Elementos de la hipoteca, p. 223
  - Hipoteca abierta, p. 223
  - Hipoteca cerrada, pp. 223, 224
- IMPUTABILIDAD, p. 260
- INCIDENTE, pp. 154, 281
  - Incidente de nulidad, p. 281
  - Prueba, p. 154
- INJURIA
- JUEZ DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, p. 335
  - Competencia, p. 335
- JUICIO EJECUTIVO, p. 289
- MAGISTRADO, pp. 111, 316, 333
  - Facultades del Magistrado, pp. 111, 316, 333
- MANDATO, pp. 298, 315, 316

ÍNDICE TEMÁTICO

- Representación procesal, pp. 298, 315, 316
- Representación sin mandato, pp. 315, 316
- MEDIDAS CAUTELARES, pp. 59, 60, 333
  - Oportunidad para dictar medidas cautelares, pp. 59, 60
  - Requisitos para la viabilidad de medidas cautelares, p. 60
- MEJOR PROVEER, pp. 297, 298
  - Facultades judiciales, pp. 297, 298
- MENORES, pp. 333, 334, 349
  - Abandono de menores, pp. 333, 334
  - Guarda de menores, p. 349
  - Medidas cautelares en menores, p. 333
  - Protección de menores, p. 333
- MINISTERIO PÚBLICO, p. 324
  - Agentes Fiscales, p. 324
  - Facultades de los agentes fiscales, p. 324
- MUNICIPALIDAD, pp. 165, 294
  - Juzgado de faltas municipales, pp. 165, 294
- NACIMIENTO, p. 333
  - Declaración de nacimiento, p. 333
- NOTIFICACIÓN, p. 281
  - Notificación por automática, p. 281
- NULIDAD PROCESAL, p. 229
- PAGARÉ, pp. 87, 88
  - Clases de Pagaré
- PAGO, p. 154
  - Pago por consignación, p. 154
- PATRIA POTESTAD, pp. 334, 349
  - Derecho del menor a ser oído, p. 349
  - Derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, p. 349
  - Patria potestad de hijos matrimoniales, p. 349
  - Pérdida de la patria potestad, p. 334
- PERSONAS, pp. 181, 182
  - Personas jurídicas, pp. 181, 182
- PLAZOS PROCESALES, p. 324
  - Suspensión del plazo, p. 324

ÍNDICE TEMÁTICO

- POSESIÓN, p. 126
  - Actos posesorios, p. 126
  - Presupuestos, p. 126
  - Prueba de la posesión, p. 126
- PREJUZGAMIENTO, p. 182
- PRINCIPIO DE EJECUCIÓN, p. 208
- PRINCIPIO DE LEGALIDAD, pp. 145, 182
- PRINCIPIO DE UNIDAD DEL PROCESO SUCESORIO, p. 229
  - Excepción, p. 229
  - Bienes inmuebles, p. 229
- PRIVACIÓN DE EFICACIA, p. 289
- PROCESO, pp. 315, 316
  - Debido proceso, p. 315
- PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, pp. 94, 95
  - Agotamiento de instancia administrativa, p. 95
  - Recursos en el proceso contencioso administrativo, p. 94
  - Resolución ficta, p. 94
- PRUEBA, pp. 298, 324
  - Omisión de la prueba, p. 298
- PRUEBA DE CONFESIÓN, pp. 141, 164, 297
  - Confesión ficta, pp. 154, 297
  - Escrito de demanda y contestación, p. 141
- PRUEBA DE PERITOS, pp. 309, 316
  - ADN, p. 316
  - Recusación de peritos, 316
- PRUEBA DE TESTIGOS, pp. 154, 194, 196, 197, 294
  - Tacha de testigos, p. 154
- PRUEBA DOCUMENTAL, pp. 196, 324, 325
  - Autenticidad del documento, pp. 324, 325
  - Eficacia probatoria de la prueba documental, p. 196
- RECURSOS, p. 135
  - Concesión de recursos, p. 135
- RECURSO DE ACLARATORIA, p. 275
- RECURSO DE NULIDAD, pp. 164, 315
  - Procedencia del recurso de nulidad, pp. 164, 165

## ÍNDICE TEMÁTICO

- RECUSACIÓN, p. 284
- REGULACIÓN DE HONORARIOS, pp. 51, 130, 131, 275
  - Art. 29 de la ley N° 2421, p. 51
  - Base de cálculo para la regulación de honorarios, pp. 51, 275
  - Juicios laborales, p. 131
  - Regulación de honorarios con el Estado, p. 51
- RESOLUCIÓN JUDICIAL, p. 134
  - Ejecución, p. 134
- SEGUNDA INSTANCIA, p. 275
  - Poderes del tribunal, p. 275
- SEGURO, pp. 164, 165, 304, 305
  - Alcance del contrato de seguro, p. 165
  - Póliza, p. 165
  - Reserva del asegurador, p. 305
  - Seguro de responsabilidad civil, p. 164
  - Seguro de transporte, pp. 164, 304, 305
- SENTENCIA ARBITRARIA, p. 111
- SEVICIA
- SUCESIÓN, pp. 228, 229, 230
  - Albaceas o ejecutores testamentarios, p. 228
  - Carácter universal, p. 230
  - Declaratoria de herederos, p. 228
- TEMERIDAD, p. 261
- TRANSPORTE, p. 164
  - Contrato de transporte, p. 164
- TRANSPORTE DE PERSONAS, p. 164
- UNIÓN DE HECHO, p. 111
  - Reconocimiento de la unión de hecho, p. 111
- USUCAPIÓN, pp. 80, 81
  - Cómputo del plazo en la usucapión veintenal, p. 81
  - La prueba en materia de usucapión, p. 81
  - Prueba de la usucapión, p. 81
  - Requisitos de la usucapión, p. 81
- VIOLENCIA FAMILIAR, pp. 195, 196, 197



## ÍNDICE POR TRIBUNALES

### **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

#### **Sala Civil y Comercial**

- 05-04-10. “Herminio Rojas Galindo c/Arminda Rolón s/ Usucapión”  
(Ac. y Sent. N° 110) ..... 80

#### **Sala Constitucional**

- 15-04-10. “Acción de Inconstitucionalidad en el Juicio: Incidente de  
Cancelación y Levantamiento de Hipoteca en los autos: Walde-  
mir Paes García s/sucesión”. (Ac.y Sent. N° 140) ..... 87
- 14-12-10. “Acción de Inconstitucionalidad en el Juicio: “G. E. B. V. c/  
sucesión de E. T. G. y otros s/Reconocimiento de Unión de hecho”.  
(Ac. y Sent. N° 588) ..... 111

#### **Sala Penal**

- 16-03-10. “Reg. de Hon. Prof. de los Abogs. Julio César Jiménez Alde-  
rete y Luis G. Puente en el expte. caratulado: Banco Sudameris  
Paraguay SAECA c/ Sub. Scría. de Estado de Tributacion del  
Ministerio de Hacienda” (A. I. N° 245) ..... 51
- 29-03-10. “Recurso extraordinario de Casación interpuesto por la Fis-  
cal Adjunta Abog. María Soledad Machuca en la causa Silvestre  
Luis Cardozo Escobar s/Lesión de confianza y Estafa en Villarri-  
ca” (Ac. y Sent. N° 98) ..... 67
- 29-03-10. “Recurso Extraordinario de Casación interpuesto por la  
Defensora Pública Abog. Francia María Sian de Espínola de la  
Ciudad de Coronel Oviedo, bajo patrocinio de la Defensora Gene-

## ÍNDICE POR TRIBUNALES

ral Abog. Noyme Yore Ismael en la causa: “M.P. c/ Nelfi Martínez s/Homicidio Doloso en Aguapety” (Ac. y Sent. N° 99) .....	72
15-04-10. “Darío Alfredo Oest s/ Recurso de Apelación c/ Nota DGC-CARN N° 200 del 09 de abril de 2005, de la Secretaria del Ambiente(SEAM)” (Ac. y Sent. N° 148) .....	94
20-04-10. “Rigoberto Zelaya Villalba s/Homicidio Doloso”(Ac. y Sent. N° 155) .....	99
24-09-10. “Pedro Alejo Robadin Ruiz Díaz c/ Decreto N° 392 del 02/10/2008 dictado por el Poder Ejecutivo y la Resolución N° 2.420 del 03/10/2008 dictado por el Ministerio de Hacienda” (A. I. N° 1340)	59

### **TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL**

#### **Primera Sala**

26-07-10. “Andrés Rafael Villalba Espínola c. Instituto de Previsión Social (IPS) s/ Amparo” (Ac. y Sent. N° 36) .....	119
30-07-10. “Lorena Sánchez de Núñez c. Patrocinia Segovia de González s/ Interdicto de recobrar la posesión” (Ac. y Sent. N° 37) .....	126
12-08-10. “Regulación de honorarios profesionales de María Lorena Dolsa Meaurio c. IPS s/ Ejecución de sentencia” (Ac. y Sent. N° 42) .....	130
16-08-10. “Regulación de honorarios profesionales del Abogado Osvaldo Milciades Ramírez en el juicio: Taylor Luis Miotto s/Sucesión” (Ac. y Sent. N° 43) .....	134
27-08-10. “Compulsas del expediente R. G. C. c. S. B. T. s. Prestación de Alimentos” (Ac. y Sent. N° 46).....	140
16-09-10. “Instituto de Bienestar Rural c. Luis Estaban Olmedo Ortiz s. Juicio ejecutivo” (Ac. y Sent. N° 51) .....	144

#### **Segunda Sala**

08-10-10. “Caja Paraguaya de Jubilaciones y Pensiones del Personal de ITAIPÚ BINANCIONAL c. Consorcio CONTEPAR s. Pago por consignación” (Ac. y Sent. N° 102) .....	154
30-11-10. “Julio Nelson Brizuela c. Rápido Iguazú S.A. (RYSA) s. Indemnización de Daños y Perjuicios” (Ac. y Sent. N° 127) .....	164

ÍNDICE POR TRIBUNALES

15-12-10. “RM Sociedad Anónima c. Dirección Nacional de Aduanas s. Indemnización de Daños y Perjuicios pro responsabilidad extra-contractual e indemnización de daño” (Ac. y Sent. N° 136).....	181
---	-----

**Tercera Sala**

06-07-10. “N. L. L. H. c. W. A. G. G. s. Divorcio a petición de una sola de las partes” (Ac. y Sent. N° 62) .....	194
09-07-10. “Lubripar SAECA c. Mirian Teresa Yugovich de Schaerer s. Resolución de contrato e indemnización de daños y perjuicios” (Ac. y Sent. N° 64) .....	208
28-07-10. “Yuh Shyang Lu c. Tomasa Isabel Romero Benitez s. Ejecución Hipotecaria” (Ac. y Sent. N° 72) .....	223
03-08-10. “Dionisio Fernández Ibarrola c. Deidamia Asteria Martínez y otros s. Acción Autónoma de Nulidad” (Ac. y Sent. N° 74) .....	228
24-08-10. “RHP del abogado Vidal G. Prieto Sánchez en los autos: José Lino Vega Colmán s. Sucesión” (Ac. y Sent. N° 82) .....	255
17-09-10. “Luis Barrientos Isanrdi c. Estado Paraguayo y otros s. Indemnización de Daños y Perjuicios” (Ac. y Sent. N° 92) .....	259

**Quinta Sala**

30-03-10. “Regulación de Honorarios Profesionales de los abogados Horacio A. Peroni y Fernando A. Peroni en los autos: “Banco de Inversiones del Paraguay S.A. BIPSA en Quiebra c. INCOL Inmobiliaria y Constructora SRLs/ Reconocimiento de crédito” (A.I. N° 187) .....	275
07-04-10. “Incidente de nulidad de actuaciones en: Estado Paraguayo c. Cesar Diosnel Escurra Suárez y otros s. Acción Autónoma de Nulidad” (A.I. N° 202) .....	281
12-04-10. “Banco Paraguayo Oriental S.A. en quiebra c. Arístides José González Arréllaga y otros s/ Reivindicación” (A.I. N° 218) .....	284
17-05-10. “Rossana Teme de Labiste c. María Cristina Cabral s. Acción Autónoma de Nulidad” (Ac. y Sent. N° 42) .....	289
25-05-10. “Jose Martín Arguello c. Automotores Guaraní SACEI s. Daños y Perjuicios” (Ac. y Sent. N° 50) .....	294

ÍNDICE POR TRIBUNALES

07-06-10. “Jorge Cristóbal Flores Cuevas c. Jorge Daniel Núñez Espínola s. Cumplimiento de contrato e indemnización de daños y perjuicios” (Ac. y Sent. N° 53) .....	297
13-07-10. “Sanitarios Amambay S.A. c. Banco Regional S.A. de Seguros s. cumplimiento de contrato” (Ac. y Sent. N° 73) .....	304
13-07-10. “Oscar Pérez c. The Song Producción y otros s. competencia desleal y otros” (Ac. y Sent. N° 74) .....	309

**TRIBUNAL DE APELACIÓN DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA**

13-07-10. “N.K.L.G s. Impugación de paternidad” (A. I. N° 278) ....	315
13-10-10. “M.V.L s Reconocimiento de filiación” (A. I. N° 490) .....	324
09-12-10. “R.N.A. de J. s. Guarda (Medida Cautelar)” (A. I. N° 595)	333
31-08-10. “Compulsas del expte.: “S.M.V.A. s. Régimen de convivencia” (Ac. y Sent. N° 164) .....	349

# **El Instituto de la Remisión como cauce desjudicializador en el régimen penal de la adolescencia. Criterio de aplicabilidad**

*Por Irma Alfonso de Bogarín\**

*“Los niños y adolescentes son capaces de crecer, cambiar y mejorar”  
(Principio de humanidad)*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCION. 2. MARCO JURÍDICO SUPRANACIONAL. 2.1. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. 2.2. CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2.3. REGLAS MÍNIMAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIAS DE MENORES (REGLAS DE BEIJING). 2.4. OPINIÓN CONSULTIVA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 3. INCORPORACIÓN DE ESTE CAUCE DESJUDICIALIZADOR EN EL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA. 3.1. OPORTUNIDAD DE SU PLANTEAMIENTO. 3.2. CRITERIO PARA SU PROCEDENCIA. 4. LEGISLACIÓN COMPARADA. 4.1. BOLIVIA: CÓDIGO DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE. 4.2. BRASIL: ESTATUTO DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE. 4.3. EL SALVADOR: LEY DEL MENOR INFRACTOR. 4.4. PERÚ: CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES. 5. VENTAJAS. 6 BIBLIOGRAFÍA.

---

\* Presidenta de la Asociación Internacional MERCOSUR de Jueces de la Infancia y Juventud.  
Abogada graduada en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción.  
Notaria y Escribana Pública graduada en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción.



## 1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como propósito el estudio del instituto de la Remisión, incorporado al Código de la niñez y la adolescencia, como mecanismo procesal para la desjudicialización en el tratamiento jurídico del adolescente incurso en una conducta delictiva.

Su implementación resulta novedosa para nuestro sistema que se apoya sobre una arquitectura centrado en el principio de la desjudicialización que surge de la Convención sobre los derechos del niño, por ello la intención es también establecer criterio de aplicabilidad regulado en los artículos 234 y 242 de la Ley 1680/01 “Código de la Niñez y la Adolescencia”, frente a un caso concreto vinculado al juzgamiento de un hecho punible calificado como crimen en atención al marco penal establecido de conformidad a la calificación jurídica atribuible al mismo.

- 
- Doctora en Ciencias Jurídicas. Calificación Suma Cum Laude (Universidad Americana).
- Doctora en Ciencias Jurídicas y Sociales. Calificación Suma Cum Laude (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción).
- Especializada en Derecho de Familia. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad del Litoral de Santa Fe, **República Argentina**.
- Post Grado en Didáctica Universitaria. Rectorado de la Universidad Nacional de Asunción.
- Post Grado en Derecho Civil. Universidad de Salamanca – España. Año 2000.
- Diplomado en Ciencias Penales. Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción” y el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales. Año 2004.
- Master en Derecho penal y menores de edad, otorgado por el Centro de Estudios Superiores Especialidades Jurídicas CESEJ. España, Año 2005.
- Post Grado en Derecho Penal. Universidad de Salamanca – España. Año 2007
- Post Grado en Derecho Penal Juvenil – Escuela Nacional de la Judicatura – Santo Domingo, República Dominicana, año 2007.
- Curso – Seminario sobre Desarrollo de Sistemas Judiciales celebrado en Seúl – Corea.
- Miembro del Tribunal de Apelación Penal de la Adolescencia. Asunción.
- Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción.
- Docente de la Escuela Judicial Paraguaya.

No se pretende en esta labor realizar un análisis acabado del instituto, sólo una propuesta que estimule otras discusiones constructivas orientadas a la efectiva implementación, sin descuidarse las garantías de los derechos del adolescente.

## **2. MARCO JURÍDICO SUPRANACIONAL**

Desde finales del siglo XVIII y sobre todo durante el siglo XIX se ha sentido la necesidad de otorgar un tratamiento diferenciado y en reducir la intervención penal en el ámbito de los menores.

La mayoría de los doctrinarios coinciden en señalar que a nivel internacional, el primer instrumento que ha demostrado preocupación respecto de los menores es la Declaración de los derechos del niño, llamada también Declaración de Ginebra, cuya primera versión es de 1924, revisada en 1948 y reformada en el año 1959, por Resolución de la Asamblea de las Naciones Unidas entre cuyos principios estableció:

*“El niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta Declaración. Estos derechos serán reconocidos a todos los niños sin excepción alguna ni distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia” (P. I)*

*“El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con ese fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño” (P. II)*

Estos principios son marcadamente proteccionistas, que parte del entendimiento del niño, como ser especialmente necesitado de protección y apoyo.

### **2.1. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**

Los principios generales mencionados precedentemente y las recomendaciones dadas en congresos referentes a la infancia, dio origen a que otros instrumentos establecieran en sus cláusulas normas relativas a la justicia de menores

como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por nuestro país por Ley N° 05 de 1992.

Este prohíbe condenar a muerte a los menores de 18 años (Art. 6.5), ...ordena que los menores procesados estén separados de los adultos y sean llevados con la mayor celeridad posible ante los tribunales de justicia (Art. 10.2.b), ...y exige a los Estados Partes que al enjuiciar a los menores tengan en cuenta su edad y la importancia de estimular su rehabilitación social (Art. 14.4).

## 2.2. Convención Internacional sobre los Derechos del Niño

Más tarde, luego de una década de trabajos preparatorios, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas aprobó, por unanimidad el 20 de marzo de 1989, la Convención sobre los derechos del niño que con otros instrumentos<sup>1</sup> podría denominarse el marco jurídico de la justicia de menores propuesto por las Naciones Unidas con el objetivo de asegurar la protección integral de los derechos del niño.

Este cuerpo normativo considera que la infancia tiene derecho al cuidado y asistencia especiales, por ello dentro de las orientaciones y garantías, en lo que aquí interesa, reconoce “...*todo niño que sea considerado, acusado o declarado culpable de infringir las leyes penales a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegra-*

---

1 . Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de Justicias de Menores (Reglas de Beijing)  
 . Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad)  
 . Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad. 14 – XII - 90  
 . Convención Internacional de Derechos civiles y políticos (Ley 5/92)  
 . Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) Ley 1/89  
 . Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la elaboración de las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) 14 –diciembre-1990.



ción del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad” (Art. 40.1).

De manera congruente con estos fines aboga claramente por la búsqueda de procedimientos de desjudicialización al disponer: “...***Siempre que sea apropiado y deseable la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, respetando plenamente los derechos humanos y las garantías legales***” (Art. 40.3.b).

Como puede observarse, la Convención alienta a los Estados Partes adoptar soluciones sin recurrir a procedimientos judiciales frente a hechos punibles cometidos por menores de edad. Dichas soluciones, añade el texto, deberán ser respetuosas no sólo con los derechos humanos, sino también con las garantías legales y, acorde con los intereses concretos del menor.

### **2.3. Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicias de Menores (Reglas de Beijing)<sup>2</sup>**

Estas reglas contienen orientaciones básicas de carácter genérico tendiente a promover el bienestar del menor.

Así, desjudicialización, que es la expresión del principio de intervención mínima, se encuentra prevista igualmente entre las orientaciones fundamentales de las Reglas de Beijing al establecer:

*“El sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de éstos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito”* (R.5)

*“Remisión de casos. Se examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes, mencionadas en la regla 14.1 infra, para que los juzguen oficialmente”* (R. 11.1)

*“La policía, el Ministerio fiscal y otros organismos que se ocupen de los casos de delincuencia de menores estarán facultados para fallar dichos casos discrecionalmente, sin necesidad de vista oficial, con arreglo a los criterios esta-*

---

2. Elaborada en la reunión preparatoria celebrada en la capital de la República Popular de China los días 14 al 18 de mayo de 1984, de allí su nombre de Beijing, que fueron aprobadas en el VII Congreso celebrado en Milán, Italia en 1985.

*blecidos al efecto en los respectivos sistemas jurídicos y también en armonía con los principios contenidos en las presentes Reglas”. (R. 11.2)*

*“Toda Remisión que signifique poner al menor a disposición de las instituciones pertinentes de la comunidad o de otro tipo estará supeditada al consentimiento del menor o al de sus padres o su tutor; sin embargo, la decisión relativa a la Remisión del caso se someterá al examen de una autoridad competente, cuando así se solicite”. (R. 11.3)*

*“Para facilitar la tramitación discrecional de los casos de menores, se procurará facilitar a la comunidad programas de supervisión y orientación temporales, restitución y compensación a las víctimas”. (R. 11.4)*

*En los comentarios de estas Reglas se señala que este mecanismo procesal “entraña la supresión del procedimiento ante la justicia penal y, con frecuencia, la reorientación hacia servicios apoyados por la comunidad, se practica habitualmente en muchos sistemas jurídicos con carácter oficial y oficioso. Esta práctica sirve para mitigar los efectos negativos de la continuación del procedimiento en la administración de la justicia de menores (por ejemplo, el estigma de la condena o la sentencia). En muchos casos la no intervención sería la mejor respuesta. Por ello la Remisión desde el comienzo y sin envío a servicios sustitutorios (sociales) puede constituir la respuesta óptima. Así sucede especialmente cuando el delito no tiene un carácter grave y cuando la familia, la escuela y otras instituciones de control social oficioso han reaccionado ya de forma adecuada y constructiva o es probable que reaccionen de ese modo...”.*

También señala la necesidad de reducir la intervención a la Policía, al Ministerio Público y otros órganos que se ocupan de los casos de delincuencia de menores de edad y dar mayor protagonismo a otros grupos de la vida social en la solución del problema con arreglo a los criterios establecidos en los respectivos sistemas jurídicos y en armonía con los principios contenidos en las presentes Reglas (R.11.2).

Se aconseja, además, prever “... opciones sustitutorias viables del procesamiento ante la justicia de menores en la forma de una Remisión basada en la comunidad. Se recomiendan especialmente los programas que entrañan la avenencia mediante la indemnización de la víctima y los que procuran evitar futuras transgresiones de la ley gracias a la supervisión y orientación temporales. Los antecedentes de fondo de los casos particulares determinarán el carácter adecuado de la Remisión, aun cuando se hayan cometido delitos más graves (por

*ejemplo, el primer delito, el hecho que se haya cometido bajo la presión de los compañeros del menor; etc.)”.*

Otra regla que sugiere eludir la judicialización o el uso del proceso penal en la medida de lo deseable y de lo posible dice: “... *la autoridad competente podrá suspender el proceso en cualquier momento*”(R 17.4).

Por último a los fines, principios y especificidades que surgen de las disposiciones mencionadas, reviste particular importancia, en este régimen, el principio rector: **interés superior del niño** que constituye una limitación adicional al poder punitivo del Estado.

#### **2.4. Opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

Por su parte, en la opinión consultiva de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos - O.C. 17/2002 del 28 de agosto del 2002, se hizo mención expresa a la necesidad de reducir al máximo la utilización del sistema de justicia para resolver los conflictos cuando están en juego los intereses del menor al indicar: “*Las normas internacionales procuran excluir o reducir la **judicialización** de los problemas sociales que afectan a los niños, que pueden y deben ser resueltos, en muchos casos, con medidas de diverso carácter, al amparo del artículo 19 de la Convención Americana, pero sin alterar o disminuir los derechos de las personas. En este sentido, son plenamente admisibles los medios alternativos de solución de las controversias, que permitan la adopción de decisiones equitativas, siempre sin menoscabo de los derechos de las personas. Por ello, es preciso que se regule con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos en los casos en que se hallan en juego los intereses de los menores de edad*” (135).

### **3. INCORPORACIÓN DE ESTE CAUCE DESJUDICIALIZADOR EN EL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA**

Siguiendo las directrices y recomendaciones de los instrumentos jurídicos internacionales mencionados, muy especialmente los contenidos en la Convención sobre los derechos del niño, por su carácter vinculante al ser ratificado por Ley 57/90, el nuevo enfoque de las infracciones a la ley penal cometidas por

adolescentes, regulado en el Libro V del Código de la Niñez y la Adolescencia, se aleja de la tradicional forma de intervención y predomina una postura de reducir la injerencia judicial, unido e inteligentemente relacionado con una política de protección, apoyo y educación que permitan movilizar todos los recursos disponibles con inclusión de la familia, los voluntarios, ONGs para la superación de las dificultades personales, familiares y sociales del adolescente en la búsqueda de cumplir una función constructiva en la sociedad.

La fórmula es mínima intervención penal y máxima oferta de ayuda y protección<sup>3</sup>.

Merece valoración positiva los diversos mecanismos<sup>4</sup> o posibilidades de desjudicialización ideados por el legislador para satisfacer suficientemente las finalidades de prevención especial y general. Entre ellos el instituto de la **Remisión**

### 3.1. Oportunidad de su planteamiento

La oportunidad de su planteamiento se halla reglado en los artículos 234 y 242 del Código de la niñez y la adolescencia.

La primera norma de la Remisión prescribe: *“En la etapa preparatoria, y con consentimiento del Tribunal, el Fiscal podrá prescindir de la persecución penal, cuando se den los presupuestos señalados en el artículo 19 del Código Procesal Penal o cuando hayan sido ordenadas y ejecutadas las medidas educativas pertinentes.*

*En las condiciones señaladas en el párrafo anterior, el Juzgado Penal de la Adolescencia podrá prescindir de la persecución penal en cualquier etapa del procedimiento”.*

- 
3. Reglas de Beijing: *“Con el objeto de promover el bienestar del menor, a fin de reducir la necesidad de intervenir con arreglo a la ley, y de someter a tratamiento efectivo, humano y equitativo al menor que tenga problemas con la ley, se concederá la debida importancia a la adopción de medidas concretas que permitan movilizar plenamente todos los recursos disponibles, con inclusión de la familia, los voluntarios y otros grupos de carácter comunitario, así como las escuelas y otras instituciones de la comunidad”* (R.1.3).
  4. Es pertinente señalar que entre estos mecanismos, el Código dispone la terminación anticipada del proceso sin regular por sí mismo los criterios de su aplicación, los remite a las formas establecidas en el C.P.P. (Art. 241 - Código de la Niñez y la Adolescencia).

El artículo 242 dispone: “*En todas las etapas procesales, el Juzgado Penal de la Adolescencia podrá examinar la posibilidad de no continuar el proceso, cuando el hecho punible estuviese sancionado en la legislación penal con pena privativa de libertad que no supere los dos años, basándose en el grado de responsabilidad, en el daño causado y en la reparación del mismo.*”

*En este caso, citará a las partes a una audiencia común y previo acuerdo con ellas, resolverá remitiendo al adolescente a programas comunitarios con el apoyo de su familia y bajo el control de la institución que los realice. Si no existiere acuerdo entre las partes, se continuará el proceso”.*

Corresponde determinar el alcance que cabe otorgar a ambos artículos. A ese efecto, es pertinente recordar que la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador, y la primera fuente para determinar esa voluntad, es la letra de la ley.

De los términos del artículo 234, primer párrafo, pueden extraerse, entre otras indicaciones, las siguientes:

1. Desde cuándo y hasta qué momento este mecanismo procesal puede ser utilizado por el Fiscal.
2. En qué momento el Juez Penal de la Adolescencia puede aplicar.
3. Los hechos punibles que pueden servir de presupuestos.

Recordemos que todo proceso penal está estructurado sobre fases que cumplen fines específicos.

Una fase de investigación, denominada **etapa preparatoria**, que tiene como cometido principal la preparación de la acusación y el juicio. La segunda fase llamada **etapa intermedia**, en donde se analiza el resultado de la investigación y la tercera fase, es el **juicio oral propiamente dicho**.

A estas etapas podemos agregar otra, la de **ejecución de la sentencia** firme.

Entendemos que el titular de la acción penal tiene la posibilidad de prescindir de la persecución penal, a través del instituto de la Remisión, en la etapa preparatoria. Vale decir, existe una limitación de orden temporal para el Fiscal.

De manera que en la etapa de investigación, que se **inicia** con la notificación del Acta de imputación y **concluye** con la presentación del requerimiento conclusivo (acusación u otro requerimiento) en el plazo señalado por el Juez, la norma le otorga la posibilidad de renunciar al ejercicio de acción penal atendiendo a las concretas circunstancias fácticas y filosóficas que inspira este régimen.

Aquí surge una pregunta: ¿Puede el Juez apartarse de la solicitud del Fiscal y decidir que continúe el proceso?

Dada la expresión que utiliza el legislador: “...*el Fiscal podrá prescindir de la persecución penal...*”, está demostrando que le otorga posibilidades de optar en su actuación procesal, en otros términos, al carecer de valor imperativo, entendemos que ante la discrepancia entre ambos operadores deberá resolverse consultando al Fiscal General, con fundamento en que el ejercicio de la acción y pretensión penal corresponde al Ministerio Público.

En este caso, la opinión del órgano superior que ejerce el ius puniendi es relevante.

Como con la Remisión se detiene el ejercicio de la acción penal a favor del imputado, se requiere de decisión judicial que la consienta o apruebe. Es decir, el consentimiento es una condición **necesaria** para su procedencia.

Del plexo normativo que estamos analizando surge un claro y marcado interés, por parte del legislador, de otorgar a este mecanismo procesal una proyección amplia y flexible al facultar al Juez utilizar en cualquier etapa del procedimiento. Así surge del último párrafo del artículo 234 que se reitera en el artículo 242 al disponer “*en todas las etapas procesales el Juzgado Penal de la Adolescencia podrá examinar la posibilidad de no continuar el proceso, ...*”. Ello implica que se puede acceder a esta vía, en la etapa preparatoria, si el Juzgado decide evitar el ejercicio de la acción penal a favor del imputado y someterlo a medidas con impacto educativo y socializador. A ese efecto y con el fin de captar la complejidad del mundo de un ser en formación es necesario contar con los informes del equipo técnico asesor<sup>5</sup>.

---

5. Código de la Niñez y la Adolescencia: “*DEL EQUIPO ASESOR DE LA JUSTICIA. Los auxiliares especializados serán profesionales: médicos, pedagogos, sicólogos, sociólogos y trabajadores sociales, entre otros, que conformarán un equipo multidisciplinario con la finalidad de asesorar a la justicia de la Niñez y la Adolescencia*”. (Art. 165). “*DE SUS ATRIBUCIONES. Serán atribuciones de los auxiliares especializados: a) emitir los informes escritos o verbales que le requiera el tribunal, el Juez o el defensor; b) realizar el seguimiento de las medidas ordenadas por el Juez, emitiendo el dictamen técnico para la evaluación correspondiente, así como las recomendaciones para la toma de las medidas pertinentes; y, c) las demás que señale este Código*”. (Art. 166)

También podrá valerse de este mecanismo procesal en el juicio oral y en la ejecución de sentencia definitiva, dando aplicación a lo estipulado en la Convención sobre los derechos del niño “...*siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños **sin recurrir a procedimientos judiciales...***” (Art. 40.3.b)

En idéntico sentido, y con una formulación si cabe más explícita las Reglas de Beijing recomienda “*la autoridad competente podrá suspender el proceso **en cualquier momento***” (R. 17.4).

El artículo 228 del Código de los Niños y Adolescentes de Perú, es una disposición legal muy similar a nuestras normas analizadas, pues determina: “*Concesión de la Remisión por el Fiscal, el Juez y la Sala. Antes de iniciarse el procedimiento judicial, el Fiscal podrá conceder la Remisión como forma de exclusión del proceso. Iniciado el procedimiento y en cualquier etapa, el Juez o la Sala podrán conceder la Remisión, importando en este caso la extinción del proceso*”.

Similar al artículo 242 del Código de la Niñez y la Adolescencia es el artículo 37 de la Ley del menor infractor de El Salvador: “*El Juez podrá examinar la posibilidad de no continuar el proceso, cuando el delito estuviese sancionado en la legislación penal con pena de prisión cuyo mínimo sea inferior a tres años, con base en el grado de responsabilidad, en el daño causado y en la reparación del mismo.*

*Si el Juez considera que no procede la continuación del proceso, citará a las partes a una audiencia común y previo acuerdo con ellas, resolverá remitir al menor a programas comunitarios con el apoyo de su familia y bajo el control de la institución que los realice, si no existiere acuerdo entre las partes, se continuará el proceso*”.

Estas disposiciones legales refuerzan nuestra tesis de que el órgano jurisdiccional puede utilizar no sólo en la etapa preparatoria sino también en el juicio oral y en la ejecución de sentencia.

### **3.2. Criterio para su procedencia**

Es pertinente señalar que el artículo 234 constituye una norma reguladora del Instituto de la Remisión, además de regla de Remisión a la disposición legal aplicable para la determinación de los presupuestos procesales generales

(de la norma remitida) que deben corresponderse con los especiales (de la norma de Remisión).

En ese sentido es dable apuntar que la regla de Remisión establece la necesidad de que se den los presupuestos establecidos en la norma remitida, y ésta<sup>6</sup> determina las condiciones de aplicación del beneficio limitadas a los supuestos previstos en tres incisos, el primero incluye a los delitos denominados **bagatelarios** o de poca importancia o reproche, el segundo incluye a los que tengan las características que marca el artículo 64 del Código Penal<sup>7</sup>, que a su vez se limita a los casos en que la pena en expectativa no sea superior a un año. En el tercero se describen una serie de situaciones vinculadas igualmente a hechos punibles que carezcan de importancia en atención a *una sanción ya impuesta; (la sanción que se espera por los demás hechos punibles que constituyan el objeto de procedimientos pendientes; o a la sanción que se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero)*, y finalmente, el cuarto cuando el imputado se encuentre ante una resolución de extradición.

- 
6. Código Procesal Penal: *Oportunidad: El Ministerio Público, con consentimiento del tribunal competente, podrá prescindir de la persecución penal de los delitos:*
- 1) *cuando el procedimiento tenga por objeto un delito, que por su insignificancia o por el grado de reproche reducido del autor o participe, no genere el interés público en la persecución.*
  - 2) *cuando el código penal o las leyes permiten al Tribunal prescindir de la pena.*
  - 3) *cuando la pena que se espera por el hecho punible carece de importancia en consideración a:*
    - a) *una sanción ya impuesta;*
    - b) *la que se espera por los demás hechos punibles que constituyan el objeto de procedimientos pendientes;*
    - o c) *la que se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero.*
  - 4) *cuando se haya decretado, en resolución firme, la extradición o expulsión del imputado por delito cometido en nuestro país.*
- En los supuestos previstos en los incisos 1) al 2) será necesario que el imputado haya reparado el daño ocasionado, haya firmado un acuerdo con la víctima en ese sentido o demostrado su voluntad de reparación.*
- La solicitud de prescindencia de la persecución penal se podrá presentar hasta el momento de la audiencia preliminar. (Art. 19).*
7. *Prescindencia de la pena: Cuando el autor hubiera sufrido, por su propio hecho, consecuencias de tal gravedad que ostensiblemente no se justificara agregar una pena, el Tribunal prescindirá de ella. Esto no se aplicará cuando proceda una pena privativa de libertad mayor de un año.(Art. 64).*



Constituye un elemento limitativo de aplicación del beneficio contenido en el mentado artículo 234, que la norma remitida a los efectos de la determinación de los presupuestos reclamados (como ratificación anticipada de las condiciones particulares establecidas en los incisos que lo integran y que han sido abordados en el párrafo anterior), hace referencia expresa a la habilitación para proceder única y exclusivamente en casos de *persecución penal de los delitos*, lo que excluiría a los crímenes de la posibilidad de tratamiento mediante la figura procesal del **criterio de oportunidad**, que a su vez marca las pautas presupuestarias del otorgamiento del beneficio de la Remisión de la persecución penal.

La otra disposición en análisis, artículo 242, que con una técnica legislativa criticable, porque genera problemas interpretativos, establece también las causas en donde procede la Remisión de la persecución penal, aunque ya se determina con mayor rigor el ámbito de aplicación del beneficio a los hechos punibles para los cuales el marco penal establecido sea de hasta dos años. En otros términos, esta salida alternativa del proceso penal establecida en beneficio del procesado, hace más estrecha aún el margen de su aplicación en atención a la gravedad de la sanción que la norma reserva al infractor.

Finalmente, es posible afirmar, sin temor a equívocos, que el beneficio de la Remisión autorizado por el artículo 234, sólo puede otorgarse a los menores procesados por delitos con las características que marca el artículo 19 del C.P.P., y el consagrado por el artículo 242, sólo puede concederse en los casos de hechos punibles cuyo marco penal no exceda de dos años.

Consecuentemente el beneficio implementado en las dos normas analizadas son concebidos para conducta que genera la comisión de hecho punible de menor lesividad y no son susceptibles de aplicación y otorgamiento a quienes se encuentran procesados por hechos punibles definidos por el Código Penal como crímenes, que son aquellos cuyo marco penal del tipo base excede los cinco años.

A nuestro criterio también es indispensable oír al adolescente para manifestar libremente su voluntad de ser sometido a esta salida, pues el Código de la niñez y la adolescencia en concordancia con la Convención sobre los derechos del niño es claro al señalar el derecho que tiene de expresar su opinión en todos los asuntos que le afectan.

Las Reglas de Beijing ponen de relieve el requisito primordial de asegurar el consentimiento del menor<sup>8</sup>.

#### 4. LEGISLACION COMPARADA

Es importante anotar que en el ámbito de la legislación comparada algunos países latinoamericanos, bajo la influencia de la Convención sobre los derechos del niño, han incorporado esta valiosa herramienta procesal para reducir la intervención estatal en los conflictos penales o para atenuar la persecución penal.

Uno de los fines que le da sustento es evitar las consecuencias negativas que la intervención penal produce en el adolescente, como por ejemplo sus efectos estigmatizantes.

A continuación se transcriben:

##### 4.1. Bolivia: *Código del niño, niña y adolescente*

Artículo 253: “**Concepto.** Se entiende por *Remisión* a la medida por la cual se excluye al adolescente infractor; del proceso judicial con el fin de evitar los efectos negativos que el proceso pudiera ocasionar a su desarrollo integral”.

Artículo 254: “**Concertación.** Antes de iniciar el juicio el representante del Ministerio Público con el adolescente podrá concertar la *Remisión* cuando:

1. Sea el primer delito del adolescente;
2. Se trate de infracciones tipificadas como delitos con pena privativa de libertad no mayor a cinco años; o,
3. El delito carezca de relevancia social.

Iniciado el juicio, la concertación de la *Remisión* corresponde al Juez de la Niñez y Adolescencia e importará la suspensión o extinción del mismo”.

Artículo 255: “**Alcances de la medida.** La concertación de la *Remisión* **no implica necesariamente el reconocimiento o comprobación de la res-**

---

8. “Toda *Remisión* que signifique poner al menor a disposición de las instituciones pertinentes de la comunidad o de otro tipo estará supeditada al consentimiento del menor o al de sus padres o su tutor; sin embargo, la decisión relativa a la *Remisión* del caso se someterá al examen de una autoridad competente, cuando así se solicite”. R 11.3

**ponsabilidad del hecho ni prevalece para efectos de antecedentes penales**, pudiendo incluir eventualmente la aplicación de cualesquiera de las medidas previstas por esta Ley, excepto las que implican restricción o privación de libertad”.

Artículo 256: “*Revisión*”. La medida aplicada como emergencia de la Remisión podrá ser revisada judicialmente en cualquier estado de la causa, de oficio, a solicitud expresa del adolescente, de su representante legal o del Ministerio Público”

#### **4.2. Brasil: Estatuto del niño y del adolescente**

Artículo 126. **Remisión**: “Antes de iniciarse el procedimiento judicial para apuración de acto infractor; el representante del Ministerio Público podrá conceder la Remisión, como forma de exclusión del proceso, atendiendo a las circunstancias y consecuencias del hecho, al contexto social, así como a la personalidad del adolescente y su mayor o menor participación en el acto infractor”.

**Párrafo único**: Iniciado el procedimiento, la concesión de la Remisión por la autoridad judicial importará en la suspensión o extinción del proceso.

Artículo 127: “La **Remisión no implica necesariamente el reconocimiento o comprobación de la responsabilidad**, ni prevalece para efecto de antecedentes, pudiendo incluir eventualmente la aplicación de cualquiera de las medidas previstas en la ley, excepto la colocación en régimen de semilibertad y la internación”

Artículo 128: “La medida aplicada por fuerza de la Remisión podrá ser revista judicialmente, a cualquier tiempo, mediante pedido expreso del adolescente o de su representante legal, o del Ministerio Público”.

#### **4.3. El Salvador: Ley del menor infractor**

Artículo 37: “El Juez podrá examinar la posibilidad de no continuar el proceso, cuando el delito estuviese sancionado en la legislación penal con pena de prisión cuyo mínimo sea inferior a tres años, con base en el grado de responsabilidad, en el daño causado y en la reparación del mismo.

Si el Juez considera que no procede la continuación del proceso, citará a las partes a una audiencia común y previo acuerdo con ellas, resolverá remitir al

*menor a programas comunitarios con el apoyo de su familia y bajo el control de la institución que los realice, si no existiere acuerdo entre las partes, se continuará el proceso (similar al artículo 242 de nuestro Código de la niñez y la adolescencia – Ley 1680/01).*

#### **4.4. Perú: Código de los niños y adolescentes**

Artículo 223: **Remisión del proceso.** *Concepto. La Remisión consiste en la separación del adolescente infractor del proceso judicial, con el objeto de eliminar los efectos negativos de dicho proceso.*

Artículo 224: **Aceptación.** *La aceptación de la Remisión no implica el reconocimiento de la infracción que se le atribuye ni genera antecedentes.*

Artículo 225: **Requisitos.** *Al concederse la Remisión deberá tenerse presente que la infracción no revista gravedad, así como los antecedentes del adolescente y su medio familiar.*

Artículo 226: **Orientación del adolescente que obtiene la Remisión.** *Al adolescente que es separado del proceso por la Remisión se le aplicará la medida socio-educativa que corresponda, con excepción de la internación.*

Artículo 227: **Consentimiento.** *Las actividades que realice el adolescente como consecuencia de la Remisión del proceso deberán contar con su consentimiento, el de sus padres o responsables y deberán estar de acuerdo con su edad, su desarrollo y sus potencialidades.*

Artículo 228: **Concesión de la Remisión por el Fiscal, el Juez y la Sala.** *Antes de iniciarse el procedimiento judicial, el Fiscal podrá conceder la Remisión como forma de exclusión del proceso. Iniciado el procedimiento y en cualquier etapa, el Juez o la Sala podrán conceder la Remisión, importando en este caso la extinción del proceso.*

### **5. VENTAJAS**

1. Evita los efectos estigmatizadores del procedimiento en las personas en proceso de formación.
2. Su aplicación no requiere de aceptación de autoría o culpabilidad ni de su declaración por parte del Juez.
3. Permite la participación de las ONGs y la comunidad en los programas

de apoyo, educación y protección del adolescente facilitando su reinserción social.

4. En opinión de Tiffer, que nosotros compartimos, la desjudicialización favorece a todos. **Al adolescente** por cuanto por este medio se eliminan las posibilidades de estigmatización e institucionalización que significa siempre someterse a un proceso penal. **A la comunidad**, ya que por este medio se promueve la participación de los sectores sociales que pueden convertir realmente en efectiva la idea de la resocialización y de la reeducación de los adolescentes y hacer efectivos los fines de la prevención especial. **También favorece a la víctima**, ya que de una manera más real se puede lograr una forma de reparación de los daños o recuperación de los derechos del ofendido por el delito, es una posibilidad de enfrentar al autor y la víctima que puede tener un gran potencial educativo para el adolescente.

Por último también la desjudicialización favorece la reducción de los costos de la administración de la justicia que siempre serán insuficientes y deficientes para la prestación de un servicio público de calidad, porque generalmente los sistemas de administración de justicia, tienden por razón de los casos a reducir y hasta eliminar los derechos y las garantías procesales de los jóvenes y adolescentes<sup>9</sup>.

## 6. Bibliografía

- Convención sobre los Derechos del Niño (Ley 57/90).
- Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing).
- Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad).
- Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad. 14-XII-90 .
- Convención Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley 5/92).

---

9. Tiffer, Carlos. Desjudicialización y alternativas a la sanción privativa de libertad para jóvenes delincuentes. Derecho penal juvenil. Daad. Ilanud. Pág. 318.

- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), Ley 1/89.
- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la elaboración de las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) 14 –diciembre–1990.
- Tiffer, Carlos. *Desjudicialización y alternativas a la sanción privativa de libertad para jóvenes delincuentes. Derecho penal juvenil*. Daad. Ilanud.
- Falcon y Tella, Ma. José. *Fundamento y finalidad de la sanción ¿Un derecho a castigar?* Ediciones jurídicas y Sociales S.A. Madrid 2005 España
- Cruz Marquez, Beatriz. *Educación y prevención general en el proceso penal de menores*. Ediciones jurídicas y sociales S.A. Madrid 2006 España
- Cappeleare, Geert y Grandjean Anne. *Niños privados de libertad. Derechos y realidades. Unicef – Ministerio de Trabajo y Asuntos legales*. Madrid, 2006 España
- Cervelló Donderis, Vicenta y Colás T., Asunción. *La responsabilidad penal del menor de edad*. Editorial Tecnos Madrid, 2002
- García Méndez, E. y Carranza, E. *Del revés al derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina. Bases para una reforma legislativa*. Buenos Aires.1992
- Silva B., Diego y Colmán, Jorge. *Investigación sobre las infracciones juveniles y las sanciones judiciales aplicadas a adolescentes en Montevideo*. Unicef – Defensa de niñas y niños internacional. Uruguay 2004

## **La incompatibilidad para el ejercicio de la abogacía o los parlamentarios litigantes**

*Por Arnaldo Martínez Prieto\**

La incompatibilidad –en el marco que tratamos– es el impedimento legal que soporta el funcionario público para ejercer dos o más cargos a la vez y/o la posibilidad de ocupar su tiempo en otra actividad –remunerada o no, pública o privada– que pueda insumir el tiempo que requiere para la loable y meditada función de legislar, esto último, cuando de parlamentarios se trata.

La misma comporta una prohibición dirigida al titular de una función pública a quien, por ese hecho, está impedido de ocuparse en ciertas actividades, o ejercer, simultáneamente, las competencias propias de la función que desempeña y las correspondientes a otros cargos, empleos u ocupaciones, salvo que lo sea en las condiciones señaladas en el art. 196 –2º párr.–, que se expide en términos similares al 237 y 254, todos de la Constitución Nacional. Ello obedece a la guarda del interés superior del Estado que deposita en sus funcionarios el ejercicio de dichas responsabilidades y que puede verse afectado por una indebida acumulación de funciones o por la confluencia de intereses poco conciliables o capaces, en todo caso, de afectar la imparcialidad y la independencia que deben guiar las actuaciones de quienes operan la autoridad en nombre del Estado, concepto abarcativo de ciudadanía que políticamente es donde reside la soberanía según lo establece el art. 2º constitucional.

---

\* Miembro Del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de La Tercera Sala. Capital.

No obstante lo señalado, el Poder Legislativo es el único órgano cuyos miembros no tienen expresa incompatibilidad con la dedicación a actividades privadas, lo cual ha motivado una particular discusión en el seno constituyente, en el que se manejaron enjundiosos, a la vez que disparatados argumentos, en uno u otro sentido, a cuyo contenido nos remitimos a los efectos de nos exceder-nos en la presente. (V. Sesión Ordinaria de la Convención Nacional Constitu-yente del 25 de mayo de 1992 sobre el art. 190 –hoy 196– entre cuyos exponentes a favor de la incompatibilidad parlamentaria se alzaron enfáticamente los Ciu-dadanos Convencionales profesores Oscar Paciello, Luis Alfonso Resck, Rodrigo Campos Cervera, entre otros, mientras que célebres repúblicos como el Prof. Rafael Eladio Velázquez, abogaban idealmente por lo contrario en la confianza que la nueva estructura constitucional y los vientos democráticos impondrían *per se* –sin necesidad de prohibición expresa– el desentendimiento de las acti-vidades particulares en los legisladores).

Decíamos que para los demás poderes y órganos constitucionales sí se establecieron expresamente dichas incompatibilidades; así, al Poder Ejecutivo y a sus Ministros (art. 237 y 241); al Poder Judicial (Art. 254); a la Fiscalía General del Estado y a los Agentes Fiscales (Art. 267 y 270); a la Defensoría del Pueblo (Art. 278); al Contralor y Subcontralor General (art. 284) se les prohíbe expresamente ejercer algún otro cargo público o privado, salvo la docencia y la investigación.

Esta circunstancia no carece de explicación, aunque más no sea tentativa. En efecto, el evento constituyente convoca –lamentable desde el punto de vista teleológico, pero justo en su sesgo democrático– en su estructura a ciudadanos con nombradía en el ruedo partidista, más que en el jurídico, y como tal, aspi-rantes potenciales a alguna legislatura desde donde proyectar sus intenciones sectarias. En otras palabras, podríamos señalar sin mucho error que se hallan legislando para sí, pues dichas normas podrían afectarles personal y directa-mente en sus intereses futuros. Hoy, dicho albur se halla confirmado, pues muchos –si no la mayoría– de dichos constituyentes, a partir de entonces, han sido parlamentarios o se han postulado para serlo.

El art. 248 de la Constitución Nacional en la intención de garantizar la pretendida independencia del Poder Judicial establece de manera expresa que: “... En ningún caso los miembros de los otros Poderes, ni otros funcionarios, podrán arrogarse atribuciones judiciales que no estén expresamente estableci-



das en esta Constitución, ni revivir procesos fenecidos, ni paralizar los existentes, ni intervenir de cualquier modo en los juicios...”.

De la norma expuesta surge con claridad que un miembro de otro poder del estado no puede intervenir de cualquier modo en un juicio, lo que se erige como una consecuencia lógica, teniendo en cuenta que nadie puede hacerlo de cualquier modo, sino como corresponde y dependiendo de la formalidad de que se trate. Cualquier intervención de un miembro de otro poder puede afectar no sólo la independencia de los órganos jurisdiccionales, sino también la imparcialidad de la cual el mismo debe estar investido. Los detractores de este argumento y que hasta hoy posibilitan en la jurisprudencia la participación de los legisladores en el litigio, han señalado que el subrayado cualquier modo no podría llevarse en cuenta pues ello implicaría que los mismos, entonces, ni podrían fungir de testigos o aún de justiciables en algún proceso, lo cual no condice con el espíritu del contexto legislativo, ya que existen normas de rito –en el primer caso– que dispone la variante de comparecencia física o vía oficio, mientras que en el segundo, negar la posibilidad de que un parlamentario participe en juicio propio, sería directamente: como actor negarle el Derecho Humano de Acceso a la Justicia y como posible demandado, beneficiarlo con la absoluta inmunidad y consiguiente irreprehensibilidad, todo lo cual acrecienta el absurdo pretendido. Amén de ello es natural la excepción, reconocida también para los jueces, cuando lo hacen en representación de los miembros de su familia inmediata.

En alguna oportunidad un planteamiento similar al presente ha llegado a la máxima instancia jurisdiccional, expidiéndose la misma –desconocemos con qué integración– en una clara muestra de sometimiento –prueba más del tráfico de influencias– al órgano parlamentario (o partidista), al existir una clara prohibición dirigida a asegurar la independencia de la Justicia. En dicha resolución el concepto de independencia fue interpretado con un alcance totalmente ilógico y contradictorio, no sólo contra los principios cardinales de igualdad y seguridad jurídicas, sino que la resolución en cuestión fue tachada de arbitraria, siendo en verdad que el fundamento utilizado por la Corte Suprema ha resultado autocontradictoria; en efecto, se sostuvo que una interpretación extensiva –la de entender a favor de la incompatibilidad– no hace sino desnaturalizar el fin para el cual fue dictada y sin embargo hace una interpretación –también extensiva– de la norma, sosteniendo que la intervención de un miembro de otro poder sólo puede ser prohibida cuando sea “indebida”, siendo que el

artículo 248 de la C.N establece que no se podrá intervenir de ningún modo, lo cual implica que no admite ningún tipo de excepción. Amén de ello no se requiere norma alguna que disponga que se pueda intervenir indebidamente; lo indebido –como señaláramos– se tacha de tal y se desecha, por lo que ha resultado evidente que dicha decisión jurisdiccional ha tenido como finalidad la de asegurar la participación activa de los parlamentarios en el proceso.

La resolución no sólo se autocontradice, sino que además, viola cada uno de los artículos que habitualmente se citan para abogar por la participación parlamentaria en los juicios, puesto que por un lado otorga facultades extraordinarias a un parlamentario, en violación del principio de igualdad (Art. 3); afecta la protección de la libertad y seguridad jurídica de las personas (Art. 9), asimismo admite la posibilidad que un parlamentario ejerciendo el poder que ostenta como consecuencia de la influencia que le confiere el cargo puede solicitar y presionar para obtener una condena contra su propio “patrón” –el ciudadano– quien le paga el sueldo (Art. 16). En alguna desafortunada intervención dentro del marco que tratamos se ha incluido la absurda referencia al art. 87 C.N. que garantiza el pleno empleo para justificar la labor privada del legislador, sin considerar la elementalidad adversa que surge de tal posición, ya que justamente, un parlamentario que se ha presentado a comicios y ha sido elegido, recibe sueldo del estado y es ese el empleo que le otorga el pueblo para que se dedique en exclusividad a sus funciones con el afán de lograr el progreso y mejoramiento de la calidad de vida; (Art. 107) y con la mejor remuneración, bonificación, gratificación y toda clase de incentivos materiales para ejercer dignísimamente el cargo. No hablemos de las normas que regulan la seguridad social de los legisladores, también acusadamente desiguales respecto a las correspondientes a otras funciones públicas.

No podemos, mucho menos debemos, perder de vista que el parlamentario tiene amplias y relevantes facultades en las decisiones relacionadas, en algunos casos de manera directa y en otros indirecta en la definición de cuestiones atinentes al Poder Judicial; en dicho eje de su función pública no sólo participa en el proceso de elaboración y aprobación del presupuesto anual del mismo, sino también en la de todo tipo de leyes que regulan la labor de los órganos jurisdiccionales, así como en la selección y juzgamiento de los magistrados a través de sus representantes con funciones en el Consejo de la Magistratura y en el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, -que deben ser abogados- siendo, inclusi-

ve, los encargados de formular la correspondiente acusación en los juicios políticos contra los Ministros de la Corte, todo lo cual evidentemente podría afectar en el fuero íntimo de los jueces en la asunción de decisiones. Esta breve relación de facultades parlamentarias nos revela que pueden incidir negativamente en el presupuesto del Poder Judicial; de hecho el Parlamento jamás se ha ocupado de reglamentar el artículo constitucional 249 para evitar la eficacia del concepto de independencia que surge de la autarquía, para cuyo efecto se requieren los medios materiales que asegure la efectividad de las decisiones institucionales. Sobre este particular debemos agregar que el interés parlamentario en negar autarquía al Poder Judicial es que los mismos administran arbitrariamente “cupos” para incluir y beneficiar a su clientela en puestos claves del órgano judicial, sea creando cargos o elevando emolumentos en el Presupuesto General de Gastos que anualmente analizan y aprueban. Esta despreciable praxis conlleva nefastas consecuencias para la jurisdiccionalidad ya que impone en la misma a ciudadanos ineptos cuya habilidad radica en el tráfico mercantilista de soluciones ilegítimas, a la vez que a la privación de espacios y salarios suficientes para quienes desde la certera vocación de servir a la Justicia puedan construir la verdadera historia que merecemos vivir.

¿Acaso se desconoce que las creaciones de cargos en los Tribunales se deciden en el Parlamento para ubicar al clientelismo partidario y al parentelismo ocioso?

¿Acaso el parlamentario en ejercicio de la abogacía no podría incidir en la aprobación de alguna ley que beneficie sus intereses profesionales como tal?

¿Acaso no es racional que un juez pueda sentir temor a la hora de dictar un fallo en un proceso en el que participa un parlamentario?

Recordemos –como ya se dijera– que los legisladores integran el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados y sobre todo no olvidemos que la clave que habitualmente sustenta a los partidistas es el “arte de lo posible”. En otras palabras para un parlamentario, la amenaza de denunciar a un juez, hacerlo y obtener sanciones contra el mismo, es una conclusión segura y fácil de obtener por la habitual vía del *do ut des*. Lo mismo podemos señalar respecto del Consejo de la Magistratura, donde –naturalmente– para el próximo periodo el candidato será excluido de la terna. No menos se debe señalar del art. 225 C.N. en el que la suerte del Juez de la Corte Suprema descansa en las manos de Diputados y Senadores que operan por intereses partidarios, no jurídicos.

Además, se debe tener en cuenta que los diputados son los representantes del pueblo y quienes ejercen la soberanía a través del voto, en virtud de lo cual el pueblo abona sus remuneraciones. Surge entonces, a favor de la ciudadanía, el derecho y de los parlamentarios la obligación, de velar por el efectivo cumplimiento del mandato otorgado por los representados a sus representantes. De ahí que resulta una afrenta al pueblo que un ciudadano que está percibiendo importantes emolumentos obtenidos de sus propios representados, desarrolle funciones profesionales con el sólo fin de satisfacer necesidades particulares y sin tener en cuenta las necesidades de aquellos, que eventualmente podrían estar demandados por el congresista, generando en desmedro del ciudadano que le abona sus salarios, y en beneficio del funcionario que los percibe por la función pública, sumas dinerarias en concepto de honorarios.

Finalmente, el tema da para muchísimo más y si llegásemos al derecho comparado ni siquiera podríamos justificar la manifiesta sumisión de nuestras leyes a la órbita partidaria, ya que, si bien, en alguna legislación la incompatibilidad no requiere literalidad, los llamados a la función parlamentaria en ejercicio de principios éticos jamás permitirían verse involucrados en circunstancias tan impropias como las que referimos. Así lo quería nuestro recordado Prof. Rafael E. Velázquez y otros y algunos otros que hoy ya no están para asumir sus equívocos.

Finalmente, es imposible evitar la referencia a la situación actual en la que, sin asumir circunstancias personales, debemos decir que de nuevo los parlamentarios están incidiendo en el quiebre institucional de la República al inmiscuirse en la organización judicial cuando la letra constitucional claramente determina cuál es la forma de proceder para la elección de los integrantes del máximo órgano juzgador, y ni qué decir cuando omiten por largos periodos la cobertura de las vacancias que no generan otra situación que la de sobrecargar la responsabilidad de los demás magistrados.

El mayor orgullo que debe exornar la labor jurisdiccional es la objetividad en la aplicación del derecho para cada caso. A ello nos debemos y en ello descansa nuestro juramento, por lo que si el ciudadano litigante, víctima potencial del avasallamiento y eventual doble victimado a abonar estipendios a su representante constitucional, no reclama la cesación del mandato no podríamos, los jueces –en términos ordinarios– disponer del trámite y someterlos a dilaciones que, estadísticamente, han sido y serán adversas. porque nada nos autoriza a creer lo contrario.

#### DOCTRINA

Consecuentemente, la suerte de todo lo dicho en mayor medida depende de la actitud del ciudadano litigante y/o del parlamentario que necesariamente debe recibir una purificación ética y moral para el mejor lleno de sus altas y delicadas funciones republicanas para cuyo efecto, indispensablemente debe exhibir credibilidad, la cual en esta situación, la pierde.

No es menos cierto que el valladar más trascendente ante la gestión corruptora radica en la férrea y radical oposición del juez, es más fácil sobrellevar la incolumidad cuando menos embates existan en su contra y cuando menos intranquilidad se genere en torno a la actividad jurisdiccional.



## *Jurisprudencia*

---

### **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

#### **AUTO INTERLOCUTORIO N° 245**

##### **REGULACIÓN DE HONORARIOS. Base de cálculo para la regulación de honorarios.**

Para determinar la valía en la regulación de Estipendios Profesionales no corresponde tomar como pauta determinante, solamente el monto de la condena pecuniaria, sino evaluar, analizar y compatibilizar con los demás articulados de la legislación vigente. Al calificar la cantidad o suma de los honorarios profesionales, la misma guarde relación con los montos dirimidos en Juicio y que en ningún caso denote desproporción de cualquier naturaleza.

##### **REGULACIÓN DE HONORARIOS. Base de cálculo para la regulación de honorarios.**

El monto del pleito no es el único elemento a considerar a los fines de una regulación justa, sino también lo son la complejidad del asunto, el mérito y extensión de la labor profesional, su resultado y las modalidades de la causa, esto es así por cuanto corresponde ser equitativo con las retribuciones de los profesionales que han intervenido en los juicios, preservando el principio de dignidad en el desempeño de la profesión.

##### **ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Efectos inter partes. REGULACIÓN DE HONORARIOS. Regulación de honorarios con el Estado. Art.29 de la ley N° 2421.**

Al ser la pretensión del abogado recurrente la no aplicabilidad del art.29 de la Ley N° 2421, el art. 555 del CPC dispone que el efecto de la Sentencia dictada en una acción de inconstitucionalidad tendrá efecto para el caso concreto entre las partes. El profesional no cuestiono oportunamente la constitucionalidad del mencionado artículo por lo que mal podría beneficiarse con una acción promovida por otros profesionales.

CSJ, Sala Penal.16-03-10. “Reg. de Hon. Prof. De los Abogs. Julio Cesar Jiménez Alderete y Luis G. Puente en el expte caratulado: “Banco Sudameris Paraguay Saeca C/ Sub. Scría. de Estado De Tributacion del Ministerio De Hacienda” (A. I. N° 245)

Asunción, 16 de marzo de 2010.

VISTOS: Los Recursos de Apelación y Nulidad interpuestos por el abogado Fiscal Walter Canclini y el Recurso de Apelación planteado por el Abog. Basildes Gamarra Ortiz en contra del A.I. N° 41 de fecha 26 de marzo del 2008, dictado por el Tribunal de Cuentas 1ª Sala, y

CONSIDERANDO: Voto del Ministro Sindulfo Blanco: Que, en virtud del mencionado fallo el Tribunal de Cuentas, Primera Sala resolvió: “Regular los honorarios profesionales del Dr. Cesar Luis Puente C. dejándolos fijados en la suma de Guaranies ochocientos nueve millones novecientos nueve millones novecientos cincuenta y nueve mil doscientos cincuenta y tres (G. 809.959.253) más I.V.A. y al Dr. Julio Cesar Gimenez Alderete el importe correspondiente a cuatrocientos cuatro millones novecientos setenta y nueve mil seiscientos veintisiete guaranies (G. 404.979.627), más I.V.A., en sus respectivos caracteres de abogado patrocinante y procurador de la parte actora, en las dos últimas etapas del juicio caratulado: “Banco Sudameris Paraguay S.A.E.C.A. c/ Resolución sg/set n° 964 de fecha 25 de mayo de 2005, dict. por la Sub Secretaria de Estado de Tributación dependiente del Ministerio de Hacienda” (expte. n° 361, Folio 141, Año 2005), de conformidad con los fundamentos expresados en el exordio de la presente resolución. Regular de oficio los honorarios profesionales correspondientes al Dr. Basildes Gamarra Ortiz, por su actuación en el doble carácter de abogado Patrocinante y Procurador de la parte actora, en la primera etapa del mismo juicio ya individualizado en el punto anterior; dejándolos establecidos en la suma total de doscientos dos millones cuatrocientos ochenta y ocho mil trescientos catorce guaranies (G. 202.488.314) más I.V.A. conforme a los fundamentos del Considerando de esta resolución...”.

Recurso de Nulidad: El Abogado Fiscal, en su expresión de agravios desiste expresamente del Recurso de Nulidad planteado, por lo que se debe tener por desistido del mismo. Además, en la resolución recurrida no se observan vicios o defectos capaces de causar de oficio su nulidad, de acuerdo a las condiciones establecidas en los Artículos 113° y 404° del C.P.C.



Recurso de Apelación: Que, el Abogado Fiscal Walter Canclini se agravia en contra del anteriormente citado Interlocutorio, por los siguientes motivos: 1) señala que se opone al monto del asunto del Juicio sobre el cual determinó el A-quo la liquidación de la Regulación de los Honorarios, como también al porcentaje aplicado, puesto entiende que debió implementarse el mínimo establecido en el Artículo N° 32 de la Ley N° 1.376/88. 2) Aduce que, por el hecho de mutar el tipo de documento que reconoce el crédito del Contribuyente (de Nota de Crédito Tributario a Certificado de Crédito Tributario Endosable), no debería haber beneficiado a la inclusión como base, para la Regulación de los Honorarios Profesionales de su Contraparte. Añadió que, lo que debería de tomarse como provecho económico debió haber sido la ganancia obtenida por la venta de los Certificados de Crédito Tributario Endosables a otros Contribuyentes, preguntándose cuánto se ganó en la operación de compra-venta y cuánto es la renta obtenida. 3) Expone que la suma de Guaraníes Nueve mil setecientos diez y nueve millones quinientos once mil cuarenta (Gs. 9.719.511.040) – base tomada para la determinación de los Honorarios por el A-quo – es una cifra considerable, de mucho monto y que como máximo, se debió haber determinado sobre el porcentaje mínimo establecido en la ley; finaliza señalando que, una tasa mayor deviene infundada, arbitraria y lesiva para los intereses que representa.

En este sentido, básicamente el abogado fiscal se agravia en contra del Interlocutorio de marras, enfatizando que se opone a la cifra y al porcentaje sobre los cuales se determinó la Regulación de Honorarios Profesionales utilizados por los Magistrados del Tribunal de Cuentas, arguyendo que, es una suma considerable y de mucho monto. Deviniendo el resultado en una tasa mayor, como infundada, arbitraria y lesiva para los intereses que representa. Asimismo, argumentan que por el sólo hecho de cambiar (mutar) los Créditos Fiscales emitidos a favor del Contribuyente, de Notas de Créditos a Certificados de Créditos Tributarios Endosables, no deberían de haber sido considerados como: “Provecho Económico” y utilizado dicho guarismo como base para regular los Honorarios Profesionales y sobre el tema aduce que, habría que tomar en cuenta y valor es, “La ganancia o renta obtenida por la operación de compra-venta de los Créditos Fiscales de parte del Demandante Principal a otros Contribuyentes”.

Por su parte, el Abog. Basildes Gamarra Ortiz ha expresado agravios a tenor del escrito obrante a fs. 73/75 de autos. En ese sentido, sustancialmente

señala: “...*Excelencias: el punto divergente del fallo en alzada y que me inquietan, dice directa correspondencia, a ver cercenado el 50% de mis Honorarios, situándome estar comprendido en la previsión del Art. 29 de la Ley N° 2421/04 “De Reordenamiento Administrativo y Adecuación Fiscal”, a cuyos términos me remito brevitatis causa. Argumenta el Tribunal de Cuenta dicha decisión, no haber Inconstitucionalizado el Art. 29 de la normativa citada y que sin embargo los colegas Puente Cuellar y Jimenez Alderete, que me han sucedido en la prosecución hasta la finalización de la demanda, han sido beneficiados con la declaratoria de inconstitucionalidad de dicho art. 29 de la ley n° 2421/04, por Acuerdo y Sentencia n° 1021 del 23 de octubre del año 2007 (v.fs.27/28 y vuelta) razón por la que se acogieron a los preceptos de la ley n° 1376/88. séame permitido Excma. Corte, señalar que en la parte resolutive del Acuerdo y Sentencia N° 1021 del 23/x/07 se instaló su inconstitucionalidad en el presente caso” si dicha decisión se hizo extensiva a la demanda principal “Banco Sudameris Paraguay S.A.E.C.A. c/ Sub-Secretaria de Estado de Tributación”, ¿Cuál es el razonamiento para que siendo yo parte en dicho juicio se me tenga que excluir de ser amparado por la Ley de Aranceles?, no me queda duda de que conmigo se implantó una insensatez dañosa como Profesional de Derecho. La discriminación es a todas luces injusta y no cabe otra alternativa que, colocándonos los tres profesionales en un mismo pie de igualdad, nos sometamos a las disposiciones de la Ley 1376/88 o al Art. 29 de la Ley N° 2421/04, sería la solución equitativa...”.*

Estudiados, analizados y evaluados los cuestionamientos y respectivos alegatos interpuestos por los Apelantes, en contra del Interlocutorio en este Juicio, tenemos dos cuestiones básicas a resolver: 1.- Existencia o no de monto imponible a los efectos de la justipreciación de los honorarios profesionales y el Porcentaje aplicado por el A-quo, y 2.- Aplicabilidad o no del artículo 29 de la Ley N° 2421/04 con respecto a la actuación del Abog. Basilides Gamarra Ortiz.

En este orden de ideas, seguidamente pasamos a emitir nuestro colofón sobre los temas planteados, dejando constancia que la Litis de fondo del Juicio Principal fue tratada, analizada y juzgada por esta misma Sala de la Corte Suprema de Justicia, con fallo adverso para los intereses de la Administración Tributaria con las respectivas Costas a su cargo.

En lo que respecta al monto imponible determinado por el A-quo y al porcentaje considerado por el mismo, debemos mencionar que conforme consta en

los Autos Principales traídos a la vista, lo que debe ser abonado en Certificados de Créditos Tributarios Endosables, asciende a la suma de Guaraníes Nueve mil setecientos diez y nueve millones quinientos once mil cuarenta (Gs. 9.719.511.040), obrantes a fojas 19 de este Juicio, es el que versa sobre la cuantía final abonada por la perdidosa establecida en la Resolución Judicial pertinente. La eventual venta (transferencia) en que haya incurrido el Contribuyente de los Certificados de Créditos Tributarios Endosables, producto de la liquidación de pago final, no hace al fondo de la cuestión debatida, además dicha transacción está permitida por el Artículo 163° de la Ley N° 125/91, aparte de que la Demanda no ha arrimado a la presente causa, pruebas sobre el tema de sus dichos y en caso de haber formalizado la Cesión de sus Créditos Fiscales (el Contribuyente), dicha negociación hubiera ocasionado merma (pérdida) sobre el monto original percibido de la Administración Tributaria, por la sencilla razón de que al implementarse ese tipo de operaciones bursátiles siempre se realizan, contra un porcentaje de quita sobre el guarismo negociado en detrimento del propietario originario de los Créditos transferidos.

En este sentido, ha quedado fehacientemente demostrado en el Juicio Principal que el Accionante, Banco Sudameris Paraguay S.A.E.C.A. (hoy Sudameris Bank S.A.E.C.A.), tenía derecho no sólo a la Repetición de Pago del monto solicitado, sino también a que el mismo le sea devuelto en Certificados de Créditos Tributarios Endosables y que en caso de sobrepasar el plazo de devolución, de (60) sesenta días del Petitorio, le correspondía el cobro de Accesorios Legales (Intereses o Recargos y Multa) estipulados en las Leyes Tributarias vigentes y sus Decretos Reglamentarios (Artículos 217, 222, 223, 163 y 171 de la Ley N° 125/91 – Decretos Números 2062/04 y 6904/05 – Artículo 88° de la Ley N° 2421/04).

Así también, la Ley N° 1376/88, que legisla sobre Aranceles de Abogados y Procuradores, así como la Jurisprudencia y Legislación Comparada, se han exployado en distintas oportunidades que para determinar la valía en la Regulación de los Estipendios Profesionales no corresponde tomar como pauta determinante, solamente el monto de la condena pecuniaria (Art. 26° - Ley N° 1376/88), sino evaluar, analizar y compatibilizar con los demás articulados de la Legislación Vigente (Artículos 21°, 32° y 63° de la Ley 1376/88). En especial, la Doctrina no implanta una escala en el orden de aplicación por preeminencia o importancia entre una u otra pauta legal, lo que sí en forma unánime expresa

la necesidad que al calificar la cantidad o suma de los Honorarios Profesionales, la misma guarde relación con los montos dirimidos en Juicio y que en ningún caso se denote desproporción de cualquier naturaleza (Artículos 26° - inc. a) y 32° - Ley N° 1376/88).

Es dable considerar igualmente, que la Accionada, tanto al formular la contestación de la Demanda como al ofrecer pruebas y solicitar Pericia Contable, ha derivado en cuestiones y fundamentaciones anodinas, que no hacían a los asuntos o materias debatidas en la causa de Repetición de Pago Indebido de Impuestos (o en Exceso). A todas luces ha quedado demostrado por las actuaciones procesales, tanto en el Fuero de la Administración Tributaria como en el Contencioso-Administrativo, que la intención fue una trama, de manera a distraer el estudio de los derechos en pugna sometidos a la esfera judicial, ocasionando extensos procedimientos en las jurisdicciones antes citadas, entendemos que sólo con el mero objeto de dilatar el cobro de los derechos del Contribuyente, trasladando para ejercicios fiscales posteriores los mismos o por el remanido y absurdo “Criterio Fiscalista”, existente en ciertos funcionarios detentadores del poder dentro de la Administración Tributaria. Este tipo de actuaciones han determinado que, el Tribunal de Cuentas – 1ª Sala, haya establecido en el Acuerdo y Sentencia N° 76/06, en su apartado tercero, el hecho de oficiar a la Contraloría General de la Nación y al Procurador de la República, una vez firmes y ejecutoriados los autos del Principal, para que inicien las acciones de Repetición de Pago pertinentes, contra los responsables del Acto Administrativo revocado, por los perjuicios que llegaren a ocasionar al Estado Paraguayo; criterio con el cual hemos compartido en unanimidad esta Sala de la Corte Suprema de Justicia, en la ratificación de dicho Fallo según Acuerdo y Sentencia N° 526 del 25/06/07.

También es de relevancia traer a colación que los Abogados Fiscales, después de haber sido notificados en tiempo y forma el Acuerdo y Sentencia N° 526 del 25.06.07. (Sala Penal - C.S.J.) y habiendo quedado firme en 02.07.07 la citada Resolución a las nueve horas de la mañana, siendo las diez horas y diez minutos, en Representación de su Mandante interponen un Recurso de Aclaratoria, quedando el mismo rechazado por extemporáneo de conformidad al Acuerdo y Sentencia N° 601/07 de esta Sala.

No puede dejar de ser considerando además, que la cuestión sometida a estudio en los estrados judiciales es un tema vinculado al ámbito tributario, relativo a una empresa extranjera que opera en la actividad financiera; la mis-

ma ha tenido transcendencia no sólo desde el punto de vista jurídico, sino por tener otras concomitancias, como ser: el respeto que le da el Estado Paraguayo, al equilibrio existente entre los distintos Poderes legítimamente constituidos, al emitir el Poder Judicial sus fallos en concordancia con la Constitución y las Leyes del Derecho Positivo vigente, en contra de Actos Administrativos librados por el Fisco, beneficiando por ende en forma preponderante este tipo de fallos forenses, la imagen de Seguridad Jurídica reinante para los casos judiciales sometidos a dilucidación en los fueros tribunalicios, entre el Sector Público y el Privado. En este sentido, el artículo 21 de la Ley N° 1376/88 de la Ley de Honorarios de Abogados y Procuradores en sus incisos b.- (*El valor y calidad jurídica de la labor profesional*) y c.- (*La complejidad e importancia de las cuestiones planteadas*) complementa la disposición referente al “monto del asunto”, ya que como es sabido, el monto del pleito no es el único elemento a considerar a los fines de una regulación justa, sino también lo son la complejidad del asunto, el mérito y extensión de la labor profesional, su resultado y las modalidades de la causa. La conjunción de todos esos factores ha de permitir fijar la debida retribución, esto es así, por cuanto corresponde ser equitativo con las retribuciones de los profesionales que han intervenido en los juicios, preservando por ellos el principio de dignidad en el desempeño de la profesión.

Al ser la pretensión del abogado recurrente la no aplicabilidad de la referida norma, no puede dejar de considerarse que el Art. 555 del Código Procesal Civil, dispone en forma precisa que el *efecto de la sentencia dictada en una acción de inconstitucionalidad sólo tendrá efecto para el caso concreto y que en lo sucesivo al favorecido por la declaración no será aplicada la norma jurídica de que se trate*. La norma es bien clara al enunciar que la consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad es que resulta inaplicable la ley o norma de que se trata al caso concreto y en fallo que solamente tendrá efecto entre las partes.

En el caso de autos, y tal como lo manifestara el A-quo, el abogado Gamarra Ortiz no ha cuestionado la constitucionalidad del art. 29 de la Ley N° 2421/04, por lo que mal podría beneficiarse con una acción promovida por otros profesionales contra la mencionada normativa. Si bien es cierto, se trata del mismo juicio y de las mismas pautas objetivas, no es menos cierto que, la justipreciación de los trabajos profesionales se realiza en forma personal, considerando además –en los casos como el de autos– el cuestionamiento o no de la normativa

referente a los honorarios profesionales, en este caso, el cuestionamiento al artículo 29 de la Ley N° 2421/04, como sí lo hicieron los abogados Puente Cuellar y Giménez Alderete, por lo que, por las razones precedentes, la apelación del Abog. Basilides Gamarra no puede prosperar.

Consecuentemente, reflexionando sobre las pautas y hechos expuestos precedentemente, atendiendo a la naturaleza del asunto, el éxito obtenido, la calidad jurídica del trabajo profesional desarrollando y la trascendencia del Fallo Judicial, habiendo sido determinado claramente el valor de la condena pecuniaria, estimamos de estricta justicia: Confirmar el monto de Guaraníes Doscientos dos millones cuatrocientos ochenta y ocho mil trescientos catorce (G. 202.488.314) más IVA para el abogado Basilides Gamarra. Es mi Voto.

A su turno, la ministra Alicia Pucheta de Correa dijo: Me adhiero al voto del ilustre colega que antecede, en los criterios sustentados para confirmar el monto tomado por el Tribunal como base para la justipreciación de los honorarios del Abog. Basilides Gamarra, así como en la aplicabilidad del Art.29 de la Ley 2421/04 al presente caso.

Disiento en el cálculo y porcentaje utilizado, para justipreciar los honorarios recurridos por las razones que paso a exponer. El valor pecuniario del juicio es de G. 9.719.511.040 y dada la aplicabilidad del Art. 29 de la Ley 2421/04, que manda justipreciar los honorarios en no mas del 50% del mínimo legal cuando el Estado deba pagar las costas, considerando que el profesional actuó en su doble carácter debemos tomar el 3,75 (2,5 patrocinante + 1,25 procurador) del citado monto que da G. 340.182.886. Finalmente, teniendo en cuenta que el Abog. Gamarra actuó solo en la primera etapa del juicio, se toma 1/3 de dicha suma, arrojando un monto final de G.113.394.295 (Guaraníes Ciento Trece millones trescientos noventa y cuatro mil doscientos noventa y cinco).

De conformidad a lo expuesto en los parágrafos precedente y la aplicabilidad de los Artículos 21, 25, 32, 27 inc. B) y concordantes de la Ley 1376/88 y el 29 de la Ley 2421/04, corresponde modificar el monto justipreciado por el Tribunal para los honorarios del Abog. Basilides Gamarra en G.202.488.314 (Guaraníes Doscientos dos millones cuatrocientos ochenta y ocho mil trescientos catorce), dejandolos en G. 113.394.295 (Guaranies ciento trece millones trescientos noventa y cuatro mil doscientos noventa y cinco). Es mi Voto.

A su turno, El ministro Miguel Oscar Bajac dijo: Me adhiero al voto del ilustre colega preopinante, Dr. Sindulfo Blanco, por los mismos fundamentos. Es mi voto.

Por tanto la, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal,

RESUELVE: 1. Tener por desistido de los Recursos de Nulidad planteado por el Abog. Walter Canclini, por los motivos esbozados en el exordio del presente fallo. 2. No Hacer Lugar al Recurso de Apelación planteado por el Abog. Walter Canclini, por los motivos esbozados en el exordio del presente fallo. 3. No Hacer Lugar al recurso de apelación planteado por el abogado Basilides Gamarra Ortiz, por los fundamentos expuestos en el considerando de la presente resolución. 4. Confirmar el fallo cuestionado, dejando establecidos los honorarios del abogado Basilides Gamarra Ortiz en la suma de Guaraníes Doscientos dos millones cuatrocientos ochenta y ocho mil trescientos catorce (G. 202.488.314) mas IVA. Anotar, registrar.

Ministros: Alicia Pucheta De Correa, Sindulfo Blanco, Miguel Oscar Bajac Albertini.

Ante mí: Hector Fabián Escobar Díaz, Secretario Judicial.

\* \* \*

#### **AUTO INTERLOCUTORIO N°1340**

*Cuestión debatida: se pretende obtener por vía de la acción contenciosa administrativa, una medida cautelar a los efectos de suspender una Resolución administrativa dictada por el Poder Ejecutivo.*

#### **DERECHO ADMINISTRATIVO. ACTO ADMINISTRATIVO.**

Al tratar el tema de la *suspensión de los actos administrativos*, debemos partir del principio comúnmente admitido en el Derecho Administrativo, que el acto del Poder Público causa ejecutoria una vez producido, aunque no esté consentido por el particular a quien afecta. Esta cualidad de imponerse que acompaña al acto administrativo, es el que le da eficacia ejecutiva.

#### **ACTO ADMINISTRATIVO.**

Ante la presunción de que el acto administrativo es legítimo, la razonabilidad del mismo y el riesgo de emitir pre opinión, con el dictado de la cautela, corresponde entonces no suspender sus efectos mientras se discute su legalidad.

#### **MEDIDAS CAUTELARES. Oportunidad para dictar medidas cautelares.**

El hecho de que esta Sala de la Corte se haya visto constreñida a emitir opinión sobre un punto relacionado con la materia controvertida, a fin de decidir

sobre la admisión o rechazo de la medida cautelar solicitada, no configura prejuzgamiento sobre el fondo de la cuestión.

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

No encontrándose cumplidos todos los requisitos establecidos en el artículo 693 del Código Procesal Civil, se concluye que no corresponde sea concedida la medida cautelar solicitada.

**MEDIDAS CAUTELARES. Oportunidad para dictar medidas cautelares.**

En el caso que nos ocupa no se vislumbran los presupuestos del art. 693 CPC. En efecto, se impugnan actos administrativos que autorizan el pago de suma de dinero al accionante en concepto de “Haber de Retiro”, por no estar él conforme con la liquidación. Así, en el sub-examine no se discutió la validez de los actos administrativos, ni su legitimidad o eficacia, únicamente se alegó el error al momento del cálculo de los “Haber de Retiro”. Es decir, se sostuvo que en el monto autorizado debe ser mayor. Teniendo en primacía el objeto del juicio, resulta a todas luces extemporánea la concesión de Medida Cautelar con los alcances solicitados.

**MEDIDAS CAUTELARES. Oportunidad para dictar medidas cautelares.**

No pueden otorgarse las Medidas Cautelares para obtener extemporáneamente anticipo del objeto de la demanda por evitar la duración del proceso. En conclusión, no se hallan reunidos presupuestos esenciales para el otorgamiento de la Medida Cautelar pretendida.

CSJ, Sala Penal.24-09-10. “Pedro Alejo Robadin Ruiz Díaz c/ Decreto N° 392 del 02/10/2008 dictado por el Poder Ejecutivo y la Resolución N° 2.420 del 03/10/2008 dictado por el Ministerio de Hacienda” (A. I. N° 1340)

Asunción, 24 de setiembre del 2.010.-

Y VISTOS: Los Recursos de Apelación y Nulidad interpuestos por la Parte demandada, Abog. Osvaldo Caballero Bejarano, Procurador Delegado de la Procuraduría General de la República, contra el A.I. N° 449, de fecha 31 de Octubre del 2008, dictado por el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, y;

CONSIDERANDO: Opinión del Ministro Sindulfo Blanco: Que, el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, por medio del mencionado Auto Interlocutorio,



resolvió: “1. Hacer Lugar a la medida cautelar solicitada en estos autos por la parte actora, y en consecuencia, 2. Disponer la suspensión provisoria de los efectos del Decreto N° 392 del 02/10/2008 dictado por el Poder Ejecutivo y la Resolución N° 2.420 del 03/10/2008 dictado por el Ministerio de Hacienda, 3. Disponer que la parte actora preste caución personal, en acta y bajo constancia de secretaria, 4. Imponer, las costas en el orden causado, 5. Anotar, registrar y remitir copia a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia”.

Recurso de Nulidad: El recurrente ha desistido expresa y llanamente de dicho recurso. Por otro lado, no se observan en la resolución recurrida, vicios o defectos que ameriten la declaración de oficio de su nulidad en los términos autorizados por los artículos 113 y 404 del Código Procesal Civil. Corresponde en consecuencia, desestimar este recurso.

Recurso de Apelación: El Representante de la Procuraduría General de la República expreso agravios a fs. 139/141 de autos, manifestando cuanto sigue: “... el Tribunal de Cuentas no consideró, los fundamentos expuestos por mi parte y que el otorgamiento de la medida cautelar en el caso de autos pretende la suspensión del acto administrativo *que ha culminado en sus efectos con la percepción efectiva de los haberes atrasados por parte del recurrente (...)* el otorgamiento de la medida cautelar presenta la posibilidad cierta de prejuzgamiento respecto al fondo de la cuestión (...) el acto administrativo recurrido se ajusta plenamente a derecho y reúne los requisitos de validez porque: ha sido dictado en base a las prescripciones establecidas en el código civil, en cumplimiento efectivo de los presupuestos legales necesarios para la validez del acto administrativo, ha sido dictado por el órgano competente, el Poder Ejecutivo y se halla suficientemente motivado...”, motivos por los cuales concluye solicitando la revocación del auto interlocutorio recurrido

Al momento de contestar el traslado que le fuere corrido, la adversa a fs. 145/146 expreso que: “... ante tan escueta presentación de la demandada, que no contiene en lo más mínimo los requisitos establecidos en la legislación vigente que habla de la procedencia del recurso de apelación (...) no encontramos en modo alguno cual es el perjuicio que ocasiona a la adversa la medida cautelar concedida, ni siquiera las costas le fueron impuestas, por tanto, ni siquiera valga la reiteración- existe un perjuicio económico para el Estado”. Solicita, finalmente que se declaren desiertos los recursos interpuestos y en consecuencia, se confirme la resolución recurrida, con costas.

En autos, se pretende obtener por vía de la acción contencioso-administrativa, una medida cautelar a los efectos de suspender una Resolución administrativa dictada por el Poder Ejecutivo.

Que, al tratar el tema de la *suspensión de los actos administrativos*, debemos partir del principio comúnmente admitido en el Derecho Administrativo, que el acto del Poder Público causa ejecutoria una vez producido, aunque no esté consentido por el particular a quien afecta. Esta cualidad de imponerse que acompaña al acto administrativo, es el que le da eficacia ejecutiva. La interposición de un recurso contencioso-administrativo, normalmente no suspende la ejecución de la resolución administrativa combatida, salvo, que la resolución sea primera facie nula por incompetencias o violación manifiesta de la ley, o cuando su ejecución pueda producir un grave daño irreparable, o por último, cuando en sí la resolución es prima facie ilegal. (Ver Manuel J. Argañarás, “Tratado de lo Contencioso-Administrativo”, págs. 245/6).

Teniendo en cuenta el marco doctrinario establecido en el párrafo anterior, la misma debe ser interpretada de manera conjunta con el artículo 693 del Código Procesal Civil, legislación aplicable en concordancia con lo establecido en el artículo 5° de la Ley 1.492/35, ya que la mencionada norma establece los presupuestos genéricos que se deben cumplir para la viabilidad de las medidas cautelares.

Así las cosas, el artículo 693 del CPC establece: “Quien solicite una medida cautelar deberá, según la naturaleza de ella; a) acreditar prima facie la verosimilitud del derecho que invoca, b) acreditar el peligro de pérdida o frustración de su derecho o la urgencia de la adopción de la medida, según las circunstancias del caso y c) otorgar contracautela para responder de todas las costas y de los daños y perjuicios que pudiere ocasionar si la hubiese pedido sin derecho, salvo aquellos casos en que no se la requiera por la naturaleza de la medida solicitada”.

Ahora debemos preguntarnos si en el caso sub-exámene se dan algunos de los supuestos referidos precedentemente. De un análisis del acto administrativo impugnado se colige que las razones argüidas por el Tribunal de Cuentas para hacer lugar a la medida cautelar solicitada, suspendiendo provisoriamente los efectos del Decreto 392 y la Resolución 2420, dictados por el Poder Ejecutivo, no encuentran sustento en las constancias de la presente causa. Menos aún, se dan los presupuestos doctrinarios y legales para que la medida cautelar petitionada pueda haber tenido una acogida favorable.

Al respecto debemos señalar que a prima facie la parte actora no acreditó suficientemente la verosimilitud del derecho invocado, ya que en el caso en estudio el objeto de la medida cautelar resultaría un adelanto a las resultas de la cuestión de fondo. Asimismo, el actor no ha demostrado que el órgano del cual emana la resolución atacada sea incompetente para dictarla, o que la misma sea manifiestamente ilegal. En cuanto al peligro de pérdida del derecho o la urgencia en la adopción de la medida, la actora no expuso de manera fehaciente cual es el peligro de pérdida o de frustración de su derecho.

Ni ha intentado demostrar el peligro o el potencial daño que resulte posteriormente irresarcible, atendiendo a que la parte contradictoria es el Estado paraguayo, sin que ello implique privilegio alguno a favor del ente, sino que implica sobrada solvencia a los efectos jurídicos resarcitorios ante un eventual resultado favorable a la parte actora sobre el fondo de la cuestión principal. En cuanto a la prestación de contracautela, tercer requisito para el otorgamiento de medidas cautelares, la actora tampoco cumplió en forma suficiente la exigencia legal, ya que ofrece caución personal, pero sin justificar los bienes con los cuales respondería ante la eventual improcedencia del pedido.

En conclusión: ante la presunción de que el acto administrativo es legítimo, la razonabilidad del mismo y el riesgo de emitir pre opinión, con el dictado de la cautela, corresponde entonces no suspender sus efectos mientras se discute su legalidad. Finalmente, de prosperar la medida pretendida en la condición arriba apuntada, podría implicar adelantamiento en la respuesta al problema de fondo, lo que resultaría extemporánea, dado el estado procesal alcanzado en el proceso principal, al momento de la resolución de la medida cautelar. Para culminar, cabe hacer la aclaración, de que el hecho de que esta Sala de la Corte se haya visto constreñida a emitir opinión sobre un punto relacionado con la materia controvertida, a fin de decidir sobre la admisión o rechazo de la medida cautelar solicitada, no configura prejuzgamiento sobre el fondo de la cuestión. Así lo señala la calificada doctrina extranjera expuesta por Roland Arazi, en su obra “Medidas Cautelares”, pág. 16).

Que, en base a las consideraciones hechas precedentemente, y no encontrándose cumplidos todos los requisitos establecidos en el artículo 693 del Código Procesal Civil, se concluye que no corresponde sea concedida la medida cautelar solicitada y en consecuencia corresponde REVOCAR en todos sus puntos, el A.I. N° 449 del 32 de octubre del 2008 dictado por el Tribunal de Cuentas, Segunda sala.

En cuanto a las costas, las mismas deben ser impuestas en el orden causado, teniendo en cuenta la razón probable que asistió al actor para requerir la medida de urgencia, en virtud a lo establecido en el artículo 193 del Código Procesal Civil. Es mi Voto.

A su turno, opinión del Ministro Cesar A. Garay Z. En cuanto al Recurso de Nulidad: El recurrente desistió expresamente. Por lo demás, no se hallan vicios o defectos que hagan viable la anulación de oficio del fallo impugnado. Se tendrá por desistido del Recurso interpuesto.

En cuanto al Recurso de Apelación: El Procurador delegado de la Procuraduría General de la República, Osvaldo Caballero Bejarano, interpuso Recurso de Apelación contra el A.I. N° 449, con fecha 31 de octubre del 2008, que dictó el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala.

Por el citado Fallo se resolvió: “1. Hacer lugar, a la medida cautelar solicitada en estos autos por la parte actora, y en consecuencia, 2. disponer, la suspensión provisoria de los efectos del Decreto N° 392 de fecha 2 de octubre de 2008, dictado por el Poder Ejecutivo y de la Resolución N° 2420 de fecha 3 de octubre de 2008, dictada por el Ministerio de Hacienda, hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo, de conformidad y con los alcances señalados en el considerando de la presente resolución....”.

El artículo 693 del Código Procesal Civil reza: “Presupuestos genéricos de las medidas cautelares. Quien solicite una medida cautelar deberá, según la naturaleza de ella: a) acreditar prima facie la verosimilitud del derecho que invoca; b) acreditar el peligro de pérdida o frustración de su derecho o la urgencia de la adopción de la medida según las circunstancias del caso; y c) otorgar contra cautela para responder de todas las costas y de los daños y perjuicios que ocasionar si la hubiese pedido sin derecho, salvo aquellos casos en que no se la requiera por la naturaleza de la medida solicitada”.

Los presupuestos señalados deben concurrir para que pueda concederse la Medida Cautelar, siempre que el caso lo permita, pues de lo contrario, deviene inviable.

“En primer lugar, por consiguiente, el otorgamiento de una medida cautelar no requiere la prueba terminante y plena del derecho invocado, porque si así fuese podría ocurrir que, ínterin, se consumasen los hechos que precisamente tiende a impedir. Basta, por consiguiente, la simple apariencia o verosimilitud del derecho (fimis boni inris), a cuyo efecto el procedimiento probatorio es

meramente informativo y sin intervención de la persona contra la cual se pide la medida. Además, toda medida cautelar se halla condicionada a la circunstancia de que exista un peligro en la demora (*periclitum in mora*), es decir, a la posibilidad de que, en caso de no adoptarse, sobrevenga un perjuicio o daño inminente que transformará en tardío el eventual reconocimiento del derecho invocado como fundamento de la pretensión. Corresponde destacar, asimismo, que en ese riesgo reside el interés procesal que respalda a toda pretensión cautelar. Por otra parte, no siempre es necesario que el peticionario de la medida acredite *prima facie* la existencia de peligro en la demora, pues median situaciones en las que éste se presume por las circunstancias del caso. Tal lo que ocurre, v.gr., con relación al embargo preventivo, en el supuesto en que la verosimilitud del derecho alegado surge de la confesión o admisión de hechos, o cuando el peticionario hubiese obtenido sentencia favorable, aunque estuviere recurrida (CPN, art. 212, incs. 2º y 3º). Finalmente, constituye presupuesto de las medidas cautelares que recaigan sobre bienes, el previo otorgamiento, por su beneficiario, de una caución que asegure a la otra parte el resarcimiento de los daños que aquéllas pueden ocasionarle en la hipótesis de haber sido pedidas indebidamente. La *contra cautela*, por consiguiente, en tanto asegure al destinatario de la medida la efectividad del resarcimiento de los posibles daños, concreta en cierto modo la igualdad de las partes en el proceso, pues viene a contrarrestar la falta de contradicción inicial que caracteriza al proceso cautelar” (Lino Enrique Palacio, *Manual de Derecho Procesal Civil*. Abeledo-Perrot, 2003, Buenos Aires, p. 772).

