



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

# **GACETA JUDICIAL**

Director

**Víctor Manuel Núñez**

Ministro

Año: 2010 – Número 2



**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.

**Primera Edición: ejemplares.**

GACETA JUDICIAL

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

GACETA

JUDICIAL

Asunción

-

Paraguay.

**MINISTRO DIRECTOR DE LA DILP:**

DR. VICTOR MANUEL NUÑEZ RODRIGUEZ.

**COORDINACIÓN GENERAL - GACETA JUDICIAL:**

ABOG. SUSANA GÓMEZ FLEITAS

ABOG. NATALIA MUÑOZ CARMAN

**EQUIPO DE ELABORACIÓN:**

ABOG. SUSANA GÓMEZ FLEITAS

ABOG. NATALIA MUÑOZ CARMAN

GUSTAVO SÁNCHEZ

MIRIAM CANTERO

JUAN PAEZ ACOSTA

## PRÓLOGO

Cumpliendo con la finalidad investigativa y de difusión de Jurisprudencia de los diferentes fueros, en las distintas instancias, la División de Investigación, Legislación y Publicaciones D.I.L.P., presenta el segundo número de la revista trimestral Gaceta Judicial. Dentro de su contenido se encuentran los análisis y fallos insertos textualmente del original, los cuales han sido clasificados ecuánime y criteriosamente. De esta forma se tiene acceso a la lectura de varias resoluciones emblemáticas, con rica y compleja dialéctica jurídica, por citar ejemplos, en el plano laboral se presenta una figura novedosa, aplicable a la relación conflictiva del empleador con el trabajador denominada “*Mobbing*”, en donde los magistrados hacen un profundo estudio de derecho comparado y doctrinas, delineando conceptos, alcance y consecuencias jurídicas de esta figura. En el plano de derecho de familia, accedimos a fallos con una interpretación jurídica innovadora sobre los derechos patrimoniales de las uniones de hecho o concubinato, a la luz de la ley N° 1215/86: “*Convenio sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*” CEDAW (siglas en inglés), argumentos a favor y en contra con “*mucha tela que cortar*”, que se introducen dentro del sistema para ser discutido y analizado. En el plano del Derecho Marítimo, el conocimiento de Embarque: su validez contractual y probatoria. En el amplio espectro del Derecho Civil, se insertan fallos siempre consultados sobre daños y perjuicios, Sociedades, el cheque y su eficacia ejecutiva, cumplimiento de contrato, accidentes de tránsito, etc. En la parte Penal, hemos seleccionado fallos de casos donde la discusión gravita en la limitación de la competencia de los Tribunales Penales, apreciación de la prueba y la medición de la pena.

Es sin duda una parte interesante de la revista, los valiosos aportes doctrinarios de renombrados juristas, en esta ocasión desarrollando temas monográficos de interés en el ámbito de la niñez y adolescencia, parte penal y sobre la Adopción.

Al presentar esta nueva edición de la Gaceta Judicial, agradecemos a los compañeros de trabajo y a todas las personas que han colaborado desinteresadamente en alguna etapa de la revista y a su vez anhelamos que la obra sea un instrumento beneficioso para quienes la utilicen.

*Equipo de Coordinación*



# CONTENIDO

<b>1.- PRÓLOGO</b>	3
<b>2.- INDICE</b>	
Índice Temático	9
Índice por Tribunales	14
<b>3.- DOCTRINA</b>	
El Instituto de la Remisión como Cauce Desjudicializador en el Régimen Penal de la Adolescencia. Criterio de Aplicabilidad <i>por Irma Alfonso de Bogarín.</i>	17
Reflexiones sobre Aspectos Procesales del Otorgamiento de la Guarda a la Luz de la Ley de Adopciones <i>por Silvio Rodríguez.</i>	31
Alcance de la Indemnización de Daños y Perjuicios en caso de Expropiación <i>por Marcela Gómez Navarro</i>	49
<b>4.- JURISPRUDENCIA</b>	
<b>CORTE SUPREMA DE JUSTICIA</b>	
SIMULACION. Prueba de la simulación/ SUCESION. Bienes colacionables. Colación/ COMPRAVENTA. Nulidad de la compraventa/ SIMULACION. Prueba de la simulación/ COSTAS. Costas en el orden causado. (CSJ, Sala Civil y Comercial. 21.05.2009. Ac. y Sent. N° 357)	55
CONTRATO DE TRABAJO. Estabilidad laboral. Suspensión del contrato de trabajo/ PODER JUDICIAL. Corte Suprema de Justicia/ CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la defensa/ PROCESO LABORAL. Audiencia preliminar de conciliación en el proceso laboral/ PRESCRIPCIÓN. Interrupción de la prescripción/ SENTENCIA ARBITRARIA. (CSJ, Sala Constitucional. 21.12.2009. Ac. y Sent. N° 898)	62
<b>TRIBUNAL DE APELACION EN LO CRIMINAL</b>	
RECURSO DE APELACION. Apelación especial de la sentencia de primera instancia. Facultades del Tribunal de Apelación/ PROCESO PENAL/ PRUEBA. Medios de prueba/ TRIBUNALES DE SENTENCIA. Atribuciones/ ALEVOSÍA/ PENA Medición de la pena. Facultades discrecionales del Tribunal/ JUICIO ORAL Y PÚBLICO. Acta del juicio oral y público/REPROCHABILIDAD. (TApel en lo criminal, cuarta sala. 16-03-2010. Ac. y Sent. N° 13)	67
JUICIO ORAL Y PÚBLICO. Continuidad y casos de suspensión del juicio oral y público. Lectura de la sentencia. Acta del juicio oral y público/ RECURSO DE NULIDAD. Procedencia del recurso de nulidad/ PROCESO PENAL. Plazos en lo penal/ INCIDENTE. Procedencia/ ALLANAMIENTO DE DOMICILIO. Validez de allanamiento/MINISTERIO PÚBLICO. Facultades de los agentes fiscales/ TRIBUNALES DE SENTENCIA. Atribuciones/ PENA. Principios generales. Medición de la pena/ RECURSO DE APELACION. Facultades del Tribunal de Apelación. Apelación especial de la sentencia de primera instancia/ TRIBUNALES DE SENTENCIA. Atribuciones. (TApel en lo criminal, cuarta sala. 24.03.2010. Ac. y Sent. N° 15)	82
<b>TRIBUNAL DE APELACION EN LO CIVIL Y COMERCIAL</b>	
JUICIO EJECUTIVO. Título ejecutivo/ PAGARE/ EXCEPCION DE INHABILIDAD DE TITULO. Prueba de la excepción de inhabilidad de titulo/ PAGARE. Prueba del pagaré. (Trib. Apel. Civ. Y Com. Primera Sala. 1.06.2009 Ac. y Sent. N° 24)	124
SENTENCIA. Incongruencia/ DEMANDA. Desestimación/ PRENDA. Nulidad de la prenda. Registro prendario/ CONTRATO DE PRENDA/ PRENDA. Ejecución prendaria. (Trib. Apel. Civ. Y Com. Primera Sala. 20.10.2009. Ac. y Sent. N° 70)	127

RECURSO DE NULIDAD. Procedencia del recurso de nulidad/ ACCION DE AMPARO. Amparo de pronto despacho/ PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Plazo en el proceso contencioso – administrativo. (Trib. Apel. Civ. Y Com. Primera Sala. 23.10.2009. Ac. y Sent. N° 74)	133
JUICIO EJECUTIVO. Excepción de pago/ EXCEPCIÓN DE PAGO/ EXCEPCIÓN DE INHABILIDAD DE TÍTULO. Procedencia de la excepción de inhabilidad de título. (TApel. Civ. Y com. Primera Sala. 10.12.2009. Ac. Y Sent. N° 94)	140
JUICIO EJECUTIVO. Incompatibilidad de Excepciones/ SENTENCIA. Ejecución de sentencia/ EXCEPCION DE PAGO. (TApel. Civ. Y com. Primera Sala. 18.12.2009. Ac. y Sent. N° 96)	142
JUICIO EJECUTIVO. Título ejecutivo. Principios Generales/ PAGARE/ (TApel. Civ. Y com. Primera Sala. 29.12.2009. Ac. y Sent. N° 104)	147
MANDATO. Prueba del mandato/ EXCEPCION DE INHABILIDAD DE TITULO. Procedencia de la excepción de inhabilidad de título/ JUICIO EJECUTIVO. Título ejecutivo. (TApel. Civ. y com. Segunda Sala. 02.07.2009.Ac. y Sent. N° 57)	150
COSTAS. Principios generales/ REGULACION DE HONORARIOS. Regulación de honorarios extrajudiciales. (TApel. Civ. y com. Segunda Sala. 14.08.2009 Ac. y Sent. N° 71)	153
OBLIGACIONES DE HACER/ PRESCRIPCION. Prescripción de la acción/ BIENES DEL DOMINIO PÚBLICO/ PRESCRIPCION. Prescripción liberatoria/ MUNICIPALIDAD. Bien municipal. Loteamiento de municipios. (TApel. Civ. Y com. Segunda Sala. 19.08.2009. Ac. y Sent. N° 73)	158
ACTOS JURIDICOS/ MANDATO. Apoderado. Poder Especial/ DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO. Procedimiento de divorcio. (TApel. Civ. Y com. Segunda Sala. 17.09.2009. Ac. y Sent. N° 81)	165
COMPRAVENTA. Principios Generales/ CONTRATO. Efectos del contrato. Cumplimiento de contrato. (TApel. Civ. Y com. Segunda Sala. 18.09.2009. Ac. y Sent. N° 82)	170
PERSONERÍA JURIDICA/ DEMANDA CONTRA EL ESTADO. Beneficio de excusación/ EXCEPCION DE FALTA DE ACCIÓN. Procedencia de la excepción de falta de acción./ SENTENCIA. Ejecución de Sentencia/ DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad del Estado. Responsabilidad subjetiva. Procedencia de la acción de daños y perjuicios. Responsabilidad civil. Lucro cesante. Daño moral. (TApel. Civ. Y com. Segunda Sala. 30.09.2009. Ac. y Sent. N° 92)	174
DAÑOS Y PERJUICIOS. Principios generales. Responsabilidad por el hecho ajeno. Responsabilidad por el hecho ajeno. Daño moral/ PRUEBA DE TESTIGOS. Apreciación de la prueba testimonial/ OBLIGACIONES/ DAÑOS Y PERJUICIOS. (TApel. Civ. Y com. Segunda Sala. 12.10.2009. Ac. y Sent. N° 97)	184
JUICIO EJECUTIVO. Título ejecutivo. Títulos a la orden Medidas preparatorias/ MAGISTRADO. Facultades del magistrado/ EXCEPCION DE INHABILIDAD DE TITULO. Procedencia de la excepción de inhabilidad de título/ SENTENCIA. Nulidad de la sentencia/ RECURSO DE NULIDAD. Procedencia del recurso de nulidad/ CHEQUE. Transmisión del cheque. Pago de cheque. Rechazo de cheque. (TApel. Civ. y com. Segunda Sala. 09.11.2009. Ac. y Sent. N° 111)	191
DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño moral. Exoneración de responsabilidad. Responsabilidad por daños y perjuicios/ TRANSPORTE/ TRANSPORTE MARÍTIMO Conocimiento de embarque. (Trib. De Apel. En lo Civ. Y Com. Segunda Sala. 11.02.2010. Ac. Y Sent. N° 9)	197
RECURSO DE NULIDAD. Procedencia del recurso de nulidad/ SUCESION. Declaratoria de herederos. Exclusión hereditaria Sucesiones intestadas Derechos hereditarios/ CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL PARAGUAY. Derechos humanos. CEDAW (TApel. Civ. Y com. Tercera Sala. 31.12.2008. A. I. N° 1104)	205

SUCESION. Derechos hereditarios/ SOCIEDAD IRREGULAR. Sociedad de hecho/ EXCEPCION DE FALTA DE ACCION. Procedencia de la excepción de falta de acción/ CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL PARAGUAY. Derechos humanos. CEDAW (TApel. Civ. Y com. Tercera Sala. 27.11.2009. A.I. N° 987)	214
DIVORCIO. Efectos del Divorcio/ MATRIMONIO. Impedimentos para contraer matrimonio. (TApel. Civ. Y com. Tercera Sala. 24.04.2009. Ac. y Sent. N° 36)	220
JUICIO EJECUTIVO. Titulo ejecutivo. Títulos a la orden/ CHEQUE. Pago de cheque. (TApel. Civ. Y com. Tercera Sala. 15-06-2009. Ac. Y Sent. N° 58)	224
ASOCIACION. Asociación de utilidad pública. (TApel. Civ. Y com. Tercera Sala. 23.06.2009. Ac. y Sent. N° 60)	228
SENTENCIA. SENTENCIA DECLARATIVA/ DIVORCIO. Efectos de la Sentencia. Efectos Del Divorcio/ SUCESION. (TApel. Civ. Y com. Tercera Sala. 05.08.2009. Ac. Y Sent. N° 67)	232
PAGO. Requisitos del pago. Intereses moratorios. Intereses Compensatorios. (Trib. De apel en lo Civ. Y Com. Tercera Sala. 10.08.2009. Ac. y Sent. N° 68)	235
ACCION DE AMPARO. Procedimiento en la acción de amparo. Amparo de pronto despacho/ PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. Principios Generales/ COSTAS. Costas en el orden causado. (Trib. De apel en lo Civ. Y Com. Tercera Sala. 11.08.2009. Ac. y Sent. N° 69)	240
DESALOJO. Derecho de posesión o dominio. Prueba en el desalojo/ POSESION. Intervención del título. Adquisición o pérdida de la posesión. Poseedor de bueno o de mala fe. (Trib. De apel en lo Civ. Y Com. Tercera Sala. 11.08.09. Ac. y Sent. N° 70)	243
COMPRAVENTA. Obligaciones del comprador y del vendedor/ CONTRATO. Efectos del contrato/ DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad subjetiva por hecho propio. Responsabilidad extracontractual. Lucro cesante Daño moral/ MUNICIPALIDAD. Ordenanzas municipales. Principio de preferencia. Facultades municipales /DAÑOS Y PERJUICIOS. Licencia de conducir/ PRUEBA DOCUMENTAL. Eficacia probatoria de la prueba documental. Instrumentos privados provenientes de terceros. (Trib. De Apel en lo Civ. Y Com. Tercera Sala. 11.08.2009. Ac. y Sent. N° 72)	249
DONACION. Revocación de la donación. Prueba. Derechos y obligaciones del donatario. (Trib. De Apel en lo Civ. Y Com. Cuarta Sala. 02.04.2009. Ac. y Sent. N° 29)	259
DIVORCIO. Causas de divorcio. Prueba en el juicio de divorcio. (Trib. De Apel en lo Civ. Y Com. Cuarta Sala. 24.06.2009. Ac. y Sent. N° 75)	263
HIPOTECA. Ejecución hipotecaria/ PRESCRIPCION. Plazos para la prescripción. Interrupción de la prescripción. Prescripción liberatoria/ JUICIO EJECUTIVO. Titulo ejecutivo/ COSTAS. Costas al vencido (Trib. De Apel en lo Civ. Y Com. Quinta Sala. 15.06.2009.Ac. y Sent. N° 59)	266
EXCEPTIO NON ADIMPLITI CONTRACTUS. (Trib. De Apel en lo Civ. Y Com. Quinta Sala. 31.07.2009. Ac. y Sent. N° 87)	276
PRUEBA DE TESTIGOS. Apreciación de la prueba testimonial/ DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad objetiva. Prueba de daños y perjuicios. Responsabilidad sin culpa. Teoría del riesgo/ DEMANDA. Contestación de la demanda. (Trib. De Apel en lo Civ. Y Com. Quinta Sala. 02.11.2009. Ac. y Sent. N° 139)	279
PROPIEDAD INTELECTUAL. Derechos Conexos. Derecho Moral. Derecho Patrimonial/ PROPIEDAD LITERARIA Y ARTÍSTICA/ SENTENCIA DECLARATIVA. (Trib. De Apel en lo Civ. Y Com. Quinta Sala. 13.11.2009. Ac. y Sent. N° 146)	288
POSESION. Poseedor de Buena o de mala fe/ INSTRUMENTOS PRIVADOS/ EXCEPCION DE FALTA DE ACCION. (Trib. De Apel en lo Civ. Y Com. Quinta Sala. 09.12.2009. Ac. y Sent. N° 156)	296
ACCION AUTONOMA DE NULIDAD/ SOCIEDAD CONYUGAL. Bienes gananciales. (Trib. De Apel en lo Civ. y Com. Quinta Sala. 14.12.2009. Ac. y Sent. N° 160)	301

### **TRIBUNAL DE APELACION DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA**

MAGISTRADO. Facultades del magistrado/ MINISTERIO DE LA DEFENSA PÚBLICA. Defensor de la Niñez y Adolescencia. Intervención. Carácter consultivo. (TApel. De la Niñez y Adolescencia. Asunción, 20.07.2009. A.I.N° 276) 309

RECURSO DE NULIDAD. Procedencia del recurso de nulidad/ FILIACION. Prueba de la filiación/ PRUEBA DE TESTIGOS. Apreciación de la prueba testimonial. (TApel. De la Niñez y Adolescencia. 18.08.2009. Ac y Sent. N° 172) 315

### **TRIBUNAL DE APELACION EN LO LABORAL**

CONTRATO DE TRABAJO. Prueba del contrato de trabajo. (TApel. En lo Laboral. Primera Sala. 30.06.2009. Ac. Y Sent. N° 44) 318

CONTRATO DE TRABAJO. Indemnización. Daño moral y psicológico. Mobbing. Estabilidad laboral. Carga de la prueba/ DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño moral. (TApel. En lo Laboral. Segunda Sala. 01.08.07. Ac. Y Sent. N° 105) 321

CONTRATO DE TRABAJO. Sanciones a los trabajadores. (TApel. En lo Laboral. Segunda Sala. 30.03.2009. Ac. Y Sent. N° 32) 337



## INDICE TEMÁTICO

- ACCION AUTONOMA DE NULIDAD** p 302
- ACCION DE AMPARO** p133,240
  - Amparo de pronto despacho p 134,240
  - Procedimiento en la acción de amparo p 240
- ACTOS JURIDICOS** p 166
- ALEVOSÍA** p 68
- ALLANAMIENTO DE DOMICILIO** p 83
  - Validez de allanamiento p 83
- ASOCIACION** p 228
  - Asociación de utilidad pública p 228
- BIENES DEL DOMINIO PÚBLICO** p 158,159
- CHEQUE** p 192, 225,
  - Pago de cheque p 192, 225
  - Rechazo de cheque p. 192
  - Transmisión del cheque p.192
- COMPRAVENTA** p 55,170, 249
  - Nulidad de la compraventa p 55
  - Obligaciones del comprador y del vendedor p 249
  - Principios Generales p 170
- CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL PARAGUAY** p 62, 206, 207, 214,215
  - Cedaw p 206, 207,214, 215
  - Derecho a la defensa p 62
  - Derechos humanos p 206,207, 214, 215
- CONTRATO** p 170, 171, 249
  - Cumplimiento de contrato. P 171
  - Efectos del contrato p 170, 249
- CONTRATO DE PRENDA** p 128
- CONTRATO DE TRABAJO** p 62, 318, 321, 322, 337
  - Carga de la prueba p 322
  - Daño moral y psicológico p 321
  - Estabilidad laboral p 62, 322
  - Indemnización p 321
  - Mobbing p 321
  - Prueba del contrato de trabajo p 318
  - Sanciones a los trabajadores p. 337
  - Suspensión del contrato de trabajo p 62
- COSTAS** p 56, 53, 240, 267
  - Costas al vencido p 267
  - Costas en el orden causado p 56, 240
  - Principios generales p 153
- DAÑOS Y PERJUICIOS** p 174, 175, 176, 184, 185, 197, 198, 199, 249, 250, 279, 280, 322
  - Daño moral p 176, 185, 198, 250, 322
  - Exoneración de responsabilidad p 197
  - Licencia de conducir p 250
  - Lucro cesante p 176, 250
  - Principios generales p 184
  - Procedencia de la acción de daños y perjuicios p 174
  - Prueba de daños y perjuicios p 280

- Responsabilidad civil p 174
- Responsabilidad del Estado p 175
- Responsabilidad extracontractual p 249
- Responsabilidad objetiva p 175, 279
- Responsabilidad por daños y perjuicios p 199
- Responsabilidad por el hecho ajeno p 185
- Responsabilidad sin culpa p 280
- Responsabilidad subjetiva p 175
- Responsabilidad subjetiva por hecho propio p 249
- Teoría del riesgo p 280
- DEMANDA** p. 127, 280
  - Contestación de la demanda p. 280
  - Desestimación p. 127
- DEMANDA CONTRA EL ESTADO** p. 175
  - Beneficio de excusión p. 175
- DERECHO MARITIMO** p. 198
  - Conocimiento de embarque p. 198
- DESALOJO** p. 243, 244
  - Derecho de posesión o dominio p. 243
  - Prueba en el desalojo p.244
- DIVORCIO** p.220, 232, 233, 263, 264
  - Causas de divorcio p.263
  - Efectos de la Sentencia p.233
  - Efectos del Divorcio p.220, 233
  - Prueba en el juicio de divorcio p.264
- DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO** p. 166
  - Procedimiento de divorcio. p.166
- DONACION** p. 259, 260
  - Derechos y obligaciones del donatario. p. 260
  - Prueba p. 260
  - Revocación de la donación p. 259, 260
- EXCEPCION DE FALTA DE ACCIÓN** p. 175, 214, 296
  - Procedencia de la excepción de falta de acción p. 175, 214
- EXCEPCION DE INHABILIDAD DE TITULO** p. 124, 141, 150, 191
  - Procedencia de la excepción de inhabilidad de título p. 141, 150, 191
  - Prueba de la excepción de inhabilidad de título p. 124
- EXCEPCIÓN DE PAGO** p. 140, 141, 143
- EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS** p. 276, 277
- FILIACION** p. 315
  - Prueba de la filiación p. 315
- HIPOTECA** p. 266
  - Ejecución hipotecaria p. 266
- INCIDENTE** p. 83
  - Procedencia p. 83
- INSTRUMENTOS PRIVADOS** p. 296
- JUICIO EJECUTIVO** p. 124, 140, 141, 142, 147, 148, 150, 191, 192, 225, 267
  - Incompatibilidad de Excepciones. p 142
  - Medidas preparatorias p. 191
  - Principios Generales p. 147

Titulo ejecutivo p. 124, 147, 148, 150, 191, 192, 225, 267  
Títulos a la orden p. 191, 192, 225

**JUICIO ORAL Y PÚBLICO** p. 69, 82, 83  
Acta del juicio oral y público p. 69, 83  
Continuidad y casos de suspensión del juicio oral y público p. 82

**MAGISTRADO** p. 191, 309  
Facultades del magistrado p. 191, 309

**MANDATO** p. 150, 166  
Apoderado, 166  
Poder Especial p. 166  
Prueba del mandato p. 150

**MATRIMONIO** p.220  
Impedimentos para contraer matrimonio p. 220

**MINISTERIO DE LA DEFENSA PÚBLICA** p. 309, 310  
Carácter consultivo.p. 309  
Defensor de la Niñez y Adolescencia p. 309, 310  
Intervención p. 309, 310

**MINISTERIO PÚBLICO** p.83  
Facultades de los agentes fiscales p. 83

**MUNICIPALIDAD** p 159, 250  
Bien municipal p. 159  
Facultades municipales p. 250  
Loteamiento de municipios.p. 159  
Ordenanzas municipales p. 250  
Principio de preferencia p. 250

**OBLIGACIONES** p. 185

**OBLIGACIONES DE HACER** p.158, 159

**PAGARE** p. 124, 147  
Prueba del pagaré p. 124

**PAGO** p. 235  
Intereses compensatorios.p. 235  
Intereses moratorios p. 235  
Requisitos del pago p.235

**PENA** p. 68, 69, 84, 85  
Facultades discrecionales del Tribunal p. 69  
Medición de la pena p.68, 84  
Principios generales p.85

**PERSONERÍA JURIDICA** p. 174

**PODER JUDICIAL** p. 62  
Corte Suprema de Justicia p. 62

**POSESION** p. 244, 296  
Adquisición o pérdida de la posesión p. 244  
Interversión del título p. 244  
Poseedor de bueno o de mala fe p. 244, 296

**PRENDA** p. 127, 128  
Ejecución prendaria.p. 128  
Nulidad de la prenda p. 127, 128  
Registro prendario p. 127

**PRESCRIPCION** p. 62, 158, 159, 267  
Interrupción de la prescripción p. 62

Plazos para la prescripción p. 267  
Prescripción de la acción p. 158, 159  
Prescripción liberatoria p. 159, 267

**PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO** p. 240  
Principios Generales p. 240

**PROCESO PENAL** p. 67, 82, 83  
Plazos en lo penal p. 82  
Lectura de la sentencia p. 83

**PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO** p.133, 134  
Plazo en el proceso contencioso – administrativo p. 133, 134

**PROCESO LABORAL** p. 62  
Audiencia preliminar de conciliación en el proceso laboral p. 62

**PROPIEDAD INTELECTUAL** p. 288, 289  
Derecho Moral p. 288  
Derecho Patrimonial p. 288, 289  
Derechos Conexos p. 288, 289

**PROPIEDAD LITERARIA Y ARTÍSTICA** p. 288

**PRUEBA** p. 67  
Medios de prueba p. 67

**PRUEBA DE TESTIGOS** p. 185, 279, 315  
Apreciación de la prueba testimonial p. 185, 279, 315

**PRUEBA DOCUMENTAL** p. 250  
Eficacia probatoria de la prueba documental p. 250  
Instrumentos privados provenientes de terceros. p. 250

**RECURSO DE APELACION** p. 67, 68, 84, 85  
Apelación especial de la sentencia de primera instancia p. 67, 68, 85  
Facultades del Tribunal de Apelación 67, 68, 84

**RECURSO DE NULIDAD** p. 82, 133, 191, 205, 315  
Procedencia del recurso de nulidad p. 82, 133, 191, 205, 315

**REGULACION DE HONORARIOS** p. 153  
Regulación de honorarios extrajudiciales.p. 153

**REPROCHABILIDAD** p. 69

**SENTENCIA** p. 127, 143, 175, 191, 232  
Ejecución de sentencia p. 143, 175  
Incongruencia p. 127  
Nulidad de la sentencia p. 191

**SENTENCIA ARBITRARIA** p. 62

**SENTENCIA DECLARATIVA** p. 232, 288, 289

**SIMULACION** p. 55, 56  
Prueba de la simulación p. 55, 56

**SOCIEDAD CONYUGAL** p. 302  
Bienes gananciales p. 302

**SOCIEDAD IRREGULAR** p. 214  
Sociedad de hecho p. 214

**SUCESION** p. 55, 56, 205, 206, 207, 214, 215, 233  
Bienes colacionables p. 55  
Colación p. 55, 56  
Declaratoria de herederos p. 205  
Derechos hereditarios p. 206, 214, 215  
Exclusión hereditaria p. 205, 206, 207

Sucesiones intestadas p. 206

**TRANSPORTE** p. 197

**TRANSPORTE MARÍTIMO** p. 197

**TRIBUNALES DE SENTENCIA** p. 68, 84

Atribuciones p. 68, 84

## INDICE POR TRIBUNALES

### **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

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

21.05.2009 “Eleuteria Cantero de Dure c. Herminio Cantero Ortega s/ Colación de Bienes”. (Ac. y Sent. N° 357) p.55

#### **Sala Constitucional**

21.12.2009 “Acción de Inconstitucionalidad en el juicio: “Taller de Expresión Infantil S.A. c. María Inés Bibolini Chávez s/ Despido Justificado”. (Ac. y Sent. N° 898).p 62

### **TRIBUNAL DE APELACION EN LO CRIMINAL**

#### **Cuarta Sala**

16.03.2010 “Leoncio Piatti Aranda s/ Homicidio doloso” (Ac. Y Sent. N° 13) p.67

24.03.2010 “Cesar Pastor Martinez y otros s/ Posesión, tráfico de drogas y otro” (Ac. Y Sent. N° 15) p.82

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

#### **Primera Sala**

01.06.2009 “FIGESA c. Francisco Amarilla B. y otra s. Cobro de Guaraníes” (Ac. y Sent. N° 24) p.124

20.10.2009 “Campos y Hacienda S.a. c. Banco General S.A. (En quiebra) s/ Nulidad de Acto Jurídico y otros” (Ac. y Sent. N° 70) p.127

23.10.2009 “Hola Paraguay S.A. c. Subsecretaría de Estado de Tributación” (Ac. y Sent. N° 74) p.133

10.12.2009 “Ahorros Paraguayos S.A. de Ahorro y Préstamo para la Vivienda (en quiebra) c. Aricio Gamarra Flores s/ Ejecución Hipotecaria” (Ac. y Sent. N° 94) p.140

18.12.2009 “Ana Maria Ruiz c. Andrés Darío Ibarra Alcaraz s/ Ejecución de Resoluciones Judiciales”. (Ac. y Sent. N° 96) p.142

29.12.2009 “Clínica Radiológica Carlos Iribas c. el Instituto de Previsión Social (IPS) s/ Preparación de Acción Ejecutiva. (Ac. y Sent. N° 104) p.147

#### **Segunda Sala**

02.07.2009 “Instituto de Previsión Social c. Tía Techa SRL s/ Acción Ejecutiva. (Ac. Y Sent. N° 57) p.150

14.08.2009 “Enrique Javier Berni Britez s/ Regulación de Honorarios Extrajudiciales. (Ac. y Sent. N° 71) p.153

19.08.2009 “Municipalidad de Mariano Roque Alonso c. Constructiva S.A. s/ Obligación de Hacer Escritura Pública. (Ac. y Sent. N° 73) p.158

17.09.2009 “A.A.G.M.y M.Y.S.M. s/ Divorcio por mutuo consentimiento”. (Ac. y Sent. N° 81) p.165

18.09.2009 “Banco Nacional de Fomento c. Don Felipe S.A. s/ Reivindicación y otros” (Ac. y Sent. N° 82) p.170

30.09.2009 “Fernando Javier Telesforo Ibarra González c. Banco Central del Paraguay s/ Indemnización de Daños y Perjuicios” (Ac. Y Sent. N° 92) p.174

12.10.2009 “Victor Benitez Figueredo c. Juan Carlos Rojas Domínguez s/ Indemnización de Daños y Perjuicios” (Ac. y Sent. N° 97) p.184

09.11.2009 “Vidal Ruiz Lecki c. Humees Chandiramani s/ Acción Ejecutiva” (Ac. Y Sent. N° 111) p.191

11.02.2010 “KEMSA CISA c. Abromar Internacional SRL s/ Indemnización de Daños y Perjuicios. (Ac. y Sent. N° 9) p.197

### **Tercera Sala**

- 31.12.2008 “Incidente de Exclusión de Heredera en los autos: G. C.H. V.s/ Divorcio Vincular”. (A. I. N° 1104) p.205
- 27.11.2009 “G. E. B. V. c. Sucesión de E. T. G. y otros s/ Reconocimiento de Union de Hecho” (A.I. N° 987) p.214
- 24.04.2009 “A. M. c. Sucesión de A. C. S. Reconocimiento de Unión de Hecho” (Ac. y Sent. N° 36) p.220
- 15.06.2009 “Antonio Vidal Moroni Maidana c. Yuky S.A.I.C.G.I.E. s/ Juicio Ejecutivo” (Ac. y Sent. N° 58) p.224
- 23.06.2009 “Confederación Universitaria de Deportes del Py. (CUDP) c. Comité Olímpico Paraguayo s. Nulidad de Exclusión de Asociación. (Ac. Y Sent. N° 60) p.228
- 05.08.2009 “D. E. C. C. c. M. M. C. R. s/ Nulidad de Matrimonio” (Ac. Y Sent. N° 67) p.232
- 10.08.2009. Pedro Pablo Mendoza c/Pedro Pablo Alvarez Insfran s/ Ejecución Hipotecaria. (Ac. Y Sent. N° 68) p.235
- 11.08.2009 “Mario Cantero c. Ministerio de Hacienda s/ Amparo”. (Ac. Y Sent. N° 69) p.240
- 11.08.2009 “Cynthia Elizabeth Souberlich c. Carlos Ladislao Ruiz Diaz y otros s/ Desalojo”. (Ac. y Sent. N° 70) p.243
- 11.08.2009 “Juan Darío Rodríguez c. Leonardo Pinto Osorio s/ Indemnización de daños y perjuicios”. (Ac. Y Sent. N° 72) p.249

### **Cuarta Sala**

- 02.04.2009 “W.R. N. V.c. E.D.N.A. s/ Demanda Ordinaria de Revocación de Donación por Causa de Ingratitud”. (Ac. y Sent. N° 29) p.259
- 24.06.2009 “P. O. P. c. D. L. L. s/ Divorcio”. (Ac. y Sent. N° 75) p.263

### **Quinta Sala**

- 15.06.2009 “Maximiliano Sebastián Campana Mazza c. Ramón Centurión Manfredi y otros s/ Ejecución Hipotecaria”. (Ac. y Sent. N° 59) p.266
- 31.07.2009 “José Oscar Peña c. José Anuel Rojas s. Incumplimiento de contrato”. (Ac. y Sent. N° 87) p.276
- 02.11.2009 “Prudencia Samaniego de Paredes c. Empresa Salbupar SRL s/ Indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual”. (Ac. y Sent. N° 139) p.279
- 13.11.2009 “Malia Sebastiana Yubero de Sanchez c. Sociedad de Gestion de Productores Fonográficos del Paraguay s/ Acción Declarativa”. (Ac. y Sent. N° 146) p.288
- 09.12.2009 “Cesar Augusto Ocampos Segovia c. Alberto Ramon Recalde Carmagnola y otra s/ Indemnización de Daños y Perjuicios”. (Ac. y Sent. N° 156) p.296
- 14.12.2009 “Gladys Graciela Machuca de Segovia s/ Acción Autonoma de Nulidad”. (Ac. y Sent. N° 160) p.301

### **TRIBUNAL DE APELACION DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA**

- 20.07.2009 “E.I.D.Y s/ Homologación de Acuerdo”. (A.I.N° 276) p.309
- 18.08.2009 “M. R. y S.G. CL s/ Reconocimiento de Filiación”. (Ac y Sent. N° 172) p.315

## **TRIBUNAL DE APELACION EN LO LABORAL**

### **Primera Sala**

30.06.2009 “Mirtha Elena Osorio Ramallo c. Rodolfo Ricardo Farkas y Claudio José Tosoni s/ Despido Injustificado y cobro de guaraníes”. (Ac. y Sent. N° 44) p.318

### **Segunda Sala**

01.08.2007 “Sonia Dalila Martínez c. Cooperativa de Ahorro, Crédito y Servicios “26 de abril Lda.” s/ daño moral y psicológico”(Ac. y Sent. N° 105) p.321

30.03.2009 “Victor Javier Barrios Rojas c. South Food S.A. responsabilidad”. (Ac. y Sent. N° 32) p.337



# DOCTRINA

## 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. Introducción. 2. Marco jurídico supranacional. 2.1 Pacto Internacional de derechos civiles y políticos. 2.2 Convención Internacional sobre los derechos del niño. 2.3 Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia 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  
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

## 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.

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 reintegración 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.

<sup>1</sup> 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

<sup>2</sup> 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

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

---

<sup>3</sup> 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)

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”*

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 cuando y hasta que 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.

---

<sup>4</sup> 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)

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>.

---

<sup>5</sup> 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.<sup>3,b</sup>)

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.<sup>4</sup>).

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

---

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 partícipe, 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;
  - c) la que se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero.



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.

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.

---

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 prescendencia de la persecución penal se podrá presentar hasta el momento de la audiencia preliminar. (Art. 19)*

<sup>7</sup> *Prescendencia 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)*

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 pone 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 responsabilidad 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*”.

---

<sup>8</sup> “*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

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)
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) Ley 1/89

---

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

- 
- 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
  - Cappelare, 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

Prof. Dra. Irma Alfonso de Bogarín



## DOCTRINA

### REFLEXIONES SOBRE ASPECTOS PROCESALES DEL OTORGAMIENTO DE LA GUARDA A LA LUZ DE LA LEY DE ADOPCIONES

*Dr. Silvio Rodríguez\**

*“Obra de tal manera que puedas querer que el motivo que te ha llevado a obrar sea una ley universal”*

*Enmanuel Kant*

## INTRODUCCIÓN

### TEORÍA DEL CONOCIMIENTO

Para conocer algo se necesita la intercomunicación entre dos extremos. Por una parte, el objeto a ser conocido y, por la otra, el sujeto cognocente, y en medio de ambos extremos, está el pensamiento como puente de unión. Desarrollando esta idea es que cuando llegando a tener el conocimiento de alguna disciplina o ciencia, el *conocimiento verdadero* no puede ser otra cosa que el *verdadero conocimiento*. Quiere decir, pues, que el falso conocimiento en realidad no es tal. En efecto, el error en el análisis de la esencia de las cosas nos arrastra inevitablemente al *desconocimiento* o, como última ratio a la falacia y al sofisma.

En realidad, este razonamiento kantiano, resumido al máximo, es difícil de entender ya que asumiendo que el conocimiento de cualquier objeto y entre ellos el derecho, a nosotros nos interesa fundamentalmente su aplicación o el mecanismo de nuestra mente en la captación de las normas jurídicas de tal suerte de que no caigamos en el error en la percepción conceptual de las mismas. Espero ser lo bastante claro para que ustedes (y también yo) comprendan, dentro de nuestro ámbito, el significado de la Teoría del Conocimiento que, en puridad, es una parte de la Filosofía y, a su vez, el primer paso para entrar a estudiar una rama del derecho y conocer su esencia y su consistencia.

Entrando en materia, les pondré como ejemplo lo dispuesto en el artículo 145 del Código Procesal Civil que dice: *“Los plazos legales y judiciales son perentorios e improrrogables para las partes. Vencido el plazo procesal, el juez dictará la resolución que corresponda. Los plazos perentorios fenecerán por su solo transcurso, sin necesidad de petición de partes ni declaración judicial”*. El objeto que queremos dilucidar es una norma jurídica y, al leerla, produce en nosotros una vivencia, una modificación en nuestra psiquis. Al razonar, podemos concluir que por lo menos podemos estar seguros de que los plazos procesales tienen dos características: Que son *perentorios* e *improrrogables*. No podemos equivocarnos en esta afirmación. Por tanto, se produce inmediatamente una

\* Miembro del Tribunal de Apelación de la Niñez y de la Adolescencia

conformidad entre lo que expresa la norma ahora ya conocida y el sujeto que la ha aprehendido mediante el pensamiento. La literalidad de la norma no deja margen para ningún tipo de duda.

En cambio, si se lee atentamente el Segundo Párrafo del artículo 397 del C.P.C. que estable que: *“El apelante deberá limitarse a la mera interposición del recurso y si esta regla fuere infringida se mandará devolver el escrito, previa anotación que el secretario pondrá en el expediente, con indicación de la fecha de interposición del recurso”*. Ustedes pueden notar que de la lectura de la norma transcrita no se deduce en forma clara y categórica que la devolución del escrito no significa necesariamente la denegación del recurso. Entonces, surge una incertidumbre que debe ser disipada y el pensamiento, tal como lo expuse más arriba, necesariamente debe hacer un esfuerzo con la finalidad de que haya conexión entre lo dispuesto por la preceptiva y la decisión que debe asumir el interprete de la ley.

En este orden de ideas, se tiene que recurrir forzosamente a la integración del derecho y, para ello, el artículo 16 de la Constitución Nacional nos da la respuesta apetecida. Efectivamente, si llegamos a la conclusión que la devolución de la fundamentación del escrito de fundamentación del recurso de apelación implica la denegación del recurso, nuestro razonamiento entraría en colisión con el principio constitucional que garantiza la defensa en juicio de las personas, principio que no puede ser violado con el pretexto de que se ha cometido un error de orden procesal. En cambio, si aplicamos para este supuesto la norma constitucional antes indicada, necesariamente debemos llegar a una conclusión distinta: Que el error cometido por el justiciable no es sinónimo de denegación del recurso.

Para llegar a este modo de razonar, el aplicador de la ley debe tener principios morales, que es la condición sine cuan non para precisar que es justo o injusto, que es lo que interesa en verdad al derecho. Y el ser humano, como tal, es el único que puede llegar a adquirir esta virtud o, lo que es lo mismo, llegar a tener una conciencia moral. Los animales irracionales actúan y reaccionan guiados por sus instintos y por la ley natural que los rige.

Y en este tren de disquisiciones, se tiende a confundir los principios morales con los de carácter ético y, sin embargo, existe una sutil diferencia. Por ejemplo, el Código de Ética del Poder Judicial instituye en su artículo 21, Numeral 3) la siguiente disposición: *“Salvo norma legal que lo permita, le está prohibido al juez recibir en audiencia privada en su despacho a una de las partes o sus representantes, sin la presencia de la parte contraria para tratar cuestiones vinculadas con los litigios. En casos excepcionales, de urgencia o necesidad acreditadas, podrá hacerlo brevemente y siempre en presencia del actuario judicial”*.

El hecho de que se contradiga esta prohibición el juez se expone a que sea juzgado por el Tribunal de Ética Judicial. Sin embargo, la contravención en sí no quebranta ningún principio moral. Lo que sí sería inmoral es que el juez se deje influenciar en sus convicciones personales por el acercamiento con una las partes en el proceso, sea por la razón que fuere. La conciencia moral está, pues, en una región óptica más profunda que determinadas normas éticas. Dicho en otras palabras, desde el punto de vista de la conciencia moral, el juez puede mantener cualquier tipo de entrevistas con cualquiera de las partes involucradas en el proceso, siempre y cuando permanezca incólume su conciencia



respecto al juzgamiento de la cuestión en litigio, independientemente a que sea sometido a un juicio ante el tribunal competente.

Pero para llegar a tener una conciencia moral el camino no es nada fácil. Se deben superar los prejuicios, los resentimientos u odios implantados en la psiquis por vivencias pasadas y, en fin, dejar atrás los sentimientos que constituyen ataduras que impiden o nublan el pensamiento. En resumen, solamente el hombre libre puede tener conciencia moral y, por ende, ser capaz de razonar correctamente como persona.

Estas observaciones explican la frase esculpida por Kant en su filosofía y es la máxima que nos ayudará a comprender la esencia de las adopciones de tal modo que no queden dudas o, en su caso, indicar cuáles serían éstas, en nuestro caminar por este sendero en el que existen posiciones contradictorias que ameritan ser analizadas pausadamente para no caer en antinomias inconducentes.

## **LAS ADOPCIONES EN EL CÓDIGO DEL MENOR**

El Código del Menor, promulgado el 18 de diciembre de 1981, entre sus Disposiciones Generales y Transitorias, derogó la Ley N° 831, “De Adopción” de fecha 7 de setiembre de 1962 (art. 343), vigente hasta entonces. Sobre esta ley no hace falta hacer comentarios porque nos distraería inútilmente la atención en el desarrollo de nuestra exposición, salvo que ustedes tengan interés en investigarlo. Lo que creo conveniente subrayar es la diferenciación entre la Adopción Simple y la Plena consagrados en el Código del Menor y su relación con el instituto de protección de la guarda. De esta manera, empleando como un puente de transición las disposiciones del citado cuerpo legal, estaremos en mejores condiciones para comprender el concepto doctrinal que impregna la nueva Ley de Adopciones.

### **LA ADOPCIÓN SIMPLE**

Art. 50 del C.M. *“La adopción simple no crea vínculo de parentesco entre el adoptado y la familia del adoptante sino a los efectos expresamente determinados en este Código”.*

Art. 51 del C.M. *“Los derechos y deberes derivados del parentesco de sangre no quedan extinguidos por la adopción simple, excepto los de la patria potestad, que pasan al padre o madre adoptivo”.*

Art. 43 del C.M. *“Para la adopción de un menor de más de diez y seis años, se requerirá su consentimiento y el de sus padres o tutor, y a falta de éstos, el de la persona encargada judicialmente de su guarda. Sólo será necesario el de su representante legal si el menor no ha cumplido dicha edad. La oposición del tutor o de la persona encargada de su guarda podrá ser suplida por la decisión del Juez”.*

Acerca del concepto de la adopción y sus antecedentes históricos ya se han escrito muchas obras por si quieren ahondar en el tema. Por mi parte, me referiré exclusivamente a determinadas conclusiones que fluyen de las normas trascritas precedentemente, algunas muy obvias y otra no, en el siguiente orden:

1) Por de pronto, queda prístinamente estatuido que la Adopción Simple no crea vínculo de parentesco entre el adoptado y la familia del adoptante. Es de señalar, empero, que la

adopción confiere al adoptado la posición de hijo matrimonial de la familia adoptiva (art. 30 del C.M.). Por consiguiente, como el hijo adoptivo es considerado como hermano del hijo del adoptante, si éste lo tuviere (art. 41 del C.M.), aunque no exista el vínculo de parentesco antes mencionado, en los hechos y salvo ciertos algunos prejuicios sobre los hijos adoptivos en ese tiempo, normalmente aquellos era aceptados como parte de la familia ampliada del o los adoptantes.

2) Otro punto suficientemente aclarado es que la Adopción Simple no es susceptible de tener como resultado de que queden extinguidos los derechos y deberes originados en el parentesco de sangre, con excepción del ejercicio de la patria potestad, que pasan a ser ejercidos por el o los adoptantes. Quiere decir, pues, que el adoptado tiene una familia de origen y otra adquirida a través de la adopción e incluso, se le reconocía el derecho de ejercer la acción de reconocimiento de filiación con respecto a sus padres biológicos (art. 53 del C.M.).

3) Fíjense que el artículo 43 no establece un procedimiento especial para el otorgamiento de la adopción. En este sentido, si bien en el artículo 282 del Código del Menor se menciona acerca del Procedimiento para la Adopción, era el juzgado el que tenía decidir que documentos adjuntar si los presentados no eran suficientes a su criterio y el proceso se mantenía abierto por veinte días. No se trataba, pues, de un proceso en que necesariamente había partes en controversia. Entonces, normalmente bastaba que en una audiencia den su consentimiento el o de los adoptantes y los progenitores del niño, y a falta de éstos, el tutor o la persona encargada judicialmente de su guarda. Por supuesto, si el niño ya había cumplido los diez y seis años, era también imprescindible su consentimiento. Por último, si hubiera mediado oposición por parte del guardador o del tutor, esta posición no era vinculante para el juez.

La Adopción Simple, tal como se ha podido ver, no estaba sometida a un juicio controvertido, salvo lo relativo a la posibilidad de la oposición también ya visualizada. Por otra parte, pudimos apreciar, además, que el instituto de la guarda no estaba previsto como paso previo a la adopción. Es más, la guarda no estaba conceptualizada como lo está hoy día con la vigencia del Código de la Niñez y la Adolescencia (art. 106) y, si el niño ya estaba en guarda, la adopción no era sino la continuación de su mismo status pero bajo el amparo de un instituto de protección más estable que la mera guarda.

La ventaja que ofrecía la Adopción Simple eran las siguientes: a) Procedimiento breve dado los términos del artículo 282 del Código del Menor; b) Era una solución para familias de escasísimos recursos que encontraban en la adopción una forma de asegurar para uno de sus hijos un futuro mejor, en especial con relación a aquellas de numerosa prole y, además, sin cortarse el vínculo de parentesco; c) En determinadas circunstancias podía ser revocada. Éstas estaban trasuntadas en el artículo 52 del Código del Menor; d) Los padres que querían dar a su hijo en adopción tenían la oportunidad de elegir a las personas en quienes confiaban plenamente que le darían un trato de verdadero hijo al niño, que es una actitud que respondía, y creo que hasta ahora, a los valores culturales del pueblo paraguayo; e) En los casos de revocación no se producían ningún tipo de traumas.

Creo que estas exposiciones son suficientes para entender las características de la Adopción Simple, en su esencia por supuesto, dejando de lado otras normativas teniendo en cuenta que Ley de Adopciones ha derogado todo lo referente a la forma de adopción ya

analizada. No obstante, en mi experiencia como profesional en este fuero, no sé en qué proporción, la Adopción Simple tenían su origen en el criadazgo, instituto que aún no ha sido abordado en el Código de la Niñez y la Adolescencia. El criadazgo era una usanza de tres o cuatro décadas atrás (no sé si hasta ahora) en virtud de la cual, una niña o niño eran entregados a una familia que los acogía para realizar actividades caseras, como ocupaciones menores, a cambio de que se les costee el estudio, la alimentación, vestimenta y educación. Sería la colocación de menores establecida en el artículo 251 del Código del Menor, pero, sin el requisito de una disposición judicial.

## LA ADOPCIÓN PLENA

Art. 54 del C.M. *“La adopción plena es irrevocable y confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen. El adoptado deja de pertenecer a su familia de sangre, y se extingue el parentesco con los integrantes de ésta, así como todos sus efectos jurídicos, con excepción de los impedimentos matrimoniales. El adoptado en la familia adoptante los mismo derechos y obligaciones del hijo matrimonial”.*

Art. 55 del C.M. *“Sólo podrá otorgarse la adopción plena respecto a los menores huérfanos de padre y madre, abandonados, o de padres desconocidos o que hayan sido privados de la patria potestad”.*

Art. 56 del C.M. *“Después de otorgada la adopción plena no se admitirá el reconocimiento del adoptado por sus padres de sangre, ni el ejercicio por aquél de la acción de filiación, con la sola excepción de la que tuviere por objeto probar el impedimento matrimonial”.*

Son notorias las diferencias entre la Adopción Simple y la Plena. En efecto, a pesar de que el procedimiento para ambas era el estatuido en el artículo 282 del Código del Menor, la admisibilidad de la Adopción Plena se hallaba supeditada a que se den solamente en los casos de: a) Menores huérfanos de padre y madre; b) Abandonados; c) De padres desconocidos; d) De padres que hayan sido privados de la patria potestad.

Las razones en la distinción de situaciones contempladas en el artículo 55 del Código del Menor para el otorgamiento de la Adopción Plena serían las que seguidamente se enuncian. Por una parte, como hemos podido constatar y vivenciar, la Adopción Simple no extingue el parentesco por consanguinidad y, en cambio, la Adopción Plena sí tiene ese efecto y, por otra, se puede intuir que en la intención del Código del Menor se halla ínsita la de dar preferencia a la Adopción Simple por las razones que les expuse con anterioridad. No quiero insistir en más detalles sobre estos aspectos de los dos tipos de adopciones reguladas en el Código del Menor, haciendo únicamente hincapié en sus disímiles efectos y que tendrá trascendencia para enfocar el próximo punto a desarrollar.

## LAS ADOPCIONES INTERNACIONALES

### TESTIMONIO PERSONAL

Cuando a mediados del mes de noviembre de 1995 fuimos designados para integrar el Tribunal de Apelación de Menores, la Dra. Alicia Beatriz Pucheta de Correa, el Dr. Arnaldo Samuel Aguirre y el suscripto, como el Tribunal anterior quedó desintegrado por la

reestructuración de todos los cargos judiciales, en la primera reunión que mantuvimos, recuerdo bien tres cosas. Una de ellas es que la Actuaria tenía para distribuir *treinta y dos expedientes*, lo cual significaba *ocho para cada uno*. La otra era que todos los expedientes eran de Adopciones Internacionales y, finalmente, la preocupación del Dr. Aguirre respecto a la identidad biológica de los adoptandos.

Me causó estupor que todos los expedientes versaran sobre Adopciones Internacionales. Ocurre que en el ejercicio de la profesión, me dediqué más bien a atender casos civiles y, excepcionalmente, a ciertas cuestiones propias de esta jurisdicción, como los juicios de asistencia alimentaria, algunos juicios sobre régimen de visitas y reconocimiento de filiación. Pero, sinceramente, nunca había visto un expediente sobre Adopción Internacional y no tenía la menor idea como resolver los casos que quedaron a mí cuenta. Después, al enterarme que nuestro trabajo consistía en verificar si se cumplieron en el juicio las recomendaciones establecidas en diversas Acordadas dictadas en esa época por la Corte Suprema de Justicia, me tuve que tomar la tarea de estudiar a fondo tales Acordadas y proceder en consecuencia. Felizmente, siempre desempeñamos en armonía nuestra labor los tres Miembros y luego de consensuar sobre ciertos aspectos de los procesos, el Tribunal empezó a emitir sugerencias a los diferentes juzgados, más allá de las disposiciones de las Acordadas.

En cuanto a la identidad biológica de los adoptandos, era también un tema absolutamente desconocido para mí. Mi conocimiento llegaba a lo sumo al certificado de nacimiento y las actas de inscripción, por algunos asuntos que me tocó enfocar como profesional en ciertos procesos de rectificación de nombre u otros supuestos similares. Lógicamente, no encontraba la relevancia en la expedición de los Certificados de Nacidos Vivos, instrumento que sirve de base para la inscripción posterior en el Registro del Estado Civil. Con el correr de los días, el Dr. Aguirre, que fue Director del Registro Civil y bastante fogueado en la materia, me explicó las formas en que pueden adulterarse los Certificados de Nacidos Vivos y desvirtuarse la identidad biológica de una persona a tal punto que hasta hoy día, si tengo alguna duda respecto a un certificado de nacimiento, recorro a su experiencia para no cometer errores. *El que teme preguntar es que teme aprender.*

Es más, hasta el presente nos encontramos muchas veces con este inconveniente atendiendo a que el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social no cumple lo dispuesto en el artículo 19 del Código de la Niñez y la Adolescencia en lo que concierne a que en el Certificado de Nacido Vivo deben estar impresas la impresión dactilar de la madre y la identificación palmatócópica del recién nacido. La palabra palmatócópica, se refiere a la impresión de la palma de la mano. Y este procedimiento tiene el inconveniente de que los recién nacidos tienen los dedos comprimidos y, por otro lado, como aquellos desarrollan rápidamente el sentido del gusto, lo normal es que lleven las manos o los dedos a la boca, con el peligro que representa la tinta que se emplea normalmente para obtener la impresión dactilar. Por esta razón, en determinadas situaciones, convocábamos a funcionarios del Departamento de Identificaciones para obtener la impresión digital plantar de los bebés (Planta de los pies). De este modo, el niño no se exponía a ningún tipo de intoxicación y su identificación quedaba indemne porque una u otra forma de identificación tiene el mismo efecto.

Lo relatado más arriba tiene un carácter testimonial y es al solo efecto de exponer para conocimiento de ustedes algunos de los problemas que presentaban las Adopciones Internacionales y que, espero sea de utilidad conocerlos. Podría explayarme sobre otros detalles, pero, creo que con que les expuse como experiencia cierta en el ejercicio de la magistratura, es suficiente para entrar en el tema que nos interesa dilucidar.

Las Adopciones Internacionales se caratulaban de la siguiente forma: “N.N. INICIAR JUICIO DE GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL”. La guarda era convenida por escritura pública entre la madre del niño (normalmente) y los pretendidos adoptantes extranjeros, y los Juzgados, a excepción del que estaba a cargo de la Dra. Irma Alfonso de Bogarín, imprimían a los juicios los trámites que correspondían.

En realidad, bajo la vigencia del Código del Menor, la institución de la guarda no era un juicio en sí. Lo que pasó en ese tiempo era que los futuros adoptantes venían por un breve tiempo al país, elegían al niño o niña que querían en adopción, se les otorgaba la guarda y después retornaban a sus países de orígenes y, terminados los trámites de la adopción, volvían para llevarse a los niños. La adopción concedida era la Adopción Simple. Esto fue la génesis de las guardas preadoptivas, constituyéndose en un quiste procesal que fue afianzándose con el tiempo, con la salvedad de que en algunos casos aislados, las adopciones nacionales habrían tenido también su origen en la guarda preadoptiva, pero, sin la connotación que posteriormente tuvo.

Es de advertir, empero, que la guarda, como instituto de protección, no estaba prevista en el Código del Menor como un paso previo a la adopción, sea la nacional o la internacional. Pero, de todos modos, abierto el dique con el primer juicio de Adopción Internacional, éstas se proliferaron en tal medida, que entre los años 1994 y 1998, la prensa se hizo eco de la actitud protestaria de ciertos sectores sociales y políticos del nuestro país que equiparaban a las Adopciones Internacionales como sinónimos de tráfico de niños.

No quiero entrar a discurrir si esta suerte de comparación es o no real porque no viene al caso. Lo que sí quiero enfatizar es que la guarda, de ser posible tiene que desconectarse definitivamente de la adopción. De hecho y a mi entender, las guardas preadoptivas otorgadas hasta el presente están proscriptas por la ley desde el punto de vista de la Convención sobre los Derechos del Niño. Para ello, les transcribiré la monografía de mi autoría intitulada LA ADOPCIÓN Y SU RELACIÓN CON LA GUARDA PREADOPTIVA, publicada en el libro LA ADOPCIÓN. UN ACTO DE AMOR Y DE DERECHOS por la ONG. GLOBAL INFANCIA en el mes de julio de 2006.

## **LA ADOPCIÓN Y SU RELACIÓN CON LA GUARDA PREADOPTIVA**

La guarda es uno de los institutos de protección del niño, pero, curiosamente, en el Código del Menor, hoy derogado, no contenía una norma que la conceptualice. Ciertamente, su determinación u otorgamiento estaba contemplado entre las atribuciones del Juez en lo Tutelar y también en lo Correccional según las disposiciones contenidas en sus artículos 227 inc. “f” y 232 incs. “a” y “b”. No obstante, a pesar de ese vacío en el ordenamiento anterior antes de entrar en vigencia el Código de la Niñez y la Adolescencia el 1 de diciembre del año 2001, se daba por entendido que la medida debía responder al beneficio o bienestar del menor. Se trataba, pues, de una medida de protección que era

entendida en los hechos pero sin una referencia normativa precisa que fijara sus alcances aunque, en la práctica, en las decisiones judiciales se la otorgaba con la frase un tanto genérica insertada en su parte final haciéndose alusión a las responsabilidades inherentes al cargo. No obstante, se daba por entendido, en definitiva, que el o los guardadores debían actuar en representación del menor y debían prestarle los cuidados y la alimentación que correspondía a los padres.-

*El artículo 106 del Código de la Niñez y la Adolescencia define la guarda como una medida por la cual el Juzgado encomienda a una persona, comprobadamente apta, el cuidado, protección, atención y asistencia integral del niño o adolescente objeto de la misma.* A pesar de que la norma hace alusión a una persona en singular, no cabría una interpretación literal de la citada preceptiva. En efecto, no habría inconvenientes en que la guarda sea otorgada a un matrimonio, por ejemplo. Naturalmente, esta interpretación devendría recurriendo al plano lógico del razonamiento judicial. Pero, al margen de esta observación, lo importante son las obligaciones que la ley impone al guardador y que, básicamente son dos. *En primer lugar, la de prestar al niño asistencia material, afectiva y educativa y, en segundo lugar, la de ejercer la defensa de sus derechos, incluso frente a sus padres.-*

Tal como puede apreciarse, tanto del concepto que se tenía de la guarda en el Código del Menor como el que se tiene actualmente en el Código de la Niñez y la Adolescencia, el instituto de protección nada tiene que ver con la adopción, por lo menos en principio. Yendo a la casuística, que normalmente ayuda a comprender mejor el aspecto netamente jurídico, podría traerse a colación el caso de una madre soltera que teniendo la necesidad de trabajar en el extranjero, solicita al Juzgado que se designe como guardadora de su hijo a una tía, madrina o a otro pariente cercano a la madre y al niño que reúna la condición de ser plenamente apta para ejercer el cargo. Por su propia esencia, pues, la guarda es una medida que tiene que tener un carácter temporal, es decir, su duración debe estar supeditada a la subsistencia de aquellas circunstancias que determinaron la necesidad de su otorgamiento. Sin embargo, ni en el Código del Menor ni en el Código de la Niñez y la Adolescencia, se hacían ni se hacen referencia al tiempo de duración y, por ende, *en la práctica las guardas siempre se otorgaron y se siguen otorgando sine die.* Si la guarda es concedida a un pariente, tal circunstancia carecería de relevancia, pero a un extraño y en los casos de bebés, a la larga podría crear serios problemas en lo que concierne a los padres biológicos en razón de los vínculos de afectividad afianzada con el guardador en desmedro del que naturalmente corresponde a aquellos. En otros términos, la guarda podría en el futuro entrar en colisión con la patria potestad que por disposición de la ley les corresponde a los padres biológicos del niño, independientemente a los lazos de afectividad que pudieran darse entre el niño y su guardador.-

Aún cuando conceptualmente se perciba claramente el sentido y alcances de la guarda, durante la vigencia del Código del Menor, y en especial en el caso de las adopciones internacionales, normalmente *se otorgaba la guarda con fines de adopción.* En realidad, para las adopciones nacionales igualmente esta era la vía que daba pie para el inicio del juicio de referencia. Pero en cualquiera de los casos, la guarda contaba con el consentimiento de los padres biológicos para que la medida tenga como finalidad la adopción del niño. Este trámite de la guarda preadoptiva, si bien facilitaba en gran medida

la adaptación del niño con los futuros adoptantes, constituía, sin duda, una desnaturalización de la guarda que, como se dijo, es una institución concebida con otra finalidad y propósito.-

Históricamente, este fenómeno tiene su explicación en el hecho de que antes de entrar en vigencia la Convención sobre los Derechos del Niño en el año 1990, en el ejercicio de la patria potestad lo que se acentuaba era el derecho de los progenitores por sobre el deber que involucra la institución. Resultaba natural, entonces, que los padres pudiesen disponer de sus hijos por razones generalmente de orden económico. Así, si una madre soltera se encontraba en la situación de no poder mantener a su hijo – de hecho hay recién nacidos que son abandonados en los hospicios por esta razón o simplemente por no estar preparadas emocionalmente para la maternidad -, la solución inmediata que surgía era la de otorgar en guarda al niño a una persona o a un matrimonio interesado en brindarle los cuidados necesarios para su sustento y asistencia en los otros aspectos que conlleva el concepto de alimentación. *Circunstancias de esta naturaleza u otras similares vendrían a ser el origen de las guardas preadoptivas.*

Por otra parte, era una solución que resultaba cómoda para los juzgados ya que desde la óptica de la doctrina de la Situación Irregular, la protección de los menores solamente era entendida como aquella proveniente del Poder Judicial, tal como efectivamente lo disponía el artículo 223 del Código del Menor, en concordancia con el artículo 220 del mismo cuerpo legal, preceptivas de las que puede inferirse que solamente el Juez de menores tenía la potestad de entender en la solución de estos casos. Concomitantemente a las consideraciones que anteceden, no puede perderse de vista que tradicionalmente la adopción era vista como una respuesta para parejas o personas que no podían tener hijos. *Se trataba, pues, de asegurar descendencia a aquellas personas que por un motivo u otro, no podían tener hijos.*

Para la Convención, en cambio, lo importante es tratar por todos los medios de que el niño sea mantenido dentro de su entorno familiar, la nuclear o la ampliada de suerte que la adopción, si bien es reconocida como uno de los institutos de protección del niño, la misma debe tener un carácter subsidiario, una vez agotada la instancia anterior. Además, se debe dar en forma imperativa preferencia a las adopciones nacionales por sobre las internacionales, todo esto según las claras disposiciones del artículo 21 de la Convención. Para la doctrina de la Protección Integral que impregna la Convención, la inversión paradigmática podrían resumirse del siguiente modo: *a) Poner el acento en el deber que implica el ejercicio de la patria potestad con la pretensión de que los progenitores cumplan con su deber asistencial y, consecuentemente, que en lo posible el niño no sea separado de sus padres biológicos. b) Que es un principio básico de derechos humanos que el niño sea considerado como un sujeto pleno de derechos y no como un objeto de derechos, del cual pueda disponerse libremente sin tenerse en cuenta su opinión, por supuesto cuando esté en condiciones de darlo y si no, el de respetar su derecho a criarse dentro de su entorno familiar. c) Que ya no se trata de buscar hijos para quienes no puedan tenerlo. Por el contrario, buscar una familia para el niño que no la tiene.*

La guarda preadoptiva, por tanto, no tiene cabida dentro de la doctrina que propugna la Convención. Fiel a este postulado, la Ley N° 1136/97, De Adopciones, prevé dos juicios independientes en lo que respecta a las adopciones. En el juicio de *Estado de Adopción*,

cuyo inicio tiene lugar con relación a aquellas personas que manifiesten ante el Juzgado su deseo de dar a su hijo en adopción, se contempla un plazo obligatorio de cuarenta y cinco días para intentar con ellas el mantenimiento del vínculo (art. 21). Durante este plazo, que es prorrogable a criterio del Juez, el Centro de Adopciones se encarga de realizar la tarea de procurar que el niño se mantenga dentro de su entorno familiar, Obviamente, si la tarea tiene éxito, el juicio quedará extinguido, Caso contrario, se declara la pérdida de la patria potestad y, consecuentemente, también se declara al niño en estado de adopción o adoptabilidad. Si se trata de hijos de padres desconocidos, se establece un plazo mínimo de noventa días para la búsqueda y localización de los progenitores. Si se los encuentra, se debe iniciar con los mismos el periodo destinado al mantenimiento del vínculo. Caso contrario, si no fue posible ubicarlos, simplemente se declara al niño en estado de adopción. La declaración de la pérdida de la patria potestad en estos casos no podría decretarse en razón de no haberse hallado a los padres biológicos.