En el caso que nos ocupa no se vislumbran los presupuestos indicados. En efecto, se impugnan actos administrativos que autorizan el pago de suma de dinero al accionante en concepto de “Haber de Retiro”, por no estar él conforme con la liquidación. Así, en el sub-exámine no se discutió la validez de los actos administrativos, ni su legitimidad o eficacia. Únicamente se alegó el error al momento del cálculo de los “Haber de Retiro”. Es decir, se sostuvo que en el monto autorizado debe ser mayor.

Teniendo en primacía el objeto del juicio, resulta a todas luces extemporánea la concesión de Medida Cautelar con los alcances solicitados.

En efecto, disponer el pago de “Haber por Retiro” en base de la liquidación del accionante, en este estadio procesal, resultaría a todas luces adelantamiento impropio al resultado del juicio.

Tampoco se ameritó que disponer el pago en la etapa inicial del proceso evitaría perjuicio irreparable al accionante. Ciertamente, no se vislumbra el daño irreparable que sufriría el accionante si se le abona inicialmente suma de dinero inferior a la pretendida por él. Además, debemos recordar que se discuten Liquidaciones en más o menos, que como es bien sabido son siempre resultados con intervención de los afectados, irrestrictamente.

No se puede sostener con verosimilitud tampoco la frustración o pérdida del derecho, ya que cuando que se le abone cantidad de dinero no hará desaparecer ni desvanecer eventuales Derechos que pudieran surgir del caso bajo análisis, pudiendo recurrir el peticionante en el caso de no hallarse conforme.

El lapso de duración del Juicio no tornará imposible el cumplimiento de la Sentencia, ya que en el eventual caso que le sea favorable, simplemente se ordenará el pago de la diferencia. En lo que hace a ese reclamo cabe puntualizar que esta Magistratura se halla por completo exenta de la situación cronológica, razonable y legalmente, por cierto.

“Es condición general para la producción de una medida provisional, como hemos visto, el temor de daño jurídico o sea la inminencia de un daño posible a un derecho o a un posible derecho. a) Acerca de la posibilidad del daño, debe examinar el juez: si las circunstancias de hecho dan serio motivo para temer el hecho dañoso; si el hecho es urgente y por lo mismo es necesario proveer en vía provisional; cual sea la mejor manera de proveer. Por lo demás esta condición genérica se determina mejor ante cada medida provisional. b) Acerca de la posibilidad del derecho, la urgencia no permite sino un examen evidentemente superficial (*summaria cognitio*), pero también respecto de esta condición varían los casos particulares: a veces la resolución se toma precisamente porque un derecho es discutido entre dos y por lo mismo no es necesario determinar a quien corresponde (como en el embargo judicial en pleito pendiente): a veces la pertenencia del derecho fue ya declarada en el fondo y prevalece el examen del primer extremo (como en la ejecución provisional)” (José Chiovenda, *Principios de Derecho Procesal Civil*, Editorial Reus, Madrid, p. 263).

No pueden otorgarse las Medidas Cautelares para obtener extemporáneamente anticipo del objeto de la demanda por evitar la duración del proceso. En conclusión, no se hallan reunidos presupuestos esenciales para el otorgamiento de la Medida Cautelar pretendida.

Por las motivaciones pergeñadas, en estricto Derecho el fallo apelado será

Revocado, con imposición de Costas en el orden causado al haber razón probable para litigar, en observancia de los Artículos 193 y 205 del Código Procesal Civil

A su turno, el ministro Miguel O. Bajac A. manifiesta que se adhiere a los votos que anteceden por sus mismos fundamentos.

**RESUELVE:** Tener por desistido el Recurso de nulidad. Hacer lugar al Recurso de Apelación interpuesto por el Abog. Osvaldo Caballero Bejarano, Procurador Delegado de la Procuraduría General de la República. Revocar el A.I. N° 449, de fecha 31 de Octubre del 2.008, dictado por el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, por los fundamentos expuestos en el exordio. Imponer las Costas en el orden causado. Anotar, Registrar, Notificar.

Ministros: Sindulfo Blanco, Cesar Garay Zuccolillo, Miguel O. Bajac.

Ante mí: Karinna Penoni de Bellasai, Actuaría.

\* \* \*

### **ACUERDO Y SENTENCIA N° 98**

**ACCIÓN. Acción Penal. Extinción de la Acción por reparación integral del daño.**

Para que proceda la extinción debe estarse ante la investigación de un hecho punible contra “los bienes de las personas”, considerado un hecho punible culposo.

**ACCIÓN. Acción Penal. Extinción de la Acción por reparación integral del daño.**

La “reparación integral” debe verificarse antes del juicio y por ultimo deben ser convocadas en un acto de conciliación. De llegar a un acuerdo conciliatorio, este debe ser homologado por el juez de la causa.

CSJ, Sala Penal.29-03-10. “Recurso extraordinario de Casación interpuesto por la Fiscal Adjunta Abog. María Soledad Machuca en la causa Silvestre Luis Cardozo Escobar s/Lesión de confianza y Estafa en Villarrica” (Ac. y Sent. N° 98).

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

**CUESTIONES:**

¿Es admisible el recurso extraordinario de casación presentado?.

En su caso, ¿resulta procedente?

A los efectos de determinar el orden para la emisión de las opiniones, se realizó un sorteo que arrojó el siguiente resultado: Sindulfo Blanco, Alicia Pucheta de Correa y José Raúl Torres Kirmser.

A la primera cuestión planteada, el doctor Sindulfo Blanco dijo: En el proceso en estudio, el Juez Penal de Garantías de Villarrica, Abog. Bienvenido González Enrique, dictó el A.I. N° 287 del 08 de mayo de 2008 (ver foja 85 del expte. principal), por el cual dispuso el sobreseimiento provisional del imputado Silvestre Luis Cardozo, al tiempo de establecer los elementos de convicción que el Ministerio Público esperaba incorporar.

La Defensa técnica del procesado, a cargo del Abog. Hugo César Figari Penayo, con patrocinio del Abog. Hugo César Figari Appleyard, interpuso recurso de apelación general (ver foja 87 del expediente principal) que fue acogido en la instancia de alzada. En efecto, por A.I. N° 220 del 11 de julio de 2008, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y Penal de la Circunscripción Judicial de Guairá modificó el auto del A-quo, y en tal sentido dispuso sobreseer de manera definitiva al imputado (ver foja 1 del expte. de casación).

En el término de diez días de notificada, la Fiscal Adjunta, Abog. María Soledad Machuca, interpuso ante la Corte recurso extraordinario de casación contra el decisorio de alzada, invocando como motivo el artículo 478 inciso 3) del Código Procesal Penal (CPP), identificando al auto de alzada como “manifiestamente infundado”, al resultar haber incurrido el Ad-quem en un error in procedendo, que precisamente habilitaba la vía casatoria consagrada en la ley de forma. Expuso a continuación los argumentos que hacían a sus agravios y solicitó finalmente que se declare la nulidad del auto interlocutorio recurrido, confirmando el fallo de Primera Instancia. Corrido traslado del recurso, contestó la Defensa técnica, con argumentos relativos al rechazo del recurso.

En cuanto a la admisibilidad, la resolución recurrida es objetivamente impugnabile, pues pone fin al proceso penal, de conformidad al artículo 477 del CPP. Con relación a la impugnabilidad subjetiva, recurrió la parte titular de la acción penal pública, dentro del término legal, con exposición clara y sintética de los argumentos de hecho y de derecho que hacen a sus agravios. En consecuencia, debe estarse por la admisión del recurso. Es Mi voto.

A sus turnos, los doctores Alicia Pucheta de Correa y José Raúl Torres Kirmser manifestaron su adhesión al voto precedente por sus mismos fundamentos.



A la segunda cuestión planteada, el doctor Sindulfo Blanco prosiguió diciendo: Al fundamentar la procedencia del sobreseimiento definitivo del encausado, el Tribunal de Apelación dijo, por unanimidad, que correspondía tal acto conclusivo en virtud del acuerdo que había alcanzado el procesado con el Banco Continental S.A.E.C.A., víctima del hecho que se estaba investigando, por lo que en virtud del artículo 25 inciso 10 del CPP, la acción penal resultaba extinguida, tratándose el hecho acaecido de cuestiones relativas al patrimonio o bienes de las personas. Textualmente, el precepto citado dice: “La acción penal se extinguirá: ... 10) en los hechos punibles contra los bienes de las personas o en los hechos punibles culposos por la reparación integral del daño particular o social causado, realizada antes del juicio, siempre que lo admita la víctima o el Ministerio Público, según el caso...”.

Silvestre Cardozo había sido imputado por hechos punibles contra el patrimonio (arts. 187 y 192 del Código Penal) que permitían, según el análisis del A quo, el acuerdo respaldatorio que en el caso, fue formalizado en sendas escrituras públicas, todo ello por disposición a su vez del artículo 359 inciso 3) del CPP, que dice: “corresponderá el sobreseimiento definitivo: ...3) por extinción de la acción penal”.

La Fiscal Adjunta, al recurrir en casación, dijo que el fallo de segunda instancia resultaba ilegítimo debido a que en realidad, no se había extinguido la acción penal. Al dar detalles de su punto de vista, dijo que no se daban los presupuestos exigidos legalmente para la aplicación de la extinción de la acción penal por la reparación integral del daño. Al respecto, explicó que para la aplicación de la normativa del artículo 25 inciso 10 del CPP, el órgano jurisdiccional debió recurrir, necesariamente, a lo dispuesto en el artículo 311 del CPP, que establece: “conciliación: en los casos en que este código o las leyes especiales autoricen la extinción de la acción penal por reparación del daño, el Ministerio Público podrá solicitar que se convoque a una audiencia de conciliación. El juez convocará a una audiencia a las partes dentro de los cinco días y, en su caso, homologará los acuerdos y declarará extinguida la acción penal”. Dijo que sólo se hallaba reunida la primera condición, que era la referida a la calificación legal, pues la imputación de “lesión de confianza y estafa” se enmarcaba dentro de lo que se conocía como “hechos punibles contra los bienes de las personas”. Pero, dijo que en lo esencial los demás requisitos no se cumplieron.

Por su parte, al contestar la defensa técnica el recurso, dijo que lo que debió hacer el Banco Continental era demandar a su principal por reconocimiento de

deuda y no convertir una situación de naturaleza civil en una acción penal, cuya denuncia fue presentada con posterioridad a los acuerdos celebrados. Dijo además que el error de penalizar la cuestión no es responsabilidad del Ministerio Público, sino consecuencia de un desconocimiento supino y grave de la ley, o mala fe, por parte del Representante y abogado del Banco.

El análisis de la cuestión planteada pasa por dilucidar si en el caso se hallan o no reunidos los requisitos establecidos para valorar de manera jurídicamente procedente, el acto conclusivo de sobreseimiento definitivo del encausado Silvestre Cardozo Escobar, habida cuenta que se invocó su procedencia como resultado de la “extinción de la acción penal”, la que supuestamente sobrevino como resultado de “la reparación integral del daño”.

A tenor de lo dispuesto en el inciso 10 del artículo 25 del CPP, y en el artículo 311 del CPP, puede advertirse la existencia de diversas condiciones para evaluar la extinción de la acción penal por reparación integral del daño causado por el hecho punible. En primer lugar, debe estarse ante la investigación de un hecho punible contra “los bienes de las personas”, o considerado por otra parte un hecho punible “culposo”. En segundo lugar, la “reparación integral” debe verificarse antes del juicio. En tercer lugar, las partes deben ser convocadas a un acto de conciliación. En cuarto lugar, si las partes llegaran a un acuerdo conciliatorio, éste debe ser homologado ante el juez de la causa.

A la luz de lo expuesto, salvo la adecuación de los hechos imputados al procesado (lesión de confianza y estafa) al requisito típico previsto en el inciso 10 del artículo 25 del CPP, no surge el cumplimiento de los demás requisitos de conciliación y homologación de un eventual acuerdo en ese sentido, ante el juez de la causa. El acuerdo respaldatorio aludido por el Tribunal de Alzada y por la Defensa técnica no fue llevado a cabo dentro de un proceso penal. Como bien lo anticipaba la Fiscal Adjunta, es el Ministerio Público, como titular de la acción penal pública, el que debe promover la conciliación entre la víctima (el Banco Continental) y el supuesto victimario; presupuesto no cumplido en autos.

Puede centrar también la tención, en este aspecto del debate, que la denuncia penal haya sido realizada el doce de septiembre de 2007, en fecha posterior a la escrituración de los acuerdos entre el encausado y la víctima, tal como lo resaltó la Defensa técnica. Los citados Acuerdos constan en las escrituras N° 175, 174 y sin número, obrantes a fojas 6, 10 y 13 de autos respectivamente, que datan del 07 de septiembre del año 2007. Pero es el Ministerio Público el órgano

que ejerce la acción penal pública (artículo 14 del CPP). Siempre que valore suficientes indicios fácticos, está obligado a promover la acción penal pública (artículo 18 del CPP), debiendo regir su actuación con un criterio objetivo, velando por la correcta aplicación de la ley y tomando los elementos de cargo y de descargo en relación al imputado (artículo 54 del CPP). De todo ello, resulta que tal apreciación formulada por la defensa podrá ser valorada o no por el Ministerio Público, si concurrieran los méritos para ello, en otro estadio procesal, que escapa al objeto de este pronunciamiento específico. Por lo demás, no debe perderse de vista que el sobreseimiento provisional dictado por el A-quo justamente sobrevino por la eventualidad del titular de la acción, de poder incorporar otros elementos de investigación faltantes a ese momento.

En razón a los argumentos que preceden, resulta evidente que el fallo de alzada incurrió en un error de derecho que amerita corrección por esta vía. Corresponde por consiguiente la procedencia del recurso presentado por la Fiscal Adjunta, con anulación del fallo de alzada, y la confirmación del auto dictado por el Juez Penal de Garantías de Villarrica, con imposición de costas por su orden, de conformidad al artículo 261 2º párrafo, del CPP. Es mi voto.

A sus turnos, los doctores Alicia Pucheta de Correa y José Raúl Torres Kirmser manifestaron su adhesión al voto precedente por sus mismos fundamentos.

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

**RESUELVE:** Declarar Admisible, para su estudio y resolución, el recurso extraordinario de casación presentado por la Fiscal Adjunta, María Soledad Machuca, contra el A.I. N° 220 del 11 de julio de 2008, dictado por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y Penal de la Circunscripción Judicial de Guairá, en los autos caratulados “Silvestre Luis Cardozo Escobar s/ lesión de confianza y estafa en Villarrica”. Hacer Lugar al recurso extraordinario de casación presentado por la Fiscal Adjunta, en el sentido de Anular el auto interlocutorio impugnado; y, en consecuencia, Confirmar el auto interlocutorio N° 287 del 08 de mayo de 2008, dictado por el Juez Penal de Garantías de Villarrica, Abog. Bienvenido González Enrique. Imponer las costas por su orden. Anotar y notificar.

Ministros: Sindulfo Blanco, Alicia Pucheta de Correa y José Raúl Torres Kirmser.

Ante mí: Karinna Penoni de Bellassai, Secretaria Judicial.

\* \* \*

## **ACUERDO Y SENTENCIA N° 99**

### **ALLANAMIENTO DE DOMICILIO. Validez del allanamiento.**

La figura de “orden de allanamiento” de un recinto privado o cerrado, es a fin de que el órgano jurisdiccional preste el control debido a las garantías procesales de las que goza el dueño del recinto, y ante la imposibilidad de “su colaboración” por estar comprometido en la investigación.

### **ALLANAMIENTO DE DOMICILIO. Validez del allanamiento.**

Las medidas restrictivas de derechos fundamentales como en el caso del allanamiento, como medio de búsqueda de pruebas, implican intromisiones vulneradoras *prima facie*, de ámbito de protección de los derechos fundamentales, como el de la intimidad. Lo que significa que para que tal intromisión sea legítima, debe precisarse de la justificación acorde con el principio de proporcionalidad.

### **ALLANAMIENTO DE DOMICILIO. Validez del allanamiento.**

El allanamiento solo procede con el consentimiento del titular o, caso contrario, con autorización judicial, por afectar derechos fundamentales personalísimos, que solo pueden ser declinados por el propio afectado o el juez.

### **ALLANAMIENTO DE DOMICILIO. Validez del allanamiento.**

El allanamiento fue un ingreso consentido por el dueño del recinto, por lo tanto, no es necesaria la intervención judicial, otorgando una orden de allanamiento. Una vez aprehendido y remitido a la Penitenciaría Nacional, el ingreso ya no podría ser autorizado por el dueño, entonces si fue requerida la orden judicial.

CSJ, Sala Penal.29-03-10. “Recurso Extraordinario de Casación interpuesto por la Defensora Pública Abog. Francia María Sian de Espínola de la ciudad de Coronel Oviedo, bajo patrocinio de la Defensora General Abog. Noyme Yore Ismael en la causa: “M.P. c/ Nelfi Martínez s/Homicidio Doloso en Aguapety” (Ac. y Sent. N° 99).

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

#### **CUESTIONES:**

¿Es admisible el Recurso de Casación interpuesto?.

En su caso, ¿resulta procedente?

A los efectos de determinar un orden para la exposición de las opiniones, se realizó un sorteo que arrojó el siguiente resultado: Blanco, Pucheta de Correa y Bajac.

A la primera cuestión planteada, el ministro Blanco dijo: La Defensora Pública, Abog. Francia María Sian, en representación del Sr. Nelfi Martínez interpone Recurso Extraordinario de Casación contra el Acuerdo y Sentencia N° 14 de fecha 14 de fecha 19 de mayo de 2008 dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil, Comercial, Laboral y Penal de la Primera Sala de la Circunscripción Judicial de Caaguazú y San Pedro. En este sentido, el interlocutorio impugnado por la vía en estudio resolvió: "... 2) *Declarar admisible el Recurso de Apelación Especial interpuesto por la Defensora Pública abog. Francia Siani en contra de la S.D. N° 88 de fecha 14 de noviembre del año 2007, dictada por el Tribunal de Sentencia colegiado conformado por los jueces Olga. E. Ruiz González, Tito Derlis Gauto y Julio César Solaeche Paniagua...* 3) *Confirmar la Sentencia Apelada...*", la S.D. de referencia determinó la condena del Sr. Nelfi Martínez, a la sanción de 15 años de pena privativa de libertad por la comisión del hecho punible de Homicidio Doloso.

En primer lugar debe determinarse la admisibilidad o no del Recurso Extraordinario en estudio, para que la Sala Penal pueda pronunciarse sobre el fondo de la impugnación. En este sentido, el aspecto que resalta en primer término, es el de la legitimación subjetiva, dada por la representación del condenado. Respecto a la impugnabilidad objetiva, la resolución recurrida emanada del Tribunal de Apelación, al confirmar la Sentencia Definitiva, dejan incólumes lo decidido en la instancia inferior, por lo que ésta tiene la potencialidad de cerrar irrevocablemente el procedimiento; por estas razones el objeto (Art. 477 del C.P.P.) se encuentra efectivamente cumplido.

Ahora bien, con relación a los requisitos del acto de interposición del recurso, el artículo 468 del Código Procesal Penal aplicable por imperio de lo dispuesto en el artículo 480 del mismo cuerpo legal, establece: "*El Recurso (...) se interpondrá (...) en el término de diez días luego de notificada y por escrito fundado, en el que se expresará concreta y separadamente, cada motivo con sus fundamentos y la solución que se pretende. Fuera de esta oportunidad no podrá aducirse otro motivo (...)*". La presentación del Recurso fue realizada en tiempo, pues se ha notificado al condenado en fecha 20 de mayo del 2008, y el escrito de presentación es de fecha 2 de junio del 2008.

Examinado el escrito de interposición de la casacionista se advierte que el mismo ha invocado el supuesto previsto en el Art. 478 específicamente el inciso 3) del Código de Formas. Exponiendo en su escrito de presentación las razones por la cuales a su criterio el auto atacado es “manifiestamente infundado”. Por tanto, las condiciones de admisibilidad se hallan debidamente cumplidas. Debe estarse por la admisión del recurso. Es mi voto.

A su turno, los ministros Pucheta de Correa y Bajac manifestaron que se adhieren al voto del Ministro Blanco por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada, el ministro Sindulfo Blanco, prosiguió diciendo: Que, la Recurrente funda sus Agravios en los siguientes argumentos: *“... En efecto, se recurre al presente Recurso, por ser manifiestamente infundada la Resolución recurrida... La Defensa plantea Incidente de Nulidad Absoluta, fundada en la total y absoluta violación de Principios, Derechos y Garantías Constitucionales, incumplidas por parte del órgano investigador al ingresar a la vivienda del Nelfi Martínez sin orden de allanamiento, en el momento de constituirse en el lugar donde fuera denunciado el hallazgo de cadáver en fecha 25 de junio del año 2006. En dicha fecha una comitiva fiscal – policial se constituyó en la propiedad de la Sra. Elisa Martínez (víctima) encontrándose su cadáver a 100 – 150 metros de su vivienda para luego proceder al ingreso a dicha vivienda de la víctima, lugar en que se pudo constatar ocurrió el hecho de homicidio... procedieron a recolectar evidencias... Posteriormente el Agente Fiscal a cargo procedió a Allanar la vivienda de Nelfi Martínez (hijo de la víctima) que sitien es cierto su vivienda se encuentra ubicada dentro del mismo predio perteneciente a la víctima, la misma constituye una vivienda independiente y aislada... a unos 100 mts, la que se encontraba cerrada, y que a pedido del fiscal interviniente fue abierta por el propio acusado, incautándose un pantalón con manchas de sangre... Sin embargo horas después se solicitó orden de allanamiento, ingresando nuevamente al domicilio de mi defendido en fecha 27 de junio del 2007 – con orden de allanamiento – ocasión en la que se incautaron otras evidencias...”*. Continúa exponiendo que: *“... La nulidad de la resolución recurrida se sostiene a partir de las disposiciones del Art. 166... El Tribunal, al confirmar la resolución expresó concretamente, en pocas palabras que: ... éste tribunal puede deducir que, el lugar donde se encontró el cadáver de la víctima, la vivienda de la víctima y la vivienda del acusado, estaban todas situadas en el mismo predio, en el mismo inmueble... Cuando existen normas legales que imponen el cumpli-*

*miento de reglas fundamentales y de cumplimiento estricto, cuyo contenido otorgan validez a los actos procesales, entre los requisitos se halla el establecido en el Art. 34 del C.N. Inviolabilidad de los Recintos Privados, que en su parte pertinente expresa: Del derecho a la inviolabilidad de los recintos privados. Todo recinto privado es inviolable. Sólo podrán ser allanados o clausurados por orden judicial y con sujeción a la ley. Excepcionalmente podrán serlo, además, en caso de flagrante delito o para impedir su inminente perpetración, o para evitar daños a la persona o a la propiedad...” no es precisamente el levantamiento de evidencias si no el lugar del que fueran levantadas, considerando que la dependencia cerrada o habitación en la que se encontraban los objetos personales de Nelfi Martínez, si bien se localizan dentro de un mismo predio, se halla totalmente aislado del lugar de los hechos – 100 a 150 mts... es por ello que esta defensa sigue sosteniendo que el procedimiento fiscal practicado en la vivienda de Nelfi Martínez se encuentra totalmente viciada y como tal no puede ser tomada en cuenta para sustentar un fallo condenatorio...” proponiendo como solución se declare la nulidad de la resolución atacada.*

Por su parte, el Encargado del Área Especializada en Recursos de Casación, abogado Humberto Insfrán, contestó el traslado corréndole, en los siguientes términos: *“...La parte recurrente se encuentra agraviada en razón de que el Tribunal de Alzada ha rechazado su pretensión de anular el procedimiento basado en que al momento de haberse levantado la evidencia que involucró a su defendido (pantalón manchado de sangre) no se requirió una orden de allanamiento... En primer lugar, importa acotar que el agravio expuesto por la casacionista ya ha sido planteado ante el Tribunal de Alzada, siendo rechazado en base a las siguientes motivos: a) el cadáver de la víctima se encontró en un mismo predio, en el cual –a su vez– estaban tanto la vivienda de Elisa Martínez (víctima) como la de Nelfi Martínez (condenado); b) el Art. 176 del C.P.P. dispone que la policía debe custodiar el lugar del hecho y comprobar, mediante la inspección del lugar y de las cosas, los rastros y otros materiales que sean consecuencia del hecho punible. En tal carácter, la policía puede efectuar registros en el lugar de los hechos; c) en el momento del registro, el hijo de la víctima no aparecía como responsable del hecho y él mismo se mostraba colaborador e interesado en la investigación; d) el hecho de haberse realizado el registro de la pieza donde vivía el encausado inmediatamente después de hacerse perpetrado el crimen adquiere las características de “flagrancia”... es preciso mencionar que la decisión del Ad-*

*quem de mantener incólume la validez de la prueba cuestionada se halla ajustada a derecho, pues, en realidad, en la presente causa no se ha violado los derechos y garantías establecidos a favor del imputado. En esta inteligencia, aún cuando los fundamentos del Tribunal de Alzada, no han sido desarrollados acabadamente, no pueden negarse que, finalmente, la postura asumida por los magistrados se segunda instancia se encuentra enmarcada dentro de la ley y que su solución es correcta... Es dable recordar que la citada prenda fue obtenida luego de que el mismo Nelfi Martínez haya indicado al oficial Santiago Villalba el lugar en el cual se encontraba su vivienda y, a su vez, permitir que éste ingrese a su habitación, lugar en el cual encontró el jeans del hoy condenado. Además, importa señalar que al llegar el Agente Fiscal actuante, el incoado también le permitió el ingreso a su vivienda. Recién en dicho instante el representante del Ministerio Público ordenó su detención y la incautación de la prenda en cuestión... a criterio de esta Representación Fiscal, en el presente caso, la discusión sobre la existencia o no de una orden de allanamiento es inocua. Ello es así ya que la ausencia de una resolución que autorice un allanamiento no implica per se la afectación de la garantía que asegura la inviolabilidad de un domicilio; en realidad, cuando se hace referencia a una orden de allanamiento para ingresar a una morada se hace alusión a la entrada “por la fuerza” a una casa ajena y “contra la voluntad del dueño”. Por consiguiente, si existe voluntad de permitir el ingreso, no hay allanamiento ni necesidad de orden que lo disponga. En otras palabras, el consentimiento del interesado y el allanamiento serían las dos caras de una misma moneda: de un lado = “el ingreso a una morada ajena puede realizarse gracias a la voluntad de su titular”; del otro lado = “cuando no media autorización se requiere una orden de allanamiento”... Se tiene, entonces, que al haberse dado una autorización para ingresar ya no era necesaria una orden de allanamiento y, por consiguiente, no se requería la fuerza pública para el ingreso a la vivienda del victimario. En efecto, el “allanamiento de domicilio”, supone una actividad dirigida a vencer la voluntad de su titular; lo que no ha sucedido en autos. Sobre el tema Alejandro Carrió sostiene: “un allanamiento “consentido” no es ya un “allanamiento”, de manera que un policía que ingresa “consentidamente” no se encuentra sujeto en su accionar a las restricciones o límites propios de un allanamiento”. Concluye su escrito solicitando que el agravio señalado por el recurrente deviene improcedente, y corresponde declararlo de esta manera.*



Pues bien, pasando seguidamente a desmenuzar la exposición de la recurrente, la misma refiere entre otras cuestiones que, el motivo central de su impugnación radica en que el Tribunal de segunda instancia no fundó su resolución, explicando que el Tribunal de Apelaciones no procedió a valorar las pruebas aplicando las reglas de la sana crítica ni analizó los fundamentos expuestos por la defensa al momento de señalar los vicios del levantamiento de evidencias, ocurrido en el momento del levantamiento del cadáver. Específicamente señala que no existió orden de allanamiento y que por lo tanto torna nulo.

Definida ya específicamente la pretensión de la recurrente, la cuestión principal en estudio está dada en determinar si efectivamente la resolución impugnada es manifiestamente infundada. En tal sentido, cabe resaltar que, por la vía de la casación, se controla el cumplimiento de las formas procesales fundamentales, entre las cuales está, indudablemente la fundamentación de la sentencia.

En primer lugar cabe apuntar que constituye sentencia aquella decisión judicial solemne que pone fin al litigio resolviendo en forma definitiva. Por tal motivo, debe recoger exactamente los hechos del proceso, las alegaciones de las partes, las pruebas practicadas y las disposiciones legales aplicables; además debe ser clara y precisa y guardar congruencia con las peticiones formuladas en el acto del juicio y debe resolver respecto a ellas.

Pues bien, en este orden de ideas y atendiendo a los fundamentos elevados a categoría de causal de casación, debemos puntualizar que una sentencia manifiestamente infundada presupone una falta de motivación o fundamentación, ausencia de la exposición de los motivos que justifiquen la convicción del Juez en cuanto al hecho y las razones jurídicas que determinan la aplicación de una norma a ese hecho. No solo consiste en que el Juzgador no consigne por escrito las razones que lo determinan a declarar una concreta voluntad de la ley material que aplica, sino también en no razonar sobre los elementos introducidos en el proceso, de acuerdo con el sistema impuesto por la Ley Procesal, esto es, en no dar razones suficientes para legitimar la parte resolutive de la sentencia.

A fin de interpretar lo dispuesto en el inciso 3) del Art. 478 del Código Procesal Penal, que establece con causal de casación que la resolución judicial cuestionada sea “manifiestamente infundada”, es menester primeramente determinar el contenido del término fundamentar o motivar, y es así que la doctri-

na al respecto señala: “*La motivación de la sentencia es el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en los cuales el juez apoya su decisión*”. (Oscar R. Pandolfi. Recurso de Casación Penal. Ed. La Roca –Bs. As. 2001– pág. 419).

Por otro lado, es igualmente necesario atender lo prescripto por la normativa legal. Así se tiene lo dispuesto por el Art. 125 del citado cuerpo normativo, el cual dispone: “*Las sentencias definitivas y los autos interlocutorios contendrán una clara y precisa fundamentación de la decisión. La fundamentación expresará los motivos de hecho y de derecho en que se basan las decisiones...*”.

En reiterados fallos coincidentes y firmes se ha dejado sentado la imposibilidad de los Tribunales de Apelación de volver a examinar los hechos y las pruebas, esencialmente porque “el juicio propiamente dicho” se concreta en primera instancia en donde se materializa el control de la administración de justicia, vía juicio oral.

La concreción de los principios de “inmediatez” y “concentración” en tal acto procesal culminante y las limitadas posibilidades que ofrecen los documentos, base fundamental de la atención del órgano de alzada. En ese contexto, la exposición de agravios relata supuestos errores de apreciación de las que fueron introducidas en ocasión del Juicio Oral, específicamente la incautación de unos pantalones de jeans, con manchas rojas, que centraron la investigación en el hoy condenado, Sr. Nelfi Martínez. Es importante aclarar que según constancias del expediente principal, y de las propias alegaciones del recurrente, este extremo fue señalado ya en el Juicio Oral, y rechazado desde ese momento procesal.

Y tal como se desprende de la Sentencia del Tribunal de Apelaciones, se ha fundado este rechazo; pero solo al efecto de complementar esta fundamentación, analizamos y declaramos que: Toda cuestión que tenga que ver con examen de prueba o valoración de la misma se encuentra absolutamente vedada al tribunal de casación, pero a fin de complementar la fundamentación del Tribunal de Alzada, por la cual se volvió a rechazar la pretensión de nulidad señalada, el análisis debe centrarse en la nulidad o no de la incautación de los citados pantalones. Es así que, tal como constan en las actas, en las declaraciones y en señaladas por la misma recurrente, el encausado permitió el ingreso de los uniformados y del agente fiscal a su hogar, que se encontraba en el mismo predio de la casa de la víctima, su madre, y cuyo cadáver fue hallado a metros del lugar.

La figura de “orden de allanamiento” de un recinto privado o cerrado, es a fin de que el órgano jurisdiccional preste el control debido a las garantías pro-

cesales de las que goza en dueño del recinto, y ante la imposibilidad de “su colaboración” por estar comprometido en la investigación. En tal sentido, hace enfatizar que las medidas restrictivas de derechos fundamentales como en el caso del allanamiento, como medio de búsqueda de pruebas, implican intromisiones vulneradoras *prima facie* del ámbito de protección de los derechos fundamentales, como el de la intimidad. Lo que significa que, para que tal intromisión sea legítima, debe precisarse de la justificación acorde con el principio de proporcionalidad. Los supuestos previstos por la norma, solo proceden con el consentimiento del titular o caso contrario, con autorización judicial, por cuanto su aplicación involucra derechos fundamentales personalísimos del afectado, que solo pueden ser declinados por el propio afectado o por el juez.

Este extremo fáctico fue probado por el Tribunal de Sentencia, y en base a ello y a otros elementos arrimados al juicio, se llegó a la sanción condenatoria. Ya lo señaló el Agente Fiscal interviniente, fue un ingreso consentido por el dueño del recinto, por lo tanto no es necesaria la intervención judicial, por parte otorgamiento de una orden de allanamiento. Ahora bien, una vez aprehendido y remitido a la Penitenciaría Nacional, el ingreso si ya no podría ser autorizado por el dueño, entonces SI fue requerida la orden judicial. Este hecho en la simple lógica expone que no se han violado ninguna de las garantías pertenecientes al incoado. No se lo ha dejado en indefensión en ningún momento procesal, por lo tanto no puede pretenderse la nulidad por esta vía. Además ya se ha tratado este mismo extremo en varias oportunidades, la recurrente pretende nuevamente una solución distinta a lo resuelto por instancias anteriores, y debe dejarse clara constancia que esta Sala Penal, y esta instancia extraordinario no puede representar una tercera en el proceso penal vigente. Que es lo que denota la representante de la Defensa al nuevamente plantear el mismo incidente que fue adverso a sus pretensiones.

Es por ello y ante la circunstancia de que todos los alegatos de la parte recurrente tienen que ver, en este punto, con cuestiones fácticas y su valoración, sin que se hayan fundado agravios en la ilegalidad o ausencia de razonabilidad del fallo en cualquiera de las formas antes apuntadas, corresponde el rechazo del recurso extraordinario de casación impetrado en razón a su notoria improcedencia.

En conclusión: en la presente causa y conforme a los agravios puntuales formulados por la parte recurrente no se encuentran reunidos los requisitos del

art. 478 inc. 3 del C.P.P., puesto que las únicas alegaciones de las partes hacen referencia a cuestiones fuera de competencia de esta Sala Penal, lo cual impide una adopción positiva del recurso.

Por tanto, en atención a los fundamentos expuestos y con sustento legal en el art. 256 de la Constitución Nacional y los arts. 468, 478 inc. 3, 479, 480 del Código Procesal Penal, el Recurso Extraordinario de Casación interpuesto contra el Acuerdo y Sentencia N° 14 de fecha 19 de mayo de 2008 dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil, Comercial, Laborarl y Penal de la Primera Sala de la Circunscripción Judicial de Caaguzú y San Pedro, debe ser rechazado por así corresponder en derecho. Es mi voto.

A su turno, los Ministros Pucheta de Correa y Bajac, manifestaron que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

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

RESUELVE: 1) declarar admisible para su estudio el recurso extraordinario de casación articulado. 2) No Hacer Lugar al Recurso Extraordinario de Casación interpuesto por la Defensora Pública Abog. Francia María Sian de Espínola contra el Acuerdo y Sentencia N° 14 de fecha 19 de mayo de 2008 dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil, Comercial, Laboral y Penal de la Primera Sala de la Circunscripción Judicial de Caaguazú y San Pedro, conforme los fundamentos expuestos en el exordio de la presente sentencia. 3) Tener por formulada la fundamentación complementaria. 4) Remitir estos autos al órgano jurisdiccional competente a sus efectos. 5) Anotar, Notificar y Registrar.

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

Ante mí: Karinna Penoni de Bellasai, Secretaria Judicial.

\* \* \*

## **ACUERDO Y SENTENCIA N° 110**

### **USUCAPIÓN.**

En el juicio de usucapión debe procederse con criterio restrictivo, en atención a las razones de orden público. La usucapión es un medio excepcional de

adquisición de dominio y la comprobación de los extremos exigidos debe efectuarse de manera precisa.

**USUCAPIÓN. Requisitos de la usucapión.**

El pilar fundamental de la usucapión es la posesión y las características que ella debe reunir son: pública, pacífica, ininterrumpida, con “animus domini”, exclusiva y excluyente.

**USUCAPIÓN. Requisitos de la usucapión.**

Los requisitos y los elementos que deben ser probados en todo juicio sobre usucapión, para que este prospere conforme vastas jurisprudencias nacionales fue resaltado como el mas importante para comprobar el “animus domini” el pago de impuesto inmobiliario.

**USUCAPIÓN. Prueba de la usucapión.**

No fueron probadas ninguna de las supuestas mejoras aludidas. Lo mismo puede decirse del empedrado, que además de no contar con la documentación en juicio, no constituye mejora, puesto que su pago es consecuencia de un tributo y por lo tanto corresponde a un gasto de administración, no de mejora voluntaria.

**USUCAPIÓN. La prueba en materia de usucapión.**

La prueba en materia de usucapión debe caracterizarse por su exactitud, precisión y claridad, dado que se trata no solo de un interés particular comprometido, sino además del interés publico afectado en materia de derechos reales.

**USUCAPIÓN. Cómputo del plazo en la usucapión veintenal.**

No precisó el comienzo de su mentada posesión, ni mucho menos indico en su escrito inicial de demanda el día ni el mes ni el año del comienzo de su alegada posesión veintenal, ni como y en que circunstancias tomó posesión de la finca en litigio, como concretamente dio inicio a la posesión del inmueble litigioso.

CSJ, Sala Civil y Comercial.05-04-10. “Herminio Rojas Galindo c/Armin-da Rolón s/ Usucapión” (Ac. y Sent. N° 110).

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

**CUESTIONES:**

¿Es nula la Sentencia recurrida?

En su caso, ¿se halla ajustada a Derecho?

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

A la primera cuestión planteada el señor ministro Miguel Oscar Bajac Albertini, dijo: El recurrente no ha fundamentado el recurso de nulidad que interpusiera, situación esta que amerita declararlo desierto, no sin antes advertir que del estudio de oficio de la sentencia recurrida no se desprenden vicios o defectos de índole formal que provoquen su nulidad en los términos de los artículos 113 y 420 del Código Procesal Civil. Es mi voto.

A sus turnos los señores ministros Raúl Torres Kirmser y César Antonio Garay manifestaron que: se adhieren al voto del ministro preopinante por sus mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada, el señor ministro Miguel Oscar Bajac Albertini dijo: El presente Juicio de Usucapión fue promovido por el señor Herminio Rojas Galindo contra Arminda Rolón, fundado en el Art. 1.989 del C.C.P, usucapión veinteñal, del inmueble individualizado como Finca N° 4364 del Distrito de Coronel Oviedo. Al respecto expresó que es poseedor de buena fe por más de dos décadas del referido inmueble, considerándose legítimo propietario habiendo introducido en el mismo todo tipo de mejoras, refacciones, ampliación de la casa, plantaciones de árboles frutales, relleno del inmueble, alambrados, pago por la Construcción del empedrado, agua potable, jardines y otros.

Por S.D. N° 354 de fecha 05 de octubre de 2007, el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral del Primer Turno en la Ciudad de Coronel Oviedo resolvió: “1. Hacer lugar a la presente demanda de usucapión sobre la finca N° 4.364 del distrito de Coronel Oviedo, promovida por Herminio Galindo en contra de Arminda Rolón, conforme los argumentos y alcances expuestos en el exordio de la presente resolución. 2. Costas a la perdedora. 3. Anotar...”. Apelada la sentencia de primera instancia, previa sustanciación de los recursos, el tribunal de apelación segunda sala, de la circunscripción judicial de caaguazú por acuerdo y sentencia N° 27 de fecha 30 de junio de 2008, resolvió: “No hacer lugar al recurso de nulidad deducido por improcedente. Revocar la sentencia apelada y en consecuencia, rechazar la demanda instaurada por Herminio Rojas Galindo contra Arminda Rolon sobre usucapión de la finca N° 4364 del distrito de Coronel Oviedo, por los motivos expuestos en el exordio de la presente resolución. Imponer las Costas en el orden causado en ambas instancias. Anotar, registrar...”.

El Tribunal fundamentó la resolución recurrida expresando que no fue comprobado en autos que el accionante haya poseído el inmueble en litigio

ininterrumpidamente conforme así lo exige la ley. Con respecto a que en la propiedad actualmente vive el Señor Gustavo Bogado, el actor manifestó que aquel es el encargado de la misma, pero no acreditó la calidad de dependiente para así justificar que la citada persona es un servidor de la posesión.

Los agravios vertidos en contra de la resolución apelada se encuentran contenidos en el escrito que rola glosado a fs. 163/167 de autos, y exponen los fundamentos que ameritan –a criterio del recurrente– la revocación del Acuerdo y Sentencia N° 27 del 30 de junio de 2.008.

El apelado, no contestó el traslado que le fuera corrido, por lo que por A.I. N° 124 de fecha 20 de febrero de 2.009 fue dado por decaído el derecho que dejó de usar.

En el caso en estudio el *thema decidendum* radica en determinar si fue demostrado que el accionante poseyó ininterrumpidamente la propiedad, en atención a lo prescripto por la ley, siendo éste uno de los presupuestos esenciales para la procedencia de la demanda por usucapión veintañal (20 años).

En este estado de cosas primeramente debe recalarse que la Doctrina y la Jurisprudencia invariablemente han sostenido que en el Juicio de Usucapión debe procederse con criterio restrictivo, en atención a las razones de orden público. La usucapión es un medio excepcional de adquisición del dominio y la comprobación de los extremos exigidos debe efectuarse de manera precisa.

El Art. 1.989 del Código Procesal Civil Paraguayo establece: “El que poseyere ininterrumpidamente un inmueble durante veinte años sin oposición y sin distinción entre presentes y ausentes, adquiere el dominio de él sin necesidad de título ni de buena fé, la que en este caso se presume...”.

El pilar fundamental de la usucapión es la posesión y las características que ella debe reunir son: pública, pacífica, ininterrumpida, con “*animus domini*”, exclusiva y excluyente.

Los requisitos y elementos de juicio que deben ser probados en todo juicio sobre usucapión, para, que éste prospere conforme vastas jurisprudencias nacionales fue resaltado como el más importante para comprobar el “*animus domini*” el pago del impuesto inmobiliario.

Los requisitos son: 1. la individualización correcta del inmueble objeto de usucapión, con sus dimensiones, linderos, lugar de su ubicación y su superficie, así como el número de Finca que le corresponde y el de la Cuenta Corriente Catastral o del Padrón; 2. la condición de privada del inmueble que se pretende

adquirir con la usucapión; 3. los actos posesorios que debe realizar el demandante; 4. la fecha de iniciación de la posesión; “animus domini” por el tiempo exigido por la Ley para la prescripción adquisitiva; 5. la edad del usucapiente.

Corresponde, en este estado, comprobar si en autos se hallan cumplidos los requisitos, exigidos por la Ley, para la procedencia de la usucapión, para luego analizar los cuestionamientos del apelante.

El inmueble a usucapir se halla perfectamente individualizado, y evidentemente corresponde al dominio privado (fs. 13/15), en cuanto a la edad del actor si bien éste no adjunto copias autenticadas a su certificado de nacimiento o cédula de identidad policial, sobre el punto no ha surgido ningún tipo de controversias por lo que corresponde suponer que cuenta con la edad suficientemente para ello. La controversia se centra en la fecha de iniciación de la posesión y el tiempo de posesión exigido por la ley, “animus domini”, que son lo planteado en la apelación y lo que debe estudiarse.

Del análisis de las pruebas que pueden acreditar la posesión, comenzando por los documentos que, obligatoriamente, deben ajustarse a la demanda y que son, en primer lugar, las boletas de pago del impuesto inmobiliario, conforme lo dispuesto por el art. 66/ Ley 125, el accionante no acompañó, con su primer escrito, un certificado de pago del impuesto inmobiliario que demuestre y justifique el pago. El pago del impuesto inmobiliario, es el documento fundamental para demostrar el “animus domini” del usucapiente.

Tampoco se presentó un solo documento que haga a la “instalación de agua potable”, colocada según el usucapiente, no habiéndose probado que fuera efectivamente él quien mandó instalar esos servicios.

No fue demostrado el comienzo de la posesión, pues no se halla demostrado suficientemente el inicio de la posesión con fecha exacta para el cómputo de la posesión.

En conclusión, no fue acreditado que el Actor solicitó y obtuvo la instalación de agua potable, al igual que el pago del impuesto inmobiliario; en lo que a las mejoras introducidas respecta tampoco fueron comprobadas que las mismas fueron introducidas por el accionante, si bien los testigos propuestos por este coincidieron en el sentido de que éste las introdujo, considero que dichas versiones deben ser reforzadas por otros medios probatorios, habida cuenta además que ni siguiera fue acreditada la posesión ininterrumpida del bien. Lo que implica que le falta lo fundamental para que se le conceda la usucapión deman-



dada: la posesión “animus domini”, por lo que toda presunción a su favor se desvanece. Lo mismo puede decirse del empedrado, que además de no estar documentado su pago, no constituye mejora, puesto que su pago es consecuencia de un tributo y por lo tanto corresponde a un gasto de administración, no de mejora voluntaria.

Por todo ello es mi opinión, que debe ser confirmado el Acuerdo y Sentencia N° 27 de fecha 30 de junio de 2008, dictado por el Tribunal de Apelación Segunda Sala de la Circunscripción Judicial de Caaguazú recurrida, imponiendo las costas al apelante. Es mi voto.

A su turno el señor ministro José Raúl Torres Kirmser dijo:

Es materia dealzada en el *sub lite* la determinación de si el usucapiente alcanzó a probar los extremos exigidos por la ley para usucapir el inmueble en litigio.

Como es sabido, la prueba en materia de usucapión debe caracterizarse por su exactitud, precisión y claridad, dado que se trata no solo de un interés particular comprometido, sino además del interés público afectado en materia de derechos reales. Compartimos el criterio del *ad quem* en el sentido de que el actor no probó la posesión de la *res litis* por el plazo de veinte años, no favoreciéndole la hermética e imprecisa expresión: “*por más de dos décadas*”, esto es, no precisó el comienzo de su mentada posesión, ni mucho menos indicó en su escrito inicial de demanda el día ni el mes ni el año del comienzo de su alegada posesión veinteañal, ni cómo y en qué circunstancias tomó posesión de la finca en litigio, esto es, cómo concretamente dio inicio a la posesión del inmueble litigioso. En tal sentido, los tribunales han sentado una jurisprudencia pacífica y constante como ilustra el fallo siguiente: “El usucapiente debe acreditar *fehacientemente* los extremos de su acción y entre ellos cuándo comenzó a poseer para sí, a fin de poder tener por cumplido el plazo legal” (Cám. 2ª. Apel. Civ. y Com. La Plata, Sala III, 24/10/89, cit. por Beatriz A. Areán, Juicio de Usucapión, Hammurabi, José Luis Depalma Editor, Bs. As., 2005, pág. 344).

Súmase a ello que el demandante sostuvo tener en la persona del señor Gustavo Bogado un encargado suyo en la *res litis*; sin embargo, la respuesta del señor Gustavo Bogado a las posiciones primera y segunda del pliego de posiciones obrante a f. 60 del juicio que por reivindicación promoviera la demandada, señora Arminda Rolón, contra el mismo y agregado por cuerda separada, tampoco favorece la posición del actor. En efecto, respondió el señor Gustavo Bogado

que sí es “el único poseedor actual de la res litis”; que, además, es “el único poseedor de la res litis desde hace cinco años, aproximadamente”. Conforme a las nociones contempladas en los Arts. 1909 y 1910 del Código Civil, no fue acreditada en modo alguno la supuesta condición de dependiente o encargado del señor Gustavo Bogado, como señaló el Tribunal de Alzada, y, como consecuencia de ello, tampoco fue acreditado el lapso que pudo el actor de este juicio haber estado en posesión de la *res litis*.

En cuanto a la exigencia de aportar pruebas claras y precisas en juicios como el que nos ocupa, se ha decidido lo siguiente: “En materia de prescripción adquisitiva, es preciso producir prueba clara y convincente para demostrar que en realidad la posesión material se ha tenido de modo efectivo, quieta y pacífica, ininterrumpida y con ánimo de dueño y las pautas para apreciar las pruebas producidas deben ser estrictas, por cuanto se pretende revertir un título de dominio, y por ello, es dable exigir la demostración de hechos concretos que no dejen dudas acerca de la posesión animus domini...” (CCiv.y Com., Panamá (E.R.), sala 2ª, 31/8/87, Zeus, t.47, R-96, cit.por Portillo-Fiscella, Procedimiento Probatorio, Edit. Juris, Rosario, Arg., 1995, t.I, pág 273).

Por otra parte, las deposiciones de los testigos de la parte actora- obrantes a fs. 43/48, 57/58, 102, 103 y 104, no convencen ni llegan a acreditar la posesión pacífica, pública, ininterrumpida por veinte o más años, del inmueble litigioso por el actor.

Resultan convincentes las declaraciones de los testigos de la demandada, señores Julio Tomás Medina –a f.67– y Francisco Mendoza Cañete –a f. 69–, quienes brindaron información detallada y concordante sobre los varios poseedores de la res litis y los lapsos de sus posesiones, siendo testigos hábiles, mayores de edad, que dieron razón suficiente de sus dichos y no fueron cuestionados en su idoneidad, por lo que sus testimonios merecen fe en juicio.

A lo expuesto debe añadirse que, llamativamente, quien dice haber poseído la cosa como verdadero dueño durante más de dos décadas, no acompañó un solo documento probatorio de alguna de las varias mejoras alegadas en su escrito de demanda; si bien es cierto que la no presentación de dichos documentos- como, por ejemplo, recibos, comprobantes de pagos realizados, planos de obras en el inmueble, contratos celebrados con terceros, etc- no determina necesariamente la inviabilidad de la acción, tal omisión- y la presunción que crea- debe sopesarse conjuntamente con las demás pruebas o vacíos probatorios que pu-

dieran surgir de las constancias. Cabe señalar, además, que el usucapiente tampoco ha referido su edad, de modo tal a determinar si cuenta con edad suficiente para usucapir, siendo tal requisito uno de los fundamentales en la doctrina y jurisprudencia de los tribunales al enunciar los presupuestos exigidos para la viabilidad de la acción.

El principio restrictivo que rige la valoración de las probanzas por el Juzgador en juicios de usucapición, hace que el mismo deba ser muy estricto en la apreciación de las pruebas aportadas, que deben llevarlo a tener absoluta certeza sobre los hechos alegados en la demanda. Sin embargo, la actividad probatoria del usucapiente resulta en autos claramente insuficiente para lograr dicho convencimiento. Por estas consideraciones corresponde confirmar el fallo recurrido en todas sus partes. Las costas de la instancia deben ser impuestas a la perdedora, de conformidad con el principio general contemplado en el Art. 192, en concordancia con los Arts. 203 y 205 del Código de forma. Es mi voto.

A su turno, el señor ministro César Antonio Garay manifiesta que se adhiere al voto del señor ministro José Raúl Torres Kirmser por sus mismos fundamentos.

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

**RESUELVE:** Declarar desierto el Recurso de Nulidad interpuesto. Confirmar el Acuerdo y Sentencia número 27, que el 30 de junio del 2.008, dictó el Tribunal de Apelación, Segunda Sala, de la circunscripción judicial de Caaguazú, por motivos expuestos en el exordio. Imponer costas a la parte actora. Anotar, registrar y notificar.

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

Ante mí: Alejandrino Cuevas. Secretario Judicial.

\* \* \*

### **ACUERDO Y SENTENCIA N° 140**

#### **PAGARÉ. Clases de Pagaré. HIPOTECA. Ejecución de la Hipoteca.**

Los pagarés presentados en el juicio principal, son simples, no hipotecarios, pues no están inscriptos en el registro, ni referenciados en la escritura

hipotecaria, ni firmados por la escribana pública que intervino en el documento cartular, requisitos indispensables para que un pagaré sea considerado hipotecario.

**PAGARÉ. Clases de Pagaré.**

La condición indispensable para que estos pagarés quirografarios sean hipotecarios, es la inscripción obligatoria en el registro respectivo.

CSJ, Sala Constitucional.15-04-10. “Acción de Inconstitucionalidad en el Juicio: Incidente de Cancelación y Levantamiento de Hipoteca en los autos: W. P. G. s/sucesión”. Año 2009-Nº 1048” (Ac. y Sent. Nº 140)

**CUESTIÓN:**

¿Es procedente la acción de inconstitucionalidad deducida?

A la cuestión planteada el doctor Núñez Rodríguez dijo: Se presenta ante esta Corte el abogado Carlos Fernando Airaldi en nombre y representación de T. H. G. y M. G., bajo patrocinio del abogado Robert E. Santacruz, e impugna por vía de la inconstitucionalidad el A.I. Nº 199 de fecha 08 de julio de 2.008, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Segundo Turno y el A.I. Nº 191 de fecha 10 de junio de 2009, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil, Comercial, Penal y Laboral, Primera Sala, ambos de la Circunscripción Judicial de Alto Paraná y Canindeyú.

1. El A.I.Nº 199 de fecha 08 de julio de 2008, resolvió: “1. *Hacer Lugar al presente Incidente de Cancelación y Levantamiento de Hipoteca planteado por el Señor A. J. G. por los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución y una vez firme y ejecutoriada la presente resolución disponer la formalización de la Escritura Pública de Levantamiento de Hipoteca.* 2. *Imponer las costas a la parte quien ha manifestado oposición en el presente Incidente de conformidad al Art.194 en concordancia con el Art. 192 del C.P.C.* 3. *Anotar, registrar ...*”.

2. El A.I. Nº 191 de fecha 10 de junio de 2009, resolvió: “1) *Tener por desistido al Abogado Carlos Fernando Airaldi de la nulidad alegada a través del respectivo recurso.* 2) *Confirmar el Auto recurrido.* 3) *Imponer las Costas del Recurso al apelante.* 4) *Aanotar, registrar...*”.

3. Como fundamento de esta acción de inconstitucionalidad el accionante aduce que las resoluciones en cuestión resienten de notoria arbitrariedad e infringen los principios consagrados en los artículos 3 “*Del poder público*”, 16 “*De la defensa en juicio*”, 46 “*De la igualdad de las personas*”, 47 “*De las garan-*

*tías de la igualdad*”, 137 *“De la supremacía de la Constitución”* y 256 *“De la forma de los juicios”* de la Constitución Nacional. Alega que las resoluciones impugnadas están sustentadas en el mero capricho de los jueces, quienes omitieron aplicar las disposiciones del Código Civil que regulan el instituto del pagaré y a la vez interpretaron distorsionadamente la normativa aplicable al caso. Sintetiza diciendo que las resoluciones atacadas son arbitrarias y contrarias a la Constitución y las leyes, alegando de que existe una ausencia total de motivación y falta de argumentación jurídica.

4. Corrido traslado de la acción, se presenta el abogado J. P. V. V. en nombre y representación del señor A. J. G., solicitando el rechazo de la acción por ser la misma improcedente (fs. 37/39).

5. El Fiscal Adjunto, Abog. Jorge Sosa García, en su Dictamen N° 1810 de fecha 03 de diciembre de 2009 (fs.41/44) aconseja *“se haga lugar a la presente acción de inconstitucionalidad en lo que respecta al fallo dictado en Segunda Instancia, A.I. N° 191 de fecha 10 de junio de 2009, por devenir el mismo violatorio del derecho a la defensa y del debido proceso consagrados en los Arts. 16 y 17 respectivamente de nuestra Carta Magna, conforme lo expuesto en el presente dictamen. En lo que respecta a la resolución dictada en Primera Instancia, A. I. N° 199 de fecha 08 de julio de 2008, cabe señalar que conforme a lo expuesto, si se hiciera lugar a la acción de inconstitucionalidad respecto del fallo de segunda instancia, ello implicaría la nulidad de la resolución dictada por el Ad-quem, retro trayéndose las actuaciones al momento anterior, es decir nos encontraríamos ante una resolución de primera instancia que fue apelada, por tanto no corresponde entrar a analizar aún la inconstitucionalidad o no de dicho fallo, pues lo que correspondería es que se pase el expediente a la sala que sigue en orden de turno a fin de que dicte una nueva resolución de conformidad al Art. 560 del C.P.C”*.

6. En estas condiciones, nuestro examen debe respetar los hechos considerados y probados en instancias inferiores y el supuesto que nos ocupa se reduce al examen de la supuesta violación a las normas constitucionales. La cuestión que debe resolver la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia consiste en verificar si las resoluciones impugnadas, *A. I. N° 199 de fecha 08 de julio de 2008*, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Segundo Turno y el *A. I. N° 191 de fecha 10 de junio de 2009*, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil, Comercial, Penal y Laboral, Primera Sala,

ambos de la Circunscripción Judicial de Alto Paraná y Canindeyú, llevaron a cabo una integración y aplicación constitucionalmente adecuadas.

7. De esta manera, es importante hacer un análisis de las circunstancias que rodean el caso sometido a estudio, las cuales conforme al estudio de las constancias de autos, y sin convertir a esta Corte en una tercera instancia que analiza cuestiones debatidas en instancias inferiores, quedan resumidas de la siguiente manera:

7.1. En fecha 17 de marzo de 2004, el señor A. J. G., formalizó un Préstamo con Garantía Hipotecaria con el señor W. P. G. (causante de la sucesión) y el señor A. P. G., instrumentada en la Escritura Pública N° 3 pasada ante la Escribana Pública M. I. M. A., en la que consta que suscribieron tres (3) pagarés por Dólares Americanos Cuatrocientos Mil (U\$.400.000) cada uno con vencimientos de fecha agosto de los años 2.004, 2.005 y 2.006 respectivamente.

7.2. El señor A. J. G. alega que la suma de Dólares Americanos Un Millón Doscientos Mil (U\$.1.200.000) fraccionados en tres (3) pagarés de U\$.400.000 le han sido pagados en su totalidad en el primer vencimiento al señor Waldemir García (padre de los acreedores).

7.3. Consecuentemente en fecha 8 de febrero de 2.008, se presenta la abogada María Zunilce Vazquez en representación del señor A. J. G., ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y Tutelar del Menor del 2° Turno de la Circunscripción Judicial de Alto Paraná y Canindeyú, a deducir Incidente de Cancelación de Deuda y Levantamiento de Hipoteca en los autos: “W. P. G. s/ sucesión”, adjuntando a la presentación copia autenticada de la Escritura Pública N° 3 de Préstamo con Garantía Hipotecaria otorgado por los señores A. P. G., W. P. G. y A. J. G. y tres (3) copias simples de pagarés con N° 1022, 1023 y 1024.

7.4. Siguiendo con los trámites de rigor, del incidente planteado se corrió traslado a los acreedores, quienes presentan, por un lado el abogado Néstor Servín en representación de la señora S. H. G. (heredera) y el abogado Mario Estigarribia en representación de A. P. Ga., sus allanamientos respectivos (fs. 21/22) y por el otro lado el abogado Carlos Fernando Airaldi en nombre y representación de T. H. G. y M. G. su escrito de contestación (fs. 23/27).

7.5. Posteriormente, el A-quo dicta el el A.I. N° 199 de fecha 08 de julio de 2008, en el que se resolvió: “1- *Hacer Lugar al presente Incidente de Cancelación y Levantamiento de Hipoteca planteado por el Señor A.J. G. por los fundamentos*

*expuestos en el exordio de la presente resolución y una vez firme y ejecutoriada la presente resolución disponer la formalización de la Escritura Pública de Levantamiento de Hipoteca. 2. Imponer las costas a la parte quien ha manifestado oposición en el presente Incidente de conformidad al Art.194 en concordancia con el Art.192 del C.P.C. 3. Anotar, registrar ...” el que fuera apelado y resuelto por el Ad-quem, según A.I. N° 191 de fecha 10 de junio de 2009: “1) Tener por desistido al Abogado Carlos Fernando Airaldi de la nulidad alegada a través del respectivo recurso. 2) Confirmar el Auto recurrido. 3) Imponer las costas del recurso al apelante. 4) Anotar, registrar....”.*

8. Corresponde a la Corte el estudio de los argumentos utilizados por los magistrados inferiores en el dictamamiento de las resoluciones, en el sentido de si son constitucionalmente adecuadas. Así, el A-quo fundamenta la resolución basado únicamente en los pagarés presentados por el deudor basado en “...*que estas condiciones y ante la presentación de los pagarés que llevan los Nros. 1022, 1023 y 1024, por parte del Incidentista y la posesión de los originales en poder del deudor, es importante esclarecer si los mismos ...tienen fuerza y poder cancelatorio legal para establecer que la posesión por parte del deudor de los pagarés originales que documentan su deuda es suficiente instrumento probatorio del pago y cancelación de deuda*”. A tal efecto, hace mención de los artículos 547, 551 y 2371 del Código Civil Paraguayo, concluyendo “...*por lo que al estar dichos pagarés originales en poder del deudor, implica la cancelación de su deuda, como también el cobro por parte de los acreedores que de una u otra forma han consentido entregar sus documentos de créditos originales para la entrega al deudor lo que importa cancelación de la deuda*”

9. Conforme a las constancias de los autos principales y luego de un estudio pormenorizado de las resoluciones impugnadas considero que el A-quo dicta la resolución sin hacer estudio de los hechos alegados, considerados y probados en instancias inferiores, es decir, los magistrados de instancias inferiores no han realizado la verificación de la validez y suficiencia de los documentos, de si son idóneos y legales para la demostración inequívoca del pago alegado por el incidentista.

10. El señor A. J. G. al plantear el incidente, acompañó la Escritura Pública N° 03 de fecha 17 de marzo de 2004 de Préstamo con Garantía Hipotecaria suscrito entre los señores W. P. G. (causante de la sucesión), A. P. G. y A. J. G. y tres (3) pagarés por Dólares Americanos Cuatrocientos Mil (U\$.400.000) cada

uno con vencimientos de fecha agosto de los años 2004, 2005 y 2006 respectivamente.

11. Las cláusulas de estos tres (3) pagarés según constan en los autos principales a fs. 12/14, no son coincidentes con los de la escritura pública, así como tampoco coinciden en sus fechas de suscripción como tampoco tienen la anotación registral y notarial. Es decir, los mismos no cumplen las formalidades y los requisitos para ser considerados pagarés hipotecarios. Es decir, considero que las enunciaciones de los pagarés deben ser exactamente coincidentes con las de la escritura de constitución de hipoteca, sin embargo, en los pagarés presentados en el juicio principal existen discordancias entre la fecha de emisión y vencimiento que se consigna en ellos y la señalada por la escritura de hipoteca, puesto que la Cláusula Segunda señala que la suscripción de pagarés se realiza contemporáneamente con la escritura, la discordancia entre las fechas de emisión y vencimiento que existen entre estos documentos y la escritura son insalvables y genera la duda de si se trata de los mismos pagarés a que se refiere la escritura, más aún cuando no llevan la constancia de la inscripción.

12. De esta manera, concluyo que los pagarés presentados en el juicio principal, son simples, no hipotecarios, pues no están inscritos en el registro, ni referenciados en la escritura hipotecaria, ni firmados por la escribana pública que intervino en el documento caratular, requisitos indispensables para que un pagaré sea considerado hipotecario. Por otro lado, no se puede desconocer la validez de una escritura pública hipotecaria que reúne todos los requisitos como tal, sobre la base de unos pagarés simples.

13. En estas condiciones, la falta de inscripción de los mismos hace incurrir en arbitrariedad a los magistrados que los han hecho valer para fundamentar la viabilidad de la cancelación de deuda y su consecuente levantamiento de hipoteca. Así lo preceptúa el artículo 2371 del Código Civil: *“La obligación hipotecaria podrá fraccionarse y documentarse en pagarés endosables, haciéndolo constar el escribano en la escritura y en los documentos, que deberán ser también registrados, así como sus endosos...”*.

14. Como dice el Código, los mismos no estarían investidos del carácter de hipotecarios. La condición indispensable para que estos pagarés quirografarios sean hipotecarios, es la inscripción obligatoria en el registro respectivo, conforme lo establece el art. 2371 del Código Civil, artículo que no da lugar a interpretación alguna por su contundencia y claridad y que consideramos fue soslayado



por los Juzgadores, de donde concluimos surge la arbitrariedad de las resoluciones impugnadas, por no ajustarse a lo que en estricto derecho corresponde.

15. En cuanto al A.I. N° 191 de fecha 10 de junio de 2009, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil, Comercial, Penal y Laboral, Primera Sala de la Circunscripción Judicial de Alto Paraná y Canindeyú, que confirma el A.I. N° 199 de fecha 08 de julio de 2008, también es inconstitucional por incurrir en la arbitrariedad por falta de motivación y fundamentación manifiesta.

16. La violación del deber de fundamentación suficiente, coherente y racional equivale a la falta de motivación. *“Es sentencia arbitraria y por ende inconstitucional, tanto la que carece en absoluto de motivación..., como la que solo tiene fundamentación aparente e inhábil... También es arbitrario el fallo que padece de una “decisiva carencia de fundamentación”, o de “serios defectos de fundamentación” o con fundamentación no suficiente”.*

17. Las resoluciones impugnadas reflejan la voluntad de los jueces, en contradicción al sentido lógico y legal sobre el asunto sometido a su decisión; y no se encuentra fundada en la Ley (art. 256 de la CN), por lo que se encuadra perfectamente en la doctrina de las resoluciones arbitrarias de donde deviene su inconstitucionalidad.

18. De esta manera, el artículo 256 de la Constitución Nacional dice: *“De la forma de los juicios. Los juicios podrán ser orales y públicos, en la forma y en la medida que la ley determine. Toda sentencia judicial debe estar fundada en esta Constitución y en la ley. La crítica a los fallos es libre. El proceso laboral será oral y estará basado en los principios de inmediatez, economía y concentración”.* Así, surge una obligación constitucional de fundamentar debidamente los fallos.

19. En conclusión, en base a los fundamentos arriba expuestos, considero que nos encontramos ante resoluciones arbitrarias por defectos en la fundamentación. Por tanto, como ya lo adelantara, voto por hacer lugar a la acción de inconstitucionalidad promovida, con costas, declarando la nulidad del A.I. N° 199 de fecha 08 de julio de 2008, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Segundo Turno y el A.I. N° 191 de fecha 10 de junio de 2009, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil, Comercial, Penal y Laboral, Primera Sala, ambos de la Circunscripción Judicial de Alto Paraná y Canindeyú, en los autos caratulados: *Incidente de cancelación y levantamiento de Hipoteca en los Autos: W.P.S. s/ sucesión*, y, en consecuencia, remitir la causa

al Juzgado que sigue en orden de turno de conformidad al artículo 560 del CPC.  
Es mi voto.

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

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

RESUELVE: Hacer Lugar con Costas la presente acción de inconstitucionalidad promovida por el abogado Carlos Fernando Airaldi en nombre y representación de T. H. G. y M. G., bajo patrocinio del abogado Robert E. Santacruz, contra el *A.I. N° 199 de fecha 08 de julio de 2008*, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Segundo Turno y el *A.I. N° 191 de fecha 10 de junio de 2009*, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil, Comercial, Penal y Laboral, Primera Sala, ambos de la Circunscripción Judicial de Alto Paraná y Canindeyú, por los motivos expuestos en el considerando de la presente resolución. Ordenar la devolución de los autos principales al Tribunal que sigue en orden de turno, conforme al artículo 560 del C.P.C.

Anotar, registrar y notificar.

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

Ante mí: Héctor Fabián Escobar Díaz, Secretario Judicial I.

\* \* \*

### **ACUERDO Y SENTENCIA N° 148**

#### **PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. Recursos en el proceso contencioso administrativo.**

No fue demostrada la interposición de recurso de revisión alguno contra resolución administrativa, tampoco resultó impugnada la nota ante la Dirección de la cual emana, sino que directamente derivó su cuestionamiento ante el órgano jurisdiccional competente.

#### **PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. Recursos en el proceso contencioso administrativo. Resolución ficta.**

Al obviarse la interposición del recurso de revisión en sede administrativa, fue negada toda posibilidad de pronunciamiento de manera positiva, concedien-

do o denegando la petición al administrado, o bien, a través de la conducta inexpresiva de la autoridad administrativa, hacer uso de la denegatoria ficta (art. 24 Ley N° 422/73), establece como tope en el tiempo para su pronunciamiento el plazo de 60 días con la particularidad de no disponer consecuencia alguna a su incumplimiento, que por mandato de suprema lex-en su art. 40 dispone entender como denegada la pretensión.

**PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. Agotamiento de instancia administrativa.**

En virtud del Principio de oficiosidad, imperante en el campo de derecho público, se faculta al juzgador a pronunciarse ante defectos formales, como es la falta de habilitación de la instancia jurisdiccional -agotamiento de la instancia administrativa-requisito previo para la interposición de este tipo de demandas.

CSJ, Sala Penal.15-04-10. “Darío Alfredo Oest s/ Recurso de Apelación c/ Nota DGCCARN N° 200 del 09 de abril de 2005, de la Secretaria del Ambiente (SEAM)”. (Ac.y Sent. N° 148) .

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

CUESTIONES :

¿Es nula la sentencia apelada?

En caso contrario, ¿se halla ajustada a derecho?

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

A la primera cuestión planteada el doctor Sindulfo Blanco prosiguió diciendo: La parte recurrente no fundamentó en forma expresa este recurso. Por lo demás, no advirtiéndose en el fallo recurrido vicios o defectos que justifiquen la declaración de oficio de su nulidad, en los términos autorizados por los artículos 113 y 404 del Código Procesal Civil, corresponde tenerlo por desistido de este recurso. Es mi voto.

A su turno, los doctores Pucheta de Correa y Torres manifiestan que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada el doctor Sindulfo Blanco prosiguió diciendo: al exponer los agravios que afectan al ente demandado, el representante de la autoridad ambiental sostiene que el decisorio judicial se basa en un razonamiento jurídico con sustento en argumentos equívocos, sindicando al primero de ellos por el que la Nota DGCCARN N° 200/05 de fecha 09 de abril de 2005 es

equiparable a una resolución administrativa, con validez material y formal. Al respecto manifiesta que la Nota N° 200/05 no es una resolución administrativa, y de modo alguno denegó la petición del demandante, sino comunicó la imposibilidad para la prosecución del procedimiento habilitante a la explotación solicitada. Invoca la aplicabilidad del artículo 19 de la Ley 1561/00 Que crea el Sistema Nacional del Ambiente, la que prevé el plazo para recurrir ante el Tribunal contencioso. En ausencia de toda resolución administrativa, el afectado debió recurrir por las vías legales, motivándolas a fin de la judicialización de la presente controversia. En segundo lugar, lo dispuesto por la Nota señalada, la que dispone en referencia al proyecto presentado por el actor se encuentra dentro del área comprendida como reserva de recursos San Rafael, por lo que no le es otorgado tramite hasta la aprobación del plan de manejo de la reserva, entendiéndose como una lesión a los derechos del demandante. La Ley 352/94 De las Areas Silvestres Protegidas, en su artículo 4° define lo que es “*área silvestre protegida*” y que las mismas “*son sometidas a un manejo de sus recursos para lograr objetivos que garanticen la preservación, defensa y mejoramiento del ambiente*” (sic.). Afirma que por la Nota cuestionada no se hace otra cosa que señalar las disposiciones que obligan la existencia de un plan de manejo unificado en toda área protegida, el que presentado por el actor, y de reunir las condiciones técnicas, habilitaría la aprobación por la Dirección competente. Solicita el dictado de sentencia haciendo lugar al recurso interpuesto.

Argumento de la parte actora. Al contestar el traslado corrido a su parte, califica de incongruente la conducta del funcionario que en carácter de asesor jurídico de la Secretaria del Ambiente, emitiera el dictamen A. J. SEAM N° 940/04 en sentido favorable al pedido formulado por el actor de la presente demanda (fs. 116), oportunidad en la que calificara de nula la recomendación realizada por la Dirección General de Protección y Conservación de la Biodiversidad, recomendando la denegatoria del plan de manejo forestal. Contrariamente a lo sostenido en su dictamen, el asesor jurídico de la Secretaria del Ambiente, al expresar los agravios de su representada sostiene una posición diametralmente opuesta al criterio dictaminado por el mismo. Además, el abogado de la parte actora, contradice lo expuesto por su adversa, al sostener que no es cierto que por Nota CGCCARN N° 200/05 fue omitida la resolución de la solicitud del Sr. Darío Alfredo Oest, pues fue denegado el pedido de los expedientes de la mención (fs. 118). Destaca lo sostenido por el Tribunal de Cuentas en la sentencia

apelada, apuntando que no existe ley o decreto que establezca que la falta de Plan como motivo denegatorio del Plan de Manejo, lo que importaría desconocimiento de la Ley o un abuso de derecho por parte de los funcionarios. Culmina poniendo de manifiesto que la institución demandada no expuso las razones por las que pretende la procedencia del presente recurso. Solicita el rechazo del recurso, con la confirmatoria de la sentencia apelada.

El Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, decidió hacer lugar a la presente demanda, por Acuerdo y Sentencia N° 06 de fecha 28 de febrero de 2008.

Análisis del caso. Para los juicios contenciosos administrativos, el procedimiento se encuentra reglado por la Ley 1.462/35, que entre otros requisitos, por el inciso a) de su artículo 3°, dispone que podrán ser judicializadas las resoluciones administrativas: “a) *Que cause estado y no haya por consiguiente recurso administrativo contra ellas*”.

En la presente controversia, resulta atacada la Nota DGCCARN N° 200/05 de fecha 09 de abril de 2005, firmada por el Director General de Control de la Calidad Ambiental y de los Recursos Naturales, por la que es sugerida “*la improcedencia del Plan de Manejo*” presentado por el actor de esta demanda.

Por la Ley N° 1.561/00 es creado “El Sistema Nacional del Ambiente, El Consejo Nacional del Ambiente y la Secretaría del Ambiente”. El artículo 20 de la norma arriba citada, crea la Dirección General de Control de la Calidad Ambiental y de los Recursos Naturales ubicándola en el organigrama de la Secretaría del ambiente como repartición técnica, dependiente de la autoridad ambiental aludida.

En el presente expediente, no fue demostrada la interposición de recurso de revisión alguno contra resolución administrativa, tampoco resultó impugnada la Nota DGCCARN N° 200/05 de fecha 09 de abril de 2005 ante la Dirección de la cual emana, sino que directamente derivó su cuestionamiento ante el órgano jurisdiccional competente.

Al obviarse la interposición de revisión en sede administrativa, fue negada toda posibilidad de pronunciamiento de manera positiva, concediendo o denegando la petición al administrado, o bien, o a través de la conducta inexpresiva de la autoridad administrativa, hacer uso de la denegatoria ficta, contemplada en el artículo 24 de la Ley 422/73, que establece como tope en el tiempo para su pronunciamiento el plazo de 60 días, con la particularidad de no disponer consecuencia alguna a su incumplimiento, que por mandato de *–suprema lex–* en su artículo 40 dispone entender como denegada la pretensión.

En virtud al principio de oficiosidad, imperante en el campo del derecho público, se faculta al juzgador a pronunciarse ante defectos formales, como es la falta de habilitación de la instancia jurisdiccional, o como también es conocida por aceptada doctrina –el agotamiento de la instancia administrativa– requisito previo para la interposición de este tipo de demandas.

Doy mi voto por la procedencia del recurso de apelación planteado por el representante de la entidad demandada contra el Acuerdo y Sentencia N° 06 de fecha 28 de febrero de 2008, dictado por el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, revocándolo en todos sus puntos y resultando inocuo el estudio de los demás argumentos expuestos. Las costas correrán a cargo de la parte perdedora en virtud a la disposición contenida en el artículo 192 del C.P.C. Es mi voto.

A su turno la Sra. Ministra Dra. Alicia Beatriz Pucheta de Correa dijo: Me adhiero al voto del ilustre colega y compañero de Sala, Dr. Sindulfo Blanco, con los mismo términos, y agregó: que de los autos, se observa que no se ha dado cumplimiento a la existencia formal, establecida en el artículo 3° inciso a) de la Ley 1.462/35. Tal como se puede constatar que en la presente litis fue atacada la Nota DGCRN N° 200/05, dictada por el Director General de Control de localidad ambiental y de los Recursos Humanos. De esta misma forma se ha resuelto el Acuerdo y Sentencia N° 60 de fecha 19 de marzo de 2009, A. I. N° 1567 de fecha 13 de octubre de 2004.

A su turno, el doctor Jose Raúl Torres Kirmser dijo: adherirse a los votos precedentes por los mismos fundamentos.

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

**RESUELVE:** Tener Por Desistido del recurso de nulidad interpuesto, conforme al fundamento expuesto en la presente resolución. Hacer Lugar al recurso de apelación interpuesto, y en consecuencia revocar el Acuerdo y Sentencia N° 06 de fecha 28 de febrero de 2008, dictado por el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala. **IMPONER** las costas a la parte vencida. Anotar, registrar y notificar.

Ministros: Sindulfo Blanco, Alicia Beatriz Pucheta de Correa, y José Raúl Torres Kirmser

Ante mí: Karinna Penoni de Bellasai, Secretaria Judicial.

\* \* \*

## **ACUERDO Y SENTENCIA N° 155**

### **DECLARACIÓN DEL IMPUTADO. Declaración indagatoria.**

Debe verse la trascendencia de la audiencia indagatoria, pues, previa a la declaración o al ejercicio efectivo de la defensa material, debe comunicarse al imputado el hecho que se le atribuye, caso contrario, el mismo no tendría de que defenderse.

### **DECLARACIÓN DEL IMPUTADO. Declaración indagatoria.**

Constituye una condición necesaria haber comunicado previa y detalladamente al imputado los hechos que se dirigen en su contra, en presencia de un abogado defensor, a fin de asegurar enteramente la comprensión por el primero de la situación fáctica jurídica verificada como motivo de la persecución penal.

### **DECLARACIÓN DEL IMPUTADO. Declaración indagatoria.**

No verificándose la declaración indagatoria por parte del imputado, debe concluirse la existencia de un defecto en la acusación del Ministerio Público, por violación del imperativo contenido en el art. 350 del CPP, el cual, al ser esencial y no meramente formal, por incidir directamente sobre la garantía del Derecho a la Defensa, se halla sancionado con la declaración de nulidad absoluta, lo cual impide su convalidación o rectificación, no pudiéndose retrotraer el proceso a etapas ya preclusas en virtud a las disposiciones transcritas precedentemente.

CSJ, Sala Penal.20-04-10. “Rigoberto Zelaya Villalba s/Homicidio Doloso” (A. y S. N° 155)

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

#### **CUESTIONES:**

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

En su caso, ¿resulta procedente?

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

A la primera cuestion planteada, la doctora Pucheta de Correa dijo: El abogado defensor de la causa interpone Recurso Extraordinario de Casación contra el fallo más arriba individualizado, que confirma la sentencia dictada en primera instancia.

Por Sentencia Definitiva N° 114 del 24 de abril de 2007, el tribunal de sentencias dispuso tener por comprobado el hecho punible de homicidio doloso;

tuvo por comprobada la autoría y responsabilidad de Rigoberto Zelaya y condenó al mismo a la pena privativa de libertad de doce años.

En primer término corresponde efectuar el análisis de admisibilidad del pedido de casación: En cuanto a la impugnabilidad objetiva: El recurrente plantea su recurso de casación en fecha 15 de octubre de 2007. La notificación de este acuerdo y sentencia fue hecha en fecha 1 de octubre de 2007, y el condenado lo fue en fecha 11 de octubre del mismo año, conforme cédulas de notificaciones obrantes a fojas de autos, con lo que el plazo para presentar este recurso fue cumplido conforme a lo establecido por el artículo 468 del Código Procesal Penal.

El recurrente impugna el Acuerdo y Sentencia Acuerdo y Sentencia N° 51 de fecha 24 de setiembre de 2007, bajo el amparo de las normas 477 y 478 incisos 1°, 2° y 3° del Código Ritual, esta resolución pone fin al procedimiento, por lo que el objeto de la Casación contenido en el Art. 477 del Código Procesal Penal se halla cumplido. El recurrente invocó como motivos que ameritan la procedencia del recurso las causales previstas en los numerales 1°, 2° y 3° del Art. 478 del Código Ritual (condena superior a diez años con violación de la Constitución Nacional, fallos contradictorios y falta de fundamentación).

En cuanto a los motivos argüidos, se observa, a simple lectura del escrito de interposición, que todos versan sobre un único y mismo aspecto, y como además cumplen los requisitos objetivos para su utilización, se admiten a efectos de estudio. La única excepción será la causal 2°, debido a que el fallo agregado como elemento supuestamente contradicho, no es similar en su plataforma fáctica, ya que el mismo se refiere a hechos punibles contra la economía, mientras que el caso que nos ocupa se estudia un tipo de homicidio.

Con relación a la impugnabilidad subjetiva, el recurrente es condenado, se halla debidamente legitimado a recurrir en casación, por lo dispuesto en el artículo 449 del Código Procesal Penal, segundo párrafo.

Por último, en lo que hace al escrito de interposición: La forma del mismo se rige por lo dispuesto en el artículo 468 del Código Procesal Penal, al cual remite el artículo 480 del mismo cuerpo legal. A la luz de esta norma, se puede ver que el escrito del recurrente se halla correctamente fundado, precisados sus motivos, con los argumentos y la solución que se pretende, cumpliendo así los requisitos legales.

En consecuencia, al hallarse verificadas todas las exigencias formales, corresponde declarar admisible para su estudio el recurso deducido. Es mi voto.



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

A la segunda cuestión planteada la doctora Pucheta de Correa prosigue diciendo: En estos autos, y mediante este recurso extraordinario, el recurrente expresa ante esta Corte Suprema de Justicia su agravio dirigido contra el fallo objeto de recurso, y manifiesta que su defendido ha sido acusado sin haber podido prestar declaración indagatoria, siéndole así violado el artículo 350 del CPP.

**Análisis de la procedencia del Recurso.** Se debe analizar previamente la naturaleza del recurso de casación. Este recurso es extraordinario, y por medio del mismo la Corte Suprema de Justicia debe corregir la aplicación del Derecho en un proceso judicial, vigilando para que dentro del mismo se observen y se apliquen correctamente los preceptos legales; la Corte Suprema de Justicia puede hacer esto sin salir de los marcos previstos por el artículo 478 del Código Procesal Penal. Así, los motivos aceptados como estudio de casación en el presente juicio es la sentencia manifiestamente infundada y la condena a más de diez años con violación de normas constitucionales.

Poseemos así un solo agravio esgrimido por el hoy recurrente.

Expresa que su defendido fue perseguido en primer lugar por lesión grave, y así fue llamado a prestar declaración, pero la misma no se efectivizó, por causas ajenas a su voluntad, mientras que luego, se le amplió imputación en base a homicidio doloso, no habiendo declarado sobre el caso en cuestión.

Argumenta también que luego de la acusación, el mismo supuestamente obtuvo oportunidad de declarar en momento de la audiencia preliminar, pero su derecho a la defensa ya fue violado en razón a que la acusación ya estaba presentada y no pudo defenderse de ella antes.

En cuanto al mismo, señala el casacionista que es falso lo que indica la Cámara de Apelación, en el sentido de que su defendido tuvo oportunidades para defenderse y declarar en los momentos debidos, ya que nunca fue notificado y menos ha declarado.

Es conveniente realizar un detalle referente al único punto agraviado en el presente juicio. De esta manera, a fojas 1 de autos esta la imputación hecha en contra del procesado, imputándosele el tipo penal de homicidio doloso en grado de tentativa, con un detalle de los hechos fácticos ocurridos y atribuídos. Luego de ello es ampliada la imputación, o por mejor decir, es ratificado el tipo de homicidio doloso en virtud del fallecimiento de la víctima.

A fojas 66 de autos obra la acusación presentada por el Ministerio Público, en donde ratifica en forma pormenorizada los hechos fácticos y luego acusa al condenado por el tipo de homicidio doloso; la presentación de dicho escrito fue realizada en fecha 20 de Agosto de 2005.

En cuanto a la declaración indagatoria, la primera que obra, en constancias de autos, es a fojas 4 de la carpeta fiscal, en donde, en fecha 18 de Febrero de 2005, comparece el encausado a declarar por los hechos fácticos pero se abstiene de hacerlo en virtud a no contar con abogado defensor que lo asista al acto.

Luego de ello, en fecha 22 del mismo mes, a fojas 25 de autos, obra una nueva declaración, y es en la misma donde debemos detenernos puntillosamente.

Dicha audiencia fue determinada por el Juzgado Penal a efectos de dar cumplimiento a las disposiciones del artículo 242 del CPP, es decir, ver si el reo debía permanecer en privación de libertad o si debía afrontar el juicio en estado de libertad. Esto es importante aclarar debido a que el sentido de dicha audiencia es el expresado, y no otro, mientras que la audiencia establecida por el Código Procesal Penal en sus artículos 84 en adelante, llamada comúnmente audiencia indagatoria, es la de dar oportunidad a la defensa material al procesado, a fin que el mismo pueda defenderse por sí solo y dar su descargo sobre los hechos que se le atribuyen, estando dicha audiencia revestida de muchas formalidades tendientes a dar garantías al procesado en este sentido.

Esta afirmación, en el sentido de dar clara diferencia a estas dos audiencias, ya fue mencionada en otras ocasiones donde se ha estudiado la misma materia. Importante es ahora no perder de vista otro punto gravitante, cual es que los hechos fácticos del presente caso no han variado a lo largo de todo el proceso. Efectivamente, al hoy condenado, desde el principio y como ya consta en el acta de imputación, se le ha perseguido en razón a un conjunto de hechos fácticos que podían ser calificados tranquilamente dentro del espectro de una Lesión Grave o de un Homicidio Doloso, y esto es lógico ya que, a tenor de los sucesos acaecidos y fijados por el Tribunal de Méritos, la única diferencia entre ambos tipos penales es solamente el resultado; por ello, en razón a la víctima Ana María Ion, el condenado siempre supo de que se le imputaba, de que se le acusaba y de que se le condenaba, y por tanto siempre supo de que debía defenderse.

Ya en varios fallos anteriores, la Corte dijo que el condenado, en sus debidas oportunidades, no debe defenderse de las calificaciones, sino de los hechos que la fundamentan, citando a modo de ejemplo el fallo Amado Rojas s/ Incesto.

Ahora bien, ahondando más la situación del presente caso, nos planteamos si el hoy condenado tuvo ocasión de defenderse de los hechos fácticos; así, vemos que Rigoberto Zelaya Villalba tuvo dos oportunidades materiales de expresar su defensa en este sentido, y siempre antes de la presentación de la acusación: la primera en fecha 18 de Febrero de 2005, donde no hizo uso de su derecho amparado en el artículo 17 de la CN, correctamente utilizado y que no puede ser usado en su contra, ya que para la situación estudiada, esta declaración fallida no posee valor alguno y por tanto tampoco produce efectos algunos, por consiguiente no puede ser usada para justificar el cumplimiento del artículo 350 del CPP. Esto fue sostenido también en varias ocasiones, citando a modo de ejemplo el fallo caratulado: Eugenio Gómez s/ Lesión Grave.

La segunda oportunidad la tuvo en fecha 22 de Febrero de 2005, y aquí se tropieza con un defecto formal, basado en la diferenciación arriba mencionada, sobre los dos tipos de audiencias. En efecto, técnicamente hablando, al hoy condenado no se le dio otra oportunidad de defenderse materialmente, es decir, no obtuvo nueva oportunidad de prestar declaración indagatoria, y de esta manera, habría ocurrido un quebrantamiento formal del artículo 350 del CPP, que vulneraría el Principio protegido por dicha norma, y así, por no haber tenido en definitiva ni una sola oportunidad de declarar, habría caído en estado de indefensión, siendo nula las actuaciones en relación a su persona.

Esta situación ya es conocida por la Corte Suprema de Justicia, y sobre ella me he expedido, citando como ejemplo, la causa Patricia Torres s/ Producción de Documentos no Auténticos; en dicha situación, y abreviando, la procesada se abstuvo de declarar en virtud del artículo 17 de la CN en primera oportunidad, y luego de ello, ya se le acusó, sin que la misma haya tenido ni una sola oportunidad de defensa, cambiándosele además la tipificación de una manera que cambiaba los hechos fácticos. Como otro ejemplo, esta sin embargo la causa caratulada Secundino Méndez s/ Tenencia de Drogas, en donde corroboré que el reo no tuvo oportunidad de prestar declaración indagatoria como tal, pero no obstante tuvo oportunidad de hacerlo en el mismo momento de la audiencia del artículo 242 del CPP, existiendo así el mismo desorden de nuestra causa actual, pero en ella, a diferencia de Patricia Torres, no se la ha cambiado la calificación de manera que modifique los hechos, es más, no se le cambió la calificación.

De esta manera, en relación a Rigoberto Zelaya, es claro que en su caso no hubo orden ni concierto en la utilización de las normas transcritas ni en darle las garantías del uso de sus derechos, pero creo que, sin embargo, dichas garantías fueron otorgadas y el mismo pudo hacer uso de sus derechos, siendo salvada esta situación solo por la audiencia del artículo 242 del CPP.

Efectivamente, luego de la fallida primera situación para prestar declaración indagatoria, el fiscal de la causa no intentó si quiera subsanar la situación y dar nuevamente la debida ocasión para que el inculcado preste declaración indagatoria, pero esta situación, que si se verificase hasta la presentación de la acusación, hubiera originado la nulidad intentada, fue salvada por el Juzgado Penal, quien, en momento de celebrar la audiencia del 242 señalada, dio también oportunidad suficiente al hoy recurrente para hacer su descargo o defensa material debida.

Esto se puede comprobar leyendo el acta de la citada audiencia, a fojas 25 de autos, y en ella se puede comprobar que el Juez Penal dio al condenado la noticia acabada sobre que se le imputaba, el relato de los hechos que la fundaban, le presentó el acta de imputación y las evidencias dirigidas en su contra; le informó de los derechos que para el caso, le asistían, como ser el tener abogado defensor, poder declarar o abstenerse de hacerlo, entre otros, todos señalados en los artículos 84 en adelante del CPP, es decir, todos referentes a la llamada audiencia indagatoria, y de esta forma, el condenado tuvo la oportunidad suficiente, antes de ser presentada su acusación, de prestar declaración indagatoria a objeto de su defensa material, rehusando el mismo al mencionado derecho en esta oportunidad.

Así las cosas, se ve que el hoy recurrente no vio quebrantado el artículo 350 del CPP que existe para salvaguardar su derecho a la defensa; así tampoco, no encontró vallas ni obstáculos para defenderse en relación al cambio de tipificación corroborado en autos, y esto es, como se repite, debido a que el imputado debe defenderse de los hechos no de las calificaciones, y en el caso de autos, a diferencia de otros, los hechos nunca fueron modificados, aún con el cambio de calificación.

Merece ahondar más esta situación, y por ello se expresa que la ley exige, en su artículo 86 del CPP, que se le advierta al imputado, con todos los detalles posibles, del “hecho” que se le imputa, no del “tipo” que se le imputa; y como se vuelve a recalcar, de la lectura de los artículos 105 y 112 del CP, se puede

observar la similitud de los mismos y la congruencia de sus disposiciones, es decir, el mismo hecho fáctico de autos bien puede calificarse en cualquiera de las dos disposiciones. Ahora bien, si se advirtiese la aparición de un nuevo hecho o de elementos que agregados al primer conjunto modifiquen notablemente su calificación, en esos supuestos correspondería que se de nueva oportunidad al reo de declarar; el derecho a la defensa no se ve conculcado con esta operación debido a que el autor siempre supo de los hechos por los cuales se le estaba siguiendo el juicio, que consistían básicamente en haber derramado un bidón de nafta sobre la víctima, quien fumaba en ese instante un cigarrillo, sin importar para su caso el resultado final del hecho, que hace solo a la calificación.

Así las cosas, ha existido solo, en relación a la persona del recurrente, un desprolijo actuar de parte de la acusación, representada por el Ministerio Público y la querrela adhesiva pero principalmente de la primera mencionada, que ocasionó la confusión señalada que no afectó, sin embargo, los derechos fundamentales de todo procesado.

No obstante lo resuelto y considerando la displicente actuación del representante del Ministerio Público interviniente que –prima facie– se ubicaría en la hipótesis prevista como falta en el Artículo 84 numeral 5 de la Ley N° 1562 (Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal), corresponde, de conformidad a lo dispuesto en el Artículo 87 de la citada ley, poner en conocimiento, con copia de la presente resolución, del Inspector General del Ministerio Público a los fines y efectos legales correspondientes.

Por todo lo manifestado arriba, el recurso del casacionista debe ser rechazado.

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

A su turno el doctor Blanco manifiesta que: en relación a la procedencia del recurso, formulo mi voto en los siguientes términos: Primeramente cabe señalar, que en cuanto a los fundamentos que cimientan el recurso omito reproducirlo, pues la colega opinante ha sido prolija y precisa en exponerlos. En ese sentido, bien como se ha señalado, el agravio central del recurrente consiste en que su defendido Sr. Rigoberto Zelaya Villalba, ha sido acusado sin haber podido prestar declaración indagatoria previa a la acusación, conforme lo establece el art. 350 del C.P.P. y con ello se ha afectado el derecho a la defensa. En razón de ello manifiesta que: *“La sentencia recurrida, se encuentra errada y agravada*

*porque viola el debido proceso, preceptos constitucionales, y normas del Código de forma, por tanto es nula... (sic.)”*

Por su parte, la Defensa, al responder los agravios expuestos en el recurso de casación, manifestó que la sentencia recurrida se ajusta a derecho, por lo que corresponde su confirmación.

Es oportuno, señalar que en votos anteriores sostenidos por este opinante, se ha referido la trascendencia que reviste la audiencia indagatoria para el ejercicio pleno del derecho a la defensa del imputado. Así también se ha sostenido, la importancia del derecho a ser oído, de audiencia, de intimación y de declaración como componentes necesarios del derecho a la defensa.

Ahora bien, ya adentrándonos al estudio de las actuaciones procesales, observamos que el entonces Agente Fiscal interviniente por resolución N° 14 de fecha 18 de febrero de 2005, ordena la detención preventiva del ciudadano Rigoberto Zelaya Villalba, en relación a la comisión de supuestos hechos punibles de Lesión Grave, resultando víctima la ciudadana Ana María Yoon Martínez. En la misma fecha consta, a fs. 4 de la carpeta fiscal, el acta de abstención del incoado en donde por no contar con Abogado Defensor se abstiene a prestar declaración indagatoria por los hechos investigados. Asimismo, en fecha 18 de febrero de 2005, formula imputación contra el mismo por el hecho punible de Homicidio Doloso en grado de tentativa, solicitando su prisión preventiva. Posteriormente a los efectos de dar cumplimiento al art. 242 del C.P.P., se cita al imputado Rigoberto Zelaya Villalba en fecha 22 de febrero de 2005, a fin de prestar declaración ante el Juez de Garantías, donde se resuelve decretar su prisión preventiva como así también calificar su conducta dentro de lo establecido en el art. 105 en concordancia con el art. 29 inc. 1° ambos del C.P. En fecha 25 de febrero de 2005, como consecuencia de la muerte de la víctima, se amplía la imputación al mencionado incoado por el hecho de Homicidio Doloso en carácter de autor y en fecha 18 de agosto de 2005, amplía nuevamente la imputación esta vez por el hecho punible de Lesión Grave resultando víctima la señorita Edith Josefina Espinoza Acosta. Por último, en fecha 20 de agosto de 2005, el Agente Fiscal interviniente formula acusación en contra del Sr. Rigoberto Zelaya Villalba, por el hecho punible de Homicidio Doloso y Lesión Grave resultando víctimas las ciudadanas Ana María Yoon Martínez y Edith Josefina Espinoza Acosta, respectivamente, solicitando la apertura a juicio oral y público.

Conforme al relato cronológico de los hechos que antecede, se puede constatar que luego de la abstención del incoado a prestar declaración indagatoria

por no contar con Abogado Defensor, no existe constancia alguna en autos de que el Ministerio Público haya impulsado nuevamente la exigencia establecida en el art. 350 del C.P.P.

En ese sentido, el art. 350 del Código Procesal Penal, expresa: *“Indagatoria Previa. En ningún caso el Ministerio Público podrá formular acusación, si antes no se dio oportunidad suficiente para la declaración indagatoria del imputado, en la forma prevista por este Código”*.

De esta forma, advertimos el abierto incumplimiento del Art. 350 del C.P.P., pues, no se ha otorgado oportunidad suficiente para la declaración indagatoria del imputado, menos aún en la forma prevista por el Código Procesal Penal. Ciertamente, la única oportunidad que se le ha otorgado a prestar dicha declaración, fue en cumplimiento del art. 85 del C.P.P., ya que una vez aprehendido fue puesto a disposición del Ministerio Público a los efectos de su declaración, sin embargo dicha diligencia no se ha llevado a cabo por no contar con un abogado defensor, en consecuencia no puede sostenerse que con tal actividad se ha otorgado oportunidad suficiente al imputado, de conformidad a las normas que regulan la declaración del imputado en el Código de forma.

Se ha señalado que la declaración indagatoria consiste en el acto por el cual el imputado voluntariamente depone sobre las circunstancias que lo favorecen, niega la pretensión represiva hecha valer contra él, o reconoce una menor entidad o, finalmente, brinda la información que estima conveniente. Se trata de un acto esencial y voluntario, como también resulta voluntaria su abstención, constituye un acto de defensa material, no de investigación y por ello, el imputado debe tener la más amplia libertad de manifestar cuanto estime conveniente a sus derechos. Su realización, debe seguir las disposiciones procesales que la regular, previstas en el art. 84 y sgts. del C.P.P., en cumplimiento al art. 17 num. 7, de la Constitución Nacional.

Es en este conjunto de obligaciones que debe verse la trascendencia de la audiencia indagatoria, pues, previa a la declaración o al ejercicio efectivo de la defensa material, debe comunicarse al imputado el hecho que se le atribuye, caso contrario, el mismo no tendría de que defenderse.

Por ello, el Art. 350 del C.P.P. en sentido imperativo veda al Ministerio Público formular acusación, sin antes haber otorgado oportunidad suficiente al imputado para prestar declaración indagatoria, pues, lo que el sistema cautela es el derecho a la defensa y del debido proceso, pretendiendo que la persecución

penal se realice de manera eficaz y para ello, constituye una condición necesaria haber comunicado previa y detalladamente al imputado los hechos que se dirigen en su contra, claro está, en presencia de un abogado defensor, a fin de asegurar enteramente la comprensión por el primero de la situación fáctica jurídica verificada como motivo de la persecución penal. A lo dicho, debe agregarse que el ejercicio por parte del encausado de la circunstancia de que el imputado preste declaración o se abstenga de hacerlo, constituye una facultad enteramente librada a su voluntad, conforme lo establece el art. 84 del C.P.P. que reza: *“El imputado tendrá derecho a declarar y a abstenerse de declarar, como también a declarar cuantas veces quiera, siempre que su declaración sea pertinente y no aparezca como un medio dilatorio en el procedimiento. Durante la investigación, el imputado declarará ante el fiscal encargado de ella ... En todos los casos, la declaración del imputado sólo tendrá validez si la hace en presencia de un abogado defensor, salvo en los casos en que el imputado sea abogado”*.

De lo expuesto, se concluye que la falta de indagatoria previa del imputado o la ausencia de elementos que demuestren el otorgamiento de oportunidad suficiente para declarar, constituye un defecto que por su entidad lleva aparejada la afectación de principios fundamentales, en las que se hallan involucradas reglas de orden público y del ejercicio de la defensa en juicio. Y en esa corriente nuestro sistema procesal ha sistematizado un método que fija claramente en que supuestos la irregularidad o la omisión de los actos procesales debe acarrear la declaración de nulidad y su exclusión del proceso, siendo que al tratarse de nulidades absolutas, es obligación de los magistrados analizarlas aun de oficio.

El art. 165 estipula: Nulidades. *“Principio. No podrán ser valorados para fundar una decisión judicial, ni utilizados como presupuesto de ella, los actos cumplidos con inobservancia de las formas y condiciones previstas en la Constitución, en el Derecho Internacional vigente y en este código... Se procederá de igual modo cuando la nulidad consista en la omisión de un acto que la ley prevé.*

Asimismo el art. 166 establece: *“Nulidades Absolutas: Además de los casos expresamente señalados en este código, serán consideradas nulidades absolutas aquellas concernientes a la intervención, asistencia y representación del imputado, en los casos y formas que este código establezca, o las que impliquen inobservancia o violación de derechos y garantías previstos en la Constitución, en el Derecho Internacional vigente y en este código.”*



También, el art. 167 expresa: “Renovación, Rectificación o Cumplimiento. Las nulidades deberán ser inmediatamente saneadas, renovando el acto, rectificando el error, o cumpliendo el acto omitido, de oficio o a petición del interesado. Bajo pretexto de renovación del acto, rectificación del error o cumplimiento del acto omitido no se podrá retrotraer el procedimiento a períodos ya precluidos, salvo los casos expresamente señalados por este código”.

Por su parte, el art. 170. Declaración de Nulidad. Cuando no sea posible sanear un acto, ni se trate de casos de convalidación, el juez o tribunal, de oficio o a petición de parte, deberá declarar su nulidad por auto fundado o señalará expresamente la nulidad en la resolución respectiva. En todo caso se debe intentar sanear el acto antes de declarar la nulidad de las actuaciones

Asimismo, el art. 171. Efectos. La nulidad declarada de un acto anula todos los efectos o actos consecutivos que dependan de él. Sin embargo, no se podrá retrotraer el procedimiento a etapas anteriores, con grave perjuicio para el imputado, cuando la nulidad se funde en la violación de una garantía prevista en su favor. Al declararla, el juez o tribunal establecerá, además, a cuales actos anteriores o contemporáneos alcanza la nulidad por relación con el acto anulado

En tales condiciones, no verificándose la declaración indagatoria por parte del imputado, debe concluirse la existencia de un defecto en la acusación del Ministerio Público, por violación del imperativo contenido en el art. 350 del C.P.P., el cual, al ser esencial y no meramente formal, por incidir directamente sobre la garantías del Derecho a la Defensa, se halla sancionado con la declaración de nulidad absoluta, lo cual impide su convalidación o rectificación, no pudiéndose retrotraer el proceso a etapas ya preclusas en virtud a las disposiciones transcritas precedentemente y, en consecuencia, corresponde la declaración de nulidad de la acusación fiscal realizada por el Ministerio Público en contra del ciudadano Rigoberto Zelaya Villalba, agregado a fs. 66 al 70 de autos, y consecuentemente anular todos los actos que dependan de él, conforme al art. 171 del C.P.P.

Similares posturas, han sido asumidas por esta Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, quien se ha pronunciado sobre la trascendencia de la declaración indagatoria previa a la acusación fiscal como Derecho a la Defensa y que al solo modo ejemplificativo y sin desmedro de otras resoluciones existentes, cito: *“Acuerdo y Sentencia N° 358 de fecha 21 de mayo de 2009, dictado en los autos: “Recurso Extraordinario de Casación interpuesto por la Agente Fiscal, Abog.*

*Viviana Patricia Riveros Ayala, en la causa: Patricia Elizabeth Torres Peña s/ Producción de documentos no auténticos” y el Auto Interlocutorio N° 1026 de fecha 23 de junio de 2009 dictado en los autos: Recurso de Casación interpuesto por el Agente Fiscal Arnaldo Giuzzio en la causa: “Domingo Alfonso López s/ Cohecho Pasivo Agravado y Extorsión”.*

Por todo lo expuesto precedentemente, voto por acoger favorablemente el recurso interpuesto, por tanto corresponde declarar la nulidad de la acusación fiscal realizada por el Ministerio Público en contra del ciudadano Rigoberto Zelaya Villalba, agregado a fs. 66/70 de autos, y consecuentemente anular la Sentencia Definitiva N° 114 de fecha 24 de abril del 2007, dictado en estos autos, así como también su confirmatoria el Acuerdo y Sentencia N° 51 de fecha 24 de septiembre de 2007, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Penal, Cuarta Sala de la Capital, por constituir dichos fallos consecuencia directa del acto anulado, con sustento en los artículos 16, 17 num. 7, 256 de la Constitución Nacional y los artículos 165, 166, 167, 170, 171, 350, 403, 478 inc. 3 del Código Procesal Penal y en razón de la inoficiosidad del reenvío establecida en el art. 474 del Código Procesal Penal, corresponde decidir directamente a esta Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, en el sentido de absolver de culpa y pena al ciudadano Rigoberto Zelaya Villalba, por los hechos investigados en esta causa.

Por último, me adhiero a la postura de la ilustre colega preopinante, en el sentido de remitir copia de la presente resolución al Inspector General del Ministerio Público a los fines y efectos legales correspondientes. Es mi voto.

A su turno, el Ministro Bajac se adhiere al voto que antecede por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto firmando S.S.E.E., todo por ante mí que lo certifico, quedando acordada la sentencia que inmediatamente sigue:  
Resuelve:1. Declarar la Admisibilidad del Recurso Extraordinario de Casación planteado por la defensa de Rigoberto Zelaya. 2. Hacer Lugar al Recurso Extraordinario de Casación planteado contra el Acuerdo y Sentencia N° 51 de fecha 24 de Setiembre de 2007, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Penal Cuarta Sala de Capital, por los argumentos arriba expresados y en consecuencia anular dicho acuerdo y sentencia, como así también la SD N° 114 de fecha 24 de Abril de 2007, absolviendo de culpa y pena a Rigoberto Zelaya. 3. Remitir copia de la presente resolución al Inspector General del Ministerio Público por las razones y a los fines explicados en la parte exordial. 4. Anotar, registrar y notificar.

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

Ante mí: Karinna Penoni de Bellassai, Secretaria Judicial.

\* \* \*

### **ACUERDO Y SENTENCIA Nº 588**

*\* Resolución relacionada con el A.I.Nº 987.10 publicada en Rev. Gac. Jud. Nº 2, Año 2010, pág. 214*

#### **UNIÓN DE HECHO. Reconocimiento de la unión de hecho.**

Reconocer a una situación de hecho con impedimentos con los alcances de un matrimonio, como pretende el Tribunal, es una extralimitación a sus facultades jurisdiccionales, entrando al campo del Constituyente o del legislador.

#### **UNIÓN DE HECHO. Reconocimiento de la unión de hecho.**

El causante nunca pretendió disolver la comunidad de gananciales que tenía con su esposa, para empezar una nueva sociedad con la supuesta concubina. Y si hablamos de sociedad comercial entre el causante y la supuesta concubina vemos que tampoco reúne los mínimos para su existencia, como aporte de los socios, constitución, objeto social, giro mercantil, pasivos y activos, distribución de ganancias, libros contables, etc.

#### **UNIÓN DE HECHO. Reconocimiento de la unión de hecho.**

La Constitución Nacional, protege las uniones de hecho y les reconoce las mismas garantías que al matrimonio, siempre y cuando no exista impedimento entre ellos para contraer matrimonio.

**CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Consulta sobre constitucionalidad de una norma jurídica. MAGISTRADO. Facultades del Magistrado.**

El Tribunal debía remitir en grado de consulta a esta Corte Suprema de Justicia, en uso de sus facultades ordenatorias e instructorias, previstas en el art.18 del C.P.C. a los efectos de determinar la constitucionalidad o no de la norma legal a ser aplicada en este caso (Ley 1215/86).

#### **SENTENCIA ARBITRARIA.**

Los magistrados se han apartado de la solución legislativa para el presente caso, desconociendo las normas constitucionales que debieron efectivizarse

en el caso concreto. Si bien la norma aplicada (Convención Internacional sobre la eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer) se vincula al mismo, desconoce y se aparta de los preceptos constitucionales que debían fundar la resolución, en consecuencia el fallo resulta descalificable como acto judicial, en virtud de la doctrina de la Sentencia Arbitraria.

CSJ, Sala Constitucional.14-12-10. “Acción de Inconstitucionalidad en el Juicio: “G. E. B. V. c/sucesión de E. T. G. y otros s/Reconocimiento de Union de hecho”. Año: 2009. N° 1918 (A. y S. N° 588).

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

CUESTIÓN:

¿Es procedente la acción de inconstitucionalidad deducida?

A la cuestión planteada el doctor Núñez Rodríguez dijo: Se presenta ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, la Sra. M. S. T. de M., por derecho propio y bajo patrocinio de abogado, a promover acción de inconstitucionalidad contra el A. I. N° 987 de fecha 27 de noviembre de 2009, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala, de la Capital, en los autos: “G. E. B. V. c/ Sucesión de E. T. G. y otros s/ reconocimiento de unión de hecho”.

1. Alega la accionante que la resolución impugnada es arbitraria, ilegal e inconstitucional, por carecer totalmente de fundamentación, sin realizar el más mínimo análisis acerca de las disposiciones contenidas en la Ley N° 1/92 que se refiere a la unión de hecho y al caso particular de estudio. Afirma que el causante se hallaba incapacitado de contraer matrimonio, y por tanto la pretensión de reconocimiento de la unión de hecho entre la actora y el Sr. T. era imposible, por existencia de un matrimonio vigente al momento del inicio de la supuesta relación.

Señala que la facultad interpretativa de los magistrados debe ser realizada conforme a los lineamientos específicos del caso concreto, y basado en la Constitución Nacional y en la ley, sin embargo, aplicaron un Convenio sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que no guarda relación con la situación fáctica a ser analizada. Alega la violación de los Arts. 49, 51, y 137 de la Constitución, por lo cual solicita que la resolución impugnada sea declarada inconstitucional.

2. Por el A.I. N° 987, de fecha 27 de noviembre de 2009, el Tribunal de Apelación resolvió, con voto mayoritario: “*Declarar desierto el recurso de nuli-*

*dad. Revocar la resolución recurrida, y en consecuencia, rechazar la excepción de falta de acción manifiesta opuesta por todos los herederos; en el juicio de reconocimiento de unión de hecho deducida por G. E. B. V., de conformidad a lo expuesto en el fallo de la presente resolución. Imponer las costas en el orden causado. Anotar...*”, basado en que el Convenio sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, permite una lectura un tanto diferente de las relaciones de permanencia o estabilidad y su repercusión patrimonial entre las partes, pues al desconocer el aporte que el trabajo de la mujer en el hogar, independientemente de su estado o situación de casada, soltera o separada, significa para la formación de gananciales, constituye una expropiación del trabajo de la mujer en beneficio del varón y un enriquecimiento indebido a favor de éste, es por ello que la ley presume ese aporte y crea la comunidad de gananciales entre los esposos. Afirman que la interpretación de la normativa civil a la luz de dicha norma internacional, permite construir un sistema de participación de la mujer en los beneficios económicos derivados de la vida en común, sobre la base del aporte del trabajo doméstico durante la convivencia, el cual pudo haber producido un enriquecimiento del patrimonio del causante.

### 3. La acción debe prosperar.

Analizada la acción de inconstitucionalidad llego a la conclusión que la misma debe prosperar porque los magistrados intervinientes, hicieron una interpretación y aplicación errónea del Convenio sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, dándole una lectura distinta a la pretendida y yendo contra las claras normas constitucionales aplicables.

En efecto, podemos observar que los Magistrados han hecho un razonamiento equivocado de las normativas aplicables al caso, y por tanto han arribado a una conclusión errónea respecto a las facultades y funciones que tanto la Constitución como las leyes procesales le otorgan para el dictamiento de sus resoluciones.

El quid de la cuestión gira en torno a un pedido que realizara la Sra. G. E. B. V, para que le sea reconocida la unión de hecho que mantuviera por el plazo de 23 años con el Sr. E. T. y, por tanto, sea cumplida la última voluntad (verbal, sin prueba por escrito) del finado: que le prodiguen el sustento para que no le faltara de nada y tenga un buen vivir, la propiedad de un dúplex, que le dieran un buen dinero, y pagaran los estudios de una hija de la demandante; promesas todas incumplidas por los herederos. Refiere en su demanda inicial de la exis-

tencia de bienes inmuebles, vehículos y acciones, sin arrimar título alguno que acredite su participación en la compra, la fuente de financiamiento o la titularidad de los mismos. Estos requerimientos los hizo contra la sucesión del Sr. E.T. G., pedido rechazado por sus herederos, quienes opusieron excepción de falta de acción. En primera instancia, la excepción fue acogida, pero en Alzada fue rechazada por los argumentos expuestos precedentemente.

Si bien es constante la jurisprudencia de que la acción de inconstitucionalidad no constituye una tercera instancia para el estudio de cuestiones que fueron resueltas en instancias anteriores, también es cierto que la Corte Suprema de Justicia es la encargada de cumplir y velar por el cumplimiento de la Constitución, para mantener su vigencia y el ideal de justicia que es uno de los pilares fundamentales de todo Estado Social de Derecho.

Nuestra Constitución es sumamente clara respecto a este tema: "... Las uniones de hecho entre el hombre y la mujer, sin impedimentos legales para contraer matrimonio, que reúnan las condiciones de estabilidad y singularidad, producen efectos similares al matrimonio, dentro de las condiciones que establezca la ley" (Art. 51, segunda parte), y esto es así para proteger al matrimonio, pues: "La unión en matrimonio del hombre y la mujer es uno de los componentes fundamentales de la formación de la familia" (Art. 52) y "La familia es el fundamento de la sociedad" (Art. 49 primera parte). Y en el orden de prelación establecido en el Art. 137, la Constitución está por encima de tratados internacionales, y esto fue soslayado por los magistrados firmantes del voto mayoritario.

Reconocer a una situación de hecho con los alcances de un matrimonio, como pretende el Tribunal, es una extralimitación a sus facultades jurisdiccionales, entrando al campo del Constituyente o del legislador. Pretender que una relación de 23 años de antigüedad, con impedimentos legales para formalizar la unión, pueda crear una comunidad de gananciales, es desconocer la existencia del matrimonio válido existente y de la comunidad de gananciales que entre ellos perduraba. El Sr. T., al parecer, no pretendió nunca disolver la comunidad de gananciales que tenía con su esposa, para empezar una nueva sociedad con la Sra. B., basado en la relación entre ellos mantenida. Y si hablamos de sociedad comercial entre la Sra. B. y el Sr. T., vemos que tampoco reúne los requisitos mínimos para su existencia, como aporte de los socios, constitución, objeto social, giro mercantil, pasivos y activos, distribución de ganancias, libros contables, etc.

Y pregunto: ¿dónde queda la protección de la familia, pilar fundamental de la sociedad, y de la esposa, desconocedora de la relación extramatrimonial sostenida por su marido, en la cual eran usados los bienes familiares y gananciales?. Además, una manifestación de última voluntad, para su validez, debe revestir requisitos y formalidades, para su exigibilidad; y si el causante hubiese tenido intención de proteger a la Sra. B., habría testado a su favor, sin afectar la legítima, o realizado algún legado, o puesto bienes a su nombre en vida, a sabiendas de la situación en la que quedaría la Sra. B.. Por tanto, no es posible subsanar tal situación, a través del reconocimiento de una relación de hecho y el reclamo de los derechos pretendidos.

La Constitución Nacional protege a las uniones de hecho y les reconoce las mismas garantías que al matrimonio, siempre y cuando no exista impedimento entre ellos para contraer matrimonio.

El convenio aplicado por el Tribunal, es de suma importancia para evitar tantas discriminaciones injustas que sufre la mujer en los diversos ámbitos de acción, pero no para una relación en la que ella misma fue la que se colocó en una situación de desventaja jurídica y legal. Ella sabía y conocía la implicancia de convivir o mantener una relación con una persona casada. Entonces, según el razonamiento seguido por el Tribunal, no sería a la esposa a quien habría que proteger con la aplicación del Convenio?, ella es una víctima en la presente situación, y víctima de una situación no buscada por ella misma, como si fue el caso de la Sra. B. El causante jamás ocultó su situación civil de casado y tampoco pretendió romper ese vínculo en los 23 años de relación extra matrimonial. Entonces de que beneficios habla la actora del reclamo de reconocimiento de unión de hecho. Sin ánimo de perjudicar a nadie, he de decir, que el Sr. T. compartió bienes y ganancias que eran propios de la comunidad conyugal, quitaba de su hogar para surtir la casa en la que vivía la Sra. B. Pagó gastos propios de un padre, hizo estudiar a los hijos de la actora, festejo los cumpleaños, compartió la ganancia de lo producido en la estancia (según del escrito de promoción de la demanda se desprende), le dio una vida satisfactoria económicamente, sin que la misma tuviera que trabajar fuera del hogar, pero no la estabilidad legal y jurídica que ella está reclamando ahora a la sucesión.

El tema puede dar más notas para el debate, pero la intención de esta Corte es dejar sentada la postura expresada por nuestros Convencionales Constituyentes y plasmada en nuestra Carta Magna: protección de la familia, el

matrimonio y de las uniones de hecho sin impedimentos legales para contraer matrimonio.

Por todo lo expuesto y tratándose de una acción autónoma que pretende la vigencia de derechos y principios de rango constitucional a través de la declaración de nulidad del acto o actos impugnados, por tanto, considero que la resolución impugnada debe ser declarada inconstitucional desde el momento que vulneró garantías de rango constitucional al hacer una interpretación errónea de las normas aplicables al caso, en detrimento del debido proceso, y una garantía constitucional, causando un agravio gravísimo a la accionante. Costas a la perdidosa. Es mi voto.

A su turno el doctor Bajac Albertini dijo: 1) Me adhiero al voto del Ministro preopinante, Dr. Núñez, y manifestó cuanto sigue: El objeto de estudio en el caso particular, se circunscribe para esta Corte, a determinar si se ha quebrantado o no la garantía constitucional enunciada en el Art. 256, 2da. parte, referente al deber que tienen los magistrados de fundar sus resoluciones de acuerdo con las disposiciones constitucionales y con las leyes vigentes aplicables al caso. En el presente caso, tal como lo señalara la opinión que me antecede, el voto en mayoría del *Ad-quem* (Dres. Boungermini y Martínez Prieto) se ha apartado en forma arbitraria de las disposiciones constitucionales referentes a la *unión de hecho* y a la *protección del matrimonio* (Arts. 51, 2da. parte, 52 y 49), aplicando la *Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, aprobado por Ley N° 1215/86, que si bien enuncia garantías tendientes a asegurar, en condiciones de igualdad a la mujer y al hombre, los derechos a cada uno de ellos en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso, realizando una interpretación aludiendo a que la misma no se limita a la protección contra la discriminación en el matrimonio, sino que se extiende a todos los asuntos vinculados con las relaciones familiares. Con este criterio se aparta del principio constitucional establecido en el Art. 137, referente al orden jerárquico de prelación de las normas, al fundar la resolución en lo dispuesto en una Convención Internacional, aprobada por ley, pasando por alto claras disposiciones constitucionales, aplicables al caso en concreto.

De igual manera comparto el criterio sostenido en el Dictamen Fiscal (N° 1209 de fecha 06 de setiembre de 2010), el cual aconseja hacer lugar a la presente acción de inconstitucionalidad, en especial en lo referente a que el Tribunal



de apelación debía remitir en grado de consulta a esta Corte Suprema de Justicia, en uso de sus facultades ordenatorias e instructorias, previstas en el Art. 18 inc. a) del C.P.C. a los efectos de determinar la constitucionalidad o no de la norma legal a ser aplicada al caso.

Los magistrados se han apartado de la solución legislativa para el presente caso, desconociendo las normas constitucionales que debieron efectivizarse al caso concreto. En el caso de autos, si bien la norma aplicada se vincula al mismo (Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer) desconoce y se aparta de los preceptos constitucionales que debían fundar la resolución, en consecuencia el fallo resulta descalificable como acto judicial, en virtud de la doctrina de la sentencia arbitraria.

Atento a los fundamentos expuestos, opino que la resolución impugnada es arbitraria, resultando violatoria de los Arts. 51, 2da. parte, 52, 49, 137 y 256 de la Constitución Nacional, correspondiendo hacer lugar a la presente acción de inconstitucionalidad. Las costas deberán ser soportadas por la parte vencida. Es mi voto.

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

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

**RESUELVE:** Hacer Lugar a la acción de inconstitucionalidad promovida y, en consecuencia, declarar la nulidad del A.I. N° 987 de fecha 27 de noviembre de 2009, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala, de la Capital. Costas a la perdedora. Anotar, registrar y notificar.

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

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



## TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL

### ACUERDO Y SENTENCIA N° 36

#### **ACCIÓN DE AMPARO. Admisibilidad y procedencia de la acción de amparo. Presupuestos. Ilegitimidad.**

La ilegitimidad debe ser atendida en observación del todo el sistema judicial incluyendo la Constitución Nacional, en el caso se encuentra en colisión la posibilidad reconocida al IPS de regular sus propias actuaciones contra el derecho a la salud y la vida, debiendo ser preferidos estos últimos y al estar conculcados estos, se puede concluir que existencia de ilegitimidad, pues son bienes jurídicos que podrían encontrarse en peligro, como consecuencia de su violación. Esto se encuentra dado en la omisión del IPS de atender estos bienes jurídicos, prefiriendo respetar su reglamento interno.

#### **ACCIÓN DE AMPARO. Admisibilidad y procedencia de la acción de amparo. Presupuestos. Peligro inminente.**

A los efectos del peligro eminente para la procedencia de la acción de amparo, la enfermedad que aqueja al accionante es de trascendencia tal, que el conocimiento sobre el riesgo que la misma implica para la vida resulta evidente y por ende no necesita pruebas respecto de la urgencia de su tratamiento, mas aun que ambas partes concuerdan en la existencia de la misma, como asimismo en la necesidad de intervención, esto último se encuentra dado, respecto de la parte demandada, en la composición de listas de espera para intervenciones quirúrgicas, donde el demandado está incluido, con lo cual se concluye que se encuentra dado el peligro para su salud y es de urgencia su tratamiento quirúrgico para que la misma no se deteriore aun mas y el hecho de que no se realice la intervención quirúrgica que mejore su estado por sí lesiona y causa daño al accionante situación que debe ser salvaguardada.

**CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derechos de la salud.**

Nadie menoscaba los derechos con la situación excepcional de hacer primar los derechos constitucionales de salud y vida por sobre las reglas internas, cuando el caso lo amerita como en el presente caso.

**CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derechos de la salud.**

En el caso existe necesidad de atender derechos constitucionales del actor antes que la normativa interna de la entidad demandada, en lo que hace a la cuestión de utilización de recursos de la misma, debe dejarse sentado que el análisis de los mismos no vienen al caso, pues en caso contrario estaríamos poniendo en peligro los derechos del accionante nuevamente frente a una cuestión, en este caso accesoria, que es el factor económico, que también cede terreno ante los derechos que son intentados en su preservación.

TApel. En lo Civ. y Com. Primera Sala. 26-07-10. “Andrés Rafael Villalba Espínola c. Instituto de Previsión Social (IPS) s/ Amparo” (Ac. y Sent. N° 36).

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar la siguiente;

**CUESTIONES:**

¿Es nula la sentencia recurrida?

En caso contrario, ¿es ella justa?

Practicado el sorteo de ley, este arrojó el siguiente orden de votación: Preopinante: el Magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos, Valentina Núñez González y Dra. María Sol Zuccolillo Garay de Vouga.

A la primera cuestión planteada el magistrado Oscar Augusto Paiva Valdovinos dijo: que de conformidad al Art. 581 del C.P.C. “Contra la Sentencia de Primera Instancia que acoge o deniega el amparo, así como en los casos del Art. 570 y 571, procederá el recurso de apelación, que le será concedido sin efecto suspensivo cuando se acoja el amparo o se haga lugar a las medidas de urgencia. El recurso deberá interponerse y fundamentarse por escrito dentro del segundo día de notificadas las resoluciones mencionadas. El Juez correrá traslado del mismo a la otra parte, la que deberá contestar dentro del plazo de dos días. Inmediatamente el Juez elevará el expediente al Tribunal de Apelación competente...”.

Que, en estas condiciones resulta notoria que contra la Sentencia de Amparo sólo cabe el recurso de Apelación y no el de nulidad y habiendo sido, en el caso en estudio, concedido tanto el recurso de apelación como el de nulidad éste último debe declararse mal concedido, más aún si se tiene en cuenta que el fallo recurrido no adolece de defectos de forma o vicios que pudiera obligar al Tribunal a estudiar de oficio la nulidad. Así voto.

A sus turnos los magistrados Valentina Núñez González y Dra. María Sol Zuccolillo Garay de Vouga manifiestan que se adhieren al voto del magistrado Oscar Augusto Paiva Valdovinos por compartir sus mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada el magistrado Oscar Augusto Paiva Valdovinos dijo: Por la sentencia recurrida el a-quo resolvió: “Hacer lugar a la presente acción de amparo constitucional que promueve el señor Andrés Rafael Villalba Espínola contra el Instituto de Previsión Social (I.P.S.) y en consecuencia disponer que la institución demandada provea al amparista los recaudos necesarios para su intervención quirúrgica, requiriendo las asistencias conexas necesarias, conforme a los fundamentos expuestos en el considerando de la presente resolución. Costas en el orden causado”.

Que, en cuanto al recurso de apelación, el apelante se agravia contra la S.D. N° 327 de fecha 10 de mayo de 2007, fundado en las siguientes consideraciones: a) Los aportes obreros patronales, forman parte de los recursos financieros y los mismos son destinados conforme a lo establecido en la Carta orgánica del I.P.S.; b) En virtud de la disposiciones de su carta orgánica, el I.P.S. posee facultad y potestad legal para reglamentar servicios complejos y costosos que deben ser usufructuados por asegurados que reúnen las semanas de aportes establecidos en la disposición reglamentaria; c) El I.P.S. no puede prestar dichos servicios sin una reglamentación adecuada. El instituto va cubriendo, conforme las prestaciones son efectuadas al mismo y de acuerdo al tipo de cotizante, y si deja de lado su orden se estaría violando el Art. 128 de la Constitución Nacional. d) No se hallan reunidos los requisitos exigidos por la Constitución Nacional y el Código Procesal Civil, para la procedencia del Amparo; e) No existe acto u omisión manifiestamente ilegítima, brindar beneficio a quienes requieren dicho beneficio en contravención a las disposiciones vigentes en el instituto implicaría una violación de sus propias leyes y ello significaría un acto ilegal; f) el amparista obtendría un beneficio que no le corresponde en detrimento de otros asegurados que si tienen derechos; g) el amparista no ha demostrado que exista

urgencia para la concesión de lo reclamado. No ha demostrado el peligro inminente.

Que, la parte actora al contestar el traslado manifestó que la resolución recurrida se ajusta las disposiciones de la Constitución Nacional que regulan al Amparo. En dicho sentido señala que el Sr. Andrés Rafael Villalba no es una persona extraña frente al I.P.S., sino que es asegurado del mismo, agregando que es a partir de dicha posición es que el mismo está haciendo uso de los servicios médicos del demandado para enfrentar la enfermedad que le aqueja, además integra la lista de personas a los que les será practicada una intervención quirúrgica. Asimismo señala que el sistema de seguridad social para el trabajador que es normado por la Constitución Nacional debe ser reglamentado por ley y no por normas administrativas y que atendiendo a la ley del I.P.S., esta no restringe la atención solicitada. Señala que si bien es cierto, el I.P.S., a través de su Consejo de Administración, tiene la facultad de dictar resoluciones, el actuar de dicha entidad resulta ilegítimo al restringir la asistencia médica. En relación al agravio referido a los recursos económicos del IPS, señala que el mismo cuenta con los fondos necesarios para cubrir dicha necesidad y que la salud de los asegurados debe ser priorizada, además que el aporte individual no puede ser tenida como parámetro para la realización de una intervención quirúrgica, pues los fondos para los mismos provienen de la totalidad de aportes de los asegurados y de no que uno haya o no realizado una cantidad determinada de aportes. Por otro lado, refiere que el Sr. Villalba se viene realizando diálisis que conlleva un costo muy elevado frente a la intervención quirúrgica que resulta una incongruencia. Por último, señala que se encuentran reunidos los presupuestos del amparo de ilegitimidad, urgencia, peligro en la demora. En base a todo lo apuntado solicita el rechazo del recurso de apelación interpuesto.

Que, de las constancias de autos, del fallo recurrido y de los fundamentos de agravios y contestación de las partes, respectivamente, surge y se advierte que, la cuestión en debate, consiste en estudiar y definir si en autos se hallan o no reunidos los presupuestos exigidos por el Art. 134 de la Constitución Nacional vigente para la procedencia o no del amparo, pretensión que ha sido acogida favorablemente por el Juzgador de Primera Instancia, mediante el decisorio que se halla en alzada.

Que, en materia de Amparo Constitucional, a partir de la disposición plasmada en el art. 134 de la Ley Fundamental citada, como así también de la

doctrina y jurisprudencia, se tiene que los presupuestos exigidos para la procedencia de la acción de amparo son las siguientes: a) Acto u omisión de autoridad o de particular manifiestamente ilegítima b) Que lesione o cause daño en un derecho a una persona o exista el peligro inminente de producirse c) Que por la urgencia del caso no existan otros medios por la vía ordinaria para remediarlas. En este punto también debe analizarse las denominadas vías previas o paralelas.

Analizadas las alegaciones de las partes, como asimismo las constancias del expediente, se tiene que el Sr. Andrés Rafael Villalba ha interpuesto demanda de amparo contra el Instituto de Previsión Social, fundado en que el accionante solicita que el segundo provea todas las circunstancias necesarias para la realización de una intervención quirúrgica, dado que se encontrarían reunidos los extremos necesarios para que el mismo sea realizado, señalado que el mismo es asegurado, que se encuentra cumpliendo con sus obligaciones, que además el mismo se encuentra en la lista de espera para ser operados y que ya tiene donante. La negación por parte del demandado se encuentra fundada en que el Sr. Andrés Rafael Villalba no tiene el tiempo necesario de aportes para ser intervenido.

Entonces, a partir de dichos extremos deben ser analizados los elementos que deben estar presentes para que la acción de amparo promovida sea acogida. En primer lugar debe ser estudiada la ilegitimidad. En dicho sentido, la ilegitimidad se encuentra dada en la contravención de normas. Ahora bien, el demandado alega que esta cumplimiento con las resoluciones que ha dictado su órgano administrativo, que tiene facultades para ello, por lo que no puede ser calificado como ilegítimo su actuar, pues, solo da cumplimiento a normas preestablecidas, agregando que el incumplir con las mismas, en detrimento de aquellos asegurados que cumplieron con el reglamento, sería un acto ilegal. La ilegitimidad debe ser atendida, en observación del todo el sistema judicial, incluyendo la constitución Nacional. En el presente caso, en esta última, se encuentran en colisión la posibilidad reconocida al I.P.S. de regular sus actuaciones contra el derecho a la salud y la vida. Entonces se puede concluir, la existencia de un conflicto normativo, pues se encuentra confrontada el derecho de reglar su propia conducta contra los derechos señalados, que son los salud e inclusive la vida, debiendo ser preferidos estos últimos y al estar conculcados estos, se puede concluir que existencia de ilegitimidad, pues son bienes jurídicos que podrían

encontrarse en peligro, como consecuencia de su violación. Esto se encuentra dado en la omisión del IPS de atender estos bienes jurídicos, prefiriendo respetar su reglamento interno.

Con respecto a los elementos peligro inminente de que se produzca un daño y peligro en la demora, debe señalarse con relación al primero que se encuentra dado en la inminencia de deterioro en la salud del accionante. No puede desconocerse que la enfermedad que aqueja al mismo es de trascendencia tal, que el conocimiento sobre el riesgo que la misma implica para la vida resulta evidente y por ende no necesita pruebas respecto de la urgencia de su tratamiento, más aún que ambas partes concuerdan en la existencia de la misma, como asimismo en la necesidad de intervención, esto último se encuentra dado, respecto de la parte demandada, en la composición de listas de espera para intervenciones quirúrgicas, donde el demandado está incluido. Entonces es posible concluir que respecto del accionante, se encuentra dado el peligro para su salud y es de urgencia su tratamiento quirúrgico para que la misma no se deteriore aun mas y el hecho de que no se realice la intervención quirúrgica que mejore su estado por sí lesiona y causa daño al accionante situación que debe ser salvaguardada.

Que, en cuanto respecta a la existencia de vías previas, ellas no pueden ser tenidas en cuenta en razón de la urgencia señalada.

Ahora bien el recurrente ha hecho mención en su memorial, que si se interviene al accionante sí que esté cumpliendo los extremos requeridos por su norma interna, estaría en detrimento de los demás asegurados que si lo cumplieron y que de esa manera se estaría promoviendo una situación de anarquía. A dicho respecto debe dejarse sentado que esta es una situación excepcional, donde se evalúan donde no se pretende derogar una norma interna ni perjudicar a los demás asegurados, pues tan solo se intenta que se respeten los derechos del accionante constitucionalmente reconocidos. Además no se percibe detrimento alguno respecto de los demás asegurados, pues no se tiene conocimiento de una preferencia de otro asegurado respecto del accionante, para ser intervenido. Es decir nadie ha sido menoscabados en sus derechos con la situación excepcional de hacer primar los derechos constitucionales de salud y vida por sobre las reglas internas, cuando el caso lo amerita como en el presente caso.

Por lo expuesto más arriba, este conjuez, puede concluir que existe necesidad de atender derechos constitucionales del actor antes que la normativa in-



terna del IPS. Ahora, en lo que hace a la cuestión de utilización de recursos de la entidad demandada, debe dejarse sentado que el análisis de los mismos no viene al caso, pues en caso contrario estaríamos poniendo en peligro los derechos del accionante nuevamente frente a una cuestión, en este caso accesoria, que es el factor económico, que también cede terreno ante los derechos que son intentados en su preservación.

Que, de lo expuesto más arriba se llega a la conclusión que el A-quo al dictar el fallo, en estudio en este Tribunal, se ha ajustado estrictamente a la Constitución y a las leyes por lo que se considera que el fallo en cuestión debe ser confirmado en cuanto respecta a la concesión del amparo en los términos de la parte resolutive, y por consiguiente voto por la confirmación de la sentencia. Asi voto.

A sus turnos los magistrados Valentina Núñez González y Dra. María Sol Zuccolillo Garay de Vouga, manifiestan que se adhieren al voto del Magistrado Oscar Augusto Paiva Valdovinos por compartir sus mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Sres. Magistrados por ante mí de que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue de inmediato.

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y los fundamentos en el esgrimidos, el Tribunal de apelación en lo civil y comercial de la capital, Primera sala;

RESUELVE: Declarar mal concedido el recurso de nulidad. Confirmar en todas sus partes la S.D. N° 327 de fecha 10 de mayo de 2007, dictada por la Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Primer Turno.

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

Magistrados: María Sol Zuccolillo de Vouga, Oscar Paiva Valdovinos, Valentina Núñez González.

Ante mí: Arnaldo Martínez Rozzano, Actuario.

\* \* \*

### **ACUERDO Y SENTENCIA N° 37**

#### **POSESIÓN. Actos posesorios.**

En los juicios de interdictos posesorios, caracterizados por su especialidad, brevedad, y sumariedad, resulta por completo irrelevante si el que reclama la protección por medio de este juicio es o no propietario del predio en cuestión, o si tiene o no mejor derecho a la propiedad o a la posesión del inmueble.

#### **POSESIÓN. Presupuestos.**

Los extremos o presupuestos que deben ser alegados y probados en los interdictos de recobrar la posesión son: 1) La posesión actual de la parte que reclama la protección judicial por vía interdictal, entendiéndose por “posesión” no el poder de la cosa con ánimo de dueño o de propietario, sino la simple tenencia de la cosa misma; 2) La desposesión o el despojo por parte de quienes fuesen demandados en el juicio.

Son los hechos de la posesión (de la actora) y la desposesión (por la demandada), es decir, el despojo, lo que debe ser objeto de acreditación o prueba.

#### **POSESIÓN. Prueba de la posesión.**

Si la demandada, ayudada por los miembros de la Comisión Vecinal, procedió a retirar del predio los muebles y objetos existentes en el lugar tal comportamiento constituyó una acción de desposesión o despojo en perjuicio de los derechos de actora, cuyos muebles se encontraban todavía en la vivienda siendo poseídos por ella, por lo cual es procedente el interdicto de recobrar la posesión.

TApel. En lo Civ. y Com. Primera Sala. 30-07-10. “Lorena Sánchez de Núñez c. Patrocinia Segovia de González s/ Interdicto de recobrar la posesión” (Ac. y Sent. N° 37).

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes;

#### **CUESTIONES:**

¿Es nula la sentencia en alzada?

En caso contrario, ¿es ella justa?

Practicado el sorteo de ley, este arrojó el siguiente orden de votación:

Preopinante: el Magistrado Dr. Marcos Riera Hunter, Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos y Valentina Nuñez González.

A la primera cuestión planteada el magistrado Dr. Marcos Riera Hunter dijo: La parte recurrente no fundamentó el recurso de nulidad, sino el de apela-

ción, razón por la cual, no existiendo en la sentencia en alzada vicios que impongan al Tribunal el deber de declarar la nulidad de oficio, y pudiendo repararse los agravios por medio de la apelación deducida, corresponde que el recurso de nulidad sea declarado desierto. Así voto.

A sus turnos, los magistrados Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos y Valentina Nuñez González: Manifiestan que se adhieren al voto del magistrado Dr. Marcos Riera Hunter por compartir sus mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada, el magistrado Dr. Marcos Riera Hunter dijo: En reiterados precedentes jurisprudenciales esta Magistratura ha señalado que en los juicios de interdictos posesorios, caracterizados por su especialidad, brevedad, y sumariedad, resulta por completo irrelevante si el que reclama la protección por medio de este juicio es o no propietario del predio en cuestión, o si tiene o no mejor derecho a la propiedad o a la posesión del inmueble puesto que los extremos o presupuestos que deben ser alegados y probados en los interdictos de recobrar la posesión son: 1) La posesión actual de la parte que reclama la protección judicial por vía interdictal, entendiéndose por “posesión” no el poder de la cosa con ánimo de dueño o de propietario, sino la simple tenencia de la cosa misma; 2) La desposesión o el despojo por parte de quienes fuesen demandados en el juicio.

En el caso en estudio, la parte accionante sostiene que vivía en el inmueble identificado en el escrito de demanda con su entonces concubino (quien posteriormente, según testigos, abandonó el lugar quedando en el sitio la accionante) hasta que en la fecha indicada en la denuncia policial de fs. 4 de autos, al regresar a la vivienda, encontró todas las cerraduras y candados de los portones cambiados atribuyendo el comportamiento a la hoy demandada. Por su parte, la accionada manifiesta que si bien es cierto que la actora vivía en el lugar con su concubino (a quien había entregado el inmueble por medio de un contrato de comodato), éste (el concubino) abandonó luego el lugar quedando en el sitio la demandante, pero que ésta, luego de la reunión conciliatoria que se efectuó en la Asesoría Jurídica de la Cámara de Diputados, abandonó el inmueble de referencia por su propia voluntad.

Como se indicó anteriormente, solamente dos extremos deben ser analizados por la Magistratura, sin que tenga relevancia jurídica si la actora o la demandada tienen o no derechos de propiedad sobre el inmueble en cuestión, o mejor derecho de propiedad, o mejor derecho a la posesión. Resulta también

irrelevante si la demanda había entregado el predio en comodato al concubino de la actora. Son los hechos de la posesión (de la actora) y la desposesión (por la demandada), es decir, el despojo, lo que debe ser objeto de acreditación o prueba.

Al respecto, los testigos que declararon en la presente causa manifestaron mayoritariamente que la actora no vivía ni residía en el inmueble que es objeto de interdicto, puesto que en el mismo solamente residía el concubino de la actora, quien ocasionalmente era visitado por la accionante. Estas declaraciones testificales conducen a entender que la actora no tenía la posesión o tenencia del predio, razón por la cual no podría pretender la restitución por esta vía de protección posesoria puesto que nadie puede demandar la restitución de una posesión que no ha tenido.

Sin embargo, esta conclusión inicial (que se desprende de las declaraciones testificales) no puede ser admitida, en modo alguno, por la Magistratura puesto que la misma parte demandada, al contestar la demanda, ha expresado una serie de elementos de juicio que concuerdan con la demandante en el sentido de que ésta se encontraba viviendo en el inmueble conjuntamente con su concubino a quien la demandada había entregado la vivienda en comodato. Las afirmaciones de la demandada, por lo demás, concuerdan con el contenido del instrumento de fs. 7 de autos del cual se desprende que entre las partes se ha realizado una reunión conciliatoria a la cual los litigantes concurren personalmente y en la cual se asienta que el comodatario (concubino de la actora) había hecho abandono del predio quedándose en el lugar la actora con su hijo manifestando ella (la actora) al enterarse del contrato de comodato (vencido) “que conversaría con la señora (la demandada) para le dé tiempo de buscar donde ir con su hijo”. Este documento (fs. 7) fue presentado por la accionante y aludido expresamente por la demandada al contestar la demanda, a fs. 44 de autos, por lo que debe otorgársele fuerza probatoria en cuanto a los hechos relacionados en el mismo. Se concluye, por tanto, que la actora ha acreditado el primero de los presupuestos elementales para la procedencia del interdicto de recobrar que ha promovido: la posesión del inmueble o vivienda en donde residía.

La cuestión relacionada con el otro presupuesto esencial para la procedencia de la presente demanda, la desposesión o despojo por parte de la demandada, se presenta un tanto más complicada. En efecto, la parte actora sostiene que fue desposeída o despojada del predio puesto que al volver a la vivienda en la fecha indicada en la denuncia policial de fs. 4, se encontró con las cerraduras y

candados completamente cambiados manifestando que todas sus pertenencias fueron llevadas hasta la Comisaría N° 13 de Villa Elisa. La demandada, sobre el punto, afirma que la actora ya había hecho abandono del inmueble o vivienda por su propia voluntad señalando con ello que no ha existido desposesión o despojo que pudiera hacer viable la pretensión de la accionante.

Sobre el punto, las declaraciones testificales se inclinan en el sentido de que si bien la Comisión Vecinal ha procedido a retirar todos los muebles y objetos que se encontraban en el lugar, estos objetos no eran de propiedad de la accionante, sino de pertenencia del concubino de la misma, es decir, del Sr. Walter Melgarejo, que es quien había suscripto el contrato de comodato con la demandada en este juicio. La única testigo que admitió que los objetos y muebles que se encontraban en la vivienda eran de la accionante es la Sra. Francisca Ocampos Aguilera quien, al contestar a las preguntas del pliego de fs. 58, manifestó a fs. 60, vlt. que “ella (la demandante) abandonó porque la comisión nos pusimos de acuerdo para llevarle todas sus cosas”, y más adelante declaró que “se cumplió el contrato (entre la demandada el Sr. W. Melgarejo) y la comisión decidió que ella (la accionante) abandone la casa y se alzó todas sus cosas en un camión y se llevó a la Comisaría donde trabaja el Sr. Walter”.

De todas maneras, independientemente de las declaraciones de los testigos, se estima que, en el caso, ha existido desposesión o despojo por parte de la demandada por cuanto que si el concubino de la actora (Walter Melgarejo) ya había hecho abandono de la vivienda en la cual continuó residiendo la accionante con su hijo, ello significa que la misma continuó ejerciendo la posesión o tenencia de la propiedad con todo el mobiliario existente en el lugar y no resulta razonable concebir que la accionante, en un momento determinado, luego de la reunión conciliatoria efectuada con la demandada, al retirarse de la vivienda en forma supuestamente voluntaria haya abandonado todos los muebles y objetos existentes en el predio. Estas consideraciones conducen, por el contrario, a entender que si la demandada, ayudada por los miembros de la Comisión Vecinal, procedió a retirar del predio los muebles y objetos existentes en el lugar tal comportamiento constituyó una acción de desposesión o despojo en perjuicio de los derechos de actora, cuyos muebles se encontraban todavía en la vivienda siendo poseídos por ella. Aun cuando los documentos de fs. 12/14 de autos no se encuentran autenticados (acta de denuncia policial, detalle de objetos faltantes, y detalle de objetos entregados por la demandada a la dependencia policial y

recibidos por ésta), el contenido de tales instrumentos concuerda con las aseveraciones de la actora y también con el análisis efectuado por la Magistratura y con la conclusión que, a modo de presunción razonable, se obtiene.

Habiéndose probado, por tanto, los dos únicos extremos legislados para la procedencia del interdicto de recobrar la posesión la pretensión de la accionante deviene procedente. Corresponde, en consecuencia, que el Tribunal confirme, con costas, la sentencia en alzada (que hace lugar a la demanda de interdicto) por hallarse la decisión ajustada a Derecho. Así voto.

A sus turnos los magistrados Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos y Valentina Núñez González: Manifiestan que se adhieren al voto del magistrado Dr. Marcos Riera Hunter por compartir sus mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Sres. Magistrados por ante mí de que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue de inmediato.

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y los fundamentos en el esgrimido, el Tribunal de apelación en lo civil y comercial de la capital, primera sala;

RESUELVE: Declarar desierto el recurso de nulidad. Confirmar, con costas, la sentencia recurrida. Anotar, registrar y remitir copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: María Sol Zuccolillo de Vouga, Marcos Riera Hunter, Valentina Núñez González.

Ante mí: Arnaldo Martínez Rozzano, Actuario.

\* \* \*

## **ACUERDO Y SENTENCIA Nº 42**

*Cuestión debatida: El tema central de discusión, es si el instrumento presentado como base de la ejecución (resolución judicial que regula honorarios firme y ejecutoriada) tiene fuerza ejecutiva o no y si se hallan integrados debidamente, o en caso contrario, admitir la excepción planteada (inhabilidad de título) por la demandada.*

### **REGULACIÓN DE HONORARIOS.**

En cuanto a la aplicación o no de la Ley 1493/00, esta Sala ha sentado que

la Ley 1493/00 no es aplicable a los juicios laborales, categoría en la que se encuentra el juicio principal por reclamación de haberes jubilatorios.

**REGULACIÓN DE HONORARIOS. Juicios laborales.**

La ley 1493/00 no es aplicable respecto a los créditos laborales por la naturaleza misma de dichos beneficios y conforme a los arts. 248 y siguientes del Código del Trabajo, que habla del carácter singularmente privilegiado de los créditos laborales.

TApel. En lo Civ. y Com. Primera Sala. 12-08-10. “Regulación de honorarios profesionales de María Lorena Dolsa Meaurio c. IPS s/ Ejecución de sentencia” (Ac. y Sent. N° 42)

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar la siguiente;

**CUESTIONES:**

¿Es nula la sentencia recurrida?

En caso contrario, ¿es ella justa?

Practicado el sorteo de ley, éste arrojó el siguiente orden de votación: Preopinante: el Magistrado Oscar Augusto Paiva Valdovinos, Dr. Carmelo Castiglioni y Raúl Gómez Frutos.

A la primera cuestión planteada el magistrado Oscar Augusto Paiva Valdovinos dijo: La parte recurrente no ha fundamentado el recurso de nulidad, por lo demás no se advierte en la sentencia recurrida vicios o defectos que justifiquen la declaración de oficio de su nulidad en los términos autorizados por los Art. 113 y 404 del Código Procesal Civil. Corresponde en consecuencia desestimar éste recurso. Así voto.

A sus turnos los magistrados Dr. Carmelo Castiglioni y Raúl Gómez Frutos; manifiestan que se adhieren al voto del magistrado Oscar Augusto Paiva Valdovinos por compartir sus mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada el magistrado Oscar Augusto Paiva Valdovinos dijo: Que, por la resolución recurrida la Jueza A-quo dispuso: “1. No hacer lugar, con costas a la excepción de inhabilidad de título planteada por la parte demandada. 2. Llevar adelante la presente ejecución promovida por la Abog. María Lorena Dolsa Barreto contra el Instituto de Previsión Social, hasta que el acreedor se haga íntegro pago del capital reclamado, intereses, costas y costos del presente juicio. 3. Anotar, registrar y remitir copia a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

Que la recurrente manifiesta que, “la resolución recurrida agravia los derechos de mi representado, en razón a que el auto recurrido ha establecido en forma totalmente injusta y arbitraria no hacer lugar, con costas a la excepción de inhabilidad e título planteada por la parte demanda y llevar adelante la presente ejecución, pisoteando lo dispuesto en la Ley 1493/2000... Que la propia norma legal citada precedentemente, se infiere que el Instituto de Previsión Social (IPS), evidentemente, no tiene legitimación pasiva, es decir, no surge del título que el Instituto sea sujeto pasivo de la obligación desde el momento que los bienes de la Entidad son inembargables, conforme lo dictamina la Ley 1493/2000.

Que al contestar la expresión de agravios la ejecutante sostiene que: “Como ya es costumbre I.P.S. utiliza argumentos ampliamente debatidos y ya juzgados para evadir su obligación de pago. Invoca la aplicación de la Ley 1493/200, cuando que en los autos principales, cuya suerte sigue el juicio en cuestión, la citada ley no es aplicable al fuero laboral y por lo tanto no lo es a la regulación de honorarios que proviene de una reclamación laboral. La Ley 1493/2000 modificó el Art. 716 del C.P.C. pero no modificó el Código Labora, y ésta es la corriente uniforme de nuestros tribunales.”

Que, de la atenta lectura de ambas posiciones, se puede entender que el tema central de discusión, es si el instrumento presentado como base de la ejecución tiene fuerza ejecutiva o no y si se hallan integrados debidamente, o en caso contrario, admitir la excepción planteada por la demandada.

Que el art. 439 del C.P.C. establece: “Podrá procederse ejecutivamente siempre que en virtud de un título que trae aparejada ejecución se demande por obligación exigible de dar cantidad líquida de dinero”.

Que a fs. 2 de autos se tiene que el A.I N° 218 de fecha 6 de Marzo de 2008 en donde el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Quinto Turno reguló Honorarios Profesionales. Esta resolución fue notificada y quedó firme, sin que la parte demandada opusiere recurso alguno. Siendo ésta resolución un título válido y contiene cantidad líquida.

Conforme con lo establecido en el Art. N° 18 de la Ley 1376, “Los honorarios regulados judicialmente deberán abonarse dentro de los diez días de ejecutoriada la resolución respectiva...” Por lo tanto se advierte que existe una obligación por parte del I.P.S. de dar una cantidad líquida de dinero a la parte actora; cumpliéndose así todos los requisitos establecidos en el Art. 493 del



C.P.C. que habla de los títulos que traen aparejada ejecución por obligación exigible de dar cantidad líquida de dinero.

Se puede afirmar sin lugar a dudas que existe una cantidad líquida de dinero por la que el demandado está obligado a dar o pagar al actor.

Cabe señalar que en las ejecuciones de sentencias, las excepciones “deberán fundarse en hechos posteriores a la sentencia o laudo” (art. 527 del C.P.C) exigencia que no concurre en el caso en estudio.

En cuanto a la aplicación o no de la Ley 1493/00, ésta Sala ha sentado ya en el juicio que ha originado ésta regulación de honorarios (ver A.I. N° 72 de fecha 30 de marzo de 2007) que la Ley 1493/00 no es aplicable a los juicios laborales, categoría en la que se encuentra el juicio principal por reclamación de haberes jubilatorios. Hago mía las palabras del Tribunal de Apelación Laboral, Segunda Sala en su A.I. N° 109 de fecha 6 de mayo de 2009 en el juicio “Ejecución en los autos: “Roberto Vera c/ Secretaría Nacional de Turismo (Senatur) s/ reposición en el empleo y cobro de Gs. en div” “A nuestro entender y conforme a la jurisprudencia existente en el sentido de que no es aplicable la ley 1493/2000 a los juicios laborales; así como o la autorizada opinión de la Asociación paraguaya de Abogados Laboralistas, quienes se han manifestado públicamente sobre ésta cuestión, nos inclinamos a sostener que la ley citada no es aplicable respecto a los créditos laborales por la naturaleza misma de dichos beneficios y conforme a los arts. 248 y siguientes del Código del Trabajo, que habla del carácter singularmente privilegiado de los créditos laborales. Siendo así corresponde la revocatoria de ambas resoluciones, haciéndose lugar al reclamo formulado por el apelante con costas.

Situándonos en el tema que nos ocupa, la reclamación de honorarios profesionales, en éste caso, a más de ser un derecho inalienable, se originó en un juicio laboral, así calificado por éste Tribunal. Consecuentemente siendo éste un juicio accesorio del principal, sigue su misma suerte, y por lo tanto si en el principal no se consideró aplicable la ley 1493/00, tampoco será aplicable en el juicio accesorio.

A sus turnos los magistrados Dr. Carmelo Castiglioni y Raúl Gómez Frutos; manifiestan que se adhieren al voto del Magistrado Oscar Augusto Paiva Valdovinos por compartir sus mismos fundamentos. Así voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Sres. Magistrados por ante mí de que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue de inmediato.

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y los fundamentos en el esgrimidos, el tribunal de apelación en lo civil y comercial de la capital, primera sala;

RESUELVE: Desestimar el recurso de nulidad. Confirmar en todas sus partes la S.D. N° 146 de fecha 16 de marzo de 2010, dictado por el Juzgado en lo Civil y Comercial del Quinto Turno. Costas a la perdedora. Anotar, registrar y remitir copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Carmelo A. Castiglioni, Oscar Paiva Valdovinos, Raúl Gómez Frutos.

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

\* \* \*

### **ACUERDO Y SENTENCIA N°43**

#### **EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN.**

La falta de acción, la calidad para obrar es la condición jurídica en que se halla una persona con relación al concreto derecho que invoca en el proceso, en razón de su titularidad u otra circunstancia que justifica su pretensión. La falta de dicha calidad se denuncia mediante la excepción de falta de acción prevista en el art. 224 inc. c) del CPC o en el proceso ejecutivo conforme al art. 462 inc. d) del CPC

#### **RESOLUCIÓN JUDICIAL. Ejecución.**

El art. 526 inc. c) del CPC prevé las excepciones admisibles en la ejecución de resoluciones judiciales.

#### **RESOLUCIÓN JUDICIAL. Ejecución.**

En la Ejecución de sentencia solo se admiten las excepciones fundadas en hechos sobrevinientes a su pronunciamiento en razón de que los hechos anteriores y los posibles vicios de la sentencia se hallan excluidos de toda discusión como consecuencia de la autoridad de la cosa juzgada que es propia de la misma.

#### **EXCEPCIÓN DE INHABILIDAD DE TÍTULO. Procedencia de la excepción de inhabilidad de título.**

La "Inhabilidad de Título" se producirá en los supuestos en que la sentencia o el laudo carezcan de fuerza ejecutiva, cuando la sentencia que se ejecuta no se halle firme, consentida o ejecutoriada o no se halla vencido el plazo para su cumplimiento.

**FUNCIONARIO PÚBLICO. Secretarios. Obligaciones. Cargo actuarial.**

El escrito de interposición de recursos cuyo cargo no cuenta con la firma del actuario del Juzgado de Primera Instancia, es una omisión que tiene el efecto de tener a dicho escrito como no presentado teniendo en cuenta que precisamente el cargo actuarial constituye una condición esencialísima para dar fecha cierta a las presentaciones que efectúan las partes en los juicios.

**FUNCIONARIO PÚBLICO. Secretarios. Obligaciones. Cargo actuarial.**

La omisión en que se ha incurrido en el escrito de interposición de recurso de apelación de no contar con el cargo firmado por el actuario del Juzgado de Primera Instancia, resulta absolutamente insoslayable si se tiene en cuenta que entre las obligaciones del actuario legisladas en el artículo 186 del COJ se encuentra la de firmar los cargos actuariales, además de refrendar las actuaciones de los jueces.

**FUNCIONARIO PÚBLICO. Secretarios. Obligaciones. Cargo actuarial.**

El cargo es esencial para dar fecha cierta a los escritos forenses y esa fecha cierta no puede ser suplida por la providencia de concesión de recursos, porque el Órgano Legal competente para ello (recepción del escrito y consignación del cargo) no es el Juez, sino el actuario. Igualmente, el defecto observado no queda convalidado por la circunstancia de que no haya habido objeción de partes, ni por el trámite en la Alzada porque el mismo no es propiamente procesal, sino formal que determina jurídicamente la inexistencia del acto, en este caso del escrito de recursos, el cual se tiene como no presentado.

**RECURSOS. Concesión de recursos.**

Como no es posible conceder recursos sobre la base de un escrito no presentado (cargo sin la firma del actuario), tales recursos, concedidos por la providencia en primera instancia, deben ser declarados mal concedidos de oficio por el Tribunal.

TApel. en lo Civ. y Com. Primera Sala. 16-08-10. "Regulación de honorarios profesionales del Abogado Osvaldo Milciades Ramírez en el juicio: T. L. M. s/ Sucesión" (Ac. y Sent. N° 43).

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes;

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia en alzada?

En caso contrario, ¿es ella justa?

Practicado el sorteo de ley, éste arrojó el siguiente orden de votación: Preopinante: el magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos, Valentina Núñez González y Dr. Marcos Riera Hunter.

A la primera cuestión planteada el magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos dijo: Este recurso no fue fundamentado por el recurrente. Por otra parte, no se observan vicios o defectos en la sentencia que obliguen a este Tribunal a declarar la nulidad de oficio, por lo que corresponde que el referido recurso sea declarado desierto. Así voto.

A su turno la magistrada Valentina Núñez González, manifiesta que se adhiere al voto del magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos por compartir sus mismos fundamentos.

A las segunda cuestión planteada, el magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos dijo: Por la resolución recurrida el Juez de Primera Instancia resolvió: “Rechazar con costas la excepción de inhabilidad de título opuesta por la demandada por los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. Llevar adelante la ejecución promovida por Osvaldo Milciades Ramírez Valdez hasta que el acreedor se haga integro pago del capital reclamado, intereses, costos y costas del juicio...”. Contra la citada resolución, se alza el Abog. Nelson Riveros Vera en los términos del escrito de fs. 141/151 de autos.

Que de las constancias de autos surge que el Abogado Nelson Riveros Vera, opuso excepción de Inhabilidad de título fundada en la falta de acción (fs.105/113), en contra de la ejecución de sentencia (resolución ejecutada es el A.I. N° 1.749 del 3 de agosto de 2007). Esta fue notificada al anterior Abogado Aureliano Britez, según cédula de fs. 98).

Que la excepción de inhabilidad de título opuesta es de conformidad a lo dispuesto en el Art. 526 inc. c) del Código Procesal Civil en los términos de su escrito de fs. 105. El Juzgado, previo traslado a la adversa de la excepción opuesta, que solicitó el rechazo de la misma, dictó el auto que hoy se encuentra en alzada ante este Tribunal, por el cual se resolvió rechazar dicha excepción.

El excepcionante opone al progreso de la ejecución de sentencia promovida “La excepción de inhabilidad de título por falta de acción (fs. 110) de conformidad al Artículo 526 inc. c) del Código Procesal Civil, según escrito de oposición.

El Artículo 526 del Código Procesal Civil establece: “Solo serán admisibles las siguientes excepciones: inciso a) falsedad de la ejecutoria, b) prescripción decenal, c) falsedad o inhabilidad de título, d) pago, y e) quita, espera o remisión”.

La falta de acción, la calidad para obrar es la condición jurídica en que se halla una persona con relación al concreto derecho que invoca en el proceso, en razón de su titularidad u otra circunstancia que justifica su pretensión.- La falta de dicha calidad se denuncia mediante la excepción de falta de acción prevista en el art. 224 del Código Procesal Civil inc. c) o en el proceso ejecutivo conforme al art. 462, inciso d) del C.P.C.

La falta de acción como excepción de Inhabilidad de título pretendida y fundada en el art. 526 inc. c) del Código Procesal Civil es improcedente. El citado artículo prevé las excepciones admisibles en la ejecución de resoluciones judiciales como es el caso de autos, dentro de las cuales se halla la excepción: inc. c) falsedad o inhabilidad de título, es lo establece el artículo.

En la Ejecución de sentencia solo se admiten las excepciones fundadas en hechos sobrevinientes a su pronunciamiento en razón de que los hechos anteriores y los posibles vicios de la sentencia se hallan excluidos de toda discusión como consecuencia de la autoridad de la cosa juzgada que es propia de la misma.

La “Inhabilidad de Título” se producirá en los supuestos en que la sentencia o el laudo carezca de fuerza ejecutiva, cuando la sentencia que se ejecuta no se halle firme, consentida o ejecutoriada o no se halla vencido el plazo para su cumplimiento.

En la ejecución de sentencia que se ejecuta es el A.I. N° 1749 dictado por el Juzgado, fs. 97, notificado según cédula de notificación a fs. 98 tiene fuerza ejecutiva, se halla consentida, ejecutoriada y lo que es más se halla vencido el plazo previsto para su cumplimiento de conformidad al art.18 de la ley 1376.

A fs. 131 del principal consta la S.D. N° 832 por la cual fueron declarados herederos L. J. M. y G. M. M. ascendientes del finado por no existir descendientes con derechos al haber hereditario, a la totalidad de los bienes gananciales ya que la cónyuge supérstite no tiene parte en las gananciales sino que retira su parte de la sociedad conyugal formada con el finado.

El art. 47 de la ley 1376 arancelaria establece: “En el juicio sucesorio los honorarios se regularán sobre el acervo o haber hereditario”. El haber de la presente corresponde a los herederos L. J. M. y G. M. M. por no existir descen-

dientes, por lo que son los obligados al pago de honorarios profesionales de acuerdo a lo establecido por el art. 48 de la mencionada y que fueron observadas por el A.I. N° 1749 que se ejecuta, que por derecho corresponde de conformidad a la ley arancelaria en que fue pedida.

El pedido de Regulación de Honorarios Profesionales en la forma solicitada se halla ajustado a derecho, la resolución que es su consecuencia que se ejecuta se halla notificada, firme, consentida, ejecutoriada y vencido el plazo para su cumplimiento, en consecuencia es procedente la ejecución de sentencia solicitada, debiendo el Tribunal confirmar la resolución objeto de recurso, imponiendo las costas a la perdidosa.

En consecuencia por las razones anotadas corresponde, al Tribunal confirmar con costas, el auto en alzada en todas sus partes por hallarse ajustada la decisión conforme a derecho. Así voto.

A su turno, la magistrada Valentina Núñez González, manifiesta que se adhiere al voto del magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos por compartir sus mismos fundamentos.

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

De las constancias de autos surge que a fs. 126 del expediente se encuentra agregado un escrito por el cual la parte demandante interpuso recursos de apelación y nulidad contra la S.D. N° 19 de fecha 12 de febrero de 2008. No obstante, se advierte que dicho escrito no cuenta con el cargo firmado por el actuario del Juzgado de Primera Instancia, omisión que tiene el efecto de tener a dicho escrito como no presentado teniendo en cuenta que precisamente el cargo actuarial constituye una condición esencialísima para dar fecha cierta a las presentaciones que efectúan las partes en los juicios.

La omisión en que se ha incurrido resulta absolutamente insoslayable si se tiene en cuenta que entre las obligaciones del actuario legisladas en el artículo 186 del COJ se encuentra la de firmar los cargos actuariales, además de refrendar las actuaciones de los jueces. La doctrina tiene una posición clara y terminante en relación a esta clase de omisiones y sus efectos perjudiciales en el orden judicial. Así, han declarado Palacio y Alvarado que el cargo *“otorga fecha cierta a tales escritos y comunicaciones... Teniendo fundamentalmente, por un*

*lado, a determinar si un acto procesal se ha cumplido o no dentro del plazo que le corresponde y, por otro lado, a señalar el comienzo de los plazos que la ley confiere a los órganos judiciales para dictar cierto tipo de resoluciones... el escrito que carece de cargo debe tenerse por no presentado... constituye requisito esencial del cargo la firma del funcionario o empleado a quien la ley atribuye tal deber... la falta de firma determina la total ineficacia del cargo... la señalada omisión no impide asignarle efectos si el Funcionario autorizado para extenderlo informa que el escrito fue dejado en la oficina el día y hora que en aquel se consigna y no se aduce o demuestra falsedad o inexactitud” (Lino Palacio y Adolfo Alvarado Velloso, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, T. 4, Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, Rca. Argentina, 1989, Págs. 80/83.*

Asimismo, cabe agregar que el cargo es esencial para dar fecha cierta a los escritos forenses y esa fecha cierta no puede ser suplida por la providencia de concesión de recursos, porque el Órgano Legal competente para ello (recepción del escrito y consignación del cargo) no es el Juez, sino el actuario. Igualmente, el defecto observado no queda convalidado por la circunstancia de que no haya habido objeción de partes, ni por el trámite en la Alzada porque el mismo no es propiamente procesal, sino formal que determina jurídicamente la inexistencia del acto, en este caso del escrito de recursos, el cual se tiene como no presentado. Como no es posible conceder recursos sobre la base de un escrito no presentado, tales recursos, concedidos por la providencia de fs. 126 vta., deben ser declarados mal concedidos de oficio por el Tribunal.

Así, pues, debe conceptuarse que el Juzgado ha concedido recursos sobre la base de un escrito que no tiene presentación ni agregación formal al expediente. En consecuencia, corresponde que el Tribunal declare mal concedidos los recursos interpuestos contra la S. D. N° 19 de fecha 12 de febrero del 2008. Asimismo, corresponde llamar la atención de la actuaría Abog. Ana María Ocampos Báez, advirtiéndole que de incurrir nuevamente en omisiones como las deslizadas en autos, este Tribunal dispondrá la remisión de los antecedentes al Consejo de Superintendencia de la Corte Suprema de Justicia a los efectos pertinentes. Así voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Sres. Magistrados por ante mí de que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue de inmediato.

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y los fundamentos en el esgrimidos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Capital, Primera Sala;

RESUELVE: Declarar, desierto el recurso de Nulidad. Confirmar, con costas, la S.D. N° 19 de fecha 12 de febrero de 2008, de conformidad a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. Anotar, registrar y remitir copia a la Corte Suprema de Justicia.

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

Ante mí: Arnaldo Martínez Rozzano, Actuario.

\* \* \*

### **ACUERDO Y SENTENCIA N° 46**

#### **HECHOS NUEVOS.**

Técnicamente el “hecho nuevo” consiste en la alegación de circunstancias de naturaleza fáctica que deben ser objeto de prueba o acreditación para sostener el derecho que, a su vez, sustenta la pretensión del litigante.

#### **HECHOS NUEVOS. ALIMENTOS. Cesación de alimentos.**

En el caso de autos, lo denominado como hecho nuevo por el apelante (sentencia de divorcio vincular) no puede ser calificado, en rigor, como tal por cuanto que, además de no haberse probado por sentencia firme, dicho extremo no constituye una circunstancia fáctica que pudiera tener la virtualidad de tener impacto en sus eventuales derechos en este juicio, sino una causal que, en su caso, podrá ser invocada por el interesado para pedir la cesación de la obligación de prestar alimentos por la vía incidental, tal como se encuentra establecido en el artículo 601, del CPC.

#### **ALIMENTOS. Cesación de alimentos.**

Tratándose de una relación matrimonial subsistente cuyos cónyuges se encuentran separados de hecho no es exigible acreditar que uno de los cónyuges (en este caso la esposa) se encuentra en la imposibilidad de proveer a sus propias necesidades, ni la exigencia de acreditar que carece de bienes propios, que son los extremos determinados en el artículo 76 de la Ley N° 1/92, por cuanto esta disposición es aplicable solamente a aquellos casos en que se ha decretado el divorcio vincular o la separación personal judicial, además de la disolución de la comunidad conyugal, pero no es aplicable en relación al matrimonio subsistente en el cual los cónyuges se encuentran separados de hecho.



**PRUEBA DE CONFESIÓN. Escrito de demanda y contestación.**

Lo afirmado por las partes en los escritos de demanda y de contestación tiene el efecto de plena prueba, conforme el artículo 302 del CPC, por lo que no podría luego de tal afirmación rectificar el contenido de la misma.

TApel. En lo Civ. y Com. Primera Sala. 27-08-10. “Compulsas del expediente R.G. C. c. S. B. T. s. Prestación de Alimentos” (Ac. y Sent. N° 46).

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes;

**CUESTIONES:**

¿Es nula la sentencia en alzada?

En caso contrario, ¿es ella justa?

Practicado el sorteo de ley, éste arrojó el siguiente orden de votación: Preopinante Dr. Marcos Riera Hunter, Valentina Núñez González y Oscar Augusto Paiva Valdovinos.

A la primera cuestión planteada el magistrado Dr. Marcos Riera Hunter dijo: La parte recurrente no ha fundado el recurso de nulidad, sino únicamente el de apelación, razón por la cual no existiendo, por lo demás, vicios o defectos en la sentencia en alzada que impongan al Tribunal el deber de declarar la nulidad de oficio, corresponde que el referido recurso sea declarado desierto. Así voto.

A sus turnos los magistrados Valentina Núñez González y Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos, manifiestan que se adhieren al voto del magistrado Dr. Marcos Riera Hunter, por compartir sus mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada el magistrado Dr. Marcos Riera Hunter dijo: Básicamente, la parte recurrente solicita la revocatoria de la sentencia recurrida fundada en los siguientes argumentos: 1) Que no se ha probado que la accionante se encuentra en la imposibilidad de proveer sus propias necesidades; 2) Que la misma accionante no carece de bienes por cuanto que, según expresa, le ha transferido un inmueble que era un bien propio (del recurrente); 3) Que se ha incurrido en error al determinar el monto resuelto en la sentencia en alzada como prestación alimentaria porque, en realidad, el ingreso neto del mismo (del apelante) no es de Gs. 1.778.176, como lo afirmó en la instancia inferior, sino que es el monto bruto al cual deben efectuarse deducciones. Por lo demás, agrega en tal sentido que, conforme la documentación agregada a autos su haber de retiro alcanza solamente a la suma de Gs. 128.821; 4) Que alega

como hecho nuevo la sentencia de divorcio cuya copia agrega en esta instancia, con lo cual deja de tener la obligación de suministrar alimentos de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 77 de la ley N° 1/92.

En primer término, debe señalarse que la alegación del hecho nuevo aludido por el recurrente no puede ser considerado por la Magistratura como elemento de juicio para resolver la revocatoria de la sentencia en grado de recurso. En efecto, técnicamente el “hecho nuevo” consiste en la alegación de circunstancias de naturaleza fáctica que deben ser objeto de prueba o acreditación para sostener el derecho que, a su vez, sustenta la pretensión del litigante. Pero, en el caso de autos, lo denominado como hecho nuevo por el apelante (sentencia de divorcio vincular) no puede ser calificado, en rigor, como tal por cuanto que, además de no haberse probado por sentencia firme, dicho extremo no constituye una circunstancia fáctica que pudiera tener la virtualidad de tener impacto en sus eventuales derechos en este juicio, sino una causal que, en su caso, podrá ser invocada por el interesado para pedir la cesación de la obligación de prestar alimentos por la vía incidental, tal como se encuentra establecido en el artículo 601, del CPC. Sobre el punto refiere Alsina que “No debe confundirse el hecho nuevo con la causa nueva: el primero sirve para probar el derecho, en tanto que la segunda constituye el fundamento de una pretensión y podrá en todo caso autorizar una nueva demanda, que debe promoverse por separado” (H. Alsina, Tratado Teorico Practico De Derecho Procesal Civil Y Comercial, T. II, 1942, pag. 686. Igual criterio se sostiene en L. Palacio, Derecho Procesal Civil, T. V, Abeledo-Perrot, Bs. Aires, 1990, pags. 285 y 286). Lo alegado, por consiguiente, por el recurrente como hecho nuevo constituye en realidad una causal que le permitirá, en su caso, como se dijo, promover la cesación de la prestación alimentaria pro vía incidental, pero, técnicamente, no constituye un hecho nuevo que, como refiere Alsina, pudiera servir para probar el derecho.

Por otra parte, en relación a los demás agravios, cabe anotar que esta Magistratura, en anteriores precedentes jurisprudenciales, ya ha sostenido que tratándose de una relación matrimonial subsistente cuyos cónyuges se encuentran separados de hecho no es exigible acreditar que uno de los cónyuges (en este caso la esposa) se encuentra en la imposibilidad de proveer a sus propias necesidades, ni la exigencia de acreditar que carece de bienes propios, que son los extremos determinados en el artículo 76 de la ley N° 1/92, por cuanto esta disposición es aplicable solamente a aquellos casos en que se ha decretado el

divorcio vincular o la separación personal judicial, además de la disolución de la comunidad conyugal, pero no es aplicable en relación al matrimonio subsistente en el cual los cónyuges se encuentran separados de hecho. Tratándose de este caso (que es el caso de autos –recuérdese que no ha sido aceptado el “hecho nuevo” alegado por el apelante–) no resulta necesaria la acreditación de tales requisitos o condiciones bastando simplemente la prueba del vínculo matrimonial el cual determina la obligación recíproca de la asistencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 6 de la ley N° 1/92.

Por último, en cuanto concierne al monto que debe determinarse en concepto de prestación alimentaria, el agravio del apelante, consistente en que ha incurrido en error al afirmar en la contestación de la demanda que su ingreso neto era de Gs. 1.778.176, cuando que en realidad era el monto bruto sujeto a deducciones, siendo su haber de retiro solamente la suma de Gs. 128.821, no podría tener el efecto pretendido en esta instancia de Alzada. En efecto, debe tenerse en cuenta que lo afirmado por las partes en los escritos de demanda y de contestación tiene el efecto de plena prueba, conforme el artículo 302 del CPC, por lo que no podría luego de tal afirmación rectificar el contenido de la misma, y menos aun si se considera que en esta instancia reconoce que el ingreso neto en el año 2008 era de Gs. 1.004.411, monto muy diferente al haber de retiro del año 2007 (Gs. 128.821).

En consecuencia, por los fundamentos expresados, corresponde que el Tribunal confirme, con costas, la sentencia apelada por hallarse la misma ajustada a Derecho. Así voto.

A sus turnos, los magistrados Valentina Núñez González y Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos manifiestan que se adhieren al voto del magistrado Dr. Marcos Riera Hunter, por compartir sus mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto firmando los Sres. Magistrados por ante mí de que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue de inmediato.

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y los fundamentos en él esgrimidos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Capital, Primera Sala,

RESUELVE: Declarar desierto el recurso de nulidad. Confirmar, con costas, la sentencia apelada. Anotar, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: María Sol Zuccolillo de Vouga, Marcos Riera Hunter, Valentina Núñez González.

Ante mí: Arnaldo Martínez Rozzano, Actuario.

\* \* \*

### **ACUERDO Y SENTENCIA N° 51**

#### **EXCEPCIÓN DE INHABILIDAD DE TÍTULO. Estado de cuenta de institución pública.**

La representación del IBR la ejerce el Presidente, conforme lo señalara el A-quo y las leyes mencionadas precedentemente, por lo que las documentaciones deben ir firmadas por el mismo o por quien recibiese alguna delegación por parte del mismo para hacerlo en su representación.

#### **EXCEPCIÓN DE INHABILIDAD DE TÍTULO. Estado de cuenta de institución pública.**

En materia administrativa no está permitida ni la analogía ni las interpretaciones extensivas, las facultades deben estar expresamente conferidas de lo contrario no surten efecto, por lo que en el caso el estado de cuenta debe llevar la firma del Presidente del IBR para su validez y careciendo de este requisito el documento presentado como base de la acción, corresponde confirmar la resolución recurrida haciendo lugar a la excepción de inhabilidad de título.

#### **ACTO ADMINISTRATIVO. Requisito del acto administrativo.**

Como toda institución de carácter público tiene su personería jurídica y los órganos institucionales que funcionan son desempeñadas con personas físicas y, en ese ámbito debía regirse por normas del derecho privado, pero cuando se trata de decisiones relacionadas a la administración del ente se hallan regidas por normas de derecho público que regulan las funciones de las personas, como el presidente de la institución, como el consejo del IBR también creado por la ley.

#### **ACTO ADMINISTRATIVO. Requisito del acto administrativo.**

El Presidente del IBR al ser una persona de derecho público y al realizar actos de carácter administrativo como la de expedir un certificado de crédito que sirva de base para promover un juicio ejecutivo contra un particular o quien fuere, necesariamente debe tener la aprobación o el visto bueno del mismo o en su caso de los miembros del consejo en pleno.

**PRINCIPIO DE LEGALIDAD.**

En materia de derecho público rige con plenitud el principio de legalidad, solamente las personas autorizadas por la ley pueden realizar determinados actos y cuando no existe tal autorización le está prohibido hacerlo razón por la cual ni el gerente financiero ni el gerente de recuperación de créditos al no estar facultados no pueden expedir certificado alguno.

**EXCEPCIÓN DE INHABILIDAD DE TÍTULO. EXCEPCIÓN DE PAGO.**

La excepción de inhabilidad de título es incompatible con la excepción de pago articulada por la misma parte excepcionante, siempre y cuando ambas excepciones hagan relación con el mismo documento. (Voto en disidencia del Dr. Marcos Riera Hunter).

**EXCEPCIÓN DE INHABILIDAD DE TÍTULO. Procedencia de la excepción de inhabilidad de título.**

La excepción de inhabilidad de título no puede ser admitida por cuanto que, conforme la ley, las liquidaciones deben ser expedidas por “el Instituto”, refiriéndose al IBR, hoy INDERT, y, a su vez, el Instituto cumple o efectúa tal expedición a través del agente o del organismo responsable. (Voto en disidencia del Dr. Marcos Riera Hunter).

**EXCEPCIÓN DE INHABILIDAD DE TÍTULO. Procedencia de la excepción de inhabilidad de título. ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS**

Si bien el Presidente del IBR (hoy INDERT) ejerce la representación de la entidad, no necesariamente debe suscribir los documentos que certifican liquidaciones o saldos deudores por cuanto que, de conformidad con la Resolución 626/96, la Dirección de Recuperación de Créditos, dependiente de la Gerencia Financiera, tiene facultades expresas para remitir las liquidaciones actualizadas a los profesionales abogados designados por la Presidencia para iniciar las gestiones judiciales. (Voto en disidencia del Dr. Marcos Riera Hunter).

**EXCEPCIÓN DE INHABILIDAD DE TÍTULO. Procedencia de la excepción de inhabilidad de título.**

Teniendo en consideración la Resolución 626/96, exigir que los instrumentos de liquidación contengan, además, la firma o el visto bueno del Presidente de la Institución importaría agregar un requisito que no resulta de la normativa antes citada la cual, se reitera, otorga competencia a un Departamento

Administrativo en concreto para remitir las liquidaciones actualizadas a los efectos señalados. (Voto en disidencia del Dr. Marcos Riera Hunter).

**EXCEPCIÓN DE INHABILIDAD DE TÍTULO. Procedencia de la excepción de inhabilidad de título.**

Si el Departamento Administrativo del IBR puede o debe actualizar las liquidaciones para remitirlas a los abogados de la institución, a través de la Gerencia Financiera, ello significa que tal organismo tiene facultades para elaborar o constituir el documento base de la pretensión ejecutiva de la entidad. Si no pudiere elaborar la liquidación, tampoco podría actualizarlas. Es por ello por lo que la excepción de inhabilidad de título deviene improcedente. (Voto en disidencia del Dr. Marcos Riera Hunter).

TApel. en lo Civ. y Com. Primera Sala. 16-09-10. “Instituto de Bienestar Rural c. Luis Estaban Olmedo Ortiz s. Juicio ejecutivo”. (Ac. y Sent. N° 51)

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes;

**CUESTIONES:**

¿Es nula la sentencia recurrida?

En caso contrario, ¿se halla ajustada a derecho?

Practicado el sorteo de ley, éste arrojó el siguiente orden de votación: Preopinante, la magistrada Valentina Núñez González, Dr. Marcos Riera Hunter y Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos.

A la primera cuestión planteada, la magistrada Valentina Núñez González dijo: Este recurso no ha sido fundado en forma expresa. En el petitorio claramente se solicita la revocatoria de la resolución recurrida, lo que permite inferir que no ha habido agravios en tal sentido. Por otra parte, no se observan en la resolución vicios de forma o solemnidades que ameriten el estudio de oficio por parte del Tribunal, por lo que corresponde declarar desierto el mismo. Así voto.

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

En tal sentido, se advierte que la parte demandada no opuso solamente la excepción de inhabilidad de título, como alegó, sino que también opuso claramente la excepción de pago por cuanto expresamente manifestó que la deuda había sido pagada totalmente conforme los documentos agregados a los autos. El Juzgado debió haberse pronunciado respecto de ambas defensas, y no solamente respecto de una. Al no hacerlo, incurrió en un omisión que importa violación del principio de congruencia de conformidad con el artículo 15, inc. "b", del C.P.C.

En consecuencia, por los fundamentos expresados, corresponde que el Tribunal declare la nulidad de la sentencia en alzada. Así voto.

A su turno, el magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos manifiesta que se adhiere al voto de la magistrada Valentina Núñez González por compartir sus mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada, la magistrada Valentina Núñez González dijo: Se agravia el recurrente señalando que el A-quo no consideró ni aplicó con el valor correspondiente lo que el Art. 17 de la Ley 852/63 dispone en relación a los créditos del IBR, pues a su criterio la liquidación objeto de excepción reúne los requisitos necesarios de validez. Al respecto señala que se halla firmado por el Director de Recuperación de Crédito y por el Gerente de Crédito, quienes se encontrarían suficientemente habilitados para expedir este tipo de documento por el IBR., conforme a las disposiciones contenidas en la Resolución N° 626/95 que crea el Departamento de Recuperaciones dependiente de la Gerencia de Crédito, creada a su vez por Resolución N° 128/2000, motivo por el cual sostiene que es falso lo que afirma el Juez que solamente con la firma del Presidente del IBR tiene validez legal.

Agrega que con la contestación de la excepción había acompañado un certificado de fs. Por la que se ratifica la existencia de la deuda reclamada al igual que otras resoluciones que acreditan la legalidad del documento base de la acción, los que no fueron tenidos en cuenta por el Juez. Menciona que a fs. obra un recibo del IBR que tiene un sello del departamento de cobranza que acredita el pago, sin embargo, los supuestos pagarés de fs. 38/39 no tienen estos sellos, afirmando que son apócrifas, pese a lo cual tampoco el A-quo tuvo en cuenta. Realiza otras manifestaciones concluyendo con la solicitud de revocación de la resolución recurrida.

Corrido traslado a la otra parte esta contesta en escrito obrante a fs.70/73

de autos, refutando los argumentos del apelante y reclamando la confirmación de la resolución.

Entrando a analizar la cuestión sometida a estudio, nos encontramos ante un juicio ejecutivo promovido por el Instituto de Bienestar Rural hoy día IN-DERT, contra Luis Esteban Olmedo Ortiz para el cobro de la suma de Gs.124.218.649 (Ciento veinticuatro millones doscientos diez y ocho mil seiscientos cuarenta y nueve guaraníes) provenientes de la compra de un inmueble rural ubicado en Pedro P. Peña, Distrito de Boquerón. El documento base de la ejecución es una liquidación emitida por el Instituto de Bienestar Rural, conforme a lo dispuesto en el art. 17 de la Ley 852/63.

El excepcionante ha cuestionado la validez de la certificación de deuda emitida expedida por el IBR como base de la acción sosteniendo que la misma carece de fecha, no se encuentra firmada por el Presidente del Instituto, no corresponde a ninguna resolución en la que exista un crédito pendiente y en contrapartida el representante legal ha sostenido que el documento es plenamente hábil por que quienes la firman están habilitados para ello pues existiría una delegación al respecto por parte de la Presidencia del IBR de acuerdo al art. 17 de la Ley 852/63 y las resoluciones acompañadas con la contestación.

El A-quo había señalado que del análisis realizado de las disposiciones que rigen la actividad del IBR y en especial de los artículos 11 y 17 de la Ley 852/63 surge que el Presidente es el representante legal del IBR quien a su vez es administrador con funciones y atribuciones exclusivas y excluyentes contenidas en la ley, por lo que él considera que el mismo necesariamente debe firmar todos los documentos que emanen del Instituto y que podrían establecer cualquier tipo de relación jurídica con terceros, salvo caso de existir algún tipo de delegación que a su criterio no se observaba.

Al respecto cabe mencionar que la parte apelante al contestar la excepción había acompañado a su presentación copia de la Resolución N° 129 –Acta N° 4 que “Crea la Gerencia de Créditos, modifica y amplía la Resolución N° 191(Acta N 8) de fecha 23 de marzo de 1995 “Que aprueba el organigrama y manual de funciones” (fs. 50 y sgtes) así como también copia de la Resolución N° 626 d fecha 9 de julio de 1996, que crea la Dirección de Recuperación de Créditos y le asigna funciones.

De la lectura de las resoluciones no se tiene la figura de una delegación claramente definida tal cual pretende el apelante, de quien ejerce la represen-



tación del IBR en funcionarios inferiores para la firma de la documentación atacada hoy de inhábil. La Resolución N° 128 crea la Gerencia de Créditos y los más aproximado al caso que nos ocupa sería el inciso c) que señala que le corresponde: "Orientar y encarar el saneamiento de toda la cartera de gestión de cobros directos y judicial, debiendo fundamentalmente promover a través de la Dirección de Recuperación de Créditos sea mediante la novación de los mismos o mediante cobros compulsivos". Esta disposición no otorga facultades a quienes se encuentren al frente de la oficina creada a expedir documentaciones que sirvan de base a ejecuciones judiciales.

Por su parte la Resolución N° 626 que crea la Dirección de Recuperación de Créditos y le asigna funciones, establece en su art. 1°, numeral 2 : "Agotada las gestiones en las instancias administrativas, podrá remitir los antecedentes, documentos y/o liquidaciones actualizadas vía Gerencia Financiera, a los profesionales abogados, designados por la Presidencia, para iniciar las gestiones judiciales.

Como vemos, el Presidente ejerce la representación del Instituto de Bienestar Rural, pues es él quien comparece a otorgar el poder a los abogados que iniciaron la ejecución, conforme se desprende del poder obrante a fs. 4/5 de autos y lo hace en virtud a las disposiciones de la Ley 852/63 y 1863/02, aunque existe una última modificación la Ley 2199/03, que si bien elimina el Consejo del IBR igualmente conserva la dirección y administración del mismo en manos del Presidente designado.

De lo que se viene señalando puede inferirse que la representación del IBR la ejerce el Presidente, conforme lo señalara el A-quo y las leyes mencionadas precedentemente, por lo que las documentaciones deben ir firmadas por el mismo o por quien recibiese alguna delegación por parte del mismo para hacerlo en su representación.

Las resoluciones mencionadas precedentemente no contienen delegación alguna de facultades, a lo mas, efectuando una interpretación extensiva, podría decirse que la persona autorizada para gerenciar las ejecuciones podría ser el Gerente Financiero, de suerte tal que el extracto debería contar con el visto bueno del mismo lo que no se observa, pero bien sabemos que en materia administrativa no está permitida ni la analogía ni las interpretaciones extensivas, las facultades deben estar expresamente conferidas de lo contrario no surten efecto, por lo que compartimos el criterio del A-quo que el estado de cuenta debe

llevar la firma del Presidente para su validez y careciendo de este requisito el documento presentado como base de la acción, corresponde confirmar la resolución recurrida.

A ello puede agregarse, que el excepcionante ha acompañado a su presentación la liquidación de la cuota inicial y los pagarés firmados correspondientes a las cuotas. El IBR solo ha presentado la liquidación sin documento respaldatorio alguno, sosteniendo el representante legal que si sola bastaba la liquidación atendiendo a lo dispuesto en el art. 17 de la Ley 852/63 y el art. 570 del CC, adjuntando una constancia de no haberse expedido recibo cancelatorio alguno (fs. 47), sin embargo al acompañarse a la excepción los pagarés en que se instrumentara la operación permite considerar que la misma ya fue concluida y el hecho que los mismos obren en poder del deudor hace presumir lo dispuesto en la última parte del art. 570 del CC “El acreedor que reciba el pago debe librar recibo y hacer anotación de dicho pago sobre el título, si este no restituye al deudor” a lo que se suma el largo tiempo transcurrido desde la concreción de la operación (1989) y el último vencimiento de cuota (1993) a la fecha de inicio de la ejecución.

Por todo lo que se ha venido señalando considero que la resolución objeto de recurso debe ser confirmada, imponiéndose las costas a la parte perdedora. Asi voto.

A su turno el magistrado Dr. Marcos Riera Hunter dijo: Dada la forma como ha sido resuelta la primera cuestión, se hace innecesario el estudio de la segunda cuestión planteada.

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

En reiterados precedentes se ha sostenido que la excepción de inhabilidad de título es incompatible con la excepción de pago articulada por la misma parte excepcionante, siempre y cuando ambas excepciones hagan relación con el mismo documento. En el caso en estudio, no puede aplicarse tal temperamento por cuanto la deuda que es objeto de reclamo se desprende de la liquidación presentada por la parte accionante conforme el instrumento de fs. 2 y no de la documentación que originariamente ha suscripto la parte demandada.

No obstante, la excepción de inhabilidad de título no puede ser admitida por cuanto que, conforme la ley, las liquidaciones deben ser expedidas por “el Instituto”, refiriéndose al IBR, hoy INDERT, y, a su vez, el Instituto cumple o efectúa tal expedición a través del agente o del organismo responsable. En efecto, si bien el Presidente del IBR (hoy INDERT) ejerce la representación de la entidad, no necesariamente debe suscribir los documentos que certifican liquidaciones o saldos deudores por cuanto que, de conformidad con la Resolución 626/96, fs. 52, la Dirección de Recuperación de Créditos, dependiente de la Gerencia Financiera, tiene facultades expresas para remitir las liquidaciones actualizadas a los profesionales abogados designados por la Presidencia para iniciar las gestiones judiciales. Es decir, es la Dirección de Recuperación de Créditos la encargada de elaborar las liquidaciones para luego remitirlas, vía Gerencia Financiera, a los abogados que fuesen designados para la promoción de las acciones judiciales correspondientes. Teniendo en consideración la citada normativa, exigir que los instrumentos de liquidación contengan, además, la firma o el visto bueno del Presidente de la Institución importaría agregar un requisito que no resulta de la normativa antes citada la cual, se reitera, otorga competencia a un Departamento Administrativo en concreto para remitir las liquidaciones actualizadas a los efectos señalados. Si dicho Departamento puede o debe actualizar las liquidaciones para remitirlas a los abogados de la institución, a través de la Gerencia Financiera, ello significa que tal organismo tiene facultades para elaborar o constituir el documento base de la pretensión ejecutiva de la entidad. Si no pudiese elaborar la liquidación, tampoco podría actualizarlas. Es por ello por lo que la excepción de inhabilidad de título deviene improcedente.

En cuanto a la excepción de pago, tal defensa es igualmente improcedente teniendo en consideración que, con la sola excepción del documento de fs. 37, por valor de Gs. 1.950.235, todos los demás documentos tienen la firma del presunto deudor firmante de los pagarés testada o inutilizada por lo que mal podría pretenderse hacerlos como sustento de la citada excepción de pago. Tampoco el documento de fs. 40 puede servir de fundamento a la pretensión por aludir dicho recibo a pago por honorarios profesionales y no a cuenta de la suma reclamada en concepto de obligación principal. Por último, el documento de fs. 37, antes aludido, acredita solamente un primer pago inicial, y no el pago total de la deuda, tal como se desprende de la certificación obrante a fs. 87 de autos, siendo

la suma hoy reclamada el saldo de lo adeudado por la parte ejecutada conforme el documento base de la ejecución (fs. 2), que constituye suficiente título ejecutivo según la ley que rige a la accionante. Corresponde, por ello, desestimar también por improcedente la excepción de pago total opuesta por la demandada.