Durante la tramitación del juicio de *Estado de Adopción*, el niño no puede estar si no con familias o en instituciones encargadas de cuidarlo, pero no con guardadores que tengan la intención de adoptarlo. *Desde luego, no tendría sentido buscar el mantenimiento del vínculo si se concede la guarda preadoptiva*. En otros términos, durante este periodo no son partes en el juicio los posibles adoptantes quienes, si están interesados realmente en adoptar, tienen que presentar su carpeta de solicitud al Centro de Adopciones, institución que se encarga de buscar la familia adecuada para el niño y proponérsela al Juzgado dándose así el inicio de adopción propiamente dicho, ante el mismo Juzgado que entendió en el juicio previo.

El objeto del juicio de *Estado de Adopción* consiste, por un lado el de intentar de mantener al niño dentro de su familia, la nuclear o la ampliada y, por otro, cualquiera sea su resultado, definir de una manera definitiva su situación jurídica. En efecto, si el mantenimiento del vínculo no pudo prosperar, la declaración de la pérdida de la patria potestad, al desvincular jurídicamente al niño de sus padres, ya no se tendrá el problema de progenitores que después de dar su consentimiento para dar a su hijo en adopción, luego se arrepienten y tratan de recuperarlo por la vía de la restitución, problema que en no pocos casos se ha dado en el pasado entre los padres biológicos y los que detentaban la guarda preadoptiva del niño. *Por consiguiente, la guarda preadoptiva hoy resulta inviable jurídicamente desde el punto de vista de la Convención y de la Ley de Adopciones*.

En este orden de ideas, cuando se presentan situaciones de niños huérfanos o abandonados por sus progenitores, lo más recomendable es que los Juzgados, al tomar intervención en este tipo de situaciones, inmediatamente de oficio o ante la petición del Defensor del Niño, le impriman al juicio los trámites previstos en los artículos 21 o 22 de la Ley de Adopciones, según sea el caso. Efectivamente, el interés superior del niño ante situaciones como las anteriormente expuestas tiene pleno contenido *si se tiene en cuenta la definición de su situación jurídica como ser humano*, factor que en la mayoría de los casos no se tiene en cuenta ante la perentoriedad de dar al niño las primeras medidas de asistencia.-

Ahora bien, en su última parte, el artículo 21 de la Ley de Adopciones establece cuanto sigue: *“No se requerirá este trámite para la adopción – el periodo destinado al mantenimiento del vínculo – cuando el niño sea hijo del cónyuge o conviviente, haya*



*estado acogido en guarda o tutela por más de dos años, o cuando sea pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad de el o los adoptantes*". Haciendo abstracción del hijo del cónyuge o conviviente, el problema que hay que dilucidar es la diferencia entre la guarda y la tutela, institutos que de acuerdo con la redacción de la norma parecería que tienen el mismo significado a los efectos de la innecesidad del trámite previsto para el mantenimiento de vínculo.

En el supuesto de la tutela, no la provisional ni la especial, cuya determinación la debe tomar el Juez para casos específicos pero no excluyentes del ejercicio de la patria potestad, si no la tutela que debe adoptarse cuando el niño no esté sometido a la patria potestad ya sea por ser huérfano o cuyos padres hayan perdido la patria potestad, *deviene obvio que la excepcionalidad prevista en la ley seguirá en vigencia*. En otras palabras, la tutela que entra en sustitución ante la ausencia de la patria potestad seguirá constituyéndose como una de las excepciones susceptibles de ser admitida como tal con el efecto del no requerimiento del trámite destinado al mantenimiento del vínculo.

Pero la guarda otorgada a extraños al entorno familiar del niño e incluso, la otorgada a parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, para ser admitida como excepción, las mismas deben ser anteriores a la vigencia de la Ley de Adopciones. Caso contrario, a través del otorgamiento de estas guardas, aunque se diga que no son preadoptivas y así se los resuelva por los conductos jurisdiccionales, *resulta evidente que con ellas lo que se lograría es burlar el propósito y finalidad de la Ley de Adopciones y de la Convención*.

Cabría insistir, en este aspecto, que la finalidad del mantenimiento del vínculo es en suma, la de evitar en lo posible las adopciones de suerte que éstas tengan el carácter subsidiario que la ley le confiere. No puede soslayarse, en este sentido, que según el artículo 2° de la Ley de Adopciones, *la adopción se otorga como medida de carácter excepcional de protección al niño y se establece en función de su interés superior*. Quiere decir, pues, que el carácter excepcional antes aludido exige imperativamente el de procurar que el niño sea mantenido dentro de su entorno familiar por ser un derecho fundamental que debe ser precautelado en primer lugar.

Por otra parte, en abono a estas conclusiones, también se debe tener en cuenta que la adopción según nuestra legislación actual es plena, indivisible e irrevocable y confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen y le otorga los mismos derechos y obligaciones de los hijos biológicos. Asimismo, cesan los vínculos del adoptado con la familia de origen, salvo los impedimentos dirimientes en el matrimonio provenientes de la consanguinidad, todo esto de acuerdo con las prescripciones del artículo 3° de la Ley de Adopciones. *Por consiguiente, tanto la declaración de la pérdida de la patria potestad así como la adopción tienen el carácter de ser medidas adoptadas definitivamente, causando las resoluciones que decidan estas cuestiones ejecutoriedad material, o lo que es lo mismo, adquieren inmutabilidad en el tiempo*.

Se trata, por tanto, de decisiones que afectan al niño y se proyectan durante toda su vida. Por lo dicho, podría sostenerse válidamente que el mantenimiento del vínculo es el corazón de todo el proceso de adopción y la importancia que la ley le atribuye es tal que fulmina con la nulidad el incumplimiento de las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 22 de la Ley de Adopciones.

En este sentido, si bien es cierto que la guarda puede constituir en su momento una medida de urgencia necesaria para la protección del niño, no puede dejarse en el olvido que la definición de su situación jurídica es un aspecto que no puede pasar desapercibido dada la temporalidad que implica aquella. En consecuencia, presentada una petición de guarda, la misma no debería otorgarse sin que previamente el Juzgado se informe del fundamento en la cual se basa y, en su caso, hacer saber a los progenitores acerca de los alcances que la medida involucra.

Generalmente, la guarda es otorgada en relación a aquellas madres que alegando falta de recursos económicos deja la custodia del niño a otra persona. En estos supuestos, como el Código de la Niñez y la Adolescencia prohíbe que el niño sea separado de sus progenitores (art. 8° del C.N. y A.), o que se plantee siquiera la suspensión o la pérdida de la patria potestad alegándose insuficiencia de recursos, nada obstaría a que el Juzgado, luego de escucharla, la invite a manifestar si está o no dispuesta a dar a su hijo en adopción. De esta manera, si la respuesta es afirmativa, podrá iniciarse con ella inmediatamente el mantenimiento del vínculo con el asesoramiento de las personas especializadas en la materia con que cuenta el Centro de Adopciones. Incluso, en las circunscripciones del interior que no cuentan con una extensión del Centro, el Juzgado podría valerse de auxiliares que suplan de alguna manera esta deficiencia, interpretación que tiene su soporte en la disposición contenida al final del primer párrafo del artículo 21 de la Ley de Adopciones que dice: *“Para este efecto podrá recurrir a las instituciones que considere pertinentes”*.

Esto significa, que el mantenimiento del vínculo no es un problema que se salga necesariamente de la competencia del Juzgado. Por el contrario, se recurra o no a los servicios del Centro de Adopciones, el control y el mismo desarrollo del plazo para procurarse el mantenimiento del vínculo corresponde plenamente a su esfera de competencia, sin perjuicio de la responsabilidad que incumbe al Defensor del Niño. Ciertamente en los casos concretos aparecen inconvenientes de hecho para que esta diligencia sea cumplida como es debido, pero tales inconvenientes, sea de la naturaleza que fueren, no pueden interferir en el cumplimiento efectivo de la Ley de Adopciones.

En realidad, el cambio paradigmático que la Convención propone se contrapone en cierta manera con la propensión natural que jurídica y culturalmente se tiene de las guardas y adopciones. En efecto, la propensión natural desde el punto de vista cultural de nuestro país es que progenitores con mucha descendencia, especialmente en el campo, es la de dar en guarda a uno o más hijos, sea por medio de una resolución judicial o simplemente de hecho, a personas pudientes que aseguren al niño una subsistencia mejor que la que ellos podrían ofrecerle. Y desde la óptica jurídica, de igual modo es natural que los Juzgados resuelvan sobre guardas con la sola presentación de los progenitores y la aceptación de los guardadores, sin darle trascendencia a la causa que la originó.-

El problema más grave y difícil de resolver es cuando se trata de niños con padres desconocidos. Efectivamente, si noventa días como mínimo es el lapso previsto en la ley para tratar de ubicarlos, qué hacer con el niño entre tanto si no se cuentan con familias acogedoras u hogares de abrigo que se encarguen de su custodia temporal hasta tanto se defina lo concerniente a su situación jurídica. Siempre se encuentran personas de buena voluntad que se ofrecen como guardadores, pero que hacer con ellos cuando durante el

transcurso del tiempo se crean vínculos de afectividad con el niño y finalmente quieren adoptarlo. Como convencerlos de que es el Centro de Adopciones la entidad que en última instancia la que debe escoger a la familia más apta como futuros adoptantes del niño. *En fin, son problemas de hecho que deben resolverse y conceptos culturales y jurídicos que tienen que ir asimilándose en el futuro para que la guarda pierda definitivamente el carácter preadoptivo que históricamente ha adquirido y que la adopción se convierta en una medida excepcional, tal como lo prevé la Ley de Adopciones.*

Seguidamente, valdría la pena hacer unos breves comentarios sobre las disposiciones constitucionales y legales que sirven de sustento a las conclusiones que anteceden y como colofón de las mismas.

El artículo 54 de la Constitución Nacional, que en la brevedad de sus términos incorpora la doctrina de la Protección Integral dice cuanto sigue: *“La familia, la sociedad y el estado tienen la obligación de garantizar al niño su desarrollo armónico e integral, así como el ejercicio pleno de sus derechos, protegiéndolo contra el abandono, la desnutrición, la violencia, el abuso, el tráfico y la explotación. Cualquier persona puede exigir a la autoridad competente el cumplimiento de tales garantías y la sanción de los infractores. Los derechos del niño, en caso de conflicto, tienen carácter prevaleciente”*. Con esta preceptiva se aclara inequívocamente el reconocimiento de que el niño es sujeto pleno de derechos, derechos que tienen que garantizarse en los procesos de guarda y adopciones. En resumen, que en cualquier proceso donde se discutan los intereses del niño, éste es el sujeto y centro de todo juicio.

Esta disposición constitucional tiene su correlato exacto con los artículos 12 y 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño. En el primero se reconoce al niño el derecho de expresar su opinión en todo asunto en que esté en juego su interés y, en el segundo, se establece en cualquier decisión que deba adoptarse en relación al niño, una consideración primordial que debe ser tenido en cuenta es la protección de su interés superior. Llenando el círculo, el artículo 26 del Código de la Niñez y la Adolescencia dispone textualmente cuanto sigue: *“El niño y el adolescente tienen derecho a presentar y dirigir peticiones por sí mismos, ante cualquier entidad o funcionario público, sobre los asuntos de competencia de éstos y a obtener respuestas oportunas”*. De modo que, lo que era un enunciado doctrinal en lo que concierne al concepto de que el niño es sujeto pleno de derechos, se halla trasuntado positivamente en virtud de las normas antes mencionadas.

Engarzado a estas consideraciones, el artículo 53 de la Constitución Nacional reza: *“Los padres tienen el derecho y la obligación de asistir, de alimentar, de educar y de amparar a sus hijos menores de edad”*, y por su lado, el artículo 55, sin bien es una norma más bien programática, estatuye que la maternidad y la paternidad responsables serán protegidas por el Estado, el cual fomentará la creación de instituciones necesarias para dichos fines. De modo que, si la ley suprema de la nación acentúa la protección de la familia e impone a los progenitores el derecho y obligación de asistir a sus hijos, la única forma posible de llevar adelante estos postulados es que el niño no sea separado de su familia de origen.

Coinciden estas disposiciones constitucionales con las prescripciones del artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño en lo que atañe al principio de que el niño no sea separado de sus padres sin una causa justificada y con el artículo 8º del Código de la Niñez y la Adolescencia que transcrito dice: *“El niño o adolescente tiene derecho a vivir y a*

desarrollarse en su familia, y en caso de falta o insuficiencia de recursos materiales de sus familiares, el derecho a que el Estado los provea. Queda prohibido separar al niño o adolescente de su grupo familiar, o disponer la suspensión o pérdida de la patria potestad invocando la insuficiencia de recursos”.

Las normas anteriormente mencionadas, aunque parezcan un tanto líricas por la dura realidad que muchas veces aparecen como rocas en el camino de su efectiva concretización, se tiene que estimar como algo natural. Cuando las normas marcan pautas hacia un ideal de Justicia, hacia un ideal de vida que al fin de cuentas tiene su ancla afincada en el Derecho Natural, siempre existirá esa eterna lucha entre el ideal que vuela y la realidad que actúa como palanca de retroceso.

Entonces, el administrar Justicia en el campo de la niñez y adolescencia siempre, o por los menos en muchos casos, importará un acto de fe hacia un ideal humano de Justicia. Así, cuando el Juez decide sobre una custodia a favor de uno de los padres, tal determinación debe responder a la fe en que su resolución será lo mejor para el niño. Lo mismo pasa cuando en sede penal, al aplicarse una medida socio educativa al adolescente infractor, tampoco la decisión puede estar desconectada de la fe puesta en el futuro de ese adolescente que aún no fue educado en la vida.

*Finalmente, volviendo al tema original, si no existe una vivencia plena entre el niño, su entorno, y el Juez que va a decidir sobre una guarda, sin menoscabar los otros institutos de protección, una resolución apresurada y desconectada de la realidad del niño y de sus derechos, puede marcar un rumbo equivocado en su vida que lo marcará para siempre y con efectos impredecibles.*

## **LA LEY N° 1136/97, DE ADOPCIONES**

Art. 1. *“La adopción es la institución jurídica de protección al niño y al adolescente en el ámbito familiar y social por la que, bajo vigilancia del Estado, el adoptado entra a formar parte de la familia o crea una familia con el adoptante, en calidad de hijo, y deja de pertenecer a su familia consanguínea, salvo en el caso de la adopción del hijo cónyuge o conviviente”.*

Art. 2. *“La adopción se otorga como medida de carácter excepcional de protección al niño y se establece en función de su interés superior”.*

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

Art. 4. *“La falta o carencia de recurso materiales de la familia biológica del niño o adolescente en ningún caso constituirá motivo suficiente para la pérdida del derecho a ser criado por ella”.*

Art. 5. *“Los niños adoptados tienen derecho a: 1) Conocer su origen, de acuerdo con el procedimiento establecido en esta ley, y 2) Ser inscripto con el o los apellidos de los padres”.*

*adoptantes y mantener por lo menos uno de los nombres de pila. Pudiendo los adoptantes agregar nombres nuevos”.*

Art. 6. *“Podrán adoptar las personas residentes en el extranjero, siempre que reúnan los requisitos exigidos por esta ley. La adopción internacional se otorgará excepcionalmente y en forma subsidiaria a la adopción nacional. Se priorizará la adopción por nacionales o extranjeros con radicación definitiva en el país respecto de extranjeros y nacionales residentes en el exterior”.*

En nuestra Ley de Adopciones, pues, se suprimió la Adopción Simple quedando únicamente incorporada para la legislación paraguaya la Adopción Plena, pero, manteniéndose como principio que el adoptado pueda tener la posibilidad de conocer sus orígenes, punto respecto al cual habíamos insistido en nuestras recomendaciones a los Juzgados en los casos de las Adopciones Internacionales. Asimismo, quedó aclarado perfectamente el orden para el otorgamiento de las adopciones, quedando en último lugar las Adopciones Internacionales cuyos aspirantes son extranjeros. En síntesis, tratar de evitar desde el punto de vista jurídico que ningún niño salga del país, respondiendo fielmente a la doctrina de la Protección Integral, cuya esencia la describí en la monografía antes transcrita.

Ahora bien, a más de diez años de vigencia de la Ley de Adopciones, se presentan algunos problemas de hecho que, quizás, ameriten su revisión en algunos aspectos. En este orden de ideas, me limitaré a exponer algunos de esos problemas permitiéndome, a modo de sugerencias nada más, algunas posibles soluciones con las cuales podemos concordar o no. En realidad, como la ley establece una Tesis de la cual no podemos apartarnos, asumiendo el papel de Abogado del Diablo, expondré ciertas razones que puede servir de soporte a una posible Antítesis, pero, con ánimo constructivo, esperando con esperanza la Síntesis que, en la realidad y en los hechos, se asimile a la adopción y, en especial la nacional, dentro de los parámetros que marca la ley, a fin que ésta se visualice como una herramienta eficaz para la delicada labor en que los Juzgados (Poder Judicial) y el Centro de Adopciones (Poder Ejecutivo) se articulen adecuadamente y que no se dividan en compartimientos estancos o, en el peor de los casos, en directo enfrentamiento.

1) El artículo 21 de la Ley de Adopciones tiene como encabezado las expresiones que siguen: *“Los padres biológicos o sus familiares que manifiesten ante el juez competente su deseo de dar al niño en adopción...”*. Aquí nos encontramos con el primer escollo que no puede desconocerse. Por una parte, sea por ignorancia o tal vez por vergüenza, los padres, y generalmente las madres solteras, y mucho menos la familia ampliada del niño, no recurren al órgano jurisdiccional para manifestar que quieren dar al niño en adopción y, por otra, que algunas personas prefieren dejar a su hijo en el centro asistencial donde nació o directamente lo dejan abandonados en lugares públicos. Entonces, se origina fácticamente la antítesis entre la realidad de que en los hechos ocurren y la tesis sostenida por la ley.

2) En pureza, si vamos a tener en cuenta la redacción del artículo 5° del Código de la Niñez y la Adolescencia, nada obstaría a que la intención de dar al niño en adopción se haga también ante el Defensor de la Niñez y la Adolescencia o el representante del Ministerio Público de esta Jurisdicción y cualquiera de éstos, impulse el Juicio de Estado de Adopción solicitando al Juzgado se remita el caso al Centro de Adopciones. Es más, en los supuestos de niños abandonados, estoy convencido de que el Defensor del Niño, interviniente en el caso, es el que debe tomar la iniciativa con el mismo objeto antes

indicado, incluyendo su intervención en las guardas peticionadas como medidas cautelares autónomas. No obstante, como siempre nos encontramos con los positivistas de por medio, aunque para mí no es necesario, podría incorporarse estas alternativas ante una eventual modificación de la ley.

3) Sigue diciendo la misma preceptiva: *“...deberán pasar obligatoriamente por un periodo durante el cual el juez impulsará todas las medidas necesarias para mantener el vínculo familiar en la familia nuclear o la ampliada. Para este efecto podrán recurrir a las instituciones que considere pertinentes. Este periodo durará cuarenta y cinco días, que podrá ser prorrogado a criterio del juez”*. Este párrafo de la norma sí presente una clara antinomia que resolver. Tesis: *“El periodo de mantenimiento del vínculo es de carácter jurisdiccional”*. Antítesis: *“El periodo de mantenimiento del vínculo es de carácter administrativo”*.

Decididamente me inclino por la Antítesis sobre la base de los siguientes argumentos. No puede soslayarse que la Ley N° 1136/97 fue promulgada durante la vigencia del Código del Menor y el juez tenía las amplísimas facultades hoy superadas. Por otro lado, y teniendo en cuenta lo acotado precedentemente, según el artículo 29, numeral 1) de la Ley de Adopciones, su primera función es la de *apoyar al juzgado, a través del Departamento Técnico, durante el periodo de mantenimiento del vínculo familiar...*

Sin embargo, en la práctica, es el Centro de Adopciones es el encargado de realizar el mantenimiento del vínculo y no los Juzgados. Además, si bien el artículo 21 hace referencia a que el juez podrá recurrir a las instituciones que considere pertinentes, *¿cuál institución sería esa?. ¿Acaso los auxiliares especializados descritos en el artículo 165 del Código de la Niñez y la Adolescencia?* Podría entrar en más detalles que respaldan mi posición sobre este tema, pero, razonando lógicamente, si el Centro de Adopciones es un ente autónomo (art. 28 de la Ley de Adopciones), con funciones todas relacionadas con la adopción de niños, hasta la propuesta de adopción para cada niño con lo que se da inicio al Juicio de Adopción propiamente dicho (art. 29, numeral 10 de la Ley de Adopciones), por mi parte llego a la conclusión de que la competencia jurisdiccional comprende el de decidir si se dan los presupuestos fácticos y jurídicos para dar inicio al juicio de Estado de Adopción, competencia que vuelve asumir una vez que el Centro de Adopciones presente su informe si el periodo de mantenimiento del vínculo ha tenido éxito o no. En otros términos, no se puede cargar a los Juzgados una función que tiene que estar a cargo de profesionales especializados exclusivamente con el propósito de mantener al niño dentro de su familia nuclear o la ampliada.

Algunos operadores del derecho son partidarios de que el plazo establecido para el mantenimiento del vínculo es excesivo, pero, creo que si se va a introducir modificaciones a la ley, lo más urgente es si va primar la Tesis o la Antítesis tal como lo expuse en líneas precedentes. En cuanto a la duración del plazo, creo que habría que intercambiar ideas con los responsables del Centro de Adopciones que, por lo menos en teoría, son los expertos en la materia. Es probable que la falta de definición en lo concerniente a la competencia de los Juzgados y el Centro de Adopciones en las adopciones sea el motivo por el cual algunos profesionales se quejan de la lentitud en los procesos de adopción y otros atribuyen al Centro de Adopciones por el no cumplimiento de los plazos legales.

4) En la parte final del artículo 21 se introdujo ciertas excepciones con respecto al mantenimiento del vínculo de la siguiente forma: *“No se requerirá este trámite para la adopción cuando el niño sea hijo del cónyuge o conviviente, haya estado acogido en guarda o tutela por más de dos años, o cuando sea pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad del o los adoptantes”*. La parte que se presta a confusiones es lo vinculado con la guarda y que genera dudas en su interpretación. Es de advertir, empero, que la figura de la guarda mantenida en la norma, se la debe entender en el sentido de que sería únicamente las vigentes al tiempo de la sanción de la ley de adopciones. Caso contrario, la guarda se convertiría en un mecanismo jurídico para burlar el propósito de la ley. En resumen, una vez en vigencia la Ley de Adopciones, las guardas otorgadas sine die no tendrían ningún efecto para la adopción e incluso, la adopción podría declararse nula posteriormente, con todos los efectos negativos que tal determinación ocasionaría a los adoptantes y, por sobre todo, al niño adoptado. La vía que podría evitar esta situación es el juicio de pérdida de la patria potestad y si este tiene éxito. Pero en fin, no estaría demás que se omita esa parte de la norma en una futura modificación de la ley y termine definitivamente el otorgamiento de guardas sine die.

5) En lo atinente al plazo de búsqueda y localización de los padres biológicos o familiares del niño de noventa días, definitivamente me parece demasiado prolongado. Es más, durante esos noventa días, bien podría imputarse en sede penal a los padres por incumplimiento del deber emergente de la patria potestad y, porque no, que el Defensor del Niño inicie un juicio de pérdida de la patria potestad por la misma razón ya explicitada.

Un análisis profundo de las adopciones llevaría mucho tiempo que iría en detrimento de la extensión de una monografía. El objetivo de ésta no fue sino la de esbozar ciertas aristas que caracterizan a las adopciones, como la de deslindar la esencia de las guardas como instituto de protección del niño de la finalidad de la adopción, que si bien es cierto es también una medida de protección, tiene que dársele el carácter subsidiario que la misma ley define. De paso, de manera preliminar, sugerir algunas de las modificaciones que la ley apetece, sin menoscabo de otras que puedan surgir a partir de las propuestas sometidas a consideración de los lectores por mi parte.

Finalmente, me viene a la memoria una frase de Lutero que a mi entender convendría tener en cuenta y es la siguiente: *“No hay animal irracional que no cuide e instruya a sus crías”*. Y bueno, a pesar de que parezca un contrasentido, nosotros, los animales racionales del planeta, muchos carecemos de ese sentimiento de pertenencia con nuestros hijos que los animales irracionales lo tienen por instinto. Es por eso que necesitamos de leyes, como la de adopciones, para encaminar el destino de nuestros hijos que no queremos o no podemos criarlos (utilizando el vocablo de Lutero) dentro de un marco legal que esté acorde con nuestra realidad.

Mi conciencia moral me indujo a estas reflexiones que espero sea de provecho para los que están interesados en el tema de las adopciones.





## ALCANCE DE LA INDEMNIZACIÓN DE DAOS Y PERJUICIOS EN CASO DE EXPROPIACIÓN

*Marcela Gómez Navarro*

### 1. INTRODUCCIÓN

El presente estudio se circunscribe al alcance de la indemnización de daños y perjuicios en los casos de expropiación de tierras a ser afectadas por el aprovechamiento hidroeléctrico de la Entidad Binacional Yacyreta, sus obras auxiliares y complementarias.

A más de la normativa, doctrina nacional y comparada, se consultó la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en juicios iniciados por la Entidad Binacional Yacyreta por pago por consignación.

### 2. ALCANCE DE LA INDEMNIZACIÓN EN CASO DE EXPROPIACIÓN

#### 2.1. Normativa Nacional

##### 2.1.1. Constitución de 1992

La Constitución en su Art. 109 establece:

“De la propiedad privada. Se garantiza la propiedad privada, cuyo contenido y límites serán establecidos por la ley,... Nadie puede ser privado de su propiedad, sino en virtud de sentencia judicial, **pero se admite la expropiación por causa de utilidad pública o de interés social, que será determinada en cada caso por ley. Esta garantizará el previo pago de una justa indemnización, establecida convencionalmente o por sentencia judicial,...**”<sup>10</sup> (las negritas son nuestras)

##### 2.1.2. Ley N° 394/94

En la jerarquía de normas legislativas, la Ley N° 394/94 “Que declara de utilidad pública y expropia las áreas delimitadas a ser afectadas por el aprovechamiento hidroeléctrico de Yacyretá y sus obras auxiliares” reglamenta los derechos garantizados en la norma constitucional citada. Así en su Art. 6° dispone: “Entiéndase por reparación integral de los daños, la reposición física del área de mejoras y/o inmuebles afectados, o el pago de una indemnización justa y adecuada a dicho efecto. En caso de permuta deberá compensarse el pago de la diferencia de valores”.

##### 2.1.3. Ley N° 1.681/01

Si bien esta ley es posterior a la Ley N° 394/94 no la deroga ni modifica. Ello obedece a que el ámbito de aplicación de las referidas legislaciones es diferente. En efecto, el Art. 1 establece expresamente el “Objeto de la Ley”, identifica la poligonal y áreas declaradas de

---

<sup>10</sup> Las negritas son nuestras

• Relatora de la Corte Suprema de Justicia

utilidad pública y expropiada; y excluye los inmuebles expropiados en virtud de la Ley N° 394/94. En concordancia con dicha norma, el Art. 13 reitera en forma expresa la exclusión de las expropiaciones efectuadas en aplicación de la Ley N° 394.

La Ley 1.681/01, modificada por la Ley 1.814/01, establece en su Art. 7° “REPARACIÓN INTEGRAL. La indemnización comprenderá necesariamente la reparación integral causado a los afectados, debiendo sus valores mínimos determinarse conforme a las siguientes reglas: a) El valor actual de la tierra en el momento de la tasación deberá ajustarse al valor de venta que tengan en ese momento en el mercado otras fincas similares y próximas ubicadas en sectores de población dedicados a actividades análogas en el mismo Municipio o en su defecto un adyacente que no haya sufrido los efectos de la depreciación producida por causa de la obra que motiva la expropiación; b) El valor de las mejoras introducidas en el inmueble. Las construcciones se evaluarán por el costo que en el mercado de la construcción demande la realización de edificaciones nuevas de idénticas características, no admitiéndose depreciaciones bajo ningún concepto; c) Los gastos de traslado e instalación de bienes de producción como consecuencia de la expropiación; y, d) El valor de las indemnizaciones abonadas por ruptura de los contratos laborales. Los importes serán abonados a aquellos empleadores debidamente inscriptos en el Ministerio de Justicia y Trabajo y el Instituto de Previsión Social y cuyos contratos de trabajo estén inscriptos en el Ministerio de Justicia y Trabajo y no sean posteriores a la promulgación de la presente ley. No se comprenderá en la indemnización el lucro cesante que pudieran sufrir los propietarios afectados”.(sic=

## 2.2. Juridicidad de la expropiación

La indemnización de daños y perjuicios en los casos de expropiación encuentra su fundamento a nivel constitucional, dado que se encuentra directamente vinculada con uno de los derechos cautelados en Capítulo IX de la Constitución, “De los Derechos Económicos y de la Reforma Agraria”, específicamente en la Sección I “Derecho de la Propiedad Privada”

La norma del Art. 109 garantiza justamente la propiedad privada y la declara inviolable, reconociendo únicamente los siguientes casos en los cuales la persona puede ser privada de su propiedad:

- Por sentencia judicial
- Expropiación por causa de utilidad pública o de interés social

Aplicada esta norma al caso en estudio se infiere que se garantiza el previo pago de una justa indemnización, establecida convencionalmente o por sentencia judicial.

A *contrario sensu*, existirá violación al Derecho de Propiedad Privada, y por tanto violación a las normas constitucionales, si la expropiación no reúne los siguientes requisitos:

- Por causa de utilidad pública o interés social
- Determinada por ley
- Previo pago de indemnización.
- Indemnización justa, establecida convencionalmente o por sentencia judicial.

De ello se desprende que una expropiación que no observa en su proceso los requisitos señalados es inconstitucional, o como la doctrina manifiesta, carece de juridicidad.

## 2.3. Características de la indemnización

En cuanto a la indemnización, y puesto de manifiesto su carácter como variable necesaria para calificar a la expropiación como constitucional, es importante analizar su alcance.

Se ha dicho que se trata de la justa compensación debida al propietario con motivo de la limitación impuesta a su derecho de propiedad, así como que debe ser total, integral, en el sentido de abarcar el valor objetivo del bien y todos los daños que sean consecuencias directas e inmediatas de la expropiación.<sup>11</sup>

La falta de una previa y justa indemnización convierte a la expropiación en “confiscación”. Según Marienhoff, la indemnización por expropiación posee una naturaleza jurídica diferente de otros tipos de indemnización en cuanto:

- Está regida por el derecho público por la naturaleza jurídica de la expropiación.
- Debe ser previa a la transferencia del dominio del bien o cosa expropiada
- El contenido de la indemnización está integrado por rubros especiales, que no siempre coinciden con los de otro tipo de indemnización.
- No es un precio, dado que no emana de un contrato, sino de un acto coactivo unilateral del Estado (salvo que se llegue a un avenimiento).
- No es una deuda pecuniaria sino “deuda de valor” (considera la depreciación, etc.).

En nuestro Derecho y de conformidad con la norma del Art. 109 citada, la indemnización en materia de expropiación debe ser: justa y su pago debe ser previo. Debe ser previa a la transferencia de la propiedad.<sup>12</sup>

La Ley N° 394/94 desarrolla el alcance del vocablo “justa”, cuando en su Art. 5° dispone: La Entidad Binacional Yacyreta efectuará por medio de una comisión técnica la tasación de las tierras y mejoras de los inmuebles comprendidos ... debiendo los montos establecidos contemplar la reparación integral de los daños. En concordancia el Art. 6° expresa: “Entiéndase por reparación integral de los daños, la reposición física del área de mejoras y/o inmuebles afectados, o el pago de una indemnización justa y adecuada a dicho efecto...”<sup>13</sup>. Por tanto, puede interpretarse que existe indemnización justa cuando se logra la reparación integral de los daños causados con la expropiación.

Por su parte, la Ley N° 1681/01, modificada por la Ley N° 1.814/01, realiza una conceptualización mas amplia de la “Reparación integral” que debe lograrse a través de la indemnización, e incorpora precisiones, estableciendo los indicadores que deben ser considerados para el cálculo de la indemnización, cuales son:

- El valor actual de la tierra en el momento de la tasación deberá ajustarse al valor de venta que tengan en ese momento en el mercado otras fincas similares y próximas ubicadas en sectores de población dedicados a actividades análogas en el mismo Municipio o en su defecto un adyacente que no haya sufrido los efectos de la depreciación producida por causa de la obra que motiva la expropiación;
- El valor de las mejoras introducidas en el inmueble. Las construcciones se evaluarán por el costo que en el mercado de la construcción demande la

---

<sup>11</sup> Badeni, Gregorio. *“Instituciones de Derecho Constitucional”*. Ed. Ad-Hoc S.R.L., Bs. As., 1997, pág. 471

<sup>12</sup> Badeni, Gregorio. *“Instituciones de Derecho Constitucional”*. Ed. Ad-Hoc S.R.L., Bs. As., 1997, pág. 471

<sup>13</sup> Las negritas son nuestras

realización de edificaciones nuevas de idénticas características, no admitiéndose depreciaciones bajo ningún concepto;

- Los gastos de traslado e instalación de bienes de producción como consecuencia de la expropiación;
- El valor de las indemnizaciones abonadas por ruptura de los contratos laborales. Los importes serán abonados a aquellos empleadores debidamente inscriptos en el Ministerio de Justicia y Trabajo y el Instituto de Previsión Social y cuyos contratos de trabajo estén inscriptos en el Ministerio de Justicia y Trabajo y no sean posteriores a la promulgación de la presente ley.

En el Derecho comparado, encontramos normas similares a la anteriormente citada. Así la legislación argentina, reglamentando la Constitución, disponía que la indemnización comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean una consecuencia directa e inmediata de la expropiación<sup>14</sup>. Dentro de los mencionados daños se han incluido los perjuicios derivados de la expropiación parcial; gastos de mudanza; montos abonados por despido de empleados a raíz de la expropiación; los honorarios de arquitectos, ingenieros contratados para la edificación de una construcción en el inmueble que luego fue expropiado, entre otros. No así el valor afectivo; así como tampoco el lucro cesante, el valor panorámico e histórico por disposición legislativa argentina.

### 3. INTERESES

#### 3.1. Condena de oficio o a petición de parte

Los intereses integran el concepto de indemnización expropiatoria, comprenden el concepto de "justa indemnización" debida al expropiado, y su pago corresponde al beneficio de la ocupación de que ha disfrutado sin contraprestación el expropiante.

La circunstancia de que la propia Constitución establezca el carácter de "previa y justa" a la indemnización en los casos de expropiación, obliga al magistrado a condenar los intereses, que como se dijera, conforman la justa indemnización.

Esta norma crea una excepción al principio establecido en el Art. 15 'd' del Código Procesal Civil, según el cual el magistrado debe resolver dentro de los límites de lo solicitado por las partes, sea en la demanda o en la contestación, dado que en los casos de expropiación la condena de intereses resulta siempre admisible, aun cuando no formare parte de las pretensiones solicitadas en el proceso<sup>15</sup>.

Vale decir, aun cuando el expropiado no hubiere solicitado la condena de intereses, el magistrado, por imperio constitucional, debe establecerlo, so pena de violar el Art. 109 de la Constitución.

La Corte Suprema de Justicia ha interpretado que para que la reparación sea integral la indemnización debe incluir el pago de los intereses debidos desde la desposesión. Así ha expresado que "la reparación integral de los daños causados comprende no solo el pago del valor del objeto expropiado, sino también el pago de los intereses, de no incluirse estos, no tendría carácter integral"

---

<sup>14</sup> Ley N° 13.264, hoy modificada. Citada por Marienhoff, Miguel, pág. 249

<sup>15</sup> Jurisprudencia Argentina", 1967-III, pág. 117

En igual sentido la jurisprudencia argentina sostuvo que “Para incluir los intereses que corresponden, por privación del uso del inmueble, en la indemnización o compensación que debe otorgar el Estado por la expropiación basta que el expropiado haya reclamado la indemnización del Art. 14, ley 13.264 para que se lo tenga por peticionante, indudable, de los intereses, sin que sea necesaria una formal e independiente petición al respecto”<sup>16</sup>

En un fallo aún más audaz, el doctor Borda, con la adhesión de Llambías y Abelleira, afirmó que se deben, aunque el demandado no haya contestado la demanda: “En cuanto a los intereses, considero que forman parte de la indemnización, por lo cual deben ser a cargo del expropiante no obstante que el expropiado no contestó la demanda y, por consiguiente, no pidió en dicha oportunidad que la condena incluyera este rubro”.

### 3.2. Cómputo

La Ley N° 394/94 no legisla sobre este punto, a diferencia de la Ley 1681, que al referirse al pago de las indemnizaciones, establece en su Art. 5° que “La EBY abonará las indemnizaciones ... dentro del plazo de sesenta días contados a partir de la aceptación del monto por el propietario afectado, ya sea que ella se produzca inmediatamente o como consecuencia del recurso de reconsideración mencionado en este artículo. En caso de mora en el pago, los valores fijados devengarán un interés equivalente a la tasa activa promedio del período, determinada por el Banco Central del Paraguay. El interés devengado será calculado al momento del pago efectivo de la indemnización”.

De acuerdo a lo establecido por esta norma, los intereses se deben desde la mora, vale decir desde los sesenta días contados desde la aceptación del precio por el propietario. Como bien distingue la propia norma, la aceptación puede ser inmediata o puede surgir como consecuencia del recurso de reconsideración, y a ello debe agregarse el posible juicio de pago por consignación. Ahora bien puede darse el caso, -y que en la práctica se da con frecuencia- que la aceptación del precio no es inmediata, -por estar en desacuerdo el propietario-, y la desposesión del inmueble ya se efectuó; entonces surge la interrogante: ¿hay reparación integral si los intereses se pagan recién desde “la mora” de la EBY?

La Corte Suprema de Justicia, se pronunció expresamente sobre el tema que nos ocupa y expresó que “El cómputo de los intereses corre desde el momento de la ocupación o apoderamiento del bien expropiado hasta el pago de la indemnización, debiendo deducirse el pago consignado *ab initio*”, también sostuvo que “La sentencia judicial que fija el precio tiene un efecto declarativo, por lo que el curso de los intereses corre desde el momento del hecho que genera el daño”<sup>17</sup>

Esta fundamentación es coincidente con la expresada por la doctrina argentina que afirma que los intereses se deben desde la desposesión al expropiado por el expropiante hasta el pago de la indemnización, debiéndose deducir la suma consignada al iniciarse el juicio. Ello obedece a lo anteriormente afirmado, de que corresponde el pago de los intereses al beneficio de la ocupación de que ha disfrutado sin contraprestación el expropiante. En consecuencia, si el expropiante no tomó posesión del bien, o no lo ocupó, o si el expropiado continúa ocupando el inmueble no corresponde el pago de intereses<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> Voto en disidencia citado por Marienhoff, op. cit., pág 303

<sup>17</sup> Ac. y Sent. 831 ...Voto en mayoría

<sup>18</sup> Marienhoff, Miguel, pág. 301

Villegas<sup>19</sup> desarrolla una matriz interesante para el cómputo de los intereses, tomando dos circunstancias relevantes: si hubo o no desposesión y si fue o no consignado el precio:

- Si la desposesión se efectúa simultáneamente o con posterioridad al pago de la indemnización total, entonces no corresponde el pago de intereses.
- Si la desposesión se efectúa después de la sentencia, pero antes de pagar la indemnización, entonces los intereses corren desde aquel hecho.
- Si el expropiante consigna al pedir la posesión antes de determinar el juicio, una suma inferior a la que se fija definitivamente, los intereses se liquidan sobre la diferencia entre lo depositado y el monto de la indemnización y por el tiempo mediado entre la consignación y el pago de la diferencia.
- Si la suma fijada definitivamente es inferior a la consignada al pedir la posesión provisional, no se deben intereses.

### **REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA**

1. BADENI, Gregorio. “Instituciones de Derecho Constitucional” Ed. Ad Hoc, Bs. As., 1997.
2. VILLEGAS, Walter “Régimen Jurídico de la Expropiación” Ed. Depalma, Bs. As., 1973, pág. 155, 158
3. MARIENHOFF, Miguel “Tratado de Derecho Administrativo” Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 1997, t. IV.
4. CSJ, Ac. y Sent. N° 831 22/09/2005 “Compulsas: Reconstitución del Expediente Entidad Binacional Yacyretá c/ Fondo Ganadero y otro s/ pago por consignación”

---

<sup>19</sup> Villegas, Walter, “Regimen jurídico de la Expropiación”. Pág 155 y sgtes.

# JURISPRUEDENCIA

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

### ACUERDO Y SENTENCIA N° 357

#### **SIMULACION.** Prueba de la simulación

Cuando se presume que haya existido una liberalidad encubierta bajo la apariencia de un acto a título oneroso y que hubiese generado enriquecimiento indebido, esto es un acto simulado, la presunción exige que sea fundada mediante actividad probatoria desarrollada conforme a las reglas propias de un juicio de simulación, debiendo en consecuencia ser bastante las presunciones, graves, precisas y concordantes, de modo tal que alcancen a formar una sólida convicción en el Juzgador de que efectivamente se trata de un acto simulado.

#### **SUCESION.** Colación

Con la acción de colación no se pretende la invalidación del acto de la transferencia efectuada por el causante a favor de alguno de sus herederos forzosos, sino solo la incorporación a la masa del valor de los bienes donados simuladamente.

#### **SUCESION.** Colación

El supuesto previsto en el art. 2547 inc. c) del C.C., debe probarse por las reglas propias de la acción de simulación, aunque el resultado pueda ser diferente en uno y otro caso: la nulidad del acto en la simulación; la condena a incorporar el valor del bien al acervo hereditario en la colación cuando se trata de una donación simulada bajo el ropaje de una compraventa ficticia, o bien, la condena a incorporar el valor equivalente al enriquecimiento si la demanda de colación se basa en el supuesto de una liberalidad encubierta.

#### **SUCESION.** Bienes colacionables

La liberalidad está dada por la porción del precio del mercado no abonada por el comprador y para la procedencia de la colación en base a este supuesto, es decir, para determinar la existencia de un valor “colacionable”, no basta la mera demostración de haberse pagado un precio ínfimo por el bien, sino también es esencial la acreditación del precio de mercado, elemento sin el cual no puede conocerse la medida del enriquecimiento.

#### **COMPRAVENTA.** Nulidad de la compraventa

La relación filial en sí, como presunción, no es unívoca, ya que la compraventa entre padres e hijos no está prohibida por nuestro derecho positivo, por lo que puede ser interpretada como acto lícito y real.

#### **SUCESION.** Colación. Bienes colacionables

Siendo la condición sine qua non de la acción de colación la determinación precisa del valor de la cosa supuestamente donada, dado que será el valor eventualmente reintegrado al

relictum o acervo hereditario, tenemos que el inmueble de autos fue transferido por el precio de “guaraníes un millón” precio que de por sí no constituye prueba alguna de ser uno vil, no habiendo aportado la actora en tal sentido elemento alguno que permita al juzgador precisar el valor real o fiscal del inmueble transferido.

**SUCESION.** Colación. **SIMULACION.** Prueba de la simulación

No procede hacer lugar a la acción de colación en razón de la orfandad probatoria de la actora, no pudiendo establecerse el valor real ni el fiscal del inmueble en litigio, tampoco puede decirse si hubo o no un enriquecimiento del demandado en perjuicio de aquella, como lo exige el art. 2547 inc. c) del C.C.

**COSTAS.** Costas en el orden causado

Las costas, conforme el art. 193 del CPC corresponde imponerlas en el orden causado en las tres instancias, considerando que si bien el hecho no pudo ser probado en juicio, asisten a la actora circunstancias particulares que la llevaron a arribar a la conclusión de poseer el derecho suficiente para la promoción de la demanda.

CSJ, Sala Civil y Comercial. 21-05-2009. “E. C. de D. c. H. C. O. s/ Colación de Bienes”.

(Ac. y Sent. N° 357)

Asunción, 21 de mayo de 2009

**C u e s t i o n e s :**

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, Raul Torres Kirmser y César Antonio Garay.

A la primera cuestión planteada el señor ministro Miguel Oscar Bajac Albertini, dijo: El recurrente no fundamentó el recurso de nulidad interpuesto, 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 su turno los señores ministros César Antonio Garay y Raúl Torres Kirmser, manifestaron: que se adhieren al voto que antecede por sus mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada el señor ministro Miguel Oscar Bajac Albertini dijo: El presente juicio sobre Colación de Bienes fue promovido por la Señora E. C. de D. contra H. C. O., con el objeto de que el mismo devuelva a la masa hereditaria el valor del inmueble individualizado como finca N° 52 del Distrito de la Pastora, el cual le fuera transferido a éste último a título oneroso por su padre E. C. C., y según lo manifestado por la actora en el escrito de demanda dicho acto constituyó una donación, en razón de que el demandado no posee ingresos económico.

Por S.D. N° 302 de fecha 1 de diciembre de 2.005 el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Laboral del Primer Turno de la Circunscripción Judicial de Caaguazú y San Pedro resolvió: “No hacer lugar, con costas, a al presente demanda de colacion de bienes, planteada por Eleuteria Cantero de Dure en contra del señor E. C. de D. sobre la finca N° 52 del distrito de La Pastora, de una superficie de 9 hectáreas 7.842 mts. 2, con sesenta centímetros cuadrados, inscripto en el Registro Público bajo el Nro. 1 folio 1 y



siguientes en fecha 12 de diciembre de 1.996, conforme al exordio que antecede. Anotar, registrar...” Por S.D. N° 305 de fecha 2 de Diciembre de 2.005 se resolvió “Aclarar, la parte resolutive de la S.D. N° 302 de fecha 1 de diciembre de 2.005, en el sentido de rectificar el nombre del demandado debiendo ser H. C. O., en lugar de E. C. de D., conforme a los términos expuestos en el considerando que antecede. Anotar...”.

Apelada la sentencia de Primera Instancia, previa sustanciación de los recursos, el Tribunal de Apelación, Primera Sala, en lo Civil, Comercial, Laboral y Penal, de la Circunscripción Judicial de Caaguazú y San Pedro, por Acuerdo y Sentencia N° 56 de fecha 30 de noviembre de 2.006, resolvió: “Declarar desierto el recurso de nulidad interpuesto. Revocar, con costas, la S.D. N° 302 de fecha 1 de Diciembre de 2.005, dictado por el Juez de Primera Instancia, en lo Civil, Comercial y Laboral, Primer Turno, de esta ciudad, Abog. L. F. R. A., en consecuencia, hacer lugar a la demanda de colación de bienes, impetrada por la señora E. C. de D. en contra de H. C. O., de conformidad y con los alcances señalados en el exordio de la presente resolución. Anotar, registrar...”.

Fundamentalmente el Tribunal con voto en disidencia basó la decisión en que la transferencia del inmueble celebrada entre el causante E. C. C. a su descendiente H. C. por una suma irrisoria (padre e hijo respectivamente), constituyen pruebas presuncionales que determinan la existencia de una liberalidad encubierta, bajo la apariencia de un acto a título oneroso. Manifestaron igualmente que comprobado tal extremo, no resulta necesario demostrar la simulación a través de una acción o de una redargución de falsedad, como lo sostuvo el inferior. Finalmente concluyeron que las presunciones en el caso analizado se hallan dadas por la existencia de una estrecha vinculación entre las partes en el acto y el precio vil.

Contra la resolución de Segunda Instancia se alzó el demandado, argumentando en el escrito de fs. 89/92 que la sentencia de primera instancia fue revocada sin fundamento alguno, habiendo sostenido dos de los miembros del Tribunal que con presunciones se puede probar que la venta formalizada por escritura pública en realidad fue un acto de liberalidad. Adujo que como lo señaló el miembro disidente, el precio establecido no fue objeto de debate en autos, acotando que el inmueble lo adquirió por un valor real en aquel entonces, el valor fiscal, por lo que no se puede hablar de precio irrisorio. Que en autos fue demostrado suficientemente a través de la producción de pruebas, que el bien inmueble registrable lo adquirió por medio de la venta formalizada ante Escribano Público en legal forma de su finado padre y desde esa fecha ejerce en ella posesión en carácter de propietario.

Corrido traslado de los recursos, el representante de la parte demandada al contestarlo a fs. 94/96 sostuvo que el fundamento de la accionada carece de sustento jurídico válido. Manifestó que con las pruebas diligenciadas fue demostrado que H. C. O. fue beneficiado por sus padres con una liberalidad encubierta bajo la apariencia de acto a título oneroso, del que resultó enriquecido, como así también que H. C. O. nunca pudo haber reunido ni tan siquiera el millón de guaraníes que la escritura pública falsamente menciona. Señaló además que en cuanto al precio pagado de un millón de guaraníes por un inmueble ubicado en el Distrito de La Pastora –Dto. de Caaguazú- indica que aproximadamente se pagó 100.000 Gs. Por hectáreas, cuando que al tiempo de la realización de la operación de compraventa se pagaba ya aproximadamente cinco millones de guaraníes por hectáreas en

dicha localidad, por lo que el tribunal al analizar la procedencia de la presente acción basó su decisión en el precio irrisorio establecido en la escritura pública.

De la vista corrídale el Agente Fiscal Adjunto Marco Antonio Alcaraz se expidió por la revocación del Acuerdo y Sentencia N° 56 de fecha 30 de diciembre del 2.006 en razón de que las pruebas fueron inconducentes a la demostración del carácter de gratuidad del acto jurídico de compraventa, no habiendo la accionante acreditado los extremos requeridos para la procedencia de la presente acción de colación.

Al entrar al estudio del caso que nos ocupa es importante mencionar los términos en que quedó trabada la litis. Es así que al promover la demanda la actora alegó que la transferencia a título oneroso celebrada entre E. C. C. y H. C. O. “fue un acto jurídico encubierto de donación, es decir a título gratuito con supuesto ropaje de compraventa, operación comercial de realización imposible por parte de mi hermano, ya que el no posee ingreso económico alguno, como para llevar adelante dicha operación”. Por su parte el demandado contestó “que el inmueble precedentemente individualizado, lo he adquirido en compra a título oneroso de mi finado padre en fecha 5 de diciembre de 1.996, tal como lo justifica el instrumento agregado por la adversa a fs. 1/5... En cuanto al supuesto afirmado por la adversa, de que no poseo ingreso económico alguno para la realización de un acto jurídico de ese carácter, lo niego rotundamente, además la afirmación de la demandante cae en la total subjetividad, constituyendo el elemento objetivo que desacredita esa afirmación el pago que he realizado ante el Escribano Público en el momento de la suscripción del contrato...”.

Ahora bien corresponde analizar si en autos fue acreditada la liberalidad encubierta alegada por la accionante, a fin de corroborar si se halla suficientemente probada la pretensión de la actora.

Como primer punto es dable acotar que en nuestro código civil se halla permitida la compraventa entre padres e hijos, por lo que el acto celebrado entre Eulalio Cantero Caceres y Herminio Cantero Ortega por Escritura Pública es válido y el mismo reúne cada uno de los requisitos establecidos en la Ley.

Las accionante ampara el derecho que invoca en el Artículo 2547 del Código Civil el cual establece que: “La colación comprende: inc. c) las liberalidades encubiertas bajo la apariencia de actos a título oneroso, de los que resultó enriquecimiento”.

Del análisis de las pruebas diligenciadas por la accionante como bien lo manifestara el Miembro disidente Abog. Carlile Gauto las mismas no fueron conducentes al esclarecimiento del caso, puesto que de la lectura de las mismas se observa que ya en el cuestionario fueron introducidas cuestiones no mencionadas por la parte en sus respectivos escritos de demanda y contestación, como ser inhabilidad mental o cerebral de demandado.

Igualmente se advierte que en relación al precio de venta abonado por el demandado y consignado en el instrumento público, en ningún momento la actora de manera expresa lo cuestionó, es mas en todo el proceso ni tan siquiera la actividad probatoria fue dirigida a la comprobación de que el precio de venta del inmueble fuera vil.

Se advierte igualmente que la última parte del artículo 2547 del Código de fondo dispone que con el acto encubierto se haya dado a favor del beneficiario un enriquecimiento. Sobre éste punto específico salta a la vista la orfandad probatoria de la accionante, quien lejos de Mostar seriedad e interés en el verdadero esclarecimiento de los

hechos aportó o trajo más sombras a los mismos. Por lo que de todo lo relatado y al realizar un pormenorizado análisis de las argumentaciones esbozadas en juicio, de las pruebas ofrecidas y diligenciadas por la accionante concurdo con el Miembro Abog. Carlile Gauto y con el Señor Fiscal Adjunto Marco Antonio Alcaraz en que las mismas no traen luz al esclarecimiento de la acción.

Por lo previamente expuesto opino que la acción de colación de bienes debe ser rechazada. La sentencia apelada debe ser revocada. En cuanto a las costas, conforme el Art. 193 del Código Procesal Civil corresponde imponerlas en el orden causado en las tres instancias, considerando que si bien el hecho no pudo ser probado en juicio, asisten a la actora circunstancias particulares que la llevaron a arribar a la conclusión de poseer el derecho suficiente para la promoción de la demanda. Es mi voto.

A su turno, el doctor Jose Raul Torres Kirmser dijo: Adherimos al voto del Ministro Dr. Miguel Oscar Bajac, agregando cuanto sigue:.

Contrariamente a lo expresado por el A quo, en relación a que en autos ha quedado demostrado el supuesto previsto en el Art. 2547 inc. c) del Código Civil, es decir, que haya existido una liberalidad encubierta bajo la apariencia de un acto a título oneroso y que hubiese generado enriquecimiento indebido, opinamos que la parte actora no alcanzó a probar tales extremos. Cuando se presume –en juicios como el que nos ocupa- que existe tal liberalidad bajo el ropaje de acto oneroso, esto es, un *acto simulado*, la presunción exige que sea fundada mediante actividad probatoria desarrollada conforme a las reglas propias de un juicio de simulación, como lo establece una pacífica doctrina jurisprudencial, debiendo en consecuencia ser bastante las presunciones, graves, precisas y concordantes, de modo tal que alcancen a formar una sólida convicción en el Juzgador de que efectivamente se trata de un acto simulado.

Comentando el Dr. Luís De Gásperi el Art. 3245, num. 3) de su Anteproyecto de Código Civil, fuentes del Art. 2547 inc. c) del Código vigente, remite entre otras fuentes al artículo 3604 del Código Argentino, al pie del cual anota Salas –en su obra *Código Civil y Leyes Complementarias Anotados*- la jurisprudencia siguiente: “El artículo anotado no se refiere a las donaciones, que están sujetas al régimen de la colación (arts. 3476 y ss), sino a las enajenaciones a título oneroso (...) cuando se han hecho con cargo de renta vitalicia o con reserva de usufructo (...) *sin perjuicio de que los demás casos se resuelvan según las reglas comunes de la simulación, cuando bajo la enajenación onerosa se disimule una donación* (Cám Civ. 2ª, 23/12/946, J.A., 1947-II-36) (las cursivas son nuestras).

Por otra parte, sostiene el Tribunal de Alzada que con la acción de simulación lo que se busca es declarar la *nulidad* del acto simulado, con la finalidad de reintegrar *en especie* al patrimonio del causante la cosa transmitida, en tanto que con la acción de colación no se pretende la invalidación del acto de la transferencia efectuada por el causante a favor de alguno de sus herederos forzosos, sino solo la incorporación a la masa del *valor* de los bienes donados simuladamente.

Es cierto que no se colaciona el bien donado sino su *valor*, tanto para el Código Civil de Vélez Sársfield como para el Código Civil Paraguayo que en su Art. 2550, dispone: “La colación deberá hacerse por el valor que los bienes tuvieren al tiempo de la demanda”. Pero la exigencia de probar el carácter simulado del acto atacado, por vía de las acciones de

simulación y colación, no obliga al Juzgador a declarar la nulidad del acto simulado, que es uno anulable –no nulo–, conforme a los términos del Art. 358, inc. c) del Código Civil.

En efecto, el supuesto previsto en el Art. 2547 inc. c) del Código de fondo, debe probarse por las reglas propias de la acción de simulación, aunque el resultado pueda ser diferente en uno y otro caso: la nulidad del acto en la simulación; la condena a incorporar el valor del bien al acervo hereditario en la colación cuando se trata de una donación simulada bajo el ropaje de una compraventa ficticia, o bien, la condena a incorporar el valor equivalente al enriquecimiento si la demanda de colación se basa en el supuesto de una liberalidad encubierta. El Dr. Luís De Gásperi aclara que en las liberalidades sujetas a colación existe un elemento subjetivo: el *animus donando*; y otro objetivo: la transferencia de propiedad, describiendo cómo la concepción francesa comprende, por ejemplo, no solo las donaciones propiamente dichas sino también las ventajas indirectas, procuradas por el *de cuius* a su heredero con el propósito de hacerle una liberalidad, aunque ellas resulten de un contrato a título oneroso como una compraventa. “Así –dice el tratadista–, si vendiese un padre a su hijo mayor de edad en \$50.000 un inmueble que vale \$ 100.000, le habría concedido una ventaja indirecta de \$ 50.000, la cual debe ser colacionada a la muerte de aquél” (Tratado de Derecho Hereditario, Tomo II, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1953, pág. 307).

En el caso citado, la liberalidad está dada por la porción del precio de mercado no abonada por el comprador y para la procedencia de la colación en base a este supuesto, es decir, para determinar la existencia de un valor “colacionable”, no basta la mera demostración de haberse pagado un precio ínfimo por el bien, sino también es esencial la acreditación del precio de mercado, elemento sin el cual no puede conocerse la medida del enriquecimiento.

En suma, en el *sub júdice* se da la exigencia de alegar y probar la simulación del acto jurídico concluido, como requisito primero, y además, justificar el enriquecimiento de un legitimario en perjuicio del otro, como segundo requisito exigido en el Art. 2547, inc. c) del Código Civil. El *hecho indiciario* de una probable simulación, que se constata en el *sub lite*, es la *relación filial* existente entre el vendedor y el comprador de la cosa, quienes son padre e hijo, respectivamente, a lo que se agrega el supuesto carácter irrisorio de la suma consignada en la escritura pública como precio de venta. La relación filial en sí, como presunción, no es unívoca, ya que la compraventa entre padres e hijos no está prohibida por nuestro derecho positivo, por lo que puede ser interpretada como un acto lícito y real. Tampoco la actora ha logrado desvirtuar que el demandado haya pagado el precio fijado en la escritura, lo que nos lleva a concluir que la operación fue real y no totalmente simulada. En otras palabras, no se ha demostrado que la liberalidad supuesta consistió en la entrega del bien. Cabe, pues, analizar si la liberalidad estuvo dada por la diferencia del precio pagado y el precio de mercado, de tal modo a producir un enriquecimiento al demandado, en los términos del Art. 2547 inc. c) y conforme con la cita doctrinaria transcrita. Este extremo no fue probado en juicio, dado que no se aportó dato alguno respecto del valor real o fiscal del inmueble de marras, a pesar de que ya el Art. 2550 del Código de fondo preceptúa claramente que “la colación deberá hacerse por el *valor que los bienes tuvieron al tiempo de la demanda*”, y mucho menos fue probada la medida del supuesto enriquecimiento en perjuicio del heredero forzoso.

Siendo una condición *sine qua non* de la acción de colación la determinación precisa del valor de la cosa supuestamente donada, dado que será el valor eventualmente reintegrado al *relictum* o acervo hereditario, tenemos que el inmueble de autos fue transferido por el precio de “guaraníes un millón”, según consigna la escritura pública, precio que de por sí – sin embargo- no constituye prueba alguna de ser uno vil, no habiendo aportado la actora en tal sentido elemento alguno que permita al Juzgador precisar el valor real o fiscal del inmueble transferido.