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

1) Desestimar las excepciones de inhabilidad de título y de pago total opuestas por la parte demanda, Luis Esteban Olmedo Ortiz, por improcedentes.

2) Llevar adelante la ejecución promovida por el Instituto de Bienestar Rural contra el Sr. Luis Esteban Olmedo Ortiz hasta que la parte acreedora se haga íntegro pago del capital reclamado, Gs. 124.218.649, más los intereses y las costas del juicio. Así voto.

Asu turno, el magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos expresa que se adhiere al voto de la magistrada Valentina Núñez por sus mismos fundamentos y agrega cuanto sigue: que el Instituto de Bienestar Rural fue creado como una institución autónoma y autárquica teniendo como función principal la reforma agraria en el Paraguay. Como toda institución de carácter público tiene su personería jurídica y los órganos institucionales que funcionan son desempeñadas con personas físicas y, en ese ámbito debía regirse por normas del derecho privado, pero cuando se trata de decisiones relacionadas a la administración del ente se hallan regidas por normas de derecho público que regulan las funciones de las personas, como el presidente de la institución, como el consejo del IBR también creado por la ley. Al ser una persona de derecho público y al realizar actos de carácter administrativo como la de expedir un certificado de crédito que sirva de base para promover un juicio ejecutivo contra un particular o quien fuere, necesariamente debe tener la aprobación o el visto bueno del presidente de la institución o en su caso de los miembros del consejo en pleno.

Es decir que en materia de derecho público rige con plenitud el principio de legalidad, solamente las personas autorizadas por la ley pueden realizar determinados actos y cuando no existe tal autorización le está prohibido hacerlo razón por la cual ni el gerente financiero ni el gerente de recuperación de créditos al no estar facultados no pueden expedir certificado alguno. Ello debe ser así porque en el derecho público debe estar expresamente facultado por la ley de las autoridades para realizar actos de esta naturaleza para proteger tanto los inte-

reses de la institución como la de terceros y por consiguiente ninguna persona de rango inferior que no esté facultada por la ley para expedir este tipo de certificado no puede tener valor jurídico.

Por otra parte, con la documentación presentada por el excepcionante, se infiere que se ha honrado la deuda reclamada a través de esta demanda, dado que la liquidación presentada y los pagarés coinciden perfectamente con la operación que se atribuye haber sido realizada entre el demandado y el IBR. En efecto en las mismas consta que se relacionan al expediente 3290/80, Resolución 2799/88, y en las dos liquidaciones presentadas por el accionante a fs. 2 y fs.48, se consigna que corresponden al expediente 3290/80 y Resolución 2799/88, lo que demuestra que los pagarés se hallan vinculados a dicha operación y por consiguiente el pago se ha efectuado. Esta posición ya ha sido sustentada por el Tribunal en un caso similar donde el distinguido conjuer que me precede en la opinión señalara:” El citado pagaré, que por otra parte aparece como registrado en la Dirección de los Registros Públicos (sello), al estar vinculado con la documentación presentada por la accionante como base de la pretensión ejecutiva, y al estar en poder de la deudora hoy demandada, constituye prueba de pago de la obligación, conforme con lo dispuesto en el artículo 570 del C.C. que dice: “El acreedor que reciba el pago debe librar recibo y hacer anotación de dicho pago sobre el título, si este no restituye al deudor”. Como el documento en cuestión se encuentra en poder de la demandada, debe entenderse, conforme la ley, que se ha hecho pago de la obligación reclamada” Acuerdo y Sentencia N° 125 del 29 de diciembre de 2003.

Es obvio que quien cancela un pagaré lo primero que hace es inutilizarlo, para precisamente evitar que por un endoso indebido pueda generarse una demanda como la presente, donde el IBR amparado en un facultad concedida por la ley y sin respaldo documental alguno, pretende con una liquidación generar una deuda que a vista de los documentos presentados por el demandado, ya fue cancelada, por lo que considero debe confirmarse la resolución de Primera Instancia con imposición de costas a la parte perdedora. Así voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Sres. Magistrados por ante mí de que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue de inmediato.

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y los fundamentos en el esgrimidos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Capital, Primera Sala;

RESUELVE: 1. Declarar desierto el recurso de nulidad. 2. Confirmar, con costas, la resolución recurrida. 3. Anotar, registrar y remitir copia a la Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: María Sol Zuccolillo de Vouga, Marcos Riera Hunter y Valentina Núñez González.

Ante mí: Arnaldo Martínez Rozzano, Actuario.

\* \* \*

### **ACUERDO Y SENTENCIA Nº 102**

#### **PRUEBA DE TESTIGOS. Tacha de testigos. INCIDENTE. Prueba.**

En el caso fue rechazado el incidente de inidoneidad de testigos, puesto que el incidentista no acreditó que los testigos cuya declaración objetaba se encontraban dentro de lo previsto en los arts. 315 del CPC ni que los mismos estaban imposibilitados por desconocimiento de los hechos a prestar testimonio que se les requería, el hecho de estar en grado de relación laboral, profesional o comercial con las partes, no es una causal de tacha directa o impedimento, si bien estas circunstancias deben ser evaluadas por el Juez, conforme a las reglas de los Arts. 342 y 269 del CPC.

#### **PAGO. Pago por consignación.**

El pago es el modo normal del cumplimiento de la obligación. Cuando por alguna razón el acreedor se niega o no puede recibir el pago, o bien en la duda el deudor pretende liberarse de la obligación, la ley prevé el arbitrio que consigne judicialmente el objeto de la obligación, en el caso de ser sumas de dinero, depositándolas en una institución bancaria en cuenta abierta a nombre del Juzgado.

#### **PAGO. Pago por consignación.**

Para que el pago por consignación, surta efecto no basta la consignación, o sea el depósito del dinero, o la promoción de la demanda, es necesario que el Juzgado declare la validez del pago, es decir que la negativa del acreedor de recibir es injustificada.

#### **PAGO. Pago por consignación.**

Habiendo quedado demostrado la falta de responsabilidad única del demandado en los atrasos, que la actora no hizo recepción definitiva de las obras

a pesar de los reclamos, y que dispuso la elaboración de una liquidación final por parte del gerente, sin que se hubiese formalizado la recepción definitiva, se acredita la existencia de una conducta culposa de la actora en la falta de solución del conflicto y la demora en el pago requerido y que correspondía al demandado por lo cual se rechaza la demanda de pago por consignación.

TApel. En lo Civ. y Com. Segunda Sala. 08-10-10. “Caja Paraguaya de Jubilaciones y Pensiones del Personal de Itaipu Binacional c. Consorcio CONTEPAR s. Pago por consignación”. (Ac. y Sent. N° 102).

Previo estudio de los antecedentes, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?

En caso negativo, ¿está ajustada a derecho?

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

A la primera cuestión, el Dr. Paredes Bordón dijo: La representante de la Caja Paraguaya de Jubilaciones y Pensiones del Personal de Itaipú desiste del recurso y así también lo hace el representante de la demandada CONTEPAR-APONTE LATORRE a fs. 1330, por lo que al no observarse en la sentencia recurrida, vicio ni violación de forma o solemnidad, debe tenerse por desistido a ambos recurrentes de este recurso.

A sus turnos los Dres. Báez Maiola y Zuccolillo Garay de Vouga votaron en el mismo sentido.

A la segunda cuestión el Dr. Paredes Bordón prosiguió diciendo: Por la sentencia en recurso, S.D. N° 756 de fecha 26 de noviembre de 2008, el A-quo resolvió: *“I- No hacer lugar el incidente de inidoneidad de testigos deducidos por el CONSORCIO CONTEPAR-APONTE LATORRE, conforme a los fundamentos expuestos en el exordio de esta resolución e imponer las costas de este incidente en el orden causado. II. Rechazar con costas, la demanda de Pago por Consignación promovida por la Caja Paraguaya de Jubilaciones y Pensiones del Personal de la Itaipú Binacional contra el CONSORCIO CONTEPAR-APONTE LATORRE, por improcedente, conforme a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. III. Hacer lugar con costas, a la demanda reconvenional de Cumplimiento de Contrato promovida por el CONSORCIO CONTEPAR-APONTE LATORRE contra La Caja Paraguaya de Jubilaciones y Pensio-*

*nes del Personal de la Itaipú Binacional y, en consecuencia, tener por cumplida la recepción definitiva de las obras efectuadas por el CONSORCIO CONTEPAR-APONTE LATORRE en el Edificio Montserrat y establecer que la Caja Paraguaya De Jubilaciones Y Pensiones Del Personal De La Itaipu Binacional debe abonar al CONSORCIO CONTEPAR-APONTE LATORRE en el plazo perentorio de 10 Días de quedar firma y ejecutoriada la presente resolución la cantidad de guaraníes noventa y seis millones setenta y tres mil setecientos cincuenta y ocho (Gs. 96.073.758, mas el 3% de intereses computados desde el 28 de noviembre de 2002, y mas la suma de dólares americanos veinte y ocho mil ciento setenta y cuatro, con ochenta centavos (u\$s 28.174,80), mas el 1% de intereses, también computados desde la misma fecha 28 de noviembre de 2002, conforme a lo expuesto en el considerando de la presente resolución. IV- Hacer lugar , con costas a la demanda reconvenional de Indemnización de Daños y Perjuicios promovida por el CONSORCIO CONTEPAR-APONTE LATORRE contra la Caja Paraguaya de Jubilaciones y Pensiones del Personal de la Itaipú Binacional y, en consecuencia, condenar a esta última a que en el plazo perentorio de diez días de quedar firme y ejecutoriada la presente resolución abone al CONSORCIO CONTEPAR-APONTE LATORRE la suma de guaraníes ochenta y dos millones doscientos seis mil quinientos sesenta y ocho (Gs. 82.206.568), más el 3% de intereses, contados desde la fecha de promoción de la demanda reconvenional, conforme lo expuesto en el exordio de la presente resolución. V. Anotar, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia”.*

Ambas partes recurren la sentencia. La actora y reconvenida, se agravia de la imposición de costas por su orden en el apartado primero, así como del rechazo de la demanda de pago por consignación, apartado segundo y de que se haya hecho lugar a las demandadas reconvenionales por cumplimiento de contrato, apartado tercero e indemnización de daños y perjuicios, apartado cuarto, en su contra, solicitando, la imposición de las costas en el incidente a la demandada y la revocación de los demás apartados, y se haga lugar en consecuencia a la demanda de pago por consignación, rechazándose las demandas reconvenionales. Expresa sus agravios a fs. 1296 a 1315.

La parte demandada y reconviniente a su vez, se agravia del apartado primero de la sentencia en el cual se rechazó el incidente de inidoneidad de testigos deducido por su parte, y en el apartado cuarto, del monto al cual fue condenada la actora, Gs. 82.206.568 que considera exiguo, por lo que solicita la



confirmación de la sentencia en los puntos no cuestionados de la misma, según los términos del memorial de fs. 1330.

Por una cuestión de ordenamiento, estudiaremos por separado los agravios y responde en cada apartado de la sentencia, conforme a la resolución de los mismos.

En cuanto al rechazo del incidente de inidoneidad de testigos, el mismo se ajusta a derecho puesto que el incidentista no acreditó que los testigos cuya declaración objetaba se encuentren incurso dentro de lo previsto en los Art. 315 del CPC, ni que los mismos estaban imposibilitados por desconocimiento de los hechos de prestar el testimonio que se les requería. Con el sistema impuesto en el código ritual que nos rige desde 1989, el hecho estar en grado de relación laboral, profesional o comercial con las partes, no es una causal de tacha directa o impedimento, si bien estas circunstancias deben ser evaluadas por el Juez, conforme a las reglas de los Arts. 342 y 269 del CPC.

Como lo resuelto respecto a la idoneidad de los testigos, no ha tenido incidencia en la decisión del Juez, que dictó la sentencia basando su convicción en las documentales, periciales e inspección judicial, más que en las testimoniales, se ajusta igualmente a derecho que las costas del incidente sean por su orden. El apartado primero de la sentencia debe en consecuencia ser confirmado.

En cuanto a la demanda de pago por consignación promovida por la Caja Paraguaya De Jubilaciones y Pensiones del Personal de la Itaipú Binacional, la misma se funda en que la demandada, CONSORCIO CONTEPAR-APONTE LATORRE, se negó a recibir la suma de Gs. 34.630.443, y U\$S 2.207,89, que de acuerdo a la liquidación final formulada por la actora y la empresa Gonzalez Acosta & Wood, en calidad de gerente, en la construcción y terminación del Edificio Montserrat encargado por la actora al consorcio demandado.

Al contestar esta demanda, el consorcio alegó que la liquidación fue realizada sin su participación, que el monto resultante no era aceptado por ello, no existe acuerdo sobre el monto, o sea el objeto del pago, ya que lo pretendido por el consorcio es mayor a lo ofrecido en consignación por la caja.

El pago es el modo normal del cumplimiento de la obligación. Cuando por alguna razón el acreedor se niega o no puede recibir el pago, o bien en la duda el deudor pretende liberarse de la obligación, la ley prevé el arbitrio que consigné judicialmente el objeto de la obligación, en el caso de ser sumas de dinero, depositándolas en una institución bancaria en cuenta abierta a nombre del Juzgado.

Los Arts. 584 y sgtes., del CC, regulan el pago por consignación. La presente demanda se incurso dentro del inciso a del Art. 584, ya que el acreedor se ha negado a recibir el pago. La actora alega además que el acreedor se encuentra en mora.

Respecto a la mora alegada por la actora, la misma se referiría a los plazos del cumplimiento de los contratos de obras suscritos entre las partes, no a la mora en el pago o recepción del dinero, por esa razón se incurso la demanda como se dijo, en la segunda parte del inciso a del Art. 584 del CC, o sea la negativa del acreedor a recibir el pago

El Art. 585 del CC, señala la necesidad que concurren conjuntamente los requisitos de persona, tiempo, modo y objeto. El requisito persona se refiere a la del acreedor y el deudor, requisito que se halla cumplido al estar conforme ambas partes en reconocerse las calidades de deudor, la actora y de acreedor el demandado. En cuanto al tiempo y el modo, también se hallan conforme que la obligación ya debe ser abonada y en dinero. En lo que difieren es el monto de la suma que la Caja adeuda al consorcio.

Para que el pago por consignación, surta efecto no basta la consignación, o sea el depósito del dinero, o la promoción de la demanda, es necesario que el Juzgado declare la validez del pago, es decir que la negativa del acreedor de recibir es injustificada.

En el presente caso, el acreedor, no solo ha mostrado su disconformidad con el objeto, o sea el monto que se le adeuda, sino que ha promovido una demanda reconvencional, reclamando el pago de una suma mayor y por ende, como señala el A-quo, no existe concordancia en el objeto, o sea el monto con el que el deudor pretende liberarse, no se corresponde con la suma que el acreedor le reclama, existe entonces una justificación suficiente para la negativa a la recepción del pago consignado, por lo que el apartado segundo de la sentencia, que rechazo la demandada de pago por consignación, también debe ser confirmado.

Con respecto a la demanda reconvencional de cumplimiento de contrato, la misma fue promovida por el Consorcio Contepar-Aponte-Latorre, que reclama la cantidad de Gs. 96.073.758 y U\$S 28.174,80, en concepto de pago por liquidación final y recepción definitiva de la obras encargadas al consorcio por parte de la caja, en el Edificio Montserrat, sobre la base de cinco contratos suscritos entre las partes, que son los siguientes:

a) Provisión de Servicios de Mano de Obra para la ejecución del Rubro Albañilería para el Edificio Monserrat, firmado el 9 de marzo de 2.000, cuya copia obra a fs. 11-19 de autos, recibidas provisoriamente el 10 de noviembre de 2001,

b) Provisión de Materiales y Mano de Obra para la ejecución de la Instalación Sanitaria para el Edificio Monserrat, suscrito el día 9 de marzo de 2000, obrante a fs. 20 a 29 de autos, recibidas provisoriamente el 29 de octubre de 2001;

c) Provisión de Aberturas de Aluminio para el Edificio Monserrat, firmado el 24 de marzo de 200, cuya copia obra de fs. 30 a 37 de autos; recibidos provisoriamente el 5 de noviembre de 2001;

d) Provisión de Servicios de Mano de Obra para la colocación de revestimiento de paredes y pisos de baños para el Edificio Monserrat, obrante a fs. 38/46 de autos, firmado el 17 de agosto de 2000, recibidas provisoriamente el 12 de diciembre de 2001,

e) Provisión de Servicios de Mano de Obra para la colocación de Pisos y Zócalos para el Edificio Monserrat, fojas 47-55, firmado el 17 de agosto de 2000, recibidas provisoriamente el 12 de diciembre de 2001.

Cabe consignar que los contratos fueron presentados por la actora y reconvenida al promover la demanda de pago por consignación y el contenido de todos ellos fueron reconocidos por ambas partes por lo que la validez de sus cláusulas esta fuera de discusión.

El consorcio, reconoce que las obras no fueron entregadas en el tiempo inicialmente pactado, que hubo un desplazamiento de dichos plazos, pero no asume responsabilidad única en dichas circunstancias, alegando como causas del retraso, entre otras las siguientes:

- La construcción del edificio se inicio sin que todos los detalles constructivos por parte de la caja estén resueltos, que hubo muchas modificaciones y trabajos adicionales que no estaban incluidas en las especificaciones iniciales;
- Las dificultades y problemas técnicos arquitectónicos, que surgieron en el desarrollo de los trabajos, no fueron resueltos de inmediato por el gerente;
- Las obras contratadas eran cronológicamente posteriores a otros trabajos que debían ser realizados por otros contratistas y como esas obras previas se retrasaron, ello también originó un desplazamiento de los plazos en que el consorcio debía iniciar y terminar los trabajos;

- La empresa gerenciadora o sea, que el gerente demoraba excesivamente la habilitación de frentes de trabajo;
- Como el edificio estaba siendo construido por diversos contratistas, la coordinación de los trabajos entre las mismas, era pésima, debido a la ineficiente gestión del gerente.

La parte reconviniendo, el consorcio, para abreviar, aduce que la parte actora y reconvenida, la caja, también para abreviar, no dio cumplimiento a la recepción definitiva de la obra, paso previo necesario para que la empresa González Acosta & Worod, en adelante el gerente, procediera en el plazo de 30 días posteriores, a la elaboración de la liquidación final.

Sin embargo, antes que se efectúe la citada recepción definitiva, el gerente elaboro una liquidación, que pretende sea la final, aplicando al consorcio una serie de penalizaciones debidos a demora o atrasos en el cumplimiento del cronograma de los trabajos.

El consorcio señala que la caja nunca realizó la recepción definitiva de la obra, a pesar de las notas remitidas a la misma, cuyas copias obran a fs. 202 y 267, y que el plazo de ciento ochenta días, pactados en cada uno de los cinco contratos, para efectuarlos una vez recepcionadas las obras en forma provisoria se encuentra vencido, por lo que solicita en la presente demanda, se proceda a la recepción definitiva, y así mismo la formulación de la liquidación final de la obra, cuyos montos señala es la cantidad de Gs. 96.073.758, y U\$S 28.174,80.

La caja, al contestar la demanda de cumplimiento de contrato, niega los hechos afirmados por el consorcio como causales de los atrasos en la obra, reconoce la existencia de variaciones y modificaciones en la condiciones iniciales en que fueron contratadas las obras, pero aduce que dichas variaciones estaban autorizadas y amparadas en las cláusulas de cada uno de los contratos, y que no implican modificación ni alargamiento de plazos, tal como expresamente se establece también en los contratos.

Reconoce como ciertas las fechas de recepción provisoria de las obras, pero señala que la reconviniendo no ha expresado la fecha de inicio de las mismas, y que son:

- a) Primer Contrato, inicio de trabajos el 2 de mayo de 2000, plazo contractual 240 días calendario, atraso de diez meses y diez y siete días
- b) Segundo Contrato, inicio de los trabajos 2 de mayo de 200, plazo contractual 300 días calendarios, atraso de ocho meses y cuatro días,

c) Tercer contrato, inicio del trabajo el 24 de marzo de 2000, plazo contractual

d) Cuarto contrato , inicio de los trabajos el 7 de septiembre de 2000, plazo contractual 184 días calendario, atraso de siete meses y tres días,

e) Quinto contrato, inicio de los trabajos 19 de octubre de 2000, plazo contractual 142 días calendarios, entregados con siete meses y dos días de atraso.

Si bien la caja reconoce que no se ha efectuado la recepción definitiva de la obra, aduce que la misma no se ha producido por culpa del consorcio, que se negó a reconocer la necesidad de realizar trabajos de reparación en obras que no han sido bien hechos, así como los descuentos que debe realizarse por los atrasos.

Aduce que en vista a esta negativa por parte del consorcio, el gerente, ha realizado los trabajos de terminación, conforme a lo establecido en los contratos, y finalmente se ha formalizado la recepción definitiva de las obras, entre la empresa gerenciadora, o sea el gerente y la caja, en fecha 12 de septiembre de 2002.

En síntesis la actora y reconvenida, solicita el rechazo de esta acción, fundada en que fue el consorcio el que incumplió el contrato al no entregar en tiempo los trabajos contratados, y por haberse negado a aceptar la liquidación final elaborada por el gerente, que contiene las penalizaciones pactadas debido a lo atrasos generados por el consorcio.

Con relación a esta demanda reconventional, la misma debe resolverse conforme a las reglas de los contratos sucritos entre las partes, Arts. 708, 715 y 719 del CC, como principio general, de donde los contratos forman para las partes reglas que deben ser cumplidas como la ley misma, y los Art. 852 y sgtes. del mismo CC, referidos al contrato de obra, en particular el 855 y 858 del mismo CC, habida cuenta que en los contratos se ha acordado a la CAJA la facultad de ir modificando la obra, modificaciones que fueron haciéndose a través del gerente, según surge de las anotaciones obrantes en el libro de obra, fs. 76 a 183 de autos, y que dichas modificaciones están previstas como causa de modificación y extensión de los plazos, en la cláusula 34 del Primer contrato, y las equivalentes en los demás.

Es importante señalar que a lo largo de la lectura del mencionado libro de obras, instrumento señalado por la caja como demostrativo de su posición, surge sin embargo, que el mismo se encuentra llenado en muchas partes de manera

unilateral, ya sea por el representante del gerente o por el representante del consorcio, contradiciéndose las anotaciones entre si, y son menos las anotaciones hechas de manera conjunta, de modo que tampoco puede tomarse como ciertas todas las observaciones obrantes en dicho libro. Esta misma observación, la existencia de contradicciones en los asientos de los libros de obra, son mencionados por el perito Daniel Lird, a fs. 6 de su informe pericial.

La posición del consorcio se encuentra avalada entre otras, por las siguientes instrumentales que fueron presentadas por la actora, La caja, al promover la demanda de pago por consignación, por lo cual no puede alegarse el desconocimiento de las mismas, ellas son, entre otras;

1) La nota del 6 de marzo de 2003, dirigida por el consorcio a la caja solicitando la recepción definitiva, fs. 202 de autos; y su reiteración de fecha 7 de abril de 2003, fs. 267;

2) Documentos obrantes a 208 a 234, en los cuales el consorcio detalla las razones de los atrasos en la obra, atraso del cual no es responsable el consorcio, y por ende, no se le puede aplicar penalidad alguna.

En conclusión, ha quedado acreditado que no es el consorcio el único responsable del corrimiento de los plazos y la demora en la culminación y entrega de los trabajos demostrados.

Por otro lado, en los respectivos contratos, se ha pactado que si bien la recepción provisoria será con el gerente, la definitiva, transcurrido los ciento ochenta días, será con la caja y el consorcio, y una vez formalizada la misma, el gerente elaborara la liquidación.

Como también ha quedado acreditado, por propia confesión de la actora y reconvenida, que la caja, envió al consorcio la liquidación final elaborada solamente por el gerente, antes de suscribirse la recepción definitiva.

Sobre estas bases, del Art. 855 del CC, las pruebas instrumentales mencionadas precedentemente, y la actitud de la caja, de alterar el procedimiento pactado para la recepción y la elaboración de la liquidación final, la decisión del A-quo de hacer lugar a esta acción, tener por realizada la recepción definitiva, y aceptar como liquidación final la presentada por el reconviniente, debe ser confirmada.

Por último, en cuanto a la demanda por indemnización de daños y perjuicios, encontrándonos dentro del ámbito del contrato de obra, el Art. 857 in fine del CC autoriza al que realiza la obra a reclamar estos rubros, si el que encargo la obra hubiese incurrido en culpa.

Sostiene la apelante, la caja, que el consorcio no ha sufrido ningún daño ni perjuicio que le habilite a reclamar estos rubros.

A su vez el consorcio, señala que se ha demostrado la conducta maliciosa de la caja, ya que los contratos preveía la conformidad y liquidación con los contratistas, antes de que el gerente elaborara la liquidación final, cuestión prevista inclusive en el contrato entre la caja y el gerente, fs. 56/71 de autos. Señala además que por el acuerdo entre la caja y el gerente, este último ha solicitado un pago en concepto de ahorro obtenido por penalizaciones a los contratistas.

Ocurre en autos que, en base a los documentos que sirvieron de sustento para hacer lugar a la acción por cumplimiento de contrato, es decir, habiendo quedado demostrado la falta de responsabilidad única del consorcio en los atrasos, que la caja no hizo recepción definitiva de las obras a pesar de los reclamos, y que dispuso la elaboración de una liquidación final por parte del gerente, sin que se hubiese formalizado la recepción definitiva, se acredita la existencia de una conducta culposa de la caja en la falta de solución del conflicto y la demora en el pago requerido y que correspondía al consorcio.

Por ende la acción de indemnización de daños, resulta también procedente, en base al articulado expresado, Art. 857 in fine del CC.

En cuanto al monto fijado, el A-quo, (Gs. 82.206.568), a más de señalar lo expuesto por el perito tercero, a fs. 1231, ha utilizado la facultad que le infiere el Art. 452 CC, que encontramos también razonable ya que constituye una suma considerablemente menor a la solicitada por el reconviniente, (Gs. 239.873.967).

En cuanto al porcentaje de los intereses fijados por el A-quo, 3%, si bien se encuentra en el límite máximo de lo usualmente fijado en tribunales, no excede dicho marco, por lo que debe igualmente ser confirmado.

En síntesis, voto por, Confirmar la sentencia recurrida, en todas sus partes, con imposición de costas a la perdidosa en ambas instancias.

A sus turnos los Dres. Báez Maiola y Zuccolillo Garay de Vouga manifestaron adherir al voto precedente por sus mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Señores Miembros, por ante mí quedando acordada la sentencia que sigue a continuación.

VISTO: por mérito que ofrece el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Segunda Sala.

RESUELVE: Tener por desistidos a los recurrentes el recurso de nulidad. Confirmar en todas sus partes la sentencia apelada. Costas a la perdidosa en

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

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

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

\* \* \*

### **ACUERDO Y SENTENCIA Nº 127**

#### **RECURSO DE NULIDAD. Procedencia del recurso de nulidad.**

Advirtiéndose que el A-quo ha valorado la prueba pericial, concluyendo que la misma no puede ser considerada, por no haberse dado cumplimiento al Art. 307 del CPC, reconocimiento en juicio, puesto que la misma fue incorporado como documental, de modo que bien podría declararse la nulidad de la sentencia, en razón que la misma no se ha pronunciado sobre la totalidad de los puntos que debía resolver, no obstante ello, pudiendo remediarse la situación por vía de la apelación, también interpuesta, Art. 407 del CPC, se desestima este recurso.

#### **PRUEBA DE CONFESION. Confesión ficta.**

En la confesión ficta, lo afirmado en las posiciones presentadas por el ponente no implican que tengan que ser consideradas como plena prueba, ya que el Código ritual, no consagra el principio de la prueba legal, sino el de la sana crítica, Art. 269 CPC, por lo que dichas confesiones, solo servirán en caso de ser a su vez respaldadas por otros medios de pruebas.

#### **TRANSPORTE. Contrato de transporte.**

En materia de transporte de personas, la prueba de la existencia del contrato es el billete o boleto expedido por el transportista, consignando el nombre del pasajero, lugar de salida y de destino, y precio o la tarifa a abonar por parte del pasajero.

#### **TRANSPORTE DE PERSONAS. SEGURO. Seguro de transporte. Seguro de responsabilidad civil.**

En materia de transporte de personas, siempre de acuerdo al Art. 924 del CC, está prohibida la limitación de la responsabilidad del porteador por daños o accidentes al pasajero, debiendo la indemnización ser de pleno resarcimiento, aun cuando estando vigente el seguro obligatorio de pasajeros, pues el daño



puede superar el monto máximo contratado con el seguro, ya que el resarcimiento, al no poder ser limitado, abarcando, los gastos hospitalarios y/o de medicamentos, el lucro cesante, el daño moral, y en todos los casos, por la regla general, corresponderá a quien reclama probar los extremos de cada rubro.

**SEGURO. Alcance del contrato de seguro.**

Nuestra ley hace una excepción a esta obligación de indemnizar, mas allá del monto del seguro, cuando en el Art. 924 del CC expresa “si no prueba haber adoptado todas las medidas para evitar el daño”. Este párrafo debe entenderse como exoneratorio en los casos fortuitos o de fuerza mayor, o el ocasionado por un tercero de cuyo hecho no tenga obligación de responder.

**SEGURO. Póliza.**

El mínimo por el cual debe ser contratado el seguro, es la cantidad equivalente a 1.000 jornales, que en la práctica, se convierte en el máximo, por ser la suma contratada por el transportista. Esta cantidad debe ser abonada proporcionalmente de acuerdo a una escala, que figura en la propia resolución y forma parte de la póliza, y contempla que para el caso de incapacidad total de por vida, que debe abonarse el cien por ciento del monto contratado, es decir la cantidad máxima.

**MUNICIPALIDAD. Juzgado de faltas municipales.**

Lo resuelto por el Juzgado administrativo de faltas, en materia de accidente de tránsito, resulta suficiente base para la condena o no en sede civil.

**DAÑOS Y PERJUICIOS. Lucro cesante.**

El lucro cesante, se refiere a la ganancia efectivamente dejada de percibir como consecuencia del accidente, no simplemente la expectativa, porque no ser así, sería una fuente de enriquecimiento y no la compensación por la ganancia no percibida.

**DAÑOS Y PERJUICIOS. Lucro cesante.**

No hay constancia de una relación laboral o profesional mas permanente en el tiempo, con empresa o particulares, y si fuese un profesional independiente, o trabajador calificado del ramo de electricidad, no se han presentado ni facturas de cobro de trabajos, o declaraciones de pago de tributos, con una antigüedad y regularidad tiempo mínimo, que permitan acreditar que los ingresos reclamados son reales y permanentes por lo cual se rechaza el concepto de lucro cesante.

TApel. En lo Civ. y Com. Segunda Sala. 30-11-10. “Julio Nelson Brizuela c.

Rápido Iguazú S.A. (RYSA) s. Indemnización de Daños y Perjuicios” (Ac. y Sent. N° 127)

PREVIO estudio de los antecedentes, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?

En caso negativo, ¿está ajustada a derecho?

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

A la primera cuestión el Dr. Báez Maiola dijo. se basa, alegando el art. 15 CPC, que el A quo “excluyó arbitrariamente a la aseguradora del proceso y porque también “..declaró indebidamente confeso a mi parte en violación al art. 291”. Las cuestiones procesales irregulares o afectadas de vicio, tienen su resorte procesal idóneo en los recursos y en los incidentes. El caso que plantea el recurrente, obviamente no puede ser reparado por la vía de recurso, tal como así previene expresamente el art. 117 CPC. Pero además, hay que tener en cuenta de que el recurrente hace reconocimiento de que la aseguradora cumplió con su parte (f. 619).

De acuerdo a ello y al no advertirse vicio que obligue a la Alzada a un pronunciamiento anulatorio de oficio, corresponde desestimar el recurso de nulidad por la expresada razón.

A su turno el Dr. Paredes Bordón dijo (la nulidad): El recurrente solicita la declaración de nulidad alegando que la sentencia infringió los Arts. 15 incs. b), c), y d) del CPC, al excluir arbitrariamente a la aseguradora del proceso, no se pronunció sobre el límite cuantitativo de responsabilidad hasta el monto del seguro obligatorio solicitado por la parte demandada, y declaró indebidamente confeso a su mandante en violación del Art. 291 del CPC.

En cuanto a estos agravios, encontramos que los mismos bien pueden ser subsanados en el estudio del recurso de apelación, también interpuesto, y siendo la nulidad de última ratio, Art. 407 del CPC, las alegadas violaciones no son tales, ni justifican declarar la nulidad de la sentencia.

En verdad la sentencia en alzada ha omitido pronunciarse en la parte resolutive, sobre la impugnación del informe pericial presentado por la parte demandada, que fuera motivo de decisión por medio del A.I. N° 780 de fecha 6 de diciembre de 2003, en el cual se dispuso que dicho pronunciamiento forme

parte de la sentencia definitiva. No obstante de la lectura de la sentencia en recurso, se advierte que el A-quo ha valorado dicha prueba, concluyendo que la misma no puede ser considerada, por no haberse dado cumplimiento al Art. 307 del CPC, reconocimiento en juicio, puesto que la misma fue incorporado como documental, de modo que bien podría declararse la nulidad de la sentencia, en razón que la misma no se ha pronunciado sobre la totalidad de los puntos que debía resolver, no obstante ello, pudiendo remediarse la situación por vía de la apelación, también interpuesta, Art. 407 del CPC, voto por desestimar este recurso.

A su turno, la Dra. Zuccolillo Garay de Vouga manifiesta que adhiere al voto del Dr. Juan Carlos Paredes Bordón en el mismo sentido.

A la segunda cuestión el Dr. Báez Maiola prosiguió diciendo: la S.D.N° 87 dictada el 27 de febrero de 2009 (fs. 503/8) hizo efectivo el apercibimiento y en consecuencia tuvo por confesa a la firma demandada respecto a la confesoria de parte adversa en base a tres posiciones. Por el segundo punto de la parte resolutive, hizo lugar a la demanda promovida por Julio Nelson Brizuela Chavez contra Rapido Iguazú S.A. (RISA), condenando a la misma al pago de Gs. 470.680.000 más intereses a razón del tres por ciento mensual a partir del 6 de marzo de 2000, a efectivizar dentro de los cinco días de quedar firme la sentencia. Recurrida en aclaratoria, por S.D. N° 176 del 6 de abril de 2009 (543/4) que rechazó el recurso, lo resuelto en primera instancia quedó conformado como se tiene referenciado.

Los cuestionamientos contra la decisión del A quo empiezan con la afirmación de que la solución al caso es injusta (aunque no manifiesta por qué) y que además la estimación de los daños es /excesiva". Y nada más.

En segundo término, sostiene que habiendo percibido el actor la suma de Gs. 26.160.000 de parte de la Aseguradora El Sol del Paraguay S.A.C.I.A. sin formular reserva no pudo formularse la presente demanda "por haberse extinguido la obligación reclamada en autos". A lo manifestado hay que agregar que tal cuestionamiento debió formularse no solamente por el medio adecuado sino en su debida oportunidad.

La "culpa de tercero", otro de los cuestionamientos es que el responsable del accidente de tránsito que ha provocado la demanda por indemnización es el conductor del camión Silvano Servín Aguayo "como ha quedado determinado por el juzgado de Faltas y Contravenciones de la Policía Caminera...Además

*esta prueba fue avalada por el informe pericial agregado como prueba instrumental.*” Si bien la sentencia en sede administrativa oportunamente ha quedado firme pues no hay demostración de que ha sido impugnada sea ante la misma o ante lo contencioso administrativo, asumida la responsabilidad “in eligendo” de parte de la empresa de transporte, resulta sin fundamento legal la pretensión del recurrente.

En cuanto al apercibimiento hecho efectivo respecto a confesoria, sostiene que fue el conductor del camión y no del ómnibus según cúmulo de pruebas que contradicen a la confesión ficta, el tema no está relacionada directamente a la producción del accidente sino a una supuesta falta de acción, argumento que tiene el medio propio de reclamo, pero no aclara ni nada dice por qué no ejerció sin derecho en oportunidad del diligenciamiento de la confesoria.

En lo referente a “Pasajero”, sostiene que la responsabilidad es contractual y no de extracontractual y en tal sentido, dado que el accionante no es tercero sino pasajero y por tanto al no haber condena de culpabilidad en sede penal mal puede ser responsabilizada civilmente RYSA. Este punto, ya ha sido objeto de análisis y decisión, razón por la que no queda sino la reafirmación de que procesalmente, el cuestionamiento debió ser efectuado en el momento y medio correspondientes.

Sostenida entonces la responsabilidad civil a cargo de la accionada, en cuanto al monto, los argumentos, si los hay, no resultan suficientes para hacer cambiar los montos que ha aceptado el A quo, razón por la que se impone la confirmatoria del fallo apelado, con costas. Así también voto.

A su turno el Dr. Paredes Bordón dijo: (la apelacion) por medio de la sentencia en alzada, S.D. N° 087 de fecha 27 de febrero de 2009, el A-quo Resolvió: *“I) Hacer efectivo el apercibimiento decretado en autos y, en consecuencia, tener por confesa a la firma demandada, a tenor del pliego presentado por el actor que contiene tres posiciones. II) Hacer lugar, con costas a la demanda promovida por el señor Julio Nelson Brizuela Chávez contra la firma Rápido Yguazú S.A. (RYSA) y, en consecuencia, condenar a esta a pagar al actor en concepto de indemnización la suma de guaraníes cuatrocientos setenta millones seiscientos ochenta mil (470.680.000), más un interés mensual del tres por ciento (3%) a ser calculado desde el 6 de marzo de 2000 hasta el momento del pago efectivo, que deberá hacerse dentro de los cinco días siguientes de quedar firme esta sentencia.”*

Cabe señalar que los recursos también fueron interpuestos contra la S.D. N° 176 de fecha 6 de abril de 2009, que rechazó el recurso de aclaratoria interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia 87 del 27 de febrero de 2009.

La parte demandada, expresa agravios a fs. 618 y sgtes., los cuales se centran, en que la sentencia resulta injusta ya que sostiene que el A-quo ha formulado una equivocada fundamentación legal, un erróneo encuadramiento jurídico y excesiva consideración en la estimación de los daños, pretendiendo imponer una exagerada tasa de interés. Continúa señalando que la obligación de su parte se halla extinguida desde que el actor, pasajero del ómnibus propiedad de su mandante, ya recibió el monto indemnizatorio previsto en el seguro obligatorio de pasajeros, sin formular reserva alguna, siendo que el demandante, se ha presentado como pasajero, sostiene el apelante, que la responsabilidad de su cliente es contractual originada en el contrato de transporte, perfeccionado por medio de la emisión del boleto presentado por el propio actor.

Sostiene además que el accidente se debió a la culpa exclusiva del conductor del camión de carga, Silvano Servin, y no por culpa del conductor del vehículo de RYSA, como quedo determinado en la sentencia dictada en sede administrativa especializada, Policía Caminera, S.D. N° 426 del 21 de diciembre de 2000.

Con respecto al primer apartado de la sentencia señala que la misma debe ser revocada por haber tenido por confeso a su parte de posiciones que contradicen lo probado en el expediente.

Con respecto a este punto, me adelanto a señalar, que la confesión ficta, se produce por la inasistencia injustificada del absolvente debidamente citado, y en autos, la parte demandada no ha justificado su ausencia a la audiencia que se le señaló al efecto, estando debidamente notificado, razón por la cual, de conformidad a los Arts. 288 y 302, el A-quo correctamente la ha tenido por confesa a la demandada a tenor del pliego presentado. Pero debe aclararse que ello no implica que lo afirmado en las posiciones presentadas por el ponente, parte actora, tengan que ser consideradas como plena prueba, ya que el Código ritual, no consagra el principio de la prueba legal, sino el de la sana critica, Art. 269 CPC, por lo que dichas confesiones, solo servirán en caso de ser a su vez respaldadas por otros medios de pruebas.

Con respecto al segundo apartado el apelante señala que el actor se ha presentado en su calidad de pasajero de la unidad siniestrada, expresa que esta

fuera de discusión ese hecho, así como la demandada esta obligada a una indemnización, pero proveniente del contrato de transporte, la cual ya fue cubierta por medio del seguro obligatorio para pasajeros, por lo su responsabilidad de indemnizar se halla extinguida. Continúa luego exponiendo sus objeciones a los montos fijados por el A-quo en los distintos rubros de que se componen la indemnización finalmente plasmada en la sentencia, para terminar solicitando la revocación de la misma, declarando que la obligación se halla extinguida, o en su caso la disminución de la misma a la suma máxima de 24.000.000, que estima como justa en función al ingreso demostrado, por el actor, y con un 50% de dicha suma en concepto de daño moral, con una tasa de interés del 0,5%.

Al contestar el traslado la parte actora, fs. 636, señala su rechazo a las argumentaciones de la parte apelante, expresando que la sentencia se halla ajustada a derecho, solicitando por ende la confirmación de de la misma. Reconoce que el actor formula la demanda en su calidad de pasajero del ómnibus de la demandada, sosteniendo que dicha calidad es la que le da derecho a solicitar las indemnizaciones por los daños y perjuicios sufridos, ya que el monto percibido del seguro no cubrió minimamente dichos daños. Respecto a los ingresos señalados que los mismos se hallan probados por lo contratos de servicio que el actor suscribió, y que fueron presentados en autos, que representan un ingreso de alrededor de 15.000.000 mensuales. Sostiene además que los otros rubros, daño emergente, daño moral y la tasa de interés, se hallan ajustadas de derecho debiendo confirmarse la sentencia en todas sus partes.

En autos, Julio Nelson Brizuela, promueve demanda por indemnización de daños y perjuicios contra la Empresa RYSA, alegando que el mismo viajaba como pasajero de un ómnibus de la empresa demandada, el día 6 de marzo de 2000, cuando a las 04:30 horas aproximadamente en el trayecto ciudad del Este - Cnel. Oviedo, Km. 141 de la ruta 7, se produjo un accidente al colisionar el ómnibus de RYSA en que el mismo viajaba, con un camión de carga que transportaba ladrillos, tejas y materiales de construcción. A consecuencia del accidente el actor quedó con graves secuelas físicas que le impiden movilizarse y trabajar por sus propios medios, fundó su demanda en los Arts. 450, 1835 y sgtes. del CC. Expresó que la causa del accidente fue la excesiva velocidad imprimida por el conductor del ómnibus y que al salir de la curva pasó al carril contrario, por donde venía circulando un camión de carga transportando una carga de ladrillos, tejas y tejuelones.

Al contestar la demanda el representante de la parte demandada, citó en garantía al Grupo co-asegurador, liderado por la compañía El Sol del Paraguay S.A. de Seguros y Reaseguros, negó que los hechos se hubiesen producido de la forma relatada en la demanda, señaló como responsable del accidente al conductor del camión de carga, sostuvo que el reclamo debe ser encuadrado dentro de un reclamo contractual, por tratarse de un pasajero, cuyo contrato lo constituye la boleta que acompañó a su escrito de demanda, por lo que su reclamo no puede configurarse a partir de un hecho ilícito, como lo pretende, ya que el Art. 1849 del CC, excluye la responsabilidad aquiliana, cuando la ley regula una forma específica de resarcimiento, lo que ocurre en este caso, señala el abogado de la demandada, es que siendo el actor pasajero del vehículo de su representada, su responsabilidad se rige en primer lugar por el Art. 924 del CC, pero ello cede ante la existencia de la ley especial, 750/61 que establece la obligatoriedad del seguro de pasajero, por lo que reclamo debe sustanciarse sobre esta base y no sobre la responsabilidad por hecho ilícito, ya que no existe responsabilidad del conductor de RYSA en el accidente, que se debió a la culpa del conductor del camión de carga.

Tal la posición de las partes en primera instancia, de donde surge que la litis quedó trabada de la siguiente forma. Las partes coinciden en cuanto al día, hora y lugar en que ocurrió el accidente, las consecuencias dañosas para el actor, así también que el mismo era pasajero del ómnibus de la demandada. Difieren en cuanto a la responsabilidad por la producción del accidente y en base a ello, la sustentación jurídica del reclamo.

El actor, si bien se presenta como pasajero del bus de la demandada, sostiene su reclamo sobre la base que el conductor de RYSA, es responsable del accidente por haber trasgredido las normas de tránsito, en cuanto a velocidad, y que no respetó su carril, transitando el carril contrario en el momento del accidente, por tanto el reclamo indemnizatorio lo funda en la responsabilidad por el hecho de otro, el conductor, por parte de la empresa demandada, Art. 1846 y sges. del CC.

Esta última, por su parte sostiene que el origen del reclamo debe ser encuadrado dentro del contrato de transporte, Art. 924 del CC, por aplicación del Art. 1849 del CC, y más específicamente dentro de las previsiones de la Ley 750/61, de Seguro Obligatorio Para Pasajeros, y no cabe subsumirlo en los artículos del CC, referido a la responsabilidad derivada de un hecho ilícito del hecho de un tercero.

De la lectura de sentencia surge que el A-quo, desecho la responsabilidad contractual, sosteniendo que la culpa del accidente fue del conductor del ómnibus de RYSA, por lo que aplicó en su decisión las normas de la responsabilidad, in eligendo, Art. 1846 y sgtes.

Ocurre, sin embargo, que el actor se ha presentado en calidad de pasajero del ómnibus propiedad de la empresa demandada, a fs. 4 de autos, luce el billete, o pasaje otorgado al actor por la demandada, por lo cual en primer término, las relaciones entre las partes deben ser reguladas conforme al Art. 924 del CC, que establece: *“En el transporte de personas el porteador responde por el retardo y la inejecución del transporte, así como por los siniestros que causen daño al viajero durante el viaje, y por la pérdida o la avería de las cosas que este lleve consigo, si no prueba haber adoptado todas las medidas necesarias para evitar el daño. Son nulas las cláusulas que limitan la responsabilidad del porteador por los siniestros que afecten al viajero. Las normas de este artículo se observan también en los contratos de transporte gratuito”*.

En materia de transporte de personas, la prueba de la existencia del contrato es el billete o boleto expedido por el transportista, consignando el nombre del pasajero, lugar de salida y de destino, y precio o la tarifa a abonar por parte del pasajero.

En materia de transporte de personas, siempre de acuerdo al Art. 924 del CC, esta prohibida la limitación de la responsabilidad del porteador por daños o accidentes al pasajero, debiendo la indemnización ser de pleno resarcimiento, aun cuando estando vigente el seguro obligatorio de pasajeros, pues el daño puede superar el monto máximo contratado con el seguro, ya que el resarcimiento, al no poder ser limitado, abarcando, los gastos hospitalarios y/o de medicamentos, el lucro cesante, el daño moral, y en todos los casos, por la regla general, corresponderá a quien reclama probar los extremos de cada rubro.

Ahora bien es cierto también, que nuestra ley hace una excepción a esta obligación de indemnizar, mas allá del monto del seguro, cuando en el Art. 924 del CC expresa *“si no prueba haber adoptado todas las medidas para evitar el daño”*. Este párrafo debe entenderse como exoneratorio en los casos fortuitos o de fuerza mayor, o el ocasionado por un tercero de cuyo hecho no tenga obligación de responder.

Si bien nuestro Código no lo dice expresamente, en los artículos que regulan el transporte de personas, 924 y 925 del CC, la doctrina es conteste que el



porteador responde igualmente por los hechos de sus empleados, *culpa in eligendo*, cuando el daño surge de un hecho ilícito de estos.

De modo que puede darse la acumulación de la obligación de responder, por un lado la contractual derivada del contrato de transporte, y por otro la extracontractual derivada del hecho del tercero, pero requieren probanzas diferentes.

Para reclamar la responsabilidad contractual al actor le basta probar que era pasajero, lo que se acredita con el billete o pasaje; pero para reclamar una indemnización sobre la base de un hecho ilícito, o de culpa in eligendo, debe probarse la culpa, por lo menos, en el proceder del empleado del porteador, en este caso el conductor del ómnibus de la demandada.

En cuanto a la responsabilidad contractual, la misma ha sido asumida por el demandado, quien además ha citado en garantía a la empresa aseguradora, la cual procedió al pago máximo de la suma pactada en la póliza respectiva, Gs. 26.100.000, los cuales fueron percibidos por el actor, sin reserva alguna, sobre intereses o demás rubros, por lo que esta obligación, respecto a la aseguradora, puede darse por extinguida, conforme a la regla del Art. 1645 inc. a) del CC.

En nuestro país, el seguro de accidentes a pasajeros tiene el carácter de obligatorio para el transporte de personas, conforme a la Ley 750/61, la cual fue reglamentada por medio del Decreto N° 25.423 de fecha 30 de octubre de fecha 3° de octubre de 1962, que a su vez ha delegado en la autoridad de contralor de la actividad aseguradora la elaboración de las condiciones que debe contener las respectivas pólizas, la cual fue aprobada por Res. N° 5 Acta N° 22 de fecha 5 de febrero de 1986, la cual en lo que interesa al presente caso, establece en la cláusula VI de la condiciones General, como base de la indemnización máxima general es la suma equivalente a 1.000 (un mil) jornales mínimos diarios.

Posteriormente por Resolución N° 5 Acta N° 168 de fecha 22 de noviembre del mismo año, se autorizó la aplicación de un régimen de ampliación operativa de los valores de indemnización cubiertos por la póliza obligatoria del Seguro de Accidentes a Pasajeros. Esta resolución reconoce que el transportista puede contratar un seguro mayor al señalado. Por lo que en caso de accidentes, los afectados pueden solicitar judicialmente una indemnización mayor, pero la compañía, se libera al pagar el monto máximo pactado, y la diferencia recae en el transportista, si el monto contratado no alcanza. (*Datos extraídos de la obra, el contrato de seguro, Comentarios y jurisprudencia, de Gustavo Alexi Osorio González, pag. 277/281, Publicado por Intercontinental Editora, año 2007.*)

Es decir, que el mínimo por el cual debe ser contratado el seguro, es la cantidad equivalente a 1.000 jornales, que en la práctica, se convierte en el máximo, por ser la suma contratada por el transportista. Esta cantidad debe ser abonada proporcionalmente de acuerdo a una escala, que figura en la propia resolución y forma parte de la póliza, y contempla que para el caso de incapacidad total de por vida, que debe abonarse el cien por ciento del monto contratado, es decir la cantidad máxima.

Esto es lo que ha hecho la compañía de seguros, al abonar al actor la cantidad señalada, de Gs. Gs. 26.100.000, los cuales fueron depositados en la cuenta abierta a nombre del presente juicio, y percibidos por el actor, sin reserva alguna, sobre intereses o demás rubros, pero ello solo libera a la compañía aseguradora, no así al transportador, por el resto del reclamo, cuya procedencia queda entonces sujeta a la probanza respectiva, en relación al monto de cada rubro demandado, los cuales analizaremos mas adelante.

En cuanto a la responsabilidad por el hecho ajeno, Art. 1846 del CC, pasemos a analizar si la misma se encuentra o no suficientemente acreditada, de la forma que señala la sentencia.

El A-quo da por probada la culpa del conductor del ómnibus, sobre la base de las declaraciones testificales, señalando que las mismas han sido contestes en afirmar que el ómnibus se desplazaba a velocidad no prudencial y que invadió el carril contrario por donde circulaba el camión de cargas.

Del examen de los testimonios obrantes en autos, sin embargo encontramos que dicha uniformidad no existe. En efecto, Milciades Ramon Gomez, FS. 298, dijo *ser pasajero, que estaba ubicado en el ultimo asiento pegado al baño, y que daba la sensación que el vehículo hacia un vaivén, y que el chofer estaba durmiendo, en la tercera fue fatal salió de su carril y entro al carril contrario, no pudo precisar la velocidad, pero venia a gran velocidad y el velocímetro quedo en 140 km/h*, con relación a esta declaración, nos preguntamos como un alguien sentado en la parte posterior del vehículo, del lado derecho, es decir hacia la banquina, puede precisar el paso de un carril a otro, cuando no tiene la visibilidad de la parte delantera del ómnibus. Gustavo Pastor Britez, fs. 324, señaló *que viajaba en una camioneta detrás del camión de carga, y que de repente a la entrada de una curva se un ómnibus que sale de la franja amarilla y entra en el sentido de circulación del camión chocándole al salir de la curva, el camión de carga fue arrojado fuera de la ruta y el ómnibus quedo en forma transversal*

*sobre la ruta*, con respecto a esta declaración, si el ómnibus venía en el carril del camino, y el testigo estaba en una camioneta detrás del camión, como pudo ver al ómnibus antes de la colisión, si el camión estaba en medio de ambos, y si la velocidad del ómnibus era tan rápida como se dijo, como es que luego de la colisión con el camión, se quedó transversalmente sobre la ruta sin afectar a la camioneta que venía detrás del camión, donde estaba el testigo, esta circunstancia resta peso a la declaración, además que el nombre de estas personas no es mencionada en los informes iniciales, de las autoridades intervinientes.

Quienes afirman que el vehículo de la empresa RYSA circulaba a gran velocidad y por el carril contrario, son los testigos Dina Esther Ibarra, fs. 317, Juan Constantino Vera, fs. 323, Carlos Reinaldo Paredes, fs. 325, quienes dicen haber estado viajando en un auto que fue rebasado por el ómnibus, poco antes del accidente. Es de notar que estos testigos fueron ofrecidos por la actora, sin que se explique su aparición, dado que en el parte policial redactado y que obra a fs. 5/6 de autos, así como en el informe ampliatorio obrante en las compulsas del sumario criminal, no se mencionan a estos testigos, ni la presencia del auto, o de la camioneta de donde surgió la declaración de Gustavo Pastor Brítez, ni siquiera son mencionados en el escrito inicial de la demanda.

Tampoco ha concurrido a declarar el único testigo que fue mencionado por las autoridades policiales intervinientes, según el parte de fs. 6 presentado por la parte actora, Elvio Zaracho, quien dijo que viajaba como acompañante en el camión de carga. La declaración de este testigo era clave para la determinación de la culpa, sin embargo, el mismo no se presentó y el actor ni siquiera lo ofreció como prueba.

Así mismo debe señalarse que la actora ofreció la prueba pericial, pero no la produjo, tampoco agregó el informe accidentalológico elaborado por la autoridad administrativa, de modo que no ha acercado a juicio, ninguna prueba calificada e idónea que permita atribuir la culpa al conductor del ómnibus de RYSA, más allá de la versión de testigos propios.

Este Tribunal tiene sentado el criterio en mayoría, en varios casos similares, donde lo resuelto por el Juzgado administrativo de faltas, en materia de accidente de tránsito, resulta suficiente base para la condena o no en sede civil, tal como se cita en los siguientes fallos, así en el Acuerdo y Sentencia N° 173 de fecha 8 de octubre de 2004, el preopinante Dr. Báez Maiola expresaba: *“De acuerdo a lo expuesto, desde que el hecho, accidente, no ha sido negado, se empie-*

*za por la responsabilidad que pudieran tener los conductores en la producción del accidente. Así también que el mismo fue objeto de estudio y decisión por parte del juzgado de faltas municipal y también por vía de apelación ante el Intendente Municipal, la sentencia quedo firme n la forma que se tiene consignado. De acuerdo a lo expuesto, los conductores JAF y RPAdT, quedaron definitivamente absueltos porque esta resolución tiene apariencia de ser cosa juzgada, desde que no hay aporte de prueba en contrario. En consecuencia no puede haber responsabilidad por culpa, negligencia o impericia”.*

Citamos también el Acuerdo y Sentencia N° 34 de fecha 24 de abril de 2009, donde el voto de la mayoría señalo que: *“Ahora bien, respecto a la responsabilidad de los conductores en la producción del accidente, cabe señalar que el hecho tuvo estudio y decisión de parte del Juzgado de Faltas de la Municipalidad de San Lorenzo, el cual en el marco del expediente N° 35.165/06 caratulado Calixto Benitez/Carlos Chena s/accidente de transito, ha dictado la S.D. N° 81/06 de fecha 5 de junio de 2006, fs. 22/23) por medio de la cual se sanciono a Carlos Chena Candia, conductor del camión de propiedad de Felipe Jiménez V., por infracción al artículo 123 del Reglamento General de Transito, aplicándose una multa de 5 jornales mínimos. Asimismo, se absolvió de culpa y pena a Calixto Benitez Mora por carecer de responsabilidad. Esta resolución no fue recurrida por la vía pertinente, es decir; ante la Intendencia Municipal de la Ciudad de San Lorenzo y no puede ser cuestionada en esta instancia, por haber operado la cosa juzgada y, sabido es que la jurisprudencia es coincidente es que resulta arbitraria la sentencia que modifique o prive de sus efectos de sentencia firme, salvo que la ley expresamente permita, v.gr. el Art. 409 del CPC. La competencia legitima para determinar la responsabilidad de los conductores y la aplicación de multas en su caso, es exclusiva de la municipalidad cuando contare con juzgado de faltas,...”.*

Debo admitir que no siempre comparto esta doctrina, sino me adhiero a la que sostiene que la sentencia de los Juzgados de faltas, son un elemento mas a ser tenido en cuenta, pero las dudas que despiertan la el origen de los testigos propuestos, tal como se tiene expresado, y mas las que se señalarán a continuación, ameritan que este caso, se tome en consideración lo resuelto en sede administrativa, respecto a la culpabilidad en la ocurrencia del accidente.

En efecto, en el sumario administrativo, abierto por el Juzgado de Faltas de la Policía Caminera, se concluyo en la absolución del conductor del ómnibus,

lo cual contradice ciertamente algunas pruebas producidas en autos, pero dicho documento, se trata de un instrumento público, que conservan su validez mientras no sea declarado falso en cuanto su contenido, ya sea en incidente o demanda principal.

La parte actora, efectivamente promovió un incidente de impugnación, tanto de la pericia accidentologica presentada por la demandada, como del sumario criminal tramitado en Coronel Oviedo. La incidencia fue resuelta por el Juzgado por medio del A.I. N° 1392 de fecha 1° de octubre de 2002, fs. 11 del incidente de impugnación que corre por cuerda, rechazándose la impugnación del sumario criminal, sin que esta decisión fuese recurrida, por lo que el contenido del mismo, ofrecido como prueba ha quedado incorporado al presente juicio.

Dentro de dicho sumario criminal, que corre por cuerda, se tiene entre otros el parte policial elaborado por personal de la Jefatura de la Policía Nacional del Dpto. de Caaguazu, que rola de fs. 47 a 55 de las compulsas, donde se detallan los nombres de los pasajeros del ómnibus, Maximo Britez, Pablo Acosta y Deysy López, así como el acompañante del camión de cargas, Elvio Rubén Zaracho, y empleados de una estación de servicio donde el camión de carga habría parado para reparar una cubierta, Alberto Ortega y Baldovino López, quienes manifestaron que al estar cerrada la gomería, nadie atendió al camión, que siguió la marcha solo con reparación de su ocupantes, lo cual nos da una idea del estado de dicho vehículo. Todas estas personas, de acuerdo a los instrumentos obrantes en autos, estuvieron presentes o en las cercanías del accidente, y sin embargo la actora no ha procurado la declaración de los mismos, del comprobadamente testigo y participe del accidente, que podrían arrojar mas luz sobre lo ocurrido, que las declaraciones de testigos que si bien no han sido objeto de impugnación sus dichos, no pueden tener una fuerza de convicción suficiente para acreditar por si sola la culpabilidad del conductor del ómnibus, dado que aparte de su versión de cómo y porque estaban en el lugar, no existe una demostración objetiva que ello sea así, amen de las dudas que arrojan ciertas afirmaciones, como se ha señalado párrafos mas arriba.

La actora ha centrado su labor probatoria en los daños sufridos por el actor, y las secuelas del mismo, dejando aspecto referido a la existencia de la culpa del conductor del bus, descubierto de esas pruebas fundamentales, el único testigo que aparece mencionado en el parte de la Policía Caminera, o los demás que se

mencionan en el parte policial, y tampoco produjo la prueba pericial, ofrecida a fs. 231 de autos.

Con tan escaso material probatorio, no es posible determinar de una manera indubitable la culpabilidad del conductor del ómnibus de la empresa demandada, por lo que la responsabilidad por hecho del dependiente, debe ser desestimada, quedando solo en pie la derivada de la relación contractual de transporte de pasajero.

Al respecto el apelante sostiene que con el pago del monto asegurado, y que fuera recibido sin reservas por el actor, su obligación se encuentra extinguida, ya que se ha dado cumplimiento a la Ley 750/61, la cual sostiene que estableció una limitación legal al monto que debe ser pagado como indemnización, monto que alcanza la cantidad abonada a l actor, y que este recibiera son efectuar reserva alguna, Gs. 26.160.000.

Al referirnos párrafos arriba a la responsabilidad contractual, ya hemos explicado nuestra postura al respecto, y a la misma nos remitimos para evitar repeticiones innecesarias, tanto de las disposiciones de la Ley, el decreto reglamentario y la resolución del Banco Central.

Dado que el Art. 924 del CC, fulmina de nulidad las cláusulas que limitan la responsabilidad del transportista, por lo que lo expresado al dorso del billete de pasaje, fs. 182, en ese sentido carece de valor.

Sobre la base del artículo señalado, pasemos revista seguidamente a los distintos rubros de reclamación, resueltos por el A-quo, teniendo en consideración que al tratarse de una indemnización derivada de una relación contractual el alcance de la obligación de indemnizar, no tiene la misma extensión que cuando la obligación nace de la responsabilidad por culpa o negligencia.

Así la obligación de reparar, tratándose de obligación derivada de un contrato solo comprende las consecuencia inmediatas, y la mediatas previsibles, pero no la casuales.

En cuanto al lucro cesante, la parte actora, dice desempeñarse como electricista, y contratista de obras, ha presentado dos contratos de servicios, de carácter temporal, el primero con vigencia del 19 de enero de 2000 y por 120 días, es decir, culminaba el 19 de marzo del mismo año 2000, por un valor de 60.000.000, para realizar zanjas, retirar conductores y colocar nuevos conductores, y un segundo contrato de fecha 4 de agosto de 1999, y que tuvo vigencia por 60 dias, al 4 de octubre de 1999, por valor de Gs. 23.550.000, con lo cual pretende

demostrar un ingreso mensual regular de 15.000.000 de guaraníes, con un margen de ganancias del 30%, 5.000.000 de gs.

Sin embargo, no existe acreditación que los contratos tengan una duración permanente, y además el segundo de ellos, de haberse ejecutado en tiempo y forma, ya se ha cobrado íntegramente, no pudiendo incluirse en este rubro.

El lucro cesante, se refiere a la ganancia efectivamente dejada de percibir como consecuencia del accidente, no simplemente la expectativa, porque no ser así, sería una fuente de enriquecimiento y no la compensación por la ganancia no percibida.

De lo aportado por el actor, solo puede inferirse que no pudo completar el primer contrato, el accidente ocurrió durante la vigencia del mismo, 6 de marzo de 2000, y como de acuerdo a los términos del contrato, el momento de la suscripción recibió un anticipo del 15%, Gs. 9.000.000, queda un saldo de Gs. 51.000.000, suponiendo que no haya recibido otra parte por entregas parciales, y ese será entonces el único monto de lucro cesante, demostrado en autos, que no pudo percibir el actor.

No hay constancia de una relación laboral o profesional mas permanente en el tiempo, con empresa o particulares, y si fuese un profesional independiente, o trabajador calificado del ramo de electricidad, no se han presentado ni facturas de cobro de trabajos, o declaraciones de pago de tributos, con una antigüedad y regularidad tiempo mínimo, que permitan acreditar que los ingresos reclamados son reales y permanentes.

Ya habíamos señalado que el actor ha centrado su esfuerzo probatorio en el rubro de daños causado, como señala el A-quo, con las documentales presentadas por el actor, que fueron íntegramente reconocidas por sus emisores, se tiene acreditada la cantidad de Gs. 95.280.000, suma que incluye el tratamiento facultativo por espacio de un año, y coincidimos con el A-quo que debe excluirse el monto referido al estudio de la carrera universitaria de la hija del actor, que no puede configurarse como daño.

En cuanto al daño moral, sin necesidad de entrar a definirlo o conceptualizarlo, debemos señalar que la cuantificación del mismo es siempre dificultosa, dado lo subjetivo de los parámetros de sufrimiento y angustia. Con las observaciones que anteceden, sin embargo encontramos que la suma de 50.000.000 de Guaraníes en este concepto sería mas justa que la señalada por el A-quo, porque debe tenerse presente que tampoco puede realizarse un enriquecimiento bajo esta figura.

Y por último, en cuanto a los intereses, los mismos se configuran a partir del hecho, pero tratándose de una indemnización derivada de una relación contractual, y no del hecho ilícito, estimo que la tasa no debe ser la máxima que usualmente se señala en los juicios, como lo hizo el A-quo, sino el promedio de la misma, por lo que votó por reducirla al 2%, a partir de la promoción de la demanda, hasta el pago efectivo.

En conclusión, mi voto es por confirmar el primer apartado de la sentencia, que tuvo por confesa a la parte demandada, confirmar el apartado segundo de la sentencia, en cuanto hizo lugar a la demanda, pero no por las razones señaladas por el A-quo, sino hacer lugar a la acción, sobre la base del contrato de transporte, acreditado con la boleta obrante a fs. 4 de autos, y modificar el quantum de la misma, condenando a la demandada a abonar al actor las siguientes sumas, por lucro cesante, 51.000.000, por daños emergentes, 95.280.000, y por daño moral Gs. 50.000.000, total Gs. 196.280.000, cantidad de la cual debe descontarse lo ya percibido por parte de la compañía aseguradora, de Gs. 26.100.000, quedando un saldo de Gs. 170.180.000, como capital a favor del actor, sobre el que deberá calcularse el interés del 2%, desde la promoción de la demanda, hasta la cancelación de lo reclamado.

Habiendo prosperado parcialmente el recurso interpuesto, las costas de esta instancia, cabe imponerlas por su orden. Es mi voto.

A su turno la Dra. Zuccolillo Garay de Vouga, manifiesta que adhiere al voto del Dr. Juan Carlos Paredes Bordón, por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Señores Miembros, por ante mí quedando acordada la sentencia que sigue a continuación.

VISTO: por mérito que ofrece el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Segunda Sala.

RESUELVE: Desestimar, el recurso de nulidad. Confirmar, el primer apartado de la S.D. N° 087 del 27 de febrero de 2009, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Sexto Turno, Sría. 11. Confirmar, el apartado segundo de dicha sentencia, en cuanto hizo lugar a la demanda, pero sobre la base del contrato de transporte, acreditado con la boleta obrante a fs. 4 de autos, y, modificar el quantum de la misma, condenando a la demandada a abonar al actor las siguientes sumas, por lucro cesante, 51.000.000, por daños emergentes, 95.280.000, y por daño moral Gs. 50.000.000, total Gs. 196.280.000, cantidad de la cual debe descontarse lo ya percibido por parte de la compañía



aseguradora, de Gs. 26.100.000, quedando un saldo de Gs. 170.180.000, como capital a favor del actor, sobre el que deberá calcularse el interés del 2%, desde la promoción de la demanda, hasta la cancelación de lo reclamado.

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

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

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

\* \* \*

### **ACUERDO Y SENTENCIA Nº 136**

#### **DAÑOS Y PERJUICIOS. Lucro emergente.**

La parte actora ha aportado datos para la determinación del monto que pretende en cuanto al daño emergente. La demandada, al basar exclusivamente su defensa en haber actuado conforme a la ley por tanto está exenta de responsabilidad, no ha negado y menos tratado de probar que esas sumas no corresponden y en tal sentido, como se está en presencia de una cuestión de orden civil, cada particular tiene la inevitable obligación de defender adecuadamente sus derechos, razón entonces por la que quedan confirmados estos rubros en conceptos de daño emergente y lucro cesante.

#### **DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño moral.**

La disminución de las ganancias o la pérdida de chance tienen siempre que ser enfocadas como pérdidas patrimoniales porque cuando se indemniza por daño moral, más que reparar se trata de compensar una grave afección del espíritu o un intenso dolor físico, sensaciones que solamente puede experimentar una persona física.

#### **DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño moral. PERSONAS. Personas jurídicas.**

Queda reforzada la no admisión del daño moral en las personas jurídicas por cuanto contra ellas no hay imputabilidad penal, aunque en la actualidad, hay recientes corrientes europeas, sobre todo en Francia y Holanda que aceptan la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Pero ocurre que tal reconocimiento se ha originado en el intento de disminuir las llamadas delincuencias

de empresas. Por ello es que no escapa al análisis que dicha postura obedece a una necesidad de orden práctico, basada exclusivamente en el orden social con la intención de persuadir a los representantes legales de aquellas la realización de actos que posteriormente no podrán ser responsabilizados como productores de daño moral.

**PREJUZGAMIENTO. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad por daños y perjuicios.**

La argumentación de la demandada, que era necesario el sobreseimiento en sede administrativa para que proceda el reclamo no es procedente, cualquiera sea el final del sumario, lo cierto es que la Ley 1173/85, facultaba a la aduana a proceder a la incautación y el depósito en sus recintos de la mercadería, Art. 33, pero también lo responsabiliza, en el Art. 39 de la Ley 1173/85, por el buen cuidado de las mercaderías en sus depósitos, y es esa responsabilidad, emergente del principio de legalidad que rige el ámbito público, que surge la responsabilidad de la demandada, por los daños y deterioros que las cosas sometidas a su custodia, sufran. (Voto del Dr. Paredes Bordón por su propio fundamento).

**DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño moral. PERSONAS. Personas jurídicas.**

Si existen en la persona jurídica, bienes intangibles, extrapatrimoniales que pueden ser objeto de daños por terceros y habilita a una eventual indemnización por daño moral. Cabe apuntar que el Art. 1835 del CC, que se refiere al daño moral, no hace distinción entre persona física o jurídica, el único requisito es la existencia del perjuicio en los bienes y derechos del afectado. (Voto del Dr. Paredes Bordón por su propio fundamento)

**DAÑOS Y PERJUICIOS. Lucro cesante. Chance.**

Y no es un negocio en futuro y abstracto, y con ganancias esperadas, lo que configuraría en todo caso un lucro cesante, en el caso el actor sufrió, la pérdida de oportunidad de realizar una operación que le reeditaría ganancias, o sea perdió la chance de realizar un negocio y obtener beneficio de él. Esta pérdida de chance, no configura un daño extrapatrimonial sino patrimonial, y por el principio de *iuria novit iuria*, los jueces tienen la atribución de cambiar la calificación jurídica, siempre y cuando no se alteren los hechos fácticos, por lo cual si bien no se dan los presupuestos para que proceda la indemnización por daño moral, pero, habiéndose acreditado la frustración o la pérdida de chance de la actora de culminar un negocio, es dable otorgarle indemnización en ese carácter. (Voto del Dr. Paredes Bordón por su propio fundamento).

TApel. En lo Civ. Y Com. Segunda Sala. 15-12-10. "RM Sociedad Anónima c. Dirección Nacional de Aduanas s. Indemnización de Daños y Perjuicios pro responsabilidad extracontractual e indemnización de daño". (Ac. y Sent. N° 136).

Previo estudio de los antecedentes, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?

En caso negativo, ¿está ajustada a derecho?

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

A la primera cuestión, el Dr. Báez Maiola dijo: por S.D. N° 808 de fecha 25 de octubre de 2008 se resolvió: "*Hacer lugar a la demanda de conocimiento ordinario sobre indemnización de daños y perjuicios promovida por la firma R.M. Sociedad Anónima contra Dirección Nacional De Aduanas y en consecuencia declarar que la Dirección Nacional De Aduanas debe pagar a la firma R.M. Sociedad Anónima, la suma de guaraníes "Quinientos Siete Millones Quinientos Mil (Gs.507.500.000) en los términos del Art. 5 del Decreto-Ley 6.623/44; Imponer las costas a la parte demandada; Anotar..." sic).*

Al pasar el recurrente a fundamentar directamente el recurso de apelación y por no encontrarse vicio que obligue a declarar la nulidad de oficio, corresponde declarar desierto al recurso, a tenor de lo dispuesto por el art. 419 CPC. Así voto.

A su turno el Dr. Paredes Bordoó dijo: (la nulidad), el recurso no fue fundado por el recurrente, al no advertirse vicios ni violaciones de forma y solemnidad que justifiquen una declaración oficiosa de la sentencia, este recurso debe declararse desierto.

A su turno, la Dra. Zuccolillo Garay de Vouga, manifiesta adherir al voto del Dr. Báez Maiola en el mismo sentido.

A la segunda cuestión el Dr. Báez Maiola prosiguió diciendo: el recurrente funda la apelación (fs. 130/138) en que el A quo no apreció en forma correcta el material probatorio aportado en juicio y que además, el hecho que supuestamente produjo el daño no fue antijurídico debido a que los funcionarios de la Dirección de Aduanas actuaron dentro del límite de sus facultades para confiscar mercaderías.

En autos la parte actora demanda a la Dirección de Aduana indemnización por los siguientes rubros: 1) daño emergente “Gs. 300.000.000 más o menos atendiendo a la cotización de la soja que es de Gs. 1.000 por kilo...” (sic); 2) lucro cesante por la imposibilidad de venta de la mercadería, capital, que por resultar inoperante, ha generado un interés mínimo del 2.5% mensual, totalizando así Gs. 157.500.000. Finaliza pidiendo daño moral por la suma de Gs. 757.500.000. La Dirección General de Aduanas contesta la demanda a fs. 75/80 pidiendo el rechazo a la misma porque sostiene que ha habido acto ilegítimo al haber actuado de conformidad a las leyes ordinarias y disposiciones normativas en el incumplimiento de sus funciones propias.

En cuanto a la pérdida por destrucción de la mercadería sostiene que “no existe ningún documento resultante de una pericia técnica que acredite la pérdida de valor o inutilización de las mercaderías” (sic) y si la hubo fue por entera y exclusiva responsabilidad del accionante porque el propietario “...de la mercadería. Lejos de demostrar interés en el esclarecimiento de hecho, demostró un evidente y absoluto desinterés, teniendo en cuenta que recién en fecha 24 de setiembre de 2004, a casi dos (2) meses después, presenta las documentaciones para avalar la propiedad de las mercaderías y acreditar su procedencia, previamente, en fecha 22 de setiembre solicitaron intervención en el sumario administración los Sres. Zacarias Calderoli Servin en su carácter de destinatario de las mercaderías; el Sr. Juan Bento en su condición de conductor del vehículo y Angel Fernández en su carácter de responsable de la firma R.M.S.A. emitente de la nota de remisión” (sic).

Finaliza la contestación de la demanda sosteniendo que al no haber causa imputable a la Dirección, necesariamente hay inexistencia de derecho para reclamar indemnización de daño material, lucro cesante moral.

En esta forma quedó trabada la litis.

En cualquier demanda por indemnización de daños y perjuicios, cuatro son los puntos básicos a demostrar: 1°) Si las partes tienen respectivamente las calidades activa y pasiva. 2°) La causa o hecho generador con la demostración de sus consecuencias; 3°) La responsabilidad civil por culpa del agente y 4°) La justipreciación precisa del monto pretendido, salvo cuando no es posible y en tal sentido se advierte de lo que resulte en más o menos de probanzas de autos.

Si bien la primera cuestión no ha sido objeto de discusión, no obstante hay que tener en cuenta que la Dirección actuó dentro del marco legal. En efecto de

acuerdo a constancias de autos, la Dirección actuó dentro de su normativa, conforme a funciones específicas de acuerdo a la Ley N° 1173/85, *cualquier funcionario aduanero podrá detener y hacer detener vehículos donde se presume que se transportan mercaderías en contrabando o defraudación (art. 9). En caso necesario las mercaderías...serán secuestradas... (art. 11).*

En cuanto al tercer elemento, atribución de responsabilidad civil, la Dirección General de Aduanas no ha negado en forma clara y precisa que la mercadería se haya vendido, dado que su defensa, tal como se tiene señalado se ha basado en que su actuación fue conforme a la ley y que si el proceso administrativo se alargó innecesariamente fue consecuencia de la desidia del propietario de la mercadería observada durante la tramitación del sumario.

Si bien se constata que el propietario no obró con diligencia suficiente y necesaria, la responsabilidad de la Dirección General de Aduanas resulta innegable, por disposición expresa del art. 33 cuando se refiere a las mercaderías almacenadas para ser sometidas a control aduanero, diciendo que: *"... Deberán ser almacenadas en recintos portuarios u otros lugar autorizadas al efecto, donde permanecerán hasta la conclusión del despacho aduanero. La recepción, almacenamiento y custodia de las mercaderías antes mencionadas, corresponderán según el medio de transporte utilizado, a las instituciones habilitadas legalmente para ello..."*.

Refuerza el concepto cuando textualmente, el art. 43, dispone *"Los funcionarios intervinientes en la recepción, almacenamiento y custodia de las mercadería, responderán ante los propietarios y consignatarios o destruidas durante el depósito por su dolo, negligencia..."*.

En contestación a oficio del A quo, la Cámara Paraguaya de Exportadores de Cereales y Oleaginosas (CAPECO), a f. 101, en la parte pertinente al proceso de almacenamiento y conservación de granos de soja, informa que al momento de la recepción de la mercadería, primeramente se la debe pesar, luego analizar la calidad a fin de determinar la humedad de los granos como también la presencia de cuerpos extraños, debiendo ser sometida la carga a una máquina de aire y zaranda (MAZ). En caso de porcentaje de humedad mayores a lo aconsejable (14%), la mercadería debe ser sometida a un proceso especial de ventilación y recién entonces queda en condiciones de almacenamiento en cuanto *"..La buena conservación en silos depende de estos factores...(sic, f. 102).*

Esta normativa específica hace aplicables, por analogía, que en materia civil permite el art. 6° del Código Civil, aquellas normas relativas a las reglas

generales del depósito en cuanto a deberes y responsabilidad del depositario (arts. 1245, 1247, 1250, 1257 y demás concordantes). De acuerdo a ello, no queda ninguna duda que al momento de la recepción de la carga de soja, no se tomaron las pertinentes y obligatorias medidas para evitar su deterioro o pérdida. Debido a ello, resulta aplicable a la Dirección General de Aduanas la norma clásica establecida en el art. 1835 del Código Civil (*Existirá daño, siempre que se acusare a otro algún perjuicio en su persona, en sus derechos o facultades o en las cosas de su dominio o posesión. La obligación de repararse extiende a toda lesión o moral causada por e acto ilícito la acción de indemnización del daño moral sólo competará al damnificado directo...*).

Sin embargo, también hay que considerar aquella conducta omisa y negligente del propietario de la mercadería en la tramitación en sede administrativa porque con ello se pudo haber evitado o tratado de evitar el deterioro de la carga de soja, posibilidad que no podía desconocer. Tal conducta, también debe ser calificada como culposa en grado de concurrencia con ka de la Dirección General de Aduanas, según así dispone el Código Civil, en el art. 1836 “...si en la producción del daño hubieren concurrido su autor y el perjudicado, la obligación y el monto de la indemnización dependerán de las circunstancias y en particular, de que el perjuicio haya sido parcialmente causado por una u otra parte”. Por eso es que, tomando en cuenta las circunstancias propias de este caso, con prudencia basada en la sana crítica, corresponde atribuir las culpas en la siguiente proporción: 80% (ochenta por ciento) para la Dirección General de Aduanas y 20% (veinte por ciento) para la parte actora.

En cuanto a los daños patrimoniales a considerar, hay dos: el emergente 300.000.000 *más o menos atendiendo a la cotización de la soja que es de Gs. 1.000 por kilo...* (sic) y el lucro cesante por la imposibilidad de venta de la mercadería, capital, que por resultar inoperante, ha generado un interés mínimo del 2.5% mensual, totalizando así Gs. 157.500.000.

La parte actora ha aportado datos para la determinación del monto que pretende en cuanto al daño emergente. La Dirección General de Aduanas, al basar exclusivamente su defensa en haber actuado conforme a la ley por tanto está exenta de responsabilidad, no ha negado y menos tratado de probar que esas sumas no corresponden y en tal sentido, como se está en presencia de una cuestión de orden civil, cada particular tiene la inevitable obligación de defender adecuadamente sus derechos, razón entonces por la que quedan confirmados estos rubros en conceptos de daño emergente y lucro cesante.

Por último, queda por considerar y resolver sobre el rubro reclamado en concepto de daño moral. Ab initio, el mismo ha sido erróneamente aceptado como posible de reclamo porque quien lo es una persona ideal. En efecto, la procedencia del rubro solamente puede ir hasta lo exclusivamente patrimonial, criterio más adoptado por doctrinas y jurisprudencias. En este sentido y que este Tribunal, en mayoría, en caso similares, dejó en claro que la disminución de las ganancias o la pérdida de chance tienen siempre que ser enfocadas como pérdidas patrimoniales porque cuando se indemniza por daño moral, más que reparar se trata de compensar una grave afección del espíritu o un intenso dolor físico, sensaciones que solamente puede experimentar una persona física. Podrá un hecho perjudicar enormemente la credibilidad, fama o buen nombre de la persona física en el ámbito propio quedará circunscripto a la pérdida económica efectiva y determinada de antemano, por ese lucro cesante, calificado por algunos autores y jurisprudencias como pérdida como o pérdida de chance.

También queda reforzada la no admisión del daño moral en las personas jurídicas por cuanto contra ellas no hay imputabilidad penal, aunque en la actualidad, hay recientes corrientes europeas, sobre todo en Francia y Holanda que aceptan la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Pero ocurre que tal reconocimiento se ha originado en el intento de disminuir las llamadas *delincuencias de empresas*. Por ello es que no escapa al análisis que dicha postura obedece a una necesidad de orden práctico, basada exclusivamente en el orden social con la intención de persuadir a los representantes legales de aquellas la realización de actos que posteriormente no podrán ser responsabilizados como productores de daño moral.

Dado que el tema de la sanción penal a la persona jurídica se halla asociado al reconocimiento de daño moral, resulta oportuno mencionar monografía, publicada en 1999 por la Ley Paraguaya S.A., cuyo autor Javier Contreras Saiguier, abogado paraguayo, Master en Derecho Europeo Comparado por la Universidad Carlos Tercero de Madrid, España, la ha titulado responsabilidad penal de las personas jurídicas ¿Es dogmáticamente imposible?. Para dicho autor, las soluciones que pueden resultar diferentes según provengan del estudio que hagan las escuelas o sistemas de la ficción o de la realidad respecto a las tres capacidades: 1) de acción; 2) de culpabilidad; 3) de pena, deben ser consideradas desde las perspectivas de los sistemas o escuelas de la ficción y de la realidad.

En relación al derecho positivo sancionador paraguayo, transcribe el art. 41 del anterior Código Penal (*La decisiones tomadas por las corporaciones,*

*comisiones directivas, sociedades o cuerpo colegiado de cualquier clase, que hayan dado lugar un delito penado por este Código, responsabilizarán única y exclusivamente a las personas y los bienes de quienes tomaron parte su comisión, por medio de hechos directos, votos, o consejos).*

El actual Código Penal, en su Título II.- El hecho punible, Capítulo I. Presupuestos de la Punibilidad prescribe: “*Art. 16 Actuación en representación de otro. 1° La persona física que actuara como: 1. Representante de una persona jurídica o como miembro de sus órganos; 2. Socio apoderado de una sociedad de personas; o 3. Representante legal de otro, responderá personalmente por el hecho punible..*”. De acuerdo a ello concluye que “*..en el derecho penal positivo paraguayo, la cuestión está más clara .La personas jurídicas no son responsables penalmente de los actos lícitos cometidos por ellas porque la ley no lo permite y dispone que los únicos sujetos responsables en el derecho penal son las personas físicas...*”.

Conclusión: De acuerdo a lo expuesto y considerado, se impone la confirmación del fallo que hizo lugar a la demanda, modificando la suma asignada por el *A quo* por eliminación del rubro correspondiente a daño moral y la reducción al ochenta por ciento de los valores de los rubros aceptados, por culpa concurrente.

En cuanto a las costas procesales, la modificación del monto de la condena no hace variar la condición de parte vencedora a la demandante, razón entonces por la que, en virtud de lo que disponen los artículos 192 y 203 CPC, las mismas deben imponerse a la accionada en ambas instancias. Así también voto.

A su turno el Dr. Paredes Bordón dijo: (la apelación) por la sentencia en recurso, S.D. N° 808 15 de octubre de 2008, el *Aquo* resolvió; “*Hacer lugar a la demanda de conocimiento ordinario sobre indemnización de daños y perjuicios promovida por la firma RM Sociedad Anónima contra Dirección General De Aduanas y en consecuencia declarar que la Dirección General De Aduanas debe pagar a la firma RM Sociedad Anónima la suma de guaraníes quinientos siete millones quinientos MIL (507.500.000) en los términos y alcances del Art. 5º del Decreto-Ley 6623/44. Imponer las costas a la demandada.*”

La parte demandada y apelante expresa agravios a fs. 130 a 138, centrandó la base de los mismos en que la Dirección General de Aduanas, al haber actuado en cumplimiento de sus funciones y bajo el imperio de la ley, esta exenta de responsabilidad por no haber ejercido sus funciones en forma arbitraria, ilegítima o antijurídicamente.



En autos se demanda resarcimiento de daños y perjuicios sufridos por una firma, RM Sociedad Anónima, a la Dirección General de Aduanas, sosteniendo que en fecha 6 de agosto de 2004, en cumplimiento de sus operaciones que corresponde a su giro comercial de comercialización de granos y frutos del país, remitió una carga de 600 bolsas de soja para uso industrial al Sr. Simón Calderoli domiciliado en la ciudad de Mariano Roque Alonso, conforme se acreditó fehacientemente en la Nota de Remisión N° 010 de fecha 5 de agosto de 2004, siendo la mencionada carga transportada a bordo del Tracto camión Marca Scania, Modelo 113 H, placa N° ASY005 y la carreta con matrícula ASY083, ambos propiedad de arcos Aurelio Decoud Barreto, conducido en esa oportunidad por Juan Carlos Oliva. Dicho vehículo fue retenido por funcionarios de la institución demandada, quienes alegaron que la mercadería transportada no tenía comprobante de entrada al país, quienes trasladaron la mercadería y el vehículo a la Sección Resguardo ubicados en los almacenes Kanonikoff, PAKSA, mientras duraba el sumario. Las mercaderías fueron devueltos al actor en fecha 8 de noviembre de 2004, y sostiene el actor, que debido al tiempo transcurrido y que no se adoptaron las medidas conservatorias adecuadas durante el depósito a cargo de la aduana, se echaron a perder las 600 bolsas de sojas, en que consistía la mercadería incautada.

De acuerdo a la constancia de la comunicación de intervención inicial, fs. 11 de autos, la incautación se produce porque a criterio de los funcionarios de la Aduana, no existía documentación respaldatoria del ingreso de la mercadería, soja, al país, en otras palabras se sospechaba que era soja de contrabando, conforme a la descripción de los Arts. 225 y 227 inc. a de la Ley 1173/85, vigente en esa época, ello a pesar de la nota de remisión presentada por el conductor, donde se especificada el origen y destino de la misma, que era netamente interno.

Posteriormente, el sumario instruido concluyó que dicha mercadería no era tal, habiéndose acreditado la veracidad de toda la documentación presentada por la firma RM Sociedad Anonima, nota de remisión, fs. 10, que fue presentada por el conductor en el mismo momento, certificado de cumplimiento tributario y de pago de patente comercial, como firma dedicada a la compra y venta de frutos del país, fs. 14, los comprobantes de ventas de fs. 15 y 16, que acreditaba el origen de la mercadería, y el Registro de Contribuyentes de fs. 18, donde consta la inscripción de la firma demandante como compra y venta de frutos del país.

Cabe apuntar que la simple observación de los documentos que fueron presentados por el conductor del camión en el momento de la incautación, y por los representantes de la actora ante la demandada en el sumario administrativo, surge que los mismos reúnen formalmente los requisitos que para este tipo de documentación contable surge de la Ley 125/90 y las resoluciones reglamentarias, por lo que no se explica la demora de la demandada en expedirse.

A pesar de toda esta documentación, la Dirección General de Aduanas, prosiguió insistiendo en la presunta calidad de contrabando de la mercadería, y dispuso la instrucción de sumario, en averiguación que culminó con el dictamen N° 1880 de fecha 4 de noviembre de 2004, que expresa en la parte conclusiva que: “... *la existencia de los documentos arriados como prueba de descargo y legalidad de las mercaderías...*”.

No obstante ello, y como una prueba más de la arbitrariedad del sumario, se resuelve aplicar una multa como falta aduanera, Art. 212 y 214 del Código Aduanero, cuando que el sumario era para comprobar la existencia de contrabando, Art. 225 y 227 inc a, del mismo cuerpo legal, como se tiene dicho.

La actora se vio perjudicada por la demora en la resolución del sumario, a pesar de haber advertido, por nota de fs. 32, que la mercadería retenida es de carácter perecedero, la Administración Aduanera insistió en la retención de la mercadería, aun teniendo a la vista la documentación respaldatoria legal de la misma.

Ciertamente que por el Art. 33 del Código Aduanero de esa época, Ley 1173/85, las mercaderías, tanto la ingresada como aquellas que son sospechosas de infracción, deben ser depositadas en recintos de la entidad demandada, es decir la Aduana durante el tiempo del sumario, pero no es menos cierto que en virtud del Art. 39 del mismo código Aduanero, *..Durante el tiempo del almacenaje, la autoridad responsable del depósito adoptará las medidas necesarias para la protección de las mercaderías y la salvaguarda del interés fiscal.*

Es decir, si bien la Aduana tiene la potestad de incautar las mercaderías que a su criterio estén en infracción y tenerlas depositadas en propios recintos, concomitantemente, tiene la obligación que ese depósito se haga en las adecuadas condiciones de conservación de acuerdo a la naturaleza de la mercadería a cuya custodia queda obligada por imperio de la misma ley que le faculta a la retención.

Como señala el informe elevado por el Servicio Nacional de Calidad y Sanidad Vegetal y de Semillas (SENAVE) Dirección de Semillas (DISE) a fs.

106: “2. *Almacenar no significa guardar en cualquier lugar; es garantizar la conservación y mantener la calidad del producto.*”

El Art. 1250 inc. b del CC, señala que el depositario responde por toda culpa cuando el depósito se ha hecho en su exclusivo interés.

En el presente caso, el único interesado en tener la mercadería depositada en el recinto aduanero fue la institución demandada, y no ha acreditado que dicho depósito se haya efectuado guardando los debidos cuidados para evitar el deterioro de las mercaderías.

El actor no tenía posibilidad alguna de hacer más de lo que hizo, es decir, reclamar la devolución de la mercadería, señalando la calidad de precedera de la misma.

Disiento entonces con la conclusión del honorable que me precede, en cuanto que exista una culpa compartida, a mi parecer, la única responsabilidad por la pérdida de la mercadería, es de la demandada, que inició un sumario por supuesto contrabando, lo inició a pesar de habersele exhibido documentación legal que avalaban el origen y destino de la mercadería, y lo prosiguió contra viento y marea, hasta que no pudo evitar, cuatro meses después, 6/08/2004 a 4/11/2004, reconocer que no existía contrabando, y tuvo que reconocer la legalidad de la mercadería, que para dicha fecha se volvió inservible, por evidentemente, las malas condiciones en que fue guardada por la demandada.

La argumentación de la demandada, que era necesario el sobreseimiento en sede administrativa para que proceda el reclamo no es procedente, cualquiera sea el final del sumario, lo cierto es que la ley 1173/85, facultaba a la aduana a proceder a la incautación y el depósito en sus recintos de la mercadería, Art. 33, pero también lo responsabiliza, en el Art. 39 de la Ley 1173/85, por el buen cuidado de las mercaderías en sus depósitos, y es esa responsabilidad, emergente del principio de legalidad que rige el ámbito público, que surge la responsabilidad de la demandada, por los daños y deterioros que las cosas sometidas a su custodia, sufran.

El hecho que la actuación de la institución, fuese en base a funciones propias, no lo exime de la responsabilidad por los daños causados a las cosas sometidas a su custodia, contra la voluntad del dueño.

La sentencia debe entonces ser confirmada en cuanto hizo lugar a la demanda.

En cuanto a los rubros reclamados, el daño emergente y el lucro cesante, coincido con lo expuesto por el preopinante que confirma los montos estableci-

dos en la sentencia de primera instancia, el primero, daño emergente, que surge del valor de la mercadería, Gs. 300.000.000; y el lucro cesante de la apreciación del A-quo, en base al Art. 452 del CC, Gs. 157.000.000, a partir del hecho que el capital destinado a la compra de la mercadería, y que quedo inmovilizado durante el tiempo del sumario, y que con la pérdida de la mercadería, se ha esfumado la posibilidad de generar un lucro, ya sea por la venta misma, o simplemente por medio del interés que pudiera generar su utilización, siendo el monto total de ambos rubros la suma de GS. 457.000.000.

En cuanto al rubro de daño moral, también reclamado por la actora, entramos en un campo donde la doctrina se halla de hecho bastante dividida, respecto a si una persona jurídica, carente de atributos subjetivos, como sentimientos de angustia, sufrimiento, menoscabo a su reputación, etc., factores generalmente tenidos en cuenta para que proceda el daño moral en las personas físicas, no teniendo esos sentimientos, como puede reclamar daño moral.

Sin embargo, como hemos sostenido en fallos anteriores, si existen en la persona jurídica, bienes intangibles, extrapatrimoniales que pueden ser objeto de daños por terceros y habilita a una eventual indemnización por daño moral. Cabe apuntar que el Art. 1835 del CC, que se refiere al daño moral, no hace distinción entre persona física o jurídica, el único requisito es la existencia del perjuicio en los bienes y derechos del afectado.

Prestigio, buen nombre, tradición de honestidad, son algunos bienes intangibles que pueden ser afectados por la acción de terceros. Pero no toda persona jurídica, ni en todo hecho perjudicial puede reclamarse en este rubro.

En primer lugar la persona aunque sea jurídica debe tener, una íntima simbiosis con la persona de sus órganos, es decir la persona jurídica, debe estar tan identificada con la persona física al punto que la mención de una traiga como reflejo la personalidad de la otra, lo que ocurre por ejemplo cuando la denominación de la persona jurídica conlleva el nombre de la persona física, por ejemplo Ríos S.A., González y Cía., etc.

También debe acreditarse una trayectoria y prestigio dentro del ámbito de la actividad específica a que se refiere su accionar societario.

Y tanto una como otra circunstancia deben ser debidamente acreditadas. En el caso de autos, no se configura ninguna de las circunstancias.

Primero la actora no probó ser una empresa de reconocida trayectoria en

el rubro de comercialización de frutos del país, es mas señala que la operación que se frustró era de las primeras que efectuaba en ese rubro.

Segundo, no existe esa identificación entre la persona que aparece como representante o propietario de la demandante, y la denominación de la sociedad.

Pero lo más resaltante es que, para acreditar estas dos circunstancias, la actora no produjo, ni siquiera ofreció, prueba alguna.

Ahora bien, no deja de ser cierto igualmente que a la actora se le ha frustrado un negocio, es decir, ha perdido la oportunidad de obtener una ganancia lícita y ya prevista, dado que solo faltaba la entrega de la mercadería para poder percibir por la operación de venta.