La avaluación fiscal es con frecuencia consignada en las escrituras con el propósito principal de evitar erogaciones mayores con la escrituración, pero, como queda comprobado, no acreditó la demandante que el precio consignado en la escritura pública traslativa de dominio fuese inferior al valor fiscal o real de la finca vendida. En el expediente sucesorio, agregado por cuerda separada, también brilla por su ausencia todo informe relativo a dichos valores –fiscal o real- del inmueble transmitido en propiedad. Adujo la actora en su escrito de demanda que la finca en litigio valía –en una estimación aproximada- cincuenta veces más que lo consignado en la escritura de compraventa, pero tal estimación no fue respaldada –como debió serlo- por la prueba pertinente, como –verbigracia- la pericial de tasación del inmueble, prueba cuya carga recaía sobre la parte demandante y tal como lo recuerda Messineo, careciendo el Juzgador de dato alguno al respecto, así como de la potestad de suplir de algún modo con su actividad jurisdiccional la negligencia probatoria de las partes. La orfandad probatoria del actor está a al vista: no pudiendo establecerse el valor real ni el fiscal del inmueble en litigio, tampoco puede decirse si hubo o no un enriquecimiento del demandado en perjuicio de la actora, como lo exige el Art. 2547 inc. c) del Código de fondo.

En consecuencia, es mi parecer que no procede hacer lugar a la acción de colación incoada y el fallo recurrido debe ser revocado, imponiendo las costas a la perdedora en las tres instancias, de conformidad a los Artículos 192, 203 inc. b) y 205 del C.P.C. Es mi voto.

A su turno S.E. el señor ministro Cesar Antonio Garay explicitó: coincido en las fundamentaciones que me preceden en cuanto a la revocatoria del Fallo dictado por el Adquem.

Ahora bien, en lo que concierne a la imposición de Costas, y tal como lo exige el Art. 193 del Código de Forma aquellas sean impuestas en el orden causado, en las tres Instancias, en razón de haberle asistido razón probable y suficiente para litigar a la actora al impetrar la demanda de colación, en la que esgrimió argumentos jurídicos valederos y atendibles. Confirmación de ello constituyen las divergencias de opiniones en las Instancias previas a esta Excelentísima Corte Suprema de Justicia. Así voto.

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

**R E S U E L V E :** Declarar desierto el Recurso de Nulidad interpuesto. Revocar el Acuerdo y Sentencia Numero 56, de fecha 30 de Noviembre del 2.006, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil, Comercial, Laboral y Penal de la Circunscripción Judicial de Caaguazú y San Pedro. Imponer Costas de las tres Instancias en el orden causado. Anotar, registrar y notificar.

*Ministro: César Antonio Garay, Miguel Oscar Bajac Albertini y Raul Torres Kirmeser.*

*Ante mí: Abog. Alejandrino Cuevas Caceres. Secretario*

## ACUERDO Y SENTENCIA N° 898

**CONTRATO DE TRABAJO.** Estabilidad laboral

La estabilidad trae aparejada que el trabajador estable solo puede ser suspendido en el empleo durante la sustanciación del juicio, y solo podrá ser despedido después de probarse la imputación hecha en su contra ante el Juez del Trabajo (art. 95 CL), para no caer en responsabilidad pecuniaria por parte de la patronal.

**CONTRATO DE TRABAJO.** Estabilidad laboral. Suspensión del contrato de trabajo.

Al tratarse de un trabajador estable, si el patrono desee liberarse de cargas, nunca debe despedir directamente al trabajador estable. Deberá suspenderlo y, previa comunicación al interesado, tomar la iniciativa del juicio en los tribunales para justificar las causas alegadas, solicitando la terminación del contrato. Si no se somete a este procedimiento dentro del plazo de 30 días, el despido ha sido sistemáticamente rechazado por los Tribunales del trabajo, haciendo viable el reintegro o el pago de las indemnizaciones correspondientes, sosteniendo que es ilegal el despido de un trabajador que goza del derecho a la estabilidad especial, y el efecto jurídico de un despido ilegal es el rechazo del mismo.

**PODER JUDICIAL.** Corte Suprema de Justicia

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, y sin ánimo de convertir en una tercera instancia que no corresponde, se debe hacer un análisis de la situación fáctica del caso.

**CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL PARAGUAY.** Derecho a la defensa

Existe violación del debido proceso y de la defensa en juicio, derechos y principios de rango constitucional, puesto que se han vulnerado reglas que amparan a los trabajadores con estabilidad, por tanto, las resoluciones impugnadas deben ser declaradas inconstitucionales por corresponder así en justicia.

**PROCESO LABORAL.** Audiencia preliminar de conciliación en el proceso laboral

La audiencia ante la Autoridad Administrativo del Trabajo se caracteriza por la voluntariedad en la asistencia de las partes. Cada una de ellas es libre de acudir o no, por lo que una vez que decidieran hacerlo, denotan por lo menos un interés en el caso planteado, que puede traducirse en un posible acuerdo o en que cada parte continúe en sus originarias posiciones, dando espacio a la etapa siguiente, la litigiosa judicial.

**PROCESO LABORAL. PRESCRIPCIÓN.** Interrupción de la prescripción.  
**SENTENCIA ARBITRARIA**

Deben declararse nulas e inconstitucionales las resoluciones impugnadas por haber considerado que la Audiencia de conciliación ante la Autoridad Administrativa del Trabajo no constituye un acto interruptivo de la prescripción, (art. 400 C.T.) al vulnerar derechos laborales y del debido proceso, máxime si se tiene en cuenta que la misma contaba con 18

años de antigüedad estando amparada con la estabilidad laboral y que la misma fue suspendida por telegrama colacionado.

CSJ, Sala Constitucional. 21-12-2009. “Acción de Inconstitucionalidad en el juicio: “Taller de Expresión Infantil S.A. c. María Inés Bibolini Chávez s/ Despido Justificado”. (Ac. y Sent. N° 898)

Asunción, 21 de diciembre de 2009

Cuestión:

¿Es procedente la acción de inconstitucionalidad deducida?

A la cuestión planteada el Doctor Núñez Rodríguez dijo: Se presenta ante la Corte la Sra. María Inés Bibolini Chávez, por derecho propio y bajo patrocinio de abogado, a promover acción de inconstitucionalidad contra el A.I. N° 145, de fecha 9 de mayo de 2006, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Laboral, Cuarto Turno; y contra el A.I. N° 295, de fecha 25 de julio de 2006, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Laboral, Segunda Sala, ambos originarios en la causa: “Taller de Expresión Infantil S.A. c/ María Inés Bibolini Chávez s/ despido justificado”.

1.- Alega la accionante que las resoluciones impugnadas “*son aberrantes por no haber considerado los Juzgadores, en ningún momento, la comparecencia de las partes a la Audiencia de Conciliación ante la Autoridad Administrativa del Trabajo, ya que consideran que la misma no es ningún acto interruptivo de la prescripción, dado que en esa ocasión las partes, lejos de buscar una solución al diferendo, se mantuvieron radicalmente en sus respectivas posturas; sin embargo mi parte, solo se limitó a exigir sus derechos laborales...*”, esto en abierta oposición a la jurisprudencia de los tribunales laborales sobre la materia (entre los que cita el Acuerdo y Sentencia N° 1903 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).

La Sra. Bibolini, es trabajadora con estabilidad especial (18 años de servicio) y se agravia que los fallos atacados le impidan hacer valer los derechos que la estabilidad le garantiza.

2.- Por el A.I. N° 145, el Juzgado en lo Laboral, Cuarto Turno, resolvió: “*Hacer lugar, con costas, a la excepción de prescripción planteada por el Taller de Expresión Infantil SA, contra los reclamos formulados por la señora Maria Ines Bibolini Chavez, en concepto de falta de preaviso e indemnización por despido injustificado, planteado en la demanda reconventional y en la demanda por despido injustificado, acumulada a estos autos...*”, al considerar que la demanda del pago de las prestaciones debidas, se realizaron después de cumplirse el plazo de 60 días establecido en el Art. 400 del Código Laboral.

El Tribunal, a través del A.I. N° 295, de fecha 25 de julio de 2006, confirmó con costas la resolución apelada, basado en que la comparecencia ante la Autoridad Administrativa del Trabajo no es ningún acto interruptivo de prescripción, dado que el comportamiento de las partes dista de poder ser considerado “una gestión de arreglo privado” previsto en el inc. d) del Art. 404 del CT.

3.- La acción debe prosperar.

Al iniciar el análisis de la acción planteada, debemos dejar en claro que estamos en presencia de una trabajadora con estabilidad especial, cuyos derechos deben ser resguardados de modo especial protegida por nuestra Constitución, y no anteponer el rigorismo excesivo a la aplicación de la justicia; la cual en su Art. 94 dispone: “*De la*

*estabilidad y de la indemnización. El derecho a la estabilidad del trabajador queda garantizado dentro de los límites que la ley establezca, así como su derecho a la indemnización en caso de despido injustificado”.*

En efecto, el Código Laboral en su Capítulo X establece la figura de la estabilidad especial, la cual se adquiere al cumplir diez años de servicio, con la cual adquiere derechos irrenunciables, como el que no puede ser despedido sin antes haberse comprobado la existencia de alguna causa justa de despido (la demanda para justificar el despido de la Sra. María Inés Bibolini fue iniciada 33 días después de la fecha señalada por la patronal como fecha de despido). La estabilidad trae aparejada que el trabajador estable SOLO puede ser suspendido en el empleo durante la sustanciación del juicio y SOLO podrá ser despedido después de probarse la imputación hecha en su contra ante el Juez del Trabajo (Art. 95 CL), para no caer en responsabilidad pecuniaria por parte de la patronal. Como bien lo señala el telegrama colacionado que en fecha 22 de abril de 2005 recibiera la Sra. María Inés Bibolini, la relación laboral se había suspendido, es decir, no fue terminada por la patronal, quien en sede judicial pretendió (aunque fuera de plazo) demostrar la causal justificada de despido.

Es decir, al tratarse de un trabajador estable, si el patrono desee liberarse de cargas, nunca debe despedir directamente al trabajador estable. Deberá suspenderlo y, previa comunicación al interesado, tomar la iniciativa del juicio en los tribunales para justificar las causas alegadas, solicitando la terminación del contrato. Si no se somete a este procedimiento dentro del plazo de los 30 días, el despido ha sido sistemáticamente rechazado por los Tribunales del Trabajo, haciendo viable el reintegro o el pago de las indemnizaciones correspondientes, sosteniendo que es ilegal el despido de un trabajador que goza del derecho a la estabilidad especial, y el efecto jurídico de un despido ilegal es el rechazo del mismo.

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; y sin ánimo de convertirnos en una Tercera Instancia que no corresponde, debemos hacer un análisis de la situación fáctica que involucra a la actora y que dieron lugar a las resoluciones impugnadas.

Así, tenemos que por imperio de la ley, la Sra. María Inés Bibolini, fue suspendida en su empleo en fecha 22/04/2005, hasta tanto la patronal demuestre la causa de despido justificada; no fue despedida. El plazo establecido en el Art. 400 del CT habla que se computará desde la fecha del despido, el cual no existió. Fue la trabajadora la que consideró que la relación laboral estaba finiquitada al presentar la correspondiente denuncia ante la Autoridad Administrativa del Trabajo en fecha 25 de abril de 2005. El Art. 400 del CT textualmente expresa: “*Prescribirán a los sesenta días: a) ...d) La acción para reclamar el pago por falta de preaviso legal. El término correrá desde la fecha del despido; y e) La acción para reclamar indemnización por despido injustificado del trabajador...El término correrá desde el día de la separación de aquél”.* El texto legal habla de “*desde la fecha del despido*” o “*desde el día de la separación de aquél*”; con lo cual la fecha de suspensión del



empleo de la trabajadora mal podría ser tomada como fecha referencial para calcular el plazo para la prescripción tal como lo hicieron los magistrados juzgadores. De todo lo expuesto, podemos concluir que existe violación del debido proceso y de la defensa en juicio, derechos y principios de rango constitucional, puesto que se han vulnerado reglas que amparan a los trabajadores con estabilidad. Por tanto, las resoluciones impugnadas deben ser declaradas inconstitucionales, tal como lo solicita la accionante, por corresponder así en justicia.

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 las resoluciones impugnadas deben ser declaradas inconstitucionales desde el momento que vulneraron garantías de rango constitucional que amparan a la Sra. María Inés Bibolini como trabajadora con estabilidad especial, al hacer una interpretación errónea de las normas aplicables al caso, en detrimento de la defensa en juicio, causando un agravio gravísimo a la accionante. Costas a la perdedora. Es mi voto.

A su turno el Doctor Fretes dijo: Que coincide con la conclusión final del preopinante, más disiente con los argumentos esgrimidos por el mismo para la fundamentación de su decisión, por lo que agrega:

1. Sobre el tema debatido opino que las gestiones privadas de arreglo entre las partes interrumpen la prescripción en curso aunque no se concrete el acuerdo definitivo, siempre que se demuestre de manera idónea la existencia de las mismas. Debe comprenderse que no es que las partes tienen que tomar la decisión de llegar a un acuerdo en la Audiencia realizada ante la Autoridad Administrativa del Trabajo, *sino que deben concurrir a dicha audiencia*, el objeto de la misma es ese, escuchar a las partes y ver la posibilidad de un acuerdo entre las mismas. Si posteriormente no llegan a un acuerdo, es una eventualidad que por supuesto puede acontecer. Otra cosa diferente es que una de las partes no concurra, allí si estimo que no está dado el presupuesto de la no interrupción de la prescripción. Es esencial resaltar la característica inherente a esta audiencia ante la A.A.T., cual es “la voluntariedad” en la asistencia de las partes. Cada una de ellas es libre de acudir o no. Por lo que una vez que decidieran hacerlo, denotan por lo menos un interés en el caso planteado, que puede traducirse en un posible acuerdo o en que cada parte continúe en sus originarias posiciones, dando espacio a la etapa siguiente, la litigiosa judicial.

En síntesis, pueden darse 3 supuestos: a) La parte A convoca a la parte B y llegan a un acuerdo, b) La parte A convoca a la parte B y no llegan a un acuerdo, por el motivo que fuere (no satisficieron las propuestas o se mantuvieron en sus posiciones); c) La parte A convoca a la parte B y esta última no acude. En los dos primeros, claramente las actuaciones realizadas se erigen en actos constitutivos válidos para la interrupción de la prescripción, con el alcance del Art. 444 del C.P.T. Por lo que sólo en el tercer caso, considero que no se reúnen los requisitos necesarios para que pueda válidamente configurarse en un acto interruptivo de la prescripción, realmente no se vislumbra ningún principio de gestión privada, pues solamente una de las partes tuvo participación activa (la que convocó).

2. En el caso de autos el despido de la Señora María Inés Bibolini Chávez se produjo en fecha 22.abril.2005. El 29.abril.2005 se realizó la audiencia ante la Autoridad

Administrativa del Trabajo, con la asistencia de la misma y del representante de la denunciada, el Taller de Expresión Infantil S.A. (fs. 57). La demanda fue promovida en fecha 23.junio.2005, transcurriendo 55 días entre la fecha de la referida audiencia y el de la presentación de la demanda. Ciertamente la prescripción no se ha operado.

El argumento principal de los juzgadores inferiores en el caso en estudio y que la accionante considera arbitrario, es que los mismos consideraron que la comparecencia de las partes a la audiencia de conciliación ante la Autoridad Administrativa del Trabajo, no fue un acto interruptivo de la prescripción, dado que en esa ocasión las partes lejos de buscar una solución al diferendo, se mantuvieron radicalmente en sus respectivas posturas. Como señalé y por los fundamentos que esgrimí concluyo que igualmente en el caso se cumple válidamente el presupuesto del Art. 404 del C.T. inc. d); por lo que las resoluciones accionadas –A.I.N° 145 del 09.05.2006 del Juzgado Laboral del 4° Turno y el A.I.N° 295 del 25.07.2005 del Tribunal de Apelación Laboral, Segunda Sala- deberán ser declaradas nulas e inconstitucionales al vulnerar los derechos laborales y del debido proceso de la trabajadora María Inés Bibolini Chávez, máxime si se tiene en cuenta que la misma contaba con más de 18 años de antigüedad, estando por tanto amparada con la estabilidad especial.

3. En síntesis me adhiero al voto del preopinante en los términos y alcances expuestos precedentemente. Voto en ese sentido.

A su turno el Doctor Blanco manifestó que se adhiere a los votos de los Doctores Núñez Rodríguez y Fretes, por los mismos fundamentos.

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

**R E S U E L V E:** Hacer lugar a la acción de inconstitucionalidad deducida y, en consecuencia, declarar la nulidad del A.I. N° 145, de fecha 9 de mayo de 2006, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Laboral, Cuarto Turno, y del A.I. N° 295, de fecha 25 de julio de 2006, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Laboral, Segunda Sala. Costas a la perdedora. Anotar, registrar y notificar.

*Ministros: Antonio Fretes, Victor M. Nuñez R. y Sindulfo Blanco. Ante mi: Abog. Héctor Fabián Escobar Díaz. Secretario.*

## TRIBUNAL DE APELACION EN LO CRIMINAL

### ACUERDO Y SENTENCIA N° 13

**RECURSO DE APELACION.** Apelación especial de la sentencia de primera instancia  
Es deber inexcusable del Tribunal de Alzada examinar acerca de la admisibilidad o rechazo del recurso que fuera interpuesto por la recurrente conforme al mandato que nos confiere el Art. 464 del Código Procesal Penal vigente. Así se debe determinar, si existe en el fallo: a) inobservancia o errónea aplicación de un precepto legal; b) que el precepto legal que se invoque como inobservado o erróneamente aplicado constituye un defecto de procedimiento y c) que el interesado haya reclamado oportunamente su saneamiento o haya hecho reserva de recurrir”, finalmente establece la excepción, cuando se da el caso de la nulidad absoluta visible o se noten vicios de la sentencia, que son de tratamiento obligatorio por ser de orden público. Sobre estos puntos, no se dan las condiciones previstas en el art. 166 del C.P.P.

**RECURSO DE APELACION.** Facultades del Tribunal de Apelación. **PROCESO PENAL**

El tribunal de apelación se limitará a entender solamente en cuanto a los puntos de la resolución que fueran atacados o impugnados, no pudiendo extender su competencia material al resto de la misma. Por lo que el tribunal no podrá revisar todo el material del hecho, ni las cuestiones de derecho contenidas en la primera instancia.

**RECURSO DE APELACION.** Facultades del Tribunal de Apelación. **PROCESO PENAL**

El tribunal de apelación sólo puede controlar si esas pruebas son válidas (legitimidad), si las conclusiones obtenidas responden a las reglas del recto entendimiento humano (lógica), y si la motivación así constituida es expresa, clara, completa y emitida con arreglo a las normas prescriptas, en una palabra, si la motivación fue legal.

**RECURSO DE APELACION.** Facultades del Tribunal de Apelación. **PROCESO PENAL**

Las únicas pruebas que pueden ser producidas y valoradas en segunda instancia son aquellas concernientes a los defectos de procedimiento que fueran manifestadas por el apelante, por ejemplo: las falencias del acta de juicio o la falsedad de lo asentado en dicho instrumento público no podrán versar sobre las cuestiones de fondo atendidas y debatidas en el Juicio Oral y Público, ni tampoco podrán reproducirse las del juicio en dicha instancia.

**PROCESO PENAL. PRUEBA.** Medios de prueba

No existen “medios tasados para descubrir la verdad”, se puede llegar a ella por cualquiera de los medios previstos en el Código Procesal, e inclusive por la tecnología, que integra los medios no reglados, siempre que no afecten derecho o garantías fundamentales (prohibiciones probatorias como son el allanamiento sin orden judicial, las torturas, etc)

**TRIBUNALES DE SENTENCIA.** Atribuciones

El órgano jurisdiccional competente para entender y apreciar el caudal fáctico producido en la audiencia de sustanciación del Juicio Oral y Público, no puede ser otro que el Tribunal de Sentencia, sea unipersonal o colegiado, y es el mismo el que debe valorar todas las pruebas con arreglo a las reglas de la sana crítica (art. 175 del CPP) a fin de pronunciar la correspondiente sentencia.

**RECURSO DE APELACION.** Apelación especial de la sentencia de primera instancia

El recurso de apelación especial no es otra cosa que una casación encubierta y su procedencia está supeditada taxativamente a los motivos contemplados en el art. 467 del CPP, debiendo basarse en la inobservancia o la errónea aplicación de un precepto legal, y si el mismo constituye un defecto de procedimiento, sólo será admisible si el interesado ha reclamado oportunamente su saneamiento o ha hecho la reserva de recurrir, salvo en los casos de nulidad absoluta o cuando se trate de vicios de la sentencia.

**RECURSO DE APELACION.** Apelación especial de la sentencia de primera instancia

El Tribunal de Apelación se encuentra impedido, al resolver el recurso de Apelación Especial, de valorar nuevamente los hechos tenidos por acreditados por el Tribunal de mérito, y las pruebas también valoradas por el mismo órgano juzgador, salvo el caso de violación a las reglas de la sana crítica sobre medios o elementos probatorios de valor decisivo (art. 403 num 4 del CPP), por lo que el control a ejercer en segunda instancia se limita a la aplicación del derecho y a la legitimidad de la sentencia.

**ALEVOSÍA**

La alevosía consiste en el aprovechamiento de una situación de indefensión ya presente en la víctima, que puede consistir en aspectos de la forma de ataque, por ejemplo que esté desprevenido por estar de espaldas a la agresión, o que sea por sorpresa o traición .

**RECURSO DE APELACION.** Facultades del Tribunal de Apelación. **PROCESO PENAL**

La alzada no puede asumir como propias, cuestiones tratadas exclusivamente en juicio oral y público, en el que el debate entre las partes es el que verdaderamente adquiere relevancia para dilucidar – a través de la valoración armónica de las pruebas producidas durante el mismo- la verdad de los hechos sucedidos, para posteriormente asumir apreciaciones acerca de la responsabilidad del acusado, su actuar ante este hecho, su conducta descrita en la norma penal con la calificación y la pena que le corresponde en base – igualmente- a un juicio propiamente dicho.

**PENA.** Medición de la pena

En cuanto al examen de la pena, no corresponde por los argumentos mencionados con anterioridad, pues el análisis para la aplicación tanto del Art. 65 en la medición, como así también del Art. 67 para la atenuación de la misma, es de competencia exclusiva de los miembros del Tribunal de Sentencia colegiado que han presenciado el juicio, han recibido las pruebas aportadas para el juzgamiento de su aplicación - como ser, testimonios,

documentales entre otros-, que finalmente son las que las partes ofrecen y discuten en el juicio y que son examinadas por los jueces para la correcta aplicación de las sanciones. (Voto en disidencia del Dr. Emiliano R. Rolón Fernández)

### **JUICIO ORAL Y PÚBLICO.** Acta del juicio oral y público

Para la dilucidación de tal cuestión fundamental, el órgano de alzada cuenta con dos documentos esenciales: el Acta de Juicio y la Sentencia propiamente dicha. El primero de ellos, es un documento por el que se relata la cronología del acto procesal de juzgamiento público y el segundo, contiene las conclusiones esenciales sobre la justificación del hecho, la acreditación de la reprochabilidad y el juicio sobre la pena. (Voto en disidencia del Dr. Emiliano R. Rolón Fernández)

### **PENA.** Facultades discrecionales del Tribunal

El juicio sobre la pena debe observar algunos lineamientos establecidos en la norma sustancial, entre estos: 1) el tipo penal infringido que en realidad nos señala, cuánto vale – en términos penales – el hecho cometido? 2) el grado de reproche del participante, establecido por el Art. 2 del CP, clarificando ésta norma que; a) no hay pena sin reproche y b) la gravedad de la pena no puede exceder los límites de la gravedad del reproche penal 3) bases de medición de penas y 4) los objetivos de la misma. (Voto en disidencia del Dr. Emiliano R. Rolón Fernández)

### **REPROCHABILIDAD**

El juicio de reproche cuenta con dos componentes de trascendencia, la capacidad del autor que “por conocimiento” tiene la posibilidad de motivarse conforme a la protección del bien jurídico que señala la norma. En nuestro caso “precautelar el bien jurídico vida”, lo cual según conclusiones de los referidos médicos-peritos que no nos merece juicio negativo, se hallaba vigente en las posibilidades mentales del autor, pero el segundo componente del referido juicio de reproche está enmarcada por la posibilidad de “refrenar la conducta”, motivándose conforme a la norma, y no se lo hace por una exteriorización de la voluntad demostrada por el sujeto activo. (Voto en disidencia del Dr. Emiliano R. Rolón Fernández)

### **REPROCHABILIDAD**

Al hallarse afectado el segundo componente del juicio de reproche (refrenar la conducta), la cuantificación de la pena, no debió ser lo máximo previsto como marco penal, en razón del ya mencionado Art.2do del CP que establece que la gravedad de la pena no puede exceder los límites de la gravedad del reproche penal. (Voto en disidencia del Dr. Emiliano R. Rolón Fernández)

### **PENA.** Facultades discrecionales del Tribunal

En el caso de autos, categóricamente no se ha efectuado el correcto juicio sobre la pena, lo cual convierte al decisorio en defectuoso que afecta a las garantías constitucionales y procesales, problemática que sólo ofrece solución a través de la nulidad parcial con reenvío en ese sentido para que otro Tribunal de Sentencia efectúe el correcto juicio sobre la pena, como respuesta de última ratio. (Voto en disidencia del Dr. Emiliano R. Rolón Fernández)

Trib. Apel. En lo criminal, Cuarta Sala. 16-03-2009. "Leoncio Piatti Aranda s/ Homicidio Doloso" (Ac. Y Sent. N° 13)

En la ciudad de Asunción, Capital de la República del Paraguay, a los diez y seis días del mes de marzo del año dos mil nueve, estando reunidos en su sala de Acuerdos, los Excmos. Miembros de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal, Cuarta Sala, Dres. Emiliano Rolon, Arnulfo Arias, y Luis María Benítez Riera y bajo la presidencia del primero de los nombrados, por ante mí, la Secretaria autorizante, se trajo a Acuerdo el expediente caratulado como más arriba se expresa, a fin de resolver el recurso de Apelación Especial interpuesto por la defensora pública Abog. Analia Yinde contra la S. D. N° 1 de fecha 18 de febrero del año 2009, dictada por el Tribunal de Sentencia, integrado por jueces Letizia De Gasperi Camacho, como presidente, y los abogados Victor Hugo Alfieri y Maria Doddy Baez como miembros titulares.

En cuanto a los hechos, se acusa a Leoncio Piatti por el hecho punible – homicidio doloso - previstos en el art. 105 en concordancia con el art. 29 inc. 1 del Código Penal, pues en fecha 26 de noviembre de 2006, siendo aproximadamente las 20:00 hs., desde la puerta de la casa ubicada en la calle Parapiti N° 3202 y 20 proyectada Leoncio Piatti, sin mediar palabras disparo con un revolver calibre 38 SPL, sin marca Smith y Wenson, caño largo, acabado exterior niquelado, con cachas de madera segrinadas color marrón procedencia USA a quien en vida fuera Josias Adam Valiente de 12 años de edad, momento en que este pasaba por el lugar, ingresando el proyectil en la cabeza del menor, quien cayo al suelo aún con vida, posteriormente el autor guardó el arma en su cintura y se dirigió hacia la cabina ubicada frente a su casa a tratar de destruirla, y luego entro nuevamente a su casa donde se encerró, las personas que se encontraban por los alrededores llamaron a la Policía quien traslado a la victima al Centro de Emergencias Médicas, donde se produjo su deceso a las 0:15 hs del 27 del mismo mes y año.

El mismo fue juzgado en juicio oral y público siendo condenado a veinticinco (25) años de pena privativa de libertad.

La cuestión llega a estudio de este Tribunal, ante la impugnación del fallo de la Defensora Abog. Analia Yinde.

Previo al estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar las sgtes. cuestiones:

1. Es competente este Tribunal de Apelación para entender en el Recurso de apelación Especial interpuesto?
2. Es admisible el recurso interpuesto o en su caso, se le debe rechazar?
3. Es justa la Sentencia Apelada?

Practicando el sorteo de ley, para determinar el orden de votación arrojó el siguiente resultado: Luis María Benítez Riera, Emiliano Rolon y Arnulfo Arias.

A las cuestiones planteadas, el Dr. Benítez Riera, dijo: Que, en cuanto a la primera cuestión planteada, se debe señalar, que este Tribunal está facultado para entender el recurso interpuesto en la presente causa, en virtud a lo dispuesto en los Arts. 40 inc. 1, 2, y 3 y el Art.456 y 466 in fine todos del C.P.P. y al no haber sido objetada la competencia de los mismos por la recurrente. Esta causa tuvo entrada al despacho de este preopinante en fecha 23 de abril del 2009, emitiendo opinión y entregando a secretaria del tribunal en fecha 25 de mayo del año 2009.

En cuanto a la segunda cuestión del cuestionario, el Dr. Benítez Riera, expreso: que debemos puntualizar que es deber inexcusable del Tribunal de Alzada examinar acerca de la admisibilidad o rechazo del recurso que fueran interpuesto por la recurrente conforme al mandato que nos confiere el Art. 464 del Código Procesal Penal vigente. Así se debe determinar, si existe en el fallo: a) inobservancia o errónea aplicación de un precepto legal; b) que el precepto legal que se invoque como inobservado o erróneamente aplicado constituye un defecto de procedimiento y c) que el interesado haya reclamado oportunamente su saneamiento o haya hecho reserva de recurrir”, finalmente establece la excepción, cuando se da el caso de la nulidad absoluta visible o se noten vicios de la sentencia, que son de tratamiento obligatorio por ser de orden público. Sobre estos puntos, no se dan las condiciones previstas en el art. 166 del C.P.P. para declarar la nulidad del fallo, en consecuencia corresponde entrar a estudiar la siguiente cuestión de conformidad a lo precedentemente expuesto y verificado los puntos a), b) y c) dándose los presupuestos legales, constitucionales y de conformidad a lo establecido en el Pacto de San José de Costa Rica.

Referente al tercer punto del cuestionario, el Dr. Benítez Riera manifestó: “Que por la sentencia apelada el tribunal a-quo declaró: 1) ...; 2) probada la existencia del hecho punible de homicidio doloso...; 3) probada en juicio la participación del acusado Leoncio Piatti ...; 4) Calificar la conducta del acusado Leoncio Piatti dentro de lo preceptuado en el art. 105 incs. 1 y 2 numeral 4 del Código Penal y el art. 29 inc. 1 del mismo cuerpo legal; 5) la reprochabilidad del acusado Leoncio Piatti por su conducta típica y antijurídica probada en juicio; 6) Condenar a Leoncio Piatti ...a la pena privativa de libertad de 25 años...; 7) . Librar ...; 8) Disponer...; 9) Imponer, costas al condenado; 10) Mantener ...; 11) Anotar...”.

La defensora al fundamentar sus agravios, señala “que el decisorio se ha basado en la inobservancia del art. 175 del CPP y errónea aplicación del art. 105 inc. 1 del CP, pues el Sr. Piatti no reúne los requisitos para ser reprochable por hallarse con un trastorno mental denominado trastorno delirante crónico más bien conocido como la Paranoia, debiendo aplicarse el art. 23 del CP. *Solicitando la absolucón de culpa y pena para su defendido* (fs. 375/383).

Por su parte, el Representante fiscal al contestar el traslado menciona que al momento de dictar sentencia, el tribunal tuvo en cuenta todas las pruebas producidas en juicio, llegando incluso a individualizar cuáles fueron las pruebas que le llevaron a concluir sobre la existencia del hecho, exponiendo también las razones por las cuales la conducta de Piatti es típica, antijurídica y reprochable, no encontrando su accionar amparada por ninguna causa de justificación, probando con ello la reprochabilidad del acusado, quien no se encontraba bajo los efectos de alguna sustancia que disminuya su capacidad de razonamiento, entendimiento o voluntad. *Solicita se confirme la resolución impugnada* (fs. 385/398).

El representante de la querrela adhesiva en su escrito de contestación expresa que el tribunal dicto sentencia valorando todos y cada una de las pruebas producidas en juicio, aplicando correctamente el art. 105 del CP. *Solicito la confirmación de la resolución en todas sus partes* (fs 399/405).-

Conviene tener presente que el art. 456 del CPP., establece la competencia del Tribunal de apelaciones, en el sentido de someter a estudio, exclusivamente, los puntos específicos de la resolución que han sido impugnados por las partes. El tribunal de apelación se limitará a entender solamente en cuanto a los puntos de la resolución que fueran atacados o impugnados, no pudiendo extender su competencia material al resto de la misma. Por lo que el tribunal no podrá revisar todo el material del hecho, ni las cuestiones de derecho contenidas en la primera instancia. Actualmente la doctrina es unánime consagrando la apelación como un modo de control de la resolución del tribunal inferior con los mismos materiales de hecho y de derecho que tuvieron en cuenta al momento de resolver. En el campo del derecho procesal penal el principio general *tantum devolutum, quantum appellatum*, no admite discusiones, es decir que los agravios del recurrente son los que atribuyen la competencia del tribunal superior que debe resolver en definitiva sobre los mismos y limitado a los aspectos contenidos en ellos.

La valoración de las pruebas y la determinación de las conclusiones inferidas de ellas, es potestad soberana del tribunal de sentencia. El tribunal de apelación sólo puede controlar si esas pruebas son válidas (legitimidad), si las conclusiones obtenidas responden a las reglas del recto entendimiento humano (lógicidad), y si la motivación así constituida es expresa, clara, completa y emitida con arreglo a las normas prescriptas, en una palabra, si la motivación fue legal. Que por Acuerdo y Sentencia N° 1015 de fecha 7 de octubre de 2002, emanada de la Corte Suprema de Justicia en cuanto al recurso extraordinario de casación se manifiesta en uno de sus apartados “... *de la simple lectura comprensiva de la lista de preceptos legales transcriptos, surge de forma explícita que las únicas pruebas que pueden ser producidas y valoradas en segunda instancia son aquellas concernientes a los defectos de procedimiento que fueran manifestadas por el apelante, por ejemplo: las falencias del acta de juicio o la falsedad de lo asentado en dicho instrumento público...no podrán versar sobre las cuestiones de fondo atendidas y debatidas en el Juicio Oral y Público, ni tampoco podrán reproducirse las del juicio en dicha instancia...*”.

El Código Procesal Penal incorpora (Art. 175) como método para valorar las pruebas dentro del proceso penal, en virtud del cual el Juez llega al convencimiento de estar en posesión de la verdad a través de la lógica, la psicología y la experiencia común. Por otro lado, el Código Procesal establece como principio rector para la actividad probatoria la libertad para probar, en virtud de la cual todo se puede probar, por cualquier medio, pero no a cualquier precio. Esta es la única limitación. Dicho de otro modo, no existen “*medios tasados para descubrir la verdad*”. Se puede llegar a ella por cualquiera de los medios previstos en el Código Procesal, en inclusive por la tecnología, que integra los medios no reglados, siempre que no afecten derecho o garantías fundamentales (prohibiciones probatorias como son el allanamiento sin orden judicial, las torturas, etc.).

Antes que nada, es sumamente importante recordar lo que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha expresado en varias oportunidades con respecto a nuestro nuevo sistema penal, y específicamente en relación al Juicio Oral y Público, el cual es el medio idóneo legal para dirimir y resolver los problemas en el área penal, estableciendo *los principios de concentración, oralidad e inmediatez*. Teniendo en cuenta dichos principios, el órgano jurisdiccional competente para entender y apreciar el caudal fáctico producido en la audiencia de sustanciación del Juicio Oral y Público, no puede ser otro que el Tribunal de



Sentencia, sea unipersonal o colegiado, y es el mismo el que debe valorar todas las pruebas con arreglo a las reglas de la sana crítica (art. 175 del CPP) a fin de pronunciar la correspondiente sentencia. Queda claro entonces, que la valoración de las pruebas es de competencia exclusiva de los Tribunales de Mérito. Asimismo, hay que agregar que el recurso de apelación especial no es otra cosa que una casación encubierta y su procedencia está supeditada taxativamente a los motivos contemplados en el art. 467 del CPP, debiendo basarse en la inobservancia o la errónea aplicación de un precepto legal, y si el mismo constituye un defecto de procedimiento, sólo será admisible si el interesado ha reclamado oportunamente su saneamiento o ha hecho la reserva de recurrir, salvo en los casos de nulidad absoluta o cuando se trate de vicios de la sentencia.

Sobre este punto, me permito traer a colación cuanto sigue; *“Una de las características fundamentales de la nueva legislación es la incorporación del juicio oral en única instancias, en el cual el Tribunal de Sentencia pronuncia la decisión definitiva, en cuanto a la existencia del hecho y la responsabilidad del imputado, es decir la sentencia de mérito. Esta decisión es dictada luego de un debate oral en el que el tribunal y las partes han apreciado las pruebas y discutido las cuestiones bajo la vigencia de los principios de inmediación o concentración. La identidad física del juzgador es preponderante para asegurar la legitimidad de la sentencia. No es posible entonces admitir ninguna clase de recurso en cuanto al mérito. El Tribunal de Alzada esta impedido para revalorar las pruebas o modificar los hechos, en cuya producción y discusión no ha participado. Si se admitiera nuevamente la revisión de los hechos, lo valioso de la inmediación perdería sentido. El Tribunal de alzada debe limitarse a examinar la corrección jurídica del fallo, en cuanto a la observancia de la ley sustantiva y a las formas esenciales del proceso, absteniéndose de incursionar en la parte histórica, es decir la realización fáctica que ha sido definitivamente fijada por el Tribunal de Sentencia”* (La Casación y la Apelación Especial I – Aspectos fundamentales – Gaceta Judicial I, Segunda Epoca, Año I – 2000, pag. 35).

De lo expuesto hasta aquí, se desprende que el Tribunal de Apelación se encuentre impedido, al resolver el recurso de Apelación Especial, de valorar nuevamente los hechos tenidos por acreditados por el Tribunal de mérito, y las pruebas también valoradas por el mismo órgano juzgador, salvo el caso de violación a las reglas de la sana crítica sobre medios o elementos probatorios de valor decisivo (art. 403 num 4 del CPP), por lo que el control a ejercer en segunda instancia se limita a la aplicación del derecho y a la legitimidad de la sentencia.

La doctrina establece que el hecho punible – homicidio - contiene elementos como el bien jurídico protegido, los sujetos, la conducta típica, justificación, el tipo subjetivo, las facetas de ejecución del hecho punible.

El bien jurídico es la vida humana, considerando a la vida como el más importante de los bienes de la persona. La vida humana es una realidad biológica que, en principio, se protege por el mero hecho de existir y sin atender a otras valoraciones, es decir, con carácter absoluto, La conducta consiste en matar. La ley prohíbe que se cause un resultado, que es la muerte, sin entrar en el modo de su producción.

La conducta desplegada por el condenado Leoncio Piatti Aranda, ha sido tipificada dentro del art. 105 inc. 1 y 2 numeral 4 del CP. –homicidio – que establece: *“...que la pena podrá ser aumentada hasta veinticinco años cuando el autor,.... 4) actuará en forma*

alevosa”...”. La propia fiscalía en su alegato final en el juicio oral y público “se ha ratificado su acusación contra el imputado y manifestó que es autor reprochable del hecho punible. Los fundamentos son *las testificales de Sonia Mabel Ayala, Reinaldo Benítez Ayala, Silvestre de Jesús Benítez Ayala, Laura Emilce Alcaraz, Silvia Riveros Noguera*. El Ministerio Público rescata que la producción de pruebas son contundentes, además solicitó se incurse la conducta del mismo, dentro de lo dispuesto en el art. 105 incs. 1 y 2 num 4 y solicitó la pena de 25 años de cárcel para Leoncio Piatti Aranda” encontrando satisfecha su pretensión con la pena solicitada en la acusación, al entender haber cumplido con la sociedad a la que representa, al solicitar dicha pena.

Naturalmente, el órgano fiscal, es el titular de la acción pública. Alfredo Vélez Mariconde, en su obra *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Tercera edición, Capítulo V - “*El ejercicio de la acción penal*”, punto 4. “El órgano estatal”, expone: “La acción penal es pública tanto por el objeto al cual se refiere, cuando por la finalidad que persigue. Para cumplir sus fines, para defender su propia vida. Para mantener el orden jurídico-social, el Estado ha reivindicado del particular el derecho de acusar; éste se ha convertido en una función pública (algunos dirán: en un derecho público). El interés individual ha quedado reducido, anulado, comprendido en el interés social. La actividad acusatoria se ha socializado, dignificándose al mismo tiempo en una elevada concepción del derecho y de la justicia. Reconocida la indiscutible necesidad social de regular el ejercicio de los derechos de cada uno con el respeto debido a la actividad jurídica de los otros; admitida la imperativa necesidad de reprimir la violación de los derechos, como exigencia estatal, porque el funcionamiento de las instituciones jurídicas y sociales eleva el daño privado a daño público, es evidente que la acción penal, en el cual se reúne la suma de las actividades humanas para la consecución de los fines jurídicos y sociales, es de naturaleza social y pública. La acción penal – dice Mortara- es el instrumento jurídico por medio del cual se actúa el derecho subjetivo del Estado (nosotros decimos la potestad represiva) de aplicar, por la autoridad y con las garantías del poder jurisdiccional, las sanciones jurídicas necesarias a la defensa y al mantenimiento del orden social y de las condiciones externas de pacífica convivencia de los ciudadanos. Vale decir, que si el derecho penal tutela intereses sociales y tiende a asegurar el mantenimiento del orden jurídico, el delito que los vulnera exige, más que determina, la actividad del Estado, en el cual se concentran naturalmente las facultades que promueven y realizan la actuación de los órganos estatales. La función penal es de índole eminentemente estatal. En consecuencia aún cuando la historia, la doctrina y la legislación comparada nos ofrecen distintos sistemas de acusación, la elección debe hacerse sobre el presupuesto ineludible de una intervención directa del Estado, mediante un órgano específico: *el Ministerio Público*. La institución de un órgano estatal permanente encargado del ejercicio de la acción penal, surge del principio mismo de la publicidad de la acción, como consecuencia del concepto de que la acción incumbe al estado; su institución responde, no sólo a la necesidad de esa ingerencia, por la imposibilidad de abandonar en manos del individuo la acción penal y la defensa del interés público correlativo, sino también a la imposibilidad de atribuir su ejercicio, o sea la función requerente, a los mismos órganos que ejercitan la jurisdicción.

Este Tribunal realizando un análisis del caso de autos considera que la sentencia dictada por el tribunal de sentencia no adolece de vicios, pues no corresponde la aplicación del art.

23 del CP., en razón de haberse probado que el acusado Leoncio Piatti Aranda, es una persona con capacidad de conocer la antijuridicidad del hecho y determinarse conforme a ello, según se ha demostrado con las declaraciones de los profesionales en la materia, es así que el Dr. Nicolás Garcete señaló *“...que el Señor Piatti tiene una capacidad mental normal, inclusive muy alta, se puede determinar que están conservados los indicadores de memoria y conducta, así como la capacidad introspectiva. Posee una actitud querulante,...., pero todo esto no afecta su capacidad cognitiva..”*; Carlos Estevens Sachero ha manifestado que *“...el Sr. Piatti, a pesar de ser paranoico, se encontraba en capacidad de discernir la antijuridicidad del hecho que cometía...”*; así como la pericial realizada por la junta medica integrada por los peritos Carlos Alberto Arestivo, Víctor Jacinto Godoy y Ana María Frachi quienes dictaminaron que: *“...el Sr. Piatti tiene una desviación de la personalidad, muy acentuado, por eso se vuelve peligroso, y es importante recalcar que cuando hay un trastorno de la personalidad las personas son consientes de sus actos...; no existiendo dudas de que el imputado Leoncio Piatti Aranda quien se encontraba con capacidad de discernimiento, es el verdadero responsable del hecho punible de homicidio doloso; tesisura a la que se arriba sobre la base del examen de los antecedentes que refiere las circunstancias en que se materializó dicho ilícito, es así que Sonía Mabel Ayala, manifestó: “...escuche que se abrió la puerta y veo un brazo que saca un revolver por la puerta y dispara al menor...”*; Laura Emilce Alcaraz expreso: *“...el niño Josias tocó el teléfono y salió Piatti a dispararle...”*; Silvia Riveros Noguera, manifestó: *“...subimos en la vereda de Piatti y cuando íbamos a pasar Josias vio una figurita de Dragon Ball a su izquierda y se agacho a alzar, al levantarse tropezó y se cayó por el teléfono, agarro el tuvo del teléfono yo le dije que deje y cuando dejó el teléfono Josias se me adelantó y en ese momento salio Piatti y le disparo a el..”*; así como de las evidencias y demás elementos de probanzas recogidas durante la etapa investigativa, que como resultado hace que la vara acusadora se dirija en forma directa en contra del incoado, responsabilizándolo del hecho punible de homicidio doloso que se investiga. Siendo la conducta delictual del incoado encuadrada dentro del disposiciones del art. 105 incs. 1ro y 2do numeral 4- del CP que establece *“...que la pena podrá ser aumentada hasta veinticinco años cuando el autor... 4) actuará en forma alevosa...”*; resulta sumamente clara y categórica en concordancia con el art. 29 del mismo cuerpo legal, de acuerdo a lo expresado a criterio de este Tribunal, las disposiciones legales aplicables a la conducta procesal del incoado por parte del Tribunal Sentenciante de Primer Grado ha sido la correcta, tanto en su interpretación como en su aplicación al caso concreto que motiva la apelación es por eso, que el monto de la pena que se le impuso de veinticinco años de pena privativa de libertad, teniendo en cuenta las circunstancias en que se produjo el hecho en cuestión y de conformidad a lo establecido en el mismo, consideró razonable y a la vez justa de acuerdo a la naturaleza de la reprochabilidad del hecho y el grado de responsabilidad del declarado culpable. En cuanto si hubo o no alevosía, podemos que decir que *la alevosía consiste en el aprovechamiento de una situación de indefensión ya presente en la víctima, que puede consistir en aspectos de la forma de ataque, por ejemplo que esté desprevenido por estar de espaldas a la agresión, o que sea por sorpresa o traición*, en este caso de acuerdo a los informes de los distintos peritos intervinientes y a testificales que expresan que el disparo fue sorpresivo y se realizó en forma directa contra la humanidad

del menor (Josias), es decir, la existencia del elemento alevosía, estuvo presente en el hecho en estudio. Es deber de este Tribunal analizar si ha existido inobservancia o errónea aplicación de un precepto legal o un defecto del procedimiento o la existencia de vicios en la sentencia. Comparto las argumentaciones vertidas por el Tribunal en el sentido que en el caso que nos ocupa se dan los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal que protege el bien jurídico lesionado (homicidio doloso), por lo tanto los agravios manifestados por la defensora carecen de sustento y debe ser rechazado. Asimismo no se observa que el Tribunal de Sentencia haya inobservado o aplicado erróneamente preceptos legales. Siendo que el Tribunal no ha incurrido en algún vicio que sea suficiente como para revocar la sentencia recurrida, además, la recurrente no ha centrado los agravios hacia el “*error in procedendo*” y “*error in iudicando*”, y por lo tanto, no se ha cumplido con los requerimientos del Art. 467 del C.P.P.

Finalmente, reiteramos que el Tribunal ha valorada cada una de las pruebas aportadas por el representante fiscal, en cuanto a la valoración de las pruebas obtenidas las mismas han sido valoradas con arreglo de la sana crítica. El Código Procesal Penal en su art. 175 incorpora la sana crítica como método para valorar las pruebas dentro del proceso penal, en cuya virtud el juez llega al convencimiento de estar en posesión de la verdad a través de la lógica, la psicología y la experiencia común, siendo que durante todo el juicio se ha probado los elementos tipo penal.

Al no advertirse inobservancia alguna o aplicación errónea de la ley penal de fondo y de forma, no es posible absolver de culpa y pena a Leoncio Piatti Aranda, pues durante todo el juicio se ha demostrado la existencia y la participación en el hecho, así como también la capacidad del imputado. Consecuentemente se debe confirmar la sentencia apelada. Es mi voto.

#### OPINIÓN DEL DR. ARNULFO ARIAS M.

Al contestar sobre los puntos 1 y 2 del cuestionario expuesto para el tratamiento de la impugnación, voto por la declaración de la competencia de este tribunal para el efecto y la admisibilidad del recurso interpuesto por la representante de la defensa del condenado Abogada Yolanda Analía Yinde en la presente causa, al haber cumplido la misma con las prescripciones del Art. 464 del C.P.P.

A la tercera cuestión, dijo: El Art. 456 del C.P.P. establece igualmente la competencia del Tribunal de Apelaciones, quien debe someter a estudio, exclusivamente, los puntos específicos de la resolución que han sido impugnados por las partes.

En cuanto a los agravios, ya fueron expuestos por los miembros que me precedieran en orden de votación. En ese sentido la defensa objeta, esencialmente, que su representado no debió ser condenado, pues existe a su favor una circunstancia eximente de reprochabilidad en su conducta, cual es el hecho de que el mismo sufre de una enfermedad denominada “*trastorno paranoide de la personalidad*”, hecho por el cual no debió merecer pena. *Igualmente hace alusión a la insuficiente valoración de medios de prueba para condenar a su representado (pericias, informes, testificales etc.).*

Ha propuesto como solución final a este tribunal de alzada, se admita el recurso interpuesto, anulando la sentencia recurrida en todas sus partes o en su caso, tenga en cuenta lo previsto en el Art. 474 del C.P.P., resolviendo sin reenvió disponiendo la absolución de

reproche y pena de su representado de conformidad a lo que dispone el Art. 23 inc. 1ro. del C.P., en concordancia con el Art. 67 del mismo cuerpo legal y el Art. 78 del C.P.P.

También han sido presentados indistintamente por las demás partes los respectivos escritos de contestación de agravios, que fueron examinados puntualmente y serán igualmente tenidos en cuenta al momento de resolver la cuestión puesta a consideración de este Tribunal de Alzada.

Inicialmente, debemos admitir como una constante en fallos emitidos por los tribunales de la República, la imposibilidad de asumir en alzada, como propias, cuestiones tratadas exclusivamente en juicio oral y público, en el que el debate entre las partes es el que verdaderamente adquiere relevancia para dilucidar – a través de la valoración armónica de las pruebas producidas durante el mismo- la verdad de los hechos sucedidos, para posteriormente asumir apreciaciones acerca de la responsabilidad del acusado, su actuar ante este hecho, su conducta descrita en la norma penal con la calificación y la pena que le corresponde en base – igualmente- a un juicio propiamente dicho.

Este procedimiento ha sido adoptado con el fin de garantizar a las partes el control cruzado sobre las pruebas producidas que han sido ofrecidas por los mismos en la etapa oportuna, contrastándolas a fin de obtener la verdad de los hechos acontecidos. En este contexto, entrar a analizar nuevamente – en este caso- las conclusiones de los dictámenes periciales de los expertos para formarse una nueva idea del caso, desnaturalizaría todo en andamiaje del sistema, pues ya se ha realizado un examen de los mismos en la etapa que legalmente es permitida y a quien le es asignada dicha tarea (1), quedando solamente, en esta instancia, el control de la correcta aplicación de la norma pero sobre la base de lo desarrollado en el único ámbito de juzgamiento por excelencia “Juicio Oral”.(1) Art. 397 del C.P.P. que prescribe sobre las: Normas para la deliberación y votación y dice en su primera parte: “ El tribunal apreciará las pruebas producidas durante el juicio de un modo integral y según su sana crítica...” .

En este contexto, revisada la sentencia se advierte un correcto análisis del tribunal, sobre los motivos que los llevó a optar por la versión de los testigos presenciales, explicado y sosteniendo un criterio razonable para llegar esa conclusión; esto en relación especialmente a las testificales de Sonia Mabel Ayala, Irene González y Silvia Riveros Noguera, (tía de la víctima), a más de otros tantos testimonios que han sido contestes con los mencionados y que han descrito de manera incuestionable la consecución de los hechos acontecidos en los cuales posteriormente el tribunal se ha basado para su determinación final.

Así también se encuentra abundante fundamentación acerca de la reprobabilidad del acusado, basado esencialmente en los informes médicos pertinentes que fueron expuestos durante el juicio que, – como se dijo anteriormente- no puede ser objeto de una nueva evolución por parte de este tribunal ad-quen.

En cuanto al examen de la pena, no corresponde por los argumentos mencionados con anterioridad, pues el análisis para la aplicación tanto del Art. 65 en la medición, como así también del Art. 67 para la atenuación de la misma, es de competencia exclusiva de los miembros del Tribunal de Sentencia colegiado que han presenciado el juicio, han recibido las pruebas aportadas para el juzgamiento de su aplicación - como ser, testimonios,

documentales entre otros-, que finalmente son las que las partes ofrecen y discuten en el juicio y que son examinadas por los jueces para la correcta aplicación de las sanciones.

Por los motivos expuestos, voto por la confirmación de la sentencia apelada en todas sus partes.

#### VOTO EN DISIDENCIA DEL DR. EMILIANO R. ROLÓN FERNÁNDEZ

Centralizado “*el hecho motivador del procedimiento penal*”, de la manera en que quedó expuesto por el Dr. Luis María Benítez Riera, debe responderse a las cuestiones propuestas, referidas a la competencia de la Cuarta Sala y a la admisibilidad del recurso de apelación especial interpuesto. En ese contexto, con respecto a la primera, debe estarse por la competencia material de la Cuarta Sala para la atención del presente conflicto, pues la misma se halla acorde con los lineamientos procedimentales previstos, entre éstos que la sentencia recurrida provenga del juzgamiento en juicio oral y público, además de los requisitos de orden formal que se hallan complacidos, ya que las partes de la relación procesal no han formulado objeción sobre la composición natural de la Sala. Con respecto a la segunda, -admisibilidad del recurso- cabe agregar que la proposición recursiva presentada por la Defensa, cumple con los presupuestos exigidos para la admisibilidad formal y material. Razones suficientes para viabilizar la atención de lo sustancial del recurso de Apelación Especial contra la S.D. N° 1 de fecha 18 de febrero de 2.009, dictada por el Tribunal de Sentencia compuesto por Olga Letizia de Gasperi Camacho, como Presidente, Víctor Hugo Alfieri y Ma. Doddy Báez como Miembros.

A la tercera cuestión propuesta, el mismo Miembro continúa exponiendo: *La defensa técnica*, como puntos esenciales de los agravios, ha objetado la referida sentencia, centralizándolos en: 1) la S.D. No. 01 de fecha 18 de febrero de 2.009 ha inobservado los Arts. 167 inc. 1 numeral 2° del C.P y Art. 175 del CPP, asimismo, el Tribunal de Sentencias ha aplicado erróneamente el Art. 105 inc. 1 del CP; 2) el Sr. Leoncio Piatti no reúne los requisitos para ser reprochable por hallarse con un trastorno mental conocido como paranoia; 3) En la sentencia definitiva el Tribunal de sentencias no ha determinado el nexo causal o relación causal entre Lorenzo Piatti defendido y el hecho 4) la exposición del Tribunal de Sentencia es vaga e imprecisa y deja sin respuesta los cuestionamientos esenciales necesarios para dictar el fallo condenatorio; 5) no existió DOLO en el actuar de Lorenzo Piatti; 6) *como propuesta de solución solicita se la absolución de culpa y pena del acusado.*

El representante del Ministerio Público ha contestado el traslado del recurso interpuesto, según reseña, en los siguientes términos: 1) el Tribunal de Sentencias expreso en forma detallada y acabadamente todos y cada uno de los elementos probatorios que llevaron a concluir que el acusado fue el autor del hecho punible de homicidio doloso; 2) en la sentencia definitiva el Tribunal ha explicado las razones por las cuales la conducta de Leoncio Piatti Aranda es típica, antijurídica y reprochable; 3) la acción desplegada por el autor no se encontraba amparada por ninguna causa de justificación; 4) el acusado es reprochable, pues si bien tiene una paranoia, la misma es sobre la seguridad por lo que anda armado pero es una persona normal en todo lo demás quehacer de su vida; el niño no podía de forma alguna amenazar su seguridad, es por ello que es plenamente reprochable...; 5) todas las pruebas fueron valorada con arreglo de la sana crítica, el Tribunal creo su convicción en forma conjunta y armónica con las pruebas producidas en juicio; 6) la

defensa pretende que el acusado sea considerado irreprochable sin haber presentado ni producido prueba alguna que sustente tal circunstancia; 7) *como propuesta de solución se solicita la confirmación de la sentencia recurrida.*

De igual manera, el representante de la querella ha contestado el traslado corridole solicitando la confirmación de la sentencia definitiva Nro. 1 de fecha 18 de febrero de 2.009.

Ya en análisis de la cuestión sustancial cabe recordar que los *hechos y las pruebas*, quedan definitivamente fijados en el “*juicio oral y público*”, porque es a través de tal acto procesal que se las captan, en observancia del principio de inmediación – Art. 366 del C.P.P. – y es en el mismo, donde se ejerce el control del pueblo en su administración de justicia, razón por la cual, tales hechos y pruebas no son reeditables por los Tribunales de Apelación, o dicho en otros términos, los hechos y pruebas *les son intangibles*. En ese sentido existen conjunto de fallos firmes de nuestros Tribunales, entre ellos del ente rector, Sala Penal de la Excma. Corte Suprema de Justicia, que se reseña a continuación: Causa: “*Aurelia Giménez, Nelida Orrego, Juan Burgos Vda. de Orrego, Joaquín Lezcano y Osvaldo Casco s/ supuesto hecho punible c/ la prueba documental*”: “*...Por el principio de inmediación que sirve de sustento al nuevo proceso penal oral (artículo 1, 2º, párrafo del C.P.P.), y por los preceptos del derecho de fondo enunciados precedentemente, tanto el reproche penal, como la individualización de la pena y su graduación, al estar basados en hechos, corresponden únicamente al Tribunal de Mérito o al Juez Penal de Garantías (para los casos de procedimiento abreviado. Los Tribunales de Alzada, en el ámbito de los recursos, no están en un nivel de inmediación con las circunstancias de hecho ventiladas en los debates del juzgamiento oral, y por consiguiente, carecen de potestad de modificar la medición de la pena efectuada por el Juez de juicio...*”. De igual modo, en la Cuarta Sala en lo Penal, circunscripción de la Capital ha sido una constante la decisión de no volver a examinar los hechos y las pruebas.

El hecho punible fue subsumido, según calificación final en el Art. 105 Inc. 2doº del C.P. que dice: “*Homicidio Doloso. Artículo 105. 1º El que matara a otro será castigado con pena privativa de libertad de cinco a quince años. 2º La pena podrá ser aumentada hasta veinticinco años cuando el autor: 1. matara a su padre o madre, a su hijo, a su cónyuge o concubino, o a su hermano; 2. Con su acción pusiera en peligro inmediato la vida de terceros; 3. Al realizar el hecho sometiera a la víctima a graves e innecesarios dolores físicos o síquicos, para aumentar su sufrimiento; 4. Actuara en forma alevosa, aprovechando intencionalmente la indefensión de la víctima.*

Para la dilucidación de tal cuestión fundamental, el órgano de alzada cuenta con dos documentos esenciales: el Acta de Juicio y la Sentencia propiamente dicha. El primero de ellos, es un documento por el que se relata la cronología del acto procesal de juzgamiento público y el segundo, contiene las conclusiones esenciales sobre la justificación del hecho, la acreditación de la reprochabilidad y el juicio sobre la pena.

En el orden de ideas precedentemente expuesto, el Tribunal de Sentencia basa su decisión de justificación del hecho en los siguientes medios probatorios: Periciales: 1) Junta Medica conformada por los doctores Carlos Alberto Arestivo, Victor Jacinto Godoy y Ana María Frachi (fs. 340); Lic. en Psicología Nicolas Garcete (fs. 341); Dr. Carlos Steven Sachero(fs.341 vto); Testimoniales: Viviano Machado, Sonia Mabel Ayala, Laura Emilce

Alcaráz González; Silvia Riveros Noguera; Irena González de Ruiz; Silvestre de Jesús Benítez Ayala; Ricardo Díaz Mendoza; Eugenia Cantero de González; Cesar Duran; Graciela Beatriz Moreno de Shaw, Neri Peña; Felix Silva Monges, Dr. Cesar Pimienta; Reinaldo Benítez Ayala, Cesar Silguero, Oscar Frutos, Myrian Fernández, Dr. Manuel Fresco; Documentales obrantes de fs. 351 vto a 353; Otros medios de prueba: 1) autopsia de la victima; 2) revolver calibre 38, marca “Smith & Weson”; 3) tomas fotográficas; 4) reconstrucción de los hechos.

La defensa pública, sin expresarlo con claridad, ajusta su pretensión impugnativa hacia una de las causales que permite la atención de lo sustancial del conflicto en alzada, lo cual es el “*error de juicio*”. En efecto, la mencionada profesional, por lo menos teniendo presente su escrito, más bien dirige su pretensión jurídica hacia una intensión de “revisionismo amplio”, propio de la ley procesal de 1.890, y no del ritual vigente en el que se exige, como causales de la viabilidad de la impugnación la argumentación referida a “errores de juicio”, entre éstos; los “*iniudicando e improcedendo*”, “*vicios de sentencia*” y casos de “*nulidad absoluta*”<sup>20</sup>, para pretender modificar la solución otorgada en juicio oral al conflicto que nos ocupa. No obstante, en una correcta interpretación debió formularse, tal como se expusiera en la parte inicial.

Como cuestiones esenciales propuestas en las impugnaciones ya referidas por quien me precediera, en lo que atañe a errores de juicio, agrego que en el decisorio objetado existe una cuestión de la máxima trascendencia y es “el juicio sobre la pena”. En efecto, la punibilidad de la conducta es consecuente de un “*juicio sobre el hecho y la participación criminal*”, que en el caso de autos, según la sentencia definitiva examinada y la posición asumida por la defensa técnica, se halla justificado. Se alega como causal de exculpación un trastorno mental – la paranoia- en el acusado, lo cual no fue correctamente examinado por el Tribunal juzgador.

Tal como se expusiera líneas arriba, el juicio sobre la pena debe observar algunos lineamientos establecidos en la norma sustancial, entre estos: 1) el tipo penal infringido que en realidad nos señala, cuánto vale – en términos penales – el hecho cometido? 2) el grado de reproche del participante, establecido por el Art. 2 del CP, clarificando ésta norma que; a) *no hay pena sin reproche* y b) *la gravedad de la pena no puede exceder los límites de la gravedad del reproche penal* 3) *bases de medición de penas* y 4) *los objetivos de la misma*.

En el conflicto que nos ocupa, ya examinando el juicio sobre la pena, debe señalarse, en cuanto al hecho punible cometido que el proceso de subsunción elaborado por el Tribunal de Sentencia, ha arrojado que el tipo penal infringido es el Art. 105, inc. 1ro., y 2do., num. 4 del CP y el grado de participación, de acuerdo a la concordancia expuesta, Art. 29 del CP,

---

<sup>20</sup> Artículo 467. MOTIVOS. El recurso de apelación contra la sentencia definitiva sólo procederá cuando ella se base en la inobservancia o la errónea aplicación de un precepto legal. Cuando el precepto legal que se invoque como inobservado o erróneamente aplicado constituya un defecto del procedimiento, el recurso sólo será admisible si el interesado ha reclamado oportunamente su saneamiento o ha hecho la reserva de recurrir, salvo en los casos de nulidad absoluta, o cuando se trate de los vicios de la sentencia.



es el de autoría, por lo cual la expectativa de pena, señalado en abstracto por la norma, era de hasta 25 años de pena privativa de libertad.

Una vez establecido el marco penal, tal como se diseñara líneas arriba, el Tribunal de Sentencia debió examinar “*el grado de reproche*” del autor, pues ante su inexistencia no habrá sanción y en su disminución debe haber una mitigación en su aplicación. El Tribunal juzgador primario ha estimado que ha habido reproche en Leoncio Piatti, ajustándose a medios probatorios examinados en juicio como los testimonios de los doctores Carlos Alberto Arestivo, Victor Jacinto Godoy y Ana María Frachi, quienes concluyeron que el acusado sufre de paranoia, *no obstante el mismo, estaba en conocimiento de la antijuricidad del hecho y de comportarse conforme a ello* (sic). Ese fue el escueto juicio de reproche efectuado por el Tribunal de Sentencia, para establecer en el punto 6, del decisorio, la condena a Leoncio Piatti Aranda a la pena privativa de libertad de 25 años, cuando resultaba de importancia mayor dimensión en lo que guarda relación a la posibilidad de exteriorización de la voluntad, en el sujeto activo del hecho.

En efecto, el juicio de reproche cuenta con dos componentes de trascendencia, la capacidad del autor que “por conocimiento” tiene la posibilidad de motivarse conforme a la protección del bien jurídico que señala la norma. En nuestro caso “*precautelar el bien jurídico vida*”, lo cual según conclusiones de los referidos médicos-peritos que no nos merece juicio negativo, se hallaba vigente en las posibilidades mentales del autor, pero el segundo componente del referido juicio de reproche está enmarcada por la posibilidad de “*refrenar la conducta*”, motivándose conforme a la norma, y no se lo hace por una *exteriorización de la voluntad* demostrada por el sujeto activo.

En la conducta de Leoncio Piatti Aranda, queda claro que tiene la correcta dimensión sobre el hecho punible, en cuanto a la posibilidad de refrenar su conducta, tiene algún impedimento motivado por una paranoia, explicado por los médicos peritos y asumido por el Tribunal de Sentencia. Ante tal circunstancia cabe preguntarnos, era posible aplicar el máximo de la pena establecida en abstracto por la norma? y la respuesta inmediata que surge es que no! pues a consecuencia de la disminución en el control mental del autor, motivado por delirios de persecución y seguridad, él no tenía toda la dimensión de refrenar la exteriorización de su voluntad.

Al hallarse afectado el segundo componente del juicio de reproche, la cuantificación de la pena, no debió ser lo máximo previsto como marco penal, en razón del ya mencionado Art.2do del CP que establece que *la gravedad de la pena no puede exceder los límites de la gravedad del reproche penal*.

En un modelo de Estado: “Democrático, Social de Derecho y Republicano”, como el estatuido en la Constitución Nacional de 1992, la máxima formulación del esquema es el “ser humano”, instituido en sujeto esencial del derecho, formulación que traspasado al ámbito penal, y habida cuenta el fenómeno del hecho punible, convierte a la relación procesal penal en “Estado vs. Individuo”, pasando, éste último, a ser el sujeto garantido en sus derechos esenciales, con lo que se limita las posibilidades del ejercicio del ius puniendi del Estado en caso de la inobservancia de los lineamientos esenciales del debido proceso.

En el caso de autos, categóricamente no se ha efectuado el correcto juicio sobre la pena, lo cual convierte al decisorio en defectuoso que afecta a las garantías constitucionales y procesales, problemática que sólo ofrece solución a través de la nulidad parcial con reenvío

en ese sentido para que otro Tribunal de Sentencia efectúe el correcto juicio sobre la pena, como respuesta de última ratio. *Voto del Dr. Emiliano Rolon Fernandez.*

Con lo que se dio por terminado el acto firmando los Excmos. Miembros del Tribunal de Apelaciones en lo Criminal, Cuarta Sala de la Capital, por ante mí que certifico, quedando acordada la sentencia que inmediatamente sigue:

**RESUELVE :** Declarar la competencia de esta Sala del Tribunal de Apelaciones para entender en el mecanismo de impugnación deducido. Declarar, admisible el recurso de apelación especial interpuesto contra la S. D. N° 1 de fecha 18 de febrero del año 2009, dictada por el Tribunal de Sentencia, integrado por jueces Letizia De Gasperi Camacho, como presidente, y los abogados Victor Hugo Alfieri y Maria Doddy Baez como miembros titulares. Confirmar la sentencia apelada, de conformidad a lo expresado en la parte analítica de la presente resolución. Anotar, registrar, notificar y remitir copia a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

*Miembros: Emiliano Rolon, Arnulfo Arias y Luis Maria Benitez Riera. Ante mi: Abog. Ana Maria Jiménez. Actuaría Judicial*

#### ACUERDO Y SENTENCIA N° 15

**JUICIO ORAL Y PÚBLICO.** Continuidad y casos de suspensión del juicio oral y público. Debe destacarse que en el lapso cronológicamente reseñado, no se produjo el “efecto interruptivo” del juicio oral y público, según alcance del Art. 374 del CPP, pues las sucesivas suspensiones y reanudaciones, fueron con anuencia de las partes presentes, según asentamientos que constan en los referidos documentos y en ningún caso alcanzó el término máximo de diez días. A todo lo dicho debe agregarse, que el conflicto incidental relatado ocurrió en la faz previa al debate, es decir, cuando aún no se ha discutido lo esencial del conflicto, razón por la cual el juicio sobre el hecho, la reprochabilidad o la pena, ni siquiera ha empezado.

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

La sanción de nulidad es una decisión de última ratio, que se opera en los casos de afectación de las garantías “de defensa”, “constitucionales” o “formalidades esenciales del juicio”, Art. 165 y 166 CPP, y tienen por efecto el no poder ser valorables para fundar una decisión, mientras que otros tipos de defectos son renovables, saneables, cumplibles y hasta convalidables, Arts. 167 y sgtes., por constituirse en meramente relativas. Sobre este punto, debe señalarse que los defectos detectados son meramente relativos, que se subsanaron con la renovación del acto procesal de enjuiciamiento público.

**PROCESO PENAL.** Plazos en lo penal

La Ley N° 2341/03 ha modificado el plazo de duración máxima del procedimiento, señalado en el Art. 136 del CPP, extendiéndola a cuatro años, contados desde el primer acto del procedimiento – imputación, según decisiones firmes y uniformes de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia o medidas de coerción personal – En el párrafo segundo de la mencionada norma, se clarifica que los incidentes, las excepciones, las apelaciones y recursos planteados, suspenden automáticamente el plazo.

**INCIDENTE.** Procedencia

Los incidentes “son obstáculos que interfieren en el normal desarrollo del procedimiento”, constituyéndose consecuentemente en un accesorio que debe ser resuelto mediante solución interlocutoria.

**ALLANAMIENTO DE DOMICILIO.** Validez de allanamiento

El decisorio por el cual se ordena el registro de un inmueble, “es un acto jurisdiccional”, cuya atribución corresponde a quien tiene la potestad de “decir el derecho”, es decir, Jueces. La naturaleza y la complejidad del acontecimiento penalmente relevante, en ocasiones no da tiempo para que el juez natural intervenga en un acto de este tipo, por lo que debido a la urgencia, se otorga la potestad a jueces no naturales para autorizar el acto por su premura. Es lo que ocurre, por ejemplo, con la competencia supletoria al juez de paz, según el Art. 1° de la Ley 2702/05 que modifica el Art. 60.2 de la Ley 879/81, y Art. 44.1 CPP, y cuando autorizan suficientemente a estos magistrados actuar en “diligencias iniciales de la investigación que no admitan demora”. Al no objetarse la validez formal del documento, suscripto por un componente del órgano jurisdiccional, este agravio tampoco es consistente.

**JUICIO ORAL Y PÚBLICO.** Acta del juicio oral y público

El acta es el documento a través del cual se instrumenta “el acto procesal”, el cual como condición de validez formal y con posibilidad de ser introducible al juicio oral por su lectura, Art. 377 CPP, requiere de formalidad. Por tal razón, por la vigencia del principio de libertad probatoria, Art. 173 CPP, aún en los casos de invalidez del acta, el acto procesal puede justificarse por cualquier medio de prueba. En el caso de autos, el registro efectuado no se apartó de tal lineamiento, es así que en el juicio oral y público comparecieron a declarar los sujetos intervinientes en tal procedimiento, sobrepasando el tamiz de la contradicción.

**PROCESO PENAL. MINISTERIO PÚBLICO.** Facultades de los agentes fiscales.

El operativo de entrega vigilada es resultante de un “acto de investigación” en donde el medio incorporado carece de eficacia, es decir, constituyen solamente elementos de convicción para que el titular de la persecución penal efectúe su labor evaluativa, sea para imputar o acusar, según el respaldo probatorio que reciba de la intervención efectuada. Por tal circunstancia, el momento crucial para enervarla, lo constituye el contradictorio del juicio oral y público, pues si la evidencia sobrepasa con eficiencia las reglas del debate – examen y contraexamen – se convierte en un instrumento que adquiere eficacia probatoria.

**PROCESO PENAL.** Lectura de la sentencia

El acto procesal de lectura empezó en el quinto día corrido, que por los principios de concentración y unidad de actos procesales, debió concluir válidamente en el momento del cierre del acto, aún cuando empiece un nuevo día, como lo afirman las defensas. No obstante lo expresado, existe otra cuestión más trascendente y guarda relación con la formulación establecida en el Art. 129 del CPP, normativa que al hacer referencia al concepto “días”, señala que cuando la normativa lo utiliza, “sólo se computan días hábiles”.

**TRIBUNALES DE SENTENCIA.** Atribuciones

En lo que atañe a la ausencia del Tribunal de Sentencia, al momento de la lectura, así como la falta de entrega de la copia de la sentencia a las partes, debe señalarse que tal defecto constituye un vicio de sentencia, Art. 403.7 CPP. no obstante, la omisión no es sustancial, por lo menos en cuanto al efecto de la nulidad absoluta, pues no se ve cómo puede afectar a las garantías de defensa o garantías constitucionales, estas omisiones, ya que las partes estuvieron presentes y se enteraron de la sentencia, por comparecencia y a partir de ahí, como efectivamente lo hicieron, viabilizaron sus recursos.

**PENA.** Medición de la pena

En el caso de autos, categóricamente no se ha efectuado el correcto juicio sobre la pena, se han generalizado conclusiones sobre su dimensión, soslayándose la necesidad de su categórica particularización, lo cual convierte al decisorio en defectuoso que afecta a las garantías constitucionales y procesales, problemática que sólo ofrece solución a través de la nulidad parcial con reenvío en ese sentido para que otro Tribunal de Sentencia efectúe el correcto juicio sobre la pena, como respuesta de última ratio. (Voto en disidencia del Dr. Emiliano Rolon)

**RECURSO DE APELACION.** Facultades del Tribunal de Apelación

La apelación como un modo de control de la resolución del tribunal inferior con los mismos materiales de hecho y de derecho que tuvieron en cuenta al momento de resolver. En el campo del derecho procesal penal el principio general tantum devolutum, quantum appellatum, no admite discusiones, es decir que los agravios del recurrente son los que atribuyen la competencia del tribunal superior que debe resolver en definitiva sobre los mismos y limitado a los aspectos contenidos en ellos. (Voto de la mayoría)

**RECURSO DE APELACION.** Facultades del Tribunal de Apelación

Las únicas pruebas que pueden ser producidas y valoradas en segunda instancia son aquellas concernientes a los defectos de procedimiento que fueran manifestadas por el apelante, por ejemplo: las falencias del acta de juicio o la falsedad de lo asentado en dicho instrumento público no podrán versar sobre las cuestiones de fondo atendidas y debatidas en el Juicio Oral y Público, ni tampoco podrán reproducirse las del juicio en dicha instancia. (Voto de la mayoría)

**TRIBUNALES DE SENTENCIA.** Atribuciones

El órgano jurisdiccional competente para entender y apreciar el caudal fáctico producido en la audiencia de sustanciación del Juicio Oral y Público, no puede ser otro que el Tribunal de Sentencia, sea unipersonal o colegiado, y es el mismo el que debe valorar todas las pruebas con arreglo a las reglas de la sana crítica (art. 175 del CPP) a fin de pronunciar la correspondiente sentencia. (Voto de la mayoría)

**RECURSO DE APELACION.** Facultades del Tribunal de Apelación

El Tribunal de alzada debe limitarse a examinar la corrección jurídica del fallo, en cuanto a la observancia de la ley sustantiva y a las formas esenciales del proceso, absteniéndose de

incursionar en la parte histórica, es decir la realización fáctica que ha sido definitivamente fijada por el Tribunal de Sentencia. (Voto de la mayoría)

**RECURSO DE APELACION.** Apelación especial de la sentencia de primera instancia  
La apelación especial sólo podrá deducirse contra las sentencias definitivas (objeto) y sólo procederá cuando en ella ocurra inobservancia o errónea aplicación de un precepto legal (motivos), pudiendo la inobservancia producirse en las cuestiones de forma (*vitium in procedendo*), o en los temas de fondo (*vitium in indicando*). (Voto de la mayoría)

**PENA.** Principios generales

Si el Derecho Penal debe servir a la protección de bienes jurídicos, y de este modo, al libre desarrollo del individuo y al mantenimiento de un orden social, se debe establecer que conductas pueden ser amenazadas con pena por el Estado. La respuesta a la pregunta de cómo debe actuar la pena para cumplir con la misión del Derecho Penal, está dada por la Teoría del Fin de la Penal. (Voto de la mayoría)

TApel en lo criminal, cuarta sala. 24-03-2010. “Cesar Pastor Martinez y otros s/ Posesión, tráfico de drogas y otro” (Ac. Y Sent. N° 15)

En la ciudad de Asunción, Capital de la República del Paraguay, a los veinte y cuatro días del mes de marzo de 2010, ante mí, la secretaria autorizante, se trajo a estudio el expediente caratulado: “*Cesar Pastor Martinez y otros s/ posesión, tráfico de drogas y otro. Causa N° 1-1-2-1-2005-7011*”, a los efectos de estudiar y resolver los recursos de apelación especial interpuestos por las defensas técnicas de: 1) *Víctor Roy Báez*, 2) *Luis Alberto Cabañas Valdez*, 3) *Oscar Daniel Jara*, 4) *Lelis Álvarez Díaz*, 5) *Carlos Antonio López Ibarra*, 6) *Carlos Roberto Alvarez Gauto*, 7) *Zunilda Asunción Roy Baez*, 8) *César Pastor Martínez Martínez*, y, 9) *Germán Álvarez Jara*, contra la *SD N° 287, del 21 de agosto de 2009*, dictada por el Tribunal de Sentencia, presidido por el Juez *Andrés Casati Caballero* e integrado por los Jueces *Ricardo Alfonso Medina* y *Sandra Farías de Fernández*, como Miembros.

Asunción, 24 de marzo de 2010

En observancia del principio de legalidad, Art. 1 del C.P., el análisis de una causa penal debe partir de la existencia del “*hecho penalmente relevante*” que motivara la persecución penal y, consecuentemente, el procedimiento de rigor. Así, según acusación fiscal, en *relato fáctico*, expresa, en reseña: investigaciones de la brigada antinarcótico de la policía de Chile, dan cuenta a la SENAD de la existencia de un grupo criminal internacional que se dedica al tráfico de droga (marihuana). Dicha sustancia provenía de nuestro país y tendría por destino final Chile. Tal circunstancia hizo que se organice una operación de entrega vigilada, con el ingreso de un camión de la marca internacional, modelo 9700, con placa N° PK-4701, semi remolque de marca Utility, con placa patente N° RBE-245, procedente de Chile, conducido por Francisco Almonacid Yefi, designado por resolución chilena. Dicho camión ingresó el 17 de julio de 2005, a los efectos de cargar una cantidad de aproximadamente 2000 kilos de marihuana. La sustancia se cargó en dos lugares. La primera de 200 kilos fue en el domicilio de César Martínez y la segunda, en la Quinta 20 de junio, propiedad de Lelis Álvarez en Coronel Oviedo. Posterior a ello, entre el 25 y 26 de julio del 2005, se realizó el reacondicionamiento de las paredes del semi remolque a fin de

lograr que la carga quede oculta. En fecha 29 de julio de 2005, el camión salió de nuestro país con destino a Chile, y llegado a este país, se ha verificado y se constató la existencia de aproximadamente 2000 kilos de marihuana en las paredes internas del vehículo.

Luis Alberto Cabañas y Clementino Acosta, en fecha 22 de julio de 2005, fueron quienes hablaron con el chofer del camión y lo escoltaron hasta la casa de César Martínez a fin de realizar el cargamento, participando de dicha tarea.

La primera carga, realizada en la casa de César Pastor Martínez, ubicada en Acá Verá s/ Sargento Penayo y Enfermeras del Chaco del Barrio 29 de setiembre de Villa Elisa, el mismo permitió la entrada del camión a su domicilio, observaba y participaba del trabajo entre los días 22 al 24 de julio del 2005. Luego de que el camión se retirara de su domicilio, él, su pareja Zunilda Asunción Roy, junto con Víctor Roy –quienes también han participado activamente de a carga– llevaron el remanente de la misma para ocultarlo, en un vehículo marca Daewoo, a otra vivienda suya, ocupado por Carlos Roberto Álvarez, ubicado en Tarumá y Amador de Montoya de la localidad de Lambaré. También Víctor Roy ha llevado 48 kilos en la pensión La Providencia en Fernando de la Mora, entregándolo a Cristina Esther Bogado para que lo oculte en la habitación que la misma ocupaba.

Desde el 24 al 26 de julio del 2005, se realizó el trabajo de aseguramiento de las paredes interiores del camión, Rubén Acosta, propietario del Taller, había pactado de esa forma con Víctor Roy.

En las mismas fechas, otro grupo en Coronel Oviedo, Oscar Jara y Germán Alvarez, también contactaban con el chofer del camión, Franciso Almonacid Yefi. En fecha 26 de julio del 2005, se dirigieron a Coronel Oviedo, llegando a la Quinta 20 de Junio, propiedad de Lelis Álvarez Díaz. En dicho lugar se realizó la segunda carga de marihuana, hasta el 28 de julio. En fecha 27 de julio de 2005, los señores Oscar Jara, Germán Álvarez y Carlos López se encargaron de adquirir los materiales para el reacondicionamiento del piso del semi remolque, ya en Coronel Oviedo, e inclusive llegaron a escoltar al vehículo principal.

Así mismo Carlos López entre los días 27 y 28 de julio de 2005, participó en la carga de 51 kilos de marihuana, lugar donde se encontraba Oscar Jara, Germán Álvarez y Lelis Álvarez, éste último propietario de la quinta. Sale el camión de la quinta y para ese efecto fue Carlos López quien busco a las personas hospedadas en el hotel a los efectos de llevarlos a la quinta. Sale el camión de la quinta y Carlos López escolta al camión, así mismo Lelis Alvarez escolta al camión hasta el cruce de Oviedo en el vehículo color bordo, marca Volkswagen gol. De la propiedad de Lelis Alvarez, sólo se pudo cargar y acondicionar 51 kilos de los 500 previstos, pues quedaba poco espacio en el camión.

El día 29 de julio de 2005, el tracto camión sale de la Shell de Santa Teresa va por el Chaco y sale de nuestro país con destino a Chile. Mientras, en días posteriores y en nuestro país, se produce un allanamiento en la pensión La Providencia, ocupado por Cristina Esther Bogado. Dentro de su habitación se encontró 48 kilos de la marihuana que había sido entregada por Victor Roy a fin de que oculte el remante.

Teodoro Trinidad era el nexa entre Paraguay y los vínculos de Chile, con el jefe del Chile, de nombre Carlos Maillard Mandiola, jefe de la organización chilena. Todos los integrantes de la investigación utilizaban un seudónimo “Constantino” a los efectos de saber quiénes formaban parte de la asociación. Su labor específica era la de ubicar la llegada del tracto camión a nuestro país. Se realiza el contacto entre el acusado y el chofer.

Ubicar a este camión dentro de nuestro país para que Cabañas y Clementino vayan a la Shell y guíen al camión hasta la casa de Cesar Martínez donde se realizaría la primera carga. Teodoro Trinidad llega a bordo de un vehículo con otra persona que no se logró identificar. Una Toyota Corola, color blanco. Este vehículo no fue incautado. La persona que no se pudo identificar es la persona que habla con el chofer y luego ambos se retiran del lugar. Teodoro baja y observa la conversación entre la persona no identificada y el chofer. No se identifico quien iba al mando del coche Toyota Corolla.

La causa con sentencia definitiva fue recepcionada en esta Sala para la atención de la Apelación Especial en fecha 27 de noviembre de 2.009.

El orden en la emisión de las opiniones es el siguiente: *Emiliano R. Rolón Fernández, Luís María Benítez Riera y Arnulfo Arias Maldonado.*

En base a la pretensión recursiva, a los agravios sustentados por los impugnantes y a lo dispuesto en los Arts. 456, 472, ultima parte y 396 del C.P.P., el Tribunal acordó plantear y votar las siguientes:

#### CUESTIONES:

- 1°) ¿Es competente el Tribunal de Apelaciones para entender en la presente causa?
- 2°) ¿Es admisible el recurso o se impone su declaratoria negativa?
- 3°) ¿Se halla ajustada a derecho la conclusión de la causa, según decisión del Tribunal de Sentencia?

A la primera cuestión planteada, el Miembro, Dr. Emiliano R. Rolón Fernández, dijo: El estudio en alzada del *recurso de apelación especial* interpuesto contra la *S.D. N° 287, del 21 de agosto de 2009*, dictado por el Tribunal de Sentencia Colegiado, es de competencia, sin lugar a dudas, del Tribunal de Apelaciones en lo Penal, Cuarta Sala. En efecto, las reglas establecidas en los Arts. 466 y sptes. del C.P.P., autorizan el ejercicio del mecanismo de impugnación elegido y las reglas de competencia mencionadas en el Art. 40, inc. 1) del ritual, otorgan atribución a la misma para decidir en el conflicto planteado. La causa, finalmente fue asignada a la Sala por el procedimiento de distribución establecido, con lo cual la competencia de la Sala, es insoslayable.

A la segunda cuestión propuesta, el mismo Miembro continúa exponiendo: El control horizontal y vertical que se ejerce desde la etapa del juicio oral y público y la concreción del enjuiciamiento criminal en la misma, hace que la posibilidad de atención de lo sustancial del conflicto jurídico-penal por el órgano de alzada, recurso mediante, *sea considerablemente disminuida*, ya que materialmente sólo pueden atenderse argumentaciones referidas a la *inobservancia o errónea aplicación del precepto legal*, Art. 467 del C.P.P. Cuando la errónea aplicación de la norma constituye defecto de procedimiento, se requiere que el afectado haya reclamado *oportuno saneamiento* o ejercido *reserva de recurrir*, viabilizándose la atención directa, además de lo señalado precedentemente, para los casos de *nulidad absoluta o vicios de sentencia*. *Fuera de esta oportunidad no podrá aducirse otro motivo*, (sic), reza tajantemente la segunda parte del Art. 468 del C.P.P., normativa que exige previamente la *fundamentación concreta y separada* que conlleve *propuesta de solución*.

Necesariamente, con tales requerimientos del ritual, resultará determinante la expresión de agravios porque ella marcará las posibilidades de otorgamiento de respuesta en lo sustancial. Obviamente, el control del cumplimiento de la admisibilidad formal –

*legitimación activa, temporalidad y afectabilidad* – es el punto de partida, conforme a la nueva estructuración de los recursos en cuya viabilidad debe decidir el órgano de alzada y no el de origen, como ocurría en el procedimiento penal de 1890. De tal juicio de admisibilidad, resultará la atención o no de lo sustancial del conflicto, examinemos la expresión de agravios en cuanto a las formalidades cumplidas, a los efectos de responder a la mencionada cuestión previa.

Los escritos de impugnación de las defensas, han cumplido con los requisitos de orden formal. Además, se puede observar que sus contenidos expresan en forma concreta las cuestiones que objeta del decisorio, concluyendo con propuestas de solución, por lo que el requisito de la admisibilidad formal ha quedado concretado. Los impugnantes alegan, en general, la existencia de “*error in iudicando*” basada en la inexistencia de pruebas incriminatorias, “*vicios de sentencia*” que a juicio de los mismos merecerían, la revocación de la sentencia impugnada y la absolución de los acusados o la nulidad y reposición de nuevo juicio, como así también supuesta extinción de la causa.

Tales argumentaciones, según esbozo que antecede, motiva la atención del conflicto en lo sustancial, pues las alegaciones van referidas a las cuestiones atendibles recurso de apelación especial mediante, razón por la cual y por hallarse complacidos los requisitos de la admisibilidad formal, *debe declararse admisible los recursos de apelación especial deducidos por las defensas técnica de:* 1) Víctor Roy Báez, 2) Luis Alberto Cabañas Valdez, 3) Oscar Daniel Jara, 4) Lelis Álvarez Díaz, 5) Carlos Antonio López Ibarra, 6) Carlos Roberto Álvarez Gauto, 7) Zunilda Asunción Roy Baez, 8) César Pastor Martínez Martínez, y, 9) Germán Álvarez Jara.

A la tercera cuestión propuesta, el mismo Miembro continúa exponiendo: Ya en atención de lo sustancial del conflicto, corresponde señalar que por la referida sentencia se ha resuelto, lo siguiente: “1. Declarar la competencia del tribunal colegiado de sentencia integrado por los jueces DR. Andres Casati Caballero, como presidente del mismo; Abog. Ricardo Alfonso Medina y Abog. Sandra Farías de Fernández como Miembros Titulares; 2. Declarar probado en juicio la existencia de los Hechos Punibles de posesión y tráfico de drogas y asociación criminal. 3. No hacer lugar al incidente de Nulidad Absoluta planteado por la Defensa de Teodoro Sainz Silvera, de conformidad a los fundamentos expuestos.; 4. No hacer lugar a los incidentes de extinción de la acción penal planteados por los Abogados Yamil Coluchi y Yolanda Analía Yinde, por los fundamentos expuesto.; 5. Declarar probado en juicio la participación de los acusados Teodoro Trinidad Saiz, Luis Alberto Cabañas Valdez, Clementino Acosta, Victor Roy Baez, Zuñilda Asunción Roy Baez, Cesar Pastor Martinez, Oscar Daniel Jara, German Alvarez Jara, Lelis Alvarez Gauto y Carlos Antonio López, como autores y en el caso de Rainaldo Acosta, Ruben Acosta, Arnaldo Andres Saucedo; en la comisión del hecho punible de tráfico de drogas, prevista en el Art. 26 de la Ley 1340. 6. Declarar probado en juicio la participación de los acusados Carlos Roberto Alvarez Gauto, Cristina Esther Bogado, Lelis Alvarez Gauto en la comisión del hecho punible de posesión de drogas, en calidad de autores, prevista en el Art. 27 de la Ley 1340. 7. Declarar probado en juicio la participación de los acusados Teodoro Trinidad Saiz, Luis Alberto Cabañas Valdez, Clementino Acosta, Victor Roy Baez, Zunilda Asunción Roy Baez, Cesar Pastor Martínez, Carlos Roberto Alvarez Gauto, Oscar Daniel Jara, German Alvarez Jara, Lelis Alvarez Gauto y Carlos Antonio López, en la



comisión del hecho punible de asociación criminal, previsto en el Art. 239 Inc. 1° num. 2 del Código Penal, en concordancia con el Art. 29 Inc. 1° del mismo cuerpo legal. 8. Declarar probado en juicio la participación de los acusados Rainaldo Acosta, Ruben Acosta, Arnaldo Andres Saucedo y Hugo Meza Denis prevista en el Art. 239 Inc. 1° num. 4 del Código Penal, en concordancia con el Art. 29 Inc. 1° del mismo cuerpo legal. 9. Calificar la conducta de los acusados Teodoro Trinidad Saiz, Luis Alberto Cabañas Valdez, Clementino Acosta, Victor Roy Baez, Zunilda Asunción Roy Baez, Cesar Pastor Martinez, Oscar Daniel Jara, German Alvarez Jara, Lelis Alvarez Gauto y Carlos Antonio López, como autores dentro de lo preceptuado en el Art. 26 de la Ley 1340; en concordancia con el Art. 29 Inc. 1°, todos del Código Penal, y en el caso de Rainaldo Acosta, Ruben Acosta, Arnaldo Andres Saucedo; dentro de lo preceptuado en el Art. 26 de la Ley 1340, en concordancia con el Art. 31 del Código Penal. 10. Calificar la conducta de los acusados Carlos Roberto Alvarez Gauto, Cristina Esther Bogado, Lelis Alvarez Gauto en la comisión del hecho punible de posesión de drogas, en calidad de autores, prevista en el Art. 27 de la Ley 1340, en concordancia con el Art. 29 Inc. 1° del Código Penal. 11. CALIFICAR la conducta de los acusados Teodoro Trinidad Saiz, Luis Alberto Cabañas Valdez, Clementino Acosta, Victor Roy Baez, Zunilda Asunción Roy Baez, Cesar Pastor Martinez, Oscar Daniel Jara, German Alvarez Jara, Lelis Alvarez Gauto y Carlos Antonio López, dentro de las prescripciones del Art. 239 Inc. 1° num. 2 del Código Penal, en concordancia con el Art. 29 Inc. 1° del mismo cuerpo legal. 12. Calificar la conducta de los acusados Rainaldo Acosta, Ruben Acosta, Arnaldo Andres Saucedo y Hugo Meza Denis dentro de las prescripciones del Art. 239 Inc. 1° num. 4 del Código Penal, en concordancia con el Art. 29 Inc. 1° del mismo cuerpo legal. 13. Declarar la conducta de los acusados Teodoro Trinidad Saiz Silvera, Luis Alberto Cabañas Valdez, Clementino Acosta, Victor Roy Baez, Zunilda Asunción Roy Vda. De Fretes,z, Cesar Pastor Martinez Martinez, Carlos Roberto Alvarez Gauto, Ruben Andres Acosta Benítez, Reinaldo Acosta Benitez, Arnaldo Andres Saucedo, Cristina Esther Bogado, Hugo Meza Denis, Oscar Daniel Jara, German Alvarez Jara, Lelis Alvarez Gauto y Carlos Antonio López Ibarra, como típica, antijurídica y reprochable. 14. Condenar a los acusados Teodoro Trinidad Saiz Silvera a la pena privativa de libertad de 18 años, Luis Alberto Cabañas Valdez, a la pena privativa de libertad de 8 años, Clementino Acosta, a la pena privativa de libertad de 6 años., Victor Luis Roy Baez, a la pena privativa de libertad de 20 años, Zuñidla Asunción Roy Vda. de Fretes., a la pena privativa de libertad de 16 años., Cesar Pastor Martinez Martinez, a la pena privativa de libertad de 16 años., Carlos Roberto Alvarez Gauto, a la pena privativa de libertad de 9 años, Ruben Andrés Acosta Benítez, a la pena privativa de libertad de 6 años, Rainaldo Acosta Benítez, a la pena privativa de libertad de 6 años., Arnaldo Andres Saucedo, a la pena privativa de libertad de 6 años., Cristina Esther Bogado, a la pena privativa de libertad de 5 años., Hugo Meza Denis, a la pena privativa de libertad de 4 años y 6 meses, Oscar Daniel Jara, a la pena privativa de libertad de 20 años, German Alvarez Jara, a la pena privativa de libertad de 9 años, Lelis Alvarez Diaz, a la pena privativa de libertad de 16 años., y Carlos Antonio López Ibarra, a la pena privativa de libertad de 17 años; 15) Mantener vigente el auto de prisión preventiva que pesan sobre todos los condenados. 16) Ordenar, el comiso de los objetos incautados.,; 17) Ordenar la incineración de las sustancias estupefacientes incautadas; 18) Remitir los antecedentes de

*la denuncia formulada por el Abog. Miguel Ángel Brítez, al Ministerio Público y a las Comisiones de Derechos Humanos.//.. 19) NOTIFICAR de la presente Sentencia al Tribunal de Justicia Electoral. 20) IMPONER las costas a los condenados. 21) Anotar..”*

De conformidad al Art. 456 del C.P.P., que dice: “Competencia. Al tribunal que resuelva el recurso se le atribuirá el conocimiento del procedimiento, exclusivamente *en cuanto a los puntos de la resolución que han sido impugnados*”, corresponde puntualizar los agravios, expuestos por los recurrentes, así como la posición sustentada por la adversa, en cumplimiento del principio de contradicción.

La defensa de Víctor Roy Báez, Abog. Yamil Coluchi Báez, Defensor Público Penal, expresa como agravios, según reseña, cuanto sigue: 1) *incidente de nulidad de actuaciones* a partir de la audiencia preliminar; a) este incidente fue planteado durante el juicio oral y público y rechazado por el Tribunal de Sentencia sin fundamento alguno; b) tal incidente fue deducido por violación del Art. 347 CPP, ya que no se puso a disposición de la defensa el tomo IX de la carpeta fiscal; c) por tal razón hubo indefensión por imposibilidad de controlar y/o impugnar pruebas; 2) *sentencia infundada*: a) no se describe de manera razonada los hechos por los que se concluye en condena; b) no se menciona expresión del valor otorgado a las pruebas, se refiere a ellos de forma genérica; c) la simple alegación de que las testificales rendidas en autos prueban la existencia del hecho y la participación, no satisfacen el requisito de motivación; d) la carencia de fundamentación acarrea la nulidad absoluta; 3) *sentencia arbitraria*: a) el Tribunal de Sentencia no tuvo en cuenta, siquiera mencionó, las declaraciones de Víctor Roy, quien ha aportado información, facilitando la investigación, lo que habilita la aplicabilidad del Art. 43 de la Ley 1181/02; b) Víctor Roy jamás negó haber acompañado al camión al taller, para la reparación de los frenos; tuvo conocimiento del hecho cuando contactó con Felipe Ramírez (no investigado por la fiscalía y que inclusive aparece en la filmación hablando con el chofer); c) el Tribunal de Sentencia afirma que Víctor Roy ha participado de la carga, sin embargo no existe testifical, ni filmación, fotografía u otro medio que pruebe tal afirmación, mucho menos existirá certeza; 4) *medición de la pena*: a) el Tribunal de Sentencia hizo la medición de manera general y no individual, no consideró atenuantes a favor de Víctor Roy; b) en la valoración general han considerado elementos pertenecientes al tipo (Inc. 3º Art. 65 CP); c) se lesionó normas de rango constitucional, así como el Pacto de San José de Costa Rica, al no considerarse los fines esenciales de la pena, como la resocialización; d) se obvió en todo momento el principio rector de “in dubio pro reo”, tanto durante el proceso como en la medición de la pena; 5) *como propuesta de solución se solicita*: a) *la nulidad absoluta de la sentencia recurrida y absolución de culpa y pena*; b) *se corrija los errores mencionados, condenando a Víctor Roy a la pena privativa de libertad de ocho años y nueve meses*; c) *la reposición del juicio por un nuevo tribunal de sentencia*.

La defensa técnica de Luis Alberto Cabañas Valdez, Abog. Daisy Irala Toledo, expresa como agravios, según reseña, cuanto sigue: 1) *incidente de incompetencia del Tribunal de Sentencia*: a) por la violación de los Arts. 373 y 374 CPP. El juicio se inició en fecha 04 de mayo de 2009, luego, desde fecha 09 de mayo de 2009 quedó suspendido hasta la fecha 08 de junio de 2009, cuando se reinicia el juicio oral y público (fojas 4152); b) el incidente fue objeto de reposición en juicio, que fue rechazado por el Tribunal, haciéndose expresamente la reserva de recurrir; c) se solicita la nulidad absoluta por la imposibilidad

de rectificar la irregularidad por los mecanismos ordinarios, por la violación del Art. 16 CN; 2) *errores in procedendo*: a) los juicios orales iniciados en la presente causa, uno por el Tribunal presidido por el Juez Elio Ovelar, otro presidido por el Juez Andrés Casati, no fueron anulados, reiniciando un tercer juicio oral (a un mes del segundo) sin existir pronunciamiento judicial sobre la nulidad de los anteriores, b) no se tuvo en cuenta el control horizontal que ejercen los tribunales de sentencia, pues ha rechazado el incidente de nulidad absoluta del *operativo de entrega vigilada*, con el fundamento de que ello ya fue rechazado por el juez de garantías en audiencia preliminar; soslayando el Art. 17 Inc. 8 y 10 que refiere al control de las pruebas, pues hasta el momento, el incidente no ha sido analizado, recogiénose y produciéndose las pruebas durante el procedimiento, sin participación de la defensa, inclusive existió una reserva de actuaciones de 30 días, que en ningún caso podrán ser secreta para el procesado o su defensor; c) *incidente de exclusión probatoria de prueba documental*: propuesto en audiencia preliminar y rechazado por no ser el momento procesal oportuno, igual incidente se presentó en juicio, rechazado por semejante fundamento, y hecha la reposición también fue rechazada, soslayándose el control jurisdiccional sobre las actuaciones, todo ello acarrea la nulidad del juicio oral con todos sus efectos legales; d) el tribunal de sentencia, en violación a principios y normas del debido proceso, *admitió la introducción del Tomo IX de la carpeta fiscal*, como prueba, que durante cuatro años de proceso jamás fue puesto a disposición de las partes, según consta en acta de juicio, que en todo momento existieron solo ocho tomos, violándose el Art. 17 Inc. 8, 9 y 10 de la CN; todo ello ha sido expresado en juicio mediante incidente, rechazado por el tribunal por “extemporáneo”; e) la inobservancia de las normas que rigen la *deliberación y redacción de la sentencia*: pues el tribunal ha diferido la lectura de la parte resolutive para dos días después, mientras que en realidad la norma autoriza a diferir la lectura de la redacción íntegra de la sentencia, no así la lectura de la parte dispositiva que debe realizarse inmediatamente de terminada la audiencia, no dos días después; f) error en el *conteo del plazo para la extinción de la acción*: sólo se permiten los incidentes, excepciones, apelaciones y recursos, para la suspensión automática del plazo; sin embargo el tribunal ha contemplado las recusaciones y la reposición de plazo (hecho por defecto de notificación) para el conteo, que no entran en la disposición prevista; 3) *errores in iudicando*: a) la sentencia es infundada y contradictoria, no coinciden los hechos con lo realmente probado: para que pueda ser aplicado el Capítulo III de la Exportación e Importación, de la Ley de droga debe reunir la calidad requerida por la norma, que no se da en este caso; b) durante todo el juicio el Sr. Luis Alberto Cabañas Valdez, no ha sido señalado, ni con pruebas ni con testigos, como remitente, proveedor, financista, destinatario, transportista, chofer o tripulante del transporte, ni dueño de la droga, los testigos – agentes no han visto ni han podido describirlo físicamente, en su poder no se han hallado balanzas ni joyas ni dinero ni comprobante alguno; c) la calificación supuestamente atribuida no coinciden con las pruebas traídas a juicio, por lo que ha sido incorrecta, arbitraria e injustamente impuesta; d) en cuanto a la medición de la pena, es obligación del juzgador exponer las razones fácticas y jurídicas; e) no se realizó un análisis personal de las circunstancias contempladas en el Art. 65 CP; en ninguno de los incisos se han tenido en cuenta pormenores que hacen a la situación individual del procesado; 4) *como propuesta de solución se solicita la declaración de la nulidad absoluta del proceso, acusación fiscal*,

*juicio oral y sentencia, con la absolución de culpa y pena; disponer la reducción de la pena privativa de libertad impuesta a Luis Alberto Cabañas Valdez, dejándola establecida en cinco años.*

La defensa técnica de *Oscar Daniel Jara*, Abog. Miguel Ángel Hellman, expresa como agravios, según reseña, cuanto sigue: 1) el Tribunal de Sentencia *reinició el juicio oral y público* en fecha 9 de junio de 2009, sin haber anulado el primero y segundo juicio; 2) el Ministerio Público se fundamentó en pruebas instrumentales obrantes en *la carpeta fiscal del Tomo IX*, inexistente para las partes, ni la actuario pudo traer a la vista tal carpeta porque nunca fue remitido al Juez Penal de Garantías, vulnerando de esta manera el derecho a la defensa; 3) se tenía un *registro cronológico* de la investigación (el Jefe de Inteligencia de la SENAD), Expediente: “Cesar Pastor Martínez y otros s/ posesión, tráfico de drogas y otro. Causa N° 1-1-2-1-2005-7011”. elevado al MP, documento desconocido por la defensa, nunca fue agregado en autos, lo que origina un estado de indefensión de los acusados; 4) por todo ello, se interpuso el pedido de nulidad absoluta, que el Tribunal rechazó sin fundamento, lo que habilita la interposición del presente recurso, que por tratarse de nulidad absoluta y vicios de sentencia, resulta innecesario el reclamo y la reserva de recurrir; 5) *fundamentación contradictoria e insuficiente*: a) no se ha realizado una valoración razonada y equitativa de los medios y elementos de pruebas incorporados al proceso; b) recurre a frases rutinarias y relatos insustanciales, sin señalar las razones de su convencimiento; c) a fs. 179 a 187 rola la valoración de las pruebas, comprobación de la existencia de los hechos y autoría, que consiste en un mero compendio de los relatos de los hechos y recurre a afirmaciones falsarias y contradictorias; d) existe contradicción entre los alegatos del MP y las testimoniales de los mismos Agentes que participaron del operativo, además de contradicciones entre los mismos testigos (funcionarios del hotel); e) la carga de la prueba corresponde al MP; la calificación de financista no resiste el menor análisis, no se probó con documento alguno, antes ni durante el juicio oral y público, por el contrario se probó la austeridad económica y el estado de insolvencia del acusado (allanamiento de la vivienda, fotografías de la casa); f) la sola presencia no es suficiente para comprometer la conducta, mucho menos en grado de certeza; g) no se pudo probar la existencia del hecho ya que el camión objeto de investigación fue cambiado (el que estaba aquí tenía chapa JC-9531, y el que llegó a Chile con la supuesta droga, fue uno de chapa RBE-245), que resulta de la observación de las fotografías y filmaciones, supuestamente por exigencias de los chilenos; h) la declaración del propio Agente Silvio Amarilla, fue desvirtuada por los Agentes chilenos, así como las fotografías y filmaciones que fueron captadas un año antes de la investigación; 6) la pena aplicada resulta arbitraria e inconstitucional, vulnera la finalidad de la misma, el tribunal abusó del poder jurisdiccional, aplicó penas muy altas y otras inferior al marco penal establecido con la misma medición para todos, sin tener en cuenta las circunstancias particulares de cada condenado; 7) se solicita fijación de audiencia para la exhibición de fotografías y filmaciones tergiversado por el Tribunal de Sentencia; 8) *como propuesta de solución se solicita la nulidad absoluta del presente juicio y en consecuencia disponer la inmediata libertad de Oscar Jara.*

La defensa técnica de *Lelis Álvarez Díaz*, Abog. María Antonia Caballero Paracatu, expresa como agravios, según reseña, cuanto sigue: 1) *errores in procedendo*: a) incidente de nulidad de actuaciones por la interrupción del juicio desde fecha 8 de mayo al

9 de junio del 2009, con reposición en juicio, además no existe pronunciamiento anulando el primer juicio de fecha 2 de marzo al 30 de abril del 2009; *b) incidentes de nulidad*, con reposición subsidiaria, contra el operativo de entrega vigilada por no darse intervención a un abogado defensor público, violando los derechos de defensa, no se presupone ni se concibe ningún acto investigativo a espaldas de la defensa, en el presente caso no puede hablarse de debido proceso; un defensor público no pondría en riesgo la operación; *c) incidente de nulidad*, con reposición subsidiaria, contra el acta de allanamiento realizado en la Quinta 20 de junio: el acta de allanamiento no contiene las formalidades exigidas en el Art. 122 CPP, no menciona la fecha y el lugar en el que se procedió a incautar la droga; *d) introducción ilegal de actuaciones obrantes en el Tomo IX de la Carpeta Fiscal* que durante 4 años de proceso, nunca fue puesto a disposición de las partes, existen constancias que en todo momento se trató sólo de 8 tomos; *e) vicios de sentencia por violación de las reglas de la deliberación, redacción y lectura de la sentencia*, según acta del 17 de agosto del 2009 se difirió la deliberación, redacción, firma y lectura de la parte dispositiva, para el día miércoles 19 de agosto de 2009, mientras que la norma habilita diferir sólo para la redacción íntegra de la sentencia; *f) el tribunal de sentencia incurrió en error en el conteo del plazo para extinción de la acción*, incluyendo las recusaciones que no es incidente, ni excepción o recurso; 2) *errores in iudicando*; *a) la sentencia es infundada, contradictoria e incongruente*, por no haberse realizado la subsunción de la conducta bajo la norma por la cual se ha calificado, el tribunal se ha limitado a mencionar de forma genérica los hechos, mencionando afirmaciones dogmáticas, sin análisis lógico; *b) no existe medición de la pena para Lelis Álvarez*, el Art. 65 CP, establece las cuestiones a evaluarse, no se realizó el proceso de análisis de las cuestiones a favor o en contra, la condena de 16 años no tiene razones fundadas, no se tuvieron en cuenta varias circunstancias a favor; 3) *como propuesta de solución se solicita la decisión directa, nulidad absoluta del proceso y absolución de culpa y pena, o en su defecto, revocación de la condena con la reducción a 8 años de pena privativa de libertad*.

La defensa técnica de *Carlos Antonio López Ibarra*, Abogs. Miguel Ángel Brítez Pereira y Olga María Ovelar Lares, expresa como agravios, según reseña, cuanto sigue: 1) *inobservancia legal, defectos del procedimiento*: *a) interrupción de la audiencia*, el juicio se reinició luego del vencimiento de los diez días establecidos para casos de suspensión; *b) incorporación ilegal de elementos probatorios*, que de manera totalmente extemporánea se introdujo en el juicio oral un tomo 9 de la Carpeta fiscal, la misma protesta se realizó en juicio y por la vía de la reposición, que lleva implícita la apelación en subsidio; *c) el tribunal ha desconocido el derecho a la prueba de descargo*, que con argumentos falaces (que la defensa no expuso su estrategia defensiva) ha rechazado la inclusión probatoria de dos testigo; *d) la orden de allanamiento es nula*, pues ha sido ordenada por un juez que no es el natural de la causa; *e) violación de las reglas de la deliberación y redacción de sentencia*, según actas de fechas 17, 21 y 28 de agosto de 2009, el tribunal no respetó las normas del Art. 396 y 399 CPP, pues difirió la redacción, firma y lectura de la parte dispositiva o resolutive para el 19 de agosto de 2009, es decir, a dos días de haberse cerrado el debate; *f) además*, no se dio la explicación del contenido en idioma guaraní, como lo exige la normativa del 399, se ofrece como prueba, ajustado a lo dispuesto por el Art. 404 última parte, el vídeo de la declaración de Carlos López, quien sólo se expresa en guaraní;

g) la lectura íntegra de la sentencia se realizó posteriormente a los 5 días establecidos como plazo máximo, además de no haberse entregado copia de las mismas; h) no se ha dado lectura del acta de juicio, previsto para después de la lectura de la sentencia, por lo que no se pudo dar conocimiento directo de su contenido y poder reclamar su modificación; i) no corresponde la redacción del texto del acta con lo expresado en el juicio, particularmente los alegatos iniciales y finales, y los recursos de reposición y apelación en subsidio no han sido registrados; j) la ausencia del tribunal de sentencia, conforme consta en el acta labrada por la actuario, acarrea la nulidad; k) irregular proceso de sanción a la defensa técnica, en detrimento del Art. 113 CPP, que mientras se encuentran recusados impulsaron un inéxito juzgamiento de la conducta de los defensores, lo que constituyó un amedrentamiento que fuera expuesto al defendido; 2) *vicios del juzgamiento, errores in iudicando*; a) defecto en la calificación jurídica, Carlos López no tiene la calidad de exportador o importador, destinatarios del Capítulo III de la ley de 1340; b) no existencia de la posesión de sustancias estupefacientes por parte de Carlos López, en momento alguno se lo ha señalado como remitente, proveedor, financista, dueño destinatario, transportista, no cultivó, cosechó, almacenó o embolsó las sustancias, en su poder no fue hallado elemento alguno utilizado o comprobantes de remisión o recibo de dinero, ni ha mantenido comunicación telefónica alguna; c) el tribunal no ha expuesto los fundamentos de la calificación, no existe hecho que lo vincule, no se ha motivado la sentencia, no existe inferencia lógica alguna; d) tanto la calificación como la pena han sido impuestas arbitraria e injustamente; e) errónea aplicación del Art. 26 de la ley 1340, derogado por el Art. 21 de la ley 1881/02, pues las leyes que establecen excepciones a las reglas generales, no son aplicables a otros casos y tiempos que lo especificado por ellas; f) el tribunal pretende elevar la pena basado en el Art. 26 Ley 1340 (marco penal de 10 a 25 años), mientras que la norma vigente es el Art. 21 Ley 1881/02, que de encontrarse responsable a Carlos López el marco penal es de 5 a 10 años; g) incongruencia en la valoración de las pruebas como vicio de sentencia, sin entrar en valoración de hechos, se señala la contradicción entre el supuesto Agente Cabañas, no autorizado para participar de la operación, con las expresiones de sus colegas e informes de la SENAD, el Tribunal sólo selecciona las versiones en contra de Carlos López sin considerar siquiera las pruebas de descargo; h) la medición de la pena no se encuentra fundada violándose el Art. 65 CP, 20 CN, 5 del Pacto de San José y 10 del pacto de Derechos Civiles y Políticos; i) la elección de la pena es poco menos que una cuestión de azar o intuición, antes que un examen jurídico, el tribunal no ha hecho mención completamente a los elementos fácticos objetivos para los presupuestos de la medición, debió considerar varios elementos a favor, personalmente para cada uno de los procesados y no lo hizo; 3) *como propuesta de solución se solicita la decisión directa de nulidad absoluta del proceso y absolución, o en su defecto, revocar la condena dejándolo en 5 años o si se encuentra algún ítem en la medición en contra, en 6 años.*

La defensa de *Carlos Roberto Alvarez Gauto*, Abog. Fátima Soledad Rojas, Defensora Pública Penal, expresa como agravios, según reseña, cuanto sigue: 1) *vicios in procedendo; incidente de nulidad absoluta del proceso* por reiniciarse el juicio luego del plazo establecido por ley, además el mismo tribunal ha resuelto dos veces las mismas cuestiones, los incidentes, que debieron merecer la excusación prevista en el Art. 50 Inc. 10; 2) *vicio de sentencia por basarse en la incorporación ilegal de pruebas al juicio*, se ha

incorporado el Tomo IX de la carpeta fiscal, que nunca se ha puesto a disposición, ni antes, durante o después de la audiencia preliminar, conculcando los derechos de defensa y violando el principio de legalidad de rango constitucional, Art. 17 CN, por lo que cabe la aplicación del Art. 137 CN, carecen de validez los actos contrarios a los principios y garantías; 3) *violación de las reglas de la sana crítica y omisión de valorar elementos probatorios*, no se expresa en la sentencia fundamento alguno de la decisión; 4) *la defensa no puede controlar cómo se asociaron los hitos probatorios* surgidos en debate, el impacto de ellos en la convicción del Tribunal por carecer la sentencia de fundamentos, la misma no es autosustentable, no expresa valoración alguna, se limita al relato de hechos; 5) la misma dificultad tendrá el tribunal a-quem, no podrá enjuiciar vicios de resolución recurrida puesto que la sentencia misma nada menciona sobre fundamentos; 6) de las testificales surge que Carlos Alvarez, pareja de Zunilda Roy, era simplemente inquilino del departamento de César Pastor Martínez (supuesto padre biológico del mismo), Víctor Roy (hermano de Zunilda) habitaba una pieza en el mismo departamento, a pedido de Zunilda, es decir, *se lo condenó por el hecho de habitar en una dependencia próxima al lugar donde se encontró la marihuana*; 7) claramente se ha hecho abdicar el derecho para satisfacer el clamor popular al afirmar el Tribunal que el hecho era de gran repercusión social, condenando a personas *sin analizar su participación o no en los hechos atribuidos*; 8) todas las pruebas, inclusive favorecen a Carlos Alvarez, la falta de exposición razonada deriva de ello; 9) de lo expuesto no se pretende una revaloración de las pruebas, sino explicar que el medio hace resentir la sana crítica, en la integralidad y armonía que exige toda resolución; 10) *errónea calificación jurídica de asociación criminal*, no se ha configurado, por lo que el tribunal afirma sin mencionar elementos probatorios; 11) el tipo penal exige una asociación de pluralidad de personas para pluralidad de hechos, mientras que el tribunal se limitó a dar por acreditado un solo hecho, de última, el tribunal de sentencia confunde “asociación” con “co-autoría funcional”; 12) *como propuesta de solución se solicita la nulidad de la sentencia y absolución de culpa y pena, o en su defecto el reenvío de la causa para reponer juicio por un nuevo tribunal*.

La defensa técnica de *Zunilda Asunción Roy Báez y Víctor Roy Báez*, Abog. Carlos Raúl Brítez Cárdenas, expresa como agravios, según reseña, cuanto sigue: 1) *nulidad*: a) la sentencia fue dictada sin motivación ni fundada en la Ley, es arbitraria y ha violado sistemáticamente el instituto constitucional; b) la errónea aplicación de preceptos legales y su inobservancia constituye en sí un grave defecto del procedimiento y por consecuencia genera vicios que desembocan necesariamente en la nulidad absoluta de la sentencia; 2) *extinción de la acción penal*: a) todos los incidentes, excepciones, apelaciones y recursos planteados por las partes suspenden automáticamente el plazos; b) Víctor Roy Báez fue imputado en fecha 12 de agosto de 2.005; c) teniendo en cuenta los incidentes y recursos planteados y analizando la vigencia del proceso en contra de Víctor Roy se tiene que a la fecha 21 de agosto de 2.009 la duración del proceso seguido al acusado es de 3 años, 9 meses y 3 días; d) en relación a la procesada Zunilda Asunción Roy Báez, la misma fue imputada en fecha 12 de agosto de 2.005 y realizando el mismo calculo, la duración total del proceso a la misma es de 3 años, 5 meses y 6 días ; e) los procesados Zunilda Asunción Roy Báez y Víctor Roy Báez han cumplido con creses la pena privativa de libertad de 4 años; f) en el presente caso, el Tribunal sobrepasó el requerimiento fiscal dejando de esta

forma en una clara indefensión a Zunilda Asunción Roy Báez; g) la fiscalía ha formulado una acusación genérica. 3) *nulidad de todo el proceso*: la resolución de las recusaciones e incidentes sobrepasaron el máximo de diez días para la reanudación del juicio oral y público, por lo que el acto debe ser declarado nulo por afectar los principios de continuidad, oralidad y concentración, 4) grosera aparición del Tomo IX de la Carpeta Fiscal; 5) *medición de la pena*: a) las conductas atribuidas a los procesados Zunilda Asunción Roy Báez y Víctor Roy Báez no se encuadran en el tipo penal por el cual fueron condenados; b) el Tribunal no ha fundamentado mínimamente cada uno de los presupuestos de la pena. 6) vicio en la deliberación y redacción de la sentencia, pues no se procedió a dar lectura del acta del juicio oral y público; 7) *como propuesta de solución solicita la modificación de la resolución impugnada absolviendo de culpa y pena a Zunilda Asunción Roy Báez y Víctor Roy Báez o el reenvió total de la causa a los efectos que establece la norma*.

La defensa técnica de César Pastor Martínez Martínez, Abogs. Milciades Centurión y Arsenio Centurión, expresa como agravios, según reseña, cuanto sigue: 1) *extinción de la acción*: Cesar Pastor Martínez se encuentra detenido desde el 10 de agosto de 2005; 2) la audiencia del Art. 242 se realizó en la misma fecha, y la imputación es de fecha 12 de agosto de 2005, por lo que el plazo para la extinción empieza a correr desde el primer acto coercitivo que es el 10 de agosto de 2005; 3) no existe acusación presentada en tiempo y forma en contra de Cesar Pastor Martínez Martínez; 4) la cámara de apelaciones, en la parte expositiva, fijo fecha de acusación para luego de seis meses de la fecha impuesta por el Juzgado de Garantías, mientras que en la parte resolutive fijo la fecha para luego de seis meses y cuatro días, la fiscalía no se percató de éste error y presento su acusación a los seis meses y cuatro días, habiendo expirado el tiempo admitido por ley para agotar la etapa preparatoria; 5) *nulidad*: todo el juicio oral está viciado de nulidad, pues como se dejó constancia en el acta de fecha 09 de junio de 2.009, que luego de la recusación planteada contra de los miembros del Tribunal de Sentencia, pasaron más de 10 días de interrupción de la audiencia, por lo que debió realizarse un nuevo juicio con un nuevo Tribunal de Sentencia; 6) los miembros del Tribunal ya habían emitido opinión sobre los incidentes planteados nuevamente con los mismos argumentos en la audiencia de reanudación; 7) *medición de la pena*: el Tribunal de Sentencia no tuvo en cuenta que Cesar Pastor Martínez Martínez no se resistió al arresto y en todo momento colaboro con la investigación; 9) *como propuesta de solución se solicita se declare la nulidad de la sentencia apelada; se declare la absolución de Cesar Pastor Martínez Martínez y se ordene el levantamiento del comiso sobre los bienes del mismo*.

La defensa técnica de Rubén Acosta y Reinaldo Acosta, Abogs. Oscar Luis Tuma (h) y Sun Young Bang, expresamente se abstuvieron de apelar “por no causarles agravio el decisorio”. De igual modo se expresaron Hugo Meza Denis, Clementino Acosta y Cristina Esther Bogado, solicitando sea remitidos los autos al Juzgado de Ejecución.

La defensa técnica de Germán Álvarez Jara, Abogs. María Antonia Caballero y Daisy Irala Toledo, expresa su adhesión a la apelación planteada por la representación de Carlos Antonio López y Luis Alberto Cabañas Valdez, y como fundamento, sostiene, según reseña, cuanto sigue: 1) *vicios del procedimiento o errores in procedendo*: a) la sentencia dictada en la presente causa está viciada por la inobservancia de las normas que rigen la deliberación y redacción; el Tribunal de sentencia difirió la redacción, firma y lectura de la



parte “dispositiva” para el miércoles 19 de agosto de 2.009 para luego volver a diferir este acto para el 21 de agosto de 2.009 por lo que se han quebrantado los principios de continuidad, inmediatez y concentración por los que debe regirse el juicio oral; 2) *extinción de la acción*: al momento de dictarse la sentencia ya había transcurrido más de 4 (cuatro) años de proceso, es así que el Germán Álvarez Jara fue aprehendido en fecha 10 de agosto de 2.005, fue imputado en fecha 12 de agosto y dicha imputación le fue notificada en fecha 13 de agosto de 2.005 y la sentencia fue dictada en fecha 21 de agosto de 2.009 por lo que la sentencia condenatoria y la privación de libertad es a todas luces arbitraria, ilegal e injusta; 3) *errores in iudicando*: la resolución impugnada adolece de defectos sustanciales en la aplicación de la calificación jurídica, la conducta atribuida a Germán Álvarez y que supuestamente ha sido probada en juicio no se encuadra en el tipo penal por el cual ha sido condenado; 4) *medición de la pena*: el Tribunal al dictar sentencia apenas ha mencionado el Art. 65 del Código Penal sin fundamentar mínimamente en base a todos los elementos facticos objetivos; debe aplicarse no solo la comprobación de la existencia del hecho punible, sino también su atenuación o agravación y del grado de reprochabilidad del acusado; 5) *como propuesta de solución solicita declarar la extinción de la acción penal, revocación de la condena o la reducción de la pena impuesta dejándola establecida en 5 años*.

Los agentes fiscales, *Gilda Villalba Tottit y Javier David Ibarra*, han contestado los traslados que se les corriera de las impugnaciones ejercidas, haciendo *referencia específica a las propuestas de cada impugnante*, según se puede leer in extenso en los escritos de referencia. A fin de evitar repeticiones innecesarias y con el propósito de orientar la respuesta a otorgarse, se puede sintetizar las proposiciones impugnaticias, de la siguiente manera: 1) *incompetencia del tribunal de sentencia*; 2) *extinción de la acción* por el transcurso de cuatro años de litigio; 3) *nulidades*: a) del Tomo IX de la Carpeta Fiscal: b) del allanamiento; c) del operativo de entrega vigilada; d) de la acusación, por sentencia presentada fuera del plazo; 4) *inobservancia de las reglas de deliberación*, redacción y, lectura de la sentencia y del acta; 5) *sentencia infundada*; 6) *medición de la pena*;

Sobre tales aspectos esenciales, los Agentes Fiscales intervinientes, en general, han expresado, según síntesis: 1) *incompetencia del tribunal de sentencia*: luego de confirmada la competencia del Tribunal de Sentencia, por decisión de la Cuarta Sala del Tribunal de Apelaciones, se dio continuidad al juicio, el cual fue objetado por algunas de las defensas, no obstante, *se reinicia* el mismo por lo cual no puede haber agravio. 2) *extinción de la acción* por el transcurso de cuatro años de litigio: a la fecha de la culminación del juicio, *21 de agosto del 2009*, no ha transcurrido el plazo de cuatro años requeridos por la ley, por lo cual el agravio no tiene sustento. 3) *nulidades*: a) *del Tomo IX de la Carpeta Fiscal*: la inclusión del tomo IX afecta solamente al acusado Teodoro Trinidad Sainz y contiene documentales y testimonios ofrecidos por la defensa, por lo cual no hay agravio, razón suficiente para su rechazo; b) *del allanamiento*: este agravio tampoco es tal, en cualquiera de las circunstancias, el juez de Coronel Oviedo tiene competencia para dictar una orden de allanamiento; c) *del operativo de entrega vigilada*: la entrega vigilada constituye un acto de investigación para lo cual la presencia del defensor no es obligatoria por ninguna norma del procedimiento. Además, no fundamentaron los agravios, con lo cual no hay lesión alguna, por lo que tampoco es consistente; d) *de la acusación*, por presentación fuera del plazo: el

ministerio público dedujo acusación en el plazo que le indicó el Tribunal de Apelaciones. En el agravio no se expresa lesión a derecho alguno, ni la defensa de la que fue privada. Además, no fue objetada en la audiencia preliminar, por lo que hoy es extemporáneo; 4) *inobservancia de las reglas de deliberación*, redacción y lectura de la sentencia y del acta: las reglas de deliberación para la solución adecuada al juicio, han sido observadas. El gran caudal probatorio, la multiplicidad de acusados hizo a la complejidad del juicio y a su duración, por lo que obviamente la deliberación debió ser más extensa. Este agravio tampoco es consistente; 5) *sentencia infundada*: la sentencia consecuente del juzgamiento fue correctamente fundada. Además, utilizando el Art. 400 del CPP, el Tribunal de Sentencia dio penas mayores a la peticionada por la Fiscalía, pero para ello dicha norma le otorga atribución; 6) *medición de la pena*: la medición de la pena es una cuestión individual y el Tribunal de Sentencia ha cumplido con el Art. 33 CP y ha efectuado correctamente la medición de la pena; 7) *como propuesta de solución se solicita la confirmación, conforme a derecho, de la resolución recurrida*.