Y no es un negocio en futuro y abstracto, y con ganancias esperadas, lo que configuraría en todo caso un lucro cesante, lo que el actor sufrió, es la pérdida de oportunidad de realizar una operación que le redituaria ganancias, o sea perdió la chance de realizar un negocio y obtener beneficio de él.

Esta pérdida de chance, no configura un daño extrapatrimonial sino patrimonial, y por el principio de iuria novit iuria, los jueces tiene la atribución de cambiar la calificación jurídica, siempre y cuando no se alteren los hechos fácticos.

Y los hechos, demostrados en autos, son que la demandada retuvo bienes del actor, 600 kilos de soja, que el mismo debía entregar al comprador, y no lo pudo hacer debido a la retención por cuatro meses en los depósitos de la aduana de la mercadería.

Que retiradas las mismas, del deposito aduanero, la actora se percató, que la mercadería ya está inservible, por ende, la operación de venta que ya se había perfeccionado entre las partes, y que solo faltaba la entrega física del producto, le expedición de la factura y el cobro del valor, no pudo concretarse, debido a la intervención de la demandada. Surge entonces que se le ha privado a la actora, de esta operación en particular, frustrando la posibilidad de realizar el negocio, y tal vez futuras negociaciones con el mismo comprador.

Esta pérdida de chance, estimo, también responsabilidad de la demandada, es igualmente resarcible, y entiendo que la suma fijada por el A-quo, de Gs. 50.000.000, resulta razonable y compatible con el Art. 452 del CC.

En conclusión, en este caso en particular, no se dan los presupuestos para que proceda la indemnización por daño moral, pero, habiéndose acreditado la

frustración o la pérdida de chance de la actora de culminar un negocio, es dable otorgarle indemnización en ese carácter, y por la suma ya mencionada.

Sumando entonces, los tres rubros, se tiene en total la suma de 507.000.000, la misma a la que arribo el A-quo, aunque por otro concepto, por lo que voto por confirmar también el monto de la condena pecuniaria a la demandada.

En cuanto a las costas, no habiendo prosperado el recurso, solo cabe imponerlas a la demandada y perdidosa, por aplicación del art. 203 del CPC. Es mi voto.

Asu turno la Dra. Zuccolillo Garay de Vouga, manifiesta adherir al voto del Dr. Báez Maiola por sus mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Señores Miembros, por ante mí quedando acordada la sentencia que sigue a continuación.

VISTO: por mérito que ofrece el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Segunda Sala.

RESUELVE: Declarar desierto el recurso de nulidad. Confirmar, con costas, la S.D. N° 808 de fecha 25 de octubre de 2008 en cuanto hizo lugar a la demanda promovida por R.M. Sociedad Anónima contra Dirección General De Aduanas por indemnización de daños y perjuicios. Modificar el monto de la condena en la suma de Guaraníes Trescientos sesenta y seis millones (Gs. 366.000.000).

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

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

Ante mí: María Teresa Cañete, Actuaría.

\* \* \*

## **ACUERDO Y SENTENCIA N° 62**

*Cuestión debatida: Se trata de establecer en autos la procedencia de una demanda de divorcio vincular y la atribución de la culpabilidad exclusiva a uno de los cónyuges.*

**PRUEBA DE TESTIGOS. DIVORCIO. Prueba en el juicio de divorcio.**

En efecto, el artículo 21 de la Ley 45/91 se remite al artículo 172 del Código Civil, el cual dispone la admisión de cualquier clase de prueba salvo la confesión

y el testimonio de los ascendientes y descendientes de los cónyuges. La ley es bastante clara a este respecto, ordenando una exclusión expresa de este rango de parientes de los esposos.

**DIVORCIO. Prueba en el juicio de divorcio.**

La supresión de la confesión y el testimonio de los ascendientes y descendientes de los cónyuges aparenta ser una solución conformada con la ley, el fundamento de esta norma se origina en el objetivo social de la protección de la unidad familiar, basada en la institución del matrimonio, sobre la idea de la unión y paz que se entiende rige la vida en común de los cónyuges y sus respectivos parientes. Esta idea también se arraiga en el concepto de familia que regía en la época en que se redactó el Cód. Civ. Paraguayo –y más aún, su antecedente, el Cód. Civ. de Vélez–.

**DIVORCIO. Prueba en el juicio de divorcio.**

Ya no se considera a la familia como un sujeto de derechos en sí misma, o como una amalgama de derechos fusionados que produce un ente con una finalidad autosatisfactoria, sino como un espacio de relación, desarrollo e intersección de derechos de sujetos singulares, quienes encuentran en ella un medio o ámbito en el cual se expresan esos derechos; así, pues, primeramente las normas específicas –Códigos y Convenciones de la Niñez, sistema penal, etc.– han producido un quiebre en la supresión de la confesión y el testimonio de los ascendientes y descendientes de los cónyuges, permitiendo el testimonio de estos a la hora de demostrar la ocurrencia de ciertos hechos.

**VIOLENCIA FAMILIAR.**

La Ley N° 1.600/00, prevé que en los casos en que la persona afectada no esté en condiciones de realizar o no haga la denuncia, también lo podrán hacer los parientes o quienes tengan conocimiento del hecho (art. 1° 2do. párrafo). Este artículo no distingue entre clases de parentesco, grados o líneas. Todos los parientes están facultados a hacer la denuncia. Esta disposición se funda, precisamente, en que son los parientes inmediatos quienes tienen un trato directo con los cónyuges, por lo que pueden tener conocimiento de los eventos que se dan en el marco de la intimidad de una relación familiar.

**VIOLENCIA FAMILIAR.**

La Ley 1.600/00 ha modificado al Código Civil en cuanto a la admisibilidad legal del testimonio de los parientes, y deben admitirse entonces las declaraciones testificales de los parientes de los cónyuges para los casos que involucran posibles situaciones de violencias doméstica o intrafamiliar.

**PRUEBA DE TESTIGOS. DIVORCIO. Prueba en el juicio de divorcio.**

Debemos admitir las testificales de los padres del demandado como pruebas válidas. Ahora bien, el juzgamiento de dichas pruebas y su eficacia probatoria son una cuestión diferente de su admisión formal. En el primer supuesto se establece la inclusión o exclusión del material probatorio, mientras que en el segundo se determina su incidencia en la decisión del juzgador. Se califican las pruebas como sustento para dar veracidad y certeza a los hechos alegados, a los efectos de hacer lugar o no a las pretensiones.

**PRUEBA DOCUMENTAL. Eficacia probatoria de la prueba documental.**

Las instrumentales presentadas no fueron impugnadas por la demandada en ningún momento, en consecuencia, se trata de pruebas admitidas al proceso por resolución firme, de validez no cuestionada, tal como lo dispone el art. 307 del Cód. Proc. Civ.

**INJURIA.**

La injuria grave se ha conceptualizado como toda especie de acto intencional o no, ejecutado de palabra, por escrito o por hechos, que constituyen una ofensa para el cónyuge, ataquen su honor, su reputación o su dignidad, hiriendo sus justas susceptibilidades.

**SEVICIA. VIOLENCIA FAMILIAR.**

El carácter violento y sistemático de la sevicia nos lleva al concepto de violencia intrafamiliar y doméstica. La violencia doméstica tiene sustento legal en la Ley N° 1600/2000, la cual según el art. 1° establece normas para la protección para toda persona que sufra lesiones, maltratos físicos, psíquicos o sexuales por parte de alguno de los integrantes del grupo familiar. A esto se añade la Convención de Belem do Pará, que al estatuir en su art. 2° qué debe entenderse que violencia contra la mujer, incluye la violencia física, sexual o psicológica que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica, así como en cualquier otra relación interpersonal en la que se comparte el mismo domicilio (injurias).

**PRUEBA DOCUMENTAL. Eficacia probatoria de la prueba documental.**

Las instrumentales (denuncias en la comisaría, manifestación ante el Fiscal, denuncia en el ministerio público, denuncia ante juzgado de paz que ordeno exclusión del esposo) ponen de manifiesto un comportamiento injurioso y vio-



lento por parte del esposo, tanto verbal como físico, no sólo hacia su esposa, sino también hacia sus hijos, circunstancia aún más perjudicial para el ambiente familiar. Además, las mismas constancias sustentan la tesis de que la conducta del cónyuge denunciado se mantuvo constante por el extenso período de nueve años seguidos.

**PRUEBA DE TESTIGOS. DIVORCIO. Prueba en el juicio de divorcio.**

Si bien es cierto que de las testificales se desprende una conducta por parte de la esposa que a primera vista podría calificarse de injuriosa, dada probablemente en el marco de una compleja relación marital, ella no puede ser analizada asistemáticamente y desconectada de la violencia inicial por parte del marido, que en varias oportunidades fuera denunciada por la demandante.

**VIOLENCIA FAMILIAR.**

Las situaciones de violencia doméstica e intrafamiliar configuran un síndrome desarrollado y estudiado por la psicología, en el marco del llamado “ciclo de la violencia”. Esta situación lleva a la víctima a un estado de aislamiento, de degradación de su autoestima, lo que le impide ver una salida del problema en el que se encuentra. Las personas que logran salir del círculo de la violencia lo hacen siempre de modo traumático, por un acto o ejercicio final de violencia del maltratador, que puede llegar inclusive a terminar con la vida de la víctima, o también por un acto violento de la víctima hacia el atacante, como reacción de autodefensa.

**VIOLENCIA FAMILIAR.**

La conducta agresiva de la víctima, pues, debe ser evaluada como respuesta a la situación crítica, no puede verse como una verdadera y autónoma agresión, dirigida a provocar daño en la otra persona, sino en todo caso como una respuesta de autopreservación y de legítima defensa.

**VIOLENCIA FAMILIAR.**

La violencia doméstica se basa en la existencia de relaciones asimétricas de poder entre hombres y mujeres, y en el control que es ejercido en función de tal asimetría. Este control se expresa a menudo en forma de actos violentos, que tienen por finalidad tanto el ejercicio de dicho control, cuanto que su reafirmación sobre la persona violentada, vale decir, la mujer.

TApel. en lo Civ. y Com. Tercera Sala. 06-07-10. “N. L. L. H. c. W. A. G. G. s. Divorcio a petición de una sola de las partes”. (Ac. y Sent. N° 62)

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?

En su caso, ¿se dictó conforme a derecho?

Practicado el sorteo de ley, resultó el siguiente orden de votación: Buongermi P., García y Villalba Fernández.

A la primera cuestion planteada la Dra. Buongermi Palumbo, dijo: El recurrente ha desistido expresamente del recurso de nulidad interpuesto. Por consiguiente, y al no advertirse vicios o defectos que autoricen a declarar la nulidad de las resoluciones recurridas de oficio, se le debe tener por desistido al recurrente del recurso interpuesto.

A sus turnos, los Miembros Abog. García y Dr. Villalba Fernández, manifiestan que votan en igual sentido.

A la segunda Cuestion planteada, la Dra. María Mercedes Buongermi prosiguió diciendo: Por la sentencia apelada N° 04 de fecha 03 de febrero de 2009 la *a quo* resolvió: “No hacer lugar, a la demanda reconventional de divorcio vincular promovida por el Sr. W. A. G. G. contra la Sra. N. L. L. H., por improcedente. Hacer Lugar, con costas, a la demanda de autos y, en consecuencia, decretar el divorcio vincular de los esposos N. L. L. H. y W. A. G. G., cuyo matrimonio se había celebrado en Asunción. En fecha 11 de enero de 1997, Oficina del Registro del Estado Civil N° 18, Tomo del libro 1, folio 26, acta número 4, por culpa exclusiva del demandado, y ordenar la inscripción de esta sentencia en el Registro del Estado Civil, expidiendo copia auténtica de ella, y librando para el efecto el pertinente oficio. ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia” (sic.) (fs. 118/121).

La parte apelante presenta su escrito de expresión de agravios a fs. 129/136 manifestando que la *a quo* ha omitido analizar y valorar la falta de ofrecimiento y diligenciamiento de pruebas por parte de la actora así como también ha omitido la declaración de litigante de mala fe que fuera realizada por su parte. Luego, alega que en la reconvencción planteada, a diferencia de la actora, ella ha probado suficientemente a través de los testimonios, que ha por muchos años ha sido víctima de sevicia (crueldad en el trato). Seguidamente, respecto de los testimonios de sus padres, expresa que si bien la ley 45/91 y el art. 172 del C.C. lo prohíben, la doctrina paraguaya los admite dado que son ellos quienes

tienen trato frecuente con los esposos. Señala además que la inferior ha incurrido en un adefesio jurídico al haber rechazado las pruebas ofrecidas por la actora por extemporáneas en el período probatorio, y considerándolas posteriormente en la sentencia dictada. Por último, solicita sea revocada la resolución recurrida.

La parte contraria contesta el memorial en los términos del escrito de fs. 137/138 manifestando que la sentencia dictada por la inferior se ajusta plenamente a derecho. Respecto de las declaraciones testificales de los padres del Sr. W. G., se atiene a lo dispuesto por la ley 45/91 y el art. 172 del C.C. en el sentido de excluir dichas testificales de las pruebas. Señala, en cuanto a las instrumentales de las que se agravia el apelante, que el Cód. Proc. Civ. dispone que el momento de agregar las pruebas es el inicio del juicio. También alega que el demandado no redarguyó de falso las instrumentales de las que se le corrió traslado, por lo que tienen valor probatorio en juicio. Por último solicita se confirme la sentencia apelada.

Corrido el traslado a la agente fiscal interviniente, la misma lo contesta en los términos del escrito de fs. 139/140 de autos. En dicha contestación manifiesta que la resolución apelada se encuentra ajustada a derecho. Respecto de los testigos padres del esposo alega que en virtud del art. 172 del C.C. estos se hayan expresamente excluidos, y en cuanto a la Sra. A. B. de G, su testimonio no es prueba suficiente para demostrar el comportamiento del demandado. Finalmente señala que la inferior argumentó su decisión con las instrumentales agregadas en autos, las cuales no fueron redargüidas de falso, por lo que recomienda la confirmación de la resolución.

Se trata de establecer en autos la procedencia de una demanda de divorcio vincular y la atribución de la culpabilidad exclusiva a uno de los cónyuges. Para principiar conviene puntualizar el orden de los sucesos y pretensiones. Primeramente la Sra. N. L. H. promueve juicio de divorcio vincular en contra del Sr. W. A. G. G. invocando la causal establecida en la Ley 45/91 en su art. 4° inc. c), alegando hechos de violencia doméstica y atribuyendo la culpa exclusiva de la ruptura connubial a su cónyuge. Al contestar el traslado de la demanda el accionado plantea una reconvención, culpando a la cónyuge por los malos tratos y la dificultosa relación que llevaban. Trabada la litis y luego del período probatorio, la jueza de primera instancia resolvió hacer lugar a la demanda atribuyendo culpa al Sr. G. como responsable del divorcio y admitiendo la causal invocada por la demandante.

El apelante se agravia de la resolución recurrida en dos puntos fundamentales. En primer lugar se agravia de lo resuelto por la *a quo* respecto de las pruebas ofrecidas por su parte, manifestando que las testificales efectuadas demuestran que quien practicaba los malos tratos era la Sra. L. y no él. Alega que aunque la ley excluye el testimonio de los parientes ascendientes o descendientes de las partes, en el caso particular de autos la doctrina paraguaya admite la consideración de dichos testimonios, dado que son personas que tienen relación directa con los cónyuges. A este respecto, la inferior resolvió excluir y no considerar el testimonio de los padres en virtud del artículo 21 de la Ley 45/91 y el artículo 172 del Código Civil. En efecto, el artículo 21 de la citada ley se remite al artículo 172 de nuestro Código Civil, el cual dispone la admisión de cualquier clase de prueba salvo la confesión y el testimonio de los ascendientes y descendientes de los cónyuges. La ley es bastante clara a este respecto, ordenando una exclusión expresa de este rango de parientes de los esposos. En principio, pues, la supresión de esta prueba aparenta ser una solución conformada con la ley. Sumariamente, el fundamento de esta norma se origina en el objetivo social de la protección de la unidad familiar, basada en la institución del matrimonio, sobre la idea de la unión y paz que se entiende rige la vida en común de los cónyuges y sus respectivos parientes. Esta idea también se arraiga en el concepto de familia que regía en la época en que se redactó el Cód. Civ. Paraguayo —y más aún, su antecedente, el Cód. Civ. de Vélez—. En este sentido la familia se veía como un núcleo uniforme y siempre permanente que reivindicaba derechos propios, distintos de los sujetos que la componen y, al propio tiempo, con un sentido y finalidad en sí misma, y no solo en función del interés y los derechos de las personas que se ubican en ella. La prohibición surge así, en el afán de sostener una realidad eidética o arquetípica: la solidaridad y la cohesión familiar, con valoraciones de superior jerarquía ética y social por estar en juego el buen orden jurídico e institucional de la familia. En otro sentido también revela la idea de la separación estricta del orbe de lo público y de lo privado, considerando la esfera familiar como de estricta reserva o privacidad en cuanto a aquello que sucede en su seno. Todo ello dio por resultado la creación de normas que privilegiaban la tutela de esta construcción ideológica, excluyendo a los padres e hijos de testimoniar en juicio en contra de sus hijos o padres respectivamente.

Estas concepciones de la familia han cambiado sustancialmente en la actualidad. En cuanto a la tutela de los derechos esenciales del ser humano ya no

se distingue entre lo público y lo privado, considerándose hoy intolerable su vulneración, no importe en qué ámbito se produzcan. Asimismo, ya no se considera a la familia como un sujeto de derechos en sí misma, o como una amalgama de derechos fusionados que produce un ente con una finalidad autosatisfactoria, sino como un espacio de relación, desarrollo e intersección de derechos de sujetos singulares, quienes encuentran en ella un medio o ámbito en el cual se expresan esos derechos; así, pues, primeramente las normas específicas –Códigos y Convenciones de la Niñez, sistema penal, etc.- han producido un quiebre de esta constricción probatoria, permitiendo el testimonio de los parientes cercanos a la hora de demostrar la ocurrencia de ciertos hechos.

Así también es el caso de la legislación especializada en contra de la violencia intrafamiliar o doméstica. Esta norma –Ley 1600/00– debe ser considerada debido a la naturaleza del presente caso, ya que la causal de divorcio invocada por la demandante es la sevicia, los malos tratos y las injurias graves. Además, la demandante alega la existencia de violencia doméstica. La Ley N° 1.600/00, prevé que en los casos en que la persona afectada no esté en condiciones de realizar o no haga la denuncia, también lo podrán hacer los parientes o quienes tengan conocimiento del hecho (art. 1° 2do. párrafo). Este artículo no distingue entre clases de parentesco, grados o líneas. Todos los parientes están facultados a hacer la denuncia. Esta disposición se funda, precisamente, en que son los parientes inmediatos quienes tienen un trato directo con los cónyuges, por lo que pueden tener conocimiento de los eventos que se dan en el marco de la intimidad de una relación familiar. Como el acto de denunciar implica el referir un hecho concreto de violencia, lógicamente, esta permisión alcanza también al testimonio respecto de tales hechos, que pueda darse en una posterior investigación probatoria. Amén de ello no escapa a un análisis de orientación teleológica el hecho que la finalidad para la cual fue concebida la prohibición, que como ya vimos más arriba habría sido la armonía y unidad familiar ya no puede sostenerse en situaciones como esta, que involucran violencia doméstica o intrafamiliar. En efecto, ¿qué unidad y armonía puede predicarse en el seno de un grupo familiar, en el cual uno de sus miembros hace pasible a otro de actos violentos? ¿Y qué consideración puede merecer esto, sino en orden del mantenimiento furtivo de una mera apariencia que nada tiene que ver con la realidad? Incluso si se hiciera en aras de la preservación del interés de los hijos –de los que no tenemos noticia en este caso- ello no será mas que un ejemplo de familismo,

una de las muchas formas que toman los sexismos dentro del patriarcado, el interés de la mujer y la protección de sus derechos en aras del interés de los demás miembros del núcleo familiar. Pero aún así, si consintiéramos en esta evidente injusticia, la preservación de una supuesta unidad familiar, no se correspondería del respeto y protección del interés superior de los niños y adolescentes, si los hubiera, ya que es sabido que los hijos e hijas que conviven en la familia en tales circunstancias de violencia desarrollan conductas de des-aceptación y pautas de comportamiento e internalización de la violencia de la que son no sólo espectadores, sino víctimas posibles indirectas, repitiendo en la mayoría de los casos esos esquemas violentos aprendidos en la niñez, en la estructuración de sus vidas futuras.

Establecida la admisibilidad legal del testimonio de estos parientes, para estos casos, es obvio que ella se extenderá también a todas las relaciones o situaciones de derecho ligadas o involucradas con estos hechos, o, para el caso, a una acción de divorcio que tiene como causal este tipo de incidentes. En definitiva, debemos concluir que la Ley 1.600/00 ha modificado al Código Civil en este punto, y deben admitirse entonces las declaraciones testificales de los parientes de los cónyuges para los casos que involucran posibles situaciones de violencias doméstica o intrafamiliar. En idéntico sentido se ha expresado también la jurisprudencia. *“En materia de divorcio cuando se trata de causales como la del caso en examen en el que se invocan cuestiones ligadas a la violencia doméstica, la cohesión familiar no sería excusa para impedir la prueba testimonial de los consanguíneos en línea recta, pues los hechos invocados serían reveladores de que la relación matrimonial ya estaría si no rota al menos deteriorada.»* (L. 478.742 Expte. N° 103.175/2002 - ‘Y., C. I. c/ L., B. A. s/ divorcio Art. 214 Inc. 2do. Código Civil’ - CNCIV - SALA F - 20/11/2007).

Por estas razones debemos admitir las testificales de los padres del demandado como pruebas válidas. Ahora bien, el juzgamiento de dichas pruebas y su eficacia probatoria son una cuestión diferente de su admisión formal. En el primer supuesto se establece la inclusión o exclusión del material probatorio, mientras que en el segundo se determina su incidencia en la decisión del juzgador. Se califican las pruebas como sustento para dar veracidad y certeza a los hechos alegados, a los efectos de hacer lugar o no a las pretensiones. Así entendido esto, se hará la evaluación de las pruebas más adelante.

Seguidamente estudiaremos el segundo punto que ha sido objeto de agravios por parte del apelante. En efecto, el recurrente señala que la inferior, al

fundamentar la resolución recurrida, ha incurrido en un error jurídico, ya que hizo valer pruebas que nunca fueron ofrecidas en la etapa procesal pertinente, conforme se desprende de la providencia de fecha 08 de abril de 2008 (fs. 93). Se aduce que se ordenó el desglose del escrito de ofrecimiento de pruebas de la parte actora, por haber sido presentado extemporáneamente. Alega que las pruebas de la actora no fueron admitidas ni diligenciadas, razón por la cual no debieron haber sido consideradas en la sentencia de la jueza de primera instancia. Debemos establecer entonces la procedencia de las pruebas que fueron presentadas por la actora que, según la apelante, no fueron ofrecidas en la etapa procesal oportuna. De las constancias de autos podemos ver que en virtud de la providencia de fecha 08 de abril de 2008, tal como lo alega la parte demandada, la *a quo* ordenó el desglose del escrito de ofrecimiento de pruebas de la parte actora, por haber sido presentado extemporáneamente. El escrito al que se refiere la citada providencia es el que obra a fs. 91/92 de autos, el cual, en relación con el cómputo del periodo probatorio, efectivamente fue presentado en forma extemporánea, como lo establece la inferior. Sin embargo, el rechazo de este escrito de ofrecimiento de pruebas no se vincula con las pruebas instrumentales presentadas en la promoción de la demanda, las mismas que fueron consideradas por la jueza como sustento de la sentencia dictada. En el efecto, el código de procedimientos civiles establece en su art. 219 que el actor debe acompañar con la demanda la prueba documental que tuviere en su poder, cosa que se ha realizado según surge de 09/74; luego dichas instrumentales fueron agregadas a estos autos mediante la providencia de fecha 24 de abril de 2007 (fs. 52), y además de ello también se ha corrido traslado de las mismas a la contraria, en virtud de la misma resolución, lo cual ha sido diligenciado, conforme consta en la cédula de notificación obrante a fs. 54 de autos. Las precitadas instrumentales no fueron impugnadas por la demandada en ningún momento. En consecuencia, se trata de pruebas admitidas al proceso por resolución firme, de validez no cuestionada, tal como lo dispone el art. 307 del Cód. Proc. Civ.

Puesto que ya hemos admitido tanto las pruebas ofrecidas por la actora como las ofrecidas por la parte demandada, ahora debemos estudiar la cuestión de fondo, la procedencia de la demanda de divorcio vincular y de la demanda reconvenzional.

Básicamente, la demanda se funda en la culpabilidad del cónyuge Sr. W. A. G. G., quien, según alegaciones de la Sra. N. L. L. H., la maltrataba constante-

mente, tanto física como psicológicamente, dando lugar a hechos de violencia doméstica. Invoca el inciso c) del art. 4° de la Ley 45/91 como causal del divorcio, el que menciona la sevicia, los malos tratos e injurias graves. Por el otro lado, el cónyuge demandado contesta el traslado planteando una demanda reconvenicional, y alegando que fue su esposa la responsable de su separación y mala relación, ya que ella lo maltrató en reiteradas ocasiones, lo que hizo imposible la convivencia armónica. Invoca también la misma causal como fundamento de la reconvenición.

Lo que debemos determinar aquí es sobre cual de los cónyuges recae la culpabilidad de la disolución marital. Como vemos, ambos atribuyen al otro la sevicia, los malos tratos y la imposibilidad de convivir y llevar una relación armónica. En consecuencia, necesariamente hemos de realizar el examen del material probatorio respectivo, para la comprobación de los hechos, en el estudio de la causal aludida por ambas partes.

La injuria grave se ha conceptualizado como toda especie de acto intencional o no, ejecutado de palabra, por escrito o por hechos, que constituyen una ofensa para el cónyuge, atacan su honor, su reputación o su dignidad, hiriendo sus justas susceptibilidades. (CNCvi., Sala C, 9/4/76, LL, 1976-C-110). “...No comprende las simples ofensas, sino que éstas deben implicar un menoscabo tal que imposibiliten la vida en común. La injuria grave constituye la causal más amplia, pues en ella se comprenden por descarte todas las violaciones a los deberes que el modelo legal supone ínsitos en la relación matrimonial, habiendo considerado los autores que las demás causales no son más que variedades, especies, dentro del género de injurias graves...” (Grosman, Cecilia. *El proceso de divorcio*. pág. 76. Ed. A’baco. Bs. As., 1985).

Ahora bien, los hechos alegados en autos traducen un caso previsto en la legislación nacional, puesto que las injurias en el ámbito familiar son recogidas en un inciso específico de la ley de divorcio. En efecto, el carácter violento y sistemático de la sevicia nos lleva al concepto de violencia intrafamiliar y doméstica. La violencia doméstica tiene sustento legal en la Ley N° 1600/2000, la cual según el art. 1° establece normas para la protección para toda persona que sufra lesiones, maltratos físicos, psíquicos o sexuales por parte de alguno de los integrantes del grupo familiar. A esto se añade la Convención de Belem do Pará, que al estatuir en su art. 2° qué debe entenderse que violencia contra la mujer, incluye la violencia física, sexual o psicológica que tenga lugar dentro de la



familia o unidad doméstica, así como en cualquier otra relación interpersonal en la que se comparte el mismo domicilio.

Nos debemos ahora remitir al material probatorio, a los efectos de juzgar y determinar la culpabilidad de los cónyuges.

De las constancias de autos surge que la parte actora ha acompañado con la promoción de la demanda varias instrumentales a fin de acreditar los sucesos relatados. En primer lugar constan varias denuncias realizadas por la Sra. L., todas ellas sobre hechos de agresión que tienen al Sr. G. como sujeto activo. Así pues, en orden cronológico, se hallan agregadas las denuncias de fecha 08 de enero de 1998, ante la Jueza de Paz en lo Civil, Comercial y Laboral del Distrito de Encarnación (fs. 21); 17 de febrero de 2000, efectuada en la Comisaría 2<sup>a</sup> Metropolitana (fs. 47); manifestación hecha ante la Agente Fiscal en lo Civil, Comercial, Laboral y Tutelar del Menor de la Tercera Circunscripción Judicial de la República en fecha 22 de febrero de 2000 (fs. 40); denuncia del 20 de octubre de 2003 realizada en el Ministerio Público, en la Unidad Penal N° 6 (fs. 18/19); denuncia del 20 de octubre de 2003 también en la Comisaría 4<sup>a</sup> Metropolitana (fs. 26); y denuncias de fechas 07 de noviembre de 2004 efectuada en la Comisaría 4<sup>a</sup> Metropolitana (fs. 9); y 16 de febrero de 2007 en la misma dependencia policial (fs. 27). Las citadas instrumentales ponen de manifiesto un comportamiento injurioso y violento por parte del esposo, tanto verbal como físico, no sólo hacia su esposa, sino también hacia sus hijos, circunstancia aún más perjudicial para el ambiente familiar. Además, las mismas constancias sustentan la tesis de que la conducta del cónyuge denunciado se mantuvo constante por el extenso período de nueve años seguidos. Más aún, en autos obran también resoluciones judiciales que hacen referencia al caso que nos compete, como ser la de fs. 17 dictada por el Juzgado de Paz de La Encarnación, en virtud de la cual se ordena la exclusión del hogar del denunciado y se le prohíbe el acceso al mismo. A fs. 42 la resolución dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Cuarto Turno de Encarnación, a través de la cual, considerando las denuncias hechas, se otorgó la guarda provisoria de sus hijos menores a la Sra. Lilauski. Cabe aclarar al respecto de esta última resolución, que la misma es anterior al Código de la Niñez y la Adolescencia vigente, en virtud del cual se crearon los Juzgados de la Niñez y la Adolescencia –competentes en cuestiones referentes a los derechos de niños y adolescentes-. Asimismo la figura denominada “guarda” actualmente está designada como “régimen de convivencia”.

Por el otro lado, la parte demandada ofreció como pruebas relevantes para el sustento de sus pretensiones a las testificales de los Sres. A. G. B., P. G. de G., padres del demandado, cuyo testimonio hemos declarado admisible por las particularidades del caso, ya que se alude a hechos de violencia doméstica. Y por último la testifical de la Sra. A. B. de G., antigua empleada doméstica de la familia. De las tres declaraciones citadas podemos decir, en resumen, que la Sra. L. solía mantener una conducta poco tolerante respecto de su esposo, conducta incluso agresiva en algunas ocasiones, lo que dificultaba la relación entre los cónyuges. Además de las testificales mencionadas, no constan otras pruebas que acrediten los hechos alegados por el demandado. Si bien es cierto que de las testificales se desprende una conducta por parte de la esposa que a primera vista podría calificarse de injuriosa, dada probablemente en el marco de una compleja relación marital, ella no puede ser analizada asistemáticamente y desconectada de la violencia inicial por parte del marido, que en varias oportunidades fuera denunciada por la demandante. Cabe mencionar nuevamente que por estas mismas razones y fundamentos el Sr. G. fue excluido de su hogar por un órgano judicial competente, lo que atribuye relevancia y veracidad a los hechos denunciados por la demandante como causantes de la ruptura del conubio.

Las situaciones de violencia doméstica e intrafamiliar configuran un síndrome desarrollado y estudiado por la psicología, en el marco del llamado “ciclo de la violencia”. Esta situación lleva a la víctima a un estado de aislamiento, de degradación de su autoestima, lo que le impide ver una salida del problema en el que se encuentra. Las personas que logran salir del círculo de la violencia lo hacen siempre de modo traumático, por un acto o ejercicio final de violencia del maltratador, que puede llegar inclusive a terminar con la vida de la víctima, o también por un acto violento de la víctima hacia el atacante, como reacción de autodefensa. De este modo, la sevicia adquiere, en el ámbito familiar y doméstico, unas connotaciones especiales que implican relaciones asimétricas de poder. La conducta agresiva de la víctima, pues, debe ser evaluada como respuesta a esta situación crítica, no puede verse como una verdadera y autónoma agresión, dirigida a provocar daño en la otra persona, sino en todo caso como una respuesta de autopreservación y de legítima defensa. Consecuentemente, se entiende que, en la terminación del vínculo matrimonial en tales circunstancias, no se pueda hablar de culpa sobre la persona que ha sido víctima de violen-

cia. Recordemos además que la violencia doméstica se basa en la existencia de relaciones asimétricas de poder entre hombres y mujeres, y en el control que es ejercido en función de tal asimetría. Este control se expresa a menudo en forma de actos violentos, que tienen por finalidad tanto el ejercicio de dicho control, cuanto que su reafirmación sobre la persona violentada, vale decir, la mujer. En este orden de cosas, es evidente que ambos cónyuges no pueden estar situados en el mismo plano de atribución de culpabilidad.

Asimismo, los hechos de violencia denunciados y acreditados adquieren relevancia e importancia tanto en el ámbito familiar como en el social, incidiendo en el núcleo familiar y en la esencia misma del matrimonio, que según nuestro Código Civil en su art. 154 crea una comunidad que obliga a los esposos dignificar el hogar, a una mutua protección, fidelidad y asistencia. La legislación paraguaya, como ya lo hemos referido más arriba, regula específicamente este tipo de comportamiento, por virtud de las leyes 1215/86, 1638/2001, así como el Cód. Penal, en su art. 229, amén de las disposiciones contenidas en las leyes N° 1600/2000 y 605/95 –todas ellas referidas tanto al orden local como internacional–. Desconocer esto es hacer caso omiso de realidades patentes y *tabula rasa* de la normativa de rango supralegal que las recoge, como la Convención de Belem do Pará de erradicación de toda forma de violencia contra las mujeres. En este marco es claro que la culpa en la disolución del vínculo matrimonial sobre el victimario y no sobre la víctima.

En mérito de todo lo precedentemente expuesto, se debe concluir que la culpa en la disolución del vínculo matrimonial recae en el demandado, Sr. W. A. G. G., y por tanto se ha de confirmar la resolución recurrida.

En cuanto a las costas, corresponde su imposición a la parte perdedora, de conformidad con lo establecido en el art. 203 del Cód. Proc. Civ.

A sus turnos los Miembros Abog. García y Dr. Villalba Fernández, manifiestan que votan en igual sentido.

Con lo que terminó el acto, firmando los Sres. Miembros de conformidad y quedando acordada la sentencia que sigue a continuación, todo por ante mí, de lo que certifico.

VISTO: El mérito que ofrece el Acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, tercera sala,

RESUELVE: Tener por desistido al recurrente del recurso de nulidad interpuesto. Confirmar la resolución recurrida. Imponer las costas a la perdedora.

Anótese, regístrese, y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: María Mercedes Buongermini Palumbo, Basilio D. García, Neri E. Villalba Fernández.

Ante mí: Pablo Constantini, Actuario.

\* \* \*

### **ACUERDO Y SENTENCIA N° 64**

*Cuestión debatida: Lo que aquí se reclama es la extinción injustificada del contrato concertado entre ambas partes y su consiguiente indemnización por los perjuicios que alega la actora han sido ocasionados.*

#### **CONTRATO.**

El contrato es una de las fuentes de obligaciones establecidas por ley que consiste en un convenio estipulado y pactado entre partes, las cuales disponen libremente de sus derechos con la finalidad de crearlos, modificarlos, transferirlos o extinguirlos. Todo ello mediante convenciones acordadas voluntariamente para su cumplimiento.

#### **CONTRATO. Cumplimiento de contrato.**

El decreto N° 10.911/2000 establece cuales son las formalidades y medidas necesarias para la ejecución de refinación, importación, distribución y comercialización de los combustibles derivados del petróleo. El art. 13 cita los requisitos necesarios para la obtención de la habilitación. La carga recae, pues, en las distribuidoras. Esa norma nos lleva a concluir que el decreto obliga a las empresas distribuidoras a la presentación de los documentos. Ello se explica en que éstas, habitualmente, son las que construyen las estaciones de servicios que se han de explorar.

#### **PRINCIPIO DE EJECUCIÓN.**

Por el principio de ejecución se entiende la circunstancia mediante la cual uno de los contratantes recibe la contraprestación a su favor, lo que presenta el inicio de la ejecución del contrato. Así pues, en el caso de autos, la conducta de la parte actora en cuanto a la instalación de los tanques de combustible en la estación de servicios de la demandada constituye el inicio de la ejecución del contrato.

**CONTRATO. Resolución del contrato.**

La existencia de un vínculo contractual obligacional exclusivo imponía a las partes su extinción por las vías pertinentes, a fin de evitar o privarle de su fuerza vinculante. No habiéndose hecho así, es obvio que quien hubiera podido impulsar tal resolución contractual y no lo hizo, limitándose a ignorar el contrato, se torna en un obligado incumpliente.

**DAÑOS Y PERJUICIOS. Lucro cesante.**

En el caso la culpable de no haber percibido la suma mensual que reclama es la propia demandante, por su probada ineficacia en las diligencias formales exigidas por el Estado (gestionar la habilitación del comercio), en consecuencia, no corresponde condenar a la parte demandada al pago del lucro cesante.

**CONTRATO. Resolución de contrato.**

La actora no puede pretender el pago de los gastos que ha efectuado para la compra de bienes de su propiedad –como aclara en el contrato en cuestión–, mucho menos si ha entregado dichos bienes en carácter de depositante. La incumplidora solamente consintió y se comprometió a restituirlos en caso de la terminación del contrato o la rescisión del mismo. En principio entonces está obligada únicamente a la devolución de los tanques de combustible en razón de la falta cometida.

**DAÑOS Y PERJUICIOS. Uso indebido de bienes ajenos.**

Comprobado que los tanques de combustible todavía no han sido restituidos a la actora, debemos entender que han sido usados por la demandada en su gestión comercial. Al hacer empleo de estos bienes en su esquema productivo está, por un lado, privando a la propietaria del legítimo uso de ellos, y por el otro, sirviéndose de la cosa sin una contraprestación. Ello configura, sin duda, un caso resarcible, el uso indebido de los bienes propiedad de la distribuidora.

TApel. En lo Civ. y Com. Tercera Sala. 09-07-10. “Lubripar SAECA c. Mirian Teresa Yugovich de Schaerer s. Resolución de contrato e indemnización de daños y perjuicios” (Ac. y Sent. N° 64).

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes;

**CUESTIONES:**

¿Es nula la sentencia apelada?

En su caso, ¿se dictó conforme a derecho?

Practicando el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: Villalba Fernández, Buongermni Palumbo y Martínez Prieto.

A la primera cuestión planteada el Dr. Villalba Fernández, dijo: La recurrente no ha fundado el recurso de nulidad interpuesto, y siendo, los agravios vertidos por la misma en sustento de éste recurso pudiendo ser resuelto por vía de la apelación también ejercitada, debiendo por ende ser declarado desierto al no haberse constatado en la resolución examinada vicios u omisiones procesales de naturaleza solemne o formal que autoricen a éste Tribunal a una declaración de nulidad de oficio, conforme lo establecen los Arts. 15 inc. b), 113 y 404 del Código Procesal Civil.

Opinion de la Dra. Buongermini Palumbo, dijo nulidad: La recurrente no fundamentó el recurso de nulidad por ella interpuesto; y dado que no se advierten en el auto recurrido, vicios o defectos que autoricen a declarar de oficio su nulidad, el recurso debe ser declarado desierto.

A su turno el Dr. Martínez Prieto manifiesta: Que se adhiere al voto de la Magistrada que le antecede.

A la segunda cuestión planteada, el Dr. Villalba Fernández, dijo: Por la sentencia apelada N° 110 de fecha 26 de febrero de 2.009, el *a quo* resolvió: “Hacer Efectivo el apercibimiento dispuesto por providencia de fecha 05 de octubre de 2007 y en consecuencia, tener por confesa a la señora Mirian Teresa Yugovich de Schaerer en los términos del pliego de posiciones obrante a fs. 170, presentado por la parte actora. Hacer Lugar, con costas, a la presente demanda ordinaria de resolución de contrato e indemnización de daños y perjuicios que promueve la firma Lubripar S.A.E.C.A., en contra de la señora Mirian Teresa Yugovich de Schaerer, declarando resuelto el contrato de Distribución Exclusiva de fecha 28 de setiembre de 2001, condenando a ésta última a que en el perentorio plazo de diez (10) días de quedar ejecutoriada la presente resolución, abone a la parte actora la suma Guaraníes Un mil ochocientos sesenta y ocho millones trescientos cuarenta y un mil setecientos ochenta y nueve (Gs. 1.868.341.789), más el 3% de interés a partir de la promoción de la presente demanda. Intimar a la parte demandada, Sra. Mirian Teresa Yugovich de Schaerer, a que en el perentorio plazo de diez (10) días de quedar ejecutoriada la presente resolución, devuelva a la firma Lubripar S.A.E.C.A. los equipos instalados en su propiedad e individualizados en estos autos, bajo apercibimiento de que, en caso contrario, se procederá al secuestro de los mismos con ayuda de la fuerza pública. Rechazar, con costas, la demanda reconvenzional que por rescisión de contrato e indemnización de daños y perjuicios, promueve la señora

Mirian Teresa Yugovich de Schaerer, contra la firma Lubripar S.A.E.C.A., por improcedente, de conformidad a lo expuesto en el exordio de la presente resolución. Anotar...” (fs. 246/263).

De dicha sentencia recurre la parte demandada y presenta su escrito de expresión de agravios, que obra a fs. 271/283. Se funda su escrito en: 1) El contrato en que se basa la demanda, fue imposible de cumplir por su parte, siendo la demandante la encargada de gestionar la habilitación y; 2) Recién, al funcionar la estación de servicios con otro emblema se motiva la parte demandante, sin haber esta conseguido la habilitación; 3) Después de esperar cuatro años la habilitación su parte consigue la habilitación con otra firma; 4) Su parte no puede ser condenada al resarcimiento ya que el contrato nunca entró vigencia; 5) Las pruebas periciales practicadas no se ajustan a la realidad. Concluye su alegación solicitando la revocación de la sentencia apelada con costas.

A fs. 284/298 se presenta la parte adversa a contestar el escrito de expresión de agravios del apelante, manifestando su rechazo a las argumentaciones. Sostiene que: 1) La estación de servicios no se habilitó por culpa de la demandada; 2) La demandante entregó cuatro tanques, pidió el permiso para la construcción e hizo elaborar los planos de construcción; 3) El peritaje practicado fue realizado sobre los registros contables de Lubripar e informes del Banco Central del Paraguay; 4) La estación de servicios no se habilitó porque la demandada no aportó las documentaciones necesarias; 5) La demandante probó la ejecución del contrato y fue admitida por la demandada; 6) Las testificales prueban que Lubripar ejecutó el contrato; 7) La demandada rescindió unilateralmente el contrato. Términa su contestación solicitando la confirmación de la resolución recurrida y protestando costas.

En primer orden, cabe señalar que la parte apelante no se agravia de la desestimación de la demanda reconvenzional, quedando por lo tanto firme esta parte de la sentencia recurrida.

Ahora bien, yendo a la cuestión misma del debate, esta se centra –en argumento de la apelante– en la imposibilidad de la demandada de cumplir con el contrato por la falta de habitación de la estación de servicios, imputable a la parte accionante.

En ese sentido y siendo este un juicio de naturaleza contractual, necesariamente debemos ceñirnos a las cláusulas del contrato suscrito entre la firma Lubripar S.A.E.C.A. y la Sra. Mirian Teresa De Schaerer, conforme se encuentra agregado a fs. 10/12 de autos.

Como la alegación de la parte apelante se sustenta que la misma no pudo cumplir el contrato por una causa imputable a la demandante, consistente en la habilitación de la estación de servicios por parte del Ministerio de Industria y Comercio. Cabe transcribir lo pactado en la Clausula Segunda del contrato, que dice: "...así como dar estricto cumplimiento a las normas de seguridad contra incendio y manipuleos de materiales inflamables que estén en vigencia o se dicten en el futuro. Serán a cargo exclusivo del Operador todas las obligaciones fiscales, impositivas o de cualquier otra naturaleza, sean municipales o nacionales, que afecten al negocio de explotación de estaciones de servicios...". Véase entonces que, el argumento de la apelante, que la habilitación de la estación de servicios estaba a cargo de la firma distribuidora no se ajusta a la verdad, conforme la cláusula anteriormente transcrita. Cuando que, debía ser la demandada quien –por imposición del contrato- gestione la habilitación de la estación de servicios ante los órganos oficiales.

En el supuesto que, sea la firma distribuidora quien debía gestionar la habilitación y al no realizarla, era la demandada quien debía motivarse a la reclamación y no esperar que sea la firma distribuidora quien le demande por el incumplimiento del contrato. Más aún, que poco favor le hace a su defensa tomar los recaudos legales para precautelar sus derechos sobre el contrato celebrado con la firma Lubripar SAECA.

Por último, en vista que la apelante no expresó agravios sobre los otros puntos resueltos en la sentencia, corresponde dejar firmes estos y su consecuente confirmatoria.

En conclusión, de todo lo expuesto por este Miembro preopinante corresponde sea confirmada la sentencia recurrida en todas sus partes.

En cuanto a las costas deben ser impuestas a la parte perdedora de conformidad a lo dispuesto en el Art. 203 del Código Procesal Civil.

Opinión de la Dra. Buongermi Palumbo; dijo: Apelación: En autos se debate la procedencia de una demanda ordinaria de resolución de contrato e indemnización de daños y perjuicios derivados del mismo, promovida por Lubricantes Paraguay S.A.E.C.A. contra la Sra. Mirian Teresa Yugovich de Schaerer.

Conviene primeramente, antes de empezar el estudio de fondo de la cuestión, delimitar el marco dentro del cual analizaremos el caso. En este sentido vemos que la parte accionada, al contestar la demanda, promovió una reconvencción, la que fue rechazada por el inferior. Aunque resulta trascendente, este



extremo no ha sido objeto de agravios por parte de la apelante, es por ello que dentro del examen pertinente nos hemos de concentrar solamente en la procedencia de la demanda promovida por la actora, no así en la reconventional.

En primer lugar, y a fin de esclarecer el contexto fáctico del caso, haremos una breve exposición cronológica de los hechos relevantes. Así, en fecha 28 de setiembre de 2001 fue celebrado el contrato entre la firma Lubripar S.A. y la Sra. Mirian Teresa Yugovich de Schaerer (fs. 10/12). Luego tenemos la instalación de tanques de combustible proveídos por Lubripar S.A. a la demandada en el mes de octubre de 2001, hecho comprobado mediante factura de compra a la empresa Taller industrial del Este S.A. notas de remisiones y las propias alegaciones de la parte demandada en su escrito de contestación de demanda (fs. 13, 14, 15, 16, 107/122). A continuación la solicitud presentada por Lubripar S.A.E.C.A. al Ministerio de Industria y Comercio, en fecha 03 de abril de 2002, a fin de obtener autorización para construir la estación de servicio (fs. 59). Sigue la respuesta del Ministerio de Industria y Comercio a la solicitud presentada por Lubripar S.A. en donde constan los requisitos faltantes para la obtención de la habilitación, 08 de abril de 2002 (fs. 133). El 10 de noviembre de 2004 se produce la nota del Ministerio de Industria y Comercio dirigida al Presidente de Petrosur S.A., comunicándole la habilitación de la estación de servicios en cuestión. El 14 de abril de 2005 se efectúa el acta notarial autorizada por la escribana Daisy Raquel Pereira de Marín en la cual se dejó constancia de que la estación de servicios de la Sra. Mirian Teresa Yugovich de Schaerer opera con el emblema de Petrosur S.A. (fs. 17/22).

A fin de resolver el litigio dejamos establecido este orden de los hechos, al cual nos remitiremos en su oportunidad.

Como punto de partida pasaremos a considerar la naturaleza de la relación jurídica entre el demandante y la demandada, la cual es contractual. Lo que aquí se reclama es la extinción injustificada del contrato concertado entre ambas partes y su consiguiente indemnización por los perjuicios que alega la actora han sido ocasionados.

El contrato es una de las fuentes de obligaciones establecidas por ley. Sabido es que consiste en un convenio estipulado y pactado entre partes, las cuales disponen libremente de sus derechos con la finalidad de crearlos, modificarlos, transferirlos o extinguirlos. Todo ello mediante convenciones acordadas voluntariamente para su cumplimiento. Así como se supone el cumplimien-

to del contrato para la producción de ciertos efectos acordados en el mismo, también puede darse el supuesto en el que una de las partes incumpla alguna cláusula consentida. Ante esta hipótesis, el Código Civil en su art. 725 dispone que el incumplimiento originado por una parte –en contratos bilaterales- permite a la otra demandar su ejecución o su resolución con los daños e intereses.

Nos encontramos, pues, ante una relación contractual bilateral de la que derivan obligaciones para las partes. Por ello, lo estipulado por los contratantes y de su comportamiento global entorno de dicha convención enmarcará la solución del litigio.

En los contratos bilaterales, como recién lo mencionamos, para poder demandar su resolución y la consiguiente indemnización, es necesario el incumplimiento de una de las partes del contrato puesto en cuestión. Dicho esto, nos centraremos primeramente en juzgar cuál es la parte responsable del incumplimiento del contrato.

La demandante reclama la resolución del contrato con los daños ocasionados por el incumplimiento del mismo atribuido a la demandada. Las pretensiones se basan en que la Sra. Mirian Teresa Yugovich de Schaerer ha incumplido el contrato suscrito en fecha 28 de setiembre de 2001, manifestando que aquélla ha transgredido las cláusulas respecto de la venta exclusiva de los productos de Lubripar S.A.E.C.A. y de la utilización de su emblema por diez años, así como la referente a la venta de productos entre la distribuidora y la operadora, la cual se había pactado en 80.000 litros de combustibles y 200 litros de lubricantes mensuales.

Por el otro lado, dentro de los argumentos y agravios vertidos por la apelante contra la sentencia dictada por el inferior –la cual hace lugar a la demanda promovida– ésta manifiesta que el contrato no llegó a entrar en vigencia ya que la firma distribuidora nunca obtuvo la habilitación de la estación de servicios por parte del Ministerio de Industria y Comercio, requisito esencial exigido por el Decreto N° 10.911/2000 para la obtención de dicha habilitación. En el mismo sentido, responsabiliza a la parte actora del incumplimiento del contrato expresando que siendo ella la encargada del trámite, no presentó al Ministerio respectivo la documentación suficiente para la obtención de la habilitación de la estación de servicios, razón por la cual la Sra. Yugovich de Schaerer no pudo explotar el comercio de combustibles. Alega luego que tras cuatro años de suscrito el contrato, sin la autorización correspondiente, y ante el informal compor-

tamiento de la actora, contrató con la firma Petrosur S.A., la cual si consiguió la habilitación requerida por el Decreto N° 10.911 a los efectos de operar en la aludida estación de servicios.

Es importante aquí mencionar que la demandada funda su defensa atribuyendo a la actora el origen del incumplimiento del contrato, debido a la falta de obtención de la habilitación que alega le correspondía. A este respecto sin embargo, la demandante señaló que los requisitos faltantes para la obtención de la autorización del Ministerio de Industria y Comercio eran cargas que recaían sobre la operadora de la estación de servicios.

En este orden de cosas, y tras las alegaciones de ambas partes, debemos establecer a quién correspondería la obtención de la habilitación aludida a fin de determinar así quién ha incumplido con el contrato. Esta obligación puede surgir de la ley o bien puede ser también asumida contractualmente por uno u otro de los contratantes.

El Decreto N° 10.911/2000 dictado por el Ministerio de Industria y Comercio es el que reglamenta la refinación, importación, distribución y comercialización de los combustibles derivados de petróleo. Haremos alusión primeramente, a fin de inequívocos, al art. 3°, el cual define a la empresa distribuidora. Así, pues, dispone que debe entenderse como toda empresa comercial que se dedique a la importación, compra y venta de combustibles derivados del petróleo y o alcohol carburante, realizando los controles de volumen y calidad correspondientes, que se encuentra autorizada a operar como tal por el Ministerio de Industria y Comercio. La actora, Lubripar S.A.E.C.A. caería dentro de la antedicha definición como empresa distribuidora.

La aludida norma establece también cuales son las formalidades y medidas necesarias para la ejecución de este tipo de comercio. El art. 13 cita los requisitos necesarios para la obtención de la habilitación. El citado artículo reza: “Para la obtención de la habilitación de una estación de servicios, las empresas distribuidoras deberán presentar ante el Ministerio de Industria y Comercio antes de iniciar la construcción los siguientes requisitos:...”. La carga recae, pues, en las distribuidoras. Esa norma nos lleva a concluir que el decreto obliga a las empresas distribuidoras a la presentación de los documentos. Ello se explica en que éstas, habitualmente, son las que construyen las estaciones de servicios que se han de explorar. En el mismo sentido, también el uso y costumbre comercial en este tipo de negocio de explotación de estaciones de servicio,

tradicionalmente remite esta carga de tramitación y obtención de la mencionada habilitación en el Ministerio de Industria y Comercio a las empresas distribuidoras.

Luego debemos considerar que por la naturaleza del contrato y del comercio ambas partes resultan beneficiadas del mismo, tanto la distribuidora como la operadora de la estación de servicios, por lo que deviene complejo establecer en interés exclusivo de quién se hace la habilitación. Por otra parte como ya vimos, esta carga puede ser trasladada contractualmente a cualquiera de los contratantes o incluso a un tercero, desde que no hay prohibición al respecto de ello en la ley.

Finalmente debemos señalar que el art. 715 del Código Civil establece que las convenciones realizadas por los contratantes forman reglas a las cuales deben someterse como la ley misma y deben ser cumplidas de buena fe. En virtud de esta norma analizaremos el contrato pertinente (fs. 10/12). De la lectura del documento vemos que no se ha pactado cláusula alguna que se refiera a la habilitación para la estación de servicios ni respecto de quién es el responsable de su obtención. De modo que debemos estar al citado decreto regulador, del cual surgiría que la precitada carga caería, en principio, en la empresa distribuidora del combustible, esto es sobre Lubripar S.A.E.C.A. Por lo tanto, concluimos que ha habido aquí incumplimiento de la demandante.

Empero, esta circunstancia no es la única relevante para la solución del conflicto. Ello es así porque aunque hemos establecido sobre cuál de las partes recaía la obligación de obtener la autorización del organismo estatal, no obstante, hubo también otro tipo de incumplimiento del contrato objeto del litigio.

El contrato en cuestión fue firmado el 28 de setiembre de 2001. Dentro de las cláusulas relevantes para el presente conflicto se pactaron tanto la vigencia del acuerdo por diez años, la exclusividad de venta de los productos proveídos por Lubripar S.A.E.C.A., como la utilización de la marca y el emblema de la empresa por el tiempo mencionado. Pero, a pesar de haberse pactado lo antedicho, en autos se ha probado mediante el acta notarial de fs. 17/22 labrada por la escribana Daisy Raquel Pereira de Marín en fecha 14 de abril de 2005, acompañada de instrumentales fotográficas, que la operadora de la estación de servicios, quien por el contrato con Lubripar S.A.E.C.A. había convenido su exclusividad por diez años, realizaba el mismo negocio con el emblema de Petrosur S.A., empresa de idéntica naturaleza y competencia comercial de la distribuido-

ra contratante. Lógicamente hubo incumplimiento manifiesto por parte de la operadora, puesto que lo realizado por ella estaba expresamente prohibido en virtud de lo dispuesto y acordado en el contrato suscrito en el año 2001. Así pues, en el 2005 la estación de servicios trabajaba bajo el emblema de otra empresa distribuidora. Éste extremo no sólo ha sido alegado y probado por la parte demandante sino también ha sido admitido por la parte demandada, la cual en el escrito de reconvenición y contestación de la demanda admite que "...la Sra. Mirian de Schaerer, ante el informal comportamiento de Lubripar S.A., contrató luego de esperar 4 años, con la empresa Petrosur S.A...". También la accionada ha agregado como prueba la nota del Ministerio de Industria y Comercio dirigida al Presidente de Petrosur S.A. mediante la cual le comunica la habilitación de la estación de servicios ubicada en la finca N° 19.503 del distrito de Villa Hayes –la que fuera parte del contrato entre Lubripar S.A.E.C.A. y la Sra. Yugovich de Schaerer–. Así pues, se comprueba que la demandada ha contratado con la empresa Petrosur S.A.

La parte apelante, dentro de sus agravios, cuestiona la vigencia misma del contrato con Lubripar S.A.E.C.A., por sus informalidades. Alega que al no haberse conseguido la habilitación para la estación de servicios se hizo imposible el cumplimiento de lo estipulado. Si bien es cierto que no se reunieron los requisitos necesarios para la autorización de la estación de servicios en el Ministerio de Industria y Comercio, ello no es razón suficiente para obviar lisa y llanamente lo pactado entre las partes en virtud de un contrato, como si este no existiere. Aquí conviene hacer alusión al principio de ejecución. Por este principio se entiende la circunstancia mediante la cual uno de los contratantes recibe la contraprestación a su favor, lo que presenta el inicio de la ejecución del contrato. Así pues, en el caso de autos, la conducta de la parte actora en cuanto a la instalación de los tanques de combustible en la estación de servicios de la demandada constituye el inicio de la ejecución del contrato. Este hecho se comprueba con las constancias de autos. En primer lugar, con la factura de compra y las notas de remisión agregadas por la actora (fs. 13, 14, 15, 16). Luego, con las testificales de los Sres. Aldo Miguel Estigarribia Silvero (fs. 180) y Jorge Manuel Ramírez González (fs. 181) quienes manifestaron que Lubripar S.A.E.C.A. proveyó a la Sra. Mirian Teresa Yugovich de Schaerer tres tanques de 13.500 litros y un tanque de 20.000 litros con motivo del contrato de distribución suscrito. Más aún, en el escrito de contestación de la demanda, la accionada señala que

solamente cuatro de los cinco tanques de combustible prometidos por la actora han sido instalados. De esta manera se demuestra que efectivamente se han realizado las instalaciones de los tanques de combustibles. Ante estas circunstancias, y ante la existencia del principio de ejecución, es innegable que el contrato en cuestión se hallaba así plenamente vigente y virtual entre las partes.

Habiendo expuesto tales consideraciones, podemos concluir que ha habido incumplimiento del contrato por parte de la Sra. Mirian Teresa Yugovich de Schaerer. La siguiente cuestión es si tal incumplimiento le es o no imputable a la demandada. En principio el mero incumplimiento de una obligación importa *per se* culpa, salvo que el incumplimiento, presente alguna causal de exoneración, como el caso fortuito, la fuerza mayor, la culpa de un tercero por quien no debe responderse o la culpa del propio co-contratado. En este caso vemos que ha habido culpa concurrente de las partes. En primer lugar, la obligación de obtener la habilitación es imputable a la empresa distribuidora, conforme se desprende del Decreto N° 10.911/2000 dictado por el Ministerio de Industria y Comercio, además de lo que traducen el uso y las costumbres. Por otro lado, tenemos el incumplimiento del contrato por parte de la demandada, la cual contrató con Petrosur S.A., estando aún vigente y no resuelto el contrato con Lubripar S.A.E.C.A, por el cual se había acordado la exclusividad de sus productos. La existencia de un vínculo contractual obligacional exclusivo imponía a las partes su extinción por las vías pertinentes, a fin de evitar o privarle de su fuerza vinculante. No habiéndose hecho así, es obvio que quien hubiera podido impulsar tal resolución contractual y no lo hizo, limitándose a ignorar el contrato, se torna en un obligado incumpliente.

Puesto que hemos resuelto que la culpa ha sido concurrente respecto del incumplimiento del contrato, obviamente se produce una variación en el monto indemnizatorio a ser establecido. En efecto, el incumplimiento atribuido por un lado a la parte actora y por el otro a la demandada tiene incidencia directa en los rubros resarcibles reclamados, el lucro cesante y el daño emergente respectivamente.

El lucro cesante reclamado por la parte actora consiste en la suma mensual que ha dejado de percibir de acuerdo al margen de ganancia, dentro del plazo de vigencia del contrato. Es decir, todas aquellas ganancias que pudo haber obtenido como consecuencia del contrato con la demandada y que no las ha obtenido, teniendo al incumplimiento del contrato como factor causal. La

aludida indemnización la reclama por el supuesto incumplimiento de la accionada respecto de la obtención de la habilitación del Ministerio de Industria y Comercio. Sin embargo, hemos puntualizado más arriba que la carga de obtenerla recaía sobre la empresa distribuidora. Dicha obligación influye notoriamente en el rubro reclamado en vista de que la mencionada autorización constituye un requisito previo esencial para la ejecución y explotación del comercio de combustibles, de manera que sobre quien recae la obligación es responsable de las repercusiones derivadas de su incumplimiento, como ser en este caso las pérdidas originadas por la falta de este requisito. En este orden de cosas, la culpable de no haber percibido la suma mensual que reclama es la propia demandante, por su probada ineficacia en las diligencias formales exigidas por el Estado. En consecuencia, no corresponde condenar a la parte demandada al pago de G. 1.843.293.934 en concepto de lucro cesante.

Ahora bien, en concepto de daño emergente la actora reclama el monto al cual asciende la compra, transporte e instalación de cuatro tanques subterráneos de combustible otorgados a la operadora. Además de la indemnización reclamada, alega que la operadora en virtud de la cláusula novena del contrato debía utilizar los tanques únicamente en calidad de depositaria, con la obligación de restituirlos a Lubripar S.A.E.C.A. al término del contrato o en el momento de la rescisión del mismo. El hecho de que Lubripar S.A.E.C.A. haya proveído los tanques de combustible no da lugar a dudas, ya que fue fehacientemente probado en autos, como hemos establecido *supra*. No obstante, esta situación, y su correspondiente indemnización, devienen un poco más complejas.

La actora pretende, como hemos mencionado, la indemnización por los gastos referentes a los tanques de combustibles, y también la devolución de los mismos, dado que la demandada se encuentra simplemente en carácter de depositaria. Como es fácil de deducir, tenemos dos pretensiones notoriamente contradictorias. Ello es así porque en virtud del contrato, las partes han acordado que la operadora de la estación de servicios se convierta en depositaria y responsable de todos los equipos e instalaciones que fueren propiedad de la distribuidora, comprometiéndose a restituirlos al término del contrato o al momento de la rescisión. Por consiguiente, la actora no puede pretender el pago de los gastos que ha efectuado para la compra de bienes de su propiedad –como aclara en el contrato en cuestión–, mucho menos si ha entregado dichos bienes en carácter de depositante. La incumplidora solamente consintió y se compro-

metió a restituirlos en caso de la terminación del contrato o la rescisión del mismo. En principio entonces está obligada únicamente a la devolución de los tanques de combustible en razón de la falta cometida.

Ahora bien, la obligación de restituir los tanques, acordada y condicionada en el contrato suscrito entre las partes, origina un acto resarcible, por las razones que expondremos a continuación.

Más arriba mencionamos que la Sra. Yugovich de Schaerer ha incumplido el contrato al recontratar con la empresa Petrosur S.A. para la explotación de su estación de servicios siendo que aún se encontraba vigente el contrato con Lubripar S.A.E.C.A. De esta falta, imputable a la demandada, deriva un daño indemnizable, porque al momento de contratar con Petrosur S.A. –e incumplir el contrato anterior– la demandada tenía los tanques proveídos por Lubripar S.A.E.C.A. en su poder, los cuales no sólo fueron otorgados por la distribuidora a fin de comercializar exclusivamente sus productos sino también debían ser devueltos en caso de término o rescisión del contrato. Puesto que los tanques todavía no han sido restituidos, debemos entender que han sido usados por la demandada en su gestión comercial. Al hacer empleo de estos bienes en su esquema productivo está, por un lado, privando a la propietaria del legítimo uso de ellos, y por el otro, sirviéndose de la cosa sin una contraprestación. Ello configura, sin duda, un caso resarcible, el uso indebido de los bienes propiedad de la distribuidora.

Debemos tomar como punto referencial para la indemnización correspondiente el incumplimiento de la accionada, en razón de que a partir del mismo la obligación de restituir los bienes depositados estaba firme. De las constancias de autos, a fs. 71 consta la nota dirigida al Presidente de Petrosur S.A., a la que ya nos hemos referido *supra*, de fecha 10 de noviembre de 2004, mediante la cual el Ministerio de Industria y Comercio le informa sobre la habilitación de la estación de servicios de la demandada. Este momento determina la viabilidad del contrato entre Petrosur S.A. y la demandada porque permite la ejecución del negocio pactado. Entonces, el uso indebido de los bienes de Lubripar S.A.E.C.A. debió haber tenido lugar cuando más, a partir de dicha formalización. Ahora bien, siendo el daño cierto, para fijar su monto debemos echar mano del art. 1857 del Código Civil, que permite el prudente arbitrio a fin de determinar los valores resarcitorios. También debemos considerar el tiempo que la demandada le ha privado el uso de sus bienes a la actora así como las pérdidas originadas



por tal hecho. Así pues, para el cálculo respectivo, hemos de considerar los valores promedios mensuales de mercado para arrendamiento de los bienes precitados. Esto solo se puede hacer en conjunto, considerando los arrendamientos de explotación de estaciones de servicio. Básicamente el 80% de este tipo de negocios es lo que representa el comercio de combustibles y su explotación, por lo que debemos descontar del 100% total estos montos, en los que se incluyen lubricantes y demás servicios y bienes. A su vez, del 80% del volumen de negocios derivados del comercio de los combustibles, se estima que un 75%; que correspondería a la estructura destinada a ese efecto, estaría representada por los tanques subterráneos en cuestión debido a su entidad edilicia y su incidencia de logística en la puesta en marcha del negocio. El volumen comercial se debe establecer en base a los valores promedio de mercado, que más o menos alcanza la suma de G. 15.000.000. Así, la privación de uso de los tanques considerando todos los parámetros mencionado más arriba alcanzaría un daño mensual de G. 9.000.000. Este monto hemos de calcular considerando el tiempo en que se ha privado el uso de los bienes ajenos. Como fecha referente, la cual ya mencionamos más arriba, tenemos el 10 de noviembre de 2004, fecha en que se viabilizó finalmente el contrato entre la demandada y Petrosur S.A. mediante la habilitación otorgada por el Ministerio de Industria y Comercio, a los efectos de la explotación de la estación de servicios. La fecha que tomaremos como de culminación de la privación de uso será el 12 de agosto de 2005, fecha de promoción de la demanda, resuelta por el *a quo* como referente para el pago de la indemnización. Esta última fecha no ha sido objeto de agravios, por lo tanto nos ajustaremos a la misma. Entonces, del 10 de noviembre de 2004 al 12 de agosto de 2005 resulta un lapso de nueve meses y dos días de privación de uso de los tanques subterráneos de combustible, lo que da un total de G. 81.600.000 en concepto de indemnización.

Seguidamente, debemos abocarnos al dictamen pericial contable efectuado en estos autos, ya que el mismo fue objeto de agravios de la apelante. En efecto, la recurrente se agravia de que el peritaje realizado no está fundado en documentos, libros legales ni registros contables que avalen los datos en él incluidos. Alega asimismo que no pudo practicarse la pericia sobre ventas que nunca existieron.

Al referirse a los documentos e instrumentales utilizadas en el peritaje efectuado, la apelante se agravia del procedimiento llevado adelante para el

posterior dictamen pericial. Siendo esto así, hemos de mencionar que esta instancia no puede juzgar el procedimiento o proceso pericial en sí, dado que el mismo no fue impugnado en la instancia pertinente. En efecto, el informe y dictamen pericial contable fueron presentados en fecha 28 de noviembre de 2007 y notificados a la parte demandada en fecha 11 de diciembre de 2007 conforme consta en la cédula de notificación de fs. 207. No consta en autos impugnación alguna en contra del dictamen pericial, es decir que, ni el procedimiento ni las instrumentales utilizadas han sido cuestionados en el momento procesal oportuno. En consecuencia no podremos abocarnos al examen formal de la pericia que fuera objeto de agravios por la parte apelante. Otra cosa sería su idoneidad y eficacia probatoria, la cual, según el art. 269 del Cód. Proc. Civ., se debe examinar conforme con las reglas de la sana crítica. Ahora bien, el examen pericial efectuado en la instancia inferior está calculado en cuanto al lucro cesante reclamado por la parte actora. Pero hemos resuelto *supra* que no corresponde la indemnización de dicho rubro, dada la culpa atribuida a la propia demandante en la causación de su privación. Así pues, referirnos al peritaje y al monto calculado en el mismo, deviene improcedente para la resolución de la cuantificación de los daños que si han sido admitidos.

En definitiva, en mérito de las consideraciones y razones previamente expuestas corresponde modificar la resolución apelada, en el sentido de condenar a la demandada al pago de G. 81.600.000 en concepto de indemnización por la privación de uso de los bienes de la demandante, más el 3% de interés a partir de la promoción de la demanda.

En cuanto a las costas, debemos imponerlas proporcionalmente en un 95,7% a la actora y un 4,3% a la demandada de conformidad con el art. 203 del Cód. Proc. Civ.

A su turno el Dr. Martínez Prieto, dijo: Que adhiere su voto al de la Magistrada que antecede, con sus mismos fundamentos.

Con lo que terminó el acto, firmando los Sres. Miembros de conformidad y quedando acordada la sentencia que sigue a continuación, todo por ante mí, de lo que certifico.

VISTO: por el mérito que ofrece el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala

RESUELVE: Declarar Desierto el recurso de nulidad. Modificar la resolución apelada, en el sentido de condenar a la demandada al pago de G. 81.600.000

(guaraníes ochenta y un millones seiscientos mil) en concepto de indemnización por la privación de uso de los bienes de la demandante, más el 3% de interés a partir de la promoción de la demanda. Imponer, las costas proporcionalmente en un 95,7% a la actora y un 4,3% a la demandada.

Anótese, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: María Mercedes Buongermini Palumbo, Arnaldo Martínez Prieto, Neri E. Villalba Fernández.

Ante mí: Pablo Constantini, Actuario.

\* \* \*

## **ACUERDO Y SENTENCIA N° 72**

### **HIPOTECA. Hipoteca cerrada.**

Existen dos tipos fundamentales de hipoteca: la de deuda cierta, también llamada cerrada; y la de deuda abierta o flotante. En el primer caso, si la deuda se parceliza o tituliza en pagarés, es de aplicación el art. 2371 del Cód. Civ., según el cual es necesario, para el cobro de la misma, la presentación de los pagarés debidamente inscriptos, conjuntamente con el contrato donde se concertó la obligación y se pactó la garantía real. De otro modo no procede su cobro compulsivo. (Voto de la mayoría).

### **HIPOTECA. Hipoteca abierta.**

La hipoteca flotante o abierta contiene siempre una reserva de valor sobre un bien inmueble, afectado de modo general al cumplimiento de ciertas obligaciones presentes o futuras, las cuales no están determinadas con cantidades exactas, ni tampoco su existencia resulta aún cierta. Este tipo de hipotecas requiere de la fijación de un monto máximo de afectación para tener validez. (Voto de la mayoría)

### **HIPOTECA. Elementos de la hipoteca.**

Reunidos los dos elementos de la hipoteca de deuda cierta: la parcelización de la deuda en pagarés y la reserva de valor por el total de la deuda y sus accesorios, queda así absolutamente claro que se trata de una hipoteca cerrada o de deuda cierta. (Voto de la mayoría).

### **HIPOTECA. Hipoteca cerrada.**

La hipoteca cerrada o de deuda cierta requiere para su ejecución, no tan

solo de la presentación del acto originador de la deuda —en este caso un mutuo— y de la constitución hipotecaria, sino también de la presentación de los pagarés suscritos y debidamente inscriptos en el registro, referenciados a la escritura hipotecaria. Este requisito, esencial en este tipo de hipotecas, no se ha cumplido. La excepción de inhabilidad de título deviene, así, procedente. (Voto de la mayoría).

**HIPOTECA. Hipoteca cerrada.**

El hecho de catalogarse como contrato hipotecario de deuda cierta, no significa que la condición de presentar los pagares sea absoluta. Esta, está condicionada a la forma que la parte demandada se manifieste en el proceso, entendiéndose entonces, que la parte accionada aparte de excepcionar la inhabilidad del título —como es el caso— también debe necesariamente negar la obligación. Es decir, sostener que la deuda no existe. (Voto en disidencia del Dr. Villalba Fernández).

**HIPOTECA. Ejecución de la hipoteca.**

Debe considerarse el análisis del instrumento en que se funda la ejecución —el contrato de hipoteca— que prevé claramente el vínculo obligacional entre las partes, la suma líquida y determinada de la deuda y exigible conforme al tiempo del cumplimiento de la obligación ya vencida. El presente contrato de hipoteca no se encuentra sujeto a otra condición más que el cumplimiento del pago de la deuda. Lo cual, lo vuelve así mucho más exigible y reúne las condiciones para su ejecución. (Voto en disidencia del Dr. Villalba Fernández).

TApel. En lo Civ. y Com. Tercera Sala. 28-07-10. “Yuh Shyang Lu c. Tomasa Isabel Romero Benitez s. Ejecución Hipotecaria” (Ac. y Sent. N° 72).

**CUESTIONES:**

¿Es nula la sentencia apelada?

En su caso, ¿se dictó conforme a Derecho?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: Buonghermini P., Martínez Prieto y Villalba.

A la primera cuestión planteada la Dra. Ma. Mercedes Buonghermini Palumbo dijo: El recurrente no fundamentó el recurso de nulidad por él interpuesto, y dado que no se advierten en el auto recurrido, vicios o defectos que autoricen a declarar de oficio su nulidad, el recurso debe ser declarado desierto.

A sus turnos, los Dres. Martínez Prieto y Villalba Fernández, manifestaron que votan en idéntico sentido.

A la segunda cuestión planteada, la Dra. Ma. Mercedes Buongermini Palumbo prosiguió diciendo: Por la sentencia apelada N° 745 de fecha 16 de setiembre de 2009, la *a quo* resolvió: 1. No Hacer Lugar, con costas, a la excepción de inhabilidad de título, opuesta por la accionada Tomasa Isabel Romero Benitez, por improcedente. 2. Llevar Adelante la ejecución seguida por Yuh Shyang Lu contra la señora Tomasa Isabel Romero Benitez, hasta que la parte acreedora se haga íntegro pago del capital reclamado que asciende a la suma de cuarenta y siete mil novecientos cuarenta dólares americanos (U\$S. 47.940), intereses, costos y costas del juicio. 3. Anotar,...” (sic.) (fs. 56 vlt.).

De dicha sentencia recurre la parte demandada y presenta su escrito de expresión de agravios, que obra a fs. 61/62. Manifiesta al respecto que la deuda está instrumentada en dos pagarés, y el ejecutante no los presentó en juicio, ya que solo presentó un único documento, el escrito de garantía hipotecaria instrumentado en la Escritura Pública N° 60, pasada por la Escribana Ana Manuela González Ramos, de cuyas cláusulas se desprende que el préstamo fue instrumentado en los pagarés mencionados. Al no presentarse éstos en juicio, expresa, no se hace viable el inicio de un juicio ejecutivo. Básicamente funda sus pretensiones en razón de que el documento presentado no tiene fuerza ejecutiva.

El representante convencional de la actora contesta dichos agravios en su escrito obrante a fs. 63/66, arguyendo que el recurrente en su escrito de expresión de agravios simplemente vuelve a repetir los mismos fundamentos ya utilizados en la instancia inferior. Respecto del documento agregado por su parte señala que el mismo sí sirve de base a la presente ejecución porque establece un vínculo obligacional entre las partes, siendo la totalidad de la deuda exigible. Más adelante califica al documento como un contrato de mutuo, hábil para fundar en base al mismo una ejecución. Seguidamente alega que las argumentaciones de la parte apelante son reiteraciones de lo ya planteado y resuelto en primera instancia, y que no son suficientes para desestimar la presente ejecución, además de haber reconocido el demandado la obligación exigida. Finalmente, solicita se confirme la resolución apelada.

Se fundamenta el agravio sustancialmente en la excepción de inhabilidad del título presentado a ejecución, al tratarse de una hipoteca en cuyo marco han sido suscritos pagarés por parte del ejecutado.

Primeramente, en orden de establecer la procedencia o improcedencia de la excepción de inhabilidad opuesta, debemos definir ante qué tipo de hipoteca

nos encontramos en esta ejecución. De ello dependerá fundamentalmente el modo como se deba plantear la ejecución y el destino de la excepción.

En efecto, conocemos dos tipos fundamentales de hipoteca: la de deuda cierta, también llamada cerrada; y la de deuda abierta o flotante. En el primer caso, si la deuda se parceliza o tituliza en pagarés, es de aplicación el art. 2371 del Cód. Civ., según el cual es necesario, para el cobro de la misma, la presentación de los pagarés debidamente inscriptos, conjuntamente con el contrato donde se concertó la obligación y se pactó la garantía real. De otro modo no procede su cobro compulsivo. El texto del art. lo dice literalmente: "... El acreedor sólo podrá ejecutar su crédito, haciendo valer los pagarés, que tendrán fuerza ejecutiva...".

Otro es el caso de la hipoteca flotante o abierta, la cual contiene siempre una reserva de valor sobre un bien inmueble, afectado de modo general al cumplimiento de ciertas obligaciones presentes o futuras, las cuales no están determinadas con cantidades exactas, ni tampoco su existencia resulta aún cierta. Este tipo de hipotecas requiere de la fijación de un monto máximo de afectación para tener validez.

Ahora bien, debemos esclarecer ante cuál de estas dos formas de hipoteca nos encontramos en el presente caso; y para ello debemos recurrir a la escritura hipotecaria, glosada a fs. 8/13. De su lectura surge que en la cláusula primera se ha pactado un mutuo de US\$. 47.940 (Cuarenta y siete mil novecientos cuarenta dólares), que ha sido titulizado en dos pagarés de US\$. 20.000 (Veinte mil dólares) y US\$. 27.940 (Veintisiete mil novecientos cuarenta dólares). Asimismo, en la cláusula segunda se pacta que dicha obligación y sus accesorios se garantizan en su cumplimiento con una hipoteca de primer rango. No se hace mención de ninguna otra obligación condicional, futura o incierta en su contenido o existencia. De modo pues que tenemos aquí reunidos los dos elementos de la hipoteca de deuda cierta: la parcelización de la deuda en pagarés y la reserva de valor por el total de la deuda y sus accesorios. Queda así absolutamente claro que se trata de una hipoteca cerrada o de deuda cierta.

Como vimos, este tipo de hipotecas requieren, para su ejecución, no tan solo de la presentación del acto originador de la deuda –en este caso un mutuo\_ y de la constitución hipotecaria, sino también de la presentación de los pagarés suscritos y debidamente inscriptos en el registro, referenciados a la escritura hipotecaria. Este requisito, esencial en este tipo de hipotecas, no se ha cumplido.

La excepción de inhabilidad de título deviene, así, procedente. La sentencia debe ser revocada en consecuencia.

En cuanto a las costas corresponde su imposición a la parte perdidosa, de conformidad con lo establecido en el art. 203 del Cód. Proc. Civ.

A su turno el Dr. Martínez Prieto manifiesta que vota en igual sentido ante la Magistrada que antecede.

Voto en disidencia del Miembro Dr. Villala Fernandez: Manifiesta su disidencia con respecto al pronunciamiento del Recurso de Apelación interpuesto, con las siguientes consideraciones.

Así se ha manifestado la Magistrada preopinante, entiendo que existe excepción de inhabilidad de título por no haberse presentado los pagarés que constan en el contrato de hipoteca entiendo que no nos encontramos ante la llamada hipoteca cerrada, subsumiéndose así a lo establecido en el art. 2371 del CCP.

Con respecto al razonamiento expuesto por la colega de Sala, este Miembro coincide con la Magistrada parcialmente. Es así, que la clasificación dada al presente contrato hipotecario de deuda cierta no ofrece mayor discrepancia, pero, el hecho de catalogarse así esta hipoteca no significa que la condición de presentar los pagarés sea absoluta. Esta, está condicionada a la forma de la parte demandada se manifieste en proceso. Entendiéndose entonces, que la parte accionada aparte de excepcionar la inhabilidad del título- como en este caso- también debe necesariamente negar la obligación es decir, sostener que la deuda no existe, así, se ha manifestado repentinamente la doctrina de nuestros tribunales.

Por otro lado, debe considerarse el análisis del instrumento en que se funda la ejecución –el contrato de hipoteca– que prevé claramente el vínculo obligacional entre las partes, la suma líquida y determinada de la deuda y exigible conforme al tiempo de cumplimiento de la obligación ya vencida. Aparte de ello, el presente contrato de hipoteca no se encuentra sujeto a otra condición mas que al cumplimiento del pago de la deuda. Lo cual, lo vuelve mucho mas exigible y reúne las condiciones para su ejecución.

Siendo así, entonces es criterio de este Miembro que la resolución recurrida debe ser confirmada en todas sus partes.

En cuanto a las costas, ellas deben ser impuestas a la parte perdidosa de conformidad a lo establecido en el art.203 del CPC.

Con lo que terminó el acto, firmando los Sres. Miembros de conformidad y quedando acordada la sentencia que sigue a continuación, todo por ante mí, de lo que certifico.

VISTO: Por el mérito que ofrece el Acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala;

RESUELVE: Declarar desierto el recurso de nulidad interpuesto.

Revocar la sentencia apelada, haciendo lugar a la excepción de inhabilidad de título.

Imponer las costas a la perdidosa.

Anótese, regístrese, y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: María Mercedes Buongermini Palumbo, Arnaldo Martínez Prieto, Neri Villalba F.

Ante mí: Pablo Constantini, Actuario.

\* \* \*

#### **ACUERDO Y SENTENCIA N° 74**

*Cuestión debatida: Aquí se circunscribe a determinar la procedencia o no de la pretensión autónoma de nulidad contra las resoluciones recaídas en un juicio sucesorio.*

##### **SUCESIÓN. Albaceas o ejecutores testamentarios.**

La denuncia del heredero y su comunicación judicial se encuentra condicionada al conocimiento que el apertor tenga de la existencia de ese heredero, limitándose la ley a una declaración jurada de quien inicia la sucesión del conocimiento o no de la existencia de algún heredero.

##### **SUCESIÓN. Declaratoria de herederos.**

La sentencia declaratoria de herederos no causa estado, es decir, si la pretensión del accionante es hacer valer algún derecho sobre el inmueble que le perteneciera a la causante del sucesorio, tiene expedita la vía legal para así ejercerlos y no, precisamente por vía de la acción autónoma de nulidad, en este caso de la sucesión. El mismo resultado podría tener, si el derecho pretendido tuviere la suficiente valoración, discutiendo en la misma sucesión –porque así lo permite el juicio– que buscar la nulidad del todo el proceso sucesorio.



### **ACCIÓN AUTÓNOMA DE NULIDAD.**

La acción autónoma de nulidad, a semejanza de su antecedente romano, requiere para su procedencia que exista un perjuicio ocasionado y que no exista otra vía para repararlo, es decir continúa siendo un remedio procesal extraordinario o residual.

### **ACCIÓN AUTÓNOMA DE NULIDAD.**

La acción autónoma de nulidad es dada únicamente para los casos de indefensión, esto es cuando el tercero no hubiera tenido *oportunidad* de defenderse; de ser escuchado y, eventualmente, ofrecer pruebas en resguardo de sus intereses. En otros términos, la acción autónoma de nulidad, tal cual se encuentra legislada en nuestro derecho positivo únicamente cubre los supuestos de indefensión de los terceros.

### **ACCIÓN AUTÓNOMA DE NULIDAD.**

En nuestro ordenamiento jurídico no podemos considerar a la acción autónoma de nulidad como la panacea para reabrir procesos judiciales terminados por resolución judicial firme so pretexto de manifiesta injusticia, iniquidad, etc., socavando de manera inmisericorde el instituto de la cosa juzgada, garantía de estabilidad de las relaciones y de la seguridad jurídica.

### **NULIDAD PROCESAL.**

Las eventuales nulidades procesales sólo pueden ser denunciadas por la parte personalmente perjudicada por el vicio de que se trate.

### **SUCESIÓN. COMPETENCIA. Cuestión de competencia.**

El principio o sistema de unidad, amén de propugnar una solución al problema de conflicto de leyes en materia sucesoria en el ámbito del derecho internacional privado, postula que un solo juez —el del último domicilio del causante— debe tramitar un solo proceso a fin de determinar el activo patrimonial del causante, satisfacer el pasivo y distribuir el remanente a las personas llamadas a heredar, ya sea por voluntad del causante o por la ley.

### **PRINCIPIO DE UNIDAD DEL PROCESO SUCESORIO. Excepción. Bienes inmuebles.**

La única excepción admisible al principio de unidad del proceso sucesorio, constituye la existencia de bienes inmuebles dejados por el causante en otros países, esto es, en el extranjero, donde los jueces nacionales no tienen jurisdicción y, consecuentemente, en tales casos es admisible la dualidad o pluralidad de juicios sucesorios, esto es, la existencia de dos o más procesos sucesorios

relativos a una misma persona muerta, pero cada cual con un distinto y delimitado acervo a liquidar y adjudicar.

**SUCESION. Carácter universal.**

Del carácter universal que ostenta el proceso sucesorio se desprende que no pueda admitirse la coexistencia de dos juicios sucesorios relativos a un mismo causante, pues aceptar tal tesis implicaría predicar la posibilidad de que dos jueces se encuentren encargados de liquidar un mismo patrimonio, lo cual es, a todas luces, inadmisibile.

TApel. En lo Civ. y Com. Tercera Sala. 03-08-10. “Dionisio Fernandez Ibarrola c. Deidamia Asteria Martínez y otros s. Acción Autónoma de Nulidad” (Ac. y Sent. N° 74).

**CUESTIONES:**

¿Es nula la sentencia apelada?

En su caso, ¿se dictó conforme a derecho?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: Villalba Fernández, Buongermni Palumbo, y Martínez Prieto.

A la primera cuestión planteada el Dr. Villalba Fernández, dijo: El recurrente no ha fundado este recurso de nulidad interpuesto, y siendo los agravios vertidos por la misma en sustento de éste recurso pudiendo ser resuelto por vía de la apelación también ejercitada, debiendo por ende ser declarado desierto al no haberse constatado en la resolución examinada vicios u omisiones procesales de naturaleza solemne o formal que autoricen a éste Tribunal a una declaración de nulidad de oficio, conforme lo establecen los Arts. 15 inc. b), 113 y 404 del Código Procesal Civil.

Opinión de la Dra. Buongermini Palumbo, dijo; nulidad: La Dra. Deidamia A.. Martínez en su escrito de fs.202/205 no ha fundado el recurso de nulidad por ella interpuesto, y dado que no se advierten en el auto recurrido, vicios o defectos que autoricen a declarar de oficio su nulidad, el recurso debe ser declarado desierto.

A su turno el Dr. Martínez Prieto, manifiesta: Que se adhiere al voto precedente.

A la segunda cuestion planteada, el Dr. Villalba Fernández prosiguió diciendo: Por la sentencia apelada N° 338 de fecha 30 de mayo de 2.008, la *a quo resolvió*: “..Hacer Lugar, con costas, a la presente acción autónoma promovida por el señor Dionisio Fernández Ibarrola contra la Dra. Deidamia A. Martínez

y decretar en consecuencia la nulidad de todas las resoluciones judiciales dictadas en el juicio caratulado: “Reconstitución del Expediente Constancia Mora de Fernandez s/ sucesión”. Anotar.” (fs. 194/197).

De dicha sentencia recurre la parte demandada y presenta su escrito de expresión de agravios, que obra a fs. 202/205. Se funda su escrito en: 1) Que su parte desconocía la existencia de otro herederos además del denunciado; 2) Que los edictos sucesorios fueron publicados en el diario; 3) Que el heredero denunciado fue notificado debidamente y; 4) Que se haya producido un error en la carátula del expediente no afecta a su derecho pretendido. Concluye su alegación solicitando la revocación de la sentencia apelada con costas.

A fs. 207/211 se presenta la parte adversa a contestar el escrito de expresión de agravios de la apelante, manifestando su rechazo a las argumentaciones. Sostiene que: 1) Que la parte demandada obró de mala fe; 2) Que la demandada debió imprimir los tramites para ser notificado del juicio sucesorio; 3) Que su parte ya había iniciado un juicio sucesorio anterior, siendo declarado heredero y adjudicado los bienes sucesorios; 4) Que el juzgado de Asunción no es el competente; 5) Que la demandada conocía de su existencia. Termina su contestación solicitando la confirmación de la resolución recurrida y protestando costas.

Corrido vista a la Agente Fiscal del Ministerio Público, la contesta en su Dictamen N° 965 de fecha 26 de junio de 2009. Que, en su parte concluyente opina que la sentencia recurrida debe ser revocada.

De las constancias de autos, y a los efectos del reexamen de la sentencia en alzada, se constata que el señor Dionisio Fernandez Ibarrola acciona autónomamente de nulidad en contra de Deidamia Asteria Martinez y contra la S.D. N° 214 de fecha 22 de marzo de 2.002, dictada en el juicio caratulado: “Reconstitución del Exp. Constancia Mora de Fernández s/ sucesión”, tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Primer Turno y todas las resoluciones dictadas en el referido proceso.

Fundamentalmente, la acción incoada se funda en la indefensión que le causa al demandante el hecho que no fuera notificado de la sucesión de su extinta cónyuge, habida cuenta que solo se enteró de tal proceso cuando la hoy demandada se había apersonado en el lugar donde vive y manifestándole que el inmueble del lugar le pertenece exhibiéndole una escritura donde consta tal propiedad. Hace hincapié de la mala fe de la demandada y que esta necesariamente conocía de su existencia.

Así las cosas sobre las que se funda el recurso de apelación ahora analizado.

En primer orden y en referencia a los meritos para declarar la nulidad del proceso sucesorio caratulado: “Reconstitución del exp. Constancia Mora de Fernández s/ Sucesión”, debemos necesariamente analizar las normas de fondo y forma que regulan el Derecho Sucesorio. Es así que, en lo referente a tomar conocimiento de la apertura de un juicio sucesorio existen dos formas que el Código Procesal Civil determina. Así, el Art. 741 de la ley de forma establece la publicación de los edictos sucesorios por diez días en el diario de gran circulación, la denuncia de los herederos conocidos y la notificación por cédula a estos.

En cuanto, al requisito de la denuncia del heredero y su comunicación judicial se encuentra condicionada al conocimiento que el apertor tenga de la existencia de ese heredero, limitándose la ley a una declaración jurada de quien inicia la sucesión del conocimiento o no de la existencia de algún heredero. Pero, la misma ley crea mecanismos de seguridad en cuanto a la existencia del heredero, imponiendo la publicación de los edictos por el plazo ya mencionado en un diario de gran circulación. Que, cumplido ambos requisitos legales no se puede alegar el desconocimiento del juicio sucesorio.

Por otro lado, la cuestión presentada en este caso, evidentemente, no tiene como centro de atención el conocimiento o no del proceso sucesorio. Sino, va más allá de esos trámites procesales. En realidad, la discusión versa sobre los derechos de propiedad y dominio sobre el inmueble que le perteneciera a la causante e individualizado como Finca N° 1026 del Distrito de Itauguá.

Con relación, a este inmueble debemos precisar ciertas cuestiones que son de relevancia para este caso. Conforme constancia de autos el inmueble se encuentra registrado en la Dirección general de los Registros Públicos a nombre de la señora Deidamia Martínez (parte demandada), conforme Escritura de Transferencia Judicial de Inmueble, otorgada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Primer Turno, en representación de la causante, en fecha 17 de setiembre de 2004. Inmueble que su titular ya había sido adjudicada en el remate judicial en el juicio: “Deidamia A. Martínez c/ Julian Fernández y otro s/ cobro de guaranías” y que se encuentra agregado por cuerda separada. Proceso que se sustanciara en contra de la causante estando en vida.

Si la pretensión del accionante –tal como lo manifestara en su escrito de presentación de la demanda– es ejercer derechos sobre ese inmueble citado, hay

que recordar que la sentencia declaratoria de herederos no causa estado. Más aún, que el actor ya fue declarado heredero en una sucesión anteriormente abierta de su cónyuge, estando abierta la vía pertinente para discutir los derechos sobre el inmueble referido y así lo posibilita el Código Civil Paraguayo.

Es decir, si la pretensión del accionante es hacer valer algún derecho sobre el inmueble que le perteneciera a la causante del sucesorio, tiene expedita la vía legal para así ejercerlos y no, precisamente por vía de la acción autónoma de nulidad, en este caso de la sucesión. El mismo resultado podría tener, si el derecho pretendido tuviere la suficiente valoración, discutiendo en la misma sucesión –porque así lo permite el juicio- que buscar la nulidad del todo el proceso sucesorio. En ese sentido, no nos olvidemos que la nulidad es el último recurso que tiene el Derecho para subsanar la indefensión y esta declaración desvalora al Derecho.

En conclusión, de todo lo expuesto por este Miembro preopinante corresponde sea revocada la sentencia recurrida en todas sus partes y, en consecuencia, no hacer lugar a la acción autónoma de nulidad.

En cuanto a las costas deben ser impuestas a la parte perdedora, de conformidad a lo establecido en el art. 203 del Cód. Proc. Civ.

Opinión de la Dra. Buonghermini Palumbo, dijo: apelación: Por la sentencia apelada N° 338 de fecha 30 de mayo de 2008 la *a quo* resolvió: “Hacer Lugar, con costas, a la presente acción autónoma promovida por el Sr. Dionisio Fernández Ibarrola contra la Dra. Deidamia A. Martínez, y decretar en consecuencia la nulidad de todas las resoluciones judiciales dictadas en el juicio caratulado: ‘Reconstitucion del expediente Constancia Mora de Fernández s/ sucesión’ ”. Anotese...” (sic.) (fs.197).

De dicha sentencia recurre la parte demandada y presenta su escrito de expresión de agravios que obra a fs. 202/205 de autos. Manifiesta que la inferior expresó que se trata de una acción autónoma de nulidad promovida por Dionisio Fernández Ibarrola contra la Dra. Deidamia A. Martínez para lograr la invalidación de todas las resoluciones dictadas en el juicio caratulado “Reconstitución de Expediente Constancia Mora De Fernández S/ Sucesión”, en el que no se dio intervención al actor no obstante su calidad de esposo sobreviviente de la causante y en el que se ordenó la transferencia judicial de un bien inmueble individualizado como Finca N°1026 del Distrito de Itagúa perteneciente a su finada esposa, Sra. Constancia Mora de Fernández, sin su conocimiento y tampoco

consentimiento. Seguidamente expresa "...Como se le iba a dar intervención al esposo si no se sabía quien era ni donde se encontraba esa misma situación se ha expresado en el juicio de Reconstitucion del Expediente Constancia Mora De Fernández S/ Sucesión...". Arguye que ha repetido en numerosas ocasiones que el único conocido entre las partes era Julián Fernández Mora y fue así que a él se le notificó "a Julián Fernández Mora" siendo hijo de la causante y de Dionisio Fernández Ibarrola quien debía haber notificado a su padre y sus hermanos de la existencia de otros herederos. En relación a la aseveración de *la aquo* que el lugar competente para iniciar la sucesión de Constancia Mora de Fernández es Asunción y no San Lorenzo, afirma la apelante que el Certificado de Defunción presentado a fojas 109 de las compulsas del expediente "Deidamia A. Martínez c/ Julián Fernández y otros s/ Cobro de Guaraníes" expresa que el lugar del fallecimiento el 24 de mayo de 1996 es Asunción sobre raspado Itaguá Vale y el mismo constituye el domicilio y el lugar de fallecimiento, igualmente el certificado presentado por su parte en los autos sucesorios reconstituidos y el presentado en la sucesión de Constancia Mora de Fernández tiene el mismo sobre raspado y da la casualidad que Constancia Mora de Fernández falleció en 1996 y los herederos presentan el inicio de la sucesión el 03 de marzo de 1998, dos años después de haber muerto la causante, y en la compulsas del expediente "Constancia Mora de Fernández s/ Sucesión" presentan a fs. 28 la partida de defunción en fecha 20 de marzo de 1999, es decir, un año después de presentar el inicio de la sucesión. Manifiesta que la inferior sostiene que de las constancias de la reconstitución del juicio sucesorio de Constancia Mora de Fernández no existe notificación alguna dirigida al esposo de la causante, Sr. Dionisio Fernández Ibarrola; pero que en todos los autos entre Deidamia A. Martínez, Constancia Mora de Fernández y Julián Fernández Mora no se hace mención de la existencia de Dionisio Fernández Ibarrola por desconocerse su existencia. Señala que el art. 732 del Cód. Proc. Civ. dispone que se debe denunciar el nombre y domicilio de los herederos o representantes legales conocidos, y que el único heredero conocido fue el denunciado, Sr. Julián Fernández Mora. Manifiesta que la inferior argumentó que sólo se denunció la existencia del presunto heredero Julián Fernández Mora, sin especificar domicilio alguno en su escrito de fojas 17 y 18 haciéndolo posteriormente a través de la presentación de fojas 30, y que a fs. 17 y 18 de la reconstitución del expediente Constancia Mora de Fernández se pone como objeto reconstituir juicio sucesorio de Constancia Mora

Vda. de Fernández, la publicación del diario “gente publicidad” y las constancias expresan Constancia Mora de Fernández. Expresa que con el Dictamen Fiscal se presentó el Certificado de Defunción de Constancia Mora de Fernández obrante a fs.27, y en todos los expedientes no existe ninguna denuncia de domicilio de Julián Fernández Mora y aparece una cédula a fs. 31 (Dr. Julián Fernández, domicilio Gobernador Irala N°1142). Manifiesta que la inferior pretende que se sepa la existencia de Dionisio Fernández Ibarrola, lo que es imposible saber ya que en ninguna parte se presenta Dionisio Fernández Ibarrola, por lo que no es sostenible que debía haberse denunciado los herederos y en especial al viudo de la sucesión. Expresa que la inferior sostiene que se consumaron varias irregularidades, pero que todo es intrascendente para su parte, pues Constancia Mora de Fernández falleció el 24 de mayo de 1996 y en los autos “Deidamia A. Martínez c/ Julián Fernández y otros” a fojas 97 por A.I. N° 1702 del 20 de octubre de 1997 se aprueba el remate realizado el 16 de febrero de 1995 ante el Juzgado de Igual Clase y Jurisdicción de Tercer Turno, Secretaría N°5, adjudicándose el inmueble individualizado como Finca N°1026 del Distrito de Itagúa, lugar denominado Costa Alcaraz a la Dra. Deidamia A. Martínez; es más a fojas 98 de autos se notifica a Julián Fernández Mora, y a fojas 99 Julián Fernández Mora se dio por notificado el 05 de noviembre de 1997 teniéndose por notificado al mismo por A.I. N°702 del 20 de octubre de 1997 y el atención a lo dispuesto por los arts. 497 y 442 del Cód. Proc. Civ. se denegaron los recursos por improcedentes. Termina concluyendo que no existe acción autónoma de nulidad en el caso de autos pues el hecho de decir viuda o no, no perjudica a nadie pues en es caso se aprobó el remate, fue denegado el recurso y quedó firme y ejecutoriado el remate.

La actora contesta dichos agravios en su escrito obrante a fs. 207/211. Manifiesta la demandada busca ignorar su existencia, pues debió solicitar se libre oficios al Registro del Estado Civil de las Personas y al Departamento de Identificaciones de la Policía Nacional, ya que siendo de estado civil casada la causante no se solicitó certificado de matrimonio del registro civil o prontuario y documentales de identificaciones. Respecto a la manifestación de la apelante relativa a que el único heredero conocido para ella era el hijo de la causante, Julián Fernández Mora, quién debió notificar a su padre y sus hermanos de la existencia de otros herederos, sostiene que se pretende pasar la carga procesal a su hijo, siendo que ella fue la actora y sobre ella pesa la carga de realizar

cuantos trámites y diligencias se requieran a los efectos de hacer viable su pretensión. Sostiene que en estos autos se demostró que su hijo Julián Fernández Mora jamás recibió notificación alguna, y si fue así el mismo no está obligado a notificar a los otros herederos, pues las notificaciones son de carácter personal y la carga de la notificación pesa sobre la actora. Sostiene que al no obtener la adversa la declaratoria de herederos buscó otros medios procesales obteniendo se reputa vacante la sucesión de su finada esposa, según S.D. N°214 del 22 de marzo de 2002, circunstancia que se debió a la negligencia del Juzgado y de la representante del Ministerio Público, pues primeramente se ha notificado a un “Dr. Julián Fernández”, con domicilio en Gobernador Irala N°1142, desconocido por su parte, además la ujier no adjuntó la nota de aviso. Arguye que la misma demandada adjuntó en la reconstitución del expediente “Constancia Mora de Fernández s/ Sucesión” el certificado de defunción de su esposa, donde se demuestra que su último domicilio era la ciudad de Itaguá, siendo incompetente el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de Primer Turno de Asunción. Manifiesta que miente la apelante al decir que la Sra. Constancia Mora de Fernández falleció en el año 1998 y que esperó los treinta días de rigor, puesto que su cónyuge falleció el 24 de mayo de 1996, y que se inició el juicio sucesorio ante el Juzgado Civil y Comercial de San Lorenzo, Secretaría N°1, el 02 de marzo de 1998, en el cual se realizaron todos los trámites procesales pertinentes. Arguye que lo único cierto es que en la reconstitución del juicio sucesorio de Constancia Mora de Fernández no existe ninguna notificación dirigida al esposo de la causante, Sr. Dionisio Fernández Ibarrola. Arguye que el domicilio de Julián Fernández Mora sito en Gobernador Irala N°1142 fue denunciado e inventado por la Dra. Martínez Pedrozo, que en forma alevosa hizo creer o dar a entender al Juzgado que el Sr. Dionisio Fernández Ibarrola había fallecido y que solo conoce como heredero al Sr. Julián Fernández Mora y, posteriormente, presenta un escrito solicitando se emplace al Ujier Notificador a que adhiera la cédula de notificación al expediente, diligenciada a Julián Fernández Mora, quien tiene su domicilio a media cuadra del tribunal. Señala que la dirección Gobernador Irala N°1142 es ignorada por su parte, y a dicha razón obedece que estuvo en indefensión total, ya que figuraba como difunto; en síntesis para la Dra. Martínez el Sr. Fernández Ibarrola no existía y tampoco realizó un mínimo esfuerzo para sobre su paradero. Señala que en todas las acciones de cobro de guaraníes su finada esposa intervino en forma activa y



utilizó su apellido de casada, es decir, Constanca Mora de Fernández, por lo que resulta bastante razonable que la Dra. Deidamia Martínez estaba en perfecto conocimiento sobre su existencia como cónyuge. Señala que en virtud del art. 732 del Cód. Proc. Civ. la acreedora que dio inicio a la sucesión debió correr con la carga de las notificaciones a todos los herederos, y en su defecto debió solicitar se libre oficio a las instituciones pertinentes. Respecto a la minimización realizada por la apelante respecto a la carátula del expediente sucesorio, señala que el error de la carátula fue relevante, pues el informe de la Actuaría de fojas 3, y el Sección Estadísticas se refieren a designaciones distintas, así el primero se refiere a la Sucesión de la Sra. Constanca Mora Vda. de Fernández, y el segundo, al expediente de reconstitución; la Actuaría informó que se inició en el año 1998 una sucesión de Constanca Mora Vda. de Fernández y no de “Constanca Mora de Fernández”, mientras que la Sección Estadísticas se refirió al juicio inicialmente caratulado como de “reconstitución”. Termina solicitando la confirmación de la sentencia.

Por proveído del 15 de junio de 2009 (fs.212), se corrió vista al Ministerio Público.

A fs. 213/214 obra el Dictamen N°965 del 26 de junio de 2009, de la Agente Fiscal en lo Civil y Comercial de Primer y Segundo Turno, Verónica Velázquez de Ocampos, por el cual aconseja la revocación de la sentencia apelada.

Se discute la procedencia de una acción autónoma de nulidad intentada por el cónyuge sobreviviente contra el juicio sucesorio de su esposa, en el cual se realizó la transferencia judicial de un bien inmueble perteneciente a la causante a favor de la demandada en los presentes autos. En efecto, con la presente demanda, el actor, Sr. Dionisio Fernández Ibarrola, pretende la anulación de las resoluciones judiciales recaídas en los autos: “Reconst. del expte. Constanca Mora de Fernandez s/ sucesion”; a dicho fin demanda a la Dra. Deidamia Asteria Martínez, quien en su carácter de acreedora de la Sra. Constanca Mora de Fernández procedió a la apertura del juicio sucesorio de la referida causante.

Es importante precisar *ab initio* que la pretensión nulidificante de la actora, incoada en la demanda, se encuentra encaminada única y exclusivamente a obtener la invalidación de las resoluciones judiciales recaídas en los autos sucesorios antes mencionados. Dicha aclaración responde a que con motivo de la contestación del traslado de los documentos arrimados con la contestación de la demanda (fs.78/85), el actor mencionó que en el expediente “Deidamia Martinez

C/ Julián Fernández Mora y Constancia Mora de Fernández S/ Cobro de Guaraníes”, cuyas compulsas autenticadas se encuentran agregadas por piezas separadas, se llevó a remate judicial la Finca N°1026 del Distrito de Itaguá perteneciente a la causante, y que dicha circunstancia no impide cuestionar la legitimidad de la ejecución pues, según el mismo, se habrían utilizado documentos adulterados: “...*Que, en el contexto que hace referencia al Expediente “Deidamia Martínez C/ Julián Fernández Mora y Constancia Mora de Fernández s/ Fernández s/ Cobro de Guaraníes”, es cierto que se llegó a la instancia de trance y remate de la Finca N° 1026 de Itaguá, por razones de preclusión, lo cual no impide cuestionar la legitimidad de la ejecución, pues se utilizaron documentos adulterados, conforme me pude enterar en estos días al examinar los antecedentes del caso...*”. (sic, fs. 83). Además, en el escrito de demanda (fs.07/10), el actor mencionó la existencia de dos juicios ejecutivos contra su finada esposa, Sra. Constancia Mora de Fernández, y su hijo, Julián Fernández Mora; a saber: “Ana María Zelaya de Orué C/ Julián Fernández Mora y Constancia Mora de Fernández S/ Cobro De Guaraníes” y “Deidamia Martínez C/ Julián Fernández Mora y Constancia Mora de Fernández s/ Cobro de Guaraníes”. Manifestó que en el último de los aludidos autos, los pagarés presentados como sustento de la pretensión ejecutiva habrían sido adulterados por la Dra. Deidamia A. Martínez. Al respecto afirma que en el primer expediente ejecutivo mencionado, donde la Dra. Deidamia A. Martínez había actuado en carácter de patrocinante, el crédito emergente de los pagarés había sido cancelado y que posteriormente la Sra. Ana María Zelaya de Orué habría endosado dichos títulos de crédito a favor de la Dra. Martínez, quien habría vuelto a ejecutar dichos pagarés “todos pagados y con fechas adulteradas”. Entonces, según lo refiere actora, se habrían utilizado pagarés adulterados en el expediente ejecutivo caratulado “Deidamia Martínez C/ Julián Fernández Mora y Constancia Mora de Fernández S/ Cobro De Guaraníes”; empero, independientemente de la fundabilidad o no de una pretensión autónoma de nulidad contra dicho proceso de ejecución, lo cierto es que una tal pretensión anulatoria se encuentra fuera de la traba de la litis, esto es, fuera del ámbito de discusión definido por las partes en la demanda y su contestación. En efecto, el objeto de la pretensión autónoma de nulidad, de conformidad a lo dispuesto en el art. 215 incs. “c” y “f” del Cód. Proc. Civ., fue delimitado por la actora en el escrito de demanda, específicamente en los puntos segundo y octavo del petitorio del escrito inicial. En efecto, la actora había

peticionado específicamente cuanto sigue: “2)- *Se tenga por iniciado la presente Acción Autónoma de Nulidad en contra la Dra. Deidamia Asteria Martínez y en contra las resoluciones y providencias recaídas en los autos caratulados: Reconstitución del Expediente Constancia Mora de Fernández s/ Sucesión, tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Primer Turno, para dicho efecto librar oficio...*”. (sic, fs. 09); “8)- *Oportunamente, se dicte sentencia, revocando las providencias y resoluciones que le afecta al Señor Dionisio Fernandez Ibarrola, y se declare la Nulidad de las Resoluciones en el expediente Caratulado: “Reconstitución del Expediente: Constancia Mora de Fernández s/ Sucesión”, con costas...*”. (sic, fs.10). El juez de primera instancia, como es sabido, debe decidir únicamente sobre la pretensión –o, eventualmente, sobre las pretensiones– deducida por la actora en el escrito de demanda, sin pecar de omisión, exceso o concediendo otra cosa que la específicamente peticionada, bajo pena de vulnerar el principio de congruencia (art. 159 incs. “c” y “e” del Cód. Proc. Civil, concordante con el art. 15 inc. “b” del mismo cuerpo legal). La vulneración del principio de congruencia descalifica a la resolución judicial como acto jurisdiccional válido, pues dicho defecto está conminado con la nulidad. La jueza inferior con buen tino se limitó a estudiar y resolver lo propuesto por la actora: la nulidad –o no– de las resoluciones recaídas en los autos sucesorios antes mencionados. Por lógica consecuencia también al Tribunal, como órgano revisor, le está vedado fallar sobre cuestiones no propuestas en primera instancia (art. 420 del Cód. Proc. Civ.). Luego, el *thema decidendum* aquí se circunscribe a determinar la procedencia o no de la pretensión autónoma de nulidad contra las resoluciones recaídas en los autos: “Reconst. del Expte. Constancia mora de Fernandez s/ sucesion”. A tal menester nos abocamos inmediatamente.

La acción autónoma de nulidad tiene su antecedente más remoto en las restituciones *in integrum* del antiguo derecho romano. La *in integrum restitutio* constituía una de las formas más antiguas de la nulidad y que consistía en un remedio residual y extraordinario para aquellos casos en que la aplicación pura y directa del derecho civil o quiritarario producía efectos contrarios a la equidad. Así un acto perfectamente válido *iure civile* se tiene por inexistente o por no realizado, en virtud del *imperium* pretoriano que corrige o subsana las consecuencias rigurosas del ordenamiento civil. La gravedad de la medida que condena el acto a la invalidez, ordenando que las cosas vuelvan a su estado anterior, exige que este remedio procesal solo se conceda en casos especiales y con suje-

ción a ciertas reglas de interpretación restrictiva. En su aplicación a los actos procesales –que también son una sub especie de los actos jurídicos– el interdicto restitutorio tiene por finalidad privar de efectos jurídicos al proceso y a la sentencia. Y es en este ámbito donde se introducen nuevas causales, ya en la época imperial, en especial las referidas al error y al fraude procesal. Nuestro ordenamiento recogió este instituto, regulándolo en el art. 409 del Cód. Proc. Civ., la acción autónoma de nulidad: “...*Las resoluciones judiciales no hacen cosa juzgada respecto de los terceros a quienes perjudiquen. En caso de indefensión, ellos dispondrán de la acción autónoma de nulidad, cuando la excepción de falsedad de la ejecutoria o la de inhabilidad de título fuese insuficiente para reparar los agravios que aquellas resoluciones pudiesen haberles ocasionado*”.

En primer lugar debemos decir que la acción autónoma de nulidad, a semejanza de su antecedente romano, requiere para su procedencia que exista un perjuicio ocasionado y que no exista otra vía para repararlo, es decir continúa siendo un remedio procesal extraordinario o residual. Dicho carácter no se desprende sólo de la naturaleza del instituto sino que puede inferirse de la norma contenida en el art. 409 del Cód. Proc. Civ., según la cual la pretensión autónoma de nulidad es procedente cuando la excepción de falsedad de la ejecutoria o la de inhabilidad de título sean insuficientes para reparar los agravios que las resoluciones judiciales produzcan, lo que releva sin lugar a dudas el carácter excepcional o residual que ostenta. En segundo lugar y en cuanto a los legitimados activos, si bien la norma contenida en el art. 409 del Cód. Proc. Civil. no ofrece mucha dificultad interpretativa, a fin de ajustarla a sus justos límites y no exceder de su marco tutelar conviene efectuar algunas precisiones. Para ello, debe partirse de la base de que los efectos del proceso, en general, y de la cosa juzgada de las resoluciones judiciales que de él dimanen, en particular, no alcanzan a aquellas personas que no han sido parte en el proceso respectivo. Ello es así porque el instituto de la cosa juzgada reconoce –amén de los límites objetivos– límites subjetivos en cuanto a su eficacia, vale decir, tiene efectos relativos, similar a lo que acontece con los actos jurídicos del derecho privado. El mentado principio de relatividad en el ámbito del derecho procesal posee idénticos efectos y formulación que su similar del derecho privado: la cosa juzgada no aprovecha ni perjudica a los terceros extraños al proceso. Así lo entiende la doctrina procesal más autorizada: “685. *límites subjetivos de la cosa juzgada. a) Como principio de carácter general, la cosa juzgada comprende solamente*

*a quienes han revestido el carácter de partes en el proceso en el cual se dictó la sentencia que adquirió aquella eficacia. Por lo tanto, la cosa juzgada no puede beneficiar ni perjudicar a los terceros que han permanecido ajenos al proceso (res inter alios judicata aliis neque processe neque nocere potest). Por partes debe entenderse no sólo a los sujetos activo y pasivo de la pretensión procesal, sino también a todas aquellas personas que, en las condiciones previstas por la ley, se han incorporado voluntariamente al proceso (v. gr. Art. 90 del CPN) o han sido citadas para intervenir en él (v.gr. art. 94, id), y a quienes la sentencia afecta ‘como a los litigantes principales’ (v.gr., art. 96, id). La misma regla rige en materia de sustitución procesal (supra, nº301)...”. (PALACIO, Lino Enrique, Derecho Procesal Civil, Tomo V, Abeledo-Perrot, p. 521); “B) límites subjetivos de la cosa juzgada. 275. personas alcanzadas por la cosa juzgada. El problema de los límites subjetivos de la cosa juzgada consiste en determinar los sujetos de derecho a quienes el fallo perjudica o beneficia. El punto de partida en esta materia es el de que, por principio, la cosa juzgada alcanza tan sólo a los que han litigado; quienes no han sido partes en el juicio anterior no son afectados por ella, y pueden proclamarse ajenos a ésta aduciendo que res inter alios judicata aliis neque prodesse neque nocere postest. La doctrina francesa ha dicho siempre que esta regla es la misma que rige para las convenciones...”. (Couture, Eduardo J., Fundamentos del Derecho Procesal Civil, 4ª Edición, 2005, p. 344).*

Del principio aludido podemos extraer conceptos útiles que servirán de orientación para el análisis del *sub examine*. Así, en primer lugar, que la inmutabilidad de la cosa juzgada sólo afecta, en principio, a las partes del proceso – y naturalmente a sus herederos, a quienes sus efectos se extienden- y no puede perjudicar a los terceros ajenos a él a los cuales las resoluciones judiciales le son inoponibles; o, lo que es igual, son ineficaces respecto de los terceros ajenos al proceso. La inoponibilidad de las resoluciones judiciales respecto de los terceros se encuentra formulada expresamente en la primera parte del art. 409 del Cód. Proc. Civ, y puede ser inferida de los dispuesto por el art. 159 incs. “a” y “e” del mismo cuerpo legal. En segundo lugar, nos permite llegar al concepto de tercero aunque sólo lo podamos aprehender negativamente, por exclusión. En este sentido, serán terceros aquellos que no han sido parte procesal en el juicio de que se trate.

Lo expuesto *ut supra* nos permite arribar a una conclusión de elementalidad palmaria: las resoluciones judiciales y la cualidad de cosa juzgada que

ostentan no pueden perjudicar a los terceros ajenos al proceso. Sin embargo, y a pesar de lo apuntado precedentemente, la realidad y su inagotable casuística demuestra que en ciertas ocasiones los terceros son efectivamente afectados por las consecuencias del proceso. A dicha razón, precisamente, obedece la consagración legislativa de la pretensión autónoma de nulidad que sólo concede legitimación para obrar a los terceros que no han sido parte en el juicio.

También es importante destacar que la acción autónoma de nulidad es dada únicamente para los casos de indefensión, esto es cuando el tercero no hubiera tenido *oportunidad* de defenderse; de ser escuchado y, eventualmente, ofrecer pruebas en resguardo de sus intereses. En otros términos, la acción autónoma de nulidad, tal cual se encuentra legislada en nuestro derecho positivo únicamente cubre los supuestos de indefensión de los terceros. Dicha precisión, no obstante su expresa consagración normativa, no carece de relevancia ni resulta antojadiza puesto que –como bien es sabido– los operadores jurídicos nacionales nos nutrimos en mayor medida de las elaboraciones doctrinarias y jurisprudencia argentina, ya que normalmente las leyes nacionales reconocen como una de sus fuentes inmediatas –y principal– a la legislación argentina. Sin embargo, debemos apuntar que en la República Argentina la acción autónoma de nulidad –hasta donde sabemos– no se encuentra regulada en ningún ordenamiento sustantivo o procesal, sea nacional o provincial. La creación del instituto fue pretoriana bajo influjo de la doctrina procesal, que terminó encontrando fundamento constitucional al instituto en cuestión. Entonces, ante la falta de regulación normativa del instituto, en dicho país se vio la necesidad por vía jurisprudencial de consagrar y perfilar requisitos así como supuestos de procedencia de una pretensión autónoma de nulidad tendiente a invalidar la cosa juzgada. Así es como la jurisprudencia del vecino país además de los ya clásicos supuestos de fraude y dolo, consagró condiciones de procedencia –de manera nada plausible, por cierto– tales como iniquidad, esto es, la impugnación de un decisorio repugnante al sentido común, a la equidad, manifiestamente injusto o aberrante; o el abuso del derecho, es decir, últimamente se habla de cosa juzgada abusiva cuando se pretende ejecutar una resolución firme cuya prestación es abusiva, lo cual entendemos, en principio inadmisibles en el marco de nuestro ordenamiento. A dicho motivo obedece también que en la República Argentina se reconozca legitimación activa para intentar la acción autónoma de nulidad incluso a las partes –o cuanto menos se discuta dicha cuestión–, lo cual

frente a la clara disposición del art. 409 del Cód. Proc. Civ. no es sustentable en nuestro derecho positivo.

Lo relevante y lo que queremos dejar sentado con lo expuesto precedentemente es que en nuestro ordenamiento jurídico no podemos considerar a la acción autónoma de nulidad como la panacea para reabrir procesos judiciales terminados por resolución judicial firme so pretexto de manifiesta injusticia, iniquidad, etc., socavando de manera inmisericorde el instituto de la cosa juzgada, garantía de estabilidad de las relaciones y de la seguridad jurídica. En efecto, las nulidades procesales reconocen medios de impugnación bien definidos por la ley ritual. Así, las partes deben denunciar las eventuales nulidades procesales a través del respectivo incidente o recurso, según se trate de vicios en las actuaciones o resoluciones judiciales (art. 117 del Cód. Proc. Civ.). La acción autónoma de nulidad, como especie dentro de los medios de impugnación de las nulidades procesales, sólo está regulada para los terceros perjudicados por las resoluciones judiciales recaídas en un proceso donde no fueron parte y únicamente para casos de indefensión; nada más.

En base a estas premisas debemos encarar el análisis para la resolución del caso de marras. Pero antes de seguir avanzando recordemos brevemente la posición asumida por las partes para sustentar la pretensión y contradecirla, respectivamente; así como los antecedentes del juicio sucesorio impugnado. En ese sentido, la actora en su escrito de demanda (fs.07/10), había manifestado que al no recibir notificación alguna estuvo indefenso en el juicio sucesorio. Asimismo, arguye como una circunstancia relevante para esta litis que en los autos sucesorios reconstituidos, así como en la Esc. Pública N° 94 del 17 de septiembre de 2004, pasada ante la Esc. Pública María Basilia Gauto Galeano (fs.37/46), la causante figure como “viuda”, dando a entender la actora con dicha afirmación que la antedicha omisión en el sucesorio se hizo adrede o premeditadamente. Posteriormente señala que el juzgado competente para entender en el juicio sucesorio de la Sra. Constancia Mora de Fernández es el del último domicilio de la causante, y que la demandada obvió dicho requisito (fs.79). De la misma manera sostiene que la demandada, Sra. Deidamia Martínez obró de mala fe y el Ministerio Público lo hizo de manera negligente “considerando que si obrase de buena fe, hubiese por lo menos solicitado se libren oficios a la Dirección del Registro Civil del Estado Civil de las Personas, y al Departamento de Identificaciones de la Policía Nacional, para la obtención de prontuarios,

tampoco solicito se libre oficios en los Registros Públicos, Sección Poderes, para al Juzgado, si la causante posee representante legal o no” (fs.81/82).

La demandada, Dra. Deidamia A. Martínez, con motivo de la contestación de la demanda (fs. 56/65), manifestó que por error involuntario se puso Constancia Mora “Vda.” de Fernández en los autos sucesorios de Constancia Mora de Fernández. Arguye que las notificaciones cedulares en el juicio sucesorio fueron dirigidas a Julián Fernández Ibarrola, hijo de la Sra. Constancia Mora de Fernández y, además, fueron publicados los edictos en el Diario Noticias. Señala, asimismo, que dada la circunstancia de que los Sres. Dionisio Fernández Ibarrola y Julián Fernández Mora viven en la misma casa, en Itaguá Guazú, no es posible que el Sr. Fernández Ibarrola y sus familiares no hayan tenido conocimiento de los actos jurídicos donde estaban involucrados Julián Fernández y Constancia Mora de Fernández. Manifiesta que la acción autónoma de nulidad constituye una facultad que tienen los terceros que no han intervenido ni participado en un proceso, pero que el juicio sucesorio impugnado fue notificado el hijo de la causante, Sr. Julián Fernández Mora y fueron publicados los edictos de citación y emplazamiento. Termina manifestando que promovió juicio sucesorio en su carácter de adjudicataria en remate judicial de la Finca N°1026 del Distrito de Itaguá al solo efecto de la titulación del inmueble.

Por piezas separadas se encuentran agregadas las compulsas autenticadas del expediente: “Deidamia A. Martinez c/ Julian Fernandez y otros s/ cobro de guaranies”. En dichos autos, por proveído del 05 de diciembre de 1994 (fs. 47 vlta.), se ordenó la venta en pública subasta del inmueble embargado; Finca N°1026 del Distrito de Itaguá. Por A.I. N° 1702 del 20 de octubre de 1997 (fs. 97), el Juzgado resolvió aprobar el remate realizado el 16 de febrero de 1995 ante el Juzgado de Igual Clase y Jurisdicción del Tercer Turno, Secretaría N°5, adjudicándose el inmueble Finca N° 1026 del Distrito de Itaguá, lugar denominado Costa Alcaraz, a la Dra. Deidamia A. Martínez por la suma de G. 281.661. A fs. 108 la Dra. Deidamia A. Martínez solicita se emplace a la ejecutada a escriturar bajo apercibimiento. Por proveído del 24 de febrero de 1998 (fs. 108 vlta.), se emplazó a los demandados para que en el término de 05 días a otorgar la escritura traslativa de dominio, bajo apercibimiento de que en caso contrario el Juzgado lo haría en su nombre. A fs. 109/110 el Sr. Julián Fernández denuncia el fallecimiento de Constancia Mora de Fernández y solicita la nulidad de las actuaciones, en el juicio ejecutivo, desde el fallecimiento de la misma acaecido



el 24 de mayo de 1996. Por proveído del 03 de marzo (fs.110 vlta.), el Juzgado ordenó la agregación del certificado de defunción y la suspensión de los trámites del juicio. A fs. 112 la Dra. Deidamia A. Martínez solicitó se emplace a Julián Fernández Mora a que indique en qué Juzgado y Secretaría se promovió el juicio sucesorio de su madre. Por proveído del 27 de diciembre de 1999 (fs.112 vlta.), se emplazó al Sr. Julián Fernández Mora para que en el término de 05 días indique el Juzgado donde radicaba el expediente sucesorio de la Sra. Constanza Mora de Fernández. Como puede observarse, el único trámite pendiente en el juicio ejecutivo que se encontraba en la etapa de cumplimiento de sentencia, lo constituía la escrituración de la Finca N°1026 del Distrito de Itaguá, adjudicada en remate judicial a la Dra. Deidamia A. Martínez y, a tal efecto, la adjudicataria inició el juicio sucesorio de la propietaria, Sra. Constanza Mora de Fernández (fs.01/02, autos sucesorios reconstituidos). En efecto, el fuero de atracción pasiva que ejerce el juicio sucesorio (art. 2.449 del Cód. Civil y 733 del Cód. Proc. Civil), impone que las pretensiones que caen bajo su ámbito sean tramitadas ante el juez del sucesorio. En el caso de las pretensiones personales de los acreedores del difunto, ocurrido el fallecimiento del demandado, la competencia para entender en los juicios pendientes –y a iniciarse– se desplaza al juez que entiende el proceso sucesorio, cualquiera sea el estado en que se encuentre –aún los que se encuentren en estado de ejecución o cumplimiento de sentencia–, para lo cual el expediente debe acumularse o agregarse al juicio sucesorio. El juez del sucesorio impugnado ordenó por proveído del 26 de julio de 2001 (fs.24, autos sucesorios reconstituidos) la agregación del mentado juicio ejecutivo.

En primer lugar se impone analizar la legitimación de la actora para intentar la acción autónoma de nulidad contra el juicio sucesorio impugnado. Para ello conviene recordar que el proceso sucesorio es aquél que persigue, fundamentalmente, determinar quiénes son los sucesores de una persona muerta –o declarada presuntivamente muerta–, precisar la cantidad y el valor de los bienes que integran su patrimonio, verificar el monto y satisfacer el pasivo que lo afecta, y distribuir el saldo entre aquellas personas a quienes la ley, o en su caso la voluntad del testador expresada en un testamento válido, acuerdan la calidad de sucesores (PALACIO, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, Tomo IX, Abeledo-Perrot, p. 349/350). El Sr. Dionisio Fernández Ibarrola en su calidad de cónyuge supérstite está llamado por la ley a recibir la herencia deferida por su

esposa, Sra. Constanza Mora de Fernández (arts. 2574, 2586 y sgtes. del Cód. Civil). La persona que se crea con derecho a la herencia, vale decir, un pretense heredero, no es un tercero ajeno al juicio sucesorio, está llamado a ser parte en el mismo, y al efecto la ley ritual prevé los mecanismos de *vocatio* –llamamiento a juicio– y anoticiamiento pertinentes. Así, la notificación será cédular si se trata de herederos conocidos, con domicilios también conocidos, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 732 *in fine* y 741 inc. “a” del Cód. Proc. Civ. En caso contrario la notificación será edictal (art. 741 del Cód. Proc. Civ.). Dicha notificación edictal fue realizada conforme se desprenden de las constancias del expediente sucesorio impugnado (fs. 20/23). El heredero asume la calidad de parte cuando se presenta a tomar intervención en cualquier estado del procedimiento, pero deberá aceptar el procedimiento en el estado en que se encuentre. Si su falta de intervención oportuna se debe a la omisión de las formalidades previstas para su citación en los arts. 732 *in fine* y 741 inc. “a” del Cód. Proc. Civ., podrá pedir la nulidad de las actuaciones que le perjudiquen, siempre que concurren los demás requisitos de procedencia previstos para las nulidades procesales. Pero es menester destacar que en su carácter de parte en el juicio sucesorio, la pretensión autónoma de nulidad no es la vía adecuada para impugnar las eventuales nulidades de las actuaciones o resoluciones judiciales recaídas en los autos sucesorios, conforme con lo dispuesto en el art. 117 del Cód. Proc. Civil. Luego, al no ser el Sr. Dionisio Fernández Ibarrola un tercero extraño al juicio sucesorio de su esposa, no se encuentra legitimado para intentar la acción autónoma de nulidad. En esta configuración de cosas la pretensión autónoma de nulidad está destinada irremisiblemente al fracaso.

A continuación realizaremos algunas consideraciones meramente *obiter*. Recordemos que el Sr. Dionisio Fernández Ibarrola señala que la acreedora que dio inicio a la sucesión debió correr con la carga de las notificaciones a todos los herederos y, en su defecto, solicitar el libramiento de oficios al Registro del Estado Civil de las Personas y al Departamento de Identificaciones de la Policía Nacional, habida cuenta de que la causante, Sra. Constanza Mora de Fernández, litigó en el juicio ejecutivo con su apellido de casada por lo que la Dra. Deidamia Martínez no podría desconocer su estado civil. Al respecto cabe mencionar que el art. 732 *in fine* del Cód. Proc. Civ. impone al apertor del sucesorio la carga de denunciar el nombre y domicilio de los herederos, siempre que fueren conocidos tanto el heredero como su respectivo domicilio. De la misma

manera el art. 741 inc. “a” del Cód. Proc. Civ. establece que deberá notificarse cedularmente la providencia de apertura del juicio sucesorio a los herederos denunciados que tuviesen domicilio conocido en el país, lo que supone que el presunto heredero es conocido y fue denunciado por el apertor. Entonces, el primer supuesto para que proceda la notificación por cédula del auto de apertura del juicio es, obviamente, el conocimiento del heredero, lo que debe entenderse como el conocimiento de la persona llamada a suceder en su individualidad, con su nombre y apellido. El hecho de que una persona sea de estado civil casada, como lo postula la actora, no implica el conocimiento del cónyuge supérstite en su individualidad e identidad, por lo que dicha indeterminación o incertidumbre sobre la persona del heredero implica, ciertamente, desconocimiento. En otros términos, el conocimiento del estado civil de la causante no implica el conocimiento de la persona del heredero a los efectos de la notificación cedular. Además, en puridad, la actora nunca adujo que la demandada lo conocía –no controvertió en momento alguno tal circunstancia– sino que afirmó que no podía ignorar su existencia en carácter de cónyuge de la causante porque la misma había litigado en el juicio ejecutivo con su apellido de casada, lo cual es totalmente diferente e importa una suposición de la parte, que no tiene sustento probatorio y no puede, sin más, ser admitida. De ahí la irrelevancia del uso de la palabra “viuda” en la carátula y en algunas actuaciones del juicio sucesorio impugnado.

Entonces, concluimos que el Sr. Dionisio Fernández Ibarrola fue notificado de la apertura del juicio sucesorio con las solemnidades que la ley prevé para el caso –notificación edictal-. Otro argumento sostenido por la actora para sustentar su pretensión nulitiva es el referente a que su hijo, Julián Fernández Mora, jamás recibió notificación alguna y que el domicilio denunciado -sito en Gobernador Irala N°1142 y donde se diligenciaron las notificaciones cedulares dirigidas al mismo- fue inventado por la Dra. Martínez. Examinados los autos impugnados, se advierte que a fs. 05 obra la cédula de notificación dirigida a Julián Fernández Mora que comunica la resolución que dispuso la reconstitución del expediente sucesorio. Asimismo, en el escrito de fs.17/18 la Dra. Deidamia Martínez manifestó que conoce sólo a Julián Fernández Mora en carácter de heredero de la sucesión. A fs. 31 y 32 obran cédulas de notificación dirigidas a Julián Fernández Mora que comunican la providencia de apertura del juicio sucesorio. Es sabido que las eventuales nulidades procesales sólo pueden ser

denunciadas por la parte personalmente perjudicada por el vicio de que se trate. El actor no puede invocar ni sustentar agravios ajenos. Por tanto, el único que podría alegar la nulidad por los motivos expuestos por el Sr. Dionisio Fernández Ibarrola, es su hijo, Julián Fernández Mora, pero no consta en autos que lo haya hecho. Las mismas consideraciones deben hacerse extensivas al argumento sostenido por la *iudex aquo* a fs. 196 vltto. de su fallo, en el sentido de que constituye una irregularidad que se haya transferido por escritura judicial la Finca N°1026 del Distrito de Itaguá a favor de la Dra. Deidamia Martínez cuando consta en los autos del juicio ejecutivo que la misma había ya cedido sus derechos y acciones, sucesivamente, a las Sras. Gloria Beatriz González González (fs.36) y María Cecilia Lugo Urbietta (fs.41), siendo esta última aceptada por la Dra. Martínez a fs. 43. En efecto, las cesionarias son las únicas que podrían, si correspondiere, hacer eventuales impugnaciones. Rige aquí el principio de disponibilidad de derechos que se corresponde al interés de los particulares.

No obstante todo lo dicho hasta aquí, se presenta en este caso una situación harto particular. Sabido es que la declaración oficiosa de la nulidad es autorizada al tratarse de cuestiones donde se halla involucrado el orden público y el interés general, siempre que el juez conozca de las mismas en el contexto de una litis sometida a su jurisdicción. En efecto, de las constancias de los autos se desprende la existencia, además del proceso impugnado, de otro juicio sucesorio relativo a la misma causante, Sra. Constancia Mora de Fernández. A este respecto, la actora arguye que el proceso sucesorio impugnado se tramitó ante un juez incompetente en razón del territorio. Por piezas separadas se encuentran agregadas las compulsas autenticadas de los autos caratulados “Constancia M. de F. S/ Sucesión”, tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de San Lorenzo. En dichos autos recayó la S.D. N° 114 del 23 de abril de 1999 (fs. 31), por la cual fueron declarados herederos de la Sra. Constancia Mora de Fernández su esposo, Dionisio Fernández Ibarrola y sus hijos Valerio Fernández Mora, Federico Fernández Mora, Demetria Fernández Mora, Juan Bautista Fernández Mora, Fidelina Fernández Mora, Concepción Fernández Mora, Lilian Fernández Mora y Juan Fernández Mora. Por A.I. N° 560 del 26 de agosto de 1999 (fs. 43), el Juzgado resolvió adjudicar el inmueble individualizado como Finca N° 1.026 del Distrito de Itaguá con Padrón N° 2274 a los herederos declarados. Por su parte, en el juicio sucesorio impugnado “Reconst. del expte. Constancia Mora de Fernandez s/ sucesion”, tramitado origi-

nalmente ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, Primer Turno de la Capital, la sucesión de la Sra. Constancia Mora de Fernández, luego de los trámites de estilo pertinentes, fue reputada vacante, conforme se desprende de la S.D. N° 214 del 22 de marzo de 2002 (fs. 44). Del certificado de defunción de la Sra. Constancia Mora de Fernández presentado en ambos juicios sucesorios a fs. 04 y 27, respectivamente, se desprende que el último domicilio de la causante estaría sito en la ciudad de Itaguá. Por consiguiente, la competencia territorial para entender en el juicio sucesorio correspondería al Juez de Primera Instancia en lo Civil de la ciudad de San Lorenzo, conforme con lo dispuesto por el art. 2449 del Cód. Civil.

Es importante tener presente aquí que el Código Civil consagra el sistema de unidad del proceso sucesorio. El principio o sistema de unidad, amén de propugnar una solución al problema de conflicto de leyes en materia sucesoria en el ámbito del derecho internacional privado, postula que un solo juez —el del último domicilio del causante— debe tramitar un solo proceso a fin de determinar el activo patrimonial del causante, satisfacer el pasivo y distribuir el remanente a las personas llamadas a heredar, ya sea por voluntad del causante o por la ley. La única excepción admisible al principio de unidad del proceso sucesorio, constituye la existencia de bienes inmuebles dejados por el causante en otros países, esto es, en el extranjero, donde los jueces nacionales no tienen jurisdicción y, consecuentemente, en tales casos es admisible la dualidad o pluralidad de juicios sucesorios, esto es, la existencia de dos o más procesos sucesorios relativos a una misma persona muerta, pero cada cual con un distinto y delimitado acervo a liquidar y adjudicar. Sin embargo, en el orden nacional no puede concebirse la existencia de dos o más procesos sucesorios de una misma persona muerta so pretexto de otros tantos domicilios del causante o bienes diseminados en diversos lugares de la República; este principio se conoce doctrinariamente como “unidad sucesoria en el derecho interno”. Como sabemos, el juicio sucesorio tiene el carácter de proceso universal, esto significa que está involucrada la totalidad del patrimonio de una persona muerta, con miras a su liquidación y distribución. Siendo universal tiene vocación de la totalidad y es absolutamente incompatible con una escisión o superposición de procesos atinentes al mismo causante y resulta ineludible concentrar ante un mismo y único juez los litigios vinculados con dicho patrimonio. Si no fuese así, se tiene dicho, los herederos, legatarios y acreedores del causante se encontrarían expuestos a litigar en una

multitud de tribunales diferentes, ya en razón del domicilio de cada uno de ellos, ya a causa de la situación de los bienes, todo lo cual exige “que no haya más que un solo tribunal para decidir sobre todas las cuestiones relativas a la sucesión aún indivisa, y ese tribunal debe ser, naturalmente, el del lugar en que se ha abierto la sucesión, puesto que allí los bienes y los negocios del difunto son más conocidos que en ninguna otra parte” (Fenochietto-Arazi, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Tomo III, 2ª Edic., Editorial Astrea, p. 340). Del aludido carácter universal que ostenta el proceso sucesorio se desprende que no pueda admitirse la coexistencia de dos juicios sucesorios relativos a un mismo causante, pues aceptar tal tesis implicaría predicar la posibilidad de que dos jueces se encuentren encargados de liquidar un mismo patrimonio, lo cual es, a todas luces, inadmisibile. Esta situación –la de concentración de todo asunto o conflicto en el marco de un único proceso– es la que sustenta también en el orden de los juicios no universales a la excepción de *litis pendencia*. Al sistema repugna la existencia de varios procesos con identidad de objeto, sujeto y causa, ya que esto atenta contra la cosa juzgada y la presunción de verdad formal que dimana de ella, con miras a preservar la seguridad jurídica y evitar el caos y la contradicción que, de otro modo, sobrevendrían. Es así que el principio de unidad del juicio sucesorio en el derecho interno es de orden público, pues nos encontramos ante un supuesto que excede los intereses meramente privados o únicamente el de los herederos, sino también se encuentra comprometido el interés de los –eventuales– acreedores y el de la sociedad toda, a la cual interesa que el patrimonio de una persona muerta sea liquidado y distribuido en la forma y por los conductos legales pertinentes, porque en última instancia y de no hacerse así puede verse afectada la cosa juzgada y la seguridad jurídica. El quebrantamiento del principio aludido, es decir, la coexistencia de dos –o, eventualmente, más– juicios sucesorios relativos a una misma persona fallecida, necesariamente nos plantea el problema de determinar la validez de uno u otro. Para tal menester, debemos recurrir a los criterios sentados en el art. 738 del Cód. Proc. Civil donde se regula la acumulación de los procesos sucesorios. En el caso de marras, nos encontramos ante la promoción de dos juicios sucesorios *ab intestato*. Las reglas propuestas por la norma a ser tomadas en consideración, son: a) el grado de adelanto de los trámites realizados; b) medidas útiles cumplidas en cada caso; c) ausencia de propósito de obtener una prioridad indebida. Dichas pautas, sin embargo, no son rígidas, por el contrario dejan un margen de discrecionalidad

al juzgador. En este sentido entendemos que no podemos pasar por alto la circunstancia de que el juicio sucesorio iniciado en San Lorenzo, corresponde al juez que por razón del territorio es naturalmente competente para entender en el juicio sucesorio de la causante. Tampoco podemos soslayar que para evitar prioridades indebidas que contraríen los principios de lealtad y buena fe procesal, la recomendación de la doctrina y jurisprudencia: "...Desde otra perspectiva, aunque incluida en el ámbito axiológico del art. 696 del CPN, se resolvió que corresponde asignar prevalencia a la sucesión *ab intestato* promovida por herederos forzosos respecto de la testamentaria iniciada por legatarios o a la primera que inició un miembro de la familia legítima sobre la segunda promovida por extraños incluso cuando ésta lo haya sido un día antes y tenga mayor riqueza de antecedentes" (PALACIO, op. cit. p. 362). Entrando a contrastar ambos procesos sucesorios a los efectos mencionados supra; en cuanto a la prioridad temporal se ve que el tramitado en San Lorenzo fue iniciado el 02 de marzo de 1998 (fs. 05); por su parte, en el iniciado en Asunción y objeto de impugnación por esta acción, hay una solicitud de reconstitución el 04 de septiembre de 2000 (fs. 02) y si bien, conforme con el informe de la actuaria (fs. 03), el expediente tuvo entrada en el año 1998, no se sabe la fecha exacta, la falta de precisión sobre la data de inicio el juicio sucesorio de Asunción sumada a la ausencia de resoluciones judiciales posteriores que den cuenta de la adopción de medidas útiles al avance natural del proceso, nos inclina a establecer la prioridad al expediente sucesorio tramitado en la ciudad de San Lorenzo.

En cuanto a la medidas útiles cumplidas en ambos procesos sucesorios, en el expediente tramitado en San Lorenzo, el inventario y avalúo de los bienes muebles de la causante se realizó el 24 de abril de 1998 (fs.07), el inmueble fue avaluado por la oficina competente el 21 de agosto de 1998 (fs. 14), por A.I. N° 44 del 22 de febrero de 1999 (fs. 16), se aprobó la evaluación, la publicación de edictos de citación y emplazamiento se realizó del 27 de mayo al 06 de junio (fs. 17/19), la sentencia declaratoria de herederos se dictó el 23 de abril de 1999 (fs. 31), Por A.I. N° 560 del 26 de agosto de 1999 (fs. 43), se adjudicó el inmueble individualizado como Finca N° 1.026 del Distrito de Itagúa con Padrón N° 2274 a los herederos declarados. Como puede advertirse, sin siquiera entrar a considerar las medidas útiles realizadas en el juicio sucesorio iniciado en Asunción, se desprende que en el juicio sucesorio iniciado por los herederos en San Lorenzo, a la fecha del pedido de reconstitución de expediente tramitado en Asunción

(fs. 02), ya contaba con auto de adjudicación. Todo esto no puede sino llevar a la conclusión de que el expediente sucesorio que debe prevalecer es el iniciado en San Lorenzo por los herederos y, consecuentemente, el expediente sucesorio tramitado en Asunción donde, como vimos, la herencia fue reputada vacante (fs. 44) y se nombró escribano para formalizar la transferencia del inmueble individualizado como Finca N° 1026 del Distrito de Itaguá (fs. 63), adolece de una nulidad insalvable, habida cuenta de que se trata de un asunto que ha sido puesto a conocimiento de la judicatura y vinculado al orden público.

Ahora bien, es importante precisar los alcances de la nulidad aquí pronunciada. En efecto, la declaración de invalidez o ineficacia debe circunscribirse a los actos procesales contradictorios o los redundantes por repetidos, pues los actos pertinentes y necesarios realizados en el expediente sucesorio impugnado, no carecen *per se* de valor. Vale decir, los actos procesales de idéntica o similar naturaleza o de contenido incompatible entre sí en ambos expedientes son los que no pueden coexistir, pero no puede extenderse la nulidad a actos procesales que no se encuentren en tal situación de incompatibilidad o repetición. Dicha solución es la propugnada doctrinaria y jurisprudencialmente para la acumulación de procesos sucesorios: “*e) Importa añadir, asimismo, que si bien los procesos sucesorios de que se trate deben continuar tramitando conjuntamente, ello no implica restar validez a los actos cumplidos en el proceso acumulado*” (Palacio, op. cit., p. 364); “696.9.6. *Validez de los actos procesales de un proceso en otro. Si bien la propia ley exige que, por razones de orden procesal, la sucesión se tramite en un solo juicio, ello no significa que los actos válidamente realizados en el expediente sucesorio acumulado, carezcan de valor...*”. (FALCÓN, Enrique M., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Tomo IV, Abeledo-Perrot, p.484/485*); “*El hecho de que se dispusiera la acumulación de un expediente sucesorio a otro, no significa necesariamente que los actos realizados en el acumulado carezcan de valor*” (CNCiv, Sala B, octubre 27-969, Rey de Iglesias, Concepción D, suc., E.D. 32-352). Así, por ejemplo, no puede admitirse la coexistencia de dos sentencias declaratorias de herederos de contenido contradictorio o excluyente, una declarando la vocación hereditaria del cónyuge supérstite y los descendientes, y otra reconociendo tal calidad a los ascendientes o colaterales; o volviendo al caso en examen, una sentencia que reputa la herencia como vacante y designa un curador a la sucesión (fs.44), y otra que declara herederos al cónyuge supérstite y a los hijos (fs.31). Luego, necesariamente una resolución



es válida y otra no, y no podemos hesitar, amén de lo ya expuesto anteriormente, que la sentencia que declara herederos al cónyuge sobreviviente y a los descendientes es la que debe prevalecer, puesto que la reputación de vacancia de una herencia dispuesta en el sucesorio impugnado reconoce como presupuesto sustancial la inexistencia o la no presentación de herederos al juicio sucesorio en el plazo determinado por las leyes procesales o la repudiación de la herencia, lo cual no es el caso, puesto que existen herederos que se han presentado al llamado sucesorio. Sin embargo, y pese a todo lo hasta aquí expuesto, se debe examinar la relevancia de esta decisión en relación con la otra cuestión implicada en esta litis, el nombramiento de escribano para formalizar la transferencia del inmueble individualizado como Finca N°1026 del Distrito de Itaguá dispuesto por proveído del 31 de marzo de 2003 (fs.63, juicio sucesorio impugnado), y la Escritura Pública N° 94 del 17 de septiembre de 2004, pasada ante la Esc. Pública María Basilia Gauto Galeano (fs. 37/46, autos principales), por la cual el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de Primer Turno en representación de la causante transfirió el inmueble en cuestión a la Dra. Deidamia Asteria Martínez. Estos decisorios y actos no son contradictorios con el auto de adjudicación dispuesto en el juicio sucesorio tramitado en San Lorenzo (fs. 43) y, en consecuencia, no pueden estar fulminados con la sanción nulitiva. En efecto, recordemos que el juicio sucesorio impugnado fue iniciado por la Sra. Deidamia A. Martínez en su carácter de adjudicataria en subasta pública del inmueble individualizado como Finca N° 1026 del Distrito de Itaguá en los autos “Deidamia A. Martínez c/ Julián Fernández y otros s/ cobro de guaraníes”. Dicho remate judicial realizado el 16 de febrero de 1995, fue aprobado por A.I. N° 1702 del 20 de octubre de 1997 (fs. 97), esto es, el acto de disposición forzosa que importa la venta en pública subasta se efectuó antes del fallecimiento de la Sra. Constancia Mora de Fernández acaecido el 24 de mayo de 1996. Se advierte que el único trámite pendiente, y que motivo la promoción del juicio sucesorio de la Sra. Constancia Mora de Fernández, era la escrituración del inmueble adjudicado a favor de la Sra. Deidamia A. Martínez, y que dicha adjudicación dispuesta en el marco del juicio ejecutivo (fs. 97), es anterior a la adjudicación de la Finca N° 1.026 del Distrito de Itaguá a favor de los herederos resuelta en el juicio sucesorio tramitado en San Lorenzo por A.I. N° 560 del 26 de agosto de 1999 (fs. 43). Luego, el nombramiento de escribano para formalizar la transferencia de la Finca N° 1.026 del Distrito de Itaguá y la escritura traslativa de dominio, no es

sino un acto de cumplimiento de decisorios firmes y válidos, y en nada se oponen a la adjudicación dispuesta en el juicio sucesorio tramitado en San Lorenzo. Por el contrario, al ser la adjudicación del inmueble en el marco del juicio ejecutivo anterior al auto de adjudicación a favor de los herederos, es obvio que es éste último acto el incompatible con aquél, y no a la inversa; por la sencilla razón de que merced a la adjudicación en el remate del juicio ejecutivo el bien adjudicado ya habría salido del patrimonio de la causante. Y recordemos que el ahora demandante no puede tener el estatus de tercero y la protección que ello conlleva, pues al ser heredero, continuará la personalidad jurídica de su causante y los actos hechos por ella o aplicados a ésta le son oponibles.

Por lo demás, es bien sabido que sólo una vez liquidado el pasivo, esto es, pagados los acreedores, los bienes excedentes –si existieren– pertenecen a los herederos a los efectos de la partición (arts. 2479 y 2529 del Cód. Civ.). Entonces, mal podría adjudicarse a los herederos los bienes relictos y, en especial, el inmueble individualizado como Finca N° 1.026 del Distrito de Itaguá, antes de que la acreedora y adjudicataria, con derecho “a” dicho inmueble, sea satisfecha en su acreencia y se cumplan los decisorios firmes que le reconocen tal carácter.

En virtud de las consideraciones apuntadas, corresponde modificar la sentencia apelada y, en consecuencia, declarar la invalidez y la carencia de virtualidad jurídica de las actuaciones y consiguientes resoluciones judiciales recaídas en los autos “Reconst. del expte. C. M. de F.s/ sucesión”, salvo el nombramiento de escribano para formalizar la transferencia del inmueble individualizado como Finca N° 1026 del Distrito de Itaguá dispuesto por proveído del 31 de marzo de 2003 (fs. 63), y la Escritura Pública N° 94 del 17 de septiembre de 2004, pasada ante la Esc. Pública María Basilia Gauto Galeano (fs. 37/46, autos principales), por la cual el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de Primer Turno en representación de la causante transfirió el inmueble en cuestión a la Dra. Deidamia Asteria Martínez.

En cuanto a las costas, corresponde imponerlas por su orden, en ambas instancias, no solo por haber merecido la cuestión una interpretación sustanciosa, sino porque con la apertura de un segundo sucesorio, fuera del margen de la competencia, realizada por la demandada, la cuestión ha derivado en una controversia y verdadero galimatías procesal.

A su turno el Dr. Martínez Prieto, dijo: Que adhiere su voto a la opinión de la Magistrada que antecede, con sus mismos fundamentos.

Con lo que terminó el acto, firmando los Sres. Miembros de conformidad y quedando acordada la sentencia que sigue a continuación, todo por ante mí, de lo que certifico.

VISTO: El mérito que ofrece el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala,

RESUELVE: Declarar desierto el recurso de nulidad. Modificar la sentencia apelada y en consecuencia declarar la invalidez y carencia de virtualidad jurídica de las actuaciones y de las resoluciones judiciales recaídas en los autos “Reconst. del expte. C. M. de F. s/ sucesión”, salvo el proveído del 31 de marzo de 2003 (fs. 63), y la Escritura Pública N° 94 del 17 de septiembre de 2004, pasada ante la Esc. Pública María Basilia Gauto Galeano, por la cual el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de Primer Turno en representación de la causante transfirió el inmueble individualizado como Finca N° 1026 del Distrito de Itaguá a la Dra. Deidamia Asteria Martínez, por los fundamentos vertidos en el exordio de la presente resolución. Imponer las costas por su orden. Anótese, regístrese, y remítase copia a la Excma. Corte suprema de Justicia.

Magistrados: María Mercedes Buongermini Palumbo, Arnaldo Martínez Prieto, Neri E. Villalba Fernández.

Ante mí: Pablo Constantini, Actuario.

\* \* \*

## **ACUERDO Y SENTENCIA N° 82**

### **EXCEPCIÓN DE PAGO.**

Los requisitos que deben reunir los documentos para ser instrumentados hábiles para demostrar el pago, a los efectos de la procedencia de la excepción de pago, son que el documento presentado debe emanar del ejecutante, referirse expresa e inequívocamente a la obligación demandada y debe ser de fecha posterior a la misma. Así también lo establece el art. 571 del Cód. Civ.

### **EXCEPCIÓN DE PAGO.**

Los recibos presentados como instrumentales para demostrar el pago no hacen referencia alguna a la obligación reclamada ni al documento que se ejecuta, simplemente se consigna “a cuenta de mayor cantidad”, por lo que no pueden ser atribuidos a los trabajos profesionales del abogado realizados en los

autos principales. En consecuencia, no pueden ser considerados como documentos idóneos para sustentar la excepción de pago.

TApel. En lo Civ. y Com. Tercera Sala. 24-08-10. “RHP del abogado Vidal G. Prieto Sánchez en los autos: J. L. V. C. s. Sucesión” (Ac. y Sent. N° 82).

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes;

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?.

En su caso, ¿se dictó conforme a Derecho?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: Martínez Prieto, Buongermini Palumbo y Villalba Fernández.

A la primera cuestion planteada el Dr. Arnaldo Martínez Prieto, dijo: El recurrente no fundamentó el recurso de nulidad interpuesto. Por consiguiente, y al no advertirse vicios o defectos que autoricen a declarar la nulidad de las resoluciones recurridas de oficio, el mismo debe ser declarado desierto.

A sus turnos los Dres. Buongermini Palumbo y Villalba Fernández manifestaron que votan en igual sentido.

A la segunda cuestion planteada el Dr. Arnaldo Martínez Prieto prosiguió diciendo: Por la sentencia apelada N° 735 de fecha 13 de octubre de 2009 el *a quo* resolvió: “I.-) Hacer Lugar, parcialmente, a la excepción de pago documentado opuesta y, en consecuencia, imputar la suma de Guaraníes siete millones, quinientos mil (G. 7.500.000) en concepto de amortización del capital reclamado. II.-) Llevar adelante la ejecución promovida por el abogado Vidal G. Prieto Sánchez contra el señor S.M.M., hasta la suma de guaraníes diez millones (g. 10.000.000) más intereses, costos y costas del juicio, y la de Guaraníes Un millón setecientos cincuenta mil (G. 1.750.000), en concepto de Impuesto al Valor Agregado. III.-) Imponer las costas de esta ejecución en la forma siguiente: a) 57% al señor S. M. M.; y b) 43% al abogado Sabino Martínez Mendoza. IV.-) Anotar...” (sic.) (fs. 35 vlt./36).

De dicha sentencia recurre la parte demandada y presenta su escrito de expresión de agravios, que obra a fs. 43. Arguye que el inferior funda erróneamente el fallo al manifestar que el ejecutante solamente reconoce parcialmente los documentos presentados como si fuese un requisito para la validez de los mismos. Sostiene que quien debería probar en forma fehaciente que los documentos presentados no avalan el pago de los honorarios, es el profesional que

expidió los recibos y no quien abonó la suma establecida en él. Manifiesta que el profesional no ha negado su firma ni ha redarguido de falso el contenido de los recibos. Finalmente solicita se revoque la sentencia con costas.

La parte actora contesta dichos agravios en su escrito obrante a fs. 44. Manifiesta que los recibos deben expresar en que conceptos fueron expedidos y a qué obligación refieren de tal forma que puedan ser imputados a la obligación reclamada. Sostiene que su parte reconoció los recibos que hacían expresa mención al juicio sucesorio en el que realizó los trabajos y que los demás recibos, si bien fueron expedidos por su parte, son respecto de otros trabajos realizados a favor del demandado. Arguye que el inferior ha aplicado correctamente las normas del Cód. Civ. Por todo ello solicita se confirme la resolución recurrida con costas.

En autos se discute la procedencia de la excepción de pago total opuesta al progreso de la presente ejecución de sentencia por la parte demandada.

En cuanto a la excepción de pago, este Tribunal se ha pronunciado en forma reiterada en relación con los requisitos que deben reunir los documentos para ser instrumentos hábiles en orden de demostrar el pago. En ese sentido, el documento presentado debe emanar del ejecutante, referirse expresa e inequívocamente a la obligación demandada y debe ser de fecha posterior a la misma. Así también lo establece el art. 571 del Cód. Civ.

De las constancias de autos se advierte que el ejecutante reclama el pago de la suma de G. 17.500.000 (diecisiete millones quinientos mil guaraníes) más la suma de G. 1.750.000 (un millón setecientos cincuenta mil guaraníes, provenientes del A.I. N° 235 de fecha 07 de marzo de 2007 que justipreció sus honorarios profesionales por los trabajos realizados en el juicio: “José Lino Vega s/ sucesión”).

Por su parte, la demandada opone una excepción de pago total documentado, adjuntando a su defensa las instrumentales de fs. 12/24 consistentes en trece recibos de dinero que totalizan la suma de G. 20.050.000 (veinte millones cincuenta mil guaraníes).

Ahora bien, de las instrumentales presentadas la parte actora ha reconocido las de fs. 15, 21 y 23, por lo que el conflicto se reduce a los pagos contenidos en las demás instrumentales que son las que aquí se estudiarán.

Al respecto, debemos decir que no todos los recibos presentados reúnen los requisitos necesarios, pues se refieren —en su mayoría— solo genéricamente a la clase de obligación requerida y no se refieren en forma expresa e inequívoca a

las obligaciones concretas demandadas. En tal sentido, debe recordarse que tratándose de la ejecución de esta clase de títulos –sentencia–, la pretensión se asienta en el propio título, que es consustancial con el derecho. Entre dichas instrumentales, deben citarse los recibos de fs. 12, 13, 17 y 24, los cuales no hacen referencia alguna a la obligación reclamada ni al documento que se ejecuta, simplemente se consigna “a cuenta de mayor cantidad”, por lo que no pueden ser atribuidos a los trabajos profesionales del abogado realizados en los autos principales. En consecuencia, no pueden ser considerados como documentos idóneos para sustentar la excepción opuesta.

Luego, en cuanto a los recibos de fs. 14, 16, 22, 18, 19 y 20 los mismos solamente refieren a trabajos judiciales realizados, pero no especifica en qué juicio. No podemos presumir que los trabajos a que estos recibos refieren sean en los autos principales, ya que siendo el librador un abogado, pudo haber intervenido en otras causas donde también era parte el aquí demandado, por lo que al no especificar a qué juicio se refieren los recibos, no podemos imputar dichos pagos al presente.

De lo dicho se desprende que solamente se pueden tener en cuenta los recibos reconocidos por el profesional ya que los demás no hacen una referencia expresa a la obligación que se reclama en el presente juicio, por lo que corresponde confirmar la sentencia recurrida.

En cuanto a las costas corresponde su imposición a la parte perdedora, de conformidad con lo establecido en el art. 203 del Cód. Proc. Civ.

A sus turnos los Dres. Buongermini Palumbo y Villalba Fernández, manifestaron que votan en idéntico sentido.

Con lo que terminó el acto, firmando los Sres. Miembros de conformidad y quedando acordada la sentencia que sigue a continuación, todo por ante mí, de lo que certifico.

VISTO: El mérito que ofrece el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala,

RESUELVE: Declarar desierto el recurso de nulidad. Confirmar la sentencia apelada. Imponer las costas a la perdedora.

Anótese, regístrese, y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: María Mercedes Buongermini Palumbo, Arnaldo Martínez Prieto, Neri E. Villalba Fernández.

Ante mí: Pablo Constantini, Actuario.

\* \* \*

## **ACUERDO Y SENTENCIA Nº 92**

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

Los supuestos para procedencia de la demanda por indemnización son: debe existir una conducta antijurídica, una imputabilidad dolosa o culposa del hecho dañoso en el agente del mismo –salvo los supuestos de responsabilidad objetiva– un daño cierto y un nexo causal entre el hecho antijurídico y el daño.

#### **DENUNCIA. Denuncia falsa.**

La nueva ley penal contiene disposiciones relativas a la denuncia falsa y a la calumnia, así como a la difamación y a la injuria. Define como conducta antijurídica, en el primer supuesto la atribución a otro, ante la autoridad, de haber realizado un hecho antijurídico o violado un deber proveniente de un cargo público, a sabiendas de su falsedad; y en los restantes, la afirmación o divulgación ante un tercero, de hechos capaces de lesionar el honor de una persona, ya sea en contra de la verdad o no. Asimismo tipifica de ilícito a la simple atribución de un hecho capaz de lesionar el honor o la expresión de juicio de valor negativo.

### **DAÑOS Y PERJUICIOS. Daños y perjuicios resultantes del hecho ilícito.**

Mientras que en el ilícito penal la tipicidad del hecho juega un papel preponderante y el dolo es parte de esa tipicidad –excepcionalmente la culpa– en el ilícito civil la conducta antijurídica no necesita enmarcarse en el estrecho marco de una tipificación, puede resultar de una combinación de conductas prohibidas que solas o aisladas no bastan para configurar un ilícito penal; vale decir, es suficiente que el acto contravenga de algún modo el orden normativo visto o concebido en su totalidad. Otra distinción aún mucho más importante, es que el ilícito civil no exige dolo como parte de su definición de lo antijurídico, sino que el dolo o la culpa son solo factores de atribución de responsabilidad, los cuales incluso pueden estar completamente ausentes en los casos de responsabilidad objetiva previstos en la ley.

#### **DENUNCIA.**

El mero hecho de denunciar o incluso querellar no es generador de responsabilidad civil. Con esto estamos de acuerdo, por la buena razón de que entonces

nadie se animaría a incoar denuncias. La acción de denunciar constituye en principio el ejercicio de un derecho o de una facultad lícita, reconocida por la ley, en incluso, en determinadas hipótesis previstas en la ley configura una verdadera obligación (cfr. art. 286 del Cód. Proc. Penal). Empero, bajo ciertas condiciones puede llevar a situaciones en las que configura un antijurídico. La intencionalidad del agente, con la que se hace la denuncia es aquí determinante.

**DEBERES DE LAS PARTES EN EL PROCESO. Ejercicio abusivo del derecho.**

El ejercicio abusivo de los derechos se configura como un acto ilícito específico: se trata de un acto ilícito abusivo que a diferencia del acto ilícito común –en el cual la norma legal es transgredida francamente– implica una violación solapada del ordenamiento jurídico.

**DENUNCIA.**

La denuncia entendida como modo de poner a conocimiento de la autoridad pública competente, sea jurisdiccional o administrativa, ciertos hechos contrarios a Derecho –hechos punibles o ilícitos en general– que de ser ciertos ameriten una sanción, y su atribución falsa a una persona determinada, es una conducta antijurídica. También lo es la denuncia que sin atribuir la comisión de ilícitos penales o faltas, por su contenido, es susceptible de lesionar el honor de una persona.

**ABSOLUCION DEL ACUSADO. DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad civil.**

La absolución del denunciado o la desestimación de la denuncia o querrela no puede generar *per se* responsabilidad civil en cabeza del denunciante, porque nuestro sistema de responsabilidad civil en su órbita subjetiva requiere un juicio de valor o reproche sobre la conducta del agente, esto es, la atribución de dolo o culpa en su conducta, conforme con lo dispuesto en el art. 1834 inc “c” del Cód. Civil.

**IMPUTABILIDAD.**

La imputabilidad subjetiva, bien sabemos que ella puede ser dolosa o culposa. Es dolosa en los ilícitos civiles cuando hay intención de provocar el daño y es culposa cuando sin mediar esta intención existe por lo menos negligencia, imprudencia o impericia.

**CULPA.**

Los criterios de apreciación de culpa deben ser civiles y no penales, y por ende más latos. La determinación de responsabilidad civil requiere la mera



omisión de las diligencias correspondiente a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar, conforme lo previene el art. 421 del Cód. Civil. Por ende, el juez civil puede apreciar las vicisitudes del proceso penal desde la óptica que la ley civil le impone, para determinar la negligencia o imprudencia –civilmente considerada, reiteramos– de la denuncia

**DIFAMACION. Honor.**

Tratándose de la difamación, la tipificación del delito no requiere que el agente haya obrado a sabiendas de la falsedad de la atribución de un hecho capaz de desmeritar el honor, basta que exista la divulgación –y en algunos supuestos que el hecho no sea susceptible de prueba– para configurar el ilícito, independientemente de la intención dolosa del agente respecto de la verdad o falsedad de la acusación, e incluso independientemente de una imputación de culpa.

**DOLO.**

El dolo se aplica al querer la divulgación y también al querer el daño a la reputación del otro, dejando a cargo del agente la verdad del hecho, que resulta indiferente, salvo en ciertos supuestos especiales, como ser el caso de quien por sus funciones tiene el deber de averiguación o se trate de la razonable defensa a intereses públicos o privados.

**DENUNCIA.**

La intención de dañar, nunca ha sido en nuestro sistema civil requisito ineludible de resarcimiento, por lo que la mera culpa ya haría generar la responsabilidad. Es por ello que la acción de denunciar, si bien constituye el ejercicio de un derecho o de una facultad lícita, reconocida por la ley, puede llevar a situaciones en las que debe también apreciarse la intención con la que se hace y aún la simple temeridad de ella.

**TEMERIDAD.**

Tratándose de afirmaciones de hechos capaces de lesionar el honor, que se hacen a través de denuncias, la negligencia y la imprudencia suelen aparecer bajo la forma de la temeridad. La cuestión está así en establecer si en la denuncia efectuada por los demandados contra el actor existió temeridad. La temeridad se da cuando el sujeto obra contrariamente al razonable obrar ordinario, o cuando no ha tenido en cuenta todas las circunstancias y los factores que debía considerar en su accionar. Además para que dicha temeridad quede configurada la denuncia que la contiene debe ser desestimada, pues si se la acoge tal temeridad desaparece.

**DAÑOS Y PERJUICIOS. Exoneración de responsabilidad.**

Al hallarse ausente el factor subjetivo de atribución de responsabilidad, esto es, la temeridad y, en consecuencia, también la antijuricidad de la conducta, la pretensión indemnizatoria no puede prosperar.

TApel. En lo Civ. y Com. Tercera Sala. 17-09-10. “Luis Barrientos Isanardi c. Estado Paraguayo y otros s. Indemnización de Daños y Perjuicios” (Ac. y Sent. N° 92).

**CUESTIONES:**

¿Es nula la sentencia apelada?.

En su caso, ¿se dictó conforme a Derecho?.

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: Martínez Prieto, Buongermini P., y Villalba Fernández.

A la primera cuestión planteada el Dr. Martínez Prieto dijo: El recurrente desiste expresamente del recurso de nulidad por él interpuesto. Por consiguiente, y al no advertirse vicios o defectos que autoricen a declarar la nulidad de la resolución recurrida de oficio, el mismo tenerse por desistido.

A sus turnos los Dres. Buongermini y Villalba Fernández, manifestaron que votan en el mismo sentido.

A la segunda cuestión planteada, el Dr. Martínez Prieto dijo prosiguió diciendo: Por la sentencia apelada N° 396 de fecha 20 de junio de 2.008 el a quo resolvió: “1) Hacer Lugar, a las excepciones de falta de acción opuestas por los codemandados Sr. Niceto Coronel Velásquez y la firma “Transtur S.R.L.” 2) no hacer lugar, con costas, a la demanda de indemnización de daños y perjuicios, promovida en autos por el Sr. Luis Alberto Barrientos Isnardi contra el Estado Paraguayo, Niceto Coronel Velásquez y la firma “Transtur S.R.L.” 3) Anotar...” (fs. 563 vlt.).

De dicha sentencia recurre el abogado de la parte actora y presenta su escrito de expresión de agravios, que obra a fs. 574/578. Manifiesta que su parte se siente agraviada en razón de que en la resolución recurrida la inferior invocó supuestos presupuestos de manera a ser factible la indemnización, para de esa forma hacer lugar a la excepción de falta de acción, que desde el punto de vista técnico no tiene sustento jurídico válido. Dice que el sumario administrativo fue dispuesto con posterioridad al inicio del proceso penal, lo que evidencia que el responsable de la subsecretaría de tributación, no se dignó a iniciar primeramente sumario administrativo a los funcionarios denunciados, a los efectos de

deslindar responsabilidades. Dice además que su instituyente fue injustamente denunciado e involucrado en un hecho que no cometió, motivo por el cual, quienes hicieron dicha denuncia son directamente responsables de la injusticia cometida, por lo que la relación procesal entre las partes que legitimada. Sostiene que la falta de acción existe, ya que conforme con la doctrina, se encuentra dada la relación entre el individuo perjudicado injustamente y sus denunciantes, ya que los mismos asumieron denuncias falsas, hecho que amerita que igualmente asuman sus actos e indemnicen al injustamente acusado. En tales términos solicita la revocación de la sentencia apelada.

Corrido traslado a la parte adversa, la misma contesta en los términos del escrito de fs. 582/583. Sostiene que al tiempo de ocurrir el hecho no existía ninguna obligación legal de instituir previamente un sumario a nivel administrativo ante la comisión de un hecho de índole delictual. Dice que, como lo expresó la inferior, la obligación primaria de su representado, el Dr. Niceto Coronel, en ese entonces secretario de tributación de Ministerio de Hacienda, era la de formular la denuncia tal cual se establecía en los arts. 99, 110 y 114 del anterior Código Procesal Penal, que estaba vigente al tiempo en que se sustanció el procesal penal contra el actor de esta demanda. Manifiesta que una vez realizada la denuncia, su mandante perdió toda jurisdicción e incluso competencia sobre el hecho, por lo que no se le puede atribuir ninguna responsabilidad por el accionar de la policía y mucho menos por las publicaciones periodísticas que se suscitaron en su consecuencia. Igualmente señala que la falta de acción ha sido valorada correctamente en el sentido de que se probó a través del reconocimiento que realizó el Sr. Luis A. Barrientos en su absolución de posiciones, ya que el mismo afirmó concretamente que la actuación del Dr. Niceto Coronel fue a raíz de la denuncia realizada por la Sra. Gladys Visconte. En estos términos solicita la confirmación de la sentencia apelada.

La cuestión planteada en alzada consiste en una demanda de daños y perjuicios originados en un supuesto antijurídico civil proveniente de una denuncia formal realizada contra un funcionario público que derivó a la postre en una investigación penal.

En primer término debemos recordar brevemente los supuestos de procedencia de la demanda por indemnización. Es decir, debe existir una conducta antijurídica, una imputabilidad dolosa o culposa del hecho dañoso en el agente del mismo—salvo los supuestos de responsabilidad objetiva—un daño cierto y un nexo causal entre el hecho antijurídico y el daño.

Las acciones de indemnización por daños derivados de denuncias realizadas ante la autoridad u órganos competentes para recibirlas, para ser procedentes, deben configurar también los supuestos de indemnización previstos por nuestro ordenamiento. Se debe, pues, analizar la concurrencia de los requisitos exigidos a tal efecto.

Respecto de la antijuridicidad del hecho, ya hemos dicho en anteriores oportunidades que esta cuestiones de esta naturaleza tienen que estudiarse no solo a la luz de las disposiciones del Código Civil, sino también atendiendo al concepto de ilicitud, y por ende de antijuridicidad, contenido en el Código Penal.

Se trata aquí de una denuncia penal por virtud de la cual se ha atribuido judicialmente al hoy demandante la comisión de un delito, a saber: cohecho pasivo agravado; conforme se aprecia de las constancias del expediente penal “Eusebio Retamozo Gonzalez, Luis Antonio Castillo Espinola y Luis Alberto Barrientos Isnardi s/ cohecho pasivo agravado” que se encuentra agregado a estos autos.

La nueva ley penal contiene disposiciones relativas a la denuncia falsa y a la calumnia, así como a la difamación y a la injuria. Define como conducta antijurídica, en el primer supuesto la atribución a otro, ante la autoridad, de haber realizado un hecho antijurídico o violado un deber proveniente de un cargo público, a sabiendas de su falsedad; y en los restantes, la afirmación o divulgación ante un tercero, de hechos capaces de lesionar el honor de una persona, ya sea en contra de la verdad o no. Asimismo tipifica de ilícito a la simple atribución de un hecho capaz de lesionar el honor o la expresión de juicio de valor negativo.

Ahora bien, mientras que en el ilícito penal la tipicidad del hecho juega un papel preponderante y el dolo es parte de esa tipicidad –excepcionalmente la culpa– en el ilícito civil la conducta antijurídica no necesita enmarcarse en el estrecho marco de una tipificación, puede resultar de una combinación de conductas prohibidas que solas o aisladas no bastan para configurar un ilícito penal; vale decir, es suficiente que el acto contravenga de algún modo el orden normativo visto o concebido en su totalidad. Otra distinción aún mucho más importante, es que el ilícito civil no exige dolo como parte de su definición de lo antijurídico, sino que el dolo o la culpa son solo factores de atribución de responsabilidad, los cuales incluso pueden estar completamente ausentes en los casos de responsabilidad objetiva previstos en la ley.

El mero hecho de denunciar o incluso querellar no es generador de responsabilidad civil. Con esto estamos de acuerdo, por la buena razón de que entonces nadie se animaría a incoar denuncias. La acción de denunciar constituye en principio el ejercicio de un derecho o de una facultad lícita, reconocida por la ley, en incluso, en determinadas hipótesis previstas en la ley configura una verdadera obligación (cfr. art. 286 del Cód. Proc. Penal). Empero, bajo ciertas condiciones puede llevar a situaciones en las que configura un antijurídico. La intencionalidad del agente, con la que se hace la denuncia es aquí determinante. En este contexto no debemos olvidar que la intencionalidad, para el ámbito civil, involucra tanto el dolo como la culpa –y aún la simple temeridad–. Es decir, lo que en principio puede ser un acto perfectamente lícito –y por ende excluir su antijuridicidad– puede volverse un antijurídico civil si hay excedencia en el ejercicio del derecho involucrado, en otras palabras, abuso del derecho. En efecto, el ejercicio abusivo de los derechos se configura como un acto ilícito específico: se trata de un acto ilícito abusivo que a diferencia del acto ilícito común –en el cual la norma legal es transgredida francamente– implica una violación solapada del ordenamiento jurídico (Atilio Anibal Alterini – Oscar José Ameal – Roberto M. López Cabana, *Derecho de las Obligaciones*, Rempresión, Abeledo-Perrot, p.719/720). En esta forma de antijuridicidad civil la intención, el elemento subjetivo volitivo, es también factor constitutivo de lo ilícito, aproximándose de este modo –en su configuración– a la trasgresión o inconducta penal, que siempre o casi siempre integra en su definición el elemento intencional. Existe jurisprudencia que apoya este razonamiento: “...*La antijuridicidad, en el caso particular del delito de calumnias que se imputa a la emplazada, se encuentra íntimamente ligada al factor de atribución por lo que no cabe sino analizarlos en forma conjunta. Es que la denuncia de un hecho configurativo de un delito no sólo no es a priori antijurídica sino que es un derecho de todo ciudadano y, en algunos supuestos específicos, un deber; pero si el delito no existió y, además, el denunciante actuó con dolo o culpa, entonces la conducta se transforma en antijurídica. Determinada que fue la inexistencia del hecho materia de denuncia, cabe entonces analizar el aspecto subjetivo de la conducta de la denunciante para, según el resultado que arroje esa investigación, concluir o no en la existencia de antijuridicidad y, por lo tanto, de acto ilícito civil.*” (Cámara 1<sup>a</sup> de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, sala II, 19/09/2006, B., G.M. c. A., M.E., LLBA 2006, 1454).

Es por ello que resulta principal la determinación de la existencia de un factor de atribución de responsabilidad, que, a la vez que indique la imputabilidad defina también la antijuridicidad del hecho.

A la luz de las disposiciones legales reseñadas y los conceptos ensayados precedentemente, podemos arribar a una primera conclusión. La denuncia entendida como modo de poner a conocimiento de la autoridad pública competente, sea jurisdiccional o administrativa, ciertos hechos contrarios a Derecho –hechos punibles o ilícitos en general- que de ser ciertos ameriten una sanción, y su atribución falsa a una persona determinada, es un conducta antijurídica. También lo es la denuncia que sin atribuir la comisión de ilícitos penales o faltas, por su contenido, es susceptible de lesionar el honor de una persona.

En síntesis, la atribución falsa de una conducta punible a un sujeto determinado, ya sea a través de una denuncia penal, administrativa u otro medio, constituye un antijurídico en nuestro derecho civil. También lo es la denuncia que por su contenido y sin atribuir una conducta punible tiene entidad suficiente para dañar el honor del afectado. Pero he aquí lo determinante, para configurar la ilicitud se requiere además, como vimos, la culpabilidad del agente: dolo o culpa.

Cuestión de relativa dificultad es establecer el presupuesto de la imputabilidad.

El primer paso es establecer qué factor de atribución de responsabilidad se aplica en estos casos, esto es, si el factor subjetivo –que es el ordinario y normal- o el factor objetivo. Aquí no debemos olvidar que la atribución objetiva de responsabilidad es de carácter excepcional y solo aplicable en los casos expresamente previstos en la ley, vgr. arts. 1.846 y 1.847 del Cód. Civ. a menos que se considere como actividad riesgosa –posición que no suscribimos- la denuncia no se inscribe en ninguno de los supuestos de la norma civil y por lo tanto es inaplicable. Al no poder aplicar un factor objetivo de responsabilidad solo queda determinar la atribución subjetiva. En este sentido el argumento y agravio principal de la actora según el cual “*si la sentencia es absolutoria, el acto es ilícito y los daños generados son resarcibles*” es equivocado, pues es importante remarcar que la absolución del denunciado o la desestimación de la denuncia o querrela no puede generar *per se* responsabilidad civil en cabeza del denunciante, porque –como vimos– nuestro sistema de responsabilidad civil en su órbita subjetiva requiere un juicio de valor o reproche sobre la conducta del agente,

esto es, la atribución de dolo o culpa en su conducta, conforme con lo dispuesto en el art. 1834 inc “c” del Cód. Civil. La doctrina y jurisprudencia dominante se inclina decididamente en este sentido: “...*Para que sea procedente un reclamo indemnizatorio por denuncia penal culposa deben concurrir, además del daño resarcible y de la relación de causalidad adecuada, dos elementos específicos: uno relativo a la finalización de la causa penal (absolución o sobreseimiento) y otro relativo al factor de atribución de responsabilidad (imprudencia, negligencia o precipitación en el denunciante). No caben dudas de que el proceso penal iniciado por la denuncia debe haber finalizado. Ello por cuanto, de no aguardarse la finalización del proceso penal, podría darse el absurdo de que se condene penalmente al imputado por el delito denunciado, al mismo tiempo que en sede civil se obligue al denunciante a pagar una indemnización por denuncia negligente. Por otra parte, sin la finalización del proceso penal le sería harto dificultoso al magistrado civil juzgar el elemento subjetivo, esto es, la culpa del denunciante.*”. (Aita Tagle, Fernando - Cornet, Santiago, Algunos aspectos sobre la responsabilidad civil por denuncia penal culposa: influencia del proceso penal, prueba de la culpa y pautas para la valoración y cuantificación del daño moral, LLC 2009 abril, 267); “...*Vale remarcar que la absolución del imputado no significa por sí sola que el querellante o denunciante vea comprometida su responsabilidad, debiendo probarse el elemento subjetivo al que hemos hecho referencia anteriormente...*”. (Pizarro, Ramón Daniel y Vallespinos, Carlos Gustavo, Instituciones de derecho civil, Obligaciones, Editorial Hammurabi, Tomo IV, p. 370.); “...*Finalmente, del mero rechazo de la denuncia no cabe, sin más, inferir su índole dolosa o culposa. Cabe examinar con prudencia sus términos y su fundamentación.*”. (Jorge Mosset Iturraspe – Miguel A. Piedecasas, Código Civil Comentado – Responsabilidad Civil., Rubinzal Culzoni Editores, pp.194/195); “...*El autor de falsa denuncia puede incurrir en responsabilidad civil cuando como consecuencia de su conducta resulte un daño a quien sea detenido o procesado por el hecho inexistente. Lo fundamental será que se reúnan los elementos del acto ilícito: dolo o culpa, daño, antijuridicidad de la conducta y relación de causalidad*”. (Parellada, Carlos Alberto, Responsabilidad emergente de la denuncia calumniosa o negligente, J.A.1979-III-692).

Descartado el hecho objetivo de atribución, se debe mirar a los factores subjetivos. En cuanto a la imputabilidad subjetiva, bien sabemos que ella puede ser dolosa o culposa. Es dolosa en los ilícitos civiles cuando hay intención de

provocar el daño y es culposa cuando sin mediar esta intención existe por lo menos negligencia, imprudencia o impericia. En casos como el presente, que involucra el ejercicio de una facultad, la de denunciar o imputar, no existe una posición jurisprudencial unívoca al respecto del factor de atribución y su definición. Tampoco lo es la de la doctrina. Es así como inclusive se discrepa respecto de si la acusación, denuncia o querrela calumniosa requieren el conocimiento de la inocencia del acusado, o la mera culpa o negligencia al efectuarse la imputación. Sin embargo, actualmente –y desde hace ya mucho tiempo– la tesis que propiciaba en estos casos la configuración del dolo para la procedencia de la indemnización de los daños se encuentra en franca retirada, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Además, de acuerdo con los principios generales, no es difícil inclinarse por la segunda de las soluciones, dado que, volviendo sobre lo expuesto más arriba, todo aquel que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro está obligado en general al resarcimiento del perjuicio, conforme con el art. 1833 del Cód. Civ. Ello, obviamente, explica la posición doctrinaria que se va delineando modernamente, en el sentido de que, al no haber norma legal que requiera expresamente el dolo, y sí por el contrario una que incluye el presupuesto culposo, no existe razón alguna para que el juez no aprecie tanto la culpa como la intención de dañar. (Bustamante Alsina, Jorge. Teoría General de la Responsabilidad Civil. 6ta. Ed, Buenos Aires, 1989. Pág. 310. LL 74-175). Obviamente, existe jurisprudencia, además de la ya reseñada, que avala lo sustentado. Así ha podido decirse que *“si bien el art. 1090 del Código Civil se refiere al delito de “acusación calumniosa”, a lo que supone ser en sede penal donde, al desestimarse la querrela, se califique de calumniosa la acusación; nada se opone a que la calificación se produzca por la justicia civil en aquellos casos en que la actuación de aquella jurisdicción en ese sentido no puede producirse, porque lo contrario llevaría a imponer a los jueces civiles la obligación de establecer una indemnización retaceada, no comprensiva del daño moral”* ED, 27-346; *“No cabe confundir la acusación calumniosa del art. 1.090 del C.C. que requiere de un factor subjetivo de atribución, esto es que el denunciante haya actuado con dolo, pero ello no puede interpretarse como enervante del principio general según el cual todo el que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a reparar el perjuicio, en virtud de lo dispuesto por el art. 1109 C.C. Basta entonces con que el denunciante haya actuado culposamente, si bien suele exigirse la existencia de una culpa grave o grosera (Conf. Belluscio y Zan-*



*noni, «Código Civil Comentado, t. V, ps. 258 y ss.». (Cámara 8ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, 02/12/2008, Filippi, Luis José y otro c. Hernández, Dardo Iván, LLC 2009 abril, 268); “Exceptuando aquellos casos en que la prejudicialidad de la sentencia penal sea impeditiva (arts. 1102 y 1103, Código Civil), el juez civil puede apreciar la “intención” dolosa en la figura del art. 1090 del Código Civil (“acusación calumniosa”); y, a fortiori, tendrá amplias facultades para hacerlo cuando se está frente al cuasidelito de “acusación culposa” (art. 1109 del mismo código- contactado con el art. 1090) que no se corresponde con delito criminal alguno (de donde no puede haber prejudicialidad)”. ED, 99-376.; “Pese al empleo del término ‘delito’ en los artículos 1089 y 1090, cabe admitir la atribución de responsabilidad por culpa en casos de acusación calumniosa, armonizando las normas específicas con los principios generales que rigen la responsabilidad por daños resultantes de hechos ilícitos (arts. 1109, 1066, 1067, 1071 segunda parte, 1078, 1089, 1090, 1099, Cód. Civil). E incurre en ella quien, al formular la denuncia en sede penal, lo hace en forma precipitada o carente de elementos objetivos.”. (CC0002 SM 48969 RSD-19-1 S 20-2-2001, Juez Cabanas (SD), Caratula: G.,J.C. c/ H.,M.A. s/ Daños, y perjuicios, MAG. Votantes: Cabanas-Mares-Occhiuzzi).*

Juzgándose la responsabilidad civil en base a criterios más elásticos, y en ausencia de norma que impida generar responsabilidad civil o imponga un criterio especial de valoración para casos como éste, no pueden aplicarse criterios más severos que los que el derecho privado establece para la existencia de culpabilidad. Los criterios de apreciación de culpa deben ser civiles y no penales, y por ende más latos. La determinación de responsabilidad civil requiere la mera omisión de las diligencias correspondiente a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar, conforme lo previene el art. 421 del Cód. Civil. Por ende, el juez civil puede apreciar las vicisitudes del proceso penal desde la óptica que la ley civil le impone, para determinar la negligencia o imprudencia –civilmente considerada, reiteramos– de la denuncia. A ello nos abocaremos de inmediato.

Así pues, debe ciertamente atenderse a las disposiciones de la ley penal vigente, pero son los factores de atribución –dolo o culpa– los que habrían de diferir en el ámbito civil respecto de la ley penal, para la cual es perseguible primordialmente el acto doloso. En efecto, en los ilícitos relativos al honor y la reputación de las personas, la ley penal requiere la conducta dolosa. Tal circuns-

tancia está expresamente mencionada y especialmente calificada en la calumnia y en la falsa denuncia; e implícitamente en los demás supuestos, dado que un hecho culposo sólo es punible en caso de que la ley expresamente lo determine. Esto es, la regla es la existencia del dolo, la culpa solo será parte del tipo penal cuando la ley expresamente lo disponga. Ahora bien, tratándose de la difamación, la tipificación del delito no requiere que el agente haya obrado a sabiendas de la falsedad de la atribución de un hecho capaz de desmeritar el honor, basta que exista la divulgación –y en algunos supuestos que el hecho no sea susceptible de prueba– para configurar el ilícito, independientemente de la intención dolosa del agente respecto de la verdad o falsedad de la acusación, e incluso independientemente de una imputación de culpa. Basta con que se quiera el obrar divulgatorio, sin que además se exija el querer mentir sobre la veracidad del hecho revelado. Así pues, en orden de juzgar el presente caso no debemos perder de vista que la propia ley penal actual ve como ilícito la simple divulgación de un hecho capaz de malograr la reputación independientemente de si el agente sabía o debía saber su falsedad. Es decir, el dolo se aplica al querer la divulgación y también al querer el daño a la reputación del otro, dejando a cargo del agente la verdad del hecho, que resulta indiferente, salvo en ciertos supuestos especiales, como ser el caso de quien por sus funciones tiene el deber de averiguación o se trate de la razonable defensa a intereses públicos o privados. Si la ley penal ve como punible un hecho con estas características, independientemente de la intención de falsear, más aún debe entenderse como ilícito civil la comisión de un hecho con mera negligencia en el obrar, aun sin mediar la intención falsaria. En cuanto a la intención de dañar, esta nunca ha sido en nuestro sistema civil requisito ineludible de resarcimiento, por lo que la mera culpa ya haría generar la responsabilidad. Es por ello que la acción de denunciar, si bien constituye el ejercicio de un derecho o de una facultad lícita, reconocida por la ley, puede llevar a situaciones en las que debe también apreciarse la intención con la que se hace y aún la simple temeridad de ella. Aún más, si tomáramos el presupuesto penal, descrito en el art. 151 del Código Penal, llegaríamos a la conclusión de que la atribución de un hecho disvalioso hecha respecto de una persona ante terceros constituye un acto riesgoso en sí mismo, pues su licitud y exoneración de punición no depende de la conciencia de su falsedad, ni tan siquiera de su temeridad –factores subjetivos de imputabilidad–, sino en ciertos casos –previstos en los núm. 3 y 4– del simple hecho objetivo de ser

susceptible de prueba, y de probarlo efectivamente. Entonces, será un ilícito penal aún cuando el sujeto ignorara que el hecho no era verdadero, o todavía más, si tenía dudas sobre si el hecho era o no cierto. No debemos olvidar que estamos aquí ante la divulgación de un hecho desmeritador para la honra, cuya ocurrencia puede darse a través de cualquier medio, inclusive a través de una simple denuncia.

Sin embargo, si bien el hecho podría tener entidad suficiente para configurar un antijurídico, debe además existir, como ya vimos, un factor de atribución subjetivo que cierre a la vez el requisito de ilicitud y de imputabilidad. En autos no se ha probado el dolo del demandado, pero –y como lo apuntáramos ya *ut supra*– debemos analizar también si no medió una conducta culposa por su parte. Y en este menester debemos ver si la conducta culposa se inscribe en una de las formas típicas que puede adoptar este factor de imputación, como ser la negligencia, la imprudencia o la impericia. Por las características del caso *sub examine* debemos descartar esta última; la imprudencia y la negligencia, no obstante deben ser consideradas. Tratándose de afirmaciones de hechos capaces de lesionar el honor, que se hacen a través de denuncias, la negligencia y la imprudencia suelen aparecer bajo la forma de la temeridad. La cuestión está así en establecer si en la denuncia efectuada por los demandados contra el Sr. Luis Barrientos existió temeridad. La temeridad se da cuando el sujeto obra contrariamente al razonable obrar ordinario, o cuando no ha tenido en cuenta todas las circunstancias y los factores que debía considerar en su accionar. Además para que dicha temeridad quede configurada la denuncia que la contiene debe ser desestimada, pues si se la acoge tal temeridad desaparece.

En orden, pues, de establecer la temeridad se deben examinar las constancias de la causa penal.

Del expediente “Eusebio Retamozo González, Luis Antonio Castillo Espínola y Luis Alberto Barrientos Isnardi s/ Cohecho Pasivo Agravado”, obrante en autos, surge que el proceso se inició como consecuencia de un operativo complejo llevado a cabo por la Policía Nacional, vista una denuncia realizada por los hoy demandados (fs. 2/7); el Juzgado en lo Criminal del Duodécimo Turno por A.I. de fecha 622 de fecha 9 de julio de 1999 dispuso, entre otras cosas, la instrucción del pertinente sumario en averiguación y comprobación de la conducta ilícita denunciada y la reclusión de la parte actora en la Penitenciaría Nacional; que luego por A.I. N° 688 de fecha 27 de julio de 1999 el Juzgado en lo Criminal del

Duodécimo Turno dispuso la aplicación de medidas alternativas de prisión preventiva al actor. Luego por A.I. N° 933 de fecha 7 de septiembre de 2000 el Juzgado Penal de Liquidación y Sentencia N° 5 dispuso decretar el sobreseimiento provisional de los imputados entre ellos el ahora actor de la presente demanda en virtud a lo establecido en el art. 144/99. Por A.I. N° 960 del 13 de diciembre de 2001 el Juzgado de Liquidación y Sentencia N° 5 finalmente dispuso sobreseer definitivamente al Sr. Luís Barrientos Isnardi.

Recordemos que el hecho punible atribuido al Sr. Luis Barrientos se origina en un operativo realizado por la Policía Nacional a los efectos de constatar la situación irregular denunciada por la Firma Transtur S.R.L. al Sr. Niceto Coronel Velásquez, Subsecretario de Estado de Tributación en ese momento, según se colige de las instrumentales obrantes a fs. 2/7. La situación irregular consistía en la supuesta “oferta” por parte del Sr. Barrientos a la Firma Transtur S.R.L. de llegar a un acuerdo extrainstitucional oneroso a los efectos de solucionar las supuestas faltas e infracciones fiscales encontradas dentro de la firma en cuestión -cohecho pasivo agravado-. Quizás sea reiterativo y esté por demás decir, por constituir una obviedad, que la referencia efectuada al hecho punible no es al efecto de la investigación de la configuración –o no– de la conducta imputada al actor a través de la querrela como hecho punible tipificado y sancionado por la ley penal, sino que reconoce como única finalidad la de contrastar o confrontar la conducta de la firma de los demandados en su actuar para establecer la existencia de temeridad en su proceder. En otros términos, para determinar si el accionar de los demandados, en base a los elementos con que contaba y las circunstancias que rodearon al caso, denota o no la existencia de culpa grave en la promoción de la denuncia criminal.