Ya en atención de lo sustancial del conflicto, conviene recordar que, cualquiera sea la concepción doctrinaria asumida por el juzgador en lo que respecta a la “*teoría del delito*”, “*teoría de la participación criminal*” y “*teoría de la pena*”, existe puntos de confluencia sobre las posibilidades que tiene el Estado de ejercer el *ius puniendi*, a consecuencia del hecho punible que va referido al caudal probatorio. Tales puntos esenciales, demostrados en juicio, hacen relación a: 1) *la justificación del hecho penalmente relevante*; y, 2) *la acreditación de la reprochabilidad en el participante*.

Entorno a estos “juicios” necesarios, se asientan las posibilidades del ejercicio del *ius puniendi* y en ese orden, en lo que atañe a la labor de los órganos de alzada, más allá de una imposibilidad de redimensión de “los hechos” y “las pruebas”, la misma consistirá en el examen de la logicidad argumentativa, dimensionada hacia la verificación de la existencia de “errores de razonamiento”, “vicios de sentencia” o casos de “nulidad absoluta”, mencionados en los correspondientes agravios.

Los errores de razonamiento, al que se hace referencia, son detectables a través de los defectos *in iudicando* o *in procedendo*, mientras que los vicios de sentencia se hallan enunciados en el Art. 403<sup>21</sup> CPP y, finalmente, los casos de nulidad absoluta, por

---

<sup>21</sup> **Art. 403 C.P.P. VICIOS DE LA SENTENCIA.** *Los defectos de la sentencia que habilitan la apelación y la casación, serán los siguientes: 1) que el imputado no esté suficientemente identificado; 2) que carezca la enunciación del hecho objeto del juicio y la determinación circunstanciada de aquel que el tribunal estimó acreditado; 3) que se base en medios o elementos probatorios no incorporados legalmente al juicio o incorporados por su lectura en violación a las normas de este Título; 4) que carezca, sea insuficiente o contradictoria la fundamentación de la mayoría del tribunal. Se entenderá que la fundamentación es insuficiente cuando se utilicen formularios, afirmaciones dogmáticas, frases rutinarias o se utilice, como fundamentación, el simple relato de los hechos o cualquier otra forma de reemplazarla por relatos insustanciales. Se entenderá que es contradictoria la fundamentación cuando no se han observado en el fallo las reglas de la sana crítica, con respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo; 5) que la parte dispositiva carezca de elementos esenciales; 6) que carezca de la fecha del acto y no sea posible fijarla o falte la firma de alguno de los jueces y no se pueda determinar si ha participado en la deliberación, salvo los casos de excepción previstos legalmente; 7) la inobservancia de las reglas previstas para la deliberación y redacción de la sentencia; y, 8) la inobservancia de las reglas relativas a la congruencia entre la sentencia, la acusación y*

inobservancia de las garantías de defensa, se hallan enunciados en los Arts. 165<sup>22</sup> y 166<sup>23</sup> del C.P.P. Analicemos los planteamientos, según las constancias del proceso.

#### EXAMEN DE LAS CUESTIONES PROPUESTAS Y CONCLUSIONES

##### 1) *Las cuestiones incidentales referidas a:*

##### a) *la competencia de los Tribunales de Sentencias actuantes en el conflicto.*

Tal como se ha expuesto líneas arriba, las defensas técnicas han objetado la *competencia del Tribunal de Sentencia*, ensayando las tesis ya expuestas, a recordar: 1) suspensión del juicio por más de treinta días, 2) la no anulación del juicio anterior, y 3) preopinión sobre las cuestiones incidentales. *Sobre la primera/ de las objeciones*, debe señalarse en puridad que no hubo la suspensión del acto procesal de enjuiciamiento público, por lo menos, en la dimensión que señalan las defensas. En efecto, se abre el acto procesal de enjuiciamiento público en fecha *4 de mayo de 2009* y en la previa al debate, *días 5, 6 y 8 de mayo*, se deducen incidentes que culminan con la recusación de todos los miembros del Tribunal de Sentencia, oralmente y en audiencia, como culminación de ésta, se establece como fecha de la reanudación de la misma, el día *11 de mayo de 2009*, llegada ésta, se deduce recusación por escrito de una profesional, se la suspende y se convoca nuevamente para la continuidad, el día *18 de mayo de 2009*. Llegada la fecha se reanuda, mediante apertura del acto procesal de enjuiciamiento público, y no habiéndose definida la recusación, se la suspende, señalándose nuevamente otra fecha. Así sucesivamente, se suspendían las audiencias y se establecían fechas de reanudación, lo cual ocurría reiteradamente, todo porque el Tribunal de Alzada aún no decidía la recusación interpuesta. En ese interín, también es recusado éste órgano de alzada en pleno, por lo que luego del decisorio de la Corte Suprema de Justicia que restituye la atención del conflicto a la Sala, se desestima la recusación contra los Miembros del Tribunal de Sentencia, quedando la vía expedita para proseguir el juicio oral y público.

Debe destacarse que en el lapso cronológicamente reseñado, no se produjo el “efecto interruptivo” del juicio oral y público, según alcance del Art. 374<sup>24</sup> del CPP, pues

---

*el auto de apertura a juicio. Los demás defectos serán saneados de oficio por el tribunal o a petición del interesado.*

<sup>22</sup> **Art. 165 C.P.P. PRINCIPIO.** *No podrán ser valorados para fundar una decisión judicial, ni utilizados como presupuestos 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, salvo que la nulidad haya sido convalidada. Las partes sólo podrán impugnar las decisiones judiciales que les causen agravio, fundadas en el defecto, en los casos y formas previstos por este código, siempre que no hayan contribuido a provocar la nulidad. Sin embargo, el imputado podrá impugnar una decisión judicial aunque haya contribuido a provocarla.- Se procederá de igual modo cuando la nulidad consista en la omisión de un acto que la ley prevé.*

<sup>23</sup> **Art. 166 C.P.P. 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, el Derecho Internacional vigente y este código.*

<sup>24</sup> **Art. 374 CPP. EFECTOS DE LA SUSPENSIÓN.** *El tribunal decidirá la suspensión, y anunciará el día y hora de la nueva audiencia y ello valdrá como citación para todos los comparecientes. El juicio continuará después del último acto cumplido cuando se dispuso la suspensión. Antes de comenzar la nueva audiencia, el presidente del tribunal resumirá brevemente los actos cumplidos con anterioridad. Los jueces y los fiscales podrán intervenir en otros juicios durante el plazo de suspensión, salvo que el tribunal decida lo contrario, por resolución fundada, en razón de la complejidad del caso.*

las sucesivas suspensiones y reanudaciones, fueron con anuencia de las partes presentes, según asentamientos que constan en los referidos documentos y *en ningún caso alcanzó el término máximo de diez días*. A todo lo dicho debe agregarse, que el conflicto incidental relatado ocurrió en la faz previa al debate, es decir, *cuando aún no se ha discutido lo esencial del conflicto*, razón por la cual el juicio sobre el hecho, la reprochabilidad o la pena, *ni siquiera ha empezado*. Por las razones expuestas, este agravio es inconsistente.

En lo que atañe a la *segunda y tercera objeción: falta de anulación del decisorio del Tribunal originario y pre-opinión sobre las cuestiones incidentales*, argüidos por las defensas, debe expresarse que la sanción de nulidad es una decisión de última ratio, que se opera en los casos de afectación de las garantías “*de defensa*”, “*constitucionales*” o “*formalidades esenciales del juicio*”, Art. 165 y 166 CPP, y tienen por efecto el no poder ser valorables para fundar una decisión, mientras que otros tipos de defectos son *renovables, saneables, cumplibles* y hasta *convalidables*, Arts. 167 y sgtes., por constituirse en meramente relativas. Sobre este punto, debe señalarse que los defectos detectados son meramente relativos, que *se subsanaron con la renovación del acto procesal* de enjuiciamiento público.

En efecto, se repitió la cuestión previa incidental, por las razones ya señaladas, y luego el segundo Tribunal, a propuesta de partes, tramitó y resolvió las cuestiones propuestas. Sobre el particular, debe afirmarse que el decisorio final que determina el orden en los incidentes, es un acto procesal regular, pues las defensas ni siquiera señalaron el perjuicio que les ocasionó, los descargos afectados, etc., los cuales eran determinantes para justificar menoscabos a derechos, al no proceder de tal modo, el agravio sostenido en este acápite también *es insustancial*.

*b) extinción de la acción.*

Las defensas también han argüido que se ha operado el plazo de duración máxima del procedimiento de cuatro años, establecidos en la Ley N° 2341/03. Es de destacar que esta normativa ha modificado el plazo de duración máxima del procedimiento, señalado en el Art. 136 del CPP, extendiéndola a cuatro años, *contados desde el primer acto del procedimiento* – imputación, según decisiones firmes y uniformes de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia o medidas de coerción personal – En el párrafo segundo de la mencionada norma, se clarifica que los incidentes, las excepciones, las apelaciones y recursos planteados, *suspenden automáticamente el plazo*.

En lo que respecta a la argumentación sostenida por las defensas de que “*las recusaciones no son incidentes*” o por lo menos que no está delineado en el capítulo del CPP que los enumera, debe expresarse que, en concepto genérico, los incidentes “*son obstáculos que interfieren en el normal desarrollo del procedimiento*”, constituyéndose consecuentemente en un accesorio que debe ser resuelto mediante solución interlocutoria.<sup>25</sup>

---

*Si la audiencia no se reanuda, a más tardar, el undécimo día después de la suspensión, se considerará interrumpido el juicio y será realizado de nuevo desde su inicio.*

*La rebeldía o la incapacidad del imputado interrumpirán el juicio, salvo que se resuelvan dentro del plazo de suspensión.*

<sup>25</sup> **“Incidente:** Litigio accesorio suscitado con ocasión de un juicio, normalmente sobre circunstancias de orden procesal, y que se decide mediante una sentencia interlocutoria (Couture); o, como dice Brailovsky, cuestión

Según cálculos estimativos, correctamente efectuados por el Tribunal de Sentencia, referidos a la duración máxima del procedimiento, se tiene que a la fecha del enjuiciamiento público, *no ha transcurrido el plazo de cuatro años*, teniendo en cuenta los factores suspensivos del procedimiento, ya mencionados, *razón suficiente para afirmar que este agravio tampoco es consistente*.

*c) nulidades:*

c.1) *del Tomo IX de la Carpeta Fiscal*: con respecto a este agravio, debe concluirse que en realidad la misma contiene sólo evidencias referidas al acusado Teodoro Trinidad Sainz, quien ni siquiera ha impugnado la decisión del Tribunal de Sentencia. No obstante debe afirmarse, que las impugnaciones referidas a este punto tampoco han hecho alusión al perjuicio que les causó su inclusión, las defensas de las que fueron privadas, el menoscabo de derechos, etc., sustentación que era necesaria habida cuenta que en el procedimiento penal no existe la nulidad por la nulidad misma. Por tales razones, el agravio analizado en este acápite *carece de sustento*.

c.2) *del allanamiento*: en lo que atañe a la nulidad del allanamiento, por haber suscripto el correspondiente mandamiento el juez de Coronel Oviedo, debe señalarse que en esencia el decisorio por la cual se ordena el registro de un inmueble, “*es un acto jurisdiccional*”, cuya atribución corresponde a quien tiene la potestad de “decir el derecho”, es decir, Jueces. La naturaleza y la complejidad del acontecimiento penalmente relevante, en ocasiones no da tiempo para que el juez natural intervenga en un acto de este tipo, por lo que debido a la urgencia, se otorga la potestad a jueces no naturales para autorizar el acto por su premura. Es lo que ocurre, por ejemplo, con la *competencia supletoria* al juez de paz, según el Art. 1° de la Ley 2702/05 que modifica el Art. 60.2<sup>26</sup> de la Ley 879/81, y Art. 44.1<sup>27</sup> CPP, y cuando autorizan suficientemente a estos magistrados actuar en “diligencias iniciales de la investigación que no admitan demora”. Al no objetarse la validez formal del documento, suscripto por un componente del órgano jurisdiccional, *este agravio tampoco es consistente*.

Finalmente, corresponde formular criterio con respecto a la nulidad del acta labrada en ocasión del registro del inmueble – *Quinta 20 de Junio* – a la que se hace alusión en el párrafo anterior, debe señalarse que esta Sala tiene sustentado en fallos coincidentes y uniformes que “*el acta*”, es el documento a través del cual se instrumenta “*el acto*

---

*accesoria que se plantea dentro del proceso o con motivo de él, pero siempre dentro del curso de la instancia. Entre otros, se consideran incidentes típicos las excepciones dilatorias y las perentorias, las medidas cautelares, los embargos y desembargos, las tachas en general, la citación de saneamiento y evicción, la declaración de pobreza, la acumulación de autos y otras muchas*” Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Manuel Osorio. Pag. 372.

<sup>26</sup> Art. 1° de la Ley 2702/05 que modifica el Art. 60.2 de la Ley 879/81. *Competencia supletoria. Los jueces de paz competentes para el control de las diligencias iniciales de la investigación en las actividades de pesquisa de los representantes del Ministerio Público, emitirán, cuando éstos lo soliciten, y, sólo en ausencia de éstos, cuando lo solicite la Policía Nacional, las autorizaciones para las diligencias y medidas cautelares y de urgencia, en los casos en que no se consiga la intervención oportuna de los juzgados penales, o en los lugares donde éstos no existan, dentro del marco de las disposiciones de esta ley.*

<sup>27</sup> **Art. 44 CPP JUECES DE PAZ.** *Los jueces de paz serán competentes para conocer: 1) del control de las diligencias iniciales de la investigación que no admitan demora, cuando no sea posible lograr la intervención inmediata del juez penal competente; ...*

*procesal*”, el cual como condición de validez formal y con posibilidad de ser introducible al juicio oral por su lectura, Art. 377<sup>28</sup> CPP, requiere de formalidad. Por tal razón, por la vigencia del principio de libertad probatoria, Art. 173<sup>29</sup> CPP, aún en los casos de invalidez del acta, *el acto procesal puede justificarse por cualquier medio de prueba*. En el caso de autos, el registro efectuado no se apartó de tal lineamiento, es así que en el juicio oral y público comparecieron a declarar los sujetos intervinientes en tal procedimiento, sobrepasando el tamiz de la contradicción. En tales condiciones, los agravios expuestos por los recurrentes sobre este punto *no tienen sustento*.

c.3) *del operativo de entrega vigilada*: en lo que atañe a la nulidad pretendida en operativo de entrega vigilada, debe expresarse que el mismo es resultante de un “acto de investigación” en donde *el medio incorporado carece de eficacia*, es decir, constituyen solamente elementos de convicción para que el titular de la persecución penal efectúe su labor evaluativa, sea para imputar o acusar, según el respaldo probatorio que reciba de la intervención efectuada. Por tal circunstancia, el momento crucial para enervarla, lo constituye el contradictorio del juicio oral y público, pues si la evidencia sobrepasa con eficiencia las reglas del debate – examen y contraexamen – *se convierte en un instrumento que adquiere eficacia probatoria*.

En el caso de autos, la evidencia objetada proviene de un acto de investigación, razón por la cual la limitación de sus posibilidades debió atacarse en la etapa intermedia y con mayor énfasis en el contradictorio del juicio oral y público. No obstante, los agentes intervinientes en el operativo han sido examinados en juicio oral y sus respuestas salieron airosos del contradictorio ejercido por las defensas técnicas. En tales circunstancias, este agravio no es sustentable.

c.4) *de la acusación, por haber sido presentada fuera del plazo*; la fiscalía obtuvo del Tribunal de Apelaciones de FERIA (Enero del 2006) una *prórroga extraordinaria* para presentar el escrito conclusivo y en el auto interlocutorio correspondiente –*AI N° 17 del 13 de enero del 2006*– se fijó como fecha para presentar acusación el día *17 de agosto del 2006*. En esta fecha determinada por el Tribunal de Apelaciones de FERIA, el Ministerio

---

<sup>28</sup> **Art. 377 CPP. DIVISIÓN DEL JUICIO.** *El presidente podrá, cuando sea conveniente para individualizar adecuadamente la pena o para facilitar la defensa del acusado, dividir el juicio en dos partes.*

*En la primera se tratará todo lo relativo a la existencia del hecho y la reprochabilidad del acusado y en la segunda lo relativo a la individualización de la sanción aplicable.*

*Si la sanción que se puede aplicar a los resultados del juicio puede ser superior a los diez años o la aplicación de las medidas previstas en el artículo 72 incisos) 3° y 4° numeral 1° del Código Penal, la división será obligatoria si la solicita el imputado.*

*La solicitud y la resolución se realizará en el plazo previsto para las recusaciones y se otorgará cinco días comunes a todas las partes para que ofrezcan nuevas pruebas para la individualización de la pena.*

*El tribunal también podrá dividir informalmente la producción de la prueba en el juicio y el debate, conforme a las reglas que anteceden, permitiendo una discusión diferenciada sobre ambas cuestiones, pero dictando una resolución única, conforme lo previsto para la sentencia.*

<sup>29</sup> **Art. 173 CPP. LIBERTAD PROBATORIA.** *Los hechos y circunstancias relacionados con el objeto del procedimiento podrán ser admitidos por cualquier medio de prueba, salvo las excepciones previstas por las leyes.*

*Un medio de prueba será admitido si se refiere, directa o indirectamente, al objeto de la investigación y es útil para el descubrimiento de la verdad. El juez o tribunal limitará los medios de prueba ofrecidos cuando ellos resulten manifiestamente excesivos.*

Público presentó sus conclusiones, la cual, debe asumirse, cumplió con el término establecido. La circunstancia argüida por las defensas técnicas – error en unos días en el señalamiento del término por el TA – aún cuando fuera real, era subsanable con la proposición, de alguna de las partes, del remedio procesal previsto en el Art. 126<sup>30</sup> del CPP, el cual no fue ejercido, razón suficiente para considerarlo convalidado según los términos del Art. 169<sup>31</sup> CPP. En definitiva, el plazo vigente y no objetado, lo constituyó el decisorio del Tribunal de Apelaciones de Feria, término que quedó firme y el cual fue respetado para la presentación de la correspondiente acusación, razón por la que *este agravio es inconsistente*.

d) *inobservancia de las reglas de deliberación*, redacción y lectura, de la sentencia y del acta; con respecto a la objeción referida a la falta de lectura de la sentencia dentro del plazo procesal, cinco días, según el Art. 399<sup>32</sup> CPP, debe señalarse que el acto procesal de lectura del decisorio, *indubitablemente*, ocurrió en el *quinto día corrido*, fijado por el Tribunal de Sentencia para su concreción. En efecto, la lectura empezó a las 22:00 Hs. del quinto día, prosiguió hasta las 00:04 del sexto día corrido, momento en el cual interviene el Abog. Miguel Ángel Brítez y objeta la continuidad de la lectura por haberse vencido el plazo de cinco días señalado. Además, reclama la ausencia del Tribunal de Sentencia, agregando que tampoco recibieron las copias de la sentencia.

Con respecto a la primera objeción mencionada en el párrafo anterior, va de suyo que el acto procesal de lectura empezó en el quinto día corrido, que por los principios de concentración y unidad de actos procesales, debió concluir válidamente en el momento del cierre del acto, aún cuando empiece un nuevo día, como lo afirman las defensas. No obstante lo expresado, existe otra cuestión más trascendente y guarda relación con la formulación establecida en el Art. 129<sup>33</sup> del CPP, normativa que al hacer referencia al

---

<sup>30</sup> **Art. 126 CPP. ACLARATORIA.** Antes de ser notificada una resolución, el juez o tribunal podrá aclarar las expresiones oscuras, corregir cualquier error material o suplir alguna omisión en la que haya incurrido, siempre que ello no importe una modificación esencial de la misma. Las partes podrán solicitar aclaraciones dentro de los tres días posteriores a la notificación.

<sup>31</sup> **Art. 169 CPP. CONVALIDACIÓN.** Las nulidades relativas quedarán convalidadas: 1) cuando las partes no hayan solicitado oportunamente su saneamiento; 2) cuando quienes tengan derecho a solicitarlo hayan aceptado, expresa o tácitamente, los efectos del acto; y, 3) si, no obstante su irregularidad, el acto ha conseguido su fin con respecto a todos los interesados.

<sup>32</sup> **Art. 399 CPP. REDACCIÓN Y LECTURA.** La sentencia será redactada y firmada inmediatamente después de la deliberación. // Enseguida, el tribunal se constituirá nuevamente en la sala de audiencia, después de ser convocadas verbalmente todas las partes y el documento será leído en voz alta por el secretario ante quienes comparezcan. Acto seguido se explicará su contenido en idioma guaraní, conforme lo previsto en este código. // Excepcionalmente, cuando por la complejidad del asunto o lo avanzado de la hora sea necesario diferir la redacción íntegra de la sentencia, en dicha oportunidad se redactará, firmará y leerá tan sólo su parte dispositiva y uno de los jueces relatará al público, sintéticamente, los fundamentos que motivaron la decisión; asimismo, anunciará día y hora de la audiencia para la lectura integral, la que se llevará a cabo en el plazo máximo de los cinco días posteriores al pronunciamiento de la parte dispositiva.

La sentencia quedará notificada con la lectura integral y las partes recibirán copia de ella.

<sup>33</sup> **Art. 129 CPP. PRINCIPIOS GENERALES.** Los actos procesales serán cumplidos en los plazos establecidos. Los plazos legales y judiciales serán perentorios e improrrogables y vencerán a las veinticuatro horas del último día señalado, salvo que la ley permita su prórroga o subordine su vencimiento a determinada actividad o declaración de voluntad. Los plazos determinados por horas comenzarán a correr inmediatamente después de ocurrido el acontecimiento que fija su iniciación, sin interrupción. Los plazos determinados por días

concepto “días”, señala que cuando la normativa lo utiliza, “*sólo se computan días hábiles*”, salvo que se trate de medidas cautelares, *en cuyo caso se computan días corridos*. En el caso particular de autos, la lectura es una cuestión procesal, razón por la cual debe hacerse dentro de los cinco días hábiles. Por tal circunstancia, este agravio es irrelevante.

En lo que atañe a la ausencia del Tribunal de Sentencia, al momento de la lectura, así como la falta de entrega de la copia de la sentencia a las partes, debe señalarse que tal defecto *constituye un vicio de sentencia*, Art. 403.7 CPP. No obstante, la omisión no es sustancial, por lo menos en cuanto al efecto de la nulidad absoluta, pues no se ve cómo puede afectar a las garantías de defensa o garantías constitucionales, estas omisiones, ya que las partes estuvieron presentes y se enteraron de la sentencia, por comparecencia y a partir de ahí, como efectivamente lo hicieron, viabilizaron sus recursos.

En otro orden, debe admitirse que el reclamo particular puede constituirse en motivador de una investigación de incumplimiento del deber del Tribunal de Sentencia, pasible de una sanción administrativa, pero concluyentemente no tiene la fuerza de restarle validez al decisorio. Lo mismo puede afirmarse con respecto a la falta de explicación en guaraní, cuya constancia de omisión no existe. Finalmente, debe señalarse, en lo que respecta a la falta de entrega del acta a las partes, argüida en agravio, que la misma no constituye un defecto nulificante, según lo enuncia el Art. 406<sup>34</sup> CPP, pues no produce, por sí misma, *un motivo de impugnación de sentencia*.

e) *sentencia infundada*: la motivación de la sentencia se halla documentada a fojas 4386 al 4390, insistiendo el Tribunal en el aspecto fáctico del hecho punible, enfatizando en la cronología de los hechos, la participación de los sujetos pasivos, como Teodoro Sainz Silvera, Germán Álvarez Jara, César Pastor Martínez, Luis Alberto Cabañas, Clementino Acosta y otros, describiendo el iter criminis con puntilliosidad. Además hace mención de las diligencias respaldatorias efectuadas – allanamientos y aprehensiones – así como la intervención de los demás acusados.

Aclara que el acusado Teodoro Trinidad Sainz Silvera, estuvo en rebeldía y que también estaban bajo sospecha el hijo y el padre del mismo, para concluir que el Tribunal de Sentencia colegiado tiene la plena convicción de que así ocurrieron los hechos y en la participación de los acusados. A continuación se ensaya frases dogmáticas, pero no puntualiza las razones de su convicción. No obstante debe afirmarse que, según la sentencia, en el caso de Cristina Ester Bogado, Lelis Álvarez Díaz y Carlos Roberto Álvarez Gauto, *la evidencia es contundente, pues fueron aprehendidos en flagrancia y en posesión de marihuana*. El decisorio así elaborado, es un tanto ambiguo, pero se debe

---

*comenzarán a correr al día siguiente de practicada su notificación. A estos efectos, se computarán sólo los días hábiles, salvo que la ley disponga expresamente lo contrario o que se refiera a medidas cautelares, caso en el cual se computarán días corridos. Los plazos comunes comenzarán a correr a partir de la última notificación que se practique a los interesados.*

<sup>34</sup> **Art. 406 CPP. VALOR DEL ACTA.** *El acta demostrará, en principio, el modo como se desarrolló el juicio, la observancia de las formalidades previstas para él, las personas que han intervenido y los actos que se llevaron a cabo. La falta o insuficiencia de las enunciaciones previstas, no producirá, por sí misma, un motivo de impugnación de la sentencia. Sin embargo, se podrá probar un enunciado faltante o su falsedad, cuando sea necesario para demostrar el vicio que invalida la decisión. En este caso, se indicará la omisión o la falsedad al interponer el recurso de apelación o casación.*



concluir en su regularidad procesal porque fueron productos de la intermediación, por lo que la redimensión de los hechos y las pruebas por ante el órgano de alzada, es imposible, así lo establecen conjunto de fallos firmes y uniformes de la Sala Penal de la Excma. Corte Suprema de Justicia: a) *Causa: “Aurelia Giménez, Nélide Orrego, Juan Burgos Vda. de Orrego, Joaquín Lezcano y Osvaldo Casco s/ supuesto hecho punible c/ la prueba documental”*: “...//..Por el principio de intermediación que sirve de sustento al nuevo proceso penal oral (artículo 1, 2º, párrafo del C.P.P.), y por los preceptos del derecho de fondo enunciados precedentemente, tanto el reproche penal, como la individualización de la pena y su graduación, al estar basados en hechos, corresponden únicamente al Tribunal de Mérito o al Juez Penal de Garantías (para los casos de procedimiento abreviado. Los Tribunales de Alzada, en el ámbito de los recursos, no están en un nivel de intermediación con las circunstancias de hecho ventiladas en los debates del juzgamiento oral, y por consiguiente, carecen de potestad de modificar la medición de la pena efectuada por el Juez de juicio...//..”. Del mismo modo, esta Sala ha venido sosteniendo invariablemente, tal temperamento y se citan como precedentes, los casos de: b) “*Nicolás Caballero s/ difamación, calumnia e injuria – N° 01, 01, 03, 01, 5450, 2004*”; c) “*Julio César Ayala Caballero, Francisco Ayala y Luis Ayala s/ Robo Agravado – N° 01, 01, 02, 07, 2004, 1005*”; d) “*Francisco René Núñez Coronel y otros s/ Robo Agravado – N° 01, 01, 02, 09, 2004, 796*”; e) “*Marc Frances Aguirre y otros s/ Tráfico de Drogas – N° 01, 01, 02, 01, 2005, 10471*”; f) “*Eladio Simbrón Núñez S/ denigración de la memoria de un muerto – N° 01, 01, 03, 01, 7330, 2006*”.

No obstante lo expresado en el párrafo anterior, y atendiendo a la necesidad del doble control judicial previsto en el Art. 8º del Pacto de San José de Costa Rica, aún con las limitaciones en re-dimensión de los hechos y las pruebas, los órganos de alzada, deben verificar cómo el Tribunal de Sentencia construye la idea del “*acontecimiento penalmente relevante*”, así como la de la “*responsabilidad penal*”. Para ello, se examina cómo concreta el tribunal juzgador: el “*relato fáctico*”, el “*argumento probatorio*” y el “*sustento jurídico*”, pues de ello depende la conclusión del juicio sobre el hecho y eventualmente, el juicio sobre la pena.

Para la necesaria tarea de control, los órganos de alzada, cuentan con dos documentos relevantes: “*el acta de juicio*” y “*la sentencia propiamente dicha*”. El primer documento señala la cronología evolutiva del acto procesal de juzgamiento y, el segundo, esencialmente, la dimensión otorgada a los medios probatorios, la concreción del juicio sobre la reprochabilidad y finalmente, la respuesta penal atinente al caso.

A los fines pertinentes, debe tenerse presente que la Fiscalía *ha acusado*, según alegato final efectuado en el acto procesal de juicio oral, obrante en el acta de juicio, a las siguientes personas subsumiendo el acontecimiento penalmente relevante en los siguientes tipos (*tráfico y posesión de estupefacientes y asociación criminal, como miembro*):

1. *Teodoro Trinidad Saiz Silvera*: Art. 21, Ley 1881; Art. 26 y 27, Ley 1340; Art. 239 Inc. 1º Num. 2 CP; Art. 29 Inc. 1º CP.
2. *Luis Alberto Cabañas Valdez*: Art. 21, Ley 1881; Art. 26 y 27, Ley 1340; Art. 239 Inc. 1º Num. 2 CP; Art. 29 Inc. 1º CP
3. *Clementino Acosta*: Art. 21, Ley 1881; Art. 26 y 27, Ley 1340; Art. 239 Inc. 1º Num. 2 CP; Art. 29 Inc. 1º CP

4. *Victor Luis Roy Baez*: Art. 21, Ley 1881; Art. 26 y 27, Ley 1340; Art. 239 Inc. 1° Num. 2 CP; Art. 29 Inc. 1° CP
  5. *Zunilda Asunción Roy Vda. De Fretes*: Art. 21, Ley 1881; Art. 26 y 27, Ley 1340; Art. 239 Inc. 1° Num. 2 CP; Art. 29 Inc. 1° CP
  6. *Cesar Pastor Martínez Martínez*: Art. 21, Ley 1881; Art. 26 y 27, Ley 1340; Art. 239 Inc. 1° Num. 2 CP; Art. 29 Inc. 1° CP
  7. *Oscar Daniel Jara*: Art. 21, Ley 1881; Art. 26 y 27, Ley 1340; Art. 239 Inc. 1° Num. 2 CP; Art. 29 Inc. 1° CP
  8. *Germán Álvarez Jara*: Art. 21, Ley 1881; Art. 26 y 27, Ley 1340; Art. 239 Inc. 1° Num. 2 CP; Art. 29 Inc. 1° CP
  9. *Leilis Álvarez Díaz*: Art. 21, Ley 1881; Art. 26 y 27, Ley 1340; Art. 239 Inc. 1° Num. 2 CP; Art. 29 Inc. 1° CP
  10. *Carlos Antonio López Ibarra*: Art. 21, Ley 1881; Art. 26 y 27, Ley 1340; Art. 239 Inc. 1° Num. 2 CP; Art. 29 Inc. 1° CP;
- (*Tráfico y posesión de estupefacientes y asociación criminal, como prestar servicio a ella*)
11. *Rubén Andrés Acosta Benítez*: Art. 21, Ley 1881; Art. 26 y 27, Ley 1340; Art. 239 Inc. 1° Num. 4 CP; Art. 29 Inc. 1° CP
  12. *Rainaldo Acosta Benítez*: Art. 21, Ley 1881; Art. 26 y 27, Ley 1340; Art. 239 Inc. 1° Num. 4 CP; Art. 29 Inc. 1° CP
  13. *Arnaldo Andrés Saucedo*: Art. 21, Ley 1881; Art. 26 y 27, Ley 1340; Art. 239 Inc. 1° Num. 4 CP; Art. 29 Inc. 1° CP;
- (*Posesión de estupefacientes y asociación criminal, como prestar servicio a ella*)
14. *Carlos Roberto Alvarez Gauto*: Art. 27 Ley 1340; Art. 239 Inc. 1 Num. 4 CP; Art. 29 Inc. 1° CP
  15. *Cristina Esther Bogado*: Art. 27 Ley 1340; Art. 239 Inc. 1° Num. 4 CP; Art. 29 Inc. 1° CP
  16. *Hugo Meza Denis*: Art. 27 Ley 1340; Art. 239 Inc. 1° Num. 4 CP; Art. 29 Inc. 1° CP.

Con respecto al “juicio sobre el hecho” debe expresarse que el Tribunal de Sentencia construye la idea del acontecimiento penalmente relevante en base a los *testimonios* de: Nelson Aguilar, Rubén Cabañas, Francisco Fabián Godoy Montiel, Hugo Antonio Cuevas, Juan Alberto Medel, Víctor Hugo Dengean, Salvador Baneto, Isabelino Núñez, María Mercedes Castiñeira, Leonardo Garcete, Miguelina Prieto de Céspedes, Carlos Emérito Careaga, Clide Milton Baez, Luciano Zaracho, Daniela Álvarez de Méndez, Silvia Soledad Rotela de Mercado, Marcos Antonio Fernández A., Lizzy Graciela Esteche, Esteban Victoriano Alcaráz, Gustavo Reinaldo Molinas, Blanca Julia Medina, Reinaldo Daniel Urizar, Nelson Bartomeu Romero, Sebastián Ocampos Núñez, Teresa De Jesús Almirón de Álvarez, Gladys Margarita Estigarribia de Coronel, María Elena Villalba de Granada, Fulvio Fabio Fernández Benítez, Arnaldo Sánchez Melgarejo, Celso Giménez Méndez, Fernando Arístides Samaniego Lettieri, Carmelo Lezcano, Griselda Margarita Fonseca de Rojas, Benito Barreto Bartomeu, Ramón José Cano Solaeché, Reinaldo Sosa Ortega, Miguel José Cano Rolón, Rubén Darío Benítez, Teófilo Benítez Santacruz y Sofía Agüero Segovia; las *documentales* referidas in extenso a fojas 4253 vto., a 4261 de autos, y

finalmente, la intervención en su propia causa, de los acusados: Rubén Andrés Acosta Benítez y Reinaldo Acosta Benítez.

Sobre la eficacia probatoria de los medios controvertidos en juicio oral, el mérito o el desmérito de cada uno de ellos y el valor probatorio otorgado a aquellos medios que sobrepasaron el tamiz de la contradicción – juicio oral mediante – no se tiene mayor información, pues el Tribunal de Sentencia, como juicio final sólo tiene asentado y tal conclusión es proveniente de un profuso relato sobre el hecho (fojas 4386 a 4390 vto.), para concluir en que fueron probados, así como que algunos de los procesados fueron aprehendidos en flagrancia y en posesión de estupefacientes. La conclusión así efectuada es un tanto engorrosa, pues se limita a afirmar, según documento escaneado, lo siguiente:

Por tanto; este Tribunal Colegiado de Sentencia; concluyó que estos son los hechos finalmente probados y sometidos a juicio; quedando de esta forma demostrada, sin lugar a dudas la existencia del hecho punible de posesión y tráfico y drogas, previstas en la ley 1340 y en la ley 1881; y asociación criminal, previstos en el art. 239 y art. 29 ambos del Código Penal vigente”...”

Conclusión que no puede ser modificada en ésta, por hacer referencia a los hechos y las pruebas, pero ello no obsta para afirmar que la sentencia propiamente dicha, en su elaboración, denota gran desprolijidad. En las condiciones precedentemente expuestas y con las observaciones realizadas, debe concluirse que el juicio sobre el hecho ha constituido un acto procesal regular.

f) *medición de la pena*; a los efectos pertinentes, resulta importante, transcribir, en esta parte de la exposición, *el concepto escaneado del decisorio del Tribunal de Sentencia* que hace referencia a la medición de la pena:

concordancia con el art. 29 inc. 1º del Código Penal y en el caso de RUBEN ANDRÉS ACOSTA BENITEZ; RAINALDO ACOSTA BENITEZ; ARNALDO ANDRÉS SAUCEDO; dentro de lo previsto por el art. 26 de la Ley 1340, en concordancia por el art. 31 del Código Penal. En cuanto a CARLOS ROBERTO ALVARAEZ GAUTO, CRISTINA ESTHER BOGADO Y LELIS ALVAREZ GAUTO, dentro de las prescripciones de art. 27 de la Ley 1340, en concordancia con el art. 29 inc. 1º del Código Penal. Así mismo; se califio la conducta de los acusados TEODORO TRINIDAD SAIZ SILVERA; LUIS ALBERTO CABAÑAS VALDEZ; CLEMENTINO ACOSTA; VICTOR LUIS ROY BAEZ; ZUNILDA ASUNCIÓN ROY; CESAR PASTOR MARTÍNEZ MARTÍNEZ; CARLOS ROBERTO ALVAREZ GAUTO, OSCAR DANIEL JARA; GERMAN ALVAREZ JARA; LELIS ALVAREZ DIAZ y CARLOS ANTONIO LÓPEZ IBARRA, dentro de las prescripciones del art. 239 inc. 1º num. 2, en concordancia con el art. 29 inc. 1º todos del código Penal. Tambien, se califio la conducta de los acusados RAINALDO ACOSTA BENITEZ, RUBEN ANDRES ACOSTA BENITEZ, ARNALDO ANDRES SAUCEDO y HUGO MEZA DENIS, dentro de las prescripciones del art. 239 inc.1º num. 4, n concordancia con el art. 29 inc. 1º todos del Código Penal. Así establecida la calificación, en cuanto al quantum de la pena se consideró conforme al Art. 65 del Código Penal.

Los acusados son reprochables por los hechos punibles cometidos, poseen los un promedio de vida aún larga. Se espera que los efectos de la pena, en su vida futura sirvan para una reintegración de los mismos a la sociedad; esto debe ser tomado como circunstancia a favor en la medición de la pena. El tribunal ha manifestado que debe creerse que personas de esa edad es posible que puedan reinserirse en la sociedad, pues de lo contrario se volverá al absurdo de establecer la pena como retribución del mal causado.

**En cuanto a los móviles los efectos y fines de los autores.** Es una circunstancia que no puede ser tenida en favor, ya que los mismos han perpetrado el injusto a los efectos de obtener un beneficio económico indebido.

**En cuanto a la actitud frente al derecho,** esta circunstancia tampoco puede ser tenida favor de los acusados, en razón a que los mismos conocian perfectamente la antijuricidad de su obrar; pues gozan de capacidad cognoscitiva suficiente para determinarse conforme a derecho.

**En cuanto a la energía criminal utilizada,** el Tribunal ha considerado que los acusados han tenido que vencer muchos obstáculos para cometer el ilícito, esto se evidencia por todas las actividades desplegadas por los acusados para realizar el objetivo ilícito. Circunstancia que no puede



CAUSA: " CESAR PASTOR MARTINEZ YOTROS/S/ POSESION Y TRAFICO DE DROGAS. Nº 1-1-2-1-2005-7011.

ser tenida a favor de los acusados a los efectos de la medición de la pena.—

**La conducta anterior de los acusados;** en este sentido en cuanto los antecedentes penales, de los acusados, se tiene que; en cuanto a TEODORO TRINIDAD SAIZ SILVERA; si bien es cierto que en Paraguay solo registra como antecedentes la presente causa, surgió en juicio oral que el mismo cuenta con antecedentes por drogas en la Republica de Chile. Así mismo cuentan con antecedentes sobre delitos relacionados a sustancias estupefacientes, los siguientes acusados; VICTOR LUIS ROY BAEZ, en la causa caratulada; VICTOR LUIS ROY BAEZ, CESAR ANTONIO AVALOS GILL S/ POSESION Y/O TRAFICO DE ESTUPEFACIENTES. En cuanto a CRISTINA ESTHER BOGADO FRANCO, cuenta con antecedente por posesion y trafico. En el caso de CARLOS ANTONIO LOPEZ IBARRA, en la caus caratulada CARLOS ANTONIO LOPEZ IBARRA Y OTROS S/ TRAFICO DE DROGAS; circunstancia que debe tenerse en cuenta al momento de establecer el quantum de la pena.

**En cuanto a la conducta posterior a la realización del hecho,** este es un aspecto que no puede ser tenida a favor de los acusados en razón de que no han demostrado esfuerzos por reparar los daños ocasionados. Cabe recordar que el ilícito cometido por los acusados, es de gran repercusión de orden publico y permea a todos los estamentos de la sociedad; provocando costos sociales alarmantes; pues existe un vinculo directo entre el uso de las drogas y el aumento del delito y la violencia.

Que por todos los motivos expuestos, en cuanto a la participación demostrada en juicio de cada uno de los acusados y la calificación de la conducta de los mismos; es parecer, por unanimidad, de este Tribunal Colegiado de Sentencia, que la sociedad debe quedar satisfecha con la aplicación de una pena proporcional al grado del reproche de los autores, la cual en el caso de TEODORO TRINIDAD SAIZ SILVERA, **a 18 AÑOS** LUIS ALBERTO CABAÑAS VALDEZ, **a 8 AÑOS**; CLEMENTINO ACOSTA, **a 6 AÑOS**; VICTOR LUIS ROY BAEZ, **a 20 AÑOS**; ZUNILDA ASUNCIÓN ROY VDA. DE FRETES, **a 16 AÑOS**; CESAR PASTOR MARTÍNEZ MARTÍNEZ **a 16 AÑOS**; CARLOS ROBERTO ALVAREZ GAUTO, **a 9 AÑOS**; RUBEN ANDRÉS ACOSTA BENITEZ, **a 6 AÑOS**; RAINALDO ACOSTA BENITEZ, **a 6 AÑOS**; ARNALDO ANDRÉS SAUCEDO, **a 6 AÑOS**; CRISTINA ESTHER BOGADO FRANCO, **a 5 AÑOS**; HUGO MEZA DENIS, **4 AÑOS y 6 MESES**; OSCAR DANIEL JARA, **a 20 AÑOS**; GERMAN ALVAREZ JARA, **a 9 AÑOS**; LELIS ALVAREZ DIAZ, **a 16 AÑOS** y CARLOS ANTONIO LOPEZ IBARRA, **a 17 AÑOS**, de privación de libertad; que la cumplan en la Penitenciaría Nacional de Tacumbú y en la Casa del Buen Pastor, en libre comunicación y a disposición del juzgado.

Diligencia, 18/04/2005

192

188-201  
193  
Rocio A. Medina G. 4USZ  
En Andres Casado Challa  
Jefe Penal

Sentado lo que antecede no es ocioso recordar que el juicio sobre la pena, debe observar los siguientes pasos: 1) *el grado de reproche al autor o partícipe*, quien tiene condiciones, por conocimiento y voluntad, de motivarse conforme a la norma y no lo hace, por expresa disposición de voluntad, *Art. 2º del C.P.*; 2) *las bases de medición de penas*, señalados en el *Art. 65 del Código Penal*, sobre los cuales se volverá más adelante por constituir el eje central de los agravios; y, por último, 3) *los objetivos de la pena*, previstos en los Arts. 20

de la C.N. y 3 y 39 del Código Penal, de rehabilitación o readaptación y defensa de la sociedad.

A lo dicho debe agregarse, que la causa que nos ocupa se caracteriza por la pluralidad de los participantes, razón por la cual resultará de plena aplicación lo establecido en el Art. 33 del CP, que dice: “Cada participante en el hecho será castigado de acuerdo con su reprochabilidad, independientemente de la reprochabilidad de los otros”.

El juicio sobre la pena realizado en autos, denota gran confusión, pues de acuerdo a la transcripción vía escáner del decisorio y teniendo presente las calificaciones asumidas, grados de participación criminal, diversidad de tipos penales infringidos, entre éstos; “posesión y tráfico de estupefacientes” y “asociación criminal”, el Tribunal de Sentencia debió centrar sus afanes en individualizar la correcta sanción para cada participante, según el tipo penal infringido, el grado de reproche, las bases de medición de penas y los objetivos de la misma.

A simple vista y comparación con los postulados enunciados, se nota que ese no ha sido el temperamento asumido por el Tribunal de Sentencia, al examinar las constancias de autos – conclusiones escaneadas – pues a la misma calificación, sin efectuar distingos, ni particularizar acusados, otorga respuestas penales distintas, ora condena a pena privativa de libertad de veinte años a Oscar Daniel Jara y Víctor Luis Roy Baez, diez y ocho años para Teodoro Trinidad Sainz Silvera, diez y seis años para César Pastor Martínez, Zunilda Asunción Roy Vda. de Fretes y Lelis Alvarez Díaz, mientras que para Carlos Antonio López Ibarra la pena privativa de libertad de diez y siete años, en tanto que las penas menores de cuatro años y seis meses, cinco años, seis años para Hugo Meza Denis, Cristina Ester Bogado, Arnaldo Andrés Saucedo, Reinaldo Acosta Benítez y Rubén Acosta Benítez; sin explicarse ningún caso porqué el péndulo de la discrecionalidad judicial quedó centrado en tales sanciones.

Las razones de cuantificación distinta de pena en calificaciones iguales, de una condena mayor en consideración a otra menor, no es explicitada en el decisorio examinado, lo cual es indicador de la violación categórica del Art. 33 del CP, ya mencionado. En este punto resulta menester hacer hincapié a la conclusión fiscal sobre este agravio, pues los Agentes Fiscales Gilda Villalba Tottit y Javier David Ibarra, en escrito que rola a fojas 4599, se reafirman en la necesidad de la reprochabilidad individual, sobre lo cual no existe constancia en autos, para concluir en que “fueron estrictamente cumplidas” (sic), lo cual riñe con su deber de objetividad previsto en el Art. 54<sup>35</sup> CPP. No obstante, solapadamente, a renglón seguido la Fiscalía, reconoce la necesidad del reenvío, como único mecanismo de solución, para el juicio sobre la pena, debido a tales errores puntualizados.

En un modelo de Estado: “Democrático, Social de Derecho y Republicano”, como el estatuido en la Constitución Nacional de 1992, la máxima formulación del esquema es el “ser humano”, instituido en sujeto esencial del derecho, formulación que traspasado al ámbito penal, y habida cuenta el fenómeno del hecho punible, convierte a la relación procesal penal en “Estado vs. Individuo”, pasando, éste último, a ser el sujeto garantido en

---

<sup>35</sup> Art. 54 CPP. OBJETIVIDAD. El Ministerio Público regirá su actuación por un criterio objetivo, velando por la correcta aplicación de la ley y tomando en consideración los elementos de cargo y de descargo en relación al imputado.

sus derechos esenciales, con lo que se limita las posibilidades del ejercicio del ius puniendi del Estado en caso de la inobservancia de los lineamientos esenciales del debido proceso.

En el caso de autos, categóricamente no se ha efectuado el correcto juicio sobre la pena, se han generalizado conclusiones sobre su dimensión, *soslayándose la necesidad de su categórica particularización*, lo cual convierte al decisorio en defectuoso que afecta a las garantías constitucionales y procesales, problemática que sólo ofrece solución a través de la nulidad parcial con reenvío en ese sentido para que otro Tribunal de Sentencia efectúe el correcto juicio sobre la pena, como respuesta de última ratio.

#### VOTOS EN MAYORÍA: DR. LUIS MARÍA BENÍTEZ RIERA

En primer lugar debo manifestar que esta causa llego para el estudio este miembro de apelación, en fecha 8 de marzo de 2010, con voto del preopinante Dr. Emiliano Rolón Fernández y salió del despacho de este preopinante en fecha 12 de marzo del 2010.

En cuanto a la primera y segunda cuestión, me adhiero a los fundamentos expuestos por el preopinante, Dr. Emiliano Rolón Fernández.

En cuanto a la tercera cuestión: el Dr. Benitez Riera manifestó que por la sentencia apelada el tribunal a-quo declaró: 1) ...; 2) *probado en juicio la existencia de los hechos punibles de posesión, y trafico de drogas y asociacion criminal*; 3) *No hacer lugar, al incidente de nulidad absoluta ...*; 4) *No hacer lugar, a los incidentes de extinción de la acción penal...*; 5) *probada en juicio la participación de los acusados TEODORO TRINIDAD SAIZ, LUIS ALBERTO CABAÑAS VALDEZ, CLEMENTINO ACOSTA, VICTOR ROY BAEZ, ZUNILDA ASUNCION ROY BAEZ, CESAR PASTOR MARTINEZ, OSCAR DANIEL JARA, GERMAN ALVAREZ JARA, LELIS ALVAREZ GAUTO Y CARLOS ANTONIO LOPEZ, como autores y en el caso de RAINALDO ACOSTA, RUBEN ACOSTA, ARNALDO ANDRES SAUCEDO en la comisión del hecho punible de TRAFICO DE DROGAS, prevista en el art. 26 de la Ley 1340*; 6) *probado en juicio la participación de los acusados CARLOS ROBERTO ALVAREZ GAUTO, CRISTINA ESTHER BOGADO, LELIS ALVAREZ GAUTO en la comisión del hecho punible de posesion de drogas, en calidad de autores prevista en el art. 27 de la Ley 1340*; 7) *probado en juicio la participación de los acusados TEODORO TRINIDAD SAIZ, LUIS ALBERTO CABAÑAS VALDEZ, CLEMENTINO ACOSTA, VICTOR ROY BAEZ, ZUNILDA ASUNCION ROY BAEZ, CESAR PASTOR MARTINEZ, CARLOS ROBERTO ALVAREZ GAUTO, OSCAR DANIEL JARA, GERMAN ALVAREZ JARA, LELIS ALVAREZ GAUTO y CARLOS ANTONIO LOPEZ en la comisión del hecho punible de ASOCIACIÓN CRIMINAL, previsto en el art. 239 inc. 1 num 2 del Código Penal, en concordancia con el art. 29 inc. 1 del mismo cuerpo legal*; 8) *probado en juicio la participación de los acusados RAINALDO ACOSTA, RUBEN ACOSTA, ARNALDO ANDRES SAUCEDO y HUGO MEZA DENIS, previsto en el art. 239 inc 1 num 4 del Código Penal en concordancia con el art. 29 inc 1 del mismo cuerpo legal*; 9) *Calificar la conducta de los acusados TEODORO TRINIDAD SAIZ, LUIS ALBERTO CABAÑAS VALDEZ, CLEMENTINO ACOSTA, VICTOR ROY BAEZ, ZUNILDA ASUNCIÓN ROY BAEZ, CESAR PASTOR MARTINEZ, OSCAR DANIEL JARA, GERMAN ALVAREZ JARA, LELIS ALVAREZ GAUTO y CARLOS ANTONIO LOPEZ como autores dentro de lo preceptuado en el art. 26 de la Ley 1340 en concordancia con el art. 29 inc. 1 todos del Código Penal y en el caso de RAINALDO ACOSTA, RUBEN ACOSTA, ARNALDO ANDRES SAUCEDO, dentro de lo preceptuado*

en el art. 26 de la Ley 1340 en concordancia con el art. 31 del Código Penal; 10) CALIFICAR la conducta de los acusados CARLOS ROBERTO ALVAREZ GAUTO, CRISTINA ESTHER BOGADO, LELIS ALVAREZ GAUTO en la comisión del hecho punible de POSESION DE DROGAS en calidad de autores, prevista en el art. 27 de la Ley 1340 en concordancia con el art. 29 inc. 1 del Código Penal; 11) CALIFICAR la conducta de los acusados TEODORO TRINIDAD SAIZ, LUIS ALBERTO CABAÑAS VALDEZ, CLEMENTINO ACOSTA, VICTOR ROY BAEZ, ZUNILDA ASUNCION ROY, CESAR PASTOR MARTINEZ, CARLOS ALBERTO ALVAREZ GAUTO, OSCAR DANIEL JARA, GERMAN ALVAREZ JARA, LELIS ALVAREZ GAUTO y CARLOS ANTONIO LOPEZ dentro de las prescripciones del art. 239 del Código Penal en concordancia con el art. 29 inc. 1 del mismo cuerpo legal; 12) CALIFICAR la conducta de los acusados RAINALDO ACOSTA, RUBEN ACOSTA, ARNALDO ANDRES SAUCEDO y HUGO MEZA DENIS dentro de las prescripciones del art. 239 inc, 1 num del Código Penal en concordancia con el art. 29 inc, 1 del mismo cuerpo legal; 13) la conducta de los acusados TEODORO TRINIDAD SAIZ SILVERA, LUIS ALBERTO CABAÑAS VALDEZ, CLEMENTINO ACOSTA, VICTOR LUIS ROY BAEZ, ZUNILDA ASUNCION ROY, CESAR PASTOR MARTINEZ MARTINEZ, CARLOS ROBERTO ALVAREZ GAUTO, RUBEN ANDRES ACOSTA BENITEZ, RAINALDO ACOSTA BENITEZ, ARNALDO ANDRES SAUCEDO, CRISTINA ESTHER BOGADO, HUGO MEZA DENIS, OSCAR DANIEL JARA, GERMAN ALVAREZ, LELIS ALVAREZ DIAZ y CARLOS ANTONIO LOPEZ IBARRA, como típica, antijurídica y reprochable; 14) CONDENAR a los acusados TEODORO TINIDAD SAIZ a la pena privativa de libertad de 18 años, LUIS ALBERTO CABAÑAS a la pena privativa de libertad de 8 años, CLEMENTINO ACOSTA a la pena privativa de libertad de 6 años, VICTOR LUIS ROY BAEZ a la pena privativa de libertad de 20 años, ZUNILDA ASUNCION ROY a la pena privativa de libertad de 16 años, CESAR PASTOR MARTINEZ MARTINEZ a la pena privativa de libertad de 16 años; CARLOS ROBERTO ALVAREZ GAUTO a la pena privativa de libertad de 9 años, RUBEN ANDRES ACOSTA BENITEZ a la pena privativa de libertad de 6 años; RAINALDO ACOSTA BENITEZ a la pena privativa de libertad de 6 años; ARNALDO ANDRES SAUCEDO a la pena privativa de libertad de 6 años; CRISTINA ESTHER BOGADO a la pena privativa de libertad de 5 años; HUGO MEZA DENIS a la pena privativa de libertad de 4 años y 6 meses; OSCAR DANIEL JARA a la pena privativa de libertad de 20 años; GERMAN ALVAREZ JARA a la pena privativa de libertad de 9 años; LELIS ALVAREZ DIAZ a la pena privativa de libertad de 16 años; CARLOS ANTONIO LOPEZ a la pena privativa de libertad de 17 años; 15) Mantener...; 16) Ordenar...; 17) Ordenar...; 18) Remitir...; 19) Notificar...; 20) IMPONER, las costas a los condenados; 21) Anotar...". (fs. 4297/4396).

Conviene tener presente que el art. 456 del CPP., establece la competencia del Tribunal de apelaciones, en el sentido de someter a estudio, exclusivamente, los puntos específicos de la resolución que han sido impugnados por las partes. El tribunal de apelación se limitará a entender solamente en cuanto a los puntos de la resolución que fueran atacados o impugnados, no pudiendo extender su competencia material al resto de la misma. Por lo que el tribunal no podrá revisar todo el material del hecho, ni las cuestiones de derecho contenidas en la Primera Instancia. Actualmente la doctrina es unánime consagrado la apelación como un modo de control de la resolución del tribunal inferior con los mismos

materiales de hecho y de derecho que tuvieron en cuenta al momento de resolver. En el campo del derecho procesal penal *el principio general tantum devolutum, quantum appellatum*, no admite discusiones, es decir que los agravios del recurrente son los que atribuyen la competencia del tribunal superior que debe resolver en definitiva sobre los mismos y limitado a los aspectos contenidos en ellos.

La valoración de las pruebas y la determinación de las conclusiones inferidas de ellas, es potestad soberana del tribunal de sentencia. El tribunal de apelación sólo puede controlar si esas pruebas son válidas (*legitimidad*), si las conclusiones obtenidas responden a las reglas del recto entendimiento humano (*logicidad*), y si la motivación así constituida es expresa, clara, completa y emitida con arreglo a las normas prescriptas, en una palabra, si la motivación fue legal. Que por Acuerdo y Sentencia N° 1015 de fecha 7 de octubre de 2002, emanada de la Corte Suprema de Justicia en cuanto al recurso extraordinario de casación se manifiesta en uno de sus apartados “... *de la simple lectura comprensiva de la lista de preceptos legales transcriptos, surge de forma explícita que las únicas pruebas que pueden ser producidas y valoradas en segunda instancia son aquellas concernientes a los defectos de procedimiento que fueran manifestadas por el apelante, por ejemplo: las falencias del acta de juicio o la falsedad de lo asentado en dicho instrumento público...no podrán versar sobre las cuestiones de fondo atendidas y debatidas en el Juicio Oral y Público, ni tampoco podrán reproducirse las del juicio en dicha instancia...*”.

El Código Procesal Penal incorpora (Art. 175) como método para valorar las pruebas dentro del proceso penal, en virtud del cual el Juez llega al convencimiento de estar en posesión de la verdad a través de la lógica, la psicología y la experiencia común. Por otro lado, el Código Procesal establece como principio rector para la actividad probatoria la libertad para probar, en virtud de la cual todo se puede probar, por cualquier medio, pero no a cualquier precio. Esta es la única limitación. Dicho de otro modo, no existen “*medios tasados para descubrir la verdad*”. Se puede llegar a ella por cualquiera de los medios previstos en el Código Procesal, en inclusive por la tecnología, que integra los medios no reglados, siempre que no afecten derecho o garantías fundamentales (prohibiciones probatorias como son el allanamiento sin orden judicial, las torturas, etc.).

Antes que nada, es sumamente importante recordar lo que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha expresado en varias oportunidades con respecto a nuestro nuevo sistema penal, y específicamente en relación al Juicio Oral y Público, el cual es el medio idóneo legal para dirimir y resolver los problemas en el área penal, estableciendo *los principios de concentración, oralidad e inmediatez*. Teniendo en cuenta dichos principios, el órgano jurisdiccional competente para entender y apreciar el caudal fáctico producido en la audiencia de sustanciación del Juicio Oral y Público, no puede ser otro que el Tribunal de Sentencia, sea unipersonal o colegiado, y es el mismo el que debe valorar todas las pruebas con arreglo a las reglas de la sana crítica (art. 175 del CPP) a fin de pronunciar la correspondiente sentencia. Queda claro entonces, que la valoración de las pruebas es de competencia exclusiva de los Tribunales de Mérito. Asimismo, hay que agregar que el recurso de apelación especial no es otra cosa que una casación encubierta y su procedencia está supeditada taxativamente a los motivos contemplados en el art. 467 del CPP, debiendo basarse en la inobservancia o la errónea aplicación de un precepto legal, y si el mismo constituye un defecto de procedimiento, sólo será admisible si el interesado ha reclamado



oportunamente su saneamiento o ha hecho la reserva de recurrir, salvo en los casos de nulidad absoluta o cuando se trate de vicios de la sentencia.

Sobre este punto, me permito traer a colación cuanto sigue; *“Una de las características fundamentales de la nueva legislación es la incorporación del juicio oral en única instancias, en el cual el Tribunal de Sentencia pronuncia la decisión definitiva, en cuanto a la existencia del hecho y la responsabilidad del imputado, es decir la sentencia de mérito. Esta decisión es dictada luego de un debate oral en el que el tribunal y las partes han apreciado las pruebas y discutido las cuestiones bajo la vigencia de los principios de inmediación o concentración. La identidad física del juzgador es preponderante para asegurar la legitimidad de la sentencia. No es posible entonces admitir ninguna clase de recurso en cuanto al mérito. El Tribunal de Alzada está impedido para revalorar las pruebas o modificar los hechos, en cuya producción y discusión no ha participado. Si se admitiera nuevamente la revisión de los hechos, lo valioso de la inmediación perdería sentido. El Tribunal de alzada debe limitarse a examinar la corrección jurídica del fallo, en cuanto a la observancia de la ley sustantiva y a las formas esenciales del proceso, absteniéndose de incursionar en la parte histórica, es decir la realización fáctica que ha sido definitivamente fijada por el Tribunal de Sentencia” (La Casación y la Apelación Especial I – Aspectos fundamentales – Gaceta Judicial I, Segunda Epoca, Año I – 2000, pag. 35).*

De lo expuesto hasta aquí, se desprende que el Tribunal de Apelación se encuentre impedido, al resolver el recurso de Apelación Especial, de valorar nuevamente los hechos tenidos por acreditados por el Tribunal de mérito, y las pruebas también valoradas por el mismo órgano juzgador, salvo el caso de violación a las reglas de la sana crítica sobre medios o elementos probatorios de valor decisivo (art. 403 num 4 del CPP), por lo que el control a ejercer en segunda instancia se limita a la aplicación del derecho y a la legitimidad de la sentencia.

Asumiendo el papel de revisar de todo lo actuado durante el proceso, de la Sentencia cuestionada y del Acta del Juicio, luego de un minucioso cuan acabado examen de todo ellos; debo, en primer lugar señalar, que de acuerdo las prescripciones de nuestro Código Formal, que la apelación especial sólo podrá deducirse contra las sentencias definitivas (objeto) y sólo procederá cuando en ella ocurra inobservancia o errónea aplicación de un precepto legal (motivos), pudiendo la inobservancia producirse en las cuestiones de forma (vitium in procedendo), o en los temas de fondo (vitium in indicando).

La conducta desplegada por los condenados TEODORO TRINIDAD SAIZ SILVERA, LUIS ALBERTO CABAÑAS VALDEZ, CLEMENTINO ACOSTA, VICTOR LUIS ROY BAEZ, ZUNILDA ASUNCION ROY, CESAR PASTOR MARTINEZ MARTINEZ, CARLOS ROBERTO ALVAREZ GAUTO, RUBEN ANDRES ACOSTA BENITEZ, RAINALDO ACOSTA BENITEZ, ARNALDO ANDRES SAUCEDO, CRISTINA ESTHER BOGADO, HUGO MEZA DENIS, OSCAR DANIEL JARA, GERMAN ALVAREZ, LELIS ALVAREZ DIAZ y CARLOS ANTONIO LOPEZ IBARRA, ha sido tipificada dentro de los arts. 26 y 27 de la Ley 1340/88. –exportacion, tenencia – y art. 239 del CP. – asociacion criminal-, que establecen: *“El que desde el territorio nacional realizare actividades tendientes a remitir a países extranjeros sustancias estupefacientes, drogas peligrosas ...será castigado con pena privativa de libertad de diez a veinticinco años”*; *“El que tuviera en su poder, sin autorización, sustancias estupefacientes, ... será*

*castigado con cinco a quince años de penitenciaría, comiso de la mercadería...*” y “*El que, creará una asociación estructurada jerárquicamente u organizada de algún modo, dirigida a la comisión de hechos punibles; fuera miembro de la misma o participara de ella, la sostuviera económicamente o la proveyera de apoyo logístico, prestara servicios a ella o la promoviera, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años...*”. La propia fiscalía en su alegato final en el juicio oral y público “ha ratificado su acusación contra los imputados y manifestó que son autores reprochables del hecho punible. Los fundamentos son *las testificales* de *Francisco Fabián Godoy, Hugo Antonio Cuevas, Juan Alberto Medel, Víctor Hugo Dengean, Salvador Barreto, Maria Mercedes Castiñeira, Isabelino Nuñez, entre otros*. El Ministerio Público rescata que la producción de pruebas son contundentes, además solicitó se incurse la conducta de los mismos, dentro de lo dispuesto en los arts. 26 y 27 de la Ley 1340/88 y art. 239 del CP., solicitó la pena de 15 años de cárcel para TEODORO TRINIDAD, CESAR MARTINEZ, ZUNILDA ASUNCION ROY, VICTOR ROY, RUBEN ACOSTA, RAINALDO ACOSTA, ARNALDO ANDRES SAUCEDO, LUIS ALBERTO CABAÑAS, CLEMENTINO ACOSTA, OSCAR JARA, GERMAN ALVAREZ, LELIS ALVAREZ Y CARLOS ANTONIO LOPEZ, de 11 años para CARLOS ROBERTO GAUTO, de 10 años para CRISTINA ESTHER BOGADO, de 7 años para HUGO MEZA DENIS, encontrando satisfecha su pretensión con la pena solicitada en la acusación, al entender haber cumplido con la sociedad a la que representa, al solicitar dichas penas.

Naturalmente, el órgano fiscal, es el titular de la acción pública. Alfredo Vélez Mariconde, en su obra *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Tercera edición, Capítulo V- “*El ejercicio de la acción penal*”, punto 4. “El órgano estatal”, expone: “La acción penal es pública tanto por el objeto al cual se refiere, cuando por la finalidad que persigue. Para cumplir sus fines, para defender su propia vida. Para mantener el orden jurídico-social, el Estado ha reivindicado del particular el derecho de acusar; éste se ha convertido en una función pública (algunos dirán: en un derecho público). El interés individual ha quedado reducido, anulado, comprendido en el interés social. La actividad acusatoria se ha socializado, dignificándose al mismo tiempo en una elevada concepción del derecho y de la justicia. Reconocida la indiscutible necesidad social de regular el ejercicio de los derechos de cada uno con el respeto debido a la actividad jurídica de los otros; admitida la imperativa necesidad de reprimir la violación de los derechos, como exigencia estatal, porque el funcionamiento de las instituciones jurídicas y sociales eleva el daño privado a daño público, es evidente que la acción penal, en el cual se reúne la suma de las actividades humanas para la consecución de los fines jurídicos y sociales, es de naturaleza social y pública. La acción penal – dice Mortara- es el instrumento jurídico por medio del cual se actúa el derecho subjetivo del Estado (nosotros decimos la potestad represiva) de aplicar, por la autoridad y con las garantías del poder jurisdiccional, las sanciones jurídicas necesarias a la defensa y al mantenimiento del orden social y de las condiciones externas de pacífica convivencia de los ciudadanos. Vale decir, que si el derecho penal tutela intereses sociales y tiende a asegurar el mantenimiento del orden jurídico, el delito que los vulnera exige, más que determina, la actividad del Estado, en el cual se concentran naturalmente las facultades que promueven y realizan la actuación de los órganos estatales. La función penal es de índole eminentemente estatal. En consecuencia aún cuando la historia, la doctrina y la

legislación comparada nos ofrecen distintos sistemas de acusación, la elección debe hacerse sobre el presupuesto ineludible de una intervención directa del Estado, mediante un órgano específico: *el Ministerio Público*. La institución de un órgano estatal permanente encargado del ejercicio de la acción penal, surge del principio mismo de la publicidad de la acción, como consecuencia del concepto de que la acción incumbe al estado; su institución responde, no sólo a la necesidad de esa ingerencia, por la imposibilidad de abandonar en manos del individuo la acción penal y la defensa del interés público correlativo, sino también a la imposibilidad de atribuir su ejercicio, o sea la función requirente, a los mismos órganos que ejercitan la jurisdicción.

Este preopinante, después de realizar un minucioso análisis de autos, comparte las argumentaciones vertidas por el Tribunal en el sentido que en el caso que nos ocupa se dan los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal que protege el bien jurídico lesionado, por lo tanto los agravios manifestados por las defensas carecen de sustento y deben ser rechazados. Asimismo no se observa en la sentencia arbitrariedad, falta de fundamentación, ni incoherencia en la apreciación de las pruebas, pues el tribunal que el Tribunal de sentencia al momento de dictar sentencia ha valorado todas las pruebas documentales arrojadas durante el proceso, es así que en la valoración y cotejo ha tenido en cuenta las declaraciones testificales brindadas por los Srs. *Francisco Fabián Godoy, Hugo Antonio Cuevas, Juan Alberto Medel, Víctor Hugo Dengean, Salvador Barreto, María Mercedes Castiñeira, Isabelino Nuñez, entre otros*, además de las pruebas instrumentales ofrecidas durante el juicio oral y público, no existiendo dudas de que los imputados TEODORO TRINIDAD SAIZ SILVERA, LUIS ALBERTO CABAÑAS VALDEZ, CLEMENTINO ACOSTA, VICTOR LUIS ROY BAEZ, ZUNILDA ASUNCION ROY, CESAR PASTOR MARTINEZ MARTINEZ, CARLOS ROBERTO ALVAREZ GAUTO, RUBEN ANDRES ACOSTA BENITEZ, RAINALDO ACOSTA BENITEZ, ARNALDO ANDRES SAUCEDO, CRISTINA ESTHER BOGADO, HUGO MEZA DENIS, OSCAR DANIEL JARA, GERMAN ALVAREZ, LELIS ALVAREZ DIAZ y CARLOS ANTONIO LOPEZ IBARRA, son los verdaderos responsable de los hechos punibles de exportacion, tenencia y asociación criminal; tesitura a la que se arriba sobre la base del examen de los antecedentes que refiere las circunstancias en que se materializó dicho ilícito, así como de las evidencias y demás elementos de probanzas recogidas durante la etapa investigativa, que como resultado hace que la vara acusadora se dirija en forma directa en contra de los incoados, responsabilizándolos del hecho punible de exportación, tenencia, asociación criminal que se investiga. Encontrando satisfecha la calificación impuesta por los juzgadores a los incoados, - arts. 26 y 27 de la Ley 1340/88. –exportacion, tenencia– y art. 239 del cp. – asociación criminal–, en concordancia con los arts. 29 y 31 del CP.

Con relación a la Determinación de la Pena que es definida como “*el acto mediante el cual el Tribunal fija las consecuencias de un delito*”. Ello afecta tanto a la decisión de la clase de pena que ha de imponerse, como a la cantidad de la que se señale; incluyendo la decisión a cerca de la suspensión de la pena. Se debe primeramente determinar el marco penal aplicable, que no presenta problemas para los autores de un hecho punible consumado. Sin embargo la cuestión cambia cuando estamos en presencia de un concurso de delitos (C.P. art. 70) o ante un hecho punible en grado de Tentativa (C.P. arts. 26 y 27) y en caso de Complicidad (C.P. art. 31). Una vez asignado el marco penal concreto que

corresponde al hecho punible, el Tribunal dispone de arbitrio para moverse dentro de dicho marco. Es la fase de la *“Determinación Judicial de la Pena en Sentido Estricto”*. La imposición de una pena privativa de libertad resulta ser la mayor injerencia en un ciudadano, por parte del Estado. Nuestro Código Penal, en su art. 65, establece expresamente los criterios que orientan la decisión acerca de cual es la pena más adecuada para cada caso. En la Medición de la Pena deben ser clasificados y ponderados todo tipo de información acerca del hecho y del autor, de manera a obtener la respuesta más equilibrada posible. En consecuencia la fundamental tarea de la Determinación de la Pena consiste en la identificación de los criterios que deben orientar la decisión y la fijación de cuales son las circunstancias que deben ser tenidas en cuenta y cuales pueden ser descartadas en el caso; todos estos factores y su influencia sobre la pena concreta dependen en gran medida de la decisión previa de cual es la finalidad de la pena dentro del sistema.

Al determinación la Pena el Tribunal fija las consecuencias del delito, la pena impuesta deberá ser la más adecuada para cada caso. El legislador establece un marco penal para cada hecho punible pero es el Tribunal el que debe efectivamente llevar a cabo el proceso de individualización de la pena, la que debe ser útil y justa entendiendo como tal sólo aquella que se adecua a las particularidades del caso concreto. Esta decisión queda sometida al arbitrio judicial que no debe ser confundido con la arbitrariedad, ya que debe orientarse de conformidad a ciertos Principios.

El legislador valora, en el marco penal, la gravedad del ilícito tipificado en un tipo penal. El Tribunal de Sentencia establece la pena concreta dentro de los límites del grado de reproche y conforme a los fines preventivos. El Código Penal, en su art. 65, establece: *“Bases de la medición. 1º.- La medición de la pena se basará en el grado de reproche aplicable al autor o partícipe y considerará los efectos de la pena en su vida futura en sociedad. 2º.- Al determinar la pena, el tribunal sopesará todas las circunstancias generales en favor y en contra del autor y particularmente: 1. Los móviles y los fines del autor; 2. La forma de la realización del hecho y los medios empleados; 3. La intensidad de la energía criminal utilizada en la realización del hecho; 4. La importancia de los deberes infringidos; 5. La relevancia del daño y del peligro ocasionado; 6. Las consecuencias reprochables del hecho; 7. Las condiciones personales, culturales, económicas y sociales del autor; 8. La vida anterior del autor; 9. La conducta posterior a la realización del hecho y, en especial, los esfuerzos para reparar los daños y reconciliarse con la víctima; 10. La actitud del autor frente a las exigencias del derecho y, en especial, la reacción respecto a condenas anteriores o salidas alternativas al proceso que impliquen la admisión de los hechos. 3º.- En la medición de la pena, no podrán ser consideradas las circunstancias que pertenecen al tipo legal.”*

Si el Derecho Penal debe servir a la protección de bienes jurídicos, y de este modo, al libre desarrollo del individuo y al mantenimiento de un orden social, se debe establecer que conductas pueden ser amenazadas con pena por el Estado. La respuesta a la pregunta de cómo debe actuar la pena para cumplir con la misión del Derecho Penal, está dada por la Teoría del Fin de la Pena.

Con respecto a la pena impuesta, corresponde determinar si la sanción aplicable por el tribunal a-quo se ajusta a las reglas establecidas en el art. 65 del CP.. Del estudio realizado sobre este punto, resulta que la sanción impuesta a los condenados fue fundada en lo

preceptuado por el art. 65 del CP., que establece las circunstancias generales que deben tenerse presente a los efectos de la imposición del quantum de la pena, vale decir, los móviles y fines del autor, su actitud frente al derecho, la intensidad de la energía criminal, la forma de realización del hecho punible, los medios empleados, la importancia del daño y del peligro, y las condiciones personales y su conducta posterior al hecho; por último, la pena impuesta se encuadra dentro del marco penal previsto para el hecho punible de exportación, tenencia y asociación criminal, por consiguiente, se concluye que el tribunal de juicio aplicó correctamente el principio de proporcionalidad de la pena conforme al grado del reproche.

Finalmente, cabe también considerar que en la sentencia recurrida se halla debidamente fundados los presupuestos de la punibilidad, en cuanto a la conducta típica, antijurídica y reprochable de los condenados TEODORO TRINIDAD SAIZ SILVERA, LUIS ALBERTO CABAÑAS VALDEZ, CLEMENTINO ACOSTA, VICTOR LUIS ROY BAEZ, ZUNILDA ASUNCION ROY, CESAR PASTOR MARTINEZ MARTINEZ, CARLOS ROBERTO ALVAREZ GAUTO, RUBEN ANDRES ACOSTA BENITEZ, RAINALDO ACOSTA BENITEZ, ARNALDO ANDRES SAUCEDO, CRISTINA ESTHER BOGADO, HUGO MEZA DENIS, OSCAR DANIEL JARA, GERMAN ALVAREZ, LELIS ALVAREZ DIAZ y CARLOS ANTONIO LOPEZ IBARRA.

De lo expuesto, concluyo que la fundamentación del tribunal de sentencia que sustenta la calificación jurídica de la conducta de los condenados que han recurrido ante este Tribunal en apelación especial y la pena aplicable, se basa en valoraciones objetivas y ha observado los lineamientos que indican la psicología, la experiencia común y las reglas de la lógica. En consecuencia, no se advierte en la sentencia apelada inobservancia alguna o aplicación errónea de la ley penal de fondo. En consecuencia corresponde confirmar la sentencia cuestionada por los que han recurrido ante este Tribunal, por hallarse ajustada a derecho. Es mi voto.

**DR. ARNULFO ARIAS MALDONADO**

Primeramente, doy mi voto por la competencia de este Tribunal para estudiar la impugnación y la admisibilidad del recurso, por los mismos fundamentos expuestos por el miembro preopinante.

Los agravios de los apelantes fueron enunciados por este y han tenido respuesta con la confirmación de la sentencia en cuanto a la autoría, antijuridicidad y reprochabilidad de la conducta de los condenados, decisión que comparto, en el sentido de que el tribunal a-quo ha obtenido su convicción sobre la participación de los acusados en el hecho como autores y cómplices, descartándose de sus comportamientos alguna causa de justificación que pueda eximirlos de responsabilidad, habiéndose, consecuentemente, probado en el juicio la conducta de los mismos como punible. Esta realidad comprobada no puede ser revertida en esta instancia, en virtud a los principios que rigen el proceso penal, de instancia única, en cuanto a la recepción y estimación probatoria.

En ese sentido debo admitir que al haber el tribunal realizado su valoración de las pruebas y determinar la comprobación de los hechos y autoría, dejó establecido la forma como se produjeron los hechos, detallando el grado participación y responsabilidad de cada uno de los acusados.

Por los testimonios y demás elementos probatorios recibidos en el juicio, en audiencia oral y pública, pudo reconstruir los hechos cuya exposición clara, se advierte a fs. 4386/4390 vlta. de autos.

En cuanto a la calificación de la conducta de los acusados, encontró que TEODORO TRINIDAD SAIZ, LUIS ALBERTO CABAÑAS VALDEZ, CLEMENTINO ACOSTA, VICTOR ROY BAEZ, ZUNILDA ASUNCIÓN ROY BAEZ, CÉSAR PASTOR MARTINEZ, CARLOS ROBERTO ALVAREZ GAUTO, RUBEN ACOSTA, REINALDO AOSTA, ARNALDO ANDRES SAUCEDO, CRISTINA ESTHER BOGADO, HUGO MEZA DENIS, OSCAR DANIEL JARA, GERMAN ALVAREZ, JARA LELIS ALVARES GAUTO Y CARLOS ANTONIO LOPEZ “...han obrado de acuerdo con otros y aportaron lo necesario para la perpetración de los delitos, lo que comporta también un dominio sobre la realización de los hechos...”. Subsiguientemente a esta conclusión, paso a calificar la conducta delictiva de TEODORO TRINIDAD SAIZ, LUIS ALBERTO CABAÑAS VALDEZ, CLEMENTINO ACOSTA, VICTOR ROY BAEZ, ZUNILDA ASUNCIÓN ROY BAEZ, CÉSAR PASTOR MARTINEZ, OSAR DANIEL JARA, GERMÁN ALVAREZ JARA, LELIS ALVAREZ GAUTO Y CARLOS ANTONIO LÓPEZ, como autores y a REINALDO ACOSTA, RUBEN ACOSTA, Y ARNALDO ANDRES SAUCEDO como cómplices, según lo dispuesto en el art. 31 del Código Penal. Al fundar su decisión señaló que estos han “... realizado un sinnúmero de actividades tendientes a remitir a Chile la marihuana que había sido cargada en el trato camión frigorífico, como ser los contactos previos, la carga del camión, los traslados, los arreglos de las paredes laterales del furgón, etc. Todas estas actividades desarrolladas por los acusados han quedado ampliamente demostrado a través de los medios de prueba ingresados en debida y legal forma...”, pasando a calificar la conducta de los mismos en el art. 26 de la ley 1340.

Asimismo encuadró el comportamiento delictivo de CARLOS ROBERTO ALVAREZ GAUTO, CRISTINA ESTHER BOGADO Y LELIS ALVAREZ DIAZ en el art. 27 de la ley 1340, al haber comprobado que los mismos han sido tenedores sin autorización de sustancias estupefacientes, conforme se ha probado con la declaración de los Agentes Especiales de la Senad y los allanamientos practicados en la Pensión La Providencia, en el dormitorio de la vivienda de Taramá y Amador de Montoya y de la Quinta 20 de julio donde residían los procesados.

Igualmente ha calificado la conducta de TEODORO TRINIDAD SAIZ, LUIS ALBERTO CABAÑAS VALDEZ, CLEMENTINO ACOSTA, VICTOR ROY BAEZ, ZUNILDA ASUNCIÓN ROY BAEZ, CÉSAR PASTOR MARTINEZ, CARLOS ALBERTO ALVAREZ GAUTO, REINALDO ACOSTA, RUBEN ACOSTA, ARNALDO ALVAREZ SAUCEDO, HUBGO MEZA DENIS, OSCAR DANIEL JARA, GERMÁN ALVAREZ JARA, LELIS ALVAREZ GAUTO Y CARLOS ANTONIO LÓPEZ en el art. 239 del C.P., que tipifica el hecho punible de ASOCIACIÓN CRIMINAL, al hallar que los mismos formaban parte de una organización dedicada al tráfico de estupefacientes, a los efectos de remitir marihuana a Chile- fs. 4391/4391 vlto. de autos.

Al respecto concluyó que REINALDO ACOSTA, RUBEN ACOSTA, ARNALDO ANDRES SAUCEDO y HUGO MEZA DENIS. Han prestado servicio a los miembros la asociación criminal a los efectos de los fines propuestos.

Al referir el tribunal sobre la actividad delictiva comprobada en el juicio señaló – en el caso de RUBEN ACOSTA *“Ese mismo día, ya avanzada la tarde – el camión – fue llevado al taller metalúrgico ubicado en el kilómetro 19 y ½ propiedad de RUBEN ANDRES ACOSTA BENITEZ a los efectos de proceder a la terminación del ocultamiento de la droga (ya cargada en la casa de CÉSAR PASTOR MARTINEZ) como así también la reparación de los frenos del termo kin...”* fs. 4387.

Encontró probado igualmente, que participaron en el trabajo de ocultamiento de la marihuana REINALDO ACOSTA BENITEZ Y ARNALDO ANDRES SAUCEDO fs. 4387. y en cuanto a HUGO MEZA DENIS, este ha sido detenido por haber acompañado a TERESA CAROLINA ESTIGARRIBIA- quien fue declarada rebelde y no fue juzgada aun en esta causa- quien tenía que retirar 48 kilos de marihuana halladas en la pensión, según el testimonio de los agentes Salvador Barreto Díaz, Isabelino Nuñez y Gustavo Molinas más la testigo Agente Especial María Mercedes Castiñeira...” fs. 4389.- Por eso la calificación de la conducta de este en el art. 239 inc. 1ro. Num 4 del C.P. en concordancia con el 29 inc. 1ro del mismo cuerpo legal.- La defensa de HUGO MEZA DENIS no apeló la sentencia, habiendo, en consecuencia, quedado firme para el mismo lo resuelto en el fallo.<sup>36</sup>

Como se advierte, en la descripción de los hechos probados, el tribunal ha referido circunstanciadamente el grado de participación de los condenados en los hechos punibles investigados, Arts.26 y 27 de la Ley 1340 y el art.239 del Código Penal.

En ese sentido el art. 26 de la Ley 1340 /88 prescribe: *“ El que desde el territorio nacional realizare actividades tendientes a remitir a países extranjeros sustancias estupefacientes, drogas peligrosas o productos que la contengan, sí como materias primas y cualquier producto o sustancia empleable en su elaboración, transformación e industrialización, será castigado con penitenciaría de diez a veinticinco años. El que desde el extranjero realizare las actividades descriptas precedentemente, para la introducción al país de las sustancias a que se refiere esta ley, sufrirá la misma pena...”* ( Igual Ley 1881/02).

Art. 27 *“El que tuviere en su poder, sin autorización, sustancias estupefacientes, drogas peligrosas o productos que las contengan, será castigado con cinco a quince años de penitenciaría, comiso de la mercadería y multa del cuádruplo de su valor.”* (Igual ley 1881/02).

*“Art. 239 Asociación criminal.*

*1°- El que*

*1- creara una asociación estructurada jerárquicamente u organizada de algún modo, dirigida a la comisión de hechos punibles....*

---

<sup>36</sup> *“...solo la condena penal dictada por un tribunal de juicio es recurrible y solo lo es por el condenado; la absolución- salvo caso de aplicación de una media de seguridad y corrección- y la condena no recurrida a favor del imputado quedan firmes por su solo pronunciamiento y cualquier persecución penal posterior debe ser considerada un bis in idem...”* Maier, Lulio B. ACERCA DE LA GARANTÍA PROCESAL.

Del contenido de las normas legales transcriptas se puede advertir que el juez tiene un margen legal dentro del cual puede imponer la pena, conforme al grado de participación de los acusados en el hecho.

En principio, los presupuestos para la imposición de la sanción requiere de una decisión fundada en la ley y en el razonamiento expuesto por el tribunal, para cumplir así con el presupuesto previsto del art. 125 del C.P.P. En el presente caso, el a-quo ha obtenido su convicción de la participación de los condenados en el hecho y su responsabilidad, y paso describir la conducta de cada uno de ellos en el plan previo para obtener la droga, preparar el camión con fondos falsos que sirvieran para esconder la marihuana y proceder posteriormente a remitir las mismas a Chile para su venta y obtener todos ganancias siderales por el valor de la mercancía en ese país.

Del procedimiento conjunto entre la policía de la República de Chile y Agentes de la SENAD, en un trabajo de inteligencia que tuvo el éxito esperado, se ha frustrado el intento de remisión de 2.000.ks. (dos mil kilos) fs. 4201 de marihuana al exterior, procediéndose a desbaratar una verdadera asociación formada para obtener, ocultar y transportar la droga a otro país.

En ese sentido cada uno de los detenidos y acusados fueron juzgados en juicio Oral y Público, con todas las garantías que requiere el debido proceso, habiéndoseles brindado la oportunidad de ejercer libremente sus defensas, sin poder destruir los abundantes elementos aportados por la acusación, finalmente aceptada por el tribunal, que los encontró responsables del hecho y les impuso una pena.

En la fundamentación de la sentencia, no encuentro alguna falta, error o inobservancia de la ley que la desmerite y, por la gravedad de los hechos, considero las sanciones impuestas como ejemplares.

El tribunal ha cumplido con los presupuestos del art. 398 del C.P.P. que prescribe sobre los requisitos de la sentencia, sin haber obviado ninguno de los requisitos exigidos en la norma, habiendo optado por la unanimidad para resolver las cuestiones que se han planteado en el juicio, han determinado precisa y circunstanciadamente el hecho que encontraron acreditado e hicieron mención de las normas aplicables.

En cuanto a la pena impuesta a los condenados, el tribunal, al relatar los hechos probados en el juicio, se ha referido al grado del reproche de todos ellos, oportunidad en que ha descrito la conducta desarrollada en un plan previo para el ocultamiento de la droga, que luego se ha hecho efectivo, con el fin de su remisión de la “mercancía” a un país extranjero. En ese sentido, cada una de las personas que fueron detenidas- algunas en flagrancia- (CRISTINA ESTER BOGADO, LELIS ÁLVAREZ DÍAZ Y CARLOS ROBERTO ÁLVAREZ GAUTO) han sido comprometidas por las declaraciones de los testigos que comparecieron en el juicio y esta descripción de su conducta delictiva ha determinado su reprochabilidad, lo que considero suficiente –como fundamentación para la imposición de la sanción - so pena de volver a repetir innecesariamente, para la imposición de la pena, los mismos hechos y circunstancias ya referidas con anterioridad.

En el caso de TEODORO TRINIDAD SAIZ SIVERA, CRISTINA ESTHER BOGADO FRANCO, VÍCTOR ROY BÁEZ, y CARLOS ANTONIO LÓPEZ IBARRA registran antecedentes- en algunos casos han recaído condena en Chile- y el tribunal ha considerado dichos antecedentes delictivos para imponerles la sanción. Fs. 4393 de autos.



Como requisito que exige la ley -en el art. 65 del C.P. - para la medición de la pena, es que esta se base en la reprochabilidad del autor, debiendo atenderse también los efectos que ella tendrá en su vida futura en sociedad.

En la sentencia, la reprochabilidad de cada uno fue explicada suficientemente y en base a ella han sido impuestas las sanciones ; atendiendo al marco penal previsto en las normas aplicadas – 10 (diez) a 25 (veinticinco) años – art. 26 - y 05 (cinco) a 15 (quince) años Art. 27 de la ley 1340 y 1881 /02, 05(cinco años) art.239 del C.P. por ello, no considero apropiada la declaración de la nulidad parcial del fallo al solo efecto de establecer, en un nuevo juicio, la fundamentación de la pena para cada uno de los condenados.

En cuanto a la discusión sobre el pedido de la modificación de la pena, tal posibilidad no se halla prevista en la ley para esta instancia, debiendo el tribunal ad-quem, - lo que no se da en este caso - anular la parte del juicio de la pena, si hallare que esta ha sido desarrollada inobservando o aplicando erróneamente la forma prevista en el art. 125, o incumpliendo los arts. 397, 398 y 402 del C.P.P. y el art. 65 y concomitantes del C.P.

La regla sobre la declaración de nulidad exige como presupuesto: 1- que el tribunal a quo haya inobservado erróneamente aplicado la ley y 2-que esta circunstancia no pueda ser reparada directamente- art. 473 del C.P.P.-. En general, no encuentro motivos suficientes que den lugar a la nulidad de la sentencia- aún en forma parcial- por que las consecuencias de esta declaración de nulidad supondrá únicamente la realización de un nuevo juicio sobre la pena, que se suscribirá a la modificación formal del contenido del fallo, a los efectos de una declaración fundada sobre las circunstancias generales y personales para la imposición de la sanción, formalidad que se ha cumplido al haberse descrito en el fallo recurrido a fs. 4386/4390, la conducta desarrollada y la participación comprobada de los condenados en el hecho, que fueron tenidas en cuenta para la aplicación de la sanción.

Sobre el particular, no se advierte una ausencia de motivación del fallo o falta de fundamentación para la imposición de la pena, solo que esta tal vez no ha seguido el rigorismo formal previsto en la norma penal, no obstante, esta circunstancia no es suficiente para declarar la nulidad parcial de la sentencia.<sup>37</sup>

Como habíamos dicho precedentemente, los ilícitos investigados y la conducta de sus autores se corresponde a la clasificación de los hechos punibles previstos como *crímenes*- art- 14 del C.P.- y siendo el marco penal elevado- incluso la de su pena mínima en el caso del art. 26 de la Ley 1340- la declaración de nulidad y el reenvío solo tendría como fin la rectificación de una formalidad que - como dije- no se ha omitido, por ello considero improcedente la petición en ese sentido requerida por los apelantes.

Las consideraciones formuladas precedentemente, sirven para suplir (art. 475 in fine del C.P.P.) cualquier omisión que haya podido existir pero que de ninguna manera han

---

<sup>37</sup> *“Es preciso no confundir la ausencia o insuficiencia de motivos, lo último se da cuando estos son aparentes, vagos, imprecisos o contradictorios, con el error en los motivos, pues por mal motivada que fuera una sentencia ella puede estar bien dictada en cuanto al hecho y al derecho. Es inadmisibile una equiparación absoluta entre falta de motivación, que da lugar a la nulidad de la sentencia y motivación defectuosa... esos errores no la privan de la fundamentación desde que el camino lógico seguido por ella al declarar la existencia de los extremos de la imputación no merece reparo alguno...”* (El T.S. J. Cba., por Sent. N° 10 del 2/9/88 en autos: César, Julio Argentino) CLEMENTE, JOSE LUIS. CÓDIGO PROCESAL PENAL de la provincia de Córdoba. Tomo IV. Pág. 75.

influido en la decisión final del tribunal, que dé lugar a la declaración de nulidad o que sea imperiosamente necesario ser corregido por un nuevo tribunal.

En el mismo sentido ha resultado la Excm. Corte Suprema de Justicia en situaciones idénticas.<sup>38</sup>

---

<sup>38</sup> Art. 475. *RECTIFICACIÓN. Los errores de derecho en la fundamentación de la resolución impugnada, que han influido en la parte dispositiva, no la anularán, pero serán corregidos en la nueva sentencia, así como los errores u omisiones formales y los que se refirieran a la designación o cómputo de las penas.*

*Asimismo el tribunal, sin anular la sentencia recurrida, podrá realizar una fundamentación complementaria. - "...El Tribunal de Apelaciones en lo Penal, Primera Sala, en el estudio de la cuestión impugnada, omite total y absolutamente referirse a la composición, ni en el análisis de los puntos recurridos (considerando) ni en la parte resolutive por lo que también es objeto del recurso de casación deducido por el recurrente. Considero que, aún en el caso de que al a-quem haya omitido totalmente el estudio de la cuestión, esta Corte goza de plena competencia para analizar el recurso interpuesto para subsanar la omisión de la sentencia de segunda instancia (Ac. y Sent. No 831, 22-09-05, Sala Civil y Comercial).*

En este caso, el sólo hecho de la omisión del estudio y resolución sobre la aplicación de la composición resuelta en primera instancia, amerita la casación de la sentencia de segunda instancia, sin mayores consideraciones ya que se encuentra perfectamente entre las causales previstas en el Código Procesal Penal para la procedencia de este recurso.

Ahora bien, es importante analizar, resuelta la casación, cual es la solución que la Corte debe arbitrar para que se haga efectiva la resolución: ¿un nuevo juicio por otro Tribunal o una decisión directa de la Corte?

Veamos que solución nos propone la legislación al respecto. El Código Procesal Penal, Artículo 480. **TRAMITE Y RESOLUCIÓN**, establece que... Para el trámite y la resolución de este recurso serán aplicables, analógicamente, las disposiciones relativas al recurso de apelación de la sentencia...". Y en ese capítulo, el artículo 473. **REENVIO** dice que "cuando no sea posible reparar directamente la inobservancia de la ley o su errónea aplicación el Tribunal anulará total o parcialmente la sentencia y ordenará la reposición del juicio por otro juez o tribunal".

El artículo 474. **DECISIÓN DIRECTA**. Por su parte, establece que, "Cuando de la correcta aplicación de la ley resulte la absolución del procesado, la extinción de la acción penal, o sea evidente que para dictar una nueva sentencia no es necesario la realización de un nuevo juicio, el tribunal de apelaciones **PODRÁ RESOLVER DIRECTAMENTE**, sin reenvío".

El artículo 475. **RECTIFICACIÓN** dispone: "Los errores de derecho en la fundamentación de la resolución impugnada, que no hayan influido en la parte dispositiva, no la anularán pero serán corregidos en la nueva sentencia, así como los errores u omisiones formales y **LOS QUE SE REFIERAN A LA DESIGNACIÓN O EL CÓMPUTO DE LAS PENAS**. Así mismo el tribunal, sin anular la sentencia recurrida, podrá realizar una fundamentación complementaria".

De lo expuesto se infiere que esta Corte tiene competencia para pronunciarse directamente sobre el punto en estudio cual es la aplicación o no de la pena adicional de Composición sin necesidad de reenvío a otro Tribunal.

Expediente: Recurso extraordinario de casación en: Querrela criminal promovida por Juan Carlos Galaverna contra Aldo Zuccolillo Moscarda sobre calumnia, difamación e injuria en esta capital.

ACUERDO Y SENTENCIA NÚMERO: Mil doscientos cincuenta y uno.-28/XII/2005.

"Por tanto, en atención a los fundamentos expuestos y con sustento legal en los arts. ....475 del C.P.P. NO HACER LUGAR al recurso extraordinario de casación interpuesto ... en contra del A.I. No73 de fecha 26 de diciembre de 2007 dictada por el Tribunal de Apelación 4ta. Sala de la Circunscripción Judicial de la Capital por

Por último, la decisión sobre la declaración de nulidad debe ser siempre de carácter restrictivo, por las consecuencias que ella acarrea al desarrollo normal del proceso, que se retrasaría innecesariamente en su definición.

Doy mi voto, por todo lo expuesto precedentemente, por la confirmación del fallo recurrido en todas sus partes.

Con lo que se dio por terminado el acto firmando los Excmos. Miembros del Tribunal de Apelaciones en lo Criminal, Cuarta Sala de la Capital, por ante mí que certifico, quedando acordada la sentencia que inmediatamente sigue:

**R E S U E L V E:** Declarar la competencia de esta Sala del Tribunal de Apelaciones para entender en los mecanismos de impugnación deducidos. Declarar admisible los recursos de apelación especial interpuestos por las defensas técnicas de: 1) *Víctor Roy Báez*, 2) *Luis Alberto Cabañas Valdez*, 3) *Oscar Daniel Jara*, 4) *Lelis Álvarez Díaz*, 5) *Carlos Antonio López Ibarra*, 6) *Carlos Roberto Álvarez Gauto*, 7) *Zunilda Asunción Roy Báez*, 8) *César Pastor Martínez Martínez*, y, 9) *Germán Álvarez Jara*, contra la *SD N° 287, del 21 de agosto de 2009*, dictada por el Tribunal de Sentencia, presidido por el Juez *Andrés Casati Caballero* e integrado por los Jueces *Ricardo Alfonso Medina* y *Sandra Farías de Fernández*, como Miembros. Confirmar, la sentencia recurrida por los motivos expuestos en el exordio de la presente resolución. Anotar, registrar, notificar y remitir copia a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

*Miembros: Emiliano Rolon Fernandez, Arnulfo Arias Maldonado y Luis María Benítez Riera. Ante mi: Abog. Ana María Jiménez. Actuaría Judicial.*

---

así corresponder en derecho debiendo integrarse la fundamentación del referido acuerdo a los argumentos esbozados precedentemente, conforme a lo dispuesto en el art. 475 del C.P.P....”

Expediente: RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR LA ABOGADA ROSA CONCEPCIÓN ZÁRATE EN LA CAUSA: “CARLOS ADALBERTO MEZA RUIZ S/ ABUSO SEXUAL. Acuerdo y sentencia No..364 del 25 de mayo de 2009.-

## TRIBUNAL DE APELACION EN LO CIVIL Y COMERCIAL

### ACUERDO Y SENTENCIA N° 24

*Cuestión debatida: La cuestión se centra en que el pagare que sirve de base a la presente ejecución es un pagare a la vista que lleva inserta en su ultima parte una referencia que señala que el plazo de presentación de cobro del presente documento queda ampliado por el librador hasta el 7 de agosto de 2002.*

**JUICIO EJECUTIVO.** Titulo ejecutivo. **PAGARE. EXCEPCION DE INHABILIDAD DE TITULO.** Prueba de la excepción de inhabilidad de titulo.

El pagaré objeto de ejecución es un pagaré a la orden de una financiera, que reúne todos los requisitos estipulados en el art. 1535 del C.C., debidamente reconocido en juicio, por lo que se encuentra entre los títulos que traen aparejada ejecución según el art. 439 del CPC en su inciso f). También es un documento pagadero a la vista como bien lo indica por lo que cualquier adición que se haya realizado en el mismo, en nada modifica el carácter esencial que tiene el documento, de ser un pagaré a la orden y pagadero a la vista.

**PAGARE.** Prueba del pagaré

No puede pretenderse razonablemente, que un documento que reúne los requisitos mencionados en el art. 1535 del C.C. pueda ser desvirtuado en su calidad, por la simple adición de un elemento que corresponde al tratamiento de las letras de cambio, no aplicable al documento ejecutado.

Trib. Apel. Civ. Y Com. Primera Sala. 1-06-2009. “FIGESA c. Francisco Amarilla B. y otra s. Cobro de Guaraníes” (Ac. y Sent. N° 24)

Asunción, 11 de julio de 2009

Cuestiones:

Es nula la sentencia recurrida?

En caso contrario, se halla ajustada a derecho?

Practicando el sorteo de ley, este, arrojo el siguiente orden de votación: Preopinante; la Magistrada Dra. Valentina Nuñez González y Dr. Marcos Riera Hunter y Dra. Maria Sol Zuccolillo Garay de Vouga.

A la Primera Cuestión Planteada el Magistrada Dra. Valentina Nuñez González Dijo: Este recurso no ha sido fundado en forma expresa por los recurrentes Francisca Andrea Amarrilla e Ingrid Margarita Braud de Amarilla, habiéndolo hecho solo con relación al de apelación, por lo que existe un desistimiento tácito con relación al mismo. Por otra parte no se observa en la resolución recurrida vicios de forma o solemnidades que ameritan el estudio de oficio por parte de este tribunal, por lo que corresponde declarar desierto el recurso. Asi Voto.

A sus turno los Magistrados Dr. Marcos Riera Hunter y el Dra. Maria Sol Zuccolillo Garay de Vouga; manifiestan que se adhieren al voto del Magistrada Dra. Valentina Nuñez González por compartir sus mismos fundamentos.

A la segunda cuestión Planteada el Magistrada Valentina Nuñez González dijo: Por la resolución recurrida la a-quo había resuelto: “I No hacer lugar, con costas a la excepción de

inhabilidad de título opuestas por lo demandados Francisco Andrés Amarilla Barreiro e Ingrid Margarita Braud de Amarilla por los motivos expuestos en el exordio de la presente resolución – II. – Llevar adelante la presente ejecución promovida por Finansud & General S.A. Financiera (Figesa) contra Francisco Andrés Amarilla Barreiro e Ingrid Margarita Braudt de Amarilla, por el cobro de la suma de guaraníes seis millones trescientos setenta y cuatro mil quinientos (Gs. 6.374.400) hasta que el acreedor se haga integro pago de capital reclamado, intereses, costos y costas del presente juicio. III. – Anotar, registrar y remitir copia a la Corte Suprema de Justicia.

Luego de efectuar un recuento de las actuaciones realizadas en la instancia anterior, los recurrentes señalan sus agravios manifestando que habiéndose acordado que el documento a la vista quedara modificado con la fijación de un plazo de presentación no anterior al 7 de agosto de 2002, hasta cuya fecha debía esperar la parte acreedora para poder iniciar acción. De ahí que lo manifestado por la A-quo que como la espera de presentación al cobro no cambia la naturaleza de ser el pagare en gestión ejecutiva un documento a la vista.

Consideran que no discute que el pagare sigue siendo a la vista, pero consideran que sea cual fuere la naturaleza de una obligación, las partes pueden convenir en forma irrestricta que su presentación al cobro quede sometida a un plazo de ampliación tal como se ha procedido en este caso, por lo que el criterio de la Jueza inferior se halla en todas luces errado al manifestar que por tratarse de un pagare a la vista, ya no puede ser objeto por un acuerdo de fijación de un plazo ampliado, pues al constituir un plazo de respeto obligatorio la presentación antes de vencer dicho plazo el pagare a la vista es un documento cuya ejecución no por factible por impedirlo el plazo acordado de espera convenido para su presentación al cobro por lo que considera que la resolución debe ser revocada.

Corrido traslado a la otra parte esta contesta en escrito obrante a fs. 59/60 de autos solicitando que se declaren desiertos los recursos impuestos, dado que el escrito no reúne los requisitos exigidos por la ley.

Que analizado el escrito que contienen los fundamentos de los agravios presentados, se observa que en el mismo se produce una repetición de los argumentos esgrimidos en la instancia inferior, al plantear la excepción de inhabilidad de título como parte del criterio sustentado, pero haciendo algunas referencias con relación a la resolución dictada por lo que corresponde analizar la procedencia de los mismos, dado que vincula dichos argumentos a la resolución.

La cuestión se centra en que el pagare que sirve de base a la presente ejecución es un pagare a la vista, conforme lo señala el documento obrante a fs. 7 de autos que lleva inserta en su última parte una referencia que señala que el plazo de presentación de cobro del presente documento queda ampliado por el librador hasta el 7 de agosto de 2002.

En base a ello, los demandados sostienen que recién en dicha fecha vencería el mencionado documento.

Sobre el particular debemos señalar que por tratarse de un pagare a la orden, se rige por las disposiciones contenidas en el Código Civil Capítulo XXIII, que se refiere a los títulos de crédito, sección IV. El art. 1537 de dicho cuerpo legal establece que son aplicables al pagare a la orden, en cuanto no sean incompatibles con su naturaleza, las disposiciones relativas a la letra de cambio.

El pagare objeto de ejecución es una pagare a la orden de Finansud & General S.A. Financiera, que reúne todos los requisitos estipulados en el art. 1535 de CC, debidamente reconocido en juicio, por lo que se encuentra entre los títulos que traen aparejada ejecución según el art. 439 de CPC, en su inciso f). También es un documento pagadero a la vista, como bien lo indica, por lo que cualquier adición que se haya realizado en el mismo, como el que se menciona como base de la excepción planteada, en nada modifica el carácter esencial que tiene el documento, de ser una pagare a la orden y pagadero a la vista.

No puede pretenderse razonablemente, que un documento que reúne los requisitos mencionados en el art. 1535 de CC, pueda ser desvirtuado en su calidad, por la simple adición de un elemento que corresponde al tratamiento de las letras de cambio, no aplicable al documento ejecutado. De ahí la mención que hacíamos del art. 1537 de CC, por que no es dable considerar que un documento a la vista, se transforme en un documento a plazo como pretenden los exepcionantes, por la simple adición de una cláusula que no le es aplicable, por lo que corresponde confirmar la resolución recurrida e imponer las costas a las partes perdidosas.

A su turno el Magistrado Dr. Marcos Riera Hunter Dijo: la parte demandada opuso contra el progreso de la ejecución la excepción de inhabilidad de titulo fundada en que el documento (pagare), librado a la vista y presentado como base de la pretensión ejecutiva, no es exigible por cuanto que las partes hoy litigantes habían acordado una fecha determinada a partir de la cual debía presentarse el documento para el cobro respectivo, conforme la cláusula contenida en el citado pagare que textualmente dice: “El plazo de presentación al cobro del presente documento queda ampliado por librador hasta el 7/08/2002”.

La pretensión de la parte demandada y hoy recurrente no puede se acogida favorablemente por la Magistratura por dos razones:

1) Porque la cláusula anteriormente enunciada no implica, en modo alguno, que el documento a la vista queda convertido en un pagare con plazo de vencimiento (7 de agosto del 2.002), sino que el beneficiario o acreedor del citado documento a la orden (a la vista) tiene plazo para presentar al cobro dicho documento desde su libramiento hasta la fecha indicada, habiéndose promovido la preparación de la acción ejecutiva y posteriormente el juicio ejecutivo propiamente dicho dentro del plazo precedentemente estipulado.

2) Por que la misma parte demandada ha afirmado en el escrito de excepción (fs. 34 y 36) que la suma que es objeto de reclamo en el presente juicio, Gs. 6.374.500, es el saldo del pagare presentado por la parte actora a fs. 7 de autos, lo que pone de manifiesto que la parte demandada ya había abonado con anterioridad sumas de dinero en concepto de tal documento lo que, a su vez, evidencia que el documento era exigible desde su libramiento, como desde luego no podría ser de otra manera tratándose de un documento librado “A la vista”. En esta instancia de Alzada, la parte recurrente reitera tales manifestaciones al señalar que “la demanda se promovió solamente por cobro de Gs. 6.374.500, intereses y costas, por ser esta ultima suma el saldo adeudado del capital inicial mencionado...”(fs. 57), expresiones que, nuevamente, corroboran el criterio de que la suma reclamada es el saldo de una deuda cuantitativamente mayor (la que figura en el pagare de fs. 7) que había sido parcialmente amortizada, lo que evidencia la exigibilidad del documento en cuestión.

Las consideraciones que anteceden son suficientes para entender que, en el caso, el pagare era claramente exigible al tiempo de la ejecución, por lo que la excepción de inhabilidad de título (fundada en la supuesta inexigibilidad del documento) resulta improcedente.

En consecuencia, por los fundamentos expresados, corresponde que el tribunal confirme, con costas, la sentencia apelada (que rechaza la excepción de inhabilidad de título y dispone llevar adelante la ejecución) por hallarse la misma ejecutada a Derecho.

A su turno la Magistrada Dra. Maria Sol Zuccolillo Garay de Vouga; manifiesta que se adhiere 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 mi de que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue de inmediato.

**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.

*Miembros: Valentina Nuñez González, Marcos Riera Hunter y Ma. Sol Zucolillo Garay de Vouga. Ante mi: Arnaldo Martínez Rozzano. Actuario.*

#### ACUERDO Y SENTENCIA N° 70

##### **SENTENCIA.** Incongruencia

El principio de congruencia, por tanto, solamente puede ser violado (provocando con ello la nulidad de la resolución así pronunciada) cuando la sentencia es citrapetita (ausencia u omisión de pronunciamiento), ultrapetita (sentencia que concede más de lo que se pidió) o extrapetita (sentencia que se pronuncia sobre materia extraña a la litis).

##### **DEMANDA.** Desestimación

La circunstancia de que la desestimación de la demanda se haya fundado en diversos argumentos que, como lo sostiene el recurrente, no han sido expresados como defensa por la parte demandada, no significa en modo alguno violación del principio de congruencia, y menos aun si se tiene en cuenta que los órganos jurisdiccionales se encuentran en libertad para declarar el derecho sobre la base de diversos argumentos por aplicación del principio iura novit curia siempre y cuando no se altere la situación de hecho constituida por la litis contestatio.

##### **PRENDA.** Nulidad de la prenda

En el caso, los animales descriptos fueron individualizados conforme a los requisitos exigidos por el art. 2335 del C.C. por lo que el contrato prendario al revestir la forma prescripta por la ley no adolece de nulidad siendo perfectamente válido ya que aún en el caso en que falten formalidades en el contrato prendario esta ha de determinarse según pueda o no cumplir el objetivo propuesto.

##### **PRENDA.** Registro prendario

La prenda se perfecciona con la entrega de la cosa prendada (elemento esencial) y, por otra parte la ley exige que se identifique o se individualice el objeto de la prenda aludiendo a tales elementos en relación a los semovientes.

**PRENDA. Nulidad de la prenda. CONTRATO DE PRENDA**

La omisión de uno o varios elementos no podría constituir motivo de nulidad del contrato de prenda por cuanto que tal consecuencia jurídica no se encuentra legislada expresamente en el ordenamiento legal y, además porque si existen en el contrato algunos elementos que permiten individualizar la cosa prendada pues entonces se ha cumplido con el propósito de la exigencia legal.

**CONRATO DE PRENDA**

Lo esencial y constitutivo del contrato de prenda radica en al entrega de la cosa prendada al acreedor prendario quien, a consecuencia de ella, entra en la posesión de la cosa objeto de tal contrato (art. 2335 CC) tratándose de ganados exige la individualización de los semovientes a fin de evitar la confusión para lo cual enuncia los datos que deben ser consignados en el instrumento contractual respectivo a los efectos de la identificación de los animales prendados (número, edad, sexo, marca o señal raza y calidad en su caso)

**PRENDA. Ejecución prendaria**

Una vez que en el juicio ejecutivo prendario se dictó sentencia definitiva por la cual se rechazó la excepción de inhabilidad de título y se llevó adelante la ejecución, la cual, a su vez, fue confirmada por la alzada, la parte ejecutada promovió la acción de inconstitucionalidad que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 559 del CPC, tiene “efecto suspensivo cuando se tratare de sentencia definitiva, o de interlocutoria con la fuerza de tal”, no corriendo, por tanto, plazo ninguna.

**PRENDA. Ejecución prendaria**

El plazo de 60 días contemplado en el art. 471 del CPC comienza a correr desde la providencia de “cúmplase” de primera instancia por la cual quedó firme la resolución que rechazó la excepción de inhabilidad de título y llevó adelante la ejecución en el juicio ejecutivo prendario, que fuera confirmada en segunda instancia y además rechazada la pretensión de inconstitucionalidad.

Trib. Apel. Civ. Y Com. Primera Sala. 20-10-2009. “Campos y Hacienda S.a. c. Banco General S.A. (En quiebra) s/ Nulidad de Acto Jurídico y otros” (Ac. y Sent. N° 70) Asunción, 20 de octubre de 2009.

Cuestiones:

Es nula la sentencia recurrida?

En caso contrario, se halla ajustada a derecho?

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

A la primera cuestión planteada la magistratura Valentina Núñez González dijo: Con respecto a este recurso el Abogado Gabriel Laufer apoderado de Campos y Haciendas S.A. menciona que la sentencia viola el principio de congruencia, pues la accionada no ha contestado la demanda habiéndosele declarado la rebeldía por A.I. N° 320 de fecha 25 de marzo de 2004 y sin embargo el Juez ha introducido en el razonamiento de su sentencia elementos de juicios que nunca fueron incorporados a la litis y que violando el principio del



debido proceso llegó a la conclusión que el plazo de 60 días otorgado por el art. citado (471 del C.P.C.) a la fecha de iniciación de esta acción se encuentra vencido sin que este argumento haya sido esgrimido por la adversa asimismo cita la doctrina y jurisprudencia al respecto y peticiona se declare la nulidad de la Sentencia.

Que la parte accionada en su escrito de fs. 124/126 sostiene que la sentencia no es nula pues el hecho que se le haya declarada rebelde a su mandante no implica castigo hacia el mismo sino que el juez igualmente debe fallar de acuerdo a los elementos de pruebas obrante en autos. Si bien la rebeldía en principio produce la presunción de legitimidad del derecho de la contraparte, ella se encuentra condicionado a que las pretensiones de la parte actora tengan respaldo legal y fundamentación jurídica.

Que la Sentencia recurrida fue dictada por el A-quo basándose en la aplicación de lo dispuesto en la ley, por lo que teniendo en cuenta que los agravios esgrimidos pueden resolverse por la vía del recurso de apelación y no observándose vicios o errores procesales que pudieran inducir al Tribunal a declarar la nulidad de oficio en los términos de los Arts. 113 y 404, debe rechazarse el recurso de nulidad interpuesto Así voto.

A su turno el magistrado Dr. Marcos Riera Hunter dijo: La parte recurrente que la sentencia en grado de recurso es nula por haber sido dictada en violación al Principio de Congruencia por cuanto que, según manifiesta, el Juzgado resolvió rechazar la demanda promovida por su parte sobre la base de argumentos que nunca han sido articulados como defensa por la parte demandada puesto que la misma no ha contestado la demanda en la etapa procesal pertinente.

La pretensión del nulidicente se funda en una errónea comprensión del Principio de Congruencia en virtud del cual el órgano jurisdiccional tiene el deber de declarar íntegramente el derecho de todas las partes litigantes, concediendo o denegando (según corresponda) solamente lo que ha sido objeto de petición, sin conceder lo que no se pidió, o más de lo que ha sido objeto de petición. El principio de Congruencia, por tanto, solamente puede ser violado (provocando con ello la nulidad de la resolución así pronunciada) cuando la sentencia es citrapetita (ausencia u omisión de pronunciamiento), ultrapetita (sentencia que concede más de lo que se pidió), o extrapetita (sentencia que se pronuncia sobre materia extraña a la litis).

En el caso particular en estudio, el Juzgado de Primera Instancia no ha dictado una sentencia incongruente citrapetita, ni ultrapetita, ni extrapetita, por cuanto que se ha pronunciado exactamente respecto de lo que ha sido objeto de petición en el proceso rechazando la demanda promovida por la parte actora. La circunstancia de que la desestimación de la demanda se haya fundado en diversos argumentos que como lo sostiene el recurrente no han sido expresados como defensa por la parte demandada, no significa en modo alguno violación del Principio de Congruencia, y menos aun así si se tiene en cuenta que los órganos jurisdiccionales se encuentran en libertad para declarar el derecho sobre la base de diversos argumentos por aplicación del principio iura novit curia siempre y cuando no se altere la situación de hecho constituida por la litis constestatio.

No existe, por tanto incongruencia ni otras causales de nulidad que impongan al Tribunal el deber de efectuar en el caso tal declaración. En consecuencia corresponde que el recurso de nulidad sea desestimado por improcedente. Así voto.

A su turno el magistrado Oscar Augusto Paiva Valdovinos: manifiesta que se adhiere a ambos votos precedentes en cuanto complementan y confirman con costas la sentencia apelada.

A la segunda planteada la Magistrada Valentina Núñez González dijo: A fs. 106/116 expresa agravios el apoderado del actor, sosteniendo que la resolución debe ser revocada pues su mandante suscribió un contrato denominado contrato de prenda con registro con la demandada en el que se incorporó una cláusula nula según la cual la actora en garantía de un préstamo de dinero gravaba a favor del Banco General S.A. con derecho real de prenda con registro, una cantidad de animales vacunos, que el 29/12/97 su mandante suscribió la Esc. Pública N° 12 por la cual transfirió varios inmuebles en dación en pago de la misma deuda reconociéndose a la deudora como quirografaria que posteriormente el Banco General inició en contra de Campos y Haciendas S.A. un juicio de preparación de ejecución prendaria en el cual se opuso la defensa de inhabilidad de título basándose en que nunca se individualizo suficientemente los animales dados en prenda de conformidad a lo dispuesto por el art. 2.335 del CC habiéndose dictado la S.D. N° 1050 y el AC y S N° 26 por el cual se rechazó la excepción en primera instancia y se confirmó el rechazo en Segunda instancia. Que posteriormente su parte dedujo una acción de inconstitucionalidad que fue rechazada in limine por A.I. N° 452 del 02/05/03 que fue notificado en fecha 09/10/03, siendo que su parte el 20/08/03 interpuso el presente juicio antes de que venciera el plazo de 60 días dispuesto por el art. 471 del C.P.C.: que por ello lo sostenido el Juez de Sentencia apelada en el sentido que Campos y Haciendas ya utilizó su derecho a la defensa en el juicio ejecutivo, demuestra que el A-quo ha incurrido en un error total y desconocimiento de la naturaleza jurídica de la figura del juicio ordinario posterior en el cual se persigue la declaración de nulidad del acto jurídico impugnado que solo puede ser estudiado en un juicio contradictorio prosigue exponiendo que el contrato prendario es formal y que requiere del cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley que no habiéndose cumplido en dicho contrato con lo dispuesto en el art. 2.335 del CC y de acuerdo a lo dispuesto en el art. 357 del CC es nulo más aún cuando su parte ha probado todo lo alegado en el escrito de demanda por último solicita que se revoque con costas la sentencia apelada.

El apoderado del banco se presentó y contestó el traslado de la fundamentación del apelante (fs. 124/126) solicitando se declaren desiertos los recursos contestando el traslado en subsidio negando los hechos articulados por el recurrente y solicitando que el Tribunal dicte resolución confirmando con costas la resolución en alzada.

Analizando las constancias de autos se observa que con respecto al contrato prendario glosado en el expediente caratulado “Banco General S.A. c/ Campos y Haciendas S.A. s/ Preparación de ejecución prendaria” que se halla agregado por cuerda a estos autos, el mismo no es nulo como tal pues ha sido confeccionado de conformidad a lo dispuesto en el art. 2.335 del CC que dice “El contrato de prenda con registro deberá contener los nombres, apellidos y domicilio de los contratantes el lugar se su celebración fecha del vencimiento del crédito su monto interés anual del mismo y lugar del pago, individualización exacta de los bienes gravados y ubicación de estos, si están o no libres de gravámenes los que reconocieren a la fecha del contrato, y si existe seguro. Tratándose de ganados se lo individualizará especificándose un número, edad, sexo, marca o señal raza y calidad en su caso”.

Que los animales descriptos a fs. 20 del citado expediente fueron individualizados conforme a los requisitos exigidos por el citado artículo por lo que el contrato prendario al revestir la forma prescripta por la ley no adolece de nulidad siendo perfectamente válido ya que aún en el caso en que falten en el contrato prendario algunos de estos elementos identificatorios de los animales prendados comparto la opinión sostenido por la doctrina transcrita en la obra Derecho Civil Paraguayo Tomo V segunda edición del Dr. Francisco Centurión quien en la pag. 364 dice: “La disposición es explícita por lo que únicamente nos obliga a descubrir cuál ha de ser la consecuencia si se dejare de cumplir con algunos de los requisitos previstos por ella. Naturalmente que como no se trata de una formalidad como la que deben llenar los instrumentos públicos para su validez esta ha de determinarse según pueda o no cumplir el objetivo propuesto si solo ciertas cosas secundarias no se consignan toda vez que puedan ser individualizados los objetos, obviamente la prenda será válida.

Que el art. 471 del C.P.C. establece que “Cualquiera fuere la sentencia que recayere en el juicio ejecutivo el ejecutante o el ejecutado podrá promover el juicio de conocimiento ordinario que corresponda, dentro del plazo de sesenta días contados desde la notificación de la sentencia firme de remate”. A su vez el art. 634 del CC establece: “Los derechos que en virtud de la Ley o del acto jurídico constitutivo solo existan por tiempo determinado o deban ser ejercidos dentro de él no están sujetos a prescripción. Caducan por el vencimiento del plazo si no se dedujere la acción o se ejerciese el derecho”.

Que se ha comprobado que en el juicio de preparación de ejecución prendaria la firma Campos y Haciendas S.A. no ha tenido indefensión pues ha deducido la excepción de inhabilidad de título la que fue rechazada por S.D. N° 1050 de fecha 25 de octubre de 2.001 la que fue confirmada por el Tribunal de Apelaciones Segunda Sala por AC. Y S. N° 23 de fecha 6 de marzo de 2.003, que fue notificado en fecha 13 de marzo de 2.003, momento a partir del cual se debe computar el plazo de 60 días hábiles contemplado por el art. 471 del C.P.C. ya que no existiendo la tercera instancia de conformidad a lo dispuesto en el art. 403 del CPC que dispone: “...Contra las sentencias recaídas en los procesos ejecutivos...no dará este recurso” por lo que la acción de inconstitucionalidad deducida por el apelante no tiene el efecto de impedir que el plazo de caducidad acontezca.

En consecuencia, no ha existido indefensión de la parte actora y habiendo vencido el plazo de 60 días para iniciar la acción ordinaria, la empresa Campos y haciendas S.A. ha deducido el presente juicio ordinario en forma extemporánea pues al momento de promoverse estos autos por nulidad de acto jurídico, su derecho había caducado de conformidad a lo dispuesto por el art. 471 del C.P.C. y 634 del C.C. por lo que corresponde confirmar la resolución recurrida imponiendo las costas a la parte perdedora. Así voto.

A su turno el magistrado Dr. Marcos Riera Hunter dijo: Básicamente la demanda de nulidad de acto jurídico promovida por la parte actora ha sido deducido fundada en que en el contrario de prenda suscripto con la parte de la demandada no se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 2.335 del C.C. en virtud del cual: “tratándose de ganados se los individualizará especificándose su número, edad, sexo, marca o señal, raza y calidad en su caso..., requisito que, según la parte accionante, han sido omitidos en el citado contrato de prenda afectándose, de esta suerte la validez formal del instrumento respectivo.

En primer término, cabe señalar muy claramente que lo esencial y constitutivo del contrato de prenda radica en la entrega de la cosa prendada al acreedor prendario quien a

consecuencia de ella, entra en posesión de la cosa objeto de tal contrato. La Ley en el artículo 2.335 del C.C., tratándose de ganados, exige la individualización de los semovientes a fin de evitar la confusión para lo cual enuncia (pero no a título taxativo, sino meramente enunciativo o ejemplificativo) los datos que deben ser consignados en el instrumento contractual respectivo a los efectos de la identificación de los animales prendados (número, edad, sexo, marca o señal raza y calidad en su caso). Se advierte que no necesariamente deben consignarse todos estos elementos de individualización de los animales prendados, sino en tanto y en cuanto fuesen necesarios para lograr la identificación de dichos semovientes. Así pues, por una parte la prenda se perfecciona con la entrega de la cosa prendada (elemento esencial) y, por otra parte la ley exige que se identifique o se individualice el objeto de la prenda aludiendo a tales elementos en relación a los semovientes. Pero, la omisión de uno o varios elementos no podría constituir motivo de nulidad por cuanto que tal consecuencia jurídica no se encuentra legislada expresamente en el ordenamiento legal y, además porque si existen en el contrato algunos elementos que permitan individualizar la cosa prendada pues entonces se ha cumplido con el propósito de la exigencia legal.

En el caso en estudio, se observa que el contrato de prenda agregado a fs. 19/21 del juicio caratulado Banco General contra Campos y Haciendas S.A. sobre preparación de ejecución prendaria (punto N° 3 del contrato), se ha efectuado la identificación de los animales objeto de la prenda indicándose la cantidad de los animales, el sexo de los mismos, la edad (carimbo) y, en algunos casos, también la calidad (toros reproductores puros, o de pedigrío), señalándose también que estos animales “se encuentran en la Estancia Belén, ubicada en el Chaco. En la cláusula se consignan suficientes elementos para individualizar a los animales objeto de prenda (además del lugar en donde se encuentran), razón por la cual, cumplida la exigencia legal no podría pretenderse la nulidad demandado por la parte actora.

En otro orden y en cuanto la cuestión se relaciona con el carácter tempestivo o extemporáneo de la demanda, es necesario dejar en claro que la parte demandante promovió la acción dentro del plazo que previene el artículo 471 del CPC, e incluso, antes.