En otro orden de cosas, es menester destacar que para evaluar la existencia de temeridad o culpa grave en la conducta de los demandados, no puede perderse de vista que el art. 421 del Cód. Civil preceptúa que la omisión de la diligencia debe apreciarse en función a las circunstancias de personas, tiempo y lugar. En este orden de ideas, conviene precisar que no puede exigirse a los demandados una diligencia mayor a la exigida normal o comúnmente a las personas en general para la promoción de una querrela criminal. Y ello es así porque no existe criterio normativo o fáctico en el caso de marras que imponga un deber de diligencia más intensa que la exigida a la generalidad de las personas que intenten querrelas criminales, esto es, no se mide este actuar con un

criterio de atención a la profesionalidad u otra cualidad del agente, porque dicha profesionalidad o calidad no está dada en el mismo. Además, porque la imputación de un delito a una persona determinada a través de una querrela criminal se realiza –al menos en principio y ordinariamente– a los efectos de esclarecer los hechos que la motivan y, eventualmente, obtener una condena. Por otra parte y en el mismo sentido, debemos decir que ordinariamente cuando se presentan hechos que sean susceptibles de afectar determinados bienes jurídicos que el ordenamiento jurídico estima dignos de protección y que podrían ser considerados penalmente perseguibles, las personas, profanas en cuestiones jurídicas, antes de asumir una posición como la de querellante en un proceso penal buscan asesoramiento profesional a fin enmarcar jurídicamente la conducta objeto de reproche y sopesar las probabilidades de éxito de su pretensión en base a las circunstancias y elementos con los que se cuenta a disposición. A dicho motivo obedece el patrocinio obligatorio de abogado para promover querrelas –requisito no exigido para incoar denuncias–, previsto en el art. 73 concordante con el art. 291 inc. 1 del Cód. Proc. Penal.

Volviendo al examen de las constancias del expediente penal, y en lo atinente a las mismas, se colige que la acción penal se basó en que los denunciados habían intentando llegar a un acuerdo oneroso extrainstitucional con la firma Transtur S.R.L. a los efectos de subsanar cualquier y todas las irregularidades fiscales que dicha empresa pudiera llegar a tener dentro del marco de la auditoría fiscal realizada por los mismos. En otros términos, previo pago de un canon establecido por los denunciados las irregularidades fiscales y las multas aplicables al caso sería eliminadas de los archivos institucionales. Así las cosas se colige que efectivamente la parte afectada por la supuesta propuesta –firma Transtur S.R.L.– procedió a hacer la denuncia correspondiente al funcionario superior del Sr. Barrientos, el Sr. Niceto Coronel Velásquez, que ostentaba el cargo de Subsecretario de Estado de Tributación en dicho momento. El Sr. Coronel, funcionario público, dando cumplimiento a lo establecido en el art. 110 del Código Procesal Penal de 1890 vigente al momento de la denuncia –que establecía la obligación de denunciar cualquier delito del cual el mismo adquiriera conocimiento a los órganos policiales correspondientes– por medio de la nota obrante a fs. 6/7 formula una denuncia oficial al órgano policial a los efectos correspondientes.

Posteriormente, conforme se advierte de las constancias de autos y en especial de la nota N° 759 de fecha 5 de julio de 1999, en un operativo policial

complejo el ahora actor es arrestado por las fuerzas del orden público, con aparentes probanzas de gravedad, cuando el presunto arreglo extrainstitucional con la firma Transtur S.R.L. era llevado a cabo. Así y en virtud a estos hechos vemos como se genera la presente causa penal contra el Sr. Barrientos y otros.

Esta causa penal, finalmente, y previo los tramites pertinentes culminó con el sobreseimiento libre del Sr. Barrientos por tecnicismos propios del proceso, vale decir la prolongación del proceso pendiente de incidencia de impugnación de la prueba fundamental. Debemos recordar que el acto que inició el proceso penal fue tan solo una denuncia, no una querrela y el denunciante no tenía, en el sistema procesal penal anterior, facilidad para impulsar la instancia. Esta era competencia del juez inquisidor. Dicha resolución se encuentra aparentemente firme.

Si bien resultó que en definitiva la causa no finalizó en una condena, no puede predicarse que los aquí demandados incurrieron por dicho motivo en un comportamiento temerario o aventurado en la promoción de la denuncia, que es lo que interesa a los fines del resarcimiento de los daños en sede civil. En síntesis, en base a lo expuesto *supra* y a las constancias del expediente penal, se desprende que los demandados no obraron de manera irracional, sin razón o fundamento alguno, ni que ello lleve a demostrar culpa grave o temeridad en su conducta. De modo que al hallarse ausente el factor subjetivo de atribución de responsabilidad, esto es, la temeridad y, en consecuencia, como vimos *supra*, también la antijuricidad de la conducta, la pretensión indemnizatoria no puede prosperar.

Consecuentemente, la sentencia debe ser confirmada. Las costas en esta instancia deben ser soportadas por el recurrente, conforme a lo dispuesto en el art. 203 inc. "a" del Cód. Proc. Civ.

A sus turnos, los Dres. Buongermi y Villalba Fernández manifestaron que votan en el mismo sentido.

Con lo que terminó el acto, firmando los Sres. Miembros de conformidad y quedando acordada la sentencia que sigue a continuación, todo por ante mí, de lo que certifico.

VISTO: El mérito que ofrece el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala;

RESUELVE: Declarar desierto el recurso de nulidad.

Confirmar la sentencia apelada, de conformidad con los términos expuestos en el exordio de la presente resolución. Imponer las costas al recurrente.

Anótese, regístrese, y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: María Mercedes Buongermi Palumbo, Arnaldo Martínez Prieto, Neri E. Villalba Fernández.

Ante mí: Pablo Constantini, Actuario.

\* \* \*

### **AUTO INTERLOCUTORIO N° 187**

#### **REGULACION DE HONORARIOS. Base del cálculo para la regulación de honorarios.**

El monto reclamado en el juicio de reconocimiento de crédito, es la suma que debe ser tomada en cuenta como base del cálculo a los efectos de la regulación de los honorarios profesionales en esta instancia.

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

El quantum de la cuestión debatida está compuesto, así, tanto por las pretensiones desestimadas, como de las admitidas. La regulación de honorarios solo determina el precio o justiprecio de los mismos.

#### **RECURSO DE ACLARATORIA.**

Si el juez ha aplicado erróneamente una ley, la parte afectada antes de recurrir a los recursos de fondo como son los de nulidad y apelación, debe deducir previamente el recurso de aclaratoria para que el mismo juez de la causa, en caso de error exponga los fundamentos de la resolución dictada, o el criterio predominante que le indujo a resolver el caso de tal o cual forma sobre la cuestión planteada.

#### **RECURSO DE ACLARATORIA.**

El recurso de aclaratoria debe ser deducido en la misma instancia en que se cometió el error que se pretende subsanar.

#### **SEGUNDA INSTANCIA. Poderes del tribunal.**

Teniendo en cuenta que la norma del art. 420 del CPC es de orden público, su aplicación es obligatoria, por imperio del art. 9 del Código Civil, en el sentido que los actos jurídicos no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público, las buenas costumbres y no pueden ser modificados ni por acuerdo de partes.

TApel. Civ. y Com. Quinta Sala. 30-03-10. “Regulación de Honorarios Profesionales de los abogados Horacio A. Peroni y Fernando A. Peroni en los autos: “Banco de Inversiones del Paraguay S.A. BIPSA en Quiebra c. INCOL Inmobiliaria y Constructora SRL s/ Reconocimiento de crédito” (A.I. N° 187).

Asunción, 30 de marzo de 2010.

VISTOS: Los recursos de nulidad y apelación interpuestos por la abogada Sandra Enciso Garcete, en representación del Banco de Inversiones del Paraguay S.A. (en quiebra) contra el A.I. N° 1559 de fecha 21 de septiembre de 2009, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Sexto Turno de esta Capital; y,

CONSIDERANDO:

Opinión del Dr. Fremiort Ortiz Pierpaoli:

Nulidad: Sostiene la recurrente en apretada síntesis que el Interlocutorio recurrido es nulo, por la incongruencia que encierra sus conclusiones. El vicio citado, según su afirmación, se basa en que no existe concordancia y congruencia entre lo resuelto por la sentencia definitiva dictada en el juicio principal y la resolución en alzada, dado que, por la primera se rechazó el crédito cuyo reconocimiento fue reclamado por BIPSA en el juicio principal, consistente en la suma de Gs. 26.724.837.594, y sin embargo, para la regulación de honorarios se tomó como base el mismo monto del crédito rechazado para el cálculo de la regulación de los honorarios profesionales solicitados por los referidos profesionales.

Por su parte, los abogados Horacio A. Peroni y Fernando A. Peroni negaron que el fallo recurrido sea incongruente, y por lo tanto, que tampoco es nulo, porque los cálculos tenidos en cuenta por el A-Quo para regular los honorarios profesionales reclamados por los mismos, fueron realizados sobre el monto del juicio, tal como lo establece la Ley de Aranceles de Abogados y Procuradores, según los Arts. N° 21, 26, 32 y demás concordantes. Asimismo, señalan que este es el criterio predominante tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. En consecuencia, solicitan el rechazo del recurso de nulidad interpuesto, por improcedente.

Atento a las actuaciones de autos, así como a las alegaciones fácticas de una y otra parte, este Tribunal es de criterio que no se observan vicios ni defectos de carácter personal que hagan viable la declaración de nulidad de la resolución recurrida, por no hallarse cumplidos los presupuestos establecidos en el Art.



404 del Código Procesal Civil, que dispone los casos en que procede el recurso de nulidad, ya que éste solo procede “contra las resoluciones dictadas con violación de la forma o solemnidades que prescriben las leyes”. Así lo ha dispuesto la jurisprudencia constante y uniforme de nuestros tribunales en varios fallos, porque “de conformidad con lo dispuesto por el Art. 404 del C.P.C., las resoluciones son nulas por vicios de forma (Es decir, de estructura), o bien, por omisión o violación de las solemnidades prescriptas por las leyes” (Código Procesal Civil, con Repertorio de Jurisprudencia. Ricardo A. Pane. Página 267, N° 759), circunstancias no cumplidas en autos.

En estas condiciones, los presupuestos de viabilidad para decretar la nulidad del fallo recurrido, no se hallan acreditados en autos, razón por la que dicho recurso debe ser desestimado, por improcedente y máxime aún en cuanto que la apelante no establece cual debería ser el monto que el A-Quo tendría que considerar para el efecto. Por estas elementales normas de procedimiento, por más que el crédito reclamado en el juicio principal fue de Gs. 26.724.837.594, la demanda fue rechazada en primera instancia, luego que la parte accionada contestó la presente demanda, por dicha suma, quedándose trabada la litis en los términos de la suma citada en concepto de reconocimiento de crédito, suma que en cualquiera de los casos determina el monto del juicio.

Así lo han determinado numerosos fallos dictados por nuestros tribunales, como las siguientes: *“El monto reclamado en este juicio es la suma que debe ser tomada en cuenta como base de cálculo a los efectos de la regulación de los honorarios profesionales en esta instancia”*. (A.I. N° 448 del 23 de Julio de 2003 Tribunal Civil y Comercial - 3era. Sala). Asimismo se ha establecido que *“El Quantum de la cuestión debatida está compuesto, así, tanto por las pretensiones desestimadas, como de las admitidas. La regulación de honorarios solo determina el precio o justiprecio de los mismos”*. (A.I.N° 706 del 17 de Octubre de 2003 Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial 3ª Sala).

Por tanto, en base a las consideraciones que anteceden, el recurso de nulidad deducido debe ser desestimado, por improcedente.

Apelación: Agravia al apelante la resolución en alzada que resolvió “1°.- REGULAR los honorarios profesionales del Abogado Horacio A. Peroni en la suma de guaraníes un mil seiscientos setenta millones trescientos dos mil trescientos cincuenta (Gs. 1.670.302.350) por los trabajos realizados como Procurador en el juicio principal, más la suma de guaraníes ciento sesenta y siete

millones, treinta mil doscientos treinta y cinco (Gs. 167.030.235), en concepto de Impuesto al Valor Agregado. 2°.- REGULAR los honorarios profesionales del Abogado Fernando A. Peroni en la suma de Gs. tres mil trescientos cuarenta millones seiscientos cuatro mil setecientos (Gs. 3.340.604.700), por los trabajos realizados como patrocinante en el juicio principal, más la suma de Gs. trescientos treinta y cuatro millones, sesenta mil cuatrocientos setenta (gs. 334.060.470), en concepto de Impuesto al Valor Agregado.

Sostiene la apelante en su memorial de fs. 14 y sgtes. en la parte correspondiente al recurso de apelación que en la regulación de los honorarios profesionales de los Abogados Horacio y Fernando Peroni, en forma equivocada, el A-Quo "... señala que la regulación de honorarios de primera instancia, no pueden ser inferior al monto regulado en una Acción de Inconstitucionalidad, no existe disposición legal alguna en la Ley N° 1.376/88 que acredite lo manifestado por el Juez. Si bien es cierto que la Acción de Inconstitucionalidad se trata de un trámite mucho más corto, por tratarse única y exclusivamente de una presentación y del respectivo escrito de contestación. Tampoco es menos cierto que se trata de una acción independiente, donde nada más y nada menos se atacan resoluciones judiciales por considerarlas contrarias a la Constitución; y el escrito a presentarse para nada puede equipararse a una simple esquila, escuálida de fundamentos jurídicos, carente de una detallada y precisa exposición de los hechos y amparada de las documentaciones legales (Sic); por el contrario se trata de un escrito donde se despliega verdaderamente la labor intelectual del profesional donde se debe plasmar en forma precisa el derecho, garantía o principio infringido" y agrega seguidamente que "reitero nuevamente que se trata de una aplicación errónea de la ley, porque si bien es cierto...". Y termina solicitando de este Tribunal, la revocatoria de la resolución recurrida.

Como se puede apreciar, en el memorial presentado por la apelante, la misma manifiesta que el Juez Inferior para regular los honorarios en estudio, ha actuado en forma equivocada reiterando nuevamente que se basó en una aplicación errónea de la ley por parte del mismo.

Sobre estos antecedentes, este Tribunal y la jurisprudencia constante y uniforme de nuestros tribunales, ha venido sosteniendo en forma reiterada que la parte afectada en estos casos antes de recurrir a los recursos de fondo como son los de nulidad y apelación, debe deducir en forma previa el recurso de aclaratoria, para que el mismo juez de la causa, en caso de error exponga los

fundamentos de la resolución dictada, o el criterio predominante que le indujo a resolver el caso de tal o cual forma sobre la cuestión planteada en autos. Para el efecto, el Código Procesal Civil ha implementado en los Arts. 386 y 387, el recurso de aclaratoria. De este mismo criterio se ha hecho eco la jurisprudencia nacional al disponer en innumerables fallos que “El recurso de aclaratoria debe ser deducido en la misma instancia en que se cometió el error que se pretende subsanar”. (Revista Jurídica “La Ley”, pág. 244, N° 10, Tomo II). Los fallos más recientes sobre el tema han resuelto también que “los errores u omisiones cometidos en la sentencia por el Juez de Primera Instancia deben subsanarse por la vía del recurso de aclaratoria, en la misma instancia, no pudiendo cuestionarse en segunda instancia por medio del recurso de apelación”. (Código Procesal Civil, con Repertorio de Jurisprudencia, de Ricardo A. Pane , Pág. 257, N° 178). En nuestro caso, nos hallaríamos en presencia de un error de interpretación del Juzgado, como sostiene la apelante, por lo que debería haber sido subsanado a través del recurso de aclaratoria, porque “los errores u omisiones que las sentencias contengan, deben ser reparados por el recurso de aclaratoria, donde la alzada no puede pronunciarse sobre cuestiones no consideradas en la sentencia de primera instancia”. (Revista Jurídica “La Ley”, pág. 376, Tomo 1°).

Las jurisprudencias arriba citadas, tienen su fundamento jurídico en la disposición expresa del Código Procesal Civil, Art. 420, que al legislar sobre las atribuciones y poderes que tiene el tribunal dispone que: “El tribunal no podrá fallar sobre cuestiones no propuestas en primera instancia, ni tampoco sobre aquellas cuestiones que no hubiesen sido materia de recurso...”. En consecuencia, teniendo en cuenta que esta norma es de orden público, su aplicación es obligatoria, por imperio del Art. 9° del Código Civil, en el sentido que los actos jurídicos no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público, las buenas costumbres y no pueden ser modificados ni por acuerdos de las partes.

Estos fundamentos resultan suficientes para confirmar la resolución regulatoria dictada por el Juez Inferior, porque de las constancias de autos surgen que la Corte Suprema de Justicia tuvo en cuenta para regular los honorarios de los mismos profesionales en la Acción de Inconstitucionalidad, la suma reclamada por BIPSA, es decir, la cantidad de Gs. 26.724.837.594, rechazada en primera instancia y sobre el mismo aplicó el porcentaje del 10%, en la proporción establecida para ambos abogados en sus calidades de patrocinante y pro-

curador. En base a estos antecedentes el Juez de Primera Instancia al dictar el Interlocutorio de regulación de honorarios ahora recurrido, sostuvo que los trabajos realizados en el juicio principal fueron más largos, complejos y de mayor calidad jurídica que los que tramitara en la Acción de Inconstitucionalidad, por lo que estimó más pertinente y justo, criterio de los que discrepamos, por considerar un tanto elevado dichos porcentajes.

En efecto, atento a este criterio, el Magistrado Inferior reguló los honorarios de los profesionales citados, por trabajos realizados en Primera Instancia, aplicando los porcentajes de 12.25%, es decir, 2.25% más que la regulación realizada por la Corte en la Acción de Inconstitucionalidad, como Patrocinante, y la mitad, es decir, el 6.25% para el Procurador, cantidades que este Tribunal considera un poco elevadas, correspondiendo aplicar en el juicio principal, los porcentajes del 7.5% para el Abogado Patrocinante y el 50% de esta escala para el Abogado Procurador, es decir, 3.25% para este último.-

Opinión de los magistrados Linneo Ynsfrán Saldívar y Carmelo A. Castiglioni, manifestaron adherirse a la opinión del preopinante, por los mismos fundamentos.

Por tanto, atento a lo brevemente expuesto y de conformidad con las disposiciones de los Arts. 1º, 3º, 9º, 18, 21, 25, 26, 32 y 62, y demás concordantes de la Ley N° 1376/88, que establece el Arancel de Honorarios de Abogados y Procuradores, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Quinta Sala;

RESUELVE: 1º. Desestimar, el recurso de nulidad deducido en estos autos. 2º. Retasar, los honorarios profesionales del Abogado Fernando A. Peroni, por los trabajos realizados en el juicio principal en carácter de Abogado Patrocinante, dejándolo establecido en la suma de guaraníes dos mil cuatro millones, trescientos sesenta y dos mil ochocientos diez y nueve (Gs. 2.004.362.819), más la suma de guaraníes doscientos millones cuatrocientos treinta y seis mil doscientos ochenta y uno (Gs. 200.436.281), en concepto del Impuesto al Valor Agregado. 3º. Retasar los honorarios profesionales del Abogado Horacio A. Peroni por los trabajos realizados en el expediente principal en su carácter de abogado procurador, dejándolo establecido en la suma de guaraníes un mil dos millones ciento ochenta y un mil cuatrocientos nueve (Gs. 1.002.181.409), más la suma de guaraníes cien millones doscientos dieciocho mil, ciento cuarenta (Gs. 100.218.140), en concepto de Impuesto al Valor Agregado. 4º. Anótese, regístrese, notifíquese y remítase copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Dr. Carmelo A. Castiglioni, Dr. Linneo Ynsfrán Saldívar y Dr. Fremiort Ortiz Pierpali.

Ante mí: Abog. Federico Miller Tellechea. Actuario Judicial.

\* \* \*

### **AUTO INTERLOCUTORIO N° 202**

#### **INCIDENTE. Incidente de nulidad.**

Los incidentes de nulidad se promueven cuando las partes detectan que existe alguna irregularidad procesal. Obviamente estas son cuestiones accesorias al juicio pero relacionadas al juicio principal, y su interposición tiene un objetivo claro, cual es declarar nula determinadas actuaciones del órgano jurisdiccional por haberse actuado contrariamente a lo preceptuado por la ley procesal.

#### **NOTIFICACIÓN.**

Las notificaciones son actos procesales de comunicación, cuyo objetivo es poner en conocimiento de las partes, como a terceros, las resoluciones que son dictadas por los juzgados y Tribunales.

#### **NOTIFICACIÓN. Notificación por automática.**

Tenemos dos tipos de notificaciones, la automática y por cédula, quedando en el primer caso a cargo de los justiciables la obligación de concurrir al juzgado o tribunal para tomar conocimiento de las resoluciones que se dictan en los respectivos casos.

#### **NOTIFICACIÓN. Notificación por automática.**

Analizado el fallo dictado en la instancia inferior donde el juzgador no dispuso en la parte resolutive la notificación por cédula y al no indicar expresamente que el Auto Interlocutorio debió notificarse por cédula, indica que la resolución no fue considerada como que tiene fuerza de definitiva, razón por la cual la resolución emanada de la instancia Superior tampoco debe ser considerada como que tiene fuerza de definitiva.

TApel. en lo Civ. y Com. Quinta Sala. 07-04-10. “Incidente de nulidad de actuaciones en: Estado Paraguayo c. Cesar Diosnel Ecurra Suárez y otros s. Acción Autónoma de Nulidad” (A.I. N° 202).

Asunción, 7 de abril de 2010.

VISTO: El incidente de nulidad de actuaciones deducido por el Procurador General Abog. José Enrique García A., bajo patrocinio del Procurador Delegado Abog. Arnaldo Manuel Acosta Insfrán; y,

CONSIDERANDO:

De las constancias de autos surge que en fecha 18 de febrero del año de 2010, presentaron ante este Tribunal incidente de nulidad de actuaciones los mencionados letrados, por las razones alegadas en el escrito agregado a fs. 1/5 de autos. Corrido traslado, el incidente de nulidad fue contestado por la otra parte, a través del escrito presentado por los Abogados Carlos Aníbal Gómez Núñez Sarubbi y César Diosnel Ecurra Suárez, instrumento agregado a fs. 8/15 de autos. En este se rebaten los argumentos dados por la Procuraduría General de la República, y en el se explican los motivos jurídicos por el cual consideran que el incidente deducido ante esta instancia no tiene sustento jurídico alguno. Este Tribunal, por providencia de fecha 8 de marzo de 2010, tuvo por contestado el traslado y llamó autos para resolver.

Es oportuno rememorar que los incidentes de nulidad se promueven cuando las partes detectan que existe alguna irregularidad procesal. Obviamente estas son cuestiones accesorias al juicio pero relacionadas al juicio principal, y su interposición tiene un objetivo claro, cual es declarar nula determinadas actuaciones del órgano jurisdiccional por haberse actuado contrariamente a lo preceptuado por la ley procesal.

Pues bien, rememorando las actuaciones obrantes en autos tenemos que esta Alzada dictó el A.I. N° 980 en fecha 28 de diciembre del 2009 (fs. 661/662), que confirma el fallo dictado en la instancia inferior que resolvió hacer lugar, con costas a la excepción de falta de acción manifiesta deducida por los Abogados César Diosnel Ecurra Suárez y Carlos Aníbal Gómez Núñez (ver A.I. N° 1639 de fecha 29 de octubre de 2.009 fs. 621/625). Los incidentistas promueven esta acción alegando que la resolución dictada por este Tribunal debió ser notificada por cédula, y no por automática, dado que la resolución dictada por esta Alzada tiene fuerza de sentencia definitiva.

No desconocemos que las notificaciones son actos procesales de comunicación, cuyo objetivo es poner en conocimiento de las partes, como a terceros, las resoluciones que son dictadas por los juzgados y Tribunales. Pues bien, así tenemos dos tipos de notificaciones, la automática y por cédula, quedando en el primer caso a cargo de los justiciables la obligación de concurrir al juzgado o

tribunal para tomar conocimiento de las resoluciones que se dictan en los respectivos casos.-

Conforme a lo explicitado líneas arriba, queda por determinar si el Auto Interlocutorio dictado debe o no ser considerado con fuerza de definitiva. A ese efecto, hemos analizado el fallo dictado en la instancia inferior donde el juzgador no dispuso en la parte resolutive la notificación por cédula y al no indicar expresamente que el Auto Interlocutorio debió notificarse por cédula, indica que la resolución no fue considerada como que tiene fuerza de definitiva, razón por la cual la resolución emanada de la instancia Superior tampoco debe ser considerada como que tiene fuerza de definitiva.

En base a lo relacionado precedentemente no existen dudas que el Auto Interlocutorio dictado en esta instancia, tampoco debe ser notificado por cédula y por consecuencia lógica debe notificarse por automática, conforme a lo dispuesto por el Art. 131 del C.P.C. Es más, en la parte resolutive del fallo, no se estableció o no se indicó expresamente que la misma debía ser notificada conforme al citado artículo, por lo que las partes estaban obligadas a concurrir al Tribunal a tomar conocimiento de las resoluciones que dictan en el proceso, pues así lo indica la norma procesal concordante con lo que establece la jurisprudencia y la doctrina vigente y en base a estos argumentos nos inclinamos por desestimar el incidente de nulidad deducido en autos, por las razones esgrimidas consideramos, es improcedente, con costas a la perdidosa.

POR TANTO, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Quinta Sala;

RESUELVE: Rechazar el incidente de nulidad de actuaciones, deducido por el Procurador General Abog. José Enrique García A., bajo patrocinio del Procurador Delegado Abg. Arnaldo Manuel Acosta Insfán, y, conforme los argumentos expuestos en el exordio de la presente resolución. Costas a la perdidosa. Anotar, registrar y remitir copia al a Excma. Corte Suprema de Justicia.-

Magistrados: Carmelo A. Castiglioni, Lineo Ynsfrán Saldívar y Fremiort Ortiz Pierpaoli

Ante mí: Abog. Federico Miller Tellechea, Actuario Judicial.

\* \* \*

**AUTO INTERLOCUTORIO N° 218**

*Cuestión debatida: Se trata de establecer la procedencia de la caducidad de instancia en un juicio de reivindicación.*

**CADUCIDAD DE LA INSTANCIA. Interrupción de la caducidad. RECUSACIÓN.**

Mal se podría alegar que el tiempo de la tramitación de la recusación en sede de apelación tendría que suspender el plazo para que opere la caducidad ya que consta fehacientemente que el expediente no ha permanecido en esta Alzada *ad effectum videndi*, lo que significa que las partes perfectamente han podido ejercer la facultad de presentar en la instancia inferior las actuaciones pertinentes para llevar al proceso hasta la sentencia definitiva en cuanto a la pretensión principal se refiere.

**CADUCIDAD DE LA INSTANCIA. Interrupción de la caducidad.**

Los informes elaborados por el actuario en relación a la incomparecencia de los testigos a las audiencias supletorias, interrumpieron el cómputo del plazo de seis meses para declarar operada la caducidad según lo dispone el art. 172 del Cód. Proc. Civ., porque se trata de actuaciones que guardan relación con el diligenciamiento de pruebas que por sí mismas deben ser consideradas idóneas para el esclarecimiento de cuestiones que hacen a la pretensión, es decir, tienden a impulsar el proceso independientemente del éxito o no en la producción de las mismas.

TApel. En lo Civ. y Com. Quinta Sala. 12-04-10. “Banco Paraguayo Oriental S.A. en quiebra c. Arístides José González Arréllaga y otros s/ Reivindicación”. (A.I. N° 218)

Asunción, 12 de abril de 2010.

VISTOS: Los recursos de nulidad y apelación interpuestos por el abogado Manuel Enrique Radice, contra el A.I. N° 1.301 de fecha 21 de setiembre de 2009, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Primer Turno, de esta Capital; y,

**CONSIDERANDO:**

Opinión del Dr. Carmelo A. Castiglioni:

Nulidad: El recurrente no ha sostenido expresamente el recurso de nulidad que dedujo, entonces, al no constatarse vicio alguno en la revisión de oficio, corresponde declarar desierto este recurso.



Apelación: Recurre el apelante contra el A.I. N° 1.301 de fecha 21 de setiembre de 2009, por el cual el Juzgado ha rechazado el pedido de caducidad de la instancia en los autos arriba señalado.

El apelante arguye que la caducidad se da a partir de fecha 10 de noviembre de 2008, y sostiene que las providencias por el cual el expediente se remite a otro juzgado no es interruptivo del plazo de caducidad y, por tanto, está cumplido el plazo. En su escrito de fs. 414, el apelante sostiene que las resoluciones y actuaciones realizadas en ese ínterin no interrumpe el plazo de caducidad porque no impulsa el proceso. No es así. En autos, a fojas 408, consta una actuación realizada por la parte actora respecto de la incomparecencia de testigos y que ocurrió en fecha 20 de noviembre de 2008, y a fojas 409 del mismo auto consta la providencia de fecha 04 de mayo de 2009, por el cual se dicta una providencia que impulsa el proceso, puesto que establece que se remita estos autos al juzgado de origen. La providencia que dispone el cumplimiento de una resolución del Tribunal, es una resolución que impulsa el proceso y es suficiente para interrumpir el plazo, de donde cabe deducir que dicha resolución del juez sustituto es válida para interrumpir el plazo pues, es la resolución necesaria para que los autos vuelvan al juez de origen y, esto es un acto procesal que impulsa el proceso, por tanto, voto por la confirmatoria. Con costas a la perdedora.

Opinión del Dr. Fremiort Ortiz Pierpaoli, manifestó adherirse a la opinión del preopinante, por los mismos fundamentos.

Opinión de la Dra. María Mercedes Buongermini, quien integra esta Sala por inhibición de uno de sus miembros naturales, manifestó: Nulidad: El recurrente no ha fundado el recurso de nulidad interpuesto; y dado que no se advierten en el auto recurrido, vicios o defectos que autoricen a declarar de oficio su nulidad, el recurso debe ser declarado desierto.

Apelación: Se trata de establecer la procedencia de la caducidad de instancia en un juicio de reivindicación.

Es sabido que la caducidad de instancia se opera cuando no se ha instado su trámite por más de seis meses, conforme lo establece el art 172 del Cód. Proc. Civ.

Entonces, los requisitos de la caducidad son la inacción o inactividad de trámite y el transcurso del tiempo. Ahora bien, cuando se habla de trámite debe entenderse como el proceso de debate en sí, que importa pretensiones y contra-

pretensiones y los actos necesarios para llevar la causa a estado de resolución. No constituyen trámite, por tanto, las actuaciones que se hacen para integrar el órgano jurisdiccional, ya sea éste colegiado o un juzgador individual. Ello surge claramente de la lectura concordada de los arts. 31, segundo párrafo y art. 34 del Cód. Proc. Civ. que expresamente disponen la integración provisional a efectos de continuar la sustanciación del trámite, con lo que es obvio que la integración y el trámite son cosas distintas. Amén de ello surge de los mismos artículos que el trámite no se interrumpe, esto es, que la falta de integración del órgano no es una causal de suspensión de los plazos de caducidad. Esta solución se encuentra avalada por la doctrina y la jurisprudencia, en efecto: “El impulso del procedimiento constituye una carga procesal; y las partes deben realizar el acto adecuado, de conformidad con el momento procesal de que se trata, para que el trámite avance del estadio en que se encuentra al consecutivo; el acto tiene que ser idóneo y capaz de llevar adelante la causa; y si ninguna vinculación aparece entre él y la etapa respectiva o si no tiende a que el proceso avance, no se trata de uno que presente las condiciones establecidas para dar por cumplida la carga; en el caso de la recusación de un juez o la integración oficiosa del tribunal, no se dan las características expuestas; no se hace avanzar el proceso sino que queda justamente en el mismo punto procesal en que se encontraba, razón por la cual considera que no se trata de actos interruptivos” (Rosas Lichtscheim, La recusación de un juez o la integración del tribunal, *Juris*, 10-163). “La recusación no tiene por efecto impulsar el procedimiento” (CNEspCivCom, Sala II, 25/2/77, RepLL, XXXVII-1158, n° 97). Ello así, no sólo porque no produjeron un efectivo progreso en el desarrollo del proceso, sino porque no impedían la producción de actos impulsorios de la instancia, dado lo dispuesto en el art. 13, inc. IV del Cód. Procesal, que establece que la recusación sin expresión de causa no suspende los plazos” (C3° CivCom Minas, Paz y Tribut. Mendoza, 7/11/80, JA, 1981-II-392). “La excusación no es un acto que impulse el procedimiento sino que, por el contrario, es extraña o ajena al progreso del trámite” (C1°Apel Mar del Plata, 24/5/66, LL, 123-688). “La incidencia por excusación no justifica la suspensión de los plazos a los efectos de la caducidad de la instancia. Ello así porque nada impide a la parte interesada efectuar peticiones que impulsen el proceso, porque para el caso de excusación la ley establece que en el peor de los casos —es decir, cuando el juez sustitutivo hace oposición—, no se paraliza la sustanciación de la causa (art. 31, párr. 1°, Cód. Procesal). De ello se deduce que

mal puede considerársela paralizada cuando aquél se presta a intervenir” (CN-Com, Sala C, 21/6/74, LL, 156-794, 31.577-S).

Examinados estos autos se advierte que en el escrito agregado a fs. 404/405 la parte demandada ha recusado con causa a la jueza María Angélica Calvo, quien fuera designada para entender en estos autos por providencia de fecha 31 de mayo de 2006 (fs. 67). En virtud de esta recusación el expediente ha sido remitido al juzgado que le sigue en orden de turno, mientras que el escrito de recusación junto con el informe de la jueza sobre los hechos alegados han sido enviados a este Tribunal de Apelación de conformidad con lo que prescribe el art. 34 del Cód. Proc. Civ., esto quiere decir que los autos principales no han sido materialmente remitidos al tribunal de alzada sino que se procedió —como corresponde— a la creación del expediente caratulado: “Recusación con causa int. por Arístides González y Nélide Martínez de González en: Bco. Pyo. Oriental (en quiebra) c/ Arístides González y otra s/ reivindicación de inmueble”; que se encuentra agregado al expediente principal por cuerda separada. Así pues, debemos decir que en autos no se ha producido la hipótesis prevista en el art. 173 del Código Procesal Civil que estipula “...Correrá durante los días inhábiles, pero se descontará el tiempo en que el proceso hubiese estado paralizado o suspendido por acuerdo de las partes o por disposición judicial, y asimismo, si el expediente hubiere sido remitido a la vista por petición de un juez o tribunal”, motivo por el cual mal se podría alegar que el tiempo de la tramitación de la recusación en sede de apelación tendría que suspender el plazo para que opere la caducidad ya que consta fehacientemente que el expediente no ha permanecido en esta Alzada *ad effectum videndi*, lo que significa que las partes perfectamente han podido ejercer la facultad de presentar en la instancia inferior las actuaciones pertinentes para llevar al proceso hasta la sentencia definitiva en cuanto a la pretensión principal se refiere. Luego, la siguiente actuación es la providencia de fecha 14 de noviembre de 2008 (fs.406), por la cual la jueza del turno se inhibe de entender en la causa y ello provoca primeramente la desintegración del órgano. Tanto éstas actuaciones como las subsiguientes: 14 de noviembre de 2008 la recepción en secretaría del juez subrogante; 19 de noviembre de 2008 la orden de hacer saber la nueva integración del órgano con el juez subrogante; el reenvío del juez subrogante al primer juzgado interviniente, esto es, el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Primer Turno por providencia de fecha 04 de mayo de 2009, en cumplimiento del A.I. N° 177 de

fecha 07 de abril de 2009 dictado por este Tribunal; la recepción de la causa en la secretaría del mencionado juzgado en fecha 12 de junio de 2009 y la orden de hacer saber a las partes la radicación del expediente en la secretaría N° 2, en fecha 18 de junio de 2009 (fs.409) y las notificaciones de la parte demandada y de la demandante de fecha 23 de junio de 2009 y 25 de junio de 2009 respectivamente del proveído que tuvo por radicados los autos en el juzgado de origen. Todos estos actos no dieron impulso procesal a la pretensión principal del juicio, por ello –y aunque el proceso de integración se encontraba en pleno decurso– la actora debió urgir al órgano la realización de actividad idónea a aquel fin impulsorio, según el estado o etapa procesal de la causa; esto es la etapa probatoria.

Ahora bien, cabe apuntar que en medio de las actuaciones citadas precedentemente –a fs. 407/408- se encuentran agregadas al expediente los informes elaborados por el secretario Julio Agüero Colarte que dejan constancia de que las audiencias supletorias fijadas para los días 19 y 20 de noviembre de 2008 respectivamente, no se han podido llevar a cabo por incomparecencia de los testigos designados a fs. 389 de autos. Estos informes interrumpieron el cómputo del plazo de seis meses para declarar operada la caducidad según lo dispone el art. 172 del Cód. Proc. Civ., porque se trata de actuaciones que guardan relación con el diligenciamiento de pruebas que por sí mismas deben ser consideradas idóneas para el esclarecimiento de cuestiones –que como lo expresáramos– que hacen a la pretensión, es decir, tienden a impulsar el proceso independientemente del éxito o no en la producción de las mismas. Por ello, estos informes deben ser tomados como actuaciones procesales tendientes a impulsar el proceso, ya que después de los mismos ha quedado nuevamente en cabeza de las partes el deber de impulsar la tramitación de la causa de manera que ésta avance progresivamente hasta el pronunciamiento de la sentencia. Luego, con posterioridad a las constancias del actuario –y como vimos en el relato de las actuaciones mencionadas– se llevan a cabo actuaciones que disponen cuestiones que nada tienen que ver con el fondo del juicio ya que solamente tratan sobre el proceso de la integración misma del órgano, es decir, las mismas no tuvieron efecto impulsorio ni interruptivo en el plazo para declarar la caducidad, porque no hacen avanzar al proceso a fin de que en éste se vayan cumpliendo las diferentes etapas que lo integran, que en este caso es la probatoria, para culminar con la sentencia definitiva que corresponda. Recién con el escrito de fecha 02 de julio de 2009 (fs. 412), se produce otro acto de impulso y por ende una

nueva interrupción, ya que se trata de una actuación idónea para culminar con la etapa en la que había quedado el expediente durante el proceso de integración, es decir la etapa probatoria, puesto que en virtud de dicho escrito se solicita el cierre del mencionado periodo.

En consecuencia, habiendo transcurrido entre el 20 de noviembre de 2008, -último informe del actuario- y el 02 de julio de 2009, el plazo de seis meses previsto en la ley procesal, la caducidad del juicio deviene procedente. La resolución que así lo deniega debe ser revocada.

En cuanto a las costas, corresponde su imposición a la perdedora, de conformidad con lo establecido en el art. 203 del Cód. Proc. Civ.

Por tanto, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Quinta Sala; RESUELVE: 1. Declarar desierto, el recurso de nulidad. 2. Confirmar, con costas, el A.I. N° 1.301 de fecha 21 de setiembre de 2009, por los fundamentos expuestos en el considerando de la presente resolución. 3. Anotar, registrar y remitir una copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Carmelo A. Castiglioni, María Mercedes Buongermni y Fremiort Ortiz Pierpaoli

Ante mí: Abog. Federico Miller Tellechea, Actuario Judicial.

\* \* \*

## **ACUERDO Y SENTENCIA N° 42**

### **JUICIO EJECUTIVO. PRIVACION DE EFICACIA.**

Los juicios de privación de eficacia no pueden enervar los juicios ejecutivos, porque ello haría que el cumplimiento de las obligaciones se torne ineficaz por el argumento de que se presentó y obtuvo la privación de eficacia del o los cheques presentados para su cobro.

### **CHEQUE.**

No existe ley especial que permita la invalidación de cheques al portador. El juicio de privación de eficacia es totalmente improcedente porque contraría la ley al privar de eficacia un cheque al portador y que no ha sido citado por edictos.

### **JUICIO EJECUTIVO. PRIVACION DE EFICACIA.**

En el caso, aunque es cierto que el juicio de privación de eficacia se promovió antes que el juicio ejecutivo y que eso tiene la virtualidad de dejar sin efecto

el juicio ejecutivo, el hecho de que sea al portador el cheque hace inexistente el juicio de privación de eficacia. Más aún que es juicio totalmente irregular dado que no dio cumplimiento a la parte del art. 1530 del Código Civil.

TApel. Civ. y Com., Quinta Sala. 17-05-10. “Rossana Teme de Labiste c. Maria Cristina Cabral s. Acción Autónoma de Nulidad” (Ac. y Sent. N° 42).

Previo estudio de los antecedentes, el Tribunal resolvió plantear las siguientes;

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?

¿Está ajustada a derecho la sentencia apelada?

Practicado el sorteo de ley para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: Linneo Ynsfran Saldívar, Fremiort Ortiz Pierpaoli Y Carmelo Castiglioni.

A la primera cuestion planteada, El magistrado Linneo Ynsfrán Saldívar, dijo: El recurrente en su escrito de expresión de agravios obrante a fs. 94/96, manifiesta entre otras consideraciones que, la sentencia apelada es nula por no haberse dictado en la convocatoria, contraviniendo lo dispuesto en el Art. 26 de la Ley N° 154/69 de Quiebras, dado que la señora María Cristina Cabral de Ayala tenía admitida una Convocatoria de Acreedores antes de la promoción de la presente demanda, sosteniendo que debió tramitarse y resolverse en este juicio la acción interpuesta en razón de que la convocatoria ejerce fuero de atracción.

El invocado Art. 26 de la “Ley de Quiebras”, para esta Magistratura no es aplicable al caso de autos, pues la accionada formuló idéntico cuestionamiento al contestar la demanda y el juzgado se expidió sobre el punto dictando la providencia: “...*Al pedido de remisión del expediente, no ha lugar por improcedente...*”. Esta providencia esta firme y ejecutoriada pues contra ella no se interpuso ningún recurso lo cual hizo que los trámites procesales sean válidos. Obviamente, en este estadio no puede ser atacada de nulidad las actuaciones pues ellas están convalidadas por la parte agraviada.

Del examen realizado a la presente resolución recurrida se constata que no existen errores u omisiones formales por lo cual no corresponde declarar la nulidad del fallo. Por tanto, debe desistirse del recurso de nulidad interpuesto por improcedente. Es mi voto.

A sus turnos los magistrados Castiglioni Y Ortiz pierpaoli: manifestaron adherirse al voto precedente por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión, el magistrado Linneo Ynsfrán Saldívar, dijo: La resolución recurrida, resolvió: “Hacer lugar a la Acción Autónoma de Nulidad que dedujera la Sra. María Cristina Cabral Campuzano de Ayala y, en consecuencia, declaró nula la S.D. N° 550 de fecha 04 de septiembre de 2006, dictada en los autos: “FRIGO IKE S.R.L. S/ privación de eficacia jurídica” en relación a la demandante de este Juicio Sra. Rossana Teme De Labiste por los motivos expuestos en el exordio de la resolución apelada (fs. 86/91).-

Contra los fundamentos emitidos por el inferior en el Considerando del mismo, el agraviado presentó el escrito de expresión de agravios a fs.94/96, solicitando que la resolución recurrida sea revocada en todas sus partes, por considerar que la misma es arbitraria, por fundarse en premisas y consideraciones falsas lo cual hace llegar a conclusiones falsas, emitiendo varias consideraciones en el mismo sentido. Corrido el traslado correspondiente, la adversa contesta los agravios presentados a fs. 100/104, y al contestar al apelante emite los motivos por los cuales este Tribunal debe confirmar la resolución en estudio.

Así planteada la cuestión, esta Alzada deberá analizar ambas posiciones disímiles para determinar cual de ellas se ajusta a derecho.

Corresponde que este Tribunal analice el expediente: “FRIGO IKE S/ privación de eficacia”, y en este encontramos que el fundamento principal para la decisión de la causa, fue que la firma FRIGO IKE S.R.L, y la Sra. María Cristina Cabral de Ayala, en fecha 1° de junio del año 2006, promovieron en los Tribunales de la Capital, acción por privación de eficacia jurídica, de seis cheques emitidos por la Sra. Maria Cristina Cabral de Ayala, Socia Gerente de la firma FRIGO IKE S.R.L., entre los que se encontraban los cheques girados contra el Banco Interbanco S.A., N°s 1025273 –y 1025272–, alegando que los mismos se extraviaron en la vía pública, consecuentemente en fecha 04 de septiembre del año 2006, el A quo, dicto la S.D. N° 550 obrante a fs. 50/51, haciendo lugar a la privación de eficacia de los cheques precedentemente mencionados.

A lo expuesto es oportuno mencionar que consta en autos el informe del Oficial de Justicia (fs. 25/26), de fecha 27 de junio de 2006, donde se lee que, en la sede de los Tribunales de la ciudad de Encarnación, la Señora Rossana Teme de Labiste presentó un juicio ejecutivo contra la señora María Cristina Cabral Campuzano de Ayala, por la suma de guaraníes cincuenta millones (Gs. 50.000.000), en base a dos cheques por el valor de guaraníes veinte y cinco millones (Gs. 25.000.000), cada uno librados al portador por la demandada,

cargo Interbanco S.A., precisamente se presentaron a los efectos de solicitar el pago de los cheques y que resultaron ser los mismos denunciados como extraviados por la demandada.

En base a lo referido, no existen dudas que la actora inició el Juicio Ejecutivo, presentando como instrumento base los cheques cuya anulación se solicito en el juicio de privación de eficacia jurídica, por ende la demandada se encuentra imposibilitada para alegar que no tenía conocimiento de esta situación, pues es de conocimiento público que cuando se estaba tramitando el juicio de privación de eficacia, ya se había iniciado un juicio ejecutivo, a los efectos de reclamar las sumas consignadas en los documentos que se denunciaron extraviados.-

Por los fundamentos expuestos precedentemente, compartimos el parecer del inferior, en lo referente a que estos juicios de privación de eficacia no pueden enervar los juicios ejecutivos, porque ello haría que el cumplimiento de las obligaciones se tornen ineficaces por el argumento de que se presentó y obtuvo la privación de eficacia del o los cheques presentados para su cobro. Corresponde consecuentemente confirmar el fallo dictado, pues el mismo se ajusta a las reglas lógicas y jurídicas e imponer las costas a la perdidosa de conformidad a lo dispuesto en el Art. 203 inc. a) del C.P.C. Es mi voto.

A su turno el magistrado Ortiz Pierpaoli: Manifestó adherirse a la opinión precedente por los mismos fundamentos.

A su turno el Dr. Carmelo Castiglioni dijo: En cuanto al recurso de apelación: La S.D. N° 797 de fecha 23 de setiembre de 2008, recurrida en los autos arriba señalado, ha acogido la demanda de acción autónoma de nulidad y el apelante se agravia en razón de que la sentencia se basa en datos que no corresponden. Sostiene el apelante que se inició primero el juicio de privación de eficacia de sendos cheques, muchos antes que el juicio ejecutivo y eso se comprueba con los respectivos cargos de que es efectivamente así. El apelante tiene razón en eso y, si efectivamente los cheques privados de eficacia hubieran sido emitidos “a la orden”, el apelante hubiera tenido razón, toda vez que se hubiese hecho la citación por edictos, que no se hizo. Pero los cheques que fueron privados de eficacia son títulos emitidos “al portador” y según el Art. 1520 C.C., “salvo disposición especial de la ley, no se admite la invalidación de los títulos al portador extraviados o sustraídos”. Para el cheque, que es el título al que se privó de eficacia, no tiene ninguna ley especial que permita la invalidación de cheques “al portador”. El juicio de privación de eficacia es totalmente improcedente porque contraría la ley, al privar de eficacia un cheque “al portador.



Entonces, aunque sea cierto que el juicio de privación de eficacia se promovió antes que el juicio ejecutivo, y que eso tiene la virtualidad de dejar sin efecto el juicio ejecutivo. El hecho de que sea “al portador” el cheque hace inexistente el juicio de privación de eficacia. Más aún que es juicio totalmente irregular dado que no dio cumplimiento a la parte del ART. 1530 C.C. que dice “La sentencia debe ser notificada al deudor y publicarse en igual forma a expensas del recurrente”. No se dio cumplimiento a esta parte de la norma y eso lesiona el derecho a la defensa porque nunca pudo enterarse de la existencia de dicho juicio. Por otra parte, el juicio no se sustancia bilateralmente sino que debe ser inaudita altera parte, pues se desconoce quién tiene el cheque o de lo contrario debería promoverse un juicio de reivindicación. Esto hace que la no publicación del edicto haga totalmente nulo dicho juicio de privación de eficacia, por que voto por la confirmatoria de S.D.N ° 797 de fecha 23 de setiembre de 2008, con costas a la perdidosa. Es mi voto.

Con lo que se dio por terminado el acto firmando los Sres. Magistrados ante mí que Certifico, quedando acordada la sentencia que sigue a continuación:

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, QUINTA SALA;

RESUELVE: 1. No hacer lugar al recurso de nulidad interpuesto, por improcedente. 2. Confirmar la S.D. N° 797, de fecha 23 de setiembre del año 2008, dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Noveno Turno, de acuerdo a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. 3. Imponer las costas a la perdidosa. 4. Anotar registrar, notificar y enviar copia a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Linneo Ynsfrán, Carmelo A. Castiglioni, Fremiort Ortiz Pierpaoli.

Ante mí: Abog. Federico Miller Tellechea, Actuario Judicial.

\* \* \*

## **ACUERDO Y SENTENCIA N° 50**

### **MUNICIPALIDAD. Juzgado de faltas municipales.**

Es cierto que el órgano jurisdiccional no se encuentra obligado por la resolución dictada del Juzgado Municipal de Faltas pero, cuando la misma es consentida por la parte demandada crea una presunción en su contra. La buena fe es un elemento esencial dentro del proceso.

### **DEBERES DE LAS PARTES EN EL PROCESO. Deber de buena fe.**

Quien miente no puede ampararse en la buena fe. Si el chofer de la parte demanda cuenta una historia diferente (acta policial) a su empleador demandado (escrito de contestación), ambas versiones se descalifican entre si y le resta credibilidad.

### **DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño causado por el dueño o guardián de la cosa.**

El hecho de que no haya volcado el automóvil de la parte actora prueba que no venía a gran velocidad el vehículo de la actora, considerando que el impacto la recibió de costado.

### **PRUEBA DE TESTIGOS.**

La prueba testifical es insuficiente cuando los testigos de ambas partes se contradicen y no es auxiliada de otras pruebas.

### **DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad objetiva. Daño causado por el dueño o guardián de la cosa.**

En cualquier caso la responsabilidad objetiva pone a cargo del guardián jurídico de la cosa la demostración de estar en causales de exoneración de responsabilidad.

TApel. Civ. y Com., Quinta Sala. 25-05-10. "Jose Martin Arguello c. Automotores Guaraní SACEI s. Daños y Perjuicios" (Ac. y Sent. N° 50)

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes;

#### **CUESTIONES:**

¿Es nula la sentencia apelada?

¿Se dictó ésta conforme a derecho?

Practicado el sorteo de Ley resultó el siguiente orden de votación: Carmelo A. Castiglioni, Linneo Ynsfrán Saldívar y Fremiort Ortiz Pierpaoli.

A la primera cuestión planteada El Dr. Carmelo A. Castiglioni, dijo: El

recurso de nulidad no fue sostenido en esta Instancia con el argumento correspondiente. No existiendo vicio que amerite la nulidad de oficio, corresponde declarar desierto el de nulidad interpuesta, contra la S.D. N° 685 de fecha 19 de agosto de 2009. Es mi voto.

A sus turnos, los magistrados Linneo Ynsfrán Saldívar y Fremiort Ortiz Pierpaoli manifestaron adherirse al voto precedente, por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada, el Dr. Carmelo A. Castiglioni prosiguió diciendo: El recurso de apelación fue interpuesto, por la parte actora, contra la S.D. N° 685 de fecha 19 de agosto de 2009, que acoge la demanda por daños y perjuicios promovido por el señor José Martín Argüello Quiñones, contra Automotores Guaraní S.A.C.I. y, lo condena al pago de una suma de guaraníes.

La demanda fue causada en accidente de tránsito donde ambas partes se atribuyen el hecho de no haber cruzado la luz roja. No se ha alegado que el semáforo este descompuesto y ambos no pueden pasar la luz verde al mismo tiempo. Para probar los extremos alegados, ambas partes presentaron testigos y cada uno de ellos testificó, como siempre, a favor de la parte que la propuso.

El apelante se agravia de dicho fallo fundado en que fue condenado sin pruebas valederas. Básicamente objeta la apreciación de las pruebas producidas. El demandado es una persona jurídica propietaria del ómnibus, por lo tanto, fue demandado como guardián jurídico de la cosa que produjo el daño. La responsabilidad objetiva, surgida del hecho de ser guardián jurídico de la cosa que produjo el daño, pone a su cargo la carga de la prueba. El riesgo inherente a la circulación de un ómnibus por las calles céntricas de la ciudad, hace que deba extremarse el rigor con relación a dicho demandado, mucho más aún que está agregado a estos la S.D. N° 244 de fecha 8 de junio de 2009, del Juzgado Municipal de Faltas, que condena al chofer del ómnibus, por el accidente que ahora se analiza y que dicha resolución fue consentida. Es cierto que el órgano jurisdiccional no se encuentra obligado por dicha resolución pero, cuando la misma es consentida por la parte demandada crea una presunción en su contra. La buena fe es un elemento esencial dentro del proceso. A fs. 31 de autos la parte demandada presenta la copia de la transcripción del Acta de denuncia N° 837/04, donde el chofer del ómnibus describe un historia diferente al relatado en el escrito de contestación, pues dice que “el automóvil marca Volvo se desplazaba a gran velocidad y su conductor no pudo detener la marcha, logrando impactar

por el ómnibus que se desplazaba en forma prudencial". De las fotografías presentadas, se nota que el chofer ha mentido en el momento de confeccionarse el acta policial (fs.31 de autos), pues dichas fotografías, que están agregadas en autos, demuestran que el impacto fue del ómnibus al lado izquierdo del automóvil del demandado. El chofer declaró a la inversa o sea mintió al momento de confeccionarse el Acta Policial y, esta prueba presentó la parte demandada. La prueba de la mentira es la fotografía de fojas 14 de autos, que demuestra que el chofer del demandado no ha dicho la verdad y además, contradice la versión del escrito de contestación de la demanda, le resta valor de credibilidad. Como esta prueba la presenta la propia demandada, la contradicción con su versión descalifica a las otras pruebas, pues quién miente no puede ampararse en la buena fe. Si el chofer de la parte demanda cuenta una historia diferente a su empleador demandado, ambas versiones se descalifican entre si y le resta credibilidad.

Por otra parte el hecho de que no haya volcado el automóvil de la parte actora prueba que no venía a gran velocidad el vehículo de la actora, considerando que el impacto la recibió de costado. El daño en el ómnibus fue el paragolpes delantero abollado, según dicho parte policial. Lo cual significa que ha sido el ómnibus que impacto contra el automóvil del demandado. Esta mentira del chofer, aumenta la presunción en contra del demandado. Por otro lado, la parte demandada como guardián jurídico de la cosa, (el ómnibus) no produjo pruebas que demuestren que la culpa era de la parte actora. La prueba testifical es insuficiente cuando los testigos de ambas partes se contradicen y no es auxiliada de otras pruebas. Que, el automóvil del demandante ya transpuso más de la mitad de la calzada lo cual se nota por el lugar del impacto en el vehículo de la parte actora, las puertas delantera y trasera, lo cual crea el indicio de que el vehículo de la parte actora ya cruzo más de la mitad de la calzada. Esto también confirma que el vehículo que estaba en el lado izquierdo al lado de otro vehículo que estaba detenido al lado derecho del ómnibus de la parte demandada estaba detenido, lo cual crea un presunción de que fue el ómnibus del demandado que cruzo la luz roja. En cualquier caso la responsabilidad objetiva pone a cargo del guardián jurídico de la cosa la demostración de estar en causales de exoneración de responsabilidad. Las testificales de ambas partes se neutralizan al contradirse y la solución del caso solo debe realizarse por pruebas presuncionales, con lo indicios existentes y éstas favorecen a la parte actora. En estas condiciones corresponde confirmar la S.D. N° 685 de fecha 19 de agosto de 2009. Las costas, a cargo de la parte apelante. Es mi voto.

A sus turnos los magistrados Linneo Ynsfrán Saldívar y Fremiort Ortiz Pierpaoli, manifestaron adherirse al voto precedente, por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los señores Miembros de conformidad, todo por ante mí de que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue de inmediato.

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, QUINTA SALA;

R E S U ELVE: 1. Declarar desierto, el recurso de nulidad. 2. Confirmar, con costas, la S.D. N° 685 de fecha 19 de agosto de 2009, por las razones expuestas en el considerando de la presente resolución. 3. Anotar, registrar, notificar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Carmelo A.Castiglioni, Lineo Ynsfrán Saldívar y Fremiort Ortiz Pierpaoli

Ante mí: Abog. Federico Miller Tellechea, Actuario Judicial.

\* \* \*

### **ACUERDO Y SENTENCIA N° 53**

#### **PRUEBA DE CONFESIÓN. Confesión ficta.**

El hecho de no haberse abierto el sobre que contenía las posiciones, resulta intrascendente, por cuanto lo que el Juzgado aplicó es la norma legal prevista en el Art. 282 del Código Procesal Civil, que no establece que para efecto sea necesario proceder a la apertura del sobre.

#### **PRUEBA DE CONFESIÓN. Confesión ficta.**

No corresponde tener por confeso si en el acto de audiencia, donde no compareció el absolvente, no se abrió el sobre para leer el contenido de la absolución. Si no se abrió el mencionado sobre no corresponde hacer efectivo apercebimiento alguno y tener por confeso sobre un pliego de posiciones inexistente. (Voto en disidencia del Dr. Carmelo Castiglioni)

#### **MEJOR PROVEER. Facultades judiciales.**

No corresponde que a través de la medida para mejor proveer sustituir a las partes en la agregación de pruebas. (Voto en disidencia del Dr. Carmelo Castiglioni)

**MEJOR PROVEER. Facultades judiciales. PRUEBA. Omisión de la prueba.**

La medida para mejor proveer no puede servir al juez para suplir a las partes y crear pruebas que no integran la litis, por lo tanto, no corresponde tenerlo en cuenta, porque se rompe el principio de igualdad en el proceso, cuando ni siquiera se le corrió traslado del mismo a la adversa y esta nunca tuvo oportunidad para expedirse sobre el mismo. (Voto en disidencia del Dr. Carmelo Castiglioni)

**MANDATO. Representación procesal.**

Cuando la representación no es dada en exclusividad, y tampoco se haya previsto con cláusula de irrevocabilidad, hace que cuando el mandante realiza directamente el negocio, se entiende que queda revocado el mandato, en los términos del Art. 914 del C.C. (Voto en disidencia del Dr. Carmelo Castiglioni).

TApel. Civ. y Com., Quinta Sala. 07-06-10. “Jorge Cristóbal Flores Cuevas c. Jorge Daniel Núñez Espínola s. Cumplimiento de contrato e indemnización de daños y perjuicios” (Ac. y Sent. N° 53).

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

**CUESTIONES:**

¿Es nula la sentencia apelada?

¿Se dictó ésta conforme a derecho?

Practicado el sorteo de Ley resultó el siguiente orden de votación: Fremiort Ortiz Pierpaoli, Carmelo A. Castiglioni y Linneo Ynsfrán Saldívar.

A la primera cuestion planteada el Dr. Fremiort Ortiz Pierpaoli, dijo: Los agravios expuestos por el recurrente en el recurso de nulidad, pueden ser estudiados y resueltos a través del recurso de apelación, también interpuesto y concedido, habida cuenta que el mismo se halla implícito en el de apelación. Ello resulta así, porque se ha entendido que las nulidades de índole procesal, deben ser interpretadas con carácter restrictivo y declararse su viabilidad solamente cuando media un interés fundamental lesionado que no admite reparación por la vía de la apelación. (Casco Pagano, Código Procesal Civil Comentado, Tomo I., página 642). Por lo demás, no se observan vicios, defectos, errores u omisiones graves que hagan viable la declaración de nulidad de oficio de la sentencia en alzada, como estipulan los Arts. 113 y 404 del C.P.C. En consecuencia, el mismo debe ser desestimado. Doy mi voto en este sentido.

A sus turnos los magistrados Carmelo A. Castiglioni y Linneo Ynsfrán Saldívar, manifestaron adherirse al voto precedente, por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada el DR. Fremiort Ortiz Pierpaoli, prosiguió diciendo: Agravia al recurrente la sentencia dictada en autos que resolvió: “Hacer efectivo el apercibimiento decretado en autos, y en consecuencia, tener por confeso al demandado Sr. Jorge Daniel Núñez Espínola, a tenor del pliego de posiciones presentado en autos. 2°. Hacer lugar, con costas, a la demanda por cumplimiento de contrato e indemnización de daños y perjuicios y en consecuencia, condenar a la parte demandada al pago de la suma de dólares americanos treinta mil (US\$. 30.000), más intereses legales desde el inicio de la presente demanda, en el plazo de 10 días de ejecutoriada que fuere la presente resolución”.

Sostiene el apelante en su extenso memorial agregado a fs. 92 y sgtes., de autos, al articular el recurso de apelación deducido, que “En primer lugar, y como punto de partida esta parte hace alusión, y como sustento de la apelación, a la valoración de las pruebas por parte de la juez inferior”. Y, transcribe algunos párrafo del considerando de la resolución recurrida entre los que critica a la confesión ficta admitida por el Juzgado, así como que, conforme al contrato agregado de fs. 3 y 4, que había nombrado al Sr. Jorge Cristóbal Flores como apoderado y representante, al sólo efecto de autorizarlo a firmar todo tipo de contrato deportivo, dentro del territorio nacional e internacional, pero que no le concedió la exclusividad del mismo. También ignora el recurrente que su parte que es lo que debe cumplir, por no haber sido acreditado estos extremos en el transcurso del proceso. En base a estas consideraciones, solicita la revocatoria de la sentencia recurrida, con costas, a la parte actora.

Corrido traslado del citado memorial a la parte demandante, ésta, en tiempo hábil contestó en los términos relacionados en el escrito agregado a fs. 98 de autos, negando los extremos sostenidos por el apelante, denunciando la ilegitimidad de la firma del demandado en su escrito de fs. 90, donde interpuso los recursos de nulidad y apelación contra la sentencia dictada en autos, solicitando la pericia caligráfica de dicha firma pidiendo la remisión de estos autos al juzgado de origen, pedido rechazado por este Tribunal, por providencia dictada en fecha 15 de diciembre de 2009 (fs. 100), no siendo recurrida la misma, hallándose firme y ejecutoriada al momento de dictar el presente fallo. En resumen, solicita la confirmación, con costas, la sentencia dictada en autos.

Analizando las actuaciones cumplidas en el presente proceso, así como a los elementos de juicios acumulados en el mismo, y las alegaciones fácticas de las partes a más de las reglas de la sana crítica prevista en el Art. 269 y demás concordantes del Código Ritual, este Tribunal es de criterio que la sentencia en alzada debe ser confirmada, con costas, por hallarse la misma ajustada a derecho.

En efecto, en el sub-júdice, tenemos que el accionante, promovió juicio ordinario por cumplimiento de contrato e indemnización de daños y perjuicios contra el demandado, sosteniendo que los mismos habían suscrito un contrato de representación deportivo, conforme se acredita con el recaudo agregado a fs. 3 de autos, contrato reconocido por el Departamento respectivo por la Asociación Paraguaya de Fútbol.

Así tenemos que Sr. Jorge Daniel Núñez Espínola, fue transferido al Club Vélez Sarsfield de la República Argentina, en la suma de novecientos mil dólares, habiendo percibido el demandado de esta suma la cantidad de doscientos mil dólares, razón por la que el actor le reclama a su vez la suma de treinta mil dólares, en el concepto arriba señalado.

El demandado, Sr. Jorge Daniel Núñez Espínola, una vez notificado de la promoción de la presente acción, no contestó la demanda, razón por la que el Juzgado dictó el A.I. N° 077, de fecha 21 de febrero del año 2008 (fs. 13), en el que se le acusó la rebeldía y, por perdido el derecho que tenía para contestar la demanda, y previa deducción del incidente de nulidad de actuaciones contra la cédula de notificación respectiva agregada a fs. 11 de autos, dicho incidente fue rechazado por A.I. N° 108 de fecha 23 de febrero del año 2009 (fs.58).-

La notificación de dicha resolución no consta en autos, pero la ausencia de la misma fue convalidada con la presentación del demandado del escrito agregado a fs. 90, por la que el mismo directamente interpuso los recursos de nulidad y apelación contra la S.D. N° 985 de fecha 10 de setiembre del 2.009, dictada por la Inferior, haciendo lugar a esta demanda.

Observando el memorial presentado por el demandado a fs. 94 de autos, donde fundamenta el recurso de apelación, sostiene el mismo que la inferior no realizó una tarea eficaz en la valoración de las pruebas rendidas en autos. Conviene aclarar al recurrente, que conforme al informe de la Actuaría de fs. 74 de autos, la parte demandada no ofreció ni produjo prueba alguna. Dicho informe no fue impugnado por el recurrente. En estas condiciones, cuál sería la



prueba ofrecida por el mismo que pudiera ser objeto de estudio o interpretación?  
.La respuesta resulta obvia: nada.

Lo mismo ocurre con la absolución de posiciones del recurrente, que no habiendo comparecido a la audiencia señalada para el efecto, el mismo no compareció. En consecuencia, es correcta la actuación del Juzgado en el sentido de hacer efectivo el apercibimiento decretado en autos, en forma negativa para el mismo. El hecho de no haberse abierto el sobre que contenía las posiciones, resulta intrascendente, por cuanto lo que el Juzgado aplicó es la norma legal prevista en el Art. 282 del Código Procesal Civil, que no establece que para efecto sea necesario proceder a la apertura del sobre.

Por otro lado, el informe de la Asociación Paraguaya de Fútbol agregado a fs. 79, 80 y 81, que acompañó la fotocopia del contrato suscrito por el demandado con el Club Atlético Vélez Sarsfield, revela que lo sostenido por el demandado en el escrito de promoción, resultó ser cierto.

Otro hecho que refuerza la confirmación de la sentencia dictada por la inferior se sustenta en el hecho que no habiendo contestado la demanda, el accionado, su silencio debe ser considerado como reconocimiento de la verdad de los hechos alegados en autos, conforme a la disposición del Art. 235, Inc. a) del Código Ritual.

Por lo demás, todas las interrogantes que el mismo se formula en su memorial arriba citado, debió efectuarlos y contestarlos u objetados en el transcurso del proceso, y nó en una instancia superior como en este caso, estando preclusa la instancia para el efecto.

En las condiciones arriba señaladas, no habiendo la parte demandada ofrecido prueba alguna que desvirtúen las afirmaciones de la parte actora, no existe otra alternativa que la de confirmar, con costas la sentencia recurrida. Doy pues mi voto en este sentido.

A su turno, el Magistrado Carmelo A. Castiglioni, en cuanto al recurso de Apelación, dijo: El recurso de apelación fue interpuesto, por la parte actora, contra la S.D. N° 985 de fecha 10 de setiembre de 2009, que acoge la demanda ordinaria por indemnización de daños y perjuicios, por incumplimiento de contrato de mandato y representación promovida por Jorge Cristóbal Flores contra Jorge Daniel Núñez. El apelante se agravia fundado en que:

a) El contrato no fue firmado en exclusividad.

b) La inexistencia de confesión ficta de la prueba confesoria porque jamás se abrió el sobre que contiene el pliego de posiciones

El demandado, un futbolista, fue transferido del un club nacional a otro extranjero. Basado en ello y como consecuencia de tener un contrato de representación, la parte actora pretende resarcirse como daños y perjuicios.

La confesión ficta no existe porque consta, a fojas 47, el sobre cerrado que dice contener un pliego de posiciones que nunca fue abierto. No corresponde tener por confeso si en el acto de audiencia, donde no compareció el absolvente, no se abrió el sobre para leer el contenido de la absolución. Si no se abrió el mencionado sobre no corresponde hacer efectivo apercibimiento alguno y tener por confeso sobre un pliego de posiciones inexistente.

Por otra parte, no corresponde que a través de la medida para mejor proveer sustituir a las partes en la agregación de pruebas. En autos el A quo ordenó la agregación de un contrato de transferencia de derechos federativos y económicos entre el Club Sportivo Luqueño y el Club Atlético Vélez Sarsfield y, un pedido de informe. Dicho contrato no fue requerido su agregación con el escrito de demanda, ni se señaló su existencia para que se traiga a la vista y tampoco fue ofrecido como prueba, y la medida para mejor proveer no puede servir al juez para suplir a las partes y crear pruebas que no integran la litis, por lo tanto, no corresponde tenerlo en cuenta, porque se rompe el principio de igualdad en el proceso, cuando ni siquiera se le corrió traslado del mismo a la adversa y esta nunca tuvo oportunidad para expedirse sobre el mismo. El hecho de que dicho contrato no haya sido mencionado su existencia y, el lugar donde pudiera estar que tampoco haya sido ofrecido como prueba lo hace inexistente, porque quebranta el principio de igualdad en el proceso. El hecho de que dicho contrato no haya integrado la litis lo hace improponible como prueba en los términos del Art. 243 del C.P.C. Además, no fue alegado hecho nuevo.

Por otro lado, el contrato cuyo cumplimiento se reclama como daños y perjuicios es un mandato con representación, pero en el instrumento agregado no dice que dicho contrato haya sido pactado en exclusividad y, entonces, no puede sentirse perjudicado cuando el acto fue realizado directamente por el mandante. cuando la representación no es dada en exclusividad, y tampoco se haya previsto con cláusula de irrevocabilidad, hace que cuando el mandante realiza directamente el negocio, se entiende que queda revocado el mandato, en los términos del art. 914 del C.C. el hecho de ser realizado directamente el mandato no genera responsabilidad para el mandante cuando no fue pactado cláusula de exclusividad y de irrevocabilidad. No existe incumplimiento contrac-

tual, cuando no existe la cláusula contractual de exclusividad, pues en ese caso se entiende el mandante se ha reservado el derecho de hacer uso por sí mismo del derecho de realizar el acto. Además, no está pactada la irrevocabilidad que es el único caso en que pudiera pedir resarcimiento el mandatario. Al no estar pactada la cláusula de exclusividad significa que el acto encomendado puede ser realizado por otro y cuando ello ocurre no puede argüirse incumplimiento contractual; Por otro lado, el demandante no negó en su escrito inicial que no estaba en su conocimiento dicho contrato de transferencia, por lo tanto, la demanda debió darse con los clubes intervinientes en el contrato, si es que efectivamente dicho contrato que se pretende hacer cumplir estaba registrado en la Asociación Paraguaya de Fútbol. En estas condiciones falta el presupuesto principal de responsabilidad, cual es la existencia de acto antijurídico, por tanto, no existe incumplimiento material. No se demostró el factor de atribución. No se señaló el daño en el escrito inicial y sin daño no hay derecho a resarcimiento. Al no haberse agregado el contrato de transferencia, con el escrito inicial no puede utilizarse el mismo para fijar resarcimiento, por tanto, voto por la revocatoria de la S.D. N° 985 de fecha 10 de setiembre de 2009, con costas, a la perdidosa. En estas condiciones corresponde revocar la S.D. N° 985 de fecha 10 de setiembre de 2009, y en su lugar; disponer rechazar la demanda por daños y perjuicios. Las costas, a cargo de la perdidosa. Es mi voto.

A su turno, el magistrado Linneo Ynsfran Saldívar expresó: Que luego del análisis y estudio de los preopinantes que le antecedieron, se adhiere al voto del Dr. Fremiort Ortiz Pierpaoli, por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Señores Miembros de conformidad, todo por ante mí de que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue de inmediato.

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, QUINTA SALA;

RESUELVE: 1. Desestimar, el recurso de nulidad deducido en estos autos. 2. Confirmar, con costas, la S.D. N° 985, del 10 de setiembre de 2009, dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de la Jurisdicción de San Lorenzo, por los fundamentos expuestos en el considerando de la presente resolución. 3. Anotese, regístrese, notifíquese y remítase copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Carmelo A.Castiglioni, Lineo Ynsfrán Saldívar y Fremiort  
Ortiz Pierpaoli

Ante mí: Abog. Federico Miller Tellechea, Actuario Judicial.

\* \* \*

### **ACUERDO Y SENTENCIA Nº 73**

#### **SEGURO. Seguro de transporte.**

El seguro de transporte de mercaderías no es igual al seguro de responsabilidad civil y aquel no se convierte en éste, por el solo hecho de ser ajena la mercadería.

#### **SEGURO. Seguro de transporte.**

Al haberse asumido por el asegurador la responsabilidad contractual de cubrir el riesgo de transportar las mercaderías ajenas resulta evidente que la falta de acción es improcedente, pues está dentro de la cobertura del riesgo asumido.

#### **SEGURO. Seguro de transporte.**

La presentación de la factura comercial por el asegurado es suficiente para que el asegurador no tenga ningún problema en pagar o hacer un mal pago, pues al tener dicha factura comercial o la carta de porte, es suficiente para realizar el reclamo y obtener el pago y al no ser de responsabilidad civil el seguro contratado esta no tiene otra causa de excusación de responsabilidad que la prevista en la ley y el contrato.

#### **SEGURO. EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN.**

La validez de la factura comercial reconocida por el propio asegurador tenida y presentada por el asegurador es suficiente para legitimar al asegurado en el cobro del siniestro y rechazar la falta de acción pues el mismo asegurador asumió amparar cosas de tercero, por tanto, probado la ocurrencia del siniestro debe pagarse y debe confirmarse esta parte de la resolución que rechaza la falta de acción.

#### **SEGURO. EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN.**

La factura comercial más el peritaje ordenado por la misma aseguradora, donde recomienda el pago es suficiente prueba para confirmar no solo el rechazo de la falta de acción sino confirmar el reclamo de indemnización o sea el pago de la indemnización pues no se ha objetado otra cosa.

**SEGURO. Seguro de transporte. Reserva del asegurador.**

Para tomar el seguro, la aseguradora realiza la inspección del vehículo y da su conformidad y lo cual significa que al tomarse el seguro el perno estaba bien o por lo menos no figura en la propuesta o en la verificación del vehículo que haya estado con observación, pues no fue presentado ninguna observación al respecto. Pero si estuviera observado sin hacerse la reserva por parte del asegurador, esto significa que asumía el riesgo en el estado que estuviera y debe pagarse el daño por el contrato de seguro de automóvil.

TApel. Civ. y Com., Quinta Sala. 13-07-10. “Sanitarios Amambay S.A. c. Banco Regional S.A. de Seguros s. cumplimiento de contrato” (Ac. Y Sent. N° 73).

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes;

**CUESTIONES:**

¿Es nula la sentencia apelada?

¿Se dictó ésta conforme a derecho?

Practicado el sorteo de Ley resultó el siguiente orden de votación: Carmelo A. Castiglioni, Fremiort Ortiz Pierpaoli y Linneo Ynsfrán Saldívar.

A la primera cuestión planteada el Dr. Carmelo A. Castiglioni, dijo: El recurso de nulidad fue sostenido con el argumento en que hubo incoherencia entre el escrito y las pruebas, lo cual es más la cuestión de fondo que un problema procesal y, de cualquier forma se debe tratar al considerar el recurso de apelación, entonces, no existiendo vicio que amerite la nulidad de oficio, corresponde rechazar el recurso de nulidad interpuesta contra la S.D. N° 21 de fecha 04 de febrero de 2010. Es mi voto.

A sus turnos los magistrados Fremiort Ortiz Pierpaoli y Linneo Ynsfrán Saldívar, manifestaron adherirse al voto que antecede, por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada el Dr. Carmelo A. Castiglioni prosiguió diciendo: El recurso de apelación fue interpuesto, por la parte demanda, contra la S.D. N° 21 de fecha 4 de febrero de 2010, por la cual se rechaza la excepción de falta de acción promovida por el demandado y, hace lugar a la demanda ordinaria que promueve Sanitarios Amambay S. A contra Regional S.A. de Seguros condenándolo a la demandada a pagar la suma de GS. 75.158.000 (guaraníes setenta y cinco millones ciento cincuenta y ocho mil), en concepto de

indemnización de daños por incumplimiento de los contratos de seguros como resarcimiento global, por las pólizas de seguros de vehículos y de mercaderías transportadas.

Antes de resolver el caso debe quedar aclarado que en autos la demanda ha realizado una acumulación objetiva de acciones, pues si bien es cierto se demanda por los daños que fueron ocasionados por el mismo accidente de tránsito, la causa obligacional es contractual dado que se demanda, por una lado, el siniestro seguro del ramo de automóviles (acoplado destruido), y, por otro, el seguro del ramo de transporte de mercaderías, instrumentadas (mercaderías dañadas) en sendas pólizas de seguros. En una sola demanda se solicitaron el cumplimiento de ambas pólizas de seguro, pero cada contrato de seguro requiere de un pronunciamiento separado, porque importan casos diferentes acumulados en un solo juico, pues el seguro de automóviles asegura el medio transportador y el seguro de transporte de mercaderías, las mercaderías transportadas.-

La parte apelante se agravia de la resolución recurrida, alegando respecto del rechazo de la falta de acción sólo respecto de la póliza de transporte de mercaderías. La falta de acción no fue alegada con respecto de la póliza de automóviles por lo que la demanda de indemnización del acoplado debe estudiarse directamente.

La falta de acción, en cuanto al seguro de transporte de mercaderías, se refiere a que las mercaderías aseguradas son ajenas y efectivamente consta a fojas 137 de autos, presentada por la misma demandada, la factura comercial expedida por la firma comercial Complejo Savory S.R.L. N° 001-001-00000693 de fecha 15 de marzo de 2008, expedida a favor de la señora Anselma Vargas de Medina. El contrato de seguro la póliza agregada a fojas 103 era para amparar mercaderías propias y ajenas del asegurado y tomador del seguro. El apelante sostuvo al oponer la falta de acción que el asegurado para cobrar el seguro debió previamente pagar al dueño de la mercadería transportada por que dice: al ser ajena la mercadería la póliza de seguro de transporte de mercadería se convierte en seguro de responsabilidad civil. Textualmente a fojas 176 dijo: “siendo el contrato que nos ocupa de responsabilidad civil del transportador, éste antes de demandar debió indemnizar al propietario de la carga y luego reclamar a la aseguradora”. Lo que sostuvo el apelante al interponer la excepción de falta de acción como medio general de defensa, no se ajusta a la realidad. El seguro tomado por el asegurado es un seguro de transporte de mercaderías amparada

por la póliza N° 01872. El seguro de transporte de mercaderías no es igual al seguro de responsabilidad civil y aquel no se convierte en éste, por el solo hecho de ser ajena la mercadería. El Art. 1644 del C.C., nos aclara que: “por el seguro de responsabilidad civil, el asegurador se obliga a indemnizar, por el asegurado, cuando éste llegue a deber a un tercero en razón de la responsabilidad prevista en el contrato”. En tanto que el seguro de transporte que es un riesgo diferente, el Art. 1655 del C.C., en el párrafo pertinente, establece que: el asegurador puede asumir cualquier riesgo a que estén expuestos los vehículos de transporte, las mercaderías, o las responsabilidades del transportador”. El caso que no ocupa es el seguro patrimonial de Transporte de Mercaderías y en esta clase de seguro se cubre el siniestro que pudiera ocurrir a la mercadería asegurada durante el viaje o desde que el transportista asume la responsabilidad por el transporte de la cosa asegurada sean estos propios o ajenos. En este caso el asegurador ha asumido según la póliza obrante en autos, la responsabilidad contractual de cubrir la mercadería propia o ajena. A fojas 103 de autos consta que la mercadería transportada puede ser propia o ajena.

Ahora bien, el problema es a quien se paga y cómo se paga. Al haberse asumido por el asegurador la responsabilidad contractual de cubrir el riesgo de transportar las mercaderías ajenas resulta evidente que la falta de acción es improcedente, pues está dentro de la cobertura del riesgo asumido. Ahora quien debe reclamar, desde luego que sólo el asegurado, como ocurrió en autos. El problema es el cómo? .Es cierto que puede darse la hipótesis de que el tercero dueño de la mercadería pueda hacer el reclamo por sí mismo, pero para hacerlo debe presentar la póliza endosada por el asegurado y la carta de porte o la factura comercial a su nombre. En este caso ocurrió al revés: el reclamo a la aseguradora lo hizo el propio asegurado y para lo cual presentó la factura comercial que le entregara la propietaria de la mercadería y esto es suficiente. La presentación de la factura comercial por el asegurado es suficiente para que el asegurador no tenga ningún problema en pagar o hacer un mal pago, pues al tener dicha factura comercial o la carta de porte, es suficiente para realizar el reclamo y obtener el pago y al no ser de responsabilidad civil el seguro contratado no está tiene otra causa de excusación de responsabilidad que la prevista en la ley y el contrato. La validez de esta factura comercial reconocida por el propio asegurador tenida y presentada por el asegurador es suficiente para legitimar al asegurado en el cobro del siniestro y rechazar la falta de acción pues

el mismo asegurador asumió amparar cosas de tercero, por tanto, probado la ocurrencia del siniestro debe pagarse y debe confirmarse esta parte de la resolución que rechaza la falta de acción. La factura comercial más el peritaje ordenado por la misma asegurador, donde recomienda el pago es suficiente prueba para confirmar no solo el rechazo de la falta de acción sino confirmar el reclamo de indemnización o sea el pago de la indemnización pues no se ha objetado otra cosa.

En cuanto al vehículo, o sea el reclamo por el contrato de seguro de automóviles, el problema es que el asegurador no quiso pagar porque el accidente se produjo por una rotura de perno del acoplado y dice el apelante que esto es negligencia del asegurado al no cambiarlo. Para tomar el seguro, la aseguradora realiza la inspección del vehículo y da su conformidad y lo cual significa que al tomarse el seguro el perno estaba bien o por lo menos no figura en la propuesta o en la verificación del vehículo que haya estado con observación, pues no fue presentado ninguna observación al respecto. Pero si estuviera observado sin hacerse la reserva por parte del asegurador, esto significa que asumía el riesgo en el estado que estuviera y debe pagarse el daño por el contrato de seguro de automóvil. En cuanto al monto, al no presentar pruebas el asegurador respecto del menor precio debe estarse por lo que ha presentado el demandante o en todo caso lo que fijo el juez, pues probado la responsabilidad del asegurador, debe cumplirse el contrato y, consecuentemente, debe confirmarse la S.D. N° 21 de fecha 04 de febrero de 2010.

Así, desde luego debe confirmarse la S. D. N° 21 de fecha 04 de febrero de 2010. Las costas a cargo del apelante. Es mi voto.

A sus turnos los magistrados Fremiort Ortiz Pierpaoli y Linneo Ynsfrán Saldívar, manifestaron adherirse al voto que antecede, por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los señores los señores Miembros de conformidad, todo por ante mí de que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue de inmediato.

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en 1o Civil y Comercial, QUINTA SALA;

RESUELVE: 1. Rechazar, el recurso de nulidad. 2. Confirmar, in totum, la S.D. N° 21 de fecha 04 de febrero de 2010, por las razones expuestas en el exordio



de la presente resolución. 3. Imponer, las costas, al apelante.4.- Anotar, registrar, notificar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Carmelo A.Castiglioni, Lineo Ynsfrán Saldívar y Fremiort Ortiz Pierpaoli.

Ante mí: Abog. Federico Miller Tellechea, Actuario Judicial.

\* \* \*

### **ACUERDO Y SENTENCIA N° 74**

*Cuestión debatida: El motivo de la demanda ha sido para lograr la prohibición de la grabación, comercialización y difusión que utilicen el estilo musical de Oscar Pérez y, la destrucción de los C.D., discos, compactos y cassetes para la producción, grabación y difusión que afecte al mencionado demandante.*

#### **EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN. DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS.**

La falta de acción debe ser confirmada pues la legitimación de la parte actora no deviene solo del derecho de autor como protección de una obra derivada, sino también como es el arreglo musical, que le da un derecho de autor propio y diferente de la obra originaria; y, en cuanto a los derechos conexos tiene como contenido moral, la protección del estilo, como actividad personal de carácter artístico, y hay una tutela de la personalidad del intérprete.

#### **DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS.**

El intérprete, como es el caso de la parte actora, tiene un derecho propio, que responsabiliza a cualquiera que utilice sin autorización, eso que pertenece al cantante y puede reclamar a cualquiera que utilice. Lo mismo cabe decir de la obra derivada, como derecho de autor, también otorga acción al autor del arreglo o adaptación o modificación para gestionar la protección de su derecho de conformidad al Art. 159 de la Ley 1328/98, por tanto debe ser confirmada el punto relativo a la falta de acción.

#### **PRUEBA DE PERITOS. Recusación de peritos.**

El cuestionamiento a la pericia realizada deviene improcedente en cuanto a la inhabilidad por falta de idoneidad. Debió hacerlo dentro de los tres días, y ahí debió ser recusado y no se procedió de esa forma, por tanto, deviene extemporáneo el reclamo en esta instancia.

**DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS.**

Lo que el demandante reclama es la cesación de la utilización de su estilo en la ejecución y la utilización indebida del arreglo de las músicas, que es parte del derecho de autor y del derecho conexo, y que los demandados tienen legitimación pasiva indiscutible pues se ha reconocido el hecho de haberse realizado grabaciones, utilizando el estilo del actor, sobre el cual es titular del mismo, al ser expresamente reconocido por la parte demandada en su escrito de contestación de demanda, según la transcripción realizada en la contestación de la demanda.

**DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS**

El derecho conexo no es otra cosa que el derecho patrimonial y moral que surge de la difusión de una obra, y no importa que sea propia del cantante o sea de otro, pues la protección es por la difusión indebida no por la autoría.

TApel. Civ. y Com., Quinta Sala. 13-07-10. “Oscar Pérez c. The Song Producción y otros s. competencia desleal y otros” (Ac. y Sent. N° 74).

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes;

**CUESTIONES:**

¿Es nula la sentencia apelada?

¿Se dictó ésta conforme a derecho?

Practicado el sorteo de Ley resultó el siguiente orden de votación:, Carmelo A. Castiglioni, Linneo Ynsfrán Saldívar y Fremiort Ortiz Pierpaoli.

A la primera cuestion planteada el Dr. Carmelo A. Castiglioni, dijo: El recurso de nulidad fue sostenido en esta instancia con argumentos que hacen al fondo de la cuestión, al decir que no se han considerado sus pruebas, pero que en todo caso pueden ser subsanados, si existieren algún vicio, por la vía de la revocatoria. No es suficiente decir no se ha fundamentado la sentencia, cuando consta que esta fundamentado y, cuando no se comparte el criterio debe ser reclamado por la apelación. El nulidicente debe señalar específicamente la incongruencia o la omisión o el error improcedendo. Solo ha fundamentado errores de justicia, entonces, no existiendo vicio que amerite la nulidad de oficio, corresponde rechazar el recurso de nulidad interpuesta, contra la S.D. N° 880 de fecha 07 de setiembre de 2009. Es mi voto.

A sus turnos los magistrados Fremiort Ortiz Pierpaoli y Linneo Ynsfrán Saldívar, manifestaron adherirse al voto que antecede, por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada el Dr. Carmelo A. Castiglioni prosiguió diciendo: El recurso de apelación fue interpuesto, contra la S.D. N° 880 de fecha 07 de setiembre de 2009, que hace lugar a la demanda promovida por el señor Oscar Pérez contra Guillermo Bernardo Maldonado propietario de The Song Producciones Fonográficas y contra los integrantes del grupo musical Tavarandú, compuesto por Bernardo Caracho, Walter Fernández Duarte y Regalado Nuñez Lugo, condenándolo, en consecuencia, a que se abstengan de efectuar imitaciones en la ejecución y estilo de los temas que corresponde al señor Oscar Pérez y la Alegre Fórmula Nueva.

El motivo de la demanda ha sido para lograr la prohibición de la grabación, comercialización y difusión que utilicen el estilo musical de Oscar Pérez y, la destrucción de los C.D., discos, compactos y cassetes para la producción, grabación y difusión que afecte al mencionado demandante.

1 La falta de acción: La falta de acción debe ser confirmada pues la legitimación de la parte actora no deviene solo del derecho de autor como protección de una obra derivada, sino también como es el arreglo musical, que le da un derecho de autor propio y diferente de la obra originaria; y, en cuanto a los derechos conexos tiene como contenido moral, la protección del estilo, como actividad personal de carácter artístico, y que, como dice la Dra. Delia Lipszyc, hay una tutela de la personalidad del intérprete. La falta de acción, como autor ha reclamado sobre un arreglo musical que como tal es una obra derivada, y como derecho conexo el estilo del cantante, sobre el cual el mismo excepcionante reconoce que la parte actora tiene un derecho propio, sobre el estilo. La apelante dice que su mandante no es cantante y que en todo caso es el Grupo Tavarandú a quien debería reclamarse la imitación de estilo y el aprovechamiento del arreglo musical. No es así. La editora de fonograma fue demanda por la difusión no autorizada y eso es legítimo reclamar a quien ha hecho uso no autorizado del derecho de autor (obra derivada) o al titular del derecho conexo. El intérprete, como es el caso de la parta actora, tiene un derecho propio, que responsabiliza a cualquiera que utilice sin autorización, eso que pertenece al cantante y puede reclamar a cualquiera que utilice. Lo mismo cabe decir de la obra derivada, como derecho de autor, también otorga acción al autor del arreglo o adaptación o modificación para gestionar la protección de su derecho de conformidad al Art. 159 de la Ley 1328/98, por tanto debe ser confirmada el punto relativo a la falta de acción.

2. La validez de la pericia realizada: El cuestionamiento a la pericia realizada deviene improcedente en cuanto a la inhabilidad por falta de idoneidad. Debió hacerlo dentro de los tres días, y ahí debió ser recusado y no se procedió de esa forma, por tanto, deviene extemporáneo su reclamo en esta instancia. En cuanto a la forma de firma del juez en el acto de audiencia de aceptación no anula el acto pues lo relevante es la aceptación, que incluso puede hacerse por escrito separado. Y, por lo expuesto, el incidente de impugnación de la pericia debe ser confirmado, este punto de la resolución recurrida.

3. El argumento del apelante: El argumento de la parte actora ha sido básicamente la imitación de estilo y la titularidad sobre un arreglo musical, que ha utilizado la grabadora de fonogramas y el grupo ejecutante demandado. Lo reclamado ha sido, por un lado, los derechos derivados del arreglo musical, que como tal es un derecho del autor independiente a la obra principal y los derechos conexos derivados de la utilización no autorizada del estilo, que es la peculiaridad de la personalidad del cantante que ha demandado y, que según el dictamen pericial, realizada se produjo. Pero la prueba pericial era hasta innecesaria, pues, a fojas 142 de autos, consta la prueba confesional del demandado ahora apelante, que al decir: “el cantante Oscar Pérez el único derecho que posee sobre las obras registradas son supuestos “arreglos para guitarra y órgano, que este realizo sobre músicas paraguayas que no son de su autoría. Esto es una confesión de que se utilizó, el arreglo.

Lo que el demandante reclama es la cesación de la utilización de su estilo en la ejecución y la utilización indebida del arreglo de las músicas, que es parte del derecho de autor y del derecho conexo, y que los demandados tienen legitimación pasiva indiscutible pues se ha reconocido el hecho de haberse realizado grabaciones, utilizando el estilo del cantante Oscar Pérez, sobre el cual es titular del mismo, al ser expresamente reconocido por la parte demandada en su escrito de contestación de demanda, según la transcripción realizada en la contestación de la demanda. Lo que reclama el demandante es la utilización de su estilo musical y la obra derivada como arreglo musical, por la ejecutante Grupo Tavarandú y, la reproductora de fonograma por su difusión de una obra derivada no autorizada, quienes al utilizar el arreglo y el estilo peculiar del señor Oscar Pérez, existe una conducta antijurídica, al carecer de la autorización para el efecto. La autorización de la ejecutante demandada que ha mal utilizado el arreglo musical y el estilo del demandante, que es cantante y arreglista.

El cuestionamiento a la prueba pericial, deviene irrelevante cuando al contestar la demanda reconoce que: el unico derecho de la parte actora, son los arreglos para guitarra y órgano.

El derecho conexo no es otra cosa que el derecho patrimonial y moral que surge de la difusión de una obra, y no importa que sea propia del cantante o sea de otro, pues la protección es por la difusión indebida no por la autoría. Este reconocimiento de que existe dicho arreglo para guitarra y órgano es determinante para decir que hubo violación del derecho conexo por difundir por grabación del arreglo, por parte de la demandada, y por difundir utilizando el estilo que no lo es propio al ejecutante demandado, el Grupo Tavarandú. Es irrelevante la marca, pues el bien jurídico reclamado no nace con la inscripción si no con la producción del mismo, por lo tanto, la prohibición de la utilización indebida del mismo es totalmente acorde con el derecho por cuya razón, voto por la confirmatoria de la S.D. N° 880 de fecha 07 de setiembre de 2009. Las costas, a cargo de la parte apelante. Es mi voto.

A sus turnos, los magistrados Fremiort Ortiz Pierpaoli y Linneo Ynsfrán Saldívar, manifestaron adherirse al voto que antecede, por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los señores los señores Miembros de conformidad, todo por ante mí de que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue de inmediato.

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Quinta Sala;

RESUELVE: 1. Declarar desierto el recurso de nulidad. 2. Confirmar in totum, con costas, la S.D. N° 880 de fecha 07 de setiembre de 2009, por las razones expuestas en el exordio de la presente resolución. 3. Anotar, registrar, notificar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Carmelo A. Castiglioni, Lineo Ynsfrán Saldívar y Fremiort Ortiz Pierpaoli.

Ante mí: Abog. Federico Miller Tellechea, Actuario Judicial.



## TRIBUNAL DE APELACION DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

### AUTO INTERLOCUTORIO Nº 278

*Cuestión debatida: Se debate si procede el incidente de nulidad de actuaciones habida cuenta que se presentó a contestar la demanda una abogada amparada en el art. 60 del CPC y cuyo derecho ha decaído por no dar cumplimiento al articulado.*

#### **RECURSO DE NULIDAD. Procedencia del recurso de nulidad.**

La nulidad de oficio habrá que declararse cuando el vicio impida que pueda dictarse válidamente sentencia definitiva y en los demás casos en que la ley lo prescriba (art. 113 CPC).

#### **PROCESO. Debido proceso. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la defensa.**

La garantía constitucional que consagra el principio de la defensa en juicio de los derechos de las personas, que en forma irrestricta debe darse en el marco del debido proceso. La inobservancia de este principio constituye la máxima nulidad posible.

#### **MANDATO. Representación procesal. Representación sin mandato.**

Habida cuenta del dictamamiento de la providencia que admite la personería de la abogada con los alcances del art. 60 del CPC firme ésta, la litis quedó trabada.

#### **MANDATO. Representación procesal. Representación sin mandato.**

El artículo 60 del CPC se estatuyó para los casos de urgencia, por lo cual no existe indefensión que pueda atribuirse al demandado para sustentar una eventual nulidad de actuaciones.

**MANDATO. Representación procesal. Representación sin mandato.**

El decaimiento del derecho a contestar demanda como consecuencia de la no ratificación de la actuación del profesional por aplicación del art. 60 CPC no implica indefensión alguna ya que, aún cuando la actuación de la profesional haya sido declarada nula, no por eso resulta evidente que el demandado tuvo conocimiento cierto de la acción incoada en su contra. Es decir el juicio podía seguir su curso válidamente.

**PROCESO. PRUEBA DE PERITOS. ADN.**

Los padres del demandado no son parte en este proceso y, en su caso, si no aceptaban someterse a la prueba de ADN en reemplazo del hijo en común, tal decisión no tendría ninguna incidencia dentro del proceso excepto que la prueba no podía realizarse.

**PROCESO. PRUEBA DE PERITOS. ADN.**

La intervención de los padres del demandado en el proceso fue al solo efecto de someterse a la prueba de ADN, prueba que el Juzgado la puede ordenar sin que necesariamente en la realización de la misma intervenga el padre biológico. En efecto, en ausencia de éste, como en el caso de autos e incluso, en el supuesto de que haya fallecido, la prueba de ADN puede tener lugar con los abuelos paternos, un hermano, un tío, etc., si por alguna razón no se puede conseguir los restos mortales de quien es demandado post mortem.

**PROCESO. PRUEBA DE PERITOS. ADN.**

El vocablo traslado se ha prestado a confusiones. No obstante, que se le haya corrido traslado de la prueba de ADN a los padres del demandado implica solamente que los mismos podían aceptar o no la decisión del Juzgado, con la diferencia que respecto a ellos no cabría aplicar la presunción establecida en el artículo 184 del Código de la Niñez y la Adolescencia, precisamente por no ser partes en el juicio en el sentido estricto más arriba aclarado.

**MAGISTRADO. Facultades del magistrado.**

Como no ha existido indefensión en el proceso, que siguió su curso normal, y habiéndose ordenado el diligenciamiento de la prueba de ADN dentro de las facultades instructorias del Juzgado en forma correcta, no existen motivos para la declaración de nulidad de las actuaciones procesales.

TApel. Niñez y Adolescencia. 23-07-10. "N.K.L.G s. Impuganci3n de paternidad" (A. I. N° 278).



Asunción, 23 julio de 2010.

VISTO: El recurso de apelación interpuesto contra el A.I. N° 45 de fecha 16 de febrero de 2010 dictado por el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia del Primer Turno, y

CONSIDERANDO: Opinión de la Dra. Fulvia Nuñez de Vera y Aragón.

Que, por A.I. N° 45 de fecha 16 de febrero de 2010 el Juzgado resolvió: “Hacer lugar al incidente de nulidad de actuaciones planteado por la Defensora de la Niñez y la Adolescencia Abog. Bettina Ovando y por la señora Agente Fiscal Abog. Fátima Escobar Sarubi en consecuencia retrotraer el presente juicio hasta fs.33 de autos”.

El Abog. C. B. S. en nombre y representación de la señora M. A. G., interpone recurso de apelación en contra del A.I. N°45 de fecha 16 de febrero del 2010, dictado por el Juzgado de la Niñez y la Adolescencia del Primer Turno en lo medular de sus agravios manifiesta” que en el presente juicio se ha avanzado hasta producida la prueba pericial de ADN, cuyo informe obra en autos y retrotraer a fs. 33 de autos, estaríamos empezando de nuevo el juicio dejando de lado el costo de lo producido en la prueba y alega que el presente acto ha alcanzado su fin cual es como se tiene señalado que el señor M. A. L. G. no es el padre de la niña en cuestión y solicita se revoque la resolución recurrida y, en consecuencia, disponer la prosecución del presente juicio en el estadio procesal respectivo (fs.75)”.

A fs. 13, obra la demanda incoada por el abogado P. A. B. I., en representación de la señora M. A. G. C. por impugnación de paternidad y supresión de apellido.

A fs. 21 se presentó la Abog. L. K. J. V. invocando el art. 60 del CPC (representación sin mandato), al contestar la demanda y negó los hechos alegados por la demandante. El Juzgado le emplazo por 30 treinta días para que agregue los documentos que acrediten la personalidad (fs.24).

El Abog. C. B. S. G., representante de la actora se presenta a acusar la rebeldía al demandado por no dar cumplimiento al proveído del 21 de julio de 2008 (fs. 24).

Por A.I. N° 94 de fecha 26 de febrero de 2009 (fs.33), el Juzgado dio por decaído el derecho que ha dejado de usar el señor M. A. L. G. para contestar el traslado de la presente demanda (ap. 2) y de la prueba pericial, corrió traslado a los señores N. L. y M. de L. alegando el art. 345 CPC apartado 4. Cabe mencionar que los mismos no son partes en el presente juicio.

Por A.I. N° 192 de fecha 15 de abril de 2009 el Juzgado resolvió: 1) Admitir la prueba pericial del análisis de sangre de ADN a realizarse en el Laboratorio ADN LAB. fs. 42. Se observa que la prueba no fue ordenada por el Juzgado para medida de mejor proveer.

Con posterioridad se realizó el estudio para la identificaciones genéticas Sistema de Microsatélites de ADN cuyo informe obra a fs. 49/52.

La Defensora Pública de la Niñez y la Adolescencia del cuarto turno al evacuar la vista corridole, aconsejó al Juzgado declarar de oficio la nulidad de las actuaciones en el juicio de impugnación de paternidad de la niña N.K.L.G. retrotrayendo el proceso a fs. 33 de autos. La agente fiscal de la niñez y adolescencia Fatima Escobar Sarubi se adhiere en toda su expresión al dictamen N° 636 de fecha 31 de agosto de 2009 y obrante a fs. 61/62 de autos emitidos por la defensora de la niñez y adolescencia del cuarto turno.

En el caso que nos ocupa, es de notar que unas de las partes esenciales del proceso el demandado el señor M. A L G en realidad nunca fue notificado en debida y legal forma de la demanda, teniendo en cuenta que el mismo reside en España. La actora tenía conocimiento de esta circunstancia conforme surge de la presentación obrante a fs.29 de autos. El domicilio real denunciado en el escrito de iniciación de demanda (fs. 13) no se compadece con la realidad.

Agravada esta circunstancia por la intervención fallida de la abog. Lourdes Carina Jiménez Valdez invocando al representación sin mandato (art.60 del CPC) del demandado.

En estas condiciones la nulidad de oficio, habrá de declararse cuando el vicio impida que pueda dictarse válidamente sentencia definitiva, y en los demás casos en que la ley lo prescriba (art. 113 CPC).

Así las cosas, se dará cuando se viole el art. 16 de la CN, que establece claramente (La defensa en juicio de las personas y de sus derechos es inviolable).

La garantía constitucional que consagra el principio de la defensa en juicio de los derechos de las personas, que en forma irrestricta debe darse en el marco del debido proceso. La inobservancia de este principio constituye la máxima nulidad posible.

El Código Civil en el art. 359 estatuye: “cuando el acto es nulo su nulidad debe ser declarada de oficio por el Juez, si aparece manifiesta en el acto o ha sido comprobado en juicio. El Ministerio Público y todos los interesados tendrán

derecho para alegarla. Cuando el acto es anulable, no podrá procederse sino a instancias de las personas designada por la ley”.

El art. 53 de la CN (última parte) establece: “Todos los hijos son iguales ante la Ley y, por ende, gozan de los mismos derechos y garantías es decir, son iguales en dignidad y derechos”.

La niña NKLK, tiene el derecho prevalenciente de conocer su identidad real por ello: “Las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones, los tribunales, una consideración primordial al que atenderá será el Superior del niño, art. 3º sobre la Convención sobre los Derechos del niño, postulado acogido en el art. 54 de la CN y el art 3º del CNYA.”

Que, en estas condiciones y por los fundamentos que anteceden, corresponden declarar la nulidad de actuaciones en el presente juicio, retrotrayendo el mismo a fs.14 de autos, debiendo notificarse la demanda a MALG por los medios idóneos y en las formas que prescriben las leyes.

Opinión del Dr. Arnaldo Samuel Aguirre: Manifiesta que se adhiere al voto de la Dra. Fulvia Núñez de Vera y Aragón por sus mismos fundamentos.

Opinión del Dr. Silvio Rodríguez: En el auto interlocutorio recurrido el Juzgado resolvió cuanto sigue: “*Hacer lugar al incidente de nulidad de actuaciones planteado por la Defensora de la Niñez y la Adolescencia Abog. Bettina Ovando y por la Sra. Agente Fiscal Abog. Fátima Escobar Sarubbi y en consecuencia retrotraer el presente juicio hasta fs. 33 de autos*” (fls. 73/74). Adelanto mi opinión por la revocatoria del interlocutorio en cuestión por las razones que siguen:

1) La presente demanda de impugnación de filiación fue iniciada por la señora M. A. G. C. contra el señor M. Á. L. G. en representación de su hija N. K. A. L. G. el 4 de junio de 2008 (fls. 13/14 y 14 vlto.). En la acción instaurada se denunció como domicilio del demandado la ciudad de Itauguá, Barrio Santa Teresa. Por providencia del 25 de junio de 2008 se corrió traslado de la demanda de conformidad a lo dispuesto en el artículo 183 del C. N. y A. (fl. 15), siendo notificado dicho proveído el 7 de julio de 2008 en la dirección indicada en la demanda (fl. 16).

2) Posteriormente, se presentó la profesional L. C. G. V. a contestar la acción en representación del señor M. Á. L. G. el 18 de julio de 2008 e invocando para el efecto las prescripciones del artículo 60 del C.P.C. en razón de que su representado estaba residiendo en la ciudad Yecla, Murcia, España, por motivos

laborales (fls. 21/23), siendo admitida su personería con los alcances del mentado artículo del C.P.C. por providencia del 21 de julio de 2008 (fl. 24). De esta providencia se notificaron al pie de la misma la Defensora Bettina Ovando y la Agente Fiscal Fátima Escobar Sarubbi.

Conclusiones – 1ª parte.

En primer lugar, al quedar firme la providencia del 21 de julio de 2008, la litis quedó trabada de la siguiente manera: La accionante propuso la prueba de ADN para probar el hecho de la impugnación de la paternidad, prueba que también ofreció la parte accionada a través de la representación invocada por su apoderada, pero, con la salvedad que la profesional L. C. V. propuso que la prueba de ADN sea practicada con el señor N. L., padre biológico del señor M. Á. L. G., ante la imposibilidad de que su representado venga al país para el efecto. En segundo lugar, como el artículo 60 del C.P.C. se estatuyó precisamente para los casos de urgencia, no existió ninguna indefensión que pueda atribuirse al accionado para sustentar una eventual nulidad de actuaciones.

3) Posteriormente, el 16 de febrero de 2009 (fl. 28 y 29 vlto.), se presentó el profesional C. B. S. a solicitar intervención en el proceso en representación de la accionante M. A. C. y, el mismo profesional, en su escrito del 25 de febrero de 2009 (fl. 31 y 31 vlto.), una vez reconocida su personería y teniendo la intervención legal en el juicio, petitionó al Juzgado, por una parte, que se dé por acusada la rebeldía del señor M. Á. L. G. por no haberse ratificado la intervención de la profesional L. C. G. V. y, por otra, planteó que la prueba de ADN sea realizada en el Laboratorio ADN LAB, de la Dra. Marta Oviedo, con los señores N. L. y M. de L., padres biológicos del demandado M. Á. L. (ante la comprobación de que éste se encontraba ciertamente en España), y abuelos de la niña N. K. A. L. G.

4) Ante esta situación, el Juzgado dictó el A.I. N° 94 del 26 de febrero de 2009 (fl. 33), resolución en la se ordenó los siguientes puntos: *“1) Tener por no presentado el escrito obrante a fs. 21/23 de autos. 2) Dar por decaído el derecho que ha dejado de usar el señor M. Á. L. G. para contestar el traslado de la presente demanda. 3) Téngase por notificado al Abog. C. B. S., representante convencional de la Sra. M. A. C. del proveído del 21 de julio de 2008. 5) De la prueba pericial córrase traslado a los señores N. L. y M. DE L. de conformidad al artículo 345 del C.P.C.”.*

Conclusiones – 2ª parte

El Primer Apartado de la resolución transcrita no ofrece reparados por aplicación del artículo 60 del C.P.C., preceptiva que estable claramente los efectos de la no ratificación de la actuación del profesional sin acompañar los recaudos que acrediten su personalidad dentro del plazo de treinta días y, consecuentemente, también se encuentra ajustado a derecho que se haya dado por decaído el derecho que tenía el señor M. Á. L. G. para contestar el traslado para contestar la demanda. Naturalmente, el decaimiento del derecho a contestar la demanda tampoco implica indefensión alguna ya que, aún cuando la actuación de la profesional L. C. G. V. haya sido declarada nula, no por eso resulta evidente que el demandado tuvo conocimiento cierto de la acción incoada en su contra. En síntesis, el juicio podía seguir su curso válidamente.

En cuanto al Cuarto Apartado, habría que hacer la siguiente precisión. El hecho de que se haya corrido traslado de la prueba de ADN a los señores N. L. y M. de L. está correcto en atención a que dichas personas, como terceros en el juicio, debían aceptar o no someterse a la prueba de ADN en reemplazo del hijo de ambos, el señor M. Á. L. G.. Lo que carece de validez jurídica es la parte que dice: “ ... de conformidad al artículo 345 del C.P.C.”. Esta norma inserta en el auto interlocutorio transcrito dice: *“Del escrito a que se refiere el artículo anterior, se correrá traslado por tres días a la otra parte. Ésta, al contestarlo, deberá manifestar si se adhiere o se opone a la prueba, o que no tiene interés en ella”*.

Como se ha dejado aclarado, los señores N. L. y M. de L. no son partes en este proceso y, en su caso, si no aceptaban someterse a la prueba de ADN en reemplazo del hijo en común, tal decisión no tendría ninguna incidencia dentro del proceso, excepto que la prueba no podría realizarse.

5) En orden de ideas, corrida vista del estado procesal de la causa, la Defensora Bettina Ovando dijo en la parte final de su exposición *“Que por todo lo expuesto esta Defensoría de la Niñez y la Adolescencia aconseja a V.S. respetuosamente disponer como medida de mejor proveer la realización de la pericia de ADN, en el laboratorio y la fecha que el Juzgado determine, debiendo notificarse de la misma a las partes litigantes”* (fs.39/40). Asimismo, que, la Agente Fiscal Fátima Escobar Sarubbi, aconsejó al Juzgado *“la realización de la Prueba Pericial de sangre de ADN (ácido desoxirribonucleico) dispuso como medida de mejor proveer, la realización de la prueba pericial de sangre de ADN (ácido*

*desoxirribonucleico), a fin de llegar a la verdad real sobre la existencia del vínculo biológico-filial entre el señor M. Á. L. G. y la niña N.K.L. G.” (fs. 41).*

6) El Juzgado, por A.I. N° 192 de fecha 15 de abril de 2009 resolvió: “1) *Admitir la prueba pericial del análisis de sangre de ADN a realizarse en el Laboratorio ADN LAB. 2) Disponer la realización de la prueba pericial hematológica de ADN y para el efecto señálese audiencia para el 4 del mes de mayo del cte. año a las 13:40 horas a fin de que la Sra. M. A. G. C., la niña N. K. L. G., y los abuelos paternos, Sres. N. L. y M. de L., comparezcan ante el Laboratorio genético ADN LAB sito en Juan E: O Leary N° 1127 e/ Jejuí de esta capital a efectos de la realización de la prueba de ADN., comisionando a la Actuaría Nathalia Gabriela Cárdenas, para que se constituya en el lugar, debiendo labrar todo lo actuado, así como la comparecencia o no de las partes para tales efectos ofíciase. 3) Imponer los costos de la referida prueba a costa de la actora Sra. M. A. G. C., independientemente de la imposición de las costas del juicio” (fs. 42). El resultado laboratorial y el acta respectiva ya se adjuntaron al expediente (fls. 46/53) y se dispuso su agregación por providencia del 4 de junio de 2009 (fl. 54).*

7) Ya en la etapa de los alegatos, la Defensora Bettina Ovando dio su opinión en el sentido de que el juicio se retrotraiga a fs. 33 de autos sobre la base de la siguiente argumentación: “...*Que, los señores N. L. y M. DE L. no son partes en el presente proceso (art. 46 del C.P.C. en concordancia con el artículo 87 del C.O.J.), más aún teniendo en cuenta que el escrito agregado a fs. 21/23 se tiene por no presentado, por lo que su contenido se tiene por no sabido, por lo que el Juzgado no los pudo citar a que los mismos como partes litigantes procedan a participar en el proceso...*”. Terminó aconsejando al Juzgado que se declare de oficio la nulidad de las actuaciones hasta la foja 33 (fls.61/62). A estas consideraciones se adhirió la Agente Fiscal Fátima Escobar Sarubbi (fl. 63). Dictándose finalmente el auto interlocutorio recurrido.

#### Conclusiones finales.

Deviene obvio, tal como se demostró con anterioridad que los señores N. L. y M. DE L., no intervinieron como partes en el presente juicio. Desde luego, en el sentido estricto del término, solamente son partes en el juicio la señora M. A. G. C. y M.Á. L. G., accionante y accionado respectivamente en este proceso. Por otro lado, la intervención de aquellos en el proceso fue al solo efecto de someterse a la prueba de ADN, prueba que el Juzgado la puede ordenar sin que necesariamente en la realización de la misma intervenga el padre biológico. En efecto, en

ausencia de éste, como en el caso de autos e incluso, en el supuesto de que haya fallecido, la prueba de ADN puede tener lugar con los abuelos paternos, un hermano, un tío, etc., si por alguna razón no se puede conseguir los restos mortales de quien es demandado post mortem.

Reconozco que el vocablo traslado se haya prestado a confusiones. No obstante, que se le haya corrido traslado de la prueba de ADN a los señores N. L. y M. DE L. implica solamente que los mismos podían aceptar o no la decisión del Juzgado, con la diferencia que respecto a ellos no cabría aplicar la presunción establecida en el artículo 184 del Código de la Niñez y la Adolescencia, precisamente por no ser partes en el juicio en el sentido estricto más arriba aclarado.

En síntesis, como no ha existido indefensión en el proceso, que siguió su curso normal, y habiéndose ordenado el diligenciamiento de la prueba de ADN dentro de las facultades instructorias del Juzgado en forma correcta, no existen motivos para la declaración de nulidad de las actuaciones procesales posteriores al folio 33 de autos, razones por las cuales soy de parecer que la resolución recurrida amerita ser revocada y disponerse su devolución al Juzgado de origen a los efectos procesales que corresponden, sin más trámite. Por último, me permitiría sugerir al Juzgado que disponga como medida de mejor proveer la agregación al expediente del certificado de nacimiento del señor M. Á. L. G. a fin de acreditar el vínculo jurídico entre el nombrado accionado y los señores N. L. y M. de L..

Por tanto, el Tribunal de Apelación de la Niñez y la Adolescencia

**RESUELVE:** Revocar la resolución recurrida por las razones y en el sentido y alcance expuestos en el exordio de la presente resolución. Ordenar la inmediata devolución de estos autos al Juzgado de origen a los efectos procesales que corresponden, sin más trámite. Anótese, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Manuel Silvio Rodríguez, Fulvia Núñez de Vera y Aragón y Arnaldo Samuel Aguirre Ayala.

Ante mí: Maria E. Galeano, Actuarial Judicial.

\* \* \*

**AUTO INTERLOCUTORIO N° 490**

*Cuestión debatida: lo que interesa dilucidar es si la denegación de la suspensión del plazo para alegar dispuesta por el Juzgado se ajusta o no a derecho.*

**FILIACIÓN. MINISTERIO PÚBLICO. Agentes Fiscales.**

Si bien es cierto que la Fiscalía de la Niñez y la Adolescencia tiene una intervención necesaria en este tipo de proceso (Filiación) según así lo establece el artículo 65, inc. “b” del Código de Organización Judicial, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 168 del Código de la Niñez y la Adolescencia en el mismo sentido, no es menos cierto que su dictamen no tiene carácter vinculante para el Juzgado.

**MINISTERIO PÚBLICO. Agentes Fiscales. Facultades de los agentes fiscales.**

La representante del Ministerio Público es la que puede interponer el recurso de nulidad por su no intervención en un proceso en el que es parte necesaria y no otra parte en el juicio en su nombre (art. 40 del C.P.C.).

**PLAZOS PROCESALES. Suspensión del plazo.**

Como el juicio de reconocimiento de filiación se rige por el Proceso de Conocimiento Sumario (art. 683 del C.P.C.), debido a la modificación introducida en el artículo 183 del C.N. y A., el plazo de la suspensión sería de diez días. Naturalmente, el plazo para contestar la demanda es solamente de nueve días y el que corresponde a la etapa probatoria es de veinte días (art. 683, inc. “a” del C.P.C.).

**PLAZOS PROCESALES. Suspensión del plazo. PRUEBA.**

Para hacerse merecedor de la suspensión del plazo para alegar, el litigante no solamente debió haber mostrado diligencia en el ofrecimiento de las pruebas en tiempo y forma, sino también indicar y solicitar al Juzgado el modo de solucionar los inconvenientes que surgen dentro del proceso para el diligenciamiento de sus pruebas.

**PRUEBA DOCUMENTAL. Autenticidad del documento.**

Si bien el art. 404 del C.C. dispone que toda persona contra quien se presentare en juicio un instrumento privado cuya firma se le atribuye, deberá declarar si la firma es o no suya, en el caso resulta inaplicable al caso de autos, por disposición del art. 307 del C.P.C. (Voto del Dr. Samuel Aguirre por su propio fundamento)



**PRUEBA DOCUMENTAL. Autenticidad del documento.**

Los documentos presentados deben tenerse por auténticos, por imperio de la ley procesal y no requiere la pericia caligráfica de si son o no las firmas del demandado para establecer su autenticidad. De ahí resulta evidentemente inoficiosa que se suspenda el plazo para alegar para realizar esta pericia. No obstante, en cuanto a la valoración de su contenido, queda librado a la sana crítica del Juzgado en el momento de dictarse sentencia. (Voto del Dr. Samuel Aguirre por su propio fundamento).

TApel. Niñez y Adolescencia. 13-10-10. “M.V.L s Reconocimiento de filiación” (A. I. N° 490).

Asunción, 12 de octubre de 2010.

VISTOS: Los recursos de nulidad y apelación interpuestos contra la providencia de fecha 15 de julio de 2010 dictado por la Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia del Primer Turno de San Lorenzo, y

CONSIDERANDO: Opinión del Dr. Silvio Rodríguez. LA NULIDAD: La profesional E. B. M. alega que la providencia recurrida devine nula en razón de que el Juzgado no hizo lugar a la suspensión del plazo para alegar basando su decisión en un informe de la Actuaría en vez de correr vista del pedido de suspensión a la representante del Ministerio Público, que es parte esencial en el juicio de reconocimiento de filiación (fl. 286). En lo que respecta a la intervención de la Fiscalía de la Niñez y la Adolescencia, si bien es cierto que tiene una intervención necesaria en este tipo de proceso según así lo establece el artículo 65, inc. “b” del Código de Organización Judicial, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 168 del Código de la Niñez y la Adolescencia en el mismo sentido, no es menos cierto que su dictamen no tiene carácter vinculante para el Juzgado. Por otra parte, es la representante del Ministerio Público la que puede interponer el recurso de nulidad por su no intervención en un proceso en el que es parte necesaria y no otra parte en el juicio en su nombre (art. 40 del C.P.C.). Por lo demás, este requisito procesal fue cumplido por este Tribunal por providencia del 26 de agosto de 2010 (fls. 294/296). En lo que atañe al informe de la Actuaría, informe en el que se basó la Jueza para denegar la suspensión del plazo para alegar (fls. 281/282), la actuación de la Actuaría no fue sino el cumplimiento de una disposición emanada del Juzgado y, por consiguiente, lo que interesa dilucidar es si la denegación de la suspensión del plazo para alegar dispuesta por el Juzgado se ajusta o no a derecho. Por lo expuesto en líneas precedentes, no procede en este caso hacer lugar al recurso de nulidad.

LA APELACIÓN: La providencia recurrida dice: “Atenta al informe de la Actuaría que antecede y de las constancias de autos, del pedido de suspensión del plazo para alegar no ha lugar por no darse los presupuestos establecidos en el artículo 267 del C.P.C. para la procedencia del mismo”. Y el artículo 267 del C.P.C. estatuye cuanto sigue: “La parte que hubiera demostrado diligencia en el ofrecimiento y producción de sus pruebas, podrá solicitar dentro del tercero día de notificada la providencia que declaró cerrado el periodo de pruebas, la suspensión de la etapa procesal siguiente, por un plazo de veinte días y en el proceso de conocimiento ordinario y de diez días en los procesos especiales e incidentes, a fin de producir las pruebas pendientes”. Como el juicio de reconocimiento de filiación se rige por el Proceso de Conocimiento Sumario (art. 683 del C.P.C.), debido a la modificación introducida en el artículo 183 del C.N. y A., el plazo de la suspensión sería de diez días. Naturalmente, el plazo para contestar la demanda es solamente de nueve días y el que corresponde a la etapa probatoria es de veinte días (art. 683, inc. “a” del C.P.C.). Dentro de estos delineamientos se verá si la suspensión de la presentación de los alegatos se adecua o no a las exigencias impuestas en el artículo 267 del C.P.C.

ANTECEDENTES DEL CASO: 1) En el escrito inicial de la demanda el 3 de marzo de 2008 (fl. 28), la profesional E. B. M. ofreció como pruebas el *reconocimiento de firmas* atribuidas al accionado, el Dr. Arsenio Sarabia y, en caso de negarlas, solicitó la *prueba caligráfica* para acreditar el hecho (fl. 27 vlto.). Quiere decir, pues, que estas pruebas fueron ofrecidas de conformidad a lo dispuesto en el artículo 683, inc. “c” del C.P.C. Estas mismas pruebas fueron ratificadas en el escrito presentado por la nombrada profesional el 23 de mayo de 2008 (fl. 75 y 75 vlto.). Posteriormente, por providencia del 27 de mayo de 2008 (fl. 79), el Juzgado que ese entonces entendía en el juicio (Juzgado de la ciudad Lambaré), ordenó el diligenciamiento de las pruebas ofrecidas en el juicios, pero, no se pronunció sobre el reconocimiento de firmas.

2) El 29 de mayo de 2008 la profesional E. B. M. volvió a insistir en la realización de la prueba de reconocimiento de firmas (fl. 81). Así las cosas, por proveído del 30 de mayo de 2008, el Juzgado admitió las pruebas de *reconocimiento de firmas, fotografías y de letra del señor A. S.* y de la prueba *pericial caligráfica corrió traslado a la adversas por el término de ley* (fl. 84). La prueba así ordenada tenía un contrasentido. En efecto, la actora solicitó la prueba caligráfica en la hipótesis de que el señor Arsenio Sarabia niegue la firma que

se le atribuía. En otras palabras, si mediaba el reconocimiento, obviamente no iba a ser necesaria la prueba caligráfica.

3) Posteriormente, el 3 de junio de 2008, se presentó el señor A. S. a solicitar la suspensión de la audiencia para la absolución de posiciones y el reconocimiento de firmas por encontrarse en *tratamiento médico* (fl. 89). El Juzgado no se pronunció sobre esta petición inmediatamente. No obstante, obra en autos la notificación por cédula del diligenciamiento de las pruebas admitidas, diligenciada el 2 de junio de 2008 (fl. 90).

4) Ante esta situación, la Abog. E. B. M. pidió que se señale nueva audiencia con el mismo objeto el 5 de junio de 2008, petición acogida favorablemente por el Juzgado según providencia del 11 de junio de 2008 (fls. 95 y 96 respectivamente). No consta en autos la notificación de esta última providencia.

5) Seguramente por esta razón, el 10 de junio de 2008, la profesional volvió a solicitar que se fije una nueva audiencia para el reconocimiento de firma (fl. 107), pretensión que se repitió el 13 de junio de 2008 (111). Ante esta presentación, el propio demandado, el señor A. S., en un escrito presentado 17 de junio de 2008 dejó de manifiesto cuanto sigue: *“Que, vengo a solicitar adelantamiento de la audiencia de absolución de posiciones y reconocimiento de firmas fijado para el 1 de junio del cte. año, en razón de que esa fecha me sometería a una cirugía menor y tengo especial interés que se lleve a cabo dichas diligencias”*.

6) Por providencia del 18 de junio de 2008 el Juzgado hizo lugar a la petición del Abog. A. S. y señaló la audiencia para el 20 de junio (sin especificarse la hora ni el año) a fin de que el nombrado accionado comparezca a absolver posiciones y para el reconocimiento de firmas y fotografías (fl. 120). Las audiencias de absolución de posiciones y para el reconocimiento de firmas, no tienen la firma del Jueza ni del Secretario (fls. 122/123). Dichas actuaciones procesales dieron pie para que la profesional E. B. M. interpusiera incidente de nulidad de las audiencias en cuestión el 23 de junio de 2008 (fl. 127), incidente ampliado según presentación del 24 de junio de 2008 (fl. 130).

7) Luego de ciertas incidencias en el desarrollo del proceso, el juicio pasó a ser entendido por el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia del Segundo Turno de San Lorenzo y, por A.I. N° 242 del 25 de junio de 2009, el Juzgado resolvió hacer lugar al incidente de nulidad planteado por la Abog. E. B. M., declaró la nulidad de las audiencias obrantes a fs. 116, 117 y 118 (declaraciones testificales), la nulidad del acta de absolución obrante a fs. 122 de autos

y del acta de reconocimiento de firma y letra obrante a fs. 123 de autos, señaló nueva audiencia para que el señor A. S. se presente a absolver posiciones y para el reconocimiento de firmas que se atribuyó al nombrado demandado y nuevas audiencias para las declaraciones testimoniales de los señores S. E. P. V., F. M. y B. C.R. G. (fl. 184). Esta resolución fue confirmada por A.I. N° 398 del 25 de setiembre de 2009, dictada por este Tribunal (fls. 221/222). En este auto interlocutorio también se aclaró que quedaban nueve días para que se opere el vencimiento del periodo probatorio.

8) El 26 de noviembre de 2009 la Jueza G. E. B. fue recusada (fl. 231) y, por providencia del 11 de diciembre de 2009, asumió su competencia el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia del Primer Turno de San Lorenzo, dictándose el 11 de diciembre de 2009 la siguiente providencia: *“Téngase por recibido estos autos. Hágase saber a las partes. Notifíquese por cédula”* (fl. 231). La profesional E. B.M. fue notificada el día jueves 17 de diciembre de 2009 (fl. 232) y el señor A.S. se notificó personalmente el día viernes 18 de diciembre del mismo año (fl. 233).

9) El 18 de diciembre de 2009, la profesional E. B.M. petitionó la fijación de audiencias para las testimoniales ofrecidas, para la absolución del demandado A. S., para el reconocimiento de firmas y de letras por el mismo accionado, para las pruebas antropomórficas o biotipológica (fl. 234 y 234 vlto.) y, por providencia del 28 de diciembre de 2009, el Juzgado dictó la providencia que sigue: *“Previamente el actuario deberá dar cumplimiento a lo dispuesto por proveído de fecha 24 de junio/08 obrante a fs. 126 de autos y en tal sentido informar sobre el periodo probatorio en estos autos”* (fl. 234 vlto). Formulada el urgimiento sobre lo solicitado por parte de la profesional E. B. M. el 21 de diciembre de 2009 (fl. 235), por providencia del 28 de diciembre de 2009 el Juzgado dispuso que: *“Téngase presente y estese al proveído de esta misma fecha, obrante a fs. 234 vlto.”* (fl. 235 vlto.). Ante el nuevo urgimiento presentado el 28 de diciembre de 2009 por la profesional E. B. M. (fl. 237), el Juzgado respondió con una providencia similar a las anteriores (fl. 237 vlto.).

10) En realidad todas estas actuaciones descriptas precedentemente resultaban absolutamente inoficiosas ya que el periodo probatorio realmente fue reiniciado el 11 de febrero de 2010 ya que recién el día anterior la Agente Fiscal interviniente se dio por notificada de la providencia del 11 de diciembre de 2009, ocasión en que se hizo cargo del caso la Jueza Karem González Acuña (fl. 238).

Pero en fin, por providencia del 11 de febrero de 2010, el Juzgado admitió todas las pruebas cuyo diligenciamientos había solicitado la profesional E. B. M. (fl. 239), incluyéndose en la misma el reconocimiento de los documentos atribuidos al señor Arsenio Saravia, quien fue notificado 15 de febrero de 2010 de dicha providencia.

11) Así las cosas, por A.I. N° 27 del 3 de marzo de 2010 el Juzgado dispuso las siguientes medidas: “1) Admitir la prueba pericial propuesta por la actora; 2) Designar como perito único al Lic. O. O. G.; 3) Establecer, como puntos de la pericia: Diga el perito si las firmas obrantes al pie de las libretas de calificaciones, del catecismo de primera confesión y del resultado de la prueba formativa del primer Grado “A” del mes de junio de 1998, corresponden de puño y letra al señor A. S., es decir si son o no de su puño y letra. Diga el perito si las letras obrantes en la etapa del catecismo de primera confesión corresponden o no al señor A., es decir si son o no de su puño y letra; 4) Señalar la audiencia del día 8 del mes de marzo del año en curso a las 10:30 horas a fin de que el perito designado comparezca a la aceptación del cargo y retiro de los documentos correspondientes; 5) Utilizar como parámetro comparativo estampadas por el señor A. S. en la audiencia de absolución de posiciones y de reconocimiento de firmas; 6) Las costas de la presente pericia, en esta Instancia procesal, estará a cargo de la oferente (actora); 7) Notifíquese por cédula” (fl. 258). El perito designado fue notificado por cédula el 4 de marzo de 2010” (fl. 260). Asimismo, consta en autos que en el día y hora indicados compareció el perito O. O. G. compareció ante el Juzgado para aceptar el cargo bajo el juramento de decir verdad (fl. 264). No obstante, es de advertir que al señor A. S. no se le llegó a notificar esta providencia, lo cual significa que para el mismo no quedó firme esta resolución.

12) El 8 de marzo de 2010 el Juzgado dictó la siguiente providencia: “Una vez firme y ejecutoriada el A.I. N° 27 de fecha 3 de marzo del año en curso, dispóngase la entrega al perito calígrafo designado en auto, las actas de audiencias originales de la absolución de posiciones y el reconocimiento de firma de señor A. S. obrantes en autos previa agregación temporal de las mismas actas debidamente autenticada por la actuaria. Otorgase un plazo de 5 días a fin de que el perito designado presente el informe del trabajo para cual fue designado” (fl. 265).

13) Posteriormente, reiterado el cierre del periodo probatorio por parte del señor Arsenio Saravia el 10 de marzo de 2010, por providencia del 14 de abril de

2010 el Juzgado dispuso que informe la actuaria y vuelva (fl. 266). Hecho el informe de rigor, por providencia del 28 de junio de 2010 el Juzgado estableció agregar las pruebas ofrecidas y diligenciadas por las partes intervinientes, ordenó el cierre del periodo probatorio en el presente juicio y entréguese estos autos a las partes por su orden a fin de que presenten sus respectivos alegatos de bien probado si así convinieren a sus derechos (fl. 276).

CONCLUSIONES: En estas condiciones, la profesional E.B.I.M. solicitó la suspensión del plazo para alegar el 28 de junio de 2010 (fl. 277), es decir, el mismo día en que se decretó el cierre del periodo probatorio, oponiéndose a dicha pretensión el señor A. S. según su presentación del 8 de julio de 2010 (fls. 278/280), dando así lugar a la providencia que dio lugar al objeto de recurso de apelación en estudio y que se analizará seguidamente.

A este efecto, se tiene que partir de la base de lo establecido en el artículo 267 del Código Procesal Civil que dice: *“La parte que hubiese mostrado diligencia en el ofrecimiento y producción de sus pruebas, podrá solicitar dentro del tercero día de notificada la providencia que declaró cerrado el periodo de prueba, la suspensión de la etapa procesal siguiente, por un plazo máximo de veinte días en el proceso de conocimiento ordinario y de diez días en los procesos especiales e incidentes, a fin de producir las pruebas pendientes”*.

En este sentido, una constante y pacífica jurisprudencia en sede civil ha impuesto como criterio que para hacerse merecedor de la suspensión del plazo para alegar, el litigante no solamente debió haber mostrado diligencia en el ofrecimiento de las pruebas en tiempo y forma, sino también indicar y solicitar al Juzgado el modo de solucionar los inconvenientes que surgen dentro del proceso para el diligenciamiento de sus pruebas.

Y bien, una de las pruebas cuyo diligenciamiento pretende la parte actora es la declaración testifical de los señores L. R. V.A., S. E. P. V., F. M. y B. C. M.. Estos testigos fueron ofrecidos al plantearse la demanda por reconocimiento de filiación conforme a la regla estatuida en el artículo 683 del Código Procesal Civil. No obstante, conviene insistir en que las testificales ofrecidas fueron admitidas por providencia del 3 de mayo de 2008 cuando entendía en el proceso el Juez Isidoro Olazar Pozza y señalándose las audiencias respectivas (fl. 84). Lo mismo ocurrió cuando en el A.I. N° 242 del 25 de junio de 2009 (fl. 184), la Jueza Gloria Elizabeth Benítez, con buen tino por cierto, volvió a admitir las mismas testificales tal como se expuso en el numeral 7) de la descripción de actuaciones procesales expuestas en esta exposición.

Dentro de este contexto, como no se peticionó que los testigos fueran citados por el Juzgado, quiere decir que la oferente asumió la carga procesal de presentar a los testigos ofrecidos y, al no haber procedido de la primera manera, no puede saberse a ciencia cierta la razón por la cual los testigos no se presentaron a declarar (arts. 321 y 322 del C.P.C.). De modo que respecto a este medio probatorio, no existen méritos para otorgar la suspensión del plazo para alegar ni en la hipótesis de que las incidencias ocurridas dentro del proceso hayan incidido en la no producción de las pruebas testificales. Por lo demás, la profesional E. B. M. nada dijo sobre este particular.

Ahora bien, en lo que respecta a la prueba caligráfica, admitida ya en la providencia del 11 de febrero de 2010 (fl. 239), la admisión no contenía la frase *bajo apercibimiento de tener por auténticos los documentos atribuidos al accionado Arsenio Sarabia* ni la profesional E. B. M. había peticionado que la audiencia señalada para aquél contenga este apercibimiento. Este tipo de apercibimiento, clásico en las ejecuciones de documentos quirografarios, se ha halla previsto aunque en diferentes términos en los artículos 219 y 235, inc. “a” del C.P.C.

En este orden de ideas, si bien en el A.I. N° 27 del 3 de marzo de 2010 se admitió nuevamente la metada prueba pericial (fl. 258), el cumplimiento de esta resolución quedó supeditada a que quede firme en el proceso, según la providencia del 8 de marzo de 2010 (fl. 265). Naturalmente, al no haber sido notificado el señor Arsenio Sarabia de aquél auto interlocutorio, el mismo no quedó firme en el proceso (ver el detalle de actuaciones procesales enunciadas en los Numerales 10, 11 y 12 para una mejor comprensión).

En fin, creo que con análisis efectuado precedentemente, la profesional E. B. M., aparte de sus urgimientos, no hizo lo necesario para remediar procesalmente la realización de la prueba pericial pretendida a través de su pedido de suspensión del plazo para alegar, razón por la cual corresponde confirmar con costas la providencia recurrida de conformidad a la regla contenida en el artículo 192 del C.P.C., todo esto sin perjuicio de que el Juzgado disponga alguna medida de mejor proveer el ejercicio de sus facultadas ordenatorias dado la desprolijidad que caracterizó a todo este engorroso proceso (art. 383 del C.P.C.).

Opinión del miembro Arnaldo Samuel Aguirre: La abogada E. B. M., representante convencional de la parte actora en este juicio, planteó el incidente de suspensión del término para alegar, a fin de producir estas pruebas: 1) declara-

ción testifical de cuatro personas, y 2) la pericia caligráfica de las firmas del demandado, Sr. A. S., obrante en los instrumentos privados a fs. 8, 9, 10, 11, 12, 14 y 21 del expte., instrumentos que fueron acompañados en la promoción de la demanda de filiación. En relación a este último punto, considero que el planteamiento es inocuo y superfluo, por los motivos que paso a exponer.

Si bien el art. 404 del C.C. dispone que toda persona contra quien se presentare en juicio un instrumento privado cuya firma se le atribuye, deberá declarar si la firma es o no suya, resulta inaplicable al caso de autos, por disposición del art. 307 del C.P.C., que establece: “*Los documentos presentados en juicio por una de las partes, y atribuidos a la otra, se tienen por auténticos, salvo impugnación y prueba en contrario...*”. Esta impugnación necesariamente tuvo que efectuar el demandado al contestar la demanda, situación que en el proceso no se ha dado, por cuanto que el Sr. A. S. no interpuso la pertinente impugnación, según constancia de autos. En consecuencia, los documentos mencionados deben tenerse por auténticos, por imperio de la ley procesal y no requiere la pericia caligráfica de si son o no las firmas del demandado para establecer su autenticidad. De ahí resulta evidentemente inoficiosa que se suspenda el plazo para alegar para realizar esta pericia. No obstante, en cuanto a la valoración de su contenido, queda librado a la sana crítica del Juzgado en el momento de dictarse sentencia.

En lo que respecta a la declaración testifical, me adhiero a la opinión del colega preopinante, Dr. Silvio Rodríguez.

A su turno, la Dra. Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón manifiesta que se adhiere al voto del Dr. Silvio Rodríguez por sus mismos fundamentos.

POR TANTO, el Tribunal de Apelación de la Niñez y la Adolescencia

RESUELVE: No hacer lugar al recurso de nulidad. Confirmar, con costas, la providencial 15 de julio de 2010. Anótese, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Fulvia Núñez de Vera y Aragón, Manuel Silvio Rodríguez, Arnaldo Samuel Aguirre Ayala.

Ante mí: María E. Galeano, Actuaría Judicial.

\* \* \*



## **AUTO INTERLOCUTORIO N° 595**

### **DENUNCIA. Denuncia ante el Ministerio Público. Obligación de denunciar.**

Los niños encontrados en la vía pública, en especial en los casos de bebés, deben ser comunicados, incluso por los profesionales que lo atendieron en el Hospital a la CODENI local, a la Defensoría de la Niñez o al Ministerio Público a fin de que éstos, dentro de sus respectivas competencias adopten las medidas apropiadas al caso (art. 5° del C.N. y A.).

### **MEDIDAS CAUTELARES. MENORES. Abandono de menores. Medidas cautelares en menores. NACIMIENTO. Declaración de nacimiento.**

La medida de Abrigo u otra Medida Cautelar de Protección le corresponde exclusivamente a la competencia del Juzgado de la Niñez y la Adolescencia (art. 161 inc. “f” del C.N. y A.), pero no de acuerdo al artículo 175 inc. “a” del mismo cuerpo legal, disposición que supone un juicio regido por el Procedimiento General cuando que, en rigor de verdad, en casos como el presente, es el Juzgado de la Niñez y la Adolescencia el que tiene que dictar la Medida Cautelar de Protección en forma autónoma, sea el Abrigo o la Guarda, e incluso ordenar su inscripción en el Registro Civil de conformidad a lo dispuesto en los artículos 62 y 63 de la Ley N° 1266/88, pero no el Centro de Adopciones.

### **ADOPCIÓN. Centro de Adopciones.**

La intervención concedida por el Juzgado al Centro de Adopciones no es sinónimo de la entrega del niño a ninguna familia acogedora, más aún cuando no se dio inicio al juicio de Estado de Adopción

### **MENORES. Protección de menores.**

Si no hay un pedido expreso de la Defensora de la Niñez y la Adolescencia en lo que concierne a la búsqueda y localización, la ubicación de los familiares del niño abandonado, deja a éste en un estado de indefinición sine die en cuanto a su situación jurídica, es decir, no se sabe si hasta cuando va seguir con la familia acogedora o alguna vez va a ser adoptado.

### **ADOPCIÓN. Centro de Adopciones. MAGISTRADO. Facultades de los magistrados.**

Mientras el menor abandonado se encuentra en un estado de indefensión, el niño sigue bajo la responsabilidad del Juzgado, careciendo de relevancia la

intervención del Centro de Adopciones por la imposibilidad de darse inicio al juicio de declaración Estado de Adopción.

**ADOPCIÓN. Legislación aplicable a la adopción. MENORES. Abandono de menores. PATRIA POTESTAD. Pérdida de la patria potestad.**

La Ley de Adopciones ha sido creada precisamente para brindar seguridad jurídica al proceso de adopción. Sin embargo, no puede perderse de vista que el abandono de un bebé en la vía pública constituye una causal de la pérdida de la patria potestad según así lo dispone el artículo 73 inc. a) del Código de la Niñez y la Adolescencia, sin perjuicio de las previsiones contenidas en los incisos c) y d) de la misma norma.

**MENORES. Abandono de menores. PATRIA POTESTAD. Pérdida de la patria potestad.**

Cuando la madre abandona a un bebé en la vía pública, la propia Defensora de la Niñez y la Adolescencia puede iniciar el juicio de pérdida de la patria potestad y petitionar las medidas de protección que estime convenientes cuando la violación de los derechos del niño es tan evidente como en el caso analizado (art. 163 inc. a) y c) del C.N. y A.)

**ACCIÓN PENAL. Acción penal pública. MENORES. Abandono de menores.**

El Ministerio Público, como dueño de la acción penal, en el supuesto de que la madre del menor abandonado sea encontrada e individualizada convenientemente, necesariamente tiene que ser imputada por el hecho punible de violación del deber de cuidado o educación previsto en el artículo 226 del Código Penal.

**ADOPCIÓN. Mantenimiento del vínculo familiar.**

Mal podría hablarse de una búsqueda incipiente cuando ya venció con creces el plazo de noventa días que establece el artículo 22 de la Ley de Adopciones.

**ADOPCIÓN. Centro de Adopciones.**

Si bien las familias acogedoras evitarían la institucionalización de los niños, entre las funciones del Centro no se contempla para nada la creación de una figura de protección que solo por ley puede crearse.

**ADOPCIÓN. Centro de Adopciones.**

El artículo 105 del C.N. y A. dispone claramente que en los casos de menores de seis años, deberá priorizarse la adopción. Entonces, las familias sustitui-

tas creadas por el Código de la Niñez y la Adolescencia no contradice ninguna norma de la Ley de Adopciones y, en su caso, como aquella es posterior a ésta, debe encontrarse la manera de modificarse mediante una nueva ley en lo referente al proceso a ser seguido para las adopciones.

**CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la identidad.**

El derecho a la identidad prevalece sobre la adopción como una salida al problema. No existe, por tanto, una antinomia entre lo dispuesto en los primeros tres párrafos del artículo 22 de la Ley de Adopciones y el artículo 5° del Código de la Niñez y la Adolescencia. Es más, el artículo 5° se complementa con el artículo 29 inc. 1) de la Ley de Adopciones en los que respecta a la colaboración a la labor jurisdiccional en la búsqueda y localización de los progenitores del niño con el objeto de esclarecer su identidad.

**JUEZ DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Competencia.**

Si bien el art. 103 del C.N. y A. contiene la frase privado de su núcleo familiar por orden judicial, si el niño es dejado a su suerte en la vía pública, con mayor razón es el Juzgado de la Niñez y la Adolescencia quien tiene la competencia para otorgar como medida cautelar la guarda, la tutela y, en su caso, la adopción, debiendo esta última priorizarse si el niño es menor de seis años ( Art. 105 del C.N. y A.).

**DERECHOS DEL NIÑO.**

Los artículos 5°, 103 y 111 del Código de la Niñez y la Adolescencia tienen su correlato exacto con la disposición contenida en el artículo 54 de la Constitución Nacional, cuya última parte dice que en caso de conflictos, los derechos del niño tienen carácter prevaleciente.

**ADOPCIÓN. Declaración de estado de adopción.**

El art. 29 inc. 16) de la ley de adopciones demuestra con toda elocuencia que las familias acogedoras solamente pueden recibir a niños declarados en estado de adopción, pero, no antes. En definitiva, en la Ley de Adopciones no se halla regulada la elección de familias acogedoras fuera de la hipótesis prevista en el artículo 29 inc. 16 de la Ley de Adopciones.

TApel. Niñez y Adolescencia. 09-12-10. “R.N.A. de J. s. Guarda (Medida Cautelar)” (A. I. N° 490).

Asunción, 9 de diciembre de 2010.

VISTO: El recurso de apelación concedido en queja contra el A.I. N° 667 de fecha 13 de mayo de 2010 dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, Laboral y de la Niñez y la Adolescencia de Lambaré, y

CONSIDERANDO: En el auto interlocutorio recurrido se resolvió expresamente cuanto sigue: *“Hacer lugar a la medida cautelar de guarda provisoria solicitada por el matrimonio conformado por los señores M. E.S. DE A. y A. A. M. de conformidad a lo expuesto en el exordio de la presente resolución y en consecuencia; Ordenar a los señores A. R. C. y T. B. O. la entrega en carácter de guarda provisoria del menor recién nacido al matrimonio conformado por los señores M. E. S. DE A. y A. A. M.. Comunicar al Centro de adopciones. Al efecto oficiar. Comisionar a la trabajadora social del poder judicial a los efectos de retirar y entregar al menor recién nacido al matrimonio S. A.. Una vez cumplida dicha diligencia elevar en forma inmediata a este Juzgado de todo lo actuado. Oficiese.”* (fl. 59).

Opinión del DR. Silvio Rodríguez. ANTECEDENTES DEL CASO (I). Antes de entrar a analizar el recurso de apelación interpuesto contra el auto interlocutorio antes transcrito, es necesario poner orden a los diferentes juicios que dio lugar el encuentro en la vía pública de un niño recién nacido. Con este objeto, se verá en primer lugar el expediente caratulado “R.N. Á. DE J.S/ medida cautelar de protección”, glosado por cuerda separada a estos autos. La historia puede resumirse en la denuncia formulada por el Agente Fiscal Interino en lo Civil, Comercial, Laboral y de la Niñez y la Adolescencia de la Fiscalía Zonal de la Lambaré, Abog. José Antonio Planás, denuncia presentada el 7 de mayo de 2010 (fls. 44/45).

*“Que, por la presente denuncia vengo a comunicar al Juzgado a su cargo, de las actuaciones que esta Representación ha realizado en relación a la Causa N° 31/10 R.N. Á. DE J. S/ medida cautelar de protección”. En tal sentido, se informa que la causa se ha iniciado por comunicación realizada por la Unidad Penal III, de la ciudad de Ñemby, a cargo de la Agente Fiscal Y.M., según la cual en fecha 2 de abril, siendo las 13:00 horas, M. B. S., paraguaya, soltera 33 años de edad, con cédula de identidad número 425.360, domiciliada en el barrio 3 de mayo de la ciudad de Ñemby, observó una caja de cartón sobre la vereda de la Avda. Cadete Boquerón casi Batalla de Ytororó del barrio 3 de mayo (Asentamiento 6 de enero de Ñemby); al revisar pudo constatar que una criatura de sexo masculino, recién nacido, de 33 semanas de gestación, con 1,650 kg., estaba en su interior; arropado con telas con manchas de sangre, por lo que inmediatamente trasladó al bebé hasta el Hospital de la ciudad de Ñemby, lugar donde se encuentra hasta la fecha. Esta Representación se constituyó ante el Hospital*

*Distrital de Ñemby en fecha 7 de abril del corriente a fin de constatar el estado de salud del recién nacido, el cual se hallaba internado en el área de Neonatología, y en incubadora, estable y con hidratación parental. Se informó en ese acto a la Dra. M. Ch. de la obligación de informar a esta Fiscalía el alta del niño. Por nota del 8 de abril del corriente esta Fiscalía pone a conocimiento del Centro de Adopciones el hallazgo del niño y el pedido de ubicación del mismo en el Hogar-cito del Centro de Adopciones o su abrigo por alguna familia propuesta por este centro. En el petitorio final de la denuncia el Agente Fiscal solicitó al Juzgado disponer como medida cautelar de protección el abrigo del niño R.N. Á. DE J. en el hogarcito del Centro de Adopciones de conformidad a lo establecido en el artículo 175 inc. a) del C.N.A”.*

Comentarios preliminares: El informe elevado por el Agente Fiscal Interviniente tiene la ventaja de haber explicado con toda claridad cómo fue encontrado el niño concluyéndose en suma, que por un accidente de la vida, el mismo fue encontrado en tal deplorable condición física y que gracias a Dios fue socorrido a tiempo. Caso contrario, otra sería la historia. No obstante, las actuaciones del Agente Fiscal ameritan algunos comentarios aclaratorios

1) Los niños encontrados en la vía pública, en especial en los casos de bebés, deben ser comunicados, incluso por los profesionales que lo atendieron en el Hospital Distrital de Ñemby a la CODENI local, a la Defensoría de la Niñez o al Ministerio Público a fin de que éstos, dentro de sus respectivas competencias adopten las medidas apropiadas al caso (art. 5° del C.N. y A.).

2) En este sentido, la medida de Abrigo u otra Medida Cautelar de Protección le corresponde exclusivamente a la competencia del Juzgado de la Niñez y la Adolescencia (art. 161 inc. “f” del C.N. y A.), pero no de acuerdo al artículo 175 inc. “a” del mismo cuerpo legal, disposición que supone un juicio regido por el Procedimiento General cuando que, en rigor de verdad, en casos como el presente, es el Juzgado de la Niñez y la Adolescencia el tiene que dictar la Medida Cautelar de Protección en forma autónoma, sea el Abrigo o la Guarda e incluso, ordenar su inscripción en el Registro Civil de conformidad a lo dispuesto en los artículos 62 y 63 de la Ley N° 1266/88, pero no el Centro de Adopciones. El Agente Fiscal interviniente no puede estar en desconocimiento de la diferencia entre las Medidas Cautelares de Protección antes individualizadas.

3) En el caso de autos, si el Agente Fiscal intervino en la causa el 7 de abril de 2010, la denuncia ante el Juzgado de la Niñez y la Adolescencia el 7 de mayo

de 2010 (después de un mes), es una violación aberrante de lo estatuido en el artículo 5° del C.N. y A.

4) En cuanto al nombre Á. D. J., no se sabe a quién atribuírsela. Sin embargo, no queda dudas que tal identificación no responde a la regla contenida en la Ley 1266/88, que es una ley de Orden Publico. En fin, se trata de errores en el procedimiento por falta de una adecuada preparación en esta Jurisdicción.

ANTECEDENTES DEL CASO (II): En el expediente “Recién nacido s/ abandono”, también glosado por cuerda separada a estos autos, con los mismos antecedentes del caso, la Defensora de la Niñez y la Adolescencia del Primer Turno de Lambaré, se presentó ante el Juzgado de la Niñez y la Adolescencia de Lambaré el 7 de abril de 2010 quien, además de solicitar determinada diligencias relacionadas con el mismo niño, aunque esta vez sin nombre alguno, pidió que se le dé intervención al Centro de Adopciones (fl. 10), y el Juzgado, por Oficio N° 279 del 14 de abril de 2010, dio intervención al Centro de Adopciones (fl. 13). Así las cosas, por nota de fecha 11 de mayo de 2010, la Directora del Centro de Adopciones, señora M. P., además de remitir el acta de recibimiento del niño Ángel de Jesús a la familia acogedora que reunía los perfiles para tal menester, dejó de manifiesto al Juzgado que estaba en conocimiento de que existía dos pedidos de guarda con relación al mismo niño y hacía hincapié sobre la preocupación del Comité de las Naciones Unidas en el sentido de recomendar que el Paraguay tome las medidas necesarias para prevenir la guarda preadoptiva en el proceso de adopción. El niño fue entregado el 7 de mayo de 2010 a los señores A. R. C. y T. B. O., familia constituida con cuatro hijos de diferentes edades (fls. 16/19).

Comentarios preliminares:

1) La intervención concedida por el Juzgado al Centro de Adopciones no es sinónimo de la entrega del niño a la ninguna familia acogedora. Es más, no tiene sentido ya que no se dio inicio al juicio de Estado de Adopción.

2) A este respecto, el artículo 22 de la Ley de Adopciones estatuye claramente que: *“Se consideran hijos de padres desconocidos a aquellos cuya filiación se desconoce. Informado el Juez competente de la existencia de niños cuyos progenitores sea desconocidos, previa vista al fiscal del menor y al defensor de tutelar, ordenará la realización de una investigación exhaustiva para la localización de los padres o miembros de su familia biológica. Esta investigación durará como mínimo noventa días que serán prorrogables a criterio del juez. En*

*caso de que los progenitores o los familiares sean localizados, deberá iniciarse con ellos el periodo de mantenimiento del vínculo familiar...”*.

3) En el caso que nos ocupa, a un mes de la denuncia que hiciera el Agente Fiscal, el juez no dictó la medida cautelar de búsqueda y localización. Entonces, si no hay un pedido expreso de la Defensora de la Niñez y la Adolescencia en lo que concierne a esta medida, la ubicación los familiares del niño, deja a éste en un estado de indefinición sine die en cuanto a su situación jurídica, es decir, no se sabe si hasta cuando va seguir con la familia acogedora o alguna vez va a ser adoptado. No obstante, lo que hay que dejar en claro es que mientras esta definición no se dé en los hechos, el niño sigue bajo la responsabilidad del Juzgado, careciendo de relevancia la intervención del Centro de Adopciones por la imposibilidad de darse inicio al juicio de Estado de Adopción.

4) El artículo 29, Numeral 1) de la Ley de Adopciones, contempla como primera función del Centro de Adopciones el de *“apoyar el juzgado competente, a través del Departamento Técnico, durante el periodo de mantenimiento del vínculo familiar; colaborar en las investigaciones para la identificación de los niños y sus familias biológicas así como en la localización de familias de padres desconocidos...”*. Si se habla del apoyo durante el mantenimiento del vínculo, obviamente se trata del juicio de Estado de Adopción previsto en el artículo 21 de la Ley de Adopciones, pero, si también tiene que apoyar en la búsqueda y localización de padres desconocidos, primordialmente en zonas alejadas de la capital o cabezas distritales, el Centro debe contar con una estructura y recursos humanos que no se sabe si tiene o no.

#### ANTECEDENTES DEL CASO (III):

Ínterin a estas diligencias, el 19 de abril de 2010 se presentó otro pedido de guarda, siempre con relación al mismo niño, caratulándose el expediente “R.N. Á. D. J. S/ guarda”. En esta ocasión los peticionantes de la guarda fueron los señores Z. B. O. DE S. y C. A. S. B. (fls.8/9). En este juicio, si bien se cumplieron ciertas diligencias, en el mismo no se dictó ninguna resolución, quedando en suspenso la guarda peticionada por las nombradas personas.

Comentarios preliminares: Si bien el niño fue abandonado en precarias condiciones, pareciera que posteriormente se convirtió en un objeto de una subasta popular. Y pensar que antes de dictarse la Ley de Adopciones, los Juzgados en lo Tutelar se veían en apuros para encontrar un hogar de abrigo o una familia para dar al niño los primeros auxilios. En fin, las paradojas de la vida.

ANTECEDENTES DEL CASO (IV): En el expediente “Queja por apelación denegada interp. por Lisa Dominguez, agente fiscal en lo civil, comercial, niñez y adolescencia de Lambaré, c/ el juzg. de 1ª Inst. de la N. y A. de Lambaré, en el juicio R.N. Á. DE J. s/ guarda (medida cautelar), también unido por cuerda floja a estos autos, no es un juicio independiente sino las copias del expediente que no ocupa y en el cual, por A.I. N° 255 de fecha 9 de julio de 2010, dictado por este Tribunal (fl. 188), se hizo lugar al recurso de queja por apelación denegada interpuesto por la Agente Fiscal, Abog. Lisa Domínguez, contra el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, Laboral y de la Niñez y la Adolescencia de Lambaré, concediéndose el recurso de apelación contra el A.I. N° 667 de fecha 13 de mayo de 2010, sin efecto suspensivo, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 694 del C.P.C y se dispuso autos para expresar agravios. Entonces, mediante el recurso de queja concedido por este Tribunal contra la citada resolución, por fin podemos adentrarnos en el análisis y resolución del presente caso.

POSICIÓN ASUMIDA POR LA AGENTE FISCAL APELANTE: La misma dijo en resumida cuenta lo siguiente “*Que teniendo en cuenta lo que dispone en el Art. 7º, inc. “b”, de la Ley N° 1136/97 el cual dispone que son sujetos de adopción los niños hijos de padres desconocidos, el niño RN A. J. se encuentra dentro de lo previsto por esta disposición legal, por lo que teniendo en cuenta dentro de lo previsto por esta disposición legal, por lo que teniendo en cuenta la situación particular del niño del presente proceso se debe regir la ley especial en materia de adopción y no solamente por el Código de la Niñez y la Adolescencia. Por estas razones en esta etapa incipiente de la búsqueda de la familia biológica mal se podría disponer la ubicación del niño en el seno de una familia en calidad de aguardadores fuera de toda propuesta del Centro de Adopciones ya que podría entorpecer el proceso de reinserción del niño en el seno de su familia biológica en caso de sea localizada, como también se desnaturalizaría el procedimiento dispuesto por la Ley 1.136/97 de Adopciones. Cabe destacar también que el Centro de Adopciones es la Institución Técnica creada por la Ley 1136/97 la cual tiene la función de seleccionar a las familias acogedoras, basándose en criterios técnicos contando con un equipo multidisciplinario el cual determina el perfil de las familias acogedoras teniendo en cuenta la particularidad de cada caso, y en atención al Interés superior del niño*”. Culminó peticionando la revocación del A.I. N° 667 de fecha 13 de mayo de 2.010 para el cual se concede la guarda del



niño R.N. A. D. J. a favor del matrimonio conformado por M. E. S. DEA. y A. A. M. y se otorgue la medida cautelar de abrigo del referido niño con una familia acogedora a propuesta del Centro de Adopciones (fls. 171/172).

Contestación de los guardadores: Los señores M. E. S. de A. y A. A. M., al contestar los agravios de la apelante dijeron cuanto sigue: *“Es verdad que el niño había sido entregado en fecha 12 de mayo a una familia acogedora, tal con consta en autos y habida cuenta de la intervención de la Fundación Corazones por la Infancia dependiente del Centro de Adopciones, el niño Á. de J. no tuvo la atención apropiada para su edad desde que fue retirado del Hospital tal como consta en las ordenes de estudios de fs. 99 al 101, lo cual era de suma urgencia por su prematuréz tal es así que conforme estudios realizados a cuenta nuestra el niño actualmente realiza fisioterapia de estimulación temprana en el Centro de Rehabilitación CERENIF. Que no es cierto lo manifestado por la apelante que el R.N. Á. de J. no se encuentre en estado de vulnerabilidad ya que no se puede comparar el afecto y la atención que puede dar una familia en carácter de guarda que un hogarcito, el niño al momento de sernos entregado se encontraba en estado de vulnerabilidad principalmente porque no existía ni un solo papel judicial que amparaba cualquier tipo de abrigo o acogimiento familiar, lo cual de por sí ya no es correcto conforme el artículo 107 del C.N. y A. además existían ordenes de estudios de fecha 9 de mayo de los cuales nadie se hizo cargo hasta que asumimos la guarda. Por otra parte dijeron: “Por otro lado debe tenerse en cuenta la dignidad del menor huérfano o en desamparo, un niño abandonado por su propia madre, que fue despojado de la protección natural de sus progenitores. Es justo que inmediatamente pueda recibir el afecto que necesita psicológicamente y físicamente, mas considerando que estuvo internado 30 días en un Hospital. La guarda permite ampliar la posibilidad de integración familiar para los niños en situación de desprotección o en peligro de estarlo; resguardar los derechos y garantías constitucionales. La intervención judicial impide el comercio de niños y las especulaciones de personas o instituciones públicas o privadas que se han proliferado como agencias de colocaciones de niños sin padres”.* Finalmente, solicitaron la confirmación del auto interlocutorio recurrido. (fls. 190/192).

POSICIÓN ASUMIDA POR LA DEFENSORA DE LA NIÑEZ DE TURNO: Por su parte, la Defensora de la Niñez y la Adolescencia, María Teresa Garcete de Sosa, dijo: *“Que a la fecha desconocemos si existe la posibilidad de*

*reinserción del niño Á. de J. con su familia biológica, ya que en autos no se agregó informe alguno del Centro de Adopciones con relación al trabajo de mantenimiento de vínculo que se encuentran realizando, por lo que la revocación de la guarda del niño Á. de J. otorgada por el Juzgado traería como consecuencia necesaria que el niño cambie nuevamente el entorno familiar en el cual se encuentra desarrollándose y tenga que residir nuevamente con una familia acogedora, con lo cual quedaría en forma temporal hasta tanto se defina su situación jurídica. Considero sumamente perjudicial desde el punto de vista emocional un nuevo cambio en el status quo del niño Á. de J. considerando todos los antecedentes que obran en autos. El niño Á. de J. sufrió el abandono por parte de su madre biológica, posteriormente fue hospitalizado y una vez que fue dado de alta fue entregado en guarda a una familia acogedora. Desde el 14 de mayo se encuentra residiendo con el matrimonio A. S., quien según los estudios periciales obrantes en autos reúne excelentes condiciones para hacerse cargo del niño. Asimismo, se debe considerar que el matrimonio A. S. se encuentra inscripto en la lista de postulantes para la adopción en el Centro de Adopciones”. Finalmente, dijo que considera que no corresponde revocar la guarda dispuesta por el Juzgado a favor del matrimonio A. S. ya que un nuevo cambio en el status quo del niño podría causar consecuencias muy negativas en su desarrollo integral (fls. 194/195).*

**CONCLUSIONES PRELIMINARES:** Como medida propedéutica, necesariamente debo encarar algunos puntos enfocados por la Agente Fiscal Lisa Domínguez. Uno de ellos es sobre la afirmación que el Centro de Adopciones ha iniciado su tarea de investigación para la identificación del niño y su familia biológica. En este contexto, si se admite la tesis de que el Centro de Adopciones puede por sí misma realizar esta tarea, debemos decir que ya han transcurrido más de siete meses desde que el niño fue encontrado en la vía pública y hasta el momento no hay noticia al respecto. Desde la perspectiva jurisdiccional, tampoco el Juzgado ha ordenado la búsqueda y localización de los familiares del niño. En síntesis, el Juzgado y el Centro se hallan totalmente incomunicados, como divididos en compartimientos estancos, quedando los vocablos apoyar al Juzgado, como primera función del Centro, en una expresión lírica que en la práctica no se aplica (por lo menos en este caso es vívido). No quiero cargar la responsabilidad ni al Centro ni al Poder Judicial, pero, no puedo dejar de mencionar que alguna vez debe articularse como corresponde las dos esferas de acciones.

Otra crítica exteriorizada por la apelante es que el artículo 7° inc. b) de la Ley N° 1136/97, al hacer referencia a que pueden ser adoptados los hijos de padres desconocidos, circunstancia que se da en el caso de autos, implica que el presente proceso se debe regir por la ley especial en materia de adopción y no solamente por el Código de la Niñez y la Adolescencia. Desde luego, la Ley de Adopciones ha sido creada precisamente para brindar seguridad jurídica al proceso de adopción. Sin embargo, no puede perderse de vista que el abandono de un bebé en la vía pública constituye una causal de la pérdida de la patria potestad según así lo dispone el artículo 73 inc. a) del Código de la Niñez y la Adolescencia, sin perjuicio de las previsiones contenidas en los incisos c) y d) de la misma norma. De modo que, sin juzgar la actitud de la madre que ha incurrido en estas causales, lo cierto y concreto es que la propia Defensora de la Niñez y la Adolescencia puede iniciar el juicio de pérdida de la patria potestad y petitionar las medidas de protección que estime convenientes cuando la violación de los derechos del niño es tan evidente como en el caso analizado (art. 163 inc. a) y c) del C.N. y A.).

Lo que quiero significar con estas observaciones, no es que el proceso de adopción salga de sus cauces. Lo que pretendo es hacer notar con letras de molde, es que en situaciones como la presente, ya no hay esperanza que se haga realidad el mantenimiento del vínculo, que en puridad es la espina dorsal de la Ley de Adopciones. Por lo demás, poniendo un poco más de pimienta a la salsa, el Ministerio Público, como dueño de la acción penal, en el supuesto de que la madre sea encontrada e individualizada convenientemente, necesariamente tiene que ser imputada por el hecho punible de violación del deber de cuidado o educación previsto en el artículo 226 del Código Penal. En cuanto al proceso penal, no quiero hacer conjeturas puesto que ya dependerá del representante del Ministerio Público ejercer el rol que le corresponde.

La apelante también hace mención de que la búsqueda y localización de la madre biológica está en un estado incipiente y que la ubicación del niño en las familias acogedoras es una garantía para el destinatario de la medida podría facilitar la reinserción del mismo dentro de su familia en el supuesto de que sean localizadas y que es una atribución del Centro el de buscar las familias acogedoras con esta finalidad. Me gusta la pasión puesta por la apelante en esta parte de su exposición. Infortunadamente no puedo compartir sus conceptos.

Por una parte, mal podría hablarse de una búsqueda incipiente cuando ya

venció con creces el plazo de noventa días que establece el artículo 22 de la Ley de Adopciones. Por otra parte, si bien las familias acogedoras evitarían la institucionalización de los niños, entre las funciones del Centro no se contempla para nada la creación de una figura de protección que solo por ley puede crearse. Además, por la extensión de los plazos, tanto el establecido en el artículo 21, y con más razón el estatuido en el artículo 22 de la Ley de Adopciones, aunque la familia acogedora esté preparada para entregar al niño cuando el Centro encuentre a la familia adecuada para el niño declarado en Estado de Adopción, jamás se impedirá el afianzamiento del vínculo afectivo del niño con dichas familias y, por consiguiente, la adaptación del niño con los futuros adoptantes será mucho más difícil cuanto más sea el tiempo de convivencia o guarda con las familias acogedoras.

Posteriormente, la apelante sostiene que las familias sustitutas previstas en el artículo 103 y siguientes del Código de la Niñez y la Adolescencia (guarda, tutela y adopción) no están concebidas con el objeto específico de la adopción. Error de apreciación. El artículo 105 In Fine del mencionado cuerpo legal dispone claramente que en los casos de menores de seis años, deberá priorizarse la adopción. Entonces, las familias sustitutas creadas por el Código de la Niñez y la Adolescencia no contradice ninguna norma de la Ley de Adopciones y, en su caso, como aquella es posterior a ésta, debe encontrarse la manera de modificarse mediante una nueva ley en lo referente al proceso a ser seguido para las adopciones.

Al cabo de estas consideraciones, como la apelante hizo alusión a una monografía mía sobre “La adopción y su relación con la guarda preadoptiva”, creo que aquella merece ciertas aclaraciones: 1) La monografía la escribí uno o dos años después de promulgarse el Código de la Niñez y la Adolescencia y recién fue publicado por primera vez por la ONG Global Infancia en el mes de julio/98 (págs. 145/151). La volví a rehacer en la monografía “Reflexiones sobre aspectos procesales del otorgamiento de la guarda a la luz de la ley de adopciones”, publicado en la Gaceta Judicial, cuya edición corresponde a la Corte Suprema de Justicia, en el mes junio de 2010 (pág. 31/47). 2) Mi posición siempre ha sido contraria a la Guarda Preadoptiva y, en realidad, ni en el Código del Menor ni en el actual Código de la Niñez y la Adolescencia no existe ninguna norma que haga referencia a la misma con dicho términos. Lo que pasó fue que durante las Adopciones Internacionales, en la praxis tribunalicia se utilizaba

los vocablos de referencia en atención a que las madres (generalmente) otorgaban en guarda a sus hijos como paso previo a la Adopción Simple y mediante escrituras públicas, situación que dio pie para el tráfico de niños y, la Ley 1136/97 fue pensada y concebida como un medio de frenar las adopciones otorgadas de la manera antes expuesta y a este tipo de guarda me refería en la monografía de mi autoría. 3) Infortunadamente, al entrar en vigencia el Código de la Niñez y la Adolescencia el 1 de diciembre de 2001, pasaron ya casi diez años sin que se introduzcan modificaciones en la Ley de Adopciones, en especial en lo referente a la guarda, instituto mencionado en sus artículos 7° inc. e), 18 inc. b) y 21, pero con el alcance que tenía la guarda en el Código del Menor. 4) Entonces, como mi posición en la materia es como doctrinario, no es una manera de pensar que pueda ser impuesta como una norma jurídica. Es más, otros autores o profesionales, y ni que decir de los operadores de la Justicia, pueden no estar contestes con mis convencimientos sobre el tema y, por ende, solamente a través de una ley se podría encontrar (quizás) la solución a la guarda como instituto de protección del niño desvinculándola definitivamente de la adopción. Hasta que ello ocurra, lastimosamente seguiremos con el inconveniente que nos presenta el artículo 22 de la Ley de Adopciones. En síntesis, la posición mía sobre este espinoso asunto guarda más relación con el artículo 21 de la Ley de Adopciones pero no con las guardas otorgadas por los Juzgados en los supuestos previstos en el artículo 22 de la misma ley. Es más, ni las propias Defensoras están de acuerdo sobre este punto.

**CONCLUSIONES FINALES:** Antes de dar mi opinión sobre la confirmación o revocación de la resolución recurrida, es menester relacionar ciertas disposiciones de la Ley de Adopciones con otras normas del Código de la Niñez y la Adolescencia en razón de que mientras esta interrelación no se realice no se podrá llegar a ninguna definición conciliatoria.

El artículo 22 de la Ley de Adopciones dice en sus tres primeros párrafos cuanto que sigue: *“Se consideran hijos de padres desconocidos a aquellos cuya filiación se desconoce. Informado el competente de la existencia de niño cuyos progenitores sean desconocidos, previa vista al fiscal del menor y al defensor tutelar, ordenará la realización de una investigación exhaustiva para la localización de los padres o miembros de su familia biológica. Esta investigación durará como mínimos noventa días que serán prorrogables a criterio del juez”.*

El desconocimiento de la filiación de un niño constituye una violación de uno de sus derechos esenciales. El derecho a la identidad. Y sobre el particular,

el artículo 5° del Código de la Niñez y la Adolescencia establece que: *“Toda persona que tenga conocimiento de una violación a los derechos y garantías del niño o adolescente, debe comunicarla inmediatamente a la Consejería Municipal por los Derechos del Niño, Niña y Adolescente (CODENI) o, en su defecto, al Ministerio Público o al Defensor Público... Al recibir la información, la Consejería Municipal por los Derechos del Niño, Niña y Adolescente (CODENI), el Ministerio Público y el Defensor Público adoptarán las medidas correspondientes, que les competen”*.

A mi entender, el artículo 5° del Código de la Niñez y la Adolescencia vino a invertir el sentido de lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley de Adopciones. Y la invierte porque tanto el Ministerio Público o ahora, el Defensor del Niño, son los que deben impulsar el procedimiento para la búsqueda y localización del niño de padres desconocidos, como en el caso de autos. Por otra parte, no tiene sentido que el Juzgado, informado de la situación, corra vista primeramente al Ministerio Público y al Defensor del Niño para iniciar inmediatamente la investigación correspondiente. En el caso en estudio, ni el representante del Ministerio Público, ni la Defensora de la Niñez y la Adolescencia, y ni que decir el Juzgado, dispuso nada en forma oficiosa sobre la mentada medida, de primordial importancia para esclarecer la filiación de un niño.

De modo que, si se relacionan ambas preceptivas, puede concluirse por una parte, que lo que interesa dilucidar primeramente es si el niño tiene padres o no y, por otra, que la iniciativa para lograr este objetivo descansa en la actividad del representante del Ministerio Público o del Defensor del Niño, sin perjuicio de la decisión que en forma oficiosa el Juzgado pueda tomar. Hasta aquí, pues, puede notarse que el derecho a la identidad prevalece sobre la adopción como una salida al problema. No existe, por tanto, una antinomia entre lo dispuesto en los primeros tres párrafos del artículo 22 de la Ley de Adopciones y el artículo 5° del Código de la Niñez y la Adolescencia. Es más, el artículo 5° ya comentado se complementa con el artículo 29 inc. 1) de la Ley de Adopciones en los que respecta a la colaboración a la labor jurisdiccional en la búsqueda y localización de los progenitores del niño con el objeto de esclarecer su identidad.

El artículo 22 de la Ley de Adopciones sigue diciendo: *“En caso de que los progenitores o los familiares sean localizados, deberá iniciarse con ellos el periodo de mantenimiento del vínculo”*. Este párrafo nos plantea el siguiente problema, *¿cuándo se inicia el juicio de Estado de Adopción según la redacción del*

*artículo 22 de la Ley de Adopciones?* Si se vincula esta parte de la norma con el artículo 21 de la misma ley, resulta demasiado obvio que la respuesta correcta es que el juicio de Estado de Adopción solamente puede tener su origen cuando los padres o familiares del niño sean encontrados. Por consiguiente, y a contrario sensu, durante el lapso destinado a la búsqueda y localización, sigue la competencia del Juzgado para encontrar una familia sustituta para el niño. Esta inferencia se halla corroborada por el mismo artículo 22 de la Ley de Adopciones que en su parte final dispone que: *“Vencido el plazo establecido sin que se pueda localizar a los padres biológicos o a los familiares, el juez procederá a declarar al niño en estado de adopción”*.

Aclarados estos aspectos que guardan relación con el artículo 22 de la Ley de Adopciones, estamos en condiciones para resolver la cuestión de fondo. A este efecto, el artículo 103 del Código de la Niñez y la Adolescencia estatuye: *“El niño o adolescente, privado de su núcleo familiar por orden judicial, podrá ser acogido por una familia, temporalmente, mediante la guarda, la tutela o definitivamente por la adopción...”*. Si bien la norma contiene la frase privado de su núcleo familiar por orden judicial, si el niño es dejado a su suerte en la vía pública, con mayor razón es el Juzgado de la Niñez y la Adolescencia quien tiene la competencia para otorgar como medida cautelar la guarda, la tutela y, en su caso, la adopción, debiendo esta última priorizarse si el niño es menor de seis años ( Art. 105 del C.N. y A.). En este mismo sentido, el artículo 111 del mismo cuerpo legal impone que: *“Toda persona que tenga conocimiento del desamparo por orfandad de un niño o adolescente, está obligada a poner en conocimiento de esta situación a cualquier autoridad competente en el término de cuarenta y ocho horas, la que a su vez debe comunicarlo al Juzgado de la Niñez y la Adolescencia...”*.

Es de notar que los artículos 5°, 103 y 111 del Código de la Niñez y la Adolescencia tienen su correlato exacto con la disposición contenida en el artículo 54 de la Constitución Nacional, cuya última parte dice que en caso de conflictos, los derechos del niño tienen carácter prevaleciente. Dentro de estos delineamientos de orden jurídico, puede afirmarse sin temor a equívocos que el A.I. N° 667 del 13 de mayo de 2010 se encuentra plenamente ajustada a derecho ya que fue dictado durante el periodo de búsqueda y localización del niño y dentro de la esfera de competencia del Juzgado.

En cambio, entre las funciones del Centro de Adopciones, como ente autónomo (art. 28 de la Ley de Adopciones), en su artículo 29 reza: *“Las funciones del*

*Centro de Adopciones son: inc. 16; promover hogares sustitutos y otras formas adecuadas a los niños declarados en estado de adopción...*”. La norma cuya parte se transcribió demuestra con toda elocuencia que las familias acogedoras solamente pueden recibir a niños declarados en estado de adopción, pero, no antes. En definitiva, en la Ley de Adopciones no se halla regulada la elección de familias acogedoras fuera de la hipótesis prevista en el artículo 29 inc. 16 de la Ley de Adopciones.

Recapitulando sobre el derecho a la identidad, en casos de niños dejados en la vía pública o hospicios, generalmente el juicio se caratula como “RR, NN, S/ medida cautelar”, soslayándose que el artículo 7, Numeral 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, exige que el niño tiene que ser inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho a un nombre y una nacionalidad. En esta tesitura, notando el Tribunal esta deficiencia en el caso del niño Á. de J., ha remitido oficio a la Dirección General del Registro Civil ordenando la inscripción del niño con el nombre de A. D. G., nacido el 2 de abril de 2010 en la ciudad de Ñemby, en cumplimiento de lo establecido en 62 y 63 de la Ley N° 1266/88 (fls. 200/204). De este modo, queda asegurado, de momento, la identidad del niño como persona y puede decirse que a partir de dicha inscripción tiene una existencia jurídica.

Y bien, confirmada la resolución recurrida, deviene necesario reencauzar estos autos en los siguientes aspectos: 1) El Juzgado debe disponer el cambio de la caratula del expediente de la siguiente forma; “A. D. G. S/ Guarda”; 2) Ordenar la búsqueda y localización de los familiares del nombrado niño librando para tal efecto a la Policía Nacional. De esta manera se dará oficialmente inicio al trámite previsto en el artículo 22 de la Ley de Adopciones y, quizás, resulte positiva esta diligencia, con el apoyo del Centro de Adopciones, teniendo en cuenta que la ciudad de Ñemby no es muy extensa; 3) Finalmente, respecto a los expedientes glosados por cuerda separada a estos autos, el Juzgado sabrá qué medidas tomar.

A su turno, los Dres. Arnaldo Samuel Aguirre y Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón manifiestan que se adhieren por los mismos fundamentos que anteceden

Por tanto, sobre la base de las consideraciones que anteceden, el Tribunal de Apelación de la Niñez y la Adolescencia

RESUELVE: Confirmar el A.I. N° 667 de fecha 13 de mayo de 2010 dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, Laboral y de la



Niñez y la Adolescencia de Lambaré en el sentido y alcance expuestos en el exordio de la presente resolución. Ordenar que el Juzgado de origen dé cumplimiento al reencausamiento del presente juicio en la forma descripta más arriba. Anótese, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Manuel Silvio Rodríguez, Arnaldo Samuel Aguirre, Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragon.

Ante mí: María E. Galeano, Actuaría.

\* \* \*

### **ACUERDO Y SENTENCIA Nº 164**

#### **PATRIA POTESTAD. Patria potestad de hijos matrimoniales.**

Estando la madre ausente, el ejercicio de la patria potestad le corresponde al padre por disposición constitucional del art. 53 y 70, 71 y 92 del C.N. y A., por tanto si la menor se encuentra con la abuela materna el padre debe plantear una restitución contra la misma y no el régimen de convivencia.

#### **MENORES. Guarda de menores.**

La abuela no puede ejercer la representación de su nieta sin que exista una resolución judicial por la cual se le otorga la guarda.

#### **PATRIA POTESTAD. Derecho del menor a ser oído.**

Lo que cuenta es que la niña al ser oída por el Juzgado dejó en manifiesto que no quiere seguir viviendo con el padre y, en este sentido, el derecho que le otorga el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, dada la edad que tiene (16 años), su opinión tiene que prevalecer pro sobre la posición asumida por el padre.

#### **PATRIA POTESTAD. Patria potestad de hijos matrimoniales.**

Mientras no existe una suspensión de patria potestad con relación al padre y la niña, y de hecho el expediente no arroja ninguna circunstancia para que se decreten estas medidas, el ejercicio de la patria potestad que le corresponde al padre con relación a su hija queda incólume, y a él le corresponde asumir los deberes y derechos emergentes de la patria potestad tal como lo establecen los artículos 53 de la C.N. y 70 y 71 del C.N.y A.

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

Si bien es cierto que el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el artículo 8 del Código de la Niñez y la adolescencia establecen que el hijo no puede ser separado de sus padres salvo decisión judicial y por razones justificadas, en el caso, lo que prima es la decisión libremente asumida por la niña de 16 años y por consiguiente sería improdente no respetar la posición asumida por la misma.

TApel. Niñez y Adolescencia. 31-08-10. “Compulsas del expte.: “S.M.V.A. s. Régimen de convivencia” (Ac. y Sent. N° 164)

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar la siguiente

CUESTIÓN:

¿Se halla ajustada a derecho la sentencia recurrida?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: Dr. Silvio Rodríguez, Dr. Arnaldo Samuel Aguirre Ayala y Dra. Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón.

A la única cuestión planteada el preopinante Dr. Silvio Rodríguez dijo:

En la sentencia recurrida el juzgado resolvió cuanto sigue: “1) *Ho ha lugar a la convivencia solicitada por el señor B. V. A. con relación a la adolescente S. M. V. de conformidad a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución.* 2) *Disponer un régimen de relacionamiento a favor del progenitor a llevarse a cabo los fines de semana, los días sábados o domingos de 16:00 horas a 18:00 horas y Fiestas de Fin de Año: Navidad: podrá visitarle de 19:00 horas a 21:00 horas en el domicilio de la señora M. A., que podrá incrementarse conforme los avances de la terapia psicológica.* 3) *Otorgar la guarda de la adolescente S. M. a la abuela materna, señora M. A. Vda. de E. En consecuencia, señalar audiencia para el día 29 del mes de diciembre del año 2.009 a las 11:30 horas a fin de que la señora M. A. Vda. de E. comparezca ante este Juzgado a los efectos de aceptar el cargo de guardadora.* 4) *Exhortar, a las partes a la realización de terapia psicológica, la cual debe estar orientada a restaurar en el mediano plazo la realización afectiva entre el señor B. V. y su hija S. M., debiendo ser remitido el informe de dicha terapia en forma trimestral.* 5) *Imponer las costas del juicio en el orden causado”* (fs. 35/37).

Contra esta sentencia se alza la Defensora de la Niñez y la Adolescencia de la Jurisdicción de Luque, Abog. M. C. C. R. M., en representación del señor B. V. A. (fl. 119). No obstante, no vale la pena sintetizar sus agravios ya que la

solución de la cuestión planteada en autos requiere de un razonamiento que se aparta totalmente de la forma en que el Juzgado resolvió la situación creada en autos.

En efecto, la Defensora de la Niñez y de la Adolescencia de la Jurisdicción de Luque, Abog. M. C. R. M. inició en representación del señor B. V. A. un juicio de convivencia contra la señora M. A., abuela materna de la niña S. M. V. A. el 21 de octubre del año 2.008 alegando que la nombrada niña e hija del mismo desde hace aproximadamente ocho meses fue a vivir con la accionada, en ocasión de que la madre la señora A. L. A. A. volvió del exterior donde estaba residiendo por motivos laborales (fls. 14/15). En resumen, el accionante dejó transcurrir ocho meses antes de solicitar la convivencia de su hija.

Para comenzar, el juicio fue mal planteado en razón de que estando la madre ausente, el ejercicio de la Patria Potestad le corresponde al padre por disposición Constitucional legal (art. 53 de la C.N. y 70, 71 y 92 del C.N. y A.). Por lo tanto, lo que debió plantear no es el juicio *régimen de convivencia* sino el de restitución pero a través del trámite previsto en el Procedimiento General. Es más, la abuela materna, la señora M. A., no podía ejercer la representación de su nieta ya que no existía una resolución judicial por la cual se le otorgaba la guarda de la niña S. M. V. A.. Es decir, la relación procesal que se dio en autos devenía nula desde un principio. Respecto al padre, porque como se dijo a él le correspondía el ejercicio de la patria potestad y la accionada, señora M. A. Vda. de E. al contestar la demanda (fls. 19/23) no tenía legitimación pasiva para contestar el contenido de la acción instaurada.

Sin embargo, el juicio siguió su curso en las condiciones anómalas antes mencionada y, finalmente, se le denegó al padre la convivencia y se le otorgó la guarda a la abuela materna y, analizado el expediente, lo único que puede decidirse en esta Instancia es si existen razones que justifiquen que la niña S. M. V. A., actualmente con 16 años de edad (fl. 2), siga viviendo en compañía de su abuela materna, debiendo modificarse la denegación del régimen de convivencia solicitado por el progenitor y la guarda otorgada a la señora M. A. Vda. de E., por las razones que siguen:

1) En el informe elaborado por la Trabajadora Social, Lic. N. A. T. de O., se dejó aclarado algunos datos muy interesantes. Por una parte, la madre de la niña señora A. L. A. de V. tiene a la fecha 31 años de edad y se ha separado de hecho del padre de su hija desde el año 1.997 y, desde hace 4 años vive en España

por motivos laborales, volviendo a Paraguay por un mes durante el mes de febrero de 2.008 y que mantiene económicamente a su hija desde que está a cargo de la abuela materna y que mantiene una fluida relación telefónica con ella. En cambio, el señor B. V. A. tiene a la fecha 52 años de edad. Es jubilado como profesor de Educación Física y tiene un ingreso aproximado de Gs. 2.000.000 (fls. 70/75). Los padres contrajeron nupcias el 30 de enero de 1.993 (fl. 3) y, por consiguiente, el matrimonio tuvo una escasa duración de 4 años debido al viaje de la madre a España en busca de mejores horizontes de trabajo. Por otra parte, la diferencia de edad entre los consortes al momento de contraer nupcias era de 21 años. En algunos casos, la diferencia de edad no tiene importancia en la relación de pareja y en otros no.

2) No puede saberse a ciencia cierta cuáles habrán sido las diferencias personales entre los padres de la niña, pero, este dato podría darnos ciertas pautas para averiguar la causa o las causas por las cuales la niña prefirió vivir con su abuela materna y no con su padre. Una de ellas es que el padre siempre mantuvo una actitud de rigidez y falta de tolerancia ante ciertas actividades que su hija tenía que llevar con sus compañeros de estudio y la forma que quería vestirse la hija. Su padre quería vestirla con vestidos largos y cerrados por ser una exigencia de la religión en que participaban. Asimismo, la adolescente relató que hasta los diez años de edad dormía con su padre en la misma cama y, posteriormente, a insistencia de ambas abuelas había adquirido una cama de dos plantas compartiendo siempre el mismo dormitorio. Sin preopinar, sobre las condiciones morales del padre y del cual no se adujo hechos de violencia o de peligrosidad por el consumo de bebidas alcohólicas, puede deducirse sin lugar a dudas que la niña ya no llegaba a tolerar la asfixia mental de sentirse controlada por el padre en todas sus actividades. Desde luego, el solo hecho de convivir en un mismo dormitorio con el padre, habrá constituido un hecho que, además de ser inusual, habrá influido negativamente en la psiquis de la niña, tal como puede deducirse del informe psicológico realizado por la misma por la psicóloga F. V. S. (fl. 56).

3) El estudio socio ambiental antes mencionado deja en claro que en la casa de la señora M. A. viuda de E. viven también, N. V.A. de 11 años de edad, media hermana de S. M. V.A., aparte de L. M.E. V.de 25 años de edad (5to. curso de Ingeniería) y A. D. E. C., de 17 años, medio hermano del anterior y huérfanos de padres, cursando el 3er. curso de la Escuela de Comercio N° 2, teniendo cada una

de estas personas su propio espacio. La niña S. M. ocupa la pieza que era la de su madre biológica con todas las comodidades necesarias para vivir y estudiar. Quiere decir, pues, que luego de la separación de los progenitores la madre tuvo una hija extramatrimonial que fue dejada también a cargo de la abuela materna y creándose entre la niña S. M. y su entorno, vínculos de afectividad y la posibilidad de desarrollar sus actitudes estudiantiles y como adolescente dentro de un ambiente en que se siente libre de presiones. Prueba de ello lo constituye el informe de la Escuela “La Aurora”, informe en el que se deja en claro que la niña es una alumna regular de la institución (fl. 76).

4) En la audiencia de conciliación, el propio accionante reconoció que el mismo llevó a la niña a la casa de su abuela ante la amenaza de que la misma le amenazaba que iba a escaparse de la casa y, asimismo dejó de manifiesto que quiere que su hija viva con él de lunes a viernes o bien durante tres días a fin de que la ayude con sus estudios escolares (fls. 35/36). Esta actitud del padre revela con elocuencia que estaba consciente de la imposibilidad de poder ejercer el control adecuado sobre su hija, y el hecho de que el mismo la haya llevado a la casa de la abuela es la prueba que acredita fehacientemente la situación antes mencionada. Tal como puede apreciarse, la posición asumida por el progenitor en la audiencia de conciliación es ambigua ya que, en rigor de verdad, pareciera más bien que pide un régimen de relacionamiento.

5) En este orden de ideas aunque el estudio socio ambiental en la vivienda del padre, no es la misma que la que presenta la vivienda de la abuela materna, lo que aquí interesa resaltar es que el señor B V A se siente inseguro y angustiado ante la ausencia de su ex pareja (ya que legalmente siguen casados), toda esa angustia se descarga sobre su hija y, en cierto modo, explica la actitud represiva que tiene respecto a la misma. Por otra parte, la niña encuentra en la abuela la representación de la madre ausente y, la abuela a su vez, dentro de su viudez, encuentra en el cuidado de sus nietas una forma de realización como ser humano. Respecto al padre, la conclusión que antecede tiene su respaldo en su decisión de no rehacer su vida con otra persona para dedicarse por entero al cuidado de su hija, lo cual es bueno por un lado y, por otro, la excesividad en el cuidado y control de la niña puede ser contraproducente para un buen relacionamiento con ella.

6) Entonces, aquí lo que cuenta es que la niña al ser oída por el Juzgado dejó de manifiesto que no quiere seguir viviendo con el padre y, en este sentido,

el derecho que le otorga el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, dada la edad que tiene su opinión tiene que prevalecer por sobre la posición asumida por el padre (fl. 60). Además, como el padre y la abuela materna tienen su domicilio a escasa distancia, nada obsta a que entre padre e hija se relacionen no en base a horarios fijos. Por el contrario, lo más conveniente es que el padre la visite dos o tres veces por semana con el objeto de rehacer o construir un relacionamiento filial libre de presiones y de comentarios que nada tienen que ver con la comunicación normal que debe existir entre un padre y una hija adolescente.

CONCLUSIONES: Hecha esta descripción de la situación en que se encuentra la niña S.M.V. A., estimo que el Apartado 1 de la sentencia recurrida debe ser modificado en el sentido de no hacer lugar a la restitución de la niña a su padre, el señor B. V.A.. Revocar el apartado 3 de la misma sentencia en razón de que, mientras no existe una suspensión de patria potestad con relación al padre y la niña, y de hecho el expediente no arroja ninguna circunstancia para que se decreten estas medidas, el ejercicio de la patria potestad que le corresponde al señor B. V. A. con relación a la niña S. M. Valiente queda incólume, y a él le corresponde asumir los deberes y derechos emergentes de la patria potestad tal como lo establece los artículos 53 de la C.N. y 70 y 71 del C.N. y A. En cuanto al apartado 2 en que se establece un régimen de relacionamiento de dos horas para los sábados y domingos y de tres para las fiestas de fin de año, vale la pena confirmar como medida provisoria de tal suerte que en el futuro, cuando se despejen las diferencias personales entre padre e hija puedan ser modificados por decisión unánime de los mismos. Finalmente, si bien es cierto que el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el artículo 8 del Código de la Niñez y la Adolescencia establecen que el hijo no puede ser separado de sus padres salvo decisión judicial y por razones justificadas, en el caso de autos, lo que prima es la decisión libremente asumida por la niña S. M. V. A. y, por consiguiente, sería improduciente no respetar la posición asumida por la misma. Por último, la modificación del Apartado Nro. 1 y la revocación del Apartado N° 3 de la sentencia recurrida responden al Principio Iura Novit Curiae, teniendo en cuenta que de la lectura del escrito de apelación de la Defensora de la Niñez y la Adolescencia, puede colegirse que ni siquiera se ha percatado de estos puntos. Es mi voto.

A su turno, los Dres. Arnaldo Samuel Aguirre y Fulvia Imelda Núñez de

JURISPRUDENCIA

Vera y Aragón manifestaron que se adhieren al voto que antecede por sus mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto firmando los señores miembros, todo por ante mí, de que certifico, quedando acordada la sentencia que inmediatamente sigue:

VISTO: Lo que resulta de la votación que incluye el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación de la Niñez y la Adolescencia

RESUELVE: Modificar el primer Apartado de la sentencia recurrida en el sentido de no hacer lugar a la restitución de la niña S. M. V. A. a su padre, el señor B.V. A. Confirmar el segundo apartado de la sentencia en revisión en el sentido y alcances expuestos en el exordio de la presente resolución. Revocar el tercer apartado de la misma sentencia. Anótese, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Fulvia Núñez de Vera y Aragón, Manuel Silvio Rodríguez y Arnaldo Samuel Aguirre Ayala.

Ante mí: María E. Galeano, Actuaría Judicial.