En efecto, una vez que en el juicio ejecutivo prendario se dictó la sentencia definitiva por la cual se rechazó la excepción de inhabilidad de título y se llevó adelante la ejecución, la cual a su vez, fue confirmada por la Alzada, la parte ejecutada promovió la acción de inconstitucionalidad que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 559 del CPC, tiene “efecto suspensivo cuando se tratare de sentencia definitiva, o de interlocutoria con fuerza de tal”, no corriendo, por tanto, plazo ninguno. La Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, rechazó la pretensión de inconstitucionalidad y antes de que la sentencia respectiva fuese notificada a las partes, los autos fueron remitidos al Juzgado de Primera Instancia que dictó la providencia de “Cúmplase” en fecha 24 de septiembre del 2.003 (fs. 12, autos de inconstitucionalidad), notificada a su vez, por cédula de fecha 9 de octubre del 2.003 (fs. 13). A partir de tal fecha recién empezaron a correr los 60 días que previene el artículo 471 del Código Procesal Civil. Sin embargo, la presente demanda de nulidad fue promovida, como se dijo, antes en fecha 20 de agosto de 2.003, conforme el cargo actuarial de fs. 8 de estos autos.

Así, pues, la demanda no puede ser desestimada por extemporánea, pero sí puede y debe ser rechazada por improcedente conforme los fundamentos antes expresados por esta Magistratura.

En consecuencia por las razones anotadas, corresponde que el Tribunal confirme, con costas, la sentencia en alzada (que rechaza con costas la demanda promovida por la actora) por hallarse la decisión ajustada a Derecho. Así voto.

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

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

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

*Miembros: Oscar Augusto Paiva Valdovinos, Valentina Núñez González y Marcos Riera Hunter. Ante mí: Arnaldo Martínez Rozzano. Actuario.*

#### ACUERDO Y SENTENCIA N° 74

#### **RECURSO DE NULIDAD.** Procedencia del recurso de nulidad

En el art. 405 del CPC se establece el recurso de nulidad, se encuentra tácitamente contenido en el recurso de apelación, razón por la cual, al concederse la apelación en un juicio (incluyendo el amparo) se concede también el recurso de nulidad implícito en aquel.

#### **ACCION DE AMPARO.**

Lo que no está permitido en el juicio de amparo de naturaleza breve y especial, es la nulidad de la sentencia por vicios procesales para disponer, consecuentemente, el reenvío, puesto que tratándose de vicios de orden procedimental los órganos jurisdiccionales se encuentran facultados para adoptar, en cualquier instancia, las medidas que fuesen pertinentes para asegurar el principio de bilateralidad y la defensa en juicio, pero ello no obsta a que en el juicio de amparo puede declararse la nulidad de la sentencia definitiva por vicios de orden formal o estructural.

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

Cuando se formula una petición a la autoridad pública, ésta tiene la obligación de responder dentro del plazo –si existiere- de acuerdo con la ley, conforme lo establece el artículo 40 de la Constitución Nacional, y así no lo hiciera deberá considerarse que se ha configurado la denegatoria ficta, situación que habilita al interesado a promover la pertinente acción contenciosa administrativa ante el Tribunal de Cuentas.

#### **PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.** Plazo en el proceso contencioso – administrativo

Si no existiera plazo alguno la administración debe pronunciarse dentro de un plazo prudencial a fin de no lesionar el derecho constitucional del peticionante contemplado en el

artículo 40 de la Constitución Nacional y si así no lo hiciera se estaría configurando el acto ilegítimo que torna posible el amparo de pronto despacho.

**PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.** Plazo en el proceso contencioso - administrativo

La autoridad pública tiene la obligación de expedirse en cuanto a la solicitud o requerimiento de la parte peticionante conforme lo impone el art. 40 de la Constitución y no puede guardar silencio, ni prolongar indefinidamente la determinación que a criterio de dicha autoridad, corresponde resolver.

**ACCION DE AMPARO.** Amparo de pronto despacho

La autoridad judicial no puede, por vía del amparo de pronto despacho, imponer a la administración la forma como debe resolver la petición formulada por el actor del amparo, pero constatados los presupuestos constitucionales y legales, sí debe hacer lugar al amparo de pronto despacho a fin de ordenar a la autoridad pública requerida que se expida dentro de un plazo razonable, fijado prudencialmente por la magistratura, a fin de que se pronuncie como corresponde, bajo apercibimiento de que en caso de no hacerlo se conceptuará como una denegatoria tácita que implica el derecho del interesado de impugnar dicha decisión denegatoria tácita por al vía del juicio contencioso administrativo.

Trib. Apel. Civ. Y Com. Primera Sala. 23.10.2009. “Hola Paraguay S.A. c. Subsecretaría de Estado de Tributación” (Ac. y Sent. N° 74)

Asunción, 23 de octubre de 2009.

Cuestiones:

Es nula la sentencia en alzada?

En caso contrario, es ella justa?

Practicando el sorteo de ley, este, arrojo el siguiente orden de votación: Preopinante: el magistrado Oscar Augusto Paiva Valdovinos, Marcos Riera Hunter y Valentina Nuñez González.

A la primera cuestion planteada el magistrado Oscar Augusto Paiva Valdovinos dijo: que en conformidad al Art. 581 de C.P.C. “Contra la sentencia de la primera Instancia que acoge o deniega el amparo, así como en los casos de Art. 570 y 571, procede el recurso d apelación, que le será concebido si efecto suspensivo cuando de acoja el amparo o se haga lugar a la 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 elevara el expediente al tribunal de apelación competente...”

Que, en estas condiciones resulta notorio e indudable que, contra la sentencia de Amparo sólo caben el recurso de Apelación, no corresponde el estudio de recurso de nulidad. Corresponde únicamente, de oficio cuando el tribunal advierte que hay vicios en forma, insalvables, que no permiten el dictamiento de una sentencia valida. Asi voto.

A su turno el magistrado Marcos Riera dijo: En reiterados precedentes jurisprudenciales esta magistratura ha sostenido que el criterio de que en el juicio de amparo no procede el recurso de nulidad se remonta al a la jurisprudencia que se ha constituido bajo la vigencia de la ley N° 340/72. Pero, con posterioridad ha entrado en vigor

el actual Código Procesal Civil que en su artículo 405 establece que el recurso de nulidad se encuentra tácticamente contenido en el recurso de apelación, razón por la cual, al concederse la apelación en el juicio (incluyendo el amparo) se concede también el recurso de nulidad implícito en aquel. Por otra parte, si el criterio de que no procede el recurso de nulidad en el amparo se funda que en la ley hace relación expresa solamente a la apelación, pues entonces tal criterio tendría que extenderse también a los juicios ejecutivos y a los interdictos en los cuales la ley alude como mecanismo recursivo solamente al de apelación sin referirse específicamente al de nulidad. Sin embargo, a ningún operador jurídico se le ocurre declarar mal concedido el recurso de nulidad en tales juicios especiales, sino todo lo contrario en reiterados precedentes se ha declarado la nulidad en sentencias definitivas pronunciadas en los mismos en el entendimiento de hallarse dicho recurso contenido implícitamente en la apelación conforme el citado artículo 405 de CPC

Por último, cabe señalar que lo que no está permitido en el juicio de amparo, de naturaleza breve y especial, es la nulidad de la sentencia por vicios procesales para disponer, consecuentemente, el reenvío puesto que tratándose de vicios de orden procedimental los órganos jurisdiccionales se encuentran facultados para adoptar, en cualquier instancia, las medidas que fuesen pertinentes para asegurar el principio de bilateralidad y la defensa en juicio. Pero, ello no obsta a que en el juicio de amparo pueda declararse nulidad de las sentencias definitiva por vicios de orden formal o estructural (contradicciones lógicas, incongruencia, etc.).

Corresponde, por tanto, analizar en este juicio de amparo el recurso de nulidad a fin de resolverlo conforme a Derecho. En tal sentido, no se advierten vicios o defectos que impongan al tribunal declarar la nulidad de la sentencia de oficio y como la parte recurrente no ha fundado dicho recurso corresponde que el mismo sea declarado desierto. Así voto.

A su turno la magistratura Valentina Nuñez Gonzalez, manifiesta que se adhiere al voto del magistrado Oscar Augusto Paiva Valdovinos por compartir sus mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada el magistrado Oscar Augusto Paiva Valdovinos: Por la sentencia recurrida el a-quo resolvió: “Rechazar la presente acción de amparo de pronto despacho promovida por el Abog. Carlos Dario Ruffinelli, en representación de la firma Hola Paraguay S.A., contra la Subsecretaria de Estado de Tributación ( Ministerio de Hacienda), de conformidad a los términos expuestos en el exordio 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° 680 de la fecha 18 de agosto de 2009, fundado en que, a su parecer, la inferior a resolver el presente amparo, se apartó de lo que se ha peticionado, puesto que en su parte a solicitado por miedo del presente amparo, que se intime a la demandada a que se expida en un plazo determinado sobre lo peticionado en sede administrativa. Entiende el recurrente que la demanda no ha cumplido con lo peticionado en sede administrativa, puesto que se han dictado providencias, resoluciones estas, que a su criterio no corresponde calificarlas como solución de lo debatido entre las partes en sede administrativa. Señala el amparista que, en nada ha modificado la situación que motivó la promoción del amparo, la respuesta otorgada por la demandada.

La parte demandada al contestar el traslado manifestó que la resolución recurrida se ajusta a derecho y corresponde, tal cual lo realizó la juez A-quo, el rechazo del amparo

fundado en su parte ha cumplido con la petición realizada por la amparista en sede administrativa, puesto que su pedido de suspensión temporal de las intimaciones ha sido atendida.

De las constancias de autos, del fallo recurrido y 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 se ha satisfecho o no la petición formulada por el contribuyente ante la administración, de acuerdo a las presentaciones mencionadas, los que a criterio de A-quo se ha dado cumplimiento, pues ha rechazado el amparo.

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 manifestante ilegítima b) Que lesione o causa 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.

Analizadas las alegaciones de las partes como asimismo las constancias del expediente se tiene que el Abogado Carlos Dario Ruffinelli en representación de la firma Hola Paraguay S.A., ha interpuesto acción de amparo de pronto despacho contra la Subsecretaria de Estado de Tributación (Ministerio de Hacienda), fundado en que la demandada no ha resuelto cuestiones peticionadas en sede administrativa. La afirmación anterior se encontraría sustentada en que la demandada diligenció intimaciones por morosidad de la firma accionante, las cuales fueron rechazadas con negativas por parte de la actora, solicitando: a) la suspensión del reclamo de las supuestas dudas, b) la eliminación como deudas, y en su caso c) la institución de un sumario para el esclarecimiento de la infracciones atribuidas a la firma Hola Paraguay S.A.

En la contestación de presente amparo, representantes de la Subsecretaria de Estado de Tributación, solicitaron el rechazo del presente mismo, fundado en que la Subsecretaria ha dado tramite a lo solicitado por la amparista, al haberse dispuesto la suspensión de las intimaciones, que fue una de las cuestiones solicitadas por la amparista en sede administrativa.

Posteriormente a los tramites de rigor, la A-quo ha dictado resolución, negando el amparo, en razón de que las peticiones de la actora ya fueron atendidas en sede administrativa, por lo que están reunidos, a su entender los presupuestos para la procedencia del amparo, puesto que no existe omisión ilegítima.

Entonces, existen dos posiciones, una la sostenida por la amparista, en el sentido de que lo dispuesto por la subsecretaria de Estado de Tributación, referido a la suspensión de las intimaciones, no se ha resuelto nada, puesto que son meras providencias que en nada resuelve la cuestión de fondo. La otra posición es la sostenida por la demandada y la A-quo, en el sentido de que ya se ha resuelto una de las peticiones realizadas por el amparista en sede administrativa que fueron solicitadas de manera disyuntiva.

Estas dos posiciones tienen que ver con el presupuesto de omisión ilegítima. Debe analizarse si el mismo se verifica o no, es decir, si la subsecretaria de Estado de Tributación ha resuelto sobre las peticiones realizadas por el amparista en sede administrativa.



Al respecto, es dable señalar que lo aquí se plantea es una amparo de pronto despacho, que no tiene por objeto resolver judicialmente el fondo de las cuestiones demandadas en sede administrativa, sino únicamente conseguir que se disponga que la administraciones se pronuncie sobre lo peticionado.

En el documento obrante a fs. 19 de autos es posible observar que la firma Hola Paraguay S.A. ha peticionado la suspensión del reclamo, la eliminación de la deuda y en su caso, la apertura de un sumario administrativo.

En el instrumento obrante a fs. 44 autos, se encuentra agregada la notificación realizada en la empresa Hola Paraguay S.A. en la que se comunica las resoluciones adoptadas como consecuencia de la petición mas arriba señalada, consistente en la suspensión de las intimaciones.

La pretensión administrativa se encuentra sustentada en dos puntos, una es la suspensión de las intimaciones mientras que la otra es que la subsecretaria se expida sobre la supuesta deuda tributaria eliminándola y en su caso, impulsar un sumario administrativo. Ambas peticiones debían ser atendidas, puestos que las mismas fueron planteadas de manera conjunta y no disyuntiva y ello se desprende de la naturaleza de las peticiones.

Debe estudiarse si se han resuelto todas las cuestiones y el caso de que no se hayan resuelto, debe estudiarse además si la omisión es ilegítima. La subsecretaria de Estado ha sostenido que al igual que A-quo que se ha resuelto la cuestión peticionada por la amparista.

En lo que hace la petición de suspensión, es cierto que se ha resuelto conforme al instrumento obrante a fs. 44 de autos, disponiendo la suspensión de las mismas pero esta disposición tiene carácter temporal, equiparable a una medida cautelar, como se desprende de los términos del documento mencionado, vale decir que pueden ser implementadas nuevamente en cualquier momento que lo considere la Administración. De ahí se desprende, la necesidad de dar respuesta a los demás planteamiento efectuados porque de esta manera se tendría ya clarificado el procedimiento a seguir a) Si se elimina como deuda, cesan definitivamente las reclamaciones y la actora su carácter de morosa y de no ser así, b) la instrucción del sumario administrativo corresponde permitirá al contribuyente definir su situación y demostrar en su caso, la procedencia o no de los reclamos, mediante las probanzas que pueda ofrecer, obteniendo al final un pronunciamiento definitivo al respecto por parte de la Subsecretaria de Estado de Administración.

Sobre el punto cabe traer a colación lo que menciona Bidart Campos, al referirse al tema y transcribir lo consignado en su obra por Miguel S. Marienhoff, (Tratado de Derecho Administrativo Abeledo Perrot): un silencio, una inercia o inactividad, así prolongada trasunta de parte de la administración publica una conducta inequívoca y manifestante ilegal pudiendo remediarse tal omisión a través de la acción de amparo.

No basta con haber dispuesto la suspensión en forma temporal, repetimos, de la remisión de las intimaciones si no se resuelve cual será la vía a seguir con el problema de fondo que es lo que interesa al contribuyente dilucidar de manera a eliminar su posición como morosa ante la administración, que de persistir puede acarrearle ingentes perjuicios, en su actividad comercial, de manera que también se observa la existencia de una lesión al derecho del contribuyente, que no podrá ser remediada por otra vía que no sea la del amparo de pronto despacho, pues solamente en sede administrativa puede dilucidarse la

cuestión, por lo que es imperioso el pronunciamiento por parte de la autoridad administrativa en un plazo razonable.

Vemos que se encuentran reunidos los requisitos para la procedencia de amparo, y si a eso sumamos en hecho que solo la notificación del presente amparo, se produjo un pronunciamiento por parte de la Administración, es dable considerar que las peticiones que han quedado pendiente correrán la misma suerte, por lo que corresponde revocar la resolución recurrida y establecer una plazo de diez días hábiles para que la Subsecretaria de Estado de Tributación (Ministerio de Hacienda) de respuestas a las peticiones formuladas en fecha 23 de febrero de 2009 (Exp. N° 20093003616, fs 18 y sgtes.); 24 de marzo de 2009 (Exp. N° 20093005984, fs.12/15); 23 de junio de 2009 (Exp. N° 20093012815, fs8/11) y 21 de julio de 2009 (Exp. N° 20093015977 fs. 4/7) bajo apercibimiento que en caso de no hacerlo así será considerado como una denegación tacita quedando expedita la vía al peticionante para recurrir ante quien corresponda.

En cuanto a las costas las mismas deberán ser en ambas instancias en el orden causado, por haber requerido la cuestión planteada una interpretación por parte del tribunal Así voto A su turno el Magistrado Marcos Riera Dijo: Sostiene la parte apelante que en el escrito inicial de amparo promovido solicitó que la parte demandante (Subsecretaría de Estado de Tributación, Ministerio de hacienda) se pronuncie, es decir emita pronto despacho respecto de tres puntos específicos: 1) la suspensión del reclamo de la supuesta deuda impositiva 2) La eliminación de la deuda imputada a Hola Paraguay y 3) En caso de considerar que no corresponde la eliminación de la deuda que se ordene la instrucción de un sumario para la determinación de la existencia o no de la deuda.

De las constancias de autos se desprende, extremo admitido por el propio recurrente, que la parte accionada se expidió respecto del primero de los puntos que habían sido objeto del amparo de pronto despacho es decir sobre el pedido de suspensión del reclamo de la supuesta deuda impositiva. Ello es así por cuanto que la Sub-secretaria de Tributación, acogiendo el dictamen de la Dirección de Planificación y Técnica Tributaria, dispuso que a dicho efecto (la suspensión del reclamo de la deuda impositiva) se remitan los antecedentes a la Dirección de Grandes Contribuyentes. Así surge del instrumento de fecha 13 de agosto de 2009 que se encuentra agregado a fs. 42 de estos autos. Ahora bien, respecto de los otros dos puntos que también habían sido objeto de petición, la administración no emitió ningún pronunciamiento hallándose los mismos pendientes de resolución

Concretamente, la administración no se ha expedido todavía respecto a si conforme lo peticiona la parte accionante, corresponde o no eliminar la deuda impositiva imputada a Hola Paraguay, y en el supuesto de considerarse que no corresponde tal eliminación, si corresponde o no la instrucción de un sumario a fin de determinar la existencia o no de la deuda.

Respecto a tales cuestiones cabe mencionar que cuando se formula una petición a la autoridad pública, esta tiene la obligación de responder dentro de un plazo –si existiese- de acuerdo con la ley, conforme lo establece el artículo 40 de la Constitución Nacional, y así no lo hiciere deberá considerarse que se ha configurado la denegatoria ficta, situación que habilita al interesado a promover la pertinente acción contenciosa administrativa ante el Tribunal de Cuentas. Pero, si no existiera plazo alguno, que es el caso en estudio, la administración debe pronunciarse dentro de un plazo prudencial a fin de no lesionar el

derecho constitucional del peticionante contemplado en el artículo, 40 antes citado, y si así no lo hiciera se estaría configurando el acto ilegítimo que torna posible el amparo de pronto despacho. Ahora bien: la determinación de si ha existido mora o no de parte de la administración y, en su caso, si se ha configurado o no el acto ilegítimo por omisión de pronunciamiento dentro de un plazo prudencial, son aspectos que dependen de la apreciación criteriosa del órgano jurisdiccional. Si este juzga que ha existido mora, pues entonces tendrá que hacer lugar al amparo de pronto despacho, y por tanto, ordenar la administración que se expida dentro del plazo que le será fijado a dicho efecto. Pero, si el órgano judicial entiende que no se ha transcurrido todavía un plazo excesivo el punto de configurarse la urgencia prevista como presupuesto esencial del amparo en el artículo 134 de la Constitución Nacional, el amparo de pronto despacho deberá ser rechazado por improcedente.

En la especie, si bien se advierte que la parte demandada no se ha expedido todavía respecto de si se elimina o no la deuda impositiva imputada a la firma accionante y en su caso, si corresponde o no la instrucción de un sumario formal para determinar la existencia o no de dicha deuda, también de advierte que la Subsecretaría de Estado de Tributación del Ministerio de Hacienda ha dirigido a la firma actora cuatro intimaciones en cuatro fechas diferentes correspondiente a cuatro montos supuestamente adeudados: 1) La primera intimación, por una deuda de Gs. 335.975.451 en fecha 5 de febrero del 2009 contestada por la parte actora en fecha 23 de febrero del 2009, 2) La segunda intimación, por una deuda de Gs. 110.515.025, en fecha 9 de marzo del 2009, contestada por la actora el 24 de marzo de 2009; 3) La tercera intimación, por una deuda de Gs. 398.959, en fecha 10 de junio de 2009; contestada por la actora el 23 de junio de 2009, y 4) La cuarta intimación, por una deuda de Gs. 96.423.845, en fecha 9 de julio del 2009, contestada por la actora el 21 de julio del 2009.

Teniendo en cuenta que el presente juicio de amparo fue promovido en fecha 27 de julio 2009, conforme el cargo actuarial de fs. 29 de autos, se estima que en relación a las dos últimas peticiones formuladas por la parte accionante (de fechas 23 de junio y 21 de julio del año 2009) no ha transcurrido todavía tiempo suficiente para entender que en tales casos se ha incurrido en mora de pronunciamiento por parte de la Sub-secretaría de Tributación del Ministerio de Hacienda. Pero, en relación a las dos primeras peticiones (de fechas 23 de febrero y 24 de marzo del 2009) si puede considerarse que por el tiempo transcurrido (varios meses) se ha configurado la mora por el pronunciamiento que torna posible la admisión de la vía especial del amparo constitucional ya que, como es obvio, no puede pretenderse que el administrado espere indefinidamente la decisión de la autoridad pública en cuanto a la definición de sus derechos subjetivos.

La autoridad pública tiene la obligación de expedirse en cuanto a la solicitud o requerimiento de la parte peticionante conforme lo impone el artículo 40 de la constitución y no puede guardar silencio, ni prolongar indefinidamente la determinación que a criterio de dicha autoridad, corresponde resolver. Por su parte, la autoridad judicial no puede, por vía del amparo de pronto derecho, imponer a la administración la forma como debe resolver la petición formulada por el actor del amparo, pero, constatados los presupuestos constitucionales y legales, si debe hacer lugar al amparo de pronto despacho a fin de ordenar la autoridad pública requerida que se expida dentro de un plazo razonable, fijado

prudencialmente por la magistratura, a fin de que se pronuncie como responda; bajo apercibimiento que en caso de no hacerlo se conceptuará como una denegatoria tácita que implica el derecho del interesado de impugnar dicha decisión denegatoria tácita por vía del juicio contencioso administrativo.

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

1) Revocar parcialmente la sentencia apelada en cuanto resuelve desestimar el amparo de pronto despacho promovido por la parte actora contra la demandada en relación a las peticiones formulada por aquella en fecha 23 de febrero de 2009 y 24 de marzo, expedientes N° 20093003616 y 20093005984, respectivamente, y, en consecuencia, hacer lugar de amparo promovido y ordenar a la Sub-Secretaria de tributación del Ministerio de Hacienda que se pronuncie respecto de tales peticiones en plazo de diez días hábiles, bajo apercibimiento de que en caso de no hacerlo se conceptuara como una denegatoria tacita

2) Confirmar parcialmente la sentencia apelada en cuanto resuelve desestimar el amparo de pronto despacho promovido por la parte actora contra la demandada en relación a las peticiones formuladas en fechas 23 de junio de 2009 y 21 de julio de 2009, expedientes N° 20093012815 y 20093015977, respectivamente. Así voto.

A su turno la magistrada Valentina Núñez González, manifiesta que se adhiere 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 mi de que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue de inmediato.

**RESUELVE:** Declarar mal concedido el recurso de nulidad. Revocar la S.D. N° 680 de fecha 18 de agosto de 2009, dictada por la jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Primer Turno, fijando un plazo de diez días hábiles para la que la Subsecretaria de Estado de Tributación del Ministerio de Hacienda se pronuncie sobre las peticiones pendientes contenidas en la presentaciones individualizadas en el cuerpo de la resolución, bajo apercibimiento de que en caso de no hacerlo así será considerado como una denegación tacita quedando expedita la vía para que el peticionante ocurra ante quien corresponda. Costas en el orden causado en ambas instancias. Anotar, registrar y remitir copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia.

*Miembros: Oscar Augusto Paiva Valdovinos, Valentina Núñez González y Marcos Riera Hunter. Ante mi: Arnaldo Martínez Rozzano. Actuario.*

#### ACUERDO Y SENTENCIA N° 94

#### **JUICIO EJECUTIVO. EXCEPCION DE PAGO**

Cuando el demandado alega pago (sea total o parcial) evidencia un reconocimiento expreso a la validez de la obligación que es objeto de ejecución y, consiguientemente, un reconocimiento a la validez a los documentos o instrumentos que sustentan la pretensión ejecutiva, salvo que se trate de una pretensión instrumentada en dos documentos distintos, respecto de uno de los cuales se alega el pago total o parcial, y respecto del otro se alega la inhabilidad de título.

**JUICIO EJECUTIVO. EXCEPCIÓN DE PAGO**

Desde el momento que la parte ejecutada y deudora opuso la excepción de pago parcial, admitió, como se dijo, la habilidad ejecutiva del o de los documentos que fundan la ejecución puesto que, en caso contrario, no tendría sentido alguno oponer la citada defensa de pago, por ello al articular al mismo tiempo la excepción de inhabilidad de título importa una contradicción puesto que es como afirmar, por una parte, que los documentos son hábiles (por ello pagó la deuda, total o parcialmente) y por otra a firmar que los documentos son inhábiles (por ello opone la excepción de inhabilidad de título).

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

Es improcedente la excepción de inhabilidad de título cuando se interpone conjuntamente con la excepción de pago en razón que con esta última se admite la habilidad ejecutiva del documento que funda la ejecución.

TApel. Civ. Y com. Primera Sala. 10-12-2009. “Ahorros Paraguayos S.A. de Ahorro y Préstamo para la Vivienda (en quiebra) c. Aricio Gamarra Flores s/ Ejecución Hipotecaria” (Ac. Y Sent. N° 94)

Asunción, 10 de diciembre de 2009.

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, Valentina Nuñez González y Oscar Augusto Paiva Valdovinos.

A la Primera Cuestión Planteada el Magistrado Dr. Marcos Riera Hunter Dijo: el recurrente al presentar su memorial de agravios a desistido expresamente de este recurso. Por otra parte, este tribunal en uso de sus facultades, no observa vicios en la forma y solemnidades, de la resolución que pudiera obligarlo a declarar de oficio la nulidad de la misma. Corresponde en consecuencia tener al recurrente por desistido del recurso de nulidad. Así Voto.

A sus turnos los magistrados Valentina Nuñez González y 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: La cuestión sometida a decisión de tribunal se circunscribe a analizar en apartado segundo de la sentencia recurrida por el cual el Juzgado resolvió “No hacer lugar, con costas, a la excepción de inhabilidad de título deducida por el señor Aricio Gamarra Flores”, y el apartado Tercero de la sentencia en alzada por el cual se dispuso llevar adelante la ejecución, con costas, hasta que la actora se haga cobro de la suma de Gs 38.544.779, mas sus intereses. El resto del pronunciamiento, concretamente el apartado primero por el cual se hizo lugar con costas a la excepción de pago parcial opuesta por la parte demandada, quedo firme.

A criterio de esta Magistratura, la excepción de inhabilidad de título resulta improcedente por cuanto que dicha defensa resulta por completo incompatible con la excepción de pago articulada por la misma parte demandada.

En efecto, conforme se ha sostenido en reiterados precedentes jurisprudenciales, cuando el demandado alega pago (sea total o parcial) evidencia un reconocimiento expreso a la validez de la obligación que es objeto de ejecución y, consiguientemente, un reconocimiento a la validez a los documentos o instrumentos que sustentan la pretensión ejecutiva, salvo que se trate de una pretensión instrumentada en dos documentos distintos, respecto de uno de los cuales se alega el pago total o parcial, y respecto del otro se alega la inhabilidad de título. En el caso de estudio, no existen dos documentos distintos como base de juicio ejecutivo, sino solamente uno consistente en la escritura de préstamo hipotecario agregada a fs. 13 y siguientes de autos, admitida por ambas partes. Desde el momento en que la parte ejecutada y deudora opuso la excepción de pago parcial, admitió, como se dijo, la habilidad ejecutiva del o de los documentos que fundan la ejecución puesto que, en caso contrario, no tendría sentido alguno oponer la citada defensa de pago. Por ello, articular al mismo tiempo la excepción de inhabilidad de título importa una contradicción puesto que es como afirmar, por una parte, afirmar que los documentos son inhábiles (por ello pagó la deuda, total o parcialmente) y, por otra parte afirmar que los documentos son inhábiles (por ello opone la excepción de inhabilidad de título). La incoherencia señalada es manifiesta y provoca inexorablemente la improcedencia de la excepción de inhabilidad de título por incompatibilidad con la excepción de pago (parcial) que, en este caso particular, como se dijo, ha quedado firme por no haber sido objeto de impugnación por ninguna de las partes litigantes.

En consecuencia, por los fundamentos expresados, corresponde que el tribunal confirme, con costas, los apartados segundo y tercero de la sentencia apelada. Así Voto.

A sus turnos los Magistrados Valentina Nuñez González y 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.

RESUELVE: Tener al recurrente por desistido del recurso de nulidad. Confirmar los apartados segundo y tercero de la sentencia en alzada, con costas. Anotar, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

*Miembros: Oscar Augusto Paiva Valdovinos, Valentina Nuñez González y Marcos Riera Hunter. Ante mí: Arnaldo Martínez Rozzano. Actuario.*

#### ACUERDO Y SENTENCIA N° 96

#### **JUICIO EJECUTIVO.** Incompatibilidad de Excepciones

Desde el momento en que el demandado en un procedimiento de ejecución de sentencia opone excepción de pago (sea total, como en este caso, sea parcial) reconoce la obligación y consiguientemente (no puede ser de otra manera), reconoce también la validez del o de los documentos que instrumentan la obligación que es objeto de reclamo puesto que no tiene absolutamente sentido ni coherencia afirmar que se ha pagado una deuda u obligación

(por eso se opone la excepción de pago) y al propio tiempo desconocer la validez ejecutiva del documento que la instrumenta.

**SENTENCIA.** Ejecución de sentencia. **EXCEPCION DE PAGO**

Al oponer la excepción de pago, la parte demandada reconoció la obligación y, como tal reconocimiento, también reconoció la habilidad del documento presentado como base de la pretensión ejecutiva de donde resulta que, con tal reconocimiento, se hace absolutamente imposible admitir la excepción de inhabilidad de título articulada también como defensa por ser esta defensa incompatible con la de pago y excluyente de ésta.

**EXCEPCION DE PAGO**

La excepción de pago procede cuando: 1) el pago es documentado; 2) el documento (recibo) ha sido otorgado por el acreedor o su representante; 3) el pago ha sido efectuado por el deudor antes de la demanda ejecutiva y no después.

**EXCEPCION DE PAGO**

Un “certificado” de construcción de una obra no constituye un recibo de pago de suma de dinero a los efectos de la excepción de pago.

TApel. Civ. Y com. Primera Sala. 18-12-2009. “A. M. R. c. A. D. I. A. s/ Ejecución de Resoluciones Judiciales”. (Ac. Y Sent. N° 96)

Asunción, 18 de diciembre de 2009.

Cuestiones:

Es nula la sentencia en alzada?

En caso contrario, es ella justa?

Practicando el sorteo de ley este arrojo 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 también deducido solicitando, finalmente, la revocatoria de la sentencia en grado de alzada. No obstante, el Tribunal se encuentra obligado a analizar de oficio el recurso de nulidad, no obstante por aludir a cuestiones de orden público, sino por hallarse contenido tácitamente en la apelación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 405 del Código Procesal Civil.

Se advierte, que en tal sentido, que la sentencia pronunciada por el Juzgado de Primera Instancia lo ha sido en violación del principio de congruencia en virtud del cual el órgano jurisdiccional tiene el deber de pronunciar integrante el derecho de las partes, sin incurrir omisiones en cuanto al objeto (pretensiones deducidas).

En la especie, la parte demandada, luego de ser citada para oponer excepciones contra la ejecución, opuso la excepción de pago por los fundamentos expresados en el escrito de fs.30 y sgtes. de autos. Pero, aunque no lo haya señalado expresamente, también opuso contra la ejecución la excepción de inhabilidad de título por cuanto que a fs. 31 manifestó que la actora “carece de suficiente derecho para accionar por cuenta propia” porque el inmueble que le fue adjudicado lo ha sido en condominio con el hijo de ambos litigantes (Fernando Darío Ibarra Alcaraz) quien al tiempo de dictarse el A.I. N° 1960/99,

que homologó el acuerdo entre las partes, era menor de edad, pero que el mismo ya había adquirido la suficiente capacidad de hecho y de derecho por lo que, en su carácter de tal, debía dar su consentimiento como condominio del predio a la hoy actora para que pueda ejercer algún derecho sobre dicho inmueble.

Tales manifestaciones, independiente a que puedan fundar o no validamente la excepción de inhabilidad de título (extremo que no corresponde ser analizado con motivo esta cuestión), constituye sin duda la defensa de esa denominación puesto que la parte ejecutada afirmó que la actora carece de legitimación activa para promover la presente demanda ejecutiva. Pues bien: conforme el principio *iura novit curia* el juez de la causa debió haber calificado de tal manera dicha defensa y, asimismo, por aplicación del Principio de Congruencia debió haberse pronunciado expresamente a dicho respecto en la sentencia definitiva, sea admitiendo la excepción o rechazándola, como corresponda en derecho.

Sin embargo, en el caso, se ha omitido todo pronunciamiento al respecto de lo cual configura, como se dijo, una violación del citado principio de congruencia que tiene el efecto ineludible de provocar la nulidad de la sentencia así pronunciada.

En consecuencia, corresponde que el tribunal declare la nulidad de la sentencia en alzada por corresponder ello en derecho. Así voto  
A sus turnos los magistrados Valentina Núñez González y 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: dada la forma como ha sido resuelta la primera cuestión planteada, se hace innecesario el estudio de la segunda.

Y el Magistrado Dr. Marcos Riera Hunter Prosiguió diciendo: habiéndose declarado la nulidad de la sentencia en grado de recurso, corresponde que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 406 del CPC, el tribunal resuelve la cuestión de fondo y, en consecuencia, dicte la resolución que fuese pertinente en reemplazo de la que ha sido objeto de nulidad.

De autos surge que la parte actora promovió ejecución de sentencia contra demandado en que por A.I. N° 1960 del 28 de octubre de 1999, dictado por el Juzgado de Primera en lo Civil y Comercial de la Capital del Tercer Turno, se resolvió homologar el acuerdo de partición de bienes formulado en el correspondiente juicio de disolución y liquidación de la sociedad conyugal constituida por A. D. I. A. y A. M. R. G.. En tal resolución se estableció que el inmueble identificado como finca N° 7234, del Distrito de Santísima Trinidad, con Cta. Cte. Catastral N° 15-428-14 es adjudicado en condominio a la Sra A. M. R. G.y al menor F. D. I. R.. Así mismo, se estableció que el Sr, Angel Dario Ibarra Alcaraz (hoy demandado) “proveerá la suma de guaraníes treinta millones (Gs 30.000.000) que será aplicada en su totalidad a mejoras a ser introducidas en la finca procedente citada...” Manifiesta la ejecutante que el demandado no ha cumplido a la obligación de abonar dicha suma de dinero, por lo que viene a ejecutar la sentencia conforme el acuerdo homologado.

Citada de remate, la parte demandada opuso contra el progreso de la ejecución dos defensas: 1) la excepción de pago total, fundada en que ha cumplido por completo con la



obligación que ha asumido conforme el acuerdo de las partes que ha sido homologado por A.I. N° 1960/1999 por cuanto que, conforme con los documentos presentados, ha introducido mejoras en el inmueble antes referenciados por un valor de Gs 33.040.900 que incluso ha sobrepasado el monto reclamado por la actora en la presente ejecución de la sentencia. Entre otros documentos, agrego el certificado suscripto por el Sr. G. T. M, quien ha sido el constructor encargado de las mejoras en el citado inmueble. Asimismo, manifiesto que ha asegurado la finca por un valor de 38.000.000 y además, ha mandado equiparar la vivienda con comodidades básicas por un monto de 4.080.000; 2) La excepción de inhabilidad del título, la cual si bien no ha sido articulada con esa denominación expresa, se desprende claramente tal defensa por los fundamentos que esa Magistratura ya ha expresado al tratar la primera cuestión planteada.

Con relación a la excepción de inhabilidad de título cabe anotar oficialmente que el documento que es objeto de ejecución (A.I. N°1960/1999), si bien contiene obligación de dar suma de dinero líquida, Gs 30.000.000, no tiene fecha de vencimiento a los efectos de su exigibilidad. Por lo demás, tampoco ha efectuado interpelación alguna, ni se ha promovido juicio de fijación de plazo y cumplimiento, en los términos del artículo 424 del Código Civil. Tales extremos son de aquellos que tienen la virtualidad de afectar la fuerza ejecutiva del documento que se presenta como título base de la pretensión ejecutiva por cuanto que, como es sabido, uno de estos requisitos lo constituye precisamente la exigibilidad.

No obstante, no puede pasarse por alto que la parte demandada no solamente no ha hecho observación alguna acerca de tales extremos si no que –lo fundamental- ha opuesto contra la ejecución una excepción de pago por su naturaleza implica que ha demandado afirma haber pagado la obligación que es objeto de reclamo. Desde el momento en que el demandado de un procedimiento de ejecución de sentencia opone una excepción de pago (sea total, como en este caso, sea parcial) reconoce la obligación y consiguientemente (no puede ser de otra manera) reconoce también la validez del o de los documentos que instrumentan la obligación que es objeto de reclamo puesto que no tiene absolutamente sentido ni coherencia afirmar que se ha pagado una deuda u obligación (por eso se opone la excepción de pago) y al poco tiempo reconocer la validez ejecutiva del documento que la instrumenta. Al oponer la excepción de pago, la parte demandada reconoció la obligación y con tal reconocimiento, también reconoció la habilidad del documento presentado como base por la pretensión ejecutiva de donde resulta que, con tal reconocimiento, se hace absolutamente imposible admitir la excepción de inhabilidad de título articulada también como defensa por ser esta defensa incompatible con la que pago y excluyente de esta. A todo ello cabe agregar también que, en cuanto concierne a la falta de legitimación activa de la ejecutante por ser el condominio de inmueble (F. D I. R.) mayor de edad, tal extremo no ha sido probado con el correspondiente certificado o partida de nacimiento. Por lo demás, el documento presentado en esta instancia (acta de manifestación otorgado por F. D. I. Ruiz). Además de no ser un certificado de nacimiento, no puede ser considerado por el Tribunal por no permitirlo el artículo 432 de CPC.

En consecuencia, por los fundamentos que han sido expresados existiendo incompatibilidad entre la excepción de inhabilidad de título y la excepción de pago total,

corresponde que la primera de las defensas señaladas sea desestimada por el tribunal por improcedente.

En cuanto a la excepción de pago, en reiterados precedentes se ha determinado que tal defensa solo es procedente cuando: 1) el pago es documentado; 2) Cuando el documento (recibo) ha sido otorgado por el acreedor o su representante; 3) Cuando el pago ha sido efectuado por el deudor antes de la demanda ejecutiva, y no después. En el caso, no concurre ninguno de los presuntos antes indicados. En efecto, en primer lugar, el documento de fs. 15 de autos no constituye un recibo de pago de la suma de dinero en los términos de los artículos 570 y 571 del C.C.. sino que solamente es un “certificado” de construcción de una obra. En segundo lugar, dicho documento no se encuentra firmado por la parte demandante, sino por una tercera persona, cuya firma, por lo demás, tampoco ha sido reconocida en juicio conforme lo impone el artículo 307 del CPC. Al respecto, debe señalarse que la causa no ha sido abierta a prueba por el juzgado quien lo providencia de fs. 38, vlta. Llamo la cuestión directamente para resolver, no habiendo sido tal providencia objeto de cuestionamiento alguno. En tercer lugar, el documento presentado por el demandado es de fecha posterior a la ejecución.

En tales condiciones, tampoco resulta procedente la excepción de pago.

En consecuencia, por los fundamentos expresados, corresponde que el tribunal resuelva.

1) Desestimar, las excepciones de inhabilidad de titulo y de pago total opuestas por la parte demanda, Sr. Angel Dario Ibarra Alcaraz, por improcedentes

2) llevar adelante la ejecución promovida por la Sra. Ana Maria Ruiz contra el Sr. Angel Dario Ibarra Alcaraz hasta que la parte actora se haga integro pago de la suma reclamada, Gs. 30.000.000, mas las costas de juicio. Los intereses no han sido solicitados en el escrito de ejecución, razón por la cual no corresponde incluirlos por razones de congruencia Así Voto

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

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

**RESUELVE:** Declarar la nulidad de la sentencia enalzada. Desestimar, las excepciones de inhabilidad del titulo y pago total opuestas por la parte demandada, Sr Angel Dario Ibarra Alcaraz, por improcedente. Llevar adelante la ejecución promovida por la Sra. Ana Maria Ruiz contra el Sr. Angel Dario Ibarra Alcaraz hasta que la parte actora de haga integro pago de la suma reclamada, Gs 30.000.000, mas las costas de juicio. Anotar, registrar remitir a la Excma. Corte Suprema de justicia.

*Miembros: Oscar Augusto Paiva Valdovinos, Valentina Nuñez González y Marcos Riera Hunter. Ante mi: Arnaldo Martínez Rozzano. Actuario.*

## ACUERDO Y SENTENCIA N° 104

**JUICIO EJECUTIVO.** Título ejecutivo

Las facturas de créditos, no son título de crédito ni documento ejecutivo en razón que no se asume obligación alguna ante la inexistencia de firmas.

**JUICIO EJECUTIVO.** Principios Generales

La materia litigiosa en el juicio ejecutivo está dada en el análisis de la validez y eficacia del título en cuya virtud aquel se ha promovido. Con motivo de esta afirmación es que se encuentra consagrado en el proceso ejecutivo, el axioma de que no se puede recurrir a la causa de la obligación y por ello, es que no puede recurrirse a elementos extracartulares para establecer la validez de la obligación que se intenta hacer valer en el juicio ejecutivo por medio de documentos presentados (facturas)

**JUICIO EJECUTIVO**

El Juicio Ejecutivo tiene por objeto lograr la satisfacción de un crédito que la ley presume existente en virtud de la peculiar modalidad que reviste el documento que lo comprueba, es decir, la eventual materia litigiosa está dada en el análisis de la validez y eficacias del título en cuya virtud aquel se ha promovido y no puede el interior intentar establecer una obligación para su ejecución contra el demandado, sino por medio de dichos documentos, pudiendo ser objeto análisis solamente estos, sin recurrir o ningún otro documento, por mas que este se haya emitido por el accionado.

**JUICIO EJECUTIVO.** Título ejecutivo

Las facturas presentadas no pueden ser tenidas en cuenta como título ejecutivo ya que las mismas carecen de una de las características de las que tiene que estar investida para constituirse en título ejecutivo, la cual es, que contenga la obligación de dar cantidad líquida de dinero.

**JUICIO EJECUTIVO.** Título ejecutivo

La falta de firma desacredita de forma fehaciente dichos documentos al no estar conformadas, puesto que al no estar la rúbrica ni tener el vencimiento expreso de las mismas, no existe crédito y por ende, tampoco la deuda líquida.

**JUICIO EJECUTIVO.** Título ejecutivo. **PAGARE**

El pagaré objeto de ejecución es un pagaré que reúne todos los requisitos estipulados en el art.1535 del C.C., debidamente reconocido en juicio, por lo que se encuentra entre los títulos que traen aparejada ejecución según el art.439 del CPC en su inc.f). También es un documento pagadero a la vista, como bien lo indica, por lo que cualquier adición que se haya realizado en el mismo, como el que se menciona como base de la excepción planteada en nada modifica el carácter esencial que tiene el documento, de ser un pagaré a la orden y pagadero a la vista.

**JUICIO EJECUTIVO.** Título ejecutivo

No puede pretenderse razonablemente, que un documento que reúne los requisitos mencionados en el art.1535 del C.C., pueda ser desvirtuado en su calidad, por la simple adición de un elemento que corresponde al tratamiento de las letras de cambio, no aplicable al documento ejecutado (pagaré).

TApel. Civ. Y com. Primera Sala. 29-12-2009. “Clínica Radiológica Carlos Iribas c. el Instituto de Previsión Social (IPS) s/ Preparación de Acción Ejecutiva. (Ac. y Sent. N° 104)

Cuestiones:

Es nula la sentencia recurrida?

En caso contrario, es ella justa?

Practicando el sorteo de ley, este, arrojo el siguiente orden de votación: Preopinante; el Magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos, Valentina Núñez González y Dr. Eusebio Melgarejo Coronel.

A la Primera Cuestión Planteada el Magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos Dijo: El recurrente no ha fundado el recurso de nulidad. Por otra parte, no se observan vicios en la forma o solemnidad de la sentencia que obliguen al Tribunal a anular de oficio la misma. En estas condiciones, corresponde declarar desierto el recurso. Así Voto.

A sus turno los Magistrados Valentina Núñez González y el Dr. Eusebio Melgarejo Coronel; manifiestan que se adhieren al voto del Magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos por compartir sus mismos fundamentos.

A la segunda cuestión Planteada el Magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos dijo: En la Sentencia en alzada el Juez a-quo resolvió: “No hacer lugar, con costas, a la excepción de nulidad deducida por la representante legal de la parte demandada, Abog. Maria Rita Benítez en la presente demanda que por acción preparatoria de juicio ejecutivo le promueve la clínica Radiológica Carlos Iribas, por improcedente. Llevar adelante, la presente preparación de acción ejecutiva que promueve la Clínica Radiológica Carlos Iribas en contra del Instituto de Previsión Social por la suma de Guaraníes Setenta y nueve millones novecientos sesenta y cuatro mil catorce (Gs 79.964.014) intereses y costas.

Contra la misma se alza el recurrente cuyos agravios se expresan a fs. 93/95 señalando como fundamento de la misma que el inferior ha dispuesto que se lleve adelante la ejecución en base de un supuesto título que es inhábil. Agrega que su parte había planteado la excepción de nulidad como consecuencia de la negación de la deuda, y agrega, que el Juzgado, debió dar cumplimiento a lo dispuesto por el Art. 440 del Código Procesal Civil, por cuanto, entiende el recurrente que, el actor debió recurrir al proceso ordinario, una vez que se negó la deuda y no el ejecutivo, puesto que no existe título que trae aparejada ejecución.

Al momento de contestar el traslado que le fuera corrido a la parte demandante, este solicitó el rechazo de las pretensiones vertidas por la demandada, fundado en que si se tiene título ejecutivo que es una factura conformada de conformidad a lo dispuesto por el Inc. F del Art. 448 de C.P.C. Asimismo, apunto el momento reclamado se encuentra totalmente documentado y expresamente aceptado por el Instituto de Previsión Social a través de la Nota PR. N° 0630/05 de fecha 26 de abril de 2005. También ha señalado que el apelante de equivoca cuando dicen que las facturas fueron desconocidas por el

representante del I.P.S., puesto que nunca este ultimo se negó las facturas conformadas, lo que hizo fue a negar la deuda, no así las facturas.

Analizadas las constancias de autos como asimismo las manifestaciones de las partes, se tiene que tiene que el presente recurso de apelación versa sobre la ejecutividad de los documentos presentados por la parte actora en el presente juicio.

En ese sentido se tiene que la parte actora ha iniciado el presente juicio ejecutivo, presentando como base de la misma factura de crédito, que no son titulo de crédito ni documento ejecutivo. Ya el inferior ha reconocido dicha situación en el A.I. N° 1149 de fecha 28 de octubre de 2005 en el que se ha dejado constancia de los documentos base de la presente ejecución (facturas obrantes a fs. 4/6 de autos) no tienen firma, es decir, no contiene una obligación asumida por el demandado ni por ningún otro.

Posteriormente, el inferior ha señalado en A.I. N° 1367, obrante a fs. 59 de autos, para disponer el reconocimiento de la firmas del documento obrante a fs. 7/8 del expediente, que si bien dicho documento no son de los que atraen aparejada ejecución, los mismos guardan relación directa con las facturas que sirven de base a la presente ejecución, realizándose posteriormente la diligencia de reconocimiento de la firma, sin que haya comparecido la parte demandada y como consecuencia de ello el Juzgado resolvió el A.I. N° 674 de fecha 03 de agosto de 2006 (fs. 63) hacer efectivo el apercibimiento, y en consecuencia tener por reconocida las firmas de los documentos apuntados mas arriba y tener por iniciado el presente juicio ejecutivo.

La materia litigiosa en el juicio ejecutivo esta dada por el análisis de la validez y eficacia del titulo en cuya virtud aquel se ha promovido. Con motivo de esta afirmación es que se encuentra consagrado en el proceso ejecutivo, el axioma de que no se puede recurrir a la causa de la obligación y por ello, es que no puede recurrirse a elementos extracartulares para establecer la validez de la obligación que se intenta hacer valer en el juicio ejecutivo por medio de los documentos presentados (facturas).

Asimismo, debe estudiarse si dichos documentos (facturas y documentos obrantes a fs. 7/8 de autos), hacen de su conjunto títulos ejecutivos, o mejor dicho, se estos ultimos, permiten considerar a las facturas como titulo ejecutivo.

Como se dijo, el juicio ejecutivo tiene por objeto lograr la satisfacción de un crédito que la ley presume existente en virtud de la peculiar modalidad que reviste el documento que lo comprueba, es decir, la eventual materia litigiosa esta dada por el análisis de la validez y eficacias del titulo en cuya virtud aquel se ha promovido y no puede el interior intentar establecer una obligación para ejecución contra el demandado, sino por medio de dichos documentos, pudiendo ser objeto de análisis solamente estos, sin recurrir a ningún otro documento, por mas que este se haya emitido por el accionado.

Las facturas presentadas no pueden se tenidas en cuenta como titulo ejecutivo ya que las mismas carecen de una de las características de las que tiene que estar investida para constituirse en titulo ejecutivo, la cual es, que contenga una de la obligación por dar cantidad liquida de dinero. Es decir, de documento presentado como base para la presente ejecución, lo constituye un instrumento que no hace otra cosa que dejar sentado, respecto a la parte actora, la prestación de servicios a favor del demandado.

Las facturas no pueden ser encuadradas en la figura de documentos de crédito complejos, que necesiten para estar completos deben estar presentes todos aquellos

instrumentos que la componen. En el caso de las facturas conformadas, no se necesitan ser complementadas con otros documentos, tienen la potestad de valer por sí mismas cuando reúnen los elementos para construir título ejecutivo.

La falta de firma desacredita de forma fehaciente dichos documentos al no estar conformadas, puesto que al no estar la rubrica ni tener el vencimiento expreso de las mismas, no existe crédito cierto y por ende, tampoco deuda líquida.

Entonces, debe concluirse que las facturas presentadas por la parte actora, no acrediten obligación alguna del demandado, lo cual imposibilita considerarlas como título ejecutivo. Por consiguiente, los documentos presentados resultan inhábiles para promover la presente acción y corresponder por lo expuesto, revoca con costas el fallo apelado. Así Voto.

A sus turnos los Magistrados Valentina Nuñez González y Dr. Eusebio Melgarejo Coronel; manifiestan que se adhieren al voto de Magistrado Dr. 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.

**RESUELVE:** Declarar desierto el recurso de nulidad. Revocar con costas, la Sentencia Definitiva N° 472 de fecha 01 de agosto de 2007, dictada por la Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Décimo Tercer Turno, en el sentido establecido en el considerando de la presente resolución. Anotar, Registrar y remitir copia a la Excma Corte Suprema de Justicia.

*Miembros: Oscar Augusto Paiva Valdovinos, Valentina Nuñez González y Eusebio Melgarejo Coronel. Ante mí: Arnaldo Martínez Rozzano. Actuario.*

#### ACUERDO Y SENTENCIA N° 57

##### **MANDATO.** Prueba del mandato

Se rechaza la excepción de falta de personería en razón que el Presidente del Instituto de Previsión Social otorgó por resolución a través de un mandato, plena facultad a la abogada para promover la demanda por cobro de aporte obrero-patronal, teniendo legitimación de representación.

##### **EXCEPCION DE INHABILIDAD DE TITULO.** Procedencia de la excepción de inhabilidad de título. **JUICIO EJECUTIVO.** Título ejecutivo

Se rechaza la excepción de inhabilidad de título en razón que si bien por el art.2° de la ley N° 98/92, el certificado de deuda debía ser firmado y sellado por el Presidente del Instituto junto al Gerente Administrativo, posteriormente por Resolución N° 061-022/05, quedo eliminada la Gerencia Administrativa-Financiera de la estructura organizativa del IPS, al disponerse la absorción de sus funciones por las Direcciones Tesorería y Financiera siendo esta Resolución de fecha anterior al certificado de deuda en cuestión, dicho documento resulta suficientemente hábil, dado que fue suscrito por las direcciones a través de las personas correspondientes.

TApel. Civ. y com. Segunda Sala. 02-07-2009. "Instituto de Previsión Social c. Tía Techa SRL s/ Acción Ejecutiva. (Ac. Y Sent. N° 57)

Asunción, 2 de julio de 2009.

Cuestiones:

Es nula la sentencia apelada?

En caso negativo, esta 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 Magistrado Báez Maiola dijo: el recurrente no fundamenta el recurso y dado que no se advierten vicios que ameriten el pronunciamiento de oficio, corresponde declararlo desierto en atención a lo dispuesto en el artículo 419 CPC.

A sus turnos los Magistrados Paredes Bordón y Zuccolillo Garay de Vouga votaron en el mismo sentido.

A la segunda cuestión el Magistrado Báez Maiola prosiguió diciendo: al revisar constancias procesales (fs. 16/19) surge que el Instituto de Previsión Social (I.P.S.), promueve juicio ejecutivo contra Tía Techa S.R.L. para cobro de Gs. 148.569.812, instrumentado en el certificado de Deuda N°. 99/2007, expedido por dicha Institución (f. 15).

Por su parte, la demanda opone excepciones de incompetencia de jurisdicción, falta de personería e inhabilidad de título (fs. 57/63).

La recurrida S. D. N° 701 de fecha 8 de septiembre de 2008 (fs. 77/78), resolvió: “Rechazar las excepciones de incompetencia de jurisdicción, falta de personería e inhabilidad de título opuestas por el Abogado Moisés Oscar Saucedo Paiva, en nombre y representación de la firma Tía Techa SRL, de conformidad a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución y en consecuencia; Llevar adelante la presente ejecución que promueve el Instituto de Previsión Social contra Tía Techa SRL hasta que el acreedor se haga integro cobro del capital reclamado de Guaraníes ciento cuarenta y ocho millones quinientos sesenta y nueve mil ochocientos doce (Gs. 148.569.812), mas intereses costos y costas; imponer las costas a la parte demandada; Notificar por cedula; Anotar...” (sic).

La excepción de incompetencia. \_ Es basada en que el *A quo* no puede entender el presente juicio debido a que la (supuesta) obligación es de hacer efectivo el cobro de aporte obrero- patronal, de carácter netamente laboral.

La excepción de falta de personería. Sostenida en que se designo a la Abogada Vanesa Cubas para representar a la institución al solo efecto de demandar por cobro de aporte Obrero Patronal y por tanto, no puede hacerlo en gestión de cobro respecto a fraccionamiento de pago, desde que hacia rato el Abogado Marcial Bordas Alvarez ejercía representación del Instituto. En efecto, dicha autorización se refiere exclusivamente al cobro de aporte obrero patronal y no así en lo que hace a fraccionamiento de pago, rubro distinto e independiente que integra el propio supuesto certificado de deuda.

La inhabilidad de título. Se basa en que la suscripción del título no lo esta por persona designada por la ley, dado que debe ser firmado por el gerente administrativo y no por el director de aporte obrero-patronal ni por el director financiero. Además de negar expresamente la deuda, aduce que ninguna resolución del Consejo de Administración de IPS puede derogar normas legales dictadas por el parlamento ni mucho menos eliminar la Gerencia Administrativa Financiera de la estructura organizativa del IPS.

En esta forma quedo trabada la litis y fue resuelta por el *A quo*.

La cuestionada falta de competencia del fuero civil carece de fundamento pues se trata de un acuerdo de deuda entre la Institución y la firma de Tía Techa SRL derivada de un acuerdo de pago fraccionado de la obligación de aporte patronal, razón por la que no surgiendo de este relacionamiento la condición de ser sujetos del Código Laboral, obviamente, la deuda es civil.

También, queda incluida la consideración sobre el régimen procesal con el respaldo de la ley N° 98/92 Que establece el régimen unificado de jubilaciones y pensiones y modifica las disposiciones del decreto ley N° 1.860/ 50 en concordancia con su modificatorio, el art. 66 del Dto. Ley 1.860/50, en donde se fija expresamente la jurisdicción competente en esta materia *“A los efectos del cobro judicial de la imposiciones obrero-patronales; de los capitales constitutivos de jubilaciones, de prestamos .... Será suficiente que el Instituto presente como titulo que trae aparejada ejecución, un certificado de deuda firmado y sellado por el presidente del Instituto y por el Gerente Administrativo, en el que se mencionara el origen de la deuda, con el importe adeudado y los recargos e intereses legales. El juicio ejecutivo se substanciará conforme con las disposiciones del Código Procesal Civil ...”* (sic).

Respecto a la excepción de falta de personería en la Abog. Vanesa Cubas Díaz, de constancias procesales surge que la presente demanda del Instituto de Previsión Social (IPS) fue promovida por la citada bajo patrocinio del Abog. Marcial Bordas Alvarez, en base al poder general de fs. 5/8

*“...a favor de la Abogada Vanessa Cubas, con matricula N° 7319 para que en nombre y representación del Instituto de Previsión Social, intervengan en todos los juicios en materia civil, comercial, administrativo, laboral y/o criminal en que sea parte legítima como actora o demanda o de cualquier otro carácter. A este efecto faculta a la nombrada profesional para que se presente ante las autoridades judiciales y administrativas, competentes con escrito... .....para que realice y practique todos los actos, gestiones y diligencias que fueren menester, tales como: Recusar, declinar o prorrogar jurisdicciones, entablar o contestar demandas de cualquier naturaleza... (sic, f 6.)*

La base del mandato, con facultad a entablar demanda es la resolución N°872/07, decisión de orden interno, por la que el Presidente del Instituto de Previsión Social (f. 14), la Entidad designo a la Abogada Vanessa Cubas Díaz, para iniciar la demanda por cobro de aporte Obrero-Patronal contra la ahora firma accionada. Resulta entonces por lo referidos instrumentos públicos, que hacen plena prueba (art. 383 y 385 C.C. ), La Abogada Vanessa Cubas Díaz tenía al momento de la promoción de la demanda legitimación de representación, razón por la que se tiene que confirmar el rechazo de excepción de falta de personería.

En cuanto a la excepción de inhabilidad de titulo hay que tener en cuenta que si bien por el artículo 2° de la ley N° 98/92, el certificado de deuda debía ser firmado y sellado por el Presidente del Instituto junto al Gerente Administrativo, posteriormente, por resolución N° 061-022/05, quedo eliminada La Gerencia Administrativa-financiera de la estructura organizativa de IPS, al disponerse la absorción de sus funciones por las Direcciones Tesorería y Financiera.

Como esta resolución es de fecha anterior al certificado de deuda, dicho documento resulta suficientemente hábil, dado que fue suscrito por las direcciones a través de las personas correspondientes.



A tenor de todo lo expuesto, corresponde la confirmación de la resolución objeto de la apelación, con imposición de costas a la recurrente, en atención a lo dispuesto en el artículo 192 y 203 inc a) CPC

A sus Turnos Los Magistrados Paredes Bordón 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 acordada la sentencia que sigue a continuación.

**RESUELVE:** Declarar Desierto el recurso de nulidad. Confirmar, con costas, la S.D. N° 701 del 8 de septiembre de 2008. Anotar, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

*Miembros: Maria Sol Zuccolillo Garay de Vouga, Juan Carlos Paredes Bordon y Gerardo Baez Maiola. Ante mi: Pablo Costantini. Actuario Judicial.*

#### ACUERDO Y SENTENCIA N° 71

##### **COSTAS.** Principios generales

La condena en costas es una facultad cuya competencia es exclusivamente judicial y no del administrador por decisión de la ley. (Voto en minoría del Dr. Gerardo Baez Maiola)

##### **REGULACION DE HONORARIOS.** Regulación de honorarios extrajudiciales

El art. 30 de la ley N° 1376/88 faculta al abogado o procurador en su caso, a demandar judicialmente la justipreciación de honorarios devengados extrajudicialmente, estableciendo un procedimiento breve pero con posibilidad de apertura a prueba, inclusive. (Voto en minoría del Dr. Gerardo Baez Maiola)

##### **REGULACION DE HONORARIOS.** Regulación de honorarios extrajudiciales

La facultad legal de justiprecio, no establece escala porcentual de valoración, quedando en consecuencia el juzgador a proceder al justiprecio en observancia estricta de la ley arancelaria tanto en las pautas de valoración (art. 21) como en la aplicación del porcentaje sin exclusión del art. 6° del C.C. que declara admisible la aplicación de la analogía. (Voto en minoría del Dr. Baez Maiola)

##### **REGULACION DE HONORARIOS.** Regulación de honorarios extrajudiciales

Ante la falta de recaudos probatorios referidos al real y efectivo beneficio, no queda sino hacer una composición del porcentaje que en materia de licitaciones constituye el beneficio económico para la empresa adjudicada, recurriendo a la facultad que otorga el artículo 64 de la ley 1376/88 para la justipreciación en jornales mínimos por labor profesional de abogado en actividad extrajudicial, teniendo presentes las pautas que la misma ley provee como el beneficio económico, el mérito de la labor profesional, la complejidad del asunto y resultado económico. (Voto en minoría del Dr. Gerardo Baez Maiola)

##### **REGULACION DE HONORARIOS.** Regulación de honorarios extrajudiciales

Para la regulación de la labor profesional desempeñada por el abogado (escrito de protesta en la licitación) debe aplicarse el porcentaje del 5% por tratarse de un monto elevado en

cumplimiento de lo dispuesto en el art.32 de la Ley 1376/88, debido a que el monto está claramente representado por el monto total de la licitación

**REGULACION DE HONORARIOS.** Regulación de honorarios extrajudiciales

Cuando existe un monto base, definido, como es el caso de autos, no entra en vigencia, los arts. 21 y 64 de la ley de honorarios.

TApel. Civ. Y com. Segunda Sala. 14-08-2009. “Enrique Javier Berni Britez s/ Regulación de Honorarios Extrajudiciales. (Ac. Y Sent. Nº 71)

Asunción 14 de agosto de 2009.

Cuestiones:

Es nula la sentencia apelada?

En caso negativo, esta ajustada a derecho?

Practicado el sorteo, resultado que debían votar los Señores Miembros en el Siguiete orden: Báez Maiola, Zuccolillo Garay de Vouga, Melgarejo Coronel.

A la Primera Cuestión el Dr. Báez Maiola dijo: el recurrente no fundamenta el recurso de nulidad y dado que no se advierten vicios que obligue a la declaración de oficio, corresponde desestimarlos.

A sus turnos los Dres Zuccolillo Garay de Vouga y Melgarejo Coronel votaron en el mismo sentido.

A la segunda cuestión el Dr. Báez Maiola prosiguió diciendo: por la resolución objeto del recurso de apelación (fs. 43/47), se regularon honorarios profesionales por trabajo extrajudicial realizado por el Abog. Enrique Javier Berni Britez, dejándolos establecidos en la suma de Guaraníes 315.114.250, (Guaraníes Trescientos quince Millones Ciento Catorce Mil Doscientos Cincuenta), iva incluido.

La resolución causa agravio a la firma Distribuidora Ypacarai S.A., sosteniendo que el artículo 30 de la ley Nº. 1.376/88 (*los honorarios por trabajo extrajudiciales, no mediando acuerdo, serán regulados por el juez de primera instancia de turno. Al efecto, el profesional presentara bajo la forma de demanda, la liquidación correspondiente de la que se correrá traslado por tres días perentorios a quien se estimase es el obligado a su pago. Si se negare la obligación, la realización de los trabajos o cuestionase el monto, se abrirá la cuestión a prueba por un plazo no mayor de quince días, pasados los cuales el juez, sin más tramites y dentro de tercero día, procederá a regular o rechazar los honorarios reclamados. Contra esta decisión podrán deducirse los recursos de apelación nulidad, los cuales se concederán en relación*) no resulta aplicable al caso dado que es tercero en la relación entre el Abogado Enrique Javier Berni Britez y la firma Vipal S.A., afirmando que incluso entre estos existió un acuerdo de pago de honorarios profesionales.

También alega que en sede administrativa no existió condena en costas y por tanto no tiene legitimación pasiva. Sin embargo considera que en el supuesto de que se considerarse procedente la regulación, la misma no puede ser el monto millonario que ha establecido la sentencia recurrida por una labor de patrocinio formulada en un solo escrito no obligatorio y que además, la actuación del citado profesional no influyo en el rechazo de la protesta presentada dado que la tramitación era notoriamente extemporánea.

También arguye que el justiprecio de la labor no pudo ser tomado del valor de la licitación, ya que este no representa el real beneficio (entendiéndose por ganancia neta) que

podiera haber tenido la firma Vipal S.A. A esto, añade que la actora tampoco acreditó dicho extremo pero no obstante la negativa del derecho de percibir honorarios, alega que los honorarios que pudieren corresponder alcanzar el valor de 400 jornales mínimos –que representan Gs. 21.674.400-, de conformidad a lo dispuesto por los artículos 5, 31, y 64 de la Ley N° 1.376/88.

De constancias del expediente tramitado ante la Dirección General de Contrataciones Públicas (UCNT), caratulado “Protesta presentada por la firma distribuidora Ypacarai S.A. en contra del Instituto de Previsión Social (IPS) por supuestas irregularidades ocurridas en la licitación pública Nacional N° 77/06 “Adquisición de Tomógrafos Helicoidales para el servicio de Tomografía del Hospital Central del Instituto de Previsión Social”, agregado por cuerda (fs. 214/217), surge que el Abogado Enrique Berni Brites, actuó en representación de la firma Vipal S.A., formulando manifestaciones sobre la protesta de la firma Distribuidora Ypacarai S.A. contra la Licitación Pública Nacional N° 77/06, de la cual saliera adjudicada. En dicha presentación denunció la protesta era extemporánea y no cumplía las especificaciones establecidas en el pliego de bases y condiciones. Finalmente, la Dirección General de Contrataciones Públicas (UNCT), por medio de Resolución MH/SSEAF/UCNT N° 118/07 (fs. 703/708), rechazó la protesta por la firma Distribuidora Ypacarai S.A., por considerarla extemporánea, convalidando todo lo actuado por el IPS en el proceso de contratación, vale decir, ratificando la adjudicación a favor de Vipal S.A.

En primer lugar, no fue debidamente acreditado el supuesto acuerdo de honorarios celebrado entre el Abogado Berni Brites y la firma Vipal S.A., por que los recibos agregados a fs. 37/39, guardan relación al pago de honorarios relacionado a demanda contencioso-administrativa, lo cual demuestra que no fueron pagados en el concepto de lo que los honorarios referidos al *sub examine*.

En segundo lugar, el argumento de que la instancia administrativa no existió condena en costas no resulta aceptable por que tal facultad es de competencia exclusivamente judicial y no del Administrador por decisión de la Ley (artículos 30 y 94 de la citada Ley).

En tercer lugar, a igual que la retribución obligatoria al trabajador – derecho constitucional- el ejercicio de una profesión liberal –en el caso la de abogado o procurador- no admite la gratuidad, elimina la posibilidad de gratuidad, estableciendo por el contrario que la labor es siempre onerosa, siempre, claro está, en el ejercicio propio de la profesión (*Los honorarios profesionales de abogados y procuradores matriculados por trabajos profesionales realizados en juicios, gestiones administrativas y actuaciones extrajudiciales, cuando no hubiera contrato escrito, serán fijados de acuerdo con esta Ley...*), salvo que, voluntariamente renuncie a percibirlos.

Ya en el análisis del monto fijado en la instancia previa como también del cuestionamiento respecto al monto, tampoco esta demás traer consideraciones para mejor comprensión de la labor asignada, siendo la primera el artículo 1° de la ley N° 1.376/88 (los honorarios profesionales de abogados y procuradores matriculados por trabajos profesionales realizados en juicio, gestiones administrativas y actuaciones extrajudiciales, cuando no hubiera contrato escrito, serán fijados de acuerdo con esta ley...). Así también el artículo 30, también de la citada ley, que faculta al abogado o procurador en su caso, a demandar

judicialmente a justipreciación de honorarios devengados extrajudicialmente, estableciendo un procedimiento breve pero con posibilidad, de apertura a prueba, inclusive.

Esta facultad legal de justiprecio, no establece escala porcentual de valoración, quedando en consecuencia el juzgador a proceder el justiprecio en observancia escrita de la ley arancelaria tantos en las pautas de valoración (art. 21) como en la aplicación del porcentaje sin exclusión del art. 6° del Código Civil que declara admisible la aplicación de la analogía.

La actuación extrajudicial ha sido en sede administrativa (Instituto de Previsión Social, I.P.S.), razón por la que también resulte aplicable el art. 64 de la citada ley, el cual bajo la condición expresa establece que en ningún caso la estimación será inferior a 30 jornales mínimos.

La gestión en sede administrativa desempeñada por el abogado Enrique Berni Britez, consistió en la contestación de una protesta formulada por la recurrente contra una adjudicación en licitación pública en la que, si bien, la empresa salio favorecida por un valor de Gs. 5.729.350.000 sin embargo este monto no representa el valor real del beneficio económico obtenido para su cliente desde que el valor total de una licitación comprende rubros de los diferentes costos propios de la provisión de los elementos materiales o de los servicios prestados según el objeto de licitación. En consecuencia, la sumatoria de todos estos rubros mas el beneficio en concepto de la rentabilidad o ganancia conforman la suma presentada como oferta.

Pero ocurre que todos estos elementos debieron ser aportados con precisión de la instancia previa por las partes. Sin embargo, la actora se limito a fijar como base de cálculo el monto total de la licitación, es decir Gs. 5.729.350.000 sin especificación alguna y a su vez, su adversa se limita a la negación del derecho a percibir honorarios pero sin ningún otro aporte.

Surge claramente entonces que ante la falta de recaudos probatorios referidos al real y efectivo beneficio no queda sino hacer una composición del porcentaje que en materia de licitaciones constituye el beneficio económico para la empresa adjudicada, recurriendo a la facultad que otorga el artículo 64 para la justipreciación en jornales mínimos por labor profesional de abogado en actividad extrajudicial, teniendo presentes las pausas que la misma ley provee como el beneficio económico, el merito de la labor profesional, complejidad del asunto y el resultado obtenido (art. 21).

Con todos estos elementos prudentemente apreciados resulta ajustado a derecho retasar los honorarios profesionales del Abogado Enrique Berni Britez, en 1.000 jornales mínimos, que representan Gs. 54.186.000 (Cincuenta y cuatro millones ciento ochenta y seis mil Guaraníes), suma a la que se le agregará Gs. 5.418.600 (cinco millones cuatrocientos dieciocho mil seiscientos Guaraníes) en concepto de IVA.

A su turno la Dra. Zuccolillo Garay de Vouga Dijo: el art. 21 de la Ley 1376/88 determina con precisión los criterios en base a los cuales los magistrados deberán regular honorarios.

En el inc. a) dispone: *“El monto del asunto, cuando fuere susceptible de apreciación pecuniaria”*.

En el caso que nos ocupa dicho monto esta claramente representado por el monto total de la licitación, Gs. 5.729.350.000 proceso por el cual el Ab. Enrique Berni, quien

solicita la estimación de sus honorarios extrajudiciales, intervino en representación de su mandante Vival SA en la protesta extemporánea que presento la firma Distribuidora Ypacarai SA contra la licitación pública N° 77/06, en la cual saliera adjudicada su mandante. Dicha protesta fue desestimada por resolución MH/SSEAF/UCNT N°118/07 emanda de la Dirección General de Contrataciones Publicas.

Existiendo pues un monto susceptible de apreciación pecuniaria, como lo requiere el art. 21 inc. a), es este el que debe servir de base para la regulación solicitada, es decir, la suma de Gs. 5.729.350.000, a la que debe aplicarse el porcentaje del 5% por tratarse de un monto elevado en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 32 de la Ley 1376/88.

Surge entonces la suma de Gs. 286.467.500 en la que corresponde estimar honorarios profesionales extrajudiciales del Ab. Enrique Berni, a la que debe adicionarse el 10% en concepto de IVA, esto es, Gs. 28.646.750.

La resolución recurrida se encuentra por tanto, ajustada a derecho por lo que corresponde su confirmación.

A su turno el Dr. Melgarejo Coronel dijo: prima facie, las opiniones vertidas por el pre-opinante, Dr. Gerardo Báez Maiola, merecen la más alta consideración y respeto por el agudo análisis realizado de los distintos elementos que pudieran influir en el desenlace del pedido de Regulación de Honorarios Profesionales, bajo estudio.

Pareciera que la extensa exposición realizada por el pre-opinante, no merecería ningún cuestionamiento, motivo por el cual, induce en el primer momento a la toma de posición indubitable, sin embargo, por la importancia del caso, hurgando en los textos sobre el tema en estudio, hemos llegado a la conclusión, que por aplicación del art. 63 de la Ley arancelaria, cuando existe un monto base, definido, como es el caso de autos, no entra en vigencia, las citas normativas mencionadas por el pre-opinante, en cuanto se refiere a la aplicación de jornales mínimos, según su propia conclusión, en la cual fundamenta, reiteramos, finalmente su dictamen.

El artículo de referencia (art. 63), expresa: “En las demandas ante lo contencioso-administrativo, los honorarios serán regulados aplicando el porcentaje previsto en el artículo 32. Cuando el monto consistiere en prestaciones periódicas, a los efectos del calculo se tomaran las prestaciones correspondientes a un año. No siendo el asunto susceptible de apreciación económica, los honorarios no deben ser inferiores a ciento veinte jornales”.

Comentando dicho artículo, sostiene el Prof. Dr. Jose Raúl Torres Kirmser, in fine, *“La tercera situación contempla los asuntos no susceptibles de apreciación pecuniaria en donde los honorarios no deben ser inferiores a ciento veinte jornales; ello acontece, por ejemplo, cuando se procura la anulación de un decreto que dispone la cesantía de un funcionario municipal, la inmediata reincorporación al cargo que detentaba, sin formular ningún tipo de reclamo patrimonial; en el supuesto, al no perseguirse el resarcimiento de un monto determinado, se estaría en presencia de un litigio sin base objetiva suficiente, por lo que no se podría establecer su apreciación pecuniaria. Ello no obsta a que el Tribunal pueda elevar dicho porcentaje, en consideración a las pautas subjetivas contempladas en el Art. 21”*.

En este caso en particular, existe una definida apreciación pecuniaria de Gs. 5.729.350.000 sobre la cual debe regularse los honorarios profesionales, aplicando el art. 32 de la Ley Arancelaria, que establece el porcentaje a aplicarse sobre dicho monto. En el caso

particular, siguiendo la jurisprudencia sentada por esta sala, dado el monto de referencia, debe aplicarse el mínimo del 5 (cinco) por ciento, que arroja la suma de Gs. 286.467.000 mas la suma de Gs. 28.646.700, en concepto de IVA, tal como lo entendiera la Conjeza Dra. Maria Sol Zuccolillo Garay de Vouga y el juez de grado inferior, con cuyas tesis estamos plenamente concordantes. Es mi voto.

Con lo que se dió por terminado el acto, firmando los Señores Miembros, por ante mi quedando acordada la sentencia que sigue a continuación.

**RESUELVE:** Declarar Desierto el recurso de nulidad. Confirmar con costas la S.D. N° 988 del 18 de diciembre de 2008. Anotar, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

*Miembros: Gerardo Baez Mamola, Maria Sol Zuccolillo Garay de Vouga y Eusebio Melgarejo Coronel y. Ante mi: Abog. Ma. Teresa Cañete. Actuaría Judicial.*

### ACUERDO Y SENTENCIA N° 73

*Cuestión debatida: En autos, la Municipalidad de Mariano Roque Alonso, demanda por vía ordinaria, a la firma Constructiva S.A., empresa responsable de la urbanización Surubi”y, por obligación de hacer escritura pública, a fin de que la demandada, proceda a la trasferencia a favor de la demandante de la parte correspondiente a vía de comunicación es decir las calles, y los terrenos que por ley deben ser destinados a espacios públicos, plazas, escuelas, etc., en todo loteamiento, y expresa ya desde el escrito inicial, que dichos bienes son del dominio publico municipal, y por ende no pueden ser adquiridos por prescripción.*

#### **OBLIGACIONES DE HACER. PRESCRIPCIÓN.** Prescripción de la acción

En el caso a los efectos de la prescripción, no cabe duda que la demanda por obligación de hacer escritura pública, es una obligación de carácter personal, obligación de hacer, independientemente de la naturaleza física o jurídica de la persona deudora o acreedora, siendo ambas partes personas jurídicas las acciones que puedan plantear respecto a su derecho de exigir o a su obligación de hacer son básicamente acciones personales. (Voto en mayoría del Dr. Juan Carlos Paredes Bordón)

#### **BIENES DEL DOMINIO PÚBLICO**

Los bienes del dominio público municipal, son imprescriptibles, en el caso los terrenos cuya titulación reclama la Municipalidad nunca fueron transferidos a la misma, por ende, nunca adquirieron el carácter de bienes de dominio público municipal, sino que siguen siendo bienes del dominio de particulares en virtud del art. 1968 del C.C. (Voto en mayoría del Dr. Juan Carlos Paredes Bordón)

#### **BIENES DEL DOMINIO PÚBLICO**

Habida cuenta que la ley municipal como la propia resolución de la municipalidad disponen la obligación de transferir a favor de la municipalidad los terrenos, en el caso en ninguna parte de la resolución que aprueba el fraccionamiento, loteamiento o urbanización, dispone que los fundos destinados a calles y espacios públicos pasen a ser del dominio municipal,

por tal motivo la acción de obligación de hacer escritura pública es la correcta. (Voto en mayoría del Dr. Juan Carlos Paredes Bordón)

**OBLIGACIONES DE HACER. PRESCRIPCION.** Prescripción de la acción

La acción de cumplimiento presentada, obligación de hacer escritura pública, no tiene un plazo establecido expresamente, es una acción personal, por ende el plazo que se le aplica es el del art.659 inc. e) diez años. (Voto en mayoría del Dr. Juan Carlos Paredes Bordón)

**PRESCRIPCION.** Prescripción liberatoria

La prescripción liberatoria, se define simplemente como la liberación del deudor de su obligación, por el transcurso del tiempo y la inacción del titular art. 633 C.C. (Voto en mayoría del Dr. Juan Carlos Paredes Bordón)

**BIENES DEL DOMINIO PÚBLICO. MUNICIPALIDAD.** Bien municipal. Loteamiento de municipios.

Debe hacerse lugar la escrituración de los lotes porque estos son del dominio público Municipal, al no ser inscripto como un Club de Campo, dado que la situación de hecho de crearse un Club de Campo sin la autorización municipal, no obliga a la parte actora en ese carácter, a cuyo favor se previó la escrituración de las áreas públicas y debe cumplirse por ser del dominio público municipal. (Voto en minoría del Dr. Juan Carlos Paredes Bordón)

**MUNICIPALIDAD.** Bien municipal. Loteamiento de municipios. **PRESCRIPCION.** Prescripción liberatoria

El solo hecho de existir la Resolución municipal que aprueba el loteamiento con calles y parques, como loteamiento ordinario (no como Club de Campo), hace que esas áreas sean del Municipio por la propia Resolución que aprobó el loteamiento y no puede estar sujeto a prescripción extintiva ni de usucapión de conformidad al Art. 1904 C.C. (Voto en minoría del Dr. Juan Carlos Paredes Bordón)

**BIENES DEL DOMINIO PÚBLICO. MUNICIPALIDAD.** Bien municipal. Loteamiento de municipios.

La condición de bienes del dominio municipal se adquirió con la Resolución de la Junta Municipal, pues la aprobación del loteamiento es parte de la creación de calles, parques y plazas como bien del dominio público municipal y por tanto, solo debe darse cumplimiento a la escrituración y en caso de no hacerlo debe sustituirlo el Juez de primera instancia que entendió en el caso. (Voto en minoría del Dr. Juan Carlos Paredes Bordón)

TApel. Civ. Y com. Segunda Sala. 19-08-2009. “Municipalidad de Mariano Roque Alonso c. Constructiva S.A. s/ Obligación de Hacer Escritura Pública. (Ac. Y Sent. N° 73) Asunción, 19 de agosto de 2009

Cuestiones:

Es nula la sentencia apelada?

En caso negativo, esta ajustada a derecho?

Practicado el sorteo, resultado que debían votar los Señores Miembros en el Siguiendo orden: Paredes Bordón, Carmelo Castiglioni y Basilio García.

A la Primera Cuestión el Dr. Paredes Bordón dijo: el recurrente sostiene que la resolución es nula, en primer término por no haber resultado todas las cuestiones planteadas en autos, expresa que se refirió tan solo a una resolución la 1024/78, cuando que la obligación se encuentra en mas de diez resoluciones de los años 2004, 2005 y 2006, argumenta entonces violación del Art. 159 inc. c del CPC.

En segundo lugar argumenta que la resolución resolvió citrapetita, en razón de expedirse sobre cuestiones no planteada en el escrito de contestación de la demanda, señalando que la prescripción de la acción solo fue alegada en el escrito de los alegatos por la parte demandada.

En relación al primer punto, la resolución original por la cual la Municipalidad de Mariano Roque Alonso, aprobó los planos de fraccionamiento de la urbanización Surubi”y es la N° 1024 de fecha 10 de noviembre de 1978, presentada por la propia actora, fs. 5, siendo las demás resoluciones reloteamientos de la misma urbanización, según puede leerse en los respectivos considerados, fs. 46, y 53 por ejemplo, es decir, no se tratan de nuevas obligaciones sino de modificaciones a la obligación original.

El derecho de exigir una prestación, nace con el acto jurídico, hecho humano voluntario, lícito destinado a crear, extinguir o modificar derechos y obligaciones.

En el caso, el acto primigenio y creador de la obligación de transferir de la demandada a favor de la actora, es la resolución 1024 del 10 de noviembre de 1978, siendo las demás, accesorias de ese hecho o acto original.

El cómputo del plazo, entonces, ha sido correctamente formulado por el A-quo, a partir de dicha resolución.

Si acogiéramos la tesis de la recurrente, se estaría facultando al acreedor, con la simple emisión de una resolución, a hacer revivir plazos fenecidos, derechos prescriptos, es decir, se lo facultaría a burlar la ley.

No constituye violación del Art. 159 inc. c del CPC, el que el A-quo, se haya referido solo a la resolución originaria de las relaciones entre las partes, para determinar el computo del plazo, sin mencionar a las resoluciones posteriores, modificatorias de aquella.

En cuanto a la segunda argumentación, del examen del escrito inicial de promoción de la demanda, se advierte que la actora, hoy apelante, introdujo el tema de la prescripción, ver fs. 67 tercer párrafo, lo cual si bien no fue refutado en el responde, si lo fue en el escrito de alegatos de la demandada, fs. 192, y si bien uno planteaba la imposibilidad de la prescripción adquisitiva, y el otro la existencia de la prescripción liberatoria, no cabe duda que el tema de la prescripción, se encontraba dentro de la discusión de la causa, fue introducida por la propia actora, y el A-quo al resolver la inaplicabilidad de una y la procedencia de la otra, no se ha apartado de la forma en que quedo trabada la litis.

No encuentro en la resolución objeto de recurso, violación de la forma y solemnidad, que conforme al Art. 404 del CPC haga viable el recurso de nulidad, debiendo en consecuencia desestimarse el mismo.

A sus turnos los Dres. Carmelo Castiglioni y Basilio García votaron en el mismo sentido.

A la segunda cuestión el Dr. Paredes Bordón prosiguió diciendo: por la sentencia enalzada, S.D. N° 601 de fecha 19 de agosto de 2008, el A-quo, resolvió: no hacer lugar a



la presente demanda de obligación de hacer Escritura Publica promovida por el Abog, Javier Pirovano en nombre y representación de la Municipalidad de Mariano Roque Alonso en contra de Constructiva S.A. por extemporáneo, (sic) conforme a los fundamentos expuestos en la presente resolución. Imponer las costas a la parte vencida”.

La actora se agravia de lo resuelto señalado que el A-quo hace una interpretación errada de la norma jurídica, al equiparar la reclamación de escriturar las vías de comunicación y espacios públicos a cualquier otra acción personal. Señala que como la obligación de la demandada es la de transferir las vías de comunicación y espacios públicos, calles plazas, etc., por tratarse los mismos de bienes del dominio publico municipal, Art. 106 de la Ley 1294/87, dichos bienes son imprescriptibles, Art.107 de la misma ley, y en concordancia con el art. 1904 de CC, no pueden adquirirse por prescripción.

Con relación al argumento que el inmueble se trata de un Club de Campo, señala que de acuerdo al Art. 209 de la Ley 1294/87, los mismos deben contar con el reconocimiento expreso de la Municipalidad local, reconocimiento que no existe en autos.

La parte demanda, contesta los agravios señalando que la presente se trata de una acción de obligación de hacer escritura pública, no se trata de una acción de adquisición de ningún bien municipal.

Expresa que la Municipalidad de Mariano Roque Alonso, a partir de la resolución 1024 del 10 de noviembre de 1978, ha generado para si misma el derecho a exigir a Constructiva S.A. la transferencia de los terrenos destinados a vías de circulación y espacios públicos, ese derecho ha prescrito, por su falta de uso, a los diez años, Art. 59 del CC, es decir en el año 1988, vale decir que hace ya veinte años, el juicio se inicio en el año 2008, atrás.

Por ultimo señala que la firma Constructiva S.A. no pretende apropiarse de bienes públicos, sino acogerse al beneficio de la prescripción liberatoria, tal como esta estipulado en los Arts. 633, 635 y 641 del CC.

Tal la posición de las partes ante el Tribunal. En autos, la Municipalidad de Mariano Roque Alonso, demanda por vía ordinaria, a la firma Constructiva S.A., empresa responsable de la urbanización Surubi”y, por obligación de hacer escritura publica, a fin de que la demandada, proceda a la trasferencia a favor de la demandante de la parte correspondiente a vía de comunicación es decir las calles, y los terrenos que por ley deben ser destinados a espacios públicos, plazas, escuelas, etc., en todo loteamiento, y expresa ya desde el escrito inicial, que dichos bienes son del dominio publico municipal, y por ende no pueden ser adquiridos por prescripción.

La demandada, arguye que la acción se halla prescripta, puesto que la primera resolución que aprobó la urbanización, en toda su extensión, incluyendo el loteamiento original, con las reservas y el club de campo, data del año 1978, Res. 1024 del 10 de noviembre del citado año, y que además, al ser la urbanización, un club de campo y de acuerdo a los Arts. 207, 208 y 209 de la ley 1294/87, los clubes de campo se hallan exonerados de la obligación de los Arts. 134 y 135 de la misma ley, es decir, en este tipo de urbanización no existe obligación de transferir los espacios públicos, y las calles a la municipalidad.

La cuestión gira entonces, sobre dos temas básicos, primero si la acción planteada, y la obligación reclamada, es o no prescriptible, y en su caso si esta prescripta. En caso

negativo, debe estudiarse si la urbanización Surubi”y, es o no un Club de Campo, y en tal carácter, existe o no una obligación de transferir a la municipalidad los terrenos destinados a calles y demás espacios públicos.

En cuanto al primer punto, no cabe duda que la demandada por obligación de hacer escritura publica, en este caso a los efectos de formalizar una transferencia, es una obligación de carácter personal, obligación de hacer, independiente de la naturaleza física o jurídica de la persona deudora o acreedora. En el presente, ambas partes son personas jurídicas, Art. 91 del Código Civil, por ende las acciones que puedan plantear respecto a su derecho a exigir o su obligación de hacer, son básicamente acciones personales.

También es innegable, a luz de las disposiciones citadas por la actora, 106 y 107 de la Ley 1294/87, 1904 del CC, que los bienes del dominio publico municipal, son imprescriptibles, pero ocurre que los terrenos cuya titulación reclama la Municipalidad, nunca fueron transferidos a la misma, por ende, nunca adquirieron el carácter de bienes de dominio publico municipal, sino que siguen siendo bienes del dominio de particulares, en este caso la demandada. Ello en virtud del Art. 1968 del CC.

Nótese, que tanto la ley municipal, como la propia resolución 1024/78, hablan de la obligación de transferir a favor de la municipalidad los terrenos en cuestión, en ninguna parte, dice que los fondos destinados a las calles y espacios públicos, pasan a ser de dominio Municipal, por el hecho del dictado de la resolución que aprueba el fraccionamiento, el loteamiento o la urbanización.

Por ende, la acción intentada por la Municipalidad, obligación de hacer escritura publica, es la correcta, puesto que hasta la fecha, la municipalidad no ha adquirido la calidad de propietaria de dichos bienes.

Pero ocurre entonces, que como los terrenos aun son privados, no se encuentran amparados por la calidad de bien de dominio público.

Tiene razón la actora, no procede una acción de prescripción adquisitiva, usucapión, pero ocurre que la demandada, no ha planteado dicha acción, y desde luego que no puede hacerlo, ya que la demanda sigue siendo propietaria de los inmuebles, y nadie puede adquirir por usucapión lo que ya es suyo, de hecho y derecho, y la esencia de la propia acción planteada así lo establece, al reconocer que la demandada tiene la propiedad de los terrenos, y la actora, el derecho a exigir que se le transfiera.

Y justamente, este derecho a exigir, es un derecho comprendido dentro del has de facultades de toda persona, física o jurídica, puede llegar a perder debido a la inacción del titular durante el tiempo que la ley señale.

El Art. 641 de CC, como señala la demandada, establece que la prescripción liberatoria corre tanto a favor como en contra de las Municipalidades, y ello no es extraño y reconocido por las propias entidades, las cuales por su inacción, y un hecho publico no necesita demostración, dejan de percibir el impuesto inmobiliario transcurrido los cinco años.

La acción de cumplimiento presentada, obligación de hacer escritura publica, no tiene un plazo establecido expresamente, como decíamos mas arriba, es una acción personal, por ende el plazo que se le aplica es el del art. 659 inc. e, diez años, como correctamente lo hizo el A-quo.

Tanto la actora como la demandada, reconocen que la primera resolución, por la que aprobaron los planos de fraccionamiento y loteamiento de la urbanización Surubi<sup>2</sup>y, data del año 1978, en la que se impuso a la demandada la obligación de transferir a la municipalidad, y por ende nació la facultad de la municipalidad para exigir dicha transferencia.

La prescripción liberatoria, se define simplemente como la liberación del deudor de su obligación, por el transcurso del tiempo y la inacción del titular. Art. 633 CC.

El plazo se computa desde que el titular de la acción tuvo expedito el camino para intentarlo, Art. 635 CC, en nuestro caso, ello a partir de la primera resolución, 1978, la que por otro lado no fue desconocida ni revocada por la municipalidad, a pesar del texto de Art. 5 de la citada resolución, la cual no fue aplicada, revocándose la aprobación.

Por otro lado, la apelante no niega el tiempo transcurrido con relación a dicha resolución, arguye simplemente que existiendo resoluciones posteriores, de los años 2004, 2005 y 2006, algunas de las cuales se acompañan, el plazo debería computarse a partir de cada una de ellas.

Pero ocurre que todas ellas, se refiere a la aprobación del loteamiento contenido en la resolución 1024 del 10 de noviembre de 1978, y expresan que se trata de pedidos de reloteamiento, es decir modificación del loteamiento original, no constituyendo entonces dichas resoluciones, novación alguna de la obligación nacida en 1978, que pueda considerarse para el reinicio del plazo.

Computando desde el 10 de noviembre de 1978, hasta la fecha de la notificación de la presente demanda, 29 de noviembre de 2007, han transcurrido con el exceso el plazo señalado de diez años, estando por tanto prescripto el derecho de accionar, como lo ha reclamado la demandada, y lo resolvió el A-quo, decisión entonces que cabe ser confirmada.

Habiéndose resuelto que la acción se halla prescripta, y rechazada la demanda por esta razón, interposición extemporánea, resulta innecesario referirse a los demás puntos de discusión, tal como también lo hizo el A-quo, en la sentencia recurrida, la cual debe entonces ser confirmada, incluyendo la condenación en costas en primera instancia, a lo que debe agregarse las costas en primera instancia, a lo que debe agregarse las costas de esta instancia, por aplicación del Art. 203 del CPC. Es mi voto.

A su turno el Dr. Camelo Castiglioni dijo: que por la S.D. 601 de la fecha 19 de junio de 2009 se rechaza la demanda por obligación hacer escritura pública, promovida por la Municipalidad de Mariano Roque Alonso contra Constructiva S.A. para que se titulen por escritura pública las calles, plazas y parques de loteamiento, y lo hace basado en una prescripción extintiva que no fue alegada por la demandada al tratarse la litis, por lo que dicha resolución se expidió ultra petita, al no integrar la litis la prescripción extintiva. La prescripción extintiva solo lo introdujo el juzgador, pero nunca fue alegada por la demandada en su escritorio de contestación de demanda y, por ende, no puede ser materia de estudio y menos fundar el derecho de una de las partes.

La acción de obligación de hacer escritura pública es imprescriptible: En cualquier caso, la obligación de hacer escritura pública es una acción imprescriptible, en cualquier caso. Lo es así, porque la transferencia del inmueble y la acción de escrituración es un acto indivisible y porque no puede dividirse lo que por naturaleza jurídicas acto indivisible y con

la sola posesión se interrumpe cualquier plazo de prescripción. Si admitiéramos la posibilidad de la prescripción extintiva podríamos llegar al absurdo de negar la propiedad o hacerla adquirir el dominio esta vía, en vez de hacerlo por usucapión. Entiéndase por el acto indivisible la transferencia del inmueble y la escrituración propiamente dicha y que es un acto único y no puede prescribir en parte y la posesión no.

En el caso de autos, el pedido de aprobación de loteamiento hecho a nombre de la demandada Constructiva S.A., y fue aprobada por la resolución N° 1024 de fecha 10 de noviembre de 1978 y, entonces, acto de dividirse un lote de dimensión mayor en lotes urbanos, se han creado calles, las plazas y parques, que desde ese mismo momento se convirtieron por resolución de H. Junta Municipal de Mariano Roque Alonso, en áreas públicas como bienes de dominio público municipal, puesto que la aprobación de loteamiento de la finca N 1691 de Mariano Roque Alonso, denominada surubí, lo fue para adjudicar en propiedad individual a los compradores y no para un Country Club. Para que esto último suceda, debió concebirse ad initio el loteamiento como Club de Campo, para lo cual el loteamiento debió crearse como copropiedad en régimen de propiedad horizontal, pero no fue así y las áreas cuya titulación se reclama son de dominio público municipal. Lo que se hizo es solicitar un loteamiento ordinario y no un loteamiento por régimen de club de campo. Es cierto que en dicha resolución existe un área reservada para club de campo pero nunca se consolidó jurídicamente en ese carácter. Lo que existe es una reserva para club de campo, denominada Zona “b” con 394.812 metros cuadrados y una zona “c” de 303.189.5, metros cuadrados, es lo que se lee a fs. 75 de autos, pero nunca se aprobó por el municipio el loteamiento en dicho carácter, por tanto las calles, plazas y parques son del municipio y no del club de campo que no existe.

La única defensa alegada por la parte demandada es que el loteamiento fue como Club de campo, nunca alego prescripción extintiva, pero lo hizo para confundir a esta magistratura pues, dentro del loteamiento solicitado para la finca N 1691, lo fue para adjudicar los lotes en propiedad individual y no en el régimen de propiedad horizontal como lo exige la disposiciones del Club de Campo. Por otra parte, cabe señalar y esto es determinante, que la demanda fue contra Constructiva S.A., que no es un Club de Campo sino una loteadora de inmuebles, y atendiendo que el Club de Campo tiene personería jurídica propia.

Resumiendo:

- a) No cabe considerar la prescripción adquisitiva, por que esta defensa no fue alegada por la demandada. Solo se alego que no cabe la escrituración por que de plaza, parques y calles de un Club de Campo, que si realmente existiera, tendrá razón la demandada, porque en ese caso las calles, las plazas y las áreas verdes serian del dominio privado del Club de Campo y no estarían sujetos a la transferencia por escritura publica de las áreas del dominio publico, pues estos son de Administración adjunta de los copropietarios. Pero al aprobarse un loteamiento que no es del club de campo, al hacerlo se previeron calles, plazas y parques que al no beneficiarse que por la resolución Municipal que aprueba el loteamiento ya son municipales.

- b) Se demandó escrituración a la loteadora y no al club de campo que tiene personería jurídica distinta y para enervar la presente acción debió estar inscripto en ese carácter en el Registro de la Propiedad, cosa que no fue demostrada en autos por la demandada.
- c) Debe hacerse lugar a la escrituración de los lotes porque estos son del dominio publico Municipal, al no ser un Club de Campo, dado que la situación de hecho de crearse un Club de Campo sin la autorización municipal, no obliga a la parte actora en ese carácter, a cuyo favor se previó la escrituración de las áreas publicas y debe cumplirse por ser del dominio publico municipal. El solo hecho de existir la resolución Municipal que aprueba el loteamiento con calles y parques, como loteamiento ordinario, hace que estas áreas sean del Municipio por la propia resolución que aprobó el loteamiento y no puede estar sujeto a prescripción extintiva ni de usucapión de conformidad al Art. 1904 C. C. pues en forma enfática el Art. 1904 C. C. establece que los inmuebles del dominio Privado del Estado y Propiedad Publica o Privada de las Municipalidades no pueden adquirirse por prescripción. La condición de bienes de dominio publico municipal se adquirió con la resolución de la Junta Municipal 1024/78, pues la aprobación del loteamiento es parte de la creación de calles, parques y plazas como bien del dominio publico municipal y por tanto, solo debe darse cumplimiento a la escrituración y en caso de no hacerlo debe sustituirlo el Juez de Primera Instancia que entendió en el caso.

Por lo expuesto voto por la revocatoria, con costas a la demandada, y en su lugar se disponga hacer lugar a la acción de obligación de hacer escritura publica reclamada por la Municipalidad de Mariano Roque Alonso en contra de Constructiva S.A., y en caso de no hacerlo en el plazo de 10 días debe hacerlo el juez en su lugar, una vez traído a estos autos el titulo que lo originó. Es mi voto

A su turno el Dr. Basilio García manifiesta que adhiere al voto del Dr. Paredes Bordón.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Señores Miembros por ante mí quedando acordada la sentencia que sigue a continuación.

RESUELVE: Desestimar el recurso de nulidad. Confirmar, con costas en ambas instancias, la S.D. N° 601 de fecha 19 de agosto de 2008. Anotar, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

*Miembros: Juan Carlos Paredes , Basilio García y Carmelo Castiglioni. Ante mí: Abog. Ma. Teresa Cañete. Actuaría Judicial.*

#### ACUERDO Y SENTENCIA N° 81

*Cuestión debatida: En la especie la cuestión gira en torno a determinar si en el marco de un juicio de divorcio por mutuo consentimiento, los esposos están obligados a concurrir personalmente a la audiencia de ratificación.*

**ACTOS JURIDICOS. MANDATO. Apoderado**

Nuestro ordenamiento civil consagra la amplia libertad de decisión de sus sujetos, garantizando el libre ejercicio de sus derechos, sean personales o patrimoniales bajo condición de que deben ser ejercidos de buena fe y que el acto no esté prohibido expresa o tácitamente, ya por su finalidad ilícita o por ser contrario a la moral y buenas costumbres. (Voto de la mayoría)

**MANDATO. Poder Especial. DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO**

El acto de ratificación por el mandatario con poder especial en el juicio de divorcio por mutuo consentimiento, es pleno y suficiente, razón por sí sola para la declaración de divorcio. (Voto de la mayoría)

**DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO**

Teniendo presente que en el divorcio por mutuo consentimiento hay coincidencia de voluntades, tanto como en su tiempo lo hubo para contraer matrimonio, nada obsta a su declaración cuando se han cumplido los requisitos legales porque al haber conflicto, el pronunciamiento judicial es un típico acto de naturaleza administrativa, prueba de ello es que bien podría pronunciarse una ley que permita la realización del divorcio no controversial directamente ante el Oficial del Registro del Estado Civil de las Personas. (Voto de la mayoría)

**DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO**

La denegación del divorcio (por ratificación de la voluntad con poder especial) constituye un desconocimiento del principio de economía procesal dado que lo resuelto al no causar estado, nada impediría a los cónyuges a solicitar nuevamente la declaración de divorcio con los argumentos y elementos aportados en el presente juicio. (Voto de la mayoría)

**DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO. Procedimiento de divorcio**

Ante la inexistencia de la audiencia conciliatoria resulta ineludible que en la de ratificación, los cónyuges concurren personalmente a expresar su voluntad de divorciarse o no, siendo este un acto personalísimo e indelegable, porque de no ser así nos limitaríamos a llenar constancias necesarias para el otorgamiento de lo solicitado, resolviendo compulsivamente una cuestión que sin lugar a dudas, tiene rigurosas consecuencias jurídicas. (Voto en disidencia de la Dra. Ma. Sol Zuccolillo de Vouga)

TApel. Civ. Y com. Segunda Sala. 17-09-2009. "A.A.G.M.y M.Y.S.M. s/ Divorcio por mutuo consentimiento". (Ac. y Sent. N° 81)

Asunción 17 de setiembre de 2009.

Cuestiones :

¿Es nula la sentencia?

¿Esta ajustada a derecho?

Practicado el sorteo, resultó que debían votar los señores miembros en el siguiente orden: Zuccolillo Garay de Vouga, Baez Maiola, Paredes Bordón.

A la primera cuestión la magistrada Zuccolillo Garay de Vouga dijo: la recurrente no funda el recurso y dado que tampoco se advierten vicios que ameriten el pronunciamiento de oficio, corresponde declararlo desierto, en atención a lo dispuesto en el artículo 419 CPC.

A sus turnos los magistrados Baez Maiola y Paredes Bordón dijeron: adherir al voto precedente por sus mismos motivos y fundamentos.

A la segunda cuestión la magistrada Zuccolillo Garay de Vouga prosiguió diciendo: por medio de la S.D. No. 884 de fecha 19 de noviembre de 2008, la Jueza de Primera Instancia Civil y Comercial, Décimo Turno, resolvió: *“No hacer lugar a la demanda de divorcio vincular solicitada por los esposos A. A. G. M. y M. Y. S. M., conforme a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución; Imponer las costas en el orden causado; Anotar...”* (sic).

Esta resolución causa agravio a los esposos *A.A.G.M* y *M. Y. S. M.*, quienes esgrimen que el rechazo del A quo se fundó en una opinión jurisprudencial, sin fuerza imperativa. En este sentido, sostienen que en base al artículo 884 inc. o) del CCP, la Sra. *M. Y. S.* presentó poder especial para comparecer a ratificarse del escrito inicial de demanda, por lo que habiendo demostrado durante el procedimiento su voluntad de divorciarse, solicitan la revocatoria de la sentencia. Por su parte, la Agente Fiscal Civil y Comercial interviniente, citando el artículo 884 CPC, señala que se ha cumplido a cabalidad con las disposiciones establecidas en el artículo 5° de la Ley 45/91.

Revisadas constancias procesales (f. 6), surge que *A. A. G. M.* y *M. Y. S. M.*, promovieron demanda de divorcio vincular por mutuo consentimiento, amparados en los artículos 1° y 5° de la Ley No. 45/91. Por lo que por lo que se han fijado audiencias a fin que los recurrentes comparezcan a ratificarse o no de sus voluntades de divorciarse (f. 7). A f. 8 el Sr. *A. A. G. M.*, compareció personalmente a ratificarse de tal decisión; en tanto que *M. Y. S. M.*, otorgó poder especial a la Abogada Liliana Concepción Ruiz Díaz (fs. 9/11) para tales efectos, conforme consta a f. 16 de autos. Posteriormente se corrió vista de las actuaciones a la fiscal interviniente, la cual recomendó dictar resolución haciendo lugar al divorcio vincular de los citados esposos, por encontrarse cumplido los requisitos establecidos en los artículos 1° y 5° de la Ley No. 45/91. Sin embargo, la A quo, rechazó la acción, fundada en que la Sra. *M. Y. S. M.*, debía comparecer personalmente a la audiencia de ratificación, sin que sea admisible representación alguna.

En la especie la cuestión gira en torno a determinar si en el marco de un juicio de divorcio por mutuo consentimiento, los esposos están obligados a concurrir personalmente a la audiencia de ratificación.

En tal sentido, el artículo 5° de la Ley No. 45/91 (de divorcio), establece en su parte pertinente que: *“Transcurridos tres años de matrimonio los cónyuges podrán solicitar conjuntamente al juez su divorcio vincular... Antes de dar trámite al juicio de divorcio por presentación conjunta, el Juez escuchará separadamente a las partes procurando su reconciliación y fijando un plazo de 30 a 60 días dentro del cual convocará a las partes a una audiencia para que se ratifiquen o no de su voluntad de divorciarse...”* (sic).

De dicha normativa se desprende entonces, que para la procedencia del divorcio por mutuo consentimiento o presentación conjunta, se exige que los cónyuges comparezcan a dos audiencias. La primera, dictada antes de la tramitación del juicio y con carácter

conciliatorio del conflicto matrimonial; la segunda, ratificatoria de la inexistencia de reconciliación en el intervalo transcurrido entre una y otra.

Sin embargo, en nuestra práctica tribunalicia ocurre que promovida la demanda de divorcio, el A quo fija directamente audiencia ratificatoria, obviando el señalamiento de la conciliatoria, ineludible para dar cumplimiento a las disposiciones establecidas en el citado artículo, que busca en primer lugar, procurar la reconciliación de las partes y sólo en caso de no ser posible ello, decretar el divorcio.

Por dicha razón, ante la inexistencia de la audiencia conciliatoria resulta ineludible que por lo menos en la de ratificación, los cónyuges concurren personalmente a expresar su voluntad de divorciarse o no, siendo este un acto personalísimo e indelegable, porque de no ser así nos limitaríamos a llenar constancias necesarias para el otorgamiento de lo solicitado, resolviendo compulsivamente una cuestión que sin lugar a dudas, tiene rigurosas consecuencias jurídicas.

A tenor de lo expuesto, y teniendo en cuenta que las normas aplicables en materia de divorcio, son de eminente orden público por estar comprometidos valores tales como la organización y estabilidad de la familia, cuya protección está garantizada en el artículo 49 de la Constitución Nacional, corresponde confirmar la resolución que desestimó la demanda de divorcio por falta de comparecencia personal de la Sra. M. Y. S. M. a la audiencia ratificatoria.

A su turno, en disidencia, el magistrado Baez Maiola dijo: el *quid* del *sub examine* es decidir si a la audiencia ratificatoria que prevé el art. 5º, segundo párrafo de la Ley N° 45/91 puede presentarse un representante convencional de uno de los cónyuges a tal efecto (ratificarse en la voluntad de divorciarse). La comparecencia de la esposa por medio de representante convencional munido de poder especial para tal acto ha sido considerado insuficiente para el A quo, motivando el rechazo de la declaración de divorcio solicitada por el matrimonio S. M.-G.M.

De constancias de autos, A. A. G. M. y M. Y. S. M., cónyuges, se han presentado ante el Juzgado en lo Civil Décimo Turno (f. 6) solicitando declaración de divorcio, manifestando que hacen más de dos años "*..Estamos separados de hecho sin voluntad de unirnos...*" (sic). Han justificado con el certificado correspondiente que el tiempo del matrimonio, celebrado el 5 de noviembre de 2002 tiene más de tres años. Respecto a las costas procesales, han convenido que sean por cuenta del esposo.

El Juzgado señaló los días 30 y 31 de mayo de 2006 audiencias respectivas "*..para que los recurrentes comparezcan a ratificarse o no de su voluntad de divorciarse..*" (sic).

Conforme acta de f. 8, A. A.G. M. compareció en la fecha y horario indicados, ratificándose en su voluntad de divorciarse.

A f. 14 , la Abog. Liliana C. Ruíz Díaz Ayala, en representación de M. Y. S. M. solicita reconstitución del acta dado que "*..la audiencia se llevó a cabo en fecha y hora señalada, conforme consta en el sistema informático del Juzgado, para el cual me fue otorgado poder especial que se halla adjunto al expediente..*" (sic), a lo cual accede el A quo señalando nueva audiencia para el 31 de octubre de 2008. Dicha audiencia se llevó cabo según acta obrante a f. 16, ratificándose la voluntad de divorciarse.

Por Dictamen N° 2.282/08, la Agente fiscal en lo Civil, Sarita González de Fretes aconseja hacer lugar al divorcio.



En razón de que la esposa no concurriera personalmente a la audiencia ratificatoria, el divorcio es denegado por el *A quo* por S.D. N° 884 del 19 de noviembre de 2008 (f.18).

Por derechos propios y bajo patrocinio profesional de la individualizada abogada, A. A. G. M. y M. Y. S. M., recurren en apelación y nulidad.

Sostienen los recurrentes que la sentencia no se ajusta a derecho por negar la facultad legal que confiere el art. 884 del Código Civil al poder especial que permite ejecutar actos del derecho de familia susceptibles de realizarse por tercero. Por eso sostienen que la escritura pública pasada ante la Notaria Lourdes Elizabeth Duré por la que se otorgó el poder especial, ha cumplido con los requisitos legales de individualizar al mandatario y el objeto encomendado, en el caso, la ratificación de voluntad de divorciarse.

En primer lugar, hay que tener presente que la celebración del matrimonio civil puede efectuarse válidamente por medio de representante, según así prescribe el inc. i) del art. 80 de la Ley N° 1.266 "*si el matrimonio se celebrado por medio de apoderado, el nombre de éstos y la mención del poder habilitante, cuyo testimonio quedará archivado. El poder determinará la persona con quien debe contraerse un matrimonio*" (sic). De acuerdo a ello, si se puede contraer matrimonio por medio de apoderado, ¿qué impediría la ratificación de voluntad de divorciarse por medio de poder especialmente conferido al efecto?

No hay constancia de que el *A quo* haya escuchado separadamente a los cónyuges en procura de reconciliación; sin embargo, tampoco la omisión ocasionaría nulidad por cuanto, por actos procesales posteriores, los esposos despejan toda duda de que hay no ánimo para continuar casados.

De los términos del citado artículo, ante el pedido de divorcio, debe haber un primer encuentro personal con el juzgador, quien "*..escuchará separadamente a las partes procurando su reconciliación...*". No hay duda de que deben ser una audiencia para cada consorte. Pero la segunda audiencia, que deberá ser señalada dentro de un plazo no menor a treinta días ni mayor a sesenta para ratificación de las voluntades de divorciarse ya no es individual. En consecuencia, el poder especialmente otorgado para dicho efecto por M. Y. S. M., esposa, resulta hábil por estar enmarcado por el citado art. 884 del Código Civil.

Nuestro ordenamiento civil consagra la amplia libertad de decisión de sus sujetos, garantizando el libre ejercicio de sus derechos, sean personales o patrimoniales bajo condición de que deben ser ejercidos de buena fé y que el acto no esté prohibido expresa o tacitamente, ya por su finalidad ilícita o por ser contrario a la moral y buenas costumbres.

De acuerdo a ello, el acto de ratificación ha sido pleno y suficiente, razón por sí sola suficiente para la declaración de divorcio.

Teniendo presente que en el divorcio por mutuo consentimiento hay coincidencia de voluntades, tanto como en su tiempo la hubo para contraer matrimonio. En consecuencia, nada obsta a su declaración cuando se han cumplido los requisitos legales porque al haber conflicto, el pronunciamiento judicial es un típico acto de naturaleza administrativa; prueba de ello es que bien podría promulgarse una ley que permita la realización del divorcio no controversial directamente ante el Oficial del Registro del Estado Civil de las Personas.

Por eso es que, ante las realidades del hecho de voluntad conjunta de concluir el matrimonio ¿con qué fundamentos, lógico y legal se puede obligar a dos personas en ejercicio pleno de sus facultades, continuar con un *status* jurídico que, al menos en principio, les obliga a vivir juntos? ¿Será que tendrán que pedir dispensa judicial para no hacer vida en común?.

Para finalizar, además de los sustentos que llevan a la revocatoria del fallo apelado no está demás poner de resalto que la denegación del divorcio en las condiciones que presenta el sub examine constituye un desconocimiento del principio de economía procesal dado que lo resuelto, al no causar estado, nada impediría a los cónyuges a solicitar nuevamente la declaración de divorcio con los mismos argumentos y elementos aportados en el presente juicio con la sola diferencia de que en el nuevo juicio, la ratificatoria la haga personalmente M. Y. S. M. ante la posibilidad de que el nuevo juez pueda sostener el mismo rigor exclusivamente formal que ha tenido el *A quo*.

En cuanto a las costas, por pedido expreso de los recurrentes, deben ser a cargo de A.A.G.M.. Así también voto.

A su turno, el magistrado Paredes Bordon dijo: que adhiere al voto del Dr. Báez Maiola por sus mismos motivos y 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:

**R E S U E L V E :** Desestimar el recurso de nulidad. Revocar la S.D. No. 884 de fecha 19 de noviembre de 2008, dictado por el Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial Décimo Turno. Declarar divorciados a los esposos A. A G. M. y M. Y. S. M., por culpa de ambos cónyuges conforme así dispone el último párrafo del art. 5° de la Ley N° 45/91. Imponer costas procesales en ambas instancias a A. A.G. M. por convención expresa de los cónyuges. Anotar, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

*Miembros: Juan Carlos Paredes , Ma. Sol Zuccolillo de Vouga y Gerardo Baez Maiola. Ante mí: Abog. Ma. Teresa Cañete. Actuaría Judicial.*

## ACUERDO Y SENTENCIA N° 82

### **COMPRAVENTA.** Principios Generales

La compraventa es un contrato consensual, es decir, se perfecciona con el mero consentimiento de las partes, y la instrumentación se requiere al efecto probatorio. No puede confundirse con transferencia, por cuanto que, para que ésta última se materialice, se requiere de la Escritura Pública (artículo 700 inc a) CCP). Esta es una consecuencia del contrato y no el contrato mismo.

### **CONTRATO.** Efectos del contrato

La autenticidad de la resolución emitida por autoridades debidamente legitimadas para representarla del Banco Nacional de Fomento, ha sido reconocida por la actora, al no haberla impugnada de falsedad hace plena fe de la existencia del contrato de compraventa (art.383 CCP), el cual debe ser cumplido conforme lo dispuesto en el artículo 715 CCP.

**CONTRATO.** Cumplimiento de contrato

La entrega inicial del precio de inmueble no puede computarse como señal de trato dado que la parte demandada reconoció en el contrato con la actora como entrega inicial.

**CONTRATO.** Cumplimiento de contrato

Existe aceptación de propuesta, incluso principio de ejecución del contrato desde el momento que la parte demandada ha depositado una entrega inicial del precio del inmueble. TApel. Civ. Y com. Segunda Sala. 18-09-2009. “Banco Nacional de Fomento c. Don Felipe S.A. s/ Reivindicación y otros” (Ac. Y Sent. N° 82)

Asunción, 18 de setiembre de 2009.

Cuestiones:

Es nula la sentencia apelada?

En caso negativo, esta ajustada a derecho?

Practicado el sorteo, resultó que debían votar los Señores Miembros en el siguiente orden: Báez Maiola, Paredes Bordón y Gómez Frutos.

A la primera cuestión el Dr. Baez Maiola dijo: recurrente no funda el recurso y dado que no se advierten vicios que ameriten el pronunciamiento de oficio, corresponde declarararlo desierto en atención a lo dispuesto en el artículo 419 CPC.

A sus turnos los Dres. Paredes Bordon y Gomez Frutos votaron igual sentido.

A la segunda cuestión el Dr. Baez Maiola prosiguió diciendo: por medio de la resolución en recurso (fs. 104/108), se rechazó la demanda sobre reivindicación e indemnización promovida por el Banco Nacional de Fomento contra la Agroganadera Don Felipe S.A., imponiéndose las costas a la vencida.

Esta resolución agravia al Banco Nacional de Fomento, sosteniendo que el artículo 704 Código Civil no es aplicable al caso, dado que el contrato de compraventa requiere la formalización por Escritura Pública. Asimismo, alega que al existir diferencias entre la propuesta del comprador y las condiciones fijadas por el vendedor, no puede considerarse que el contrato se haya celebrado, porque no quedó acreditada que la contrapropuesta del Banco Nacional de Fomento haya sido aceptada por la demandada. Respecto a la suma depositada, arguye que dicha entrega se efectuó en carácter de señal. En cuanto al reclamo por cobro de créditos, señala que al no mediar autorización del Banco Nacional de Fomento para ocupar dicho predio, corresponde tal pago.

Revisadas constancias procesales, surge que el Banco Nacional de Fomento, promovió demanda de reivindicación contra la empresa Don Felipe S.A., alegando ser propietario del inmueble individualizado como Finca N° 974 del Distrito de Alto Verá, ocupado y explotado por la firma demandada. En este sentido afirmó que la ocupación y explotación del inmueble no fue autorizada por su parte, provocándole dicha situación, menoscabo en sus intereses ya que le ha privado de disponer el inmueble, reclamando por tal motivo, la suma de US\$ 246.160, más intereses correspondientes. Asimismo, solicitó que la suma depositada por la demandada en concepto de señal de trato, sea aplicada al pago parcial de la deuda generada como consecuencia de la explotación irregular del inmueble en cuestión. Sostuvo que la mensura judicial por Resolución N° 11 Acta N° 9 de fecha 11 de febrero de 2003, no había concluido, por lo que la operación de compraventa de la finca no

se perfeccionó, agregando que como consecuencia de ello no se suscribió el contrato para materializar el negocio, estando el inmueble inscripto a su nombre.

Por su parte la demandada (fs. 78/83), afirmó que el contrato fue perfeccionado, señalado que si bien ocupaba y explotaba el inmueble vendido, no lo hacía sin autorización del Banco, negando que tal situación menoscabe intereses de la actora, rechazando que el depósito de la suma de US\$ 100.000 sea aplicada al pago de una inexistente deuda por explotación de inmueble. Asimismo, arguyó que el Banco aceptó la propuesta de compra del inmueble, por lo que su parte procedió a depositar una suma de dinero en concepto de pago inicial, alegando que la suscripción de la escritura quedó condicionada a la determinación de la superficie del inmueble. Adujo además, que la actora reconoció expresamente la realización de la venta del inmueble, esgrimiendo que si bien no se estableció un precio final del inmueble, su parte ya había pagado con creces el 25% del precio, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 782 CCP.

Así quedó trabada la litis.

En la especie, surge que la entidad bancaria, por Escritura Pública N° 53 de fecha 29 de diciembre de 1999, pasada ante la Escribana Pública Sonia Patricia González Villalba, adquirió entre otros inmuebles, la Finca N° 974 del Distrito de San Juan de Nepomuceno, asentándose en la Dirección General de Registros Públicos, bajo el N° 12 y al folio 92 y ss. Del 10 de julio de 2000 (fs. 5/18). Sin embargo, luego de varias negociaciones por Resolución del Consejo de Administración N° 11, Acta 9 de fecha 11 de febrero de 2003 (artículo 2°), autorizó la venta del inmueble en cuestión, a favor de la firma Agroganadera Don Felipe Sociedad Anónima, quedando establecido que el valor de venta sería fijado en función a la superficie a ser determinada por Mensura Judicial, no obstante, se dispuso que la firma adjudicada, depositaría la suma de Gs. 700.000.000, como entrega inicial, quedando el saldo a ser financiado (artículo 2°). Incluso, en el artículo 4° de dicha resolución, se aprobó el texto del contrato de compraventa financiada. De la boleta de depósito de f. 56, surge que la demandada depositó la suma de Gs. 690.000.000 en el Banco Nacional de Fomento, estableciéndose en dicho documento que el depósito fue realizado en concepto de entrega inicial por adjudicación de un inmueble del BNF. A pesar de ello, por telegramas colacionados (fs. 57/58) y actas notariales (fs. 60/68), la entidad bancaria comunicó a la firma adjudicada, su decisión de no celebrar el mentado acuerdo, intimando a la desocupación del inmueble por no haber abonado el monto adeudado. Ante estas intimaciones la firma demandada, vía telegrama colacionado (f. 69), rechazó la imputación del BNF, reclamando a dicha institución el cumplimiento de la Resolución N° 11, Acta N° 9 del 11 de febrero de 2003, en cuanto a la determinación de la real superficie de la finca en cuestión, manifestando voluntad de pagar el saldo de lo adeudado, apenas se cuenten con los resultados del juicio de mensura.

La compraventa es un contrato consensual, es decir, se perfecciona con el mero consentimiento de las partes y la instrumentación se requiere al solo efecto probatorio. No puede confundirse con transferencia por cuanto que, para que ésta última se materialice se requiere de la escritura pública (art. 700 inc. a) CCP). Esta es una consecuencia del contrato y no es el contrato mismo.

De constancias procesales, se evidencia que el contrato de compraventa fue perfeccionado con la aceptación de la propuesta por parte del Banco Nacional de Fomento,

realizada por medio de resolución, emitida por autoridades debidamente legitimadas para representarla. Empero, no fue posible realizar la transferencia por escritura pública debido a que se encontraba pendiente la mensura judicial, prevista, precisamente en dicho acto, como un condicionante para la celebración de la escritura pública, tal como surge en la citada resolución, al establecerse: *“La firma Agroganadera Don Felipe S.A., tendrá 90 (noventa) días, contados a partir de la recepción por el Banco Nacional de Fomento de la mensura judicial a ser realizada... para la formalización de la operación. Caso contrario la misma quedará sin efecto”* (sic).

La autenticidad de esta resolución ha sido reconocida por la actora, al no haberla impugnada de falsedad, haciendo plena fe de la existencia del contrato (art. 383 CCP), el cual deber ser cumplido conforme a lo dispuesto en el artículo 715 CCP.

Por lo demás, no se advierte ninguna contrapropuesta formulada por el Banco Nacional de Fomento sino que por el contrario, existió aceptación de propuesta incluso principio de ejecución del contrato al haberse depositado una entrega inicial del precio del inmueble, el cual de ninguna manera puede computarse como señal del contrato dado que la actora reconoció expresamente que era como *“...entrega inicial por la adquisición de un inmueble propiedad del BNF...”* (sic).

Refuerza aún más esta tesis, el reconocimiento formulado por la actora en el marco del juicio caratulado “Instituto De Derecho y Economía Ambiental y Otros S/ Banco Nacional de Fomento Y Otros S/ Amparo”, agregado por cuerda, en el cual la recurrente textualmente manifestó: *“el Banco Nacional de Fomento, en su calidad de propietario del inmueble individualizado como Finca N° 974 del distrito de San Juan de Nepomuceno... vendió a favor de Agroganadera Don Felipe S.A. ...la mencionada venta fue autorizada por Resolución N° 11 Acta 9 de fecha 11 de febrero de 2003... La sociedad compradora del inmueble procedió al pago de la suma fijada como “entrega” del valor del precio que será fijado en función a la superficie a ser determinada por Mensura Judicial...”* (fs. 114/119).

Esta actitud contradictoria manifestada por una conducta anterior emanada de una misma parte, es lo que en doctrina se denomina la Teoría de los Actos Propios o Teoría de la Conducta Previa. Federico Berro en “La relevancia jurídica de la conducta anterior” (Ediciones Jurídicas A. Fernández, Montevideo, República Oriental del Uruguay) pone de resalto la figura en cuanto tiene en cuenta básicamente la buena fe (*“...La regla que se encuentra en la base de esta construcción jurisprudencial y doctrinaria ha sido resumida en diversos aforismo. Diez Picazo nos recuerda al Digesto –fragmento tomado del Ulpiano– donde la máxima se expresaba como adversas factuum suum... movere controversiam prohibetur–. Luego, entre los brocardos de Azo, se lo encuentra redactado como venire contra factum proprium nulli conceditur. En la jurisprudencia actual se siguen usando versiones similares tales como venire contra factum proprium non valet, cuyo sentido nos adelanta el contenido de la regla...”*) (sic).

El citado autor uruguayo, también reseña la importancia del instituto en la jurisprudencia de los tribunales argentinos, tanto es así que ha sido tema de grandes doctrinarios como también de congresos y seminarios de derecho, tal como las IX Jornadas de Derecho Civil celebrada en Mar del Plata en noviembre de 1983, donde se concluyó (La Ley, T. 1985 A, pág. 1000), (entre otras consideraciones), se concluyó que: *“1) El principio jurídico que desestima pretensiones contradictorias respecto de conductas anteriores, se*

*plasma en la regla venire contra factum proprium non valet; 2) Dicha regla encuentra fundamento en la buena fe objetiva, en la doctrina de la apariencia y en otros institutos jurídicos de cuño semejante; 3) Los requisitos de aplicación son los siguientes: a) una situación jurídica preexistente, b) una conducta del sujeto jurídicamente relevante y eficaz que suscite en la otra parte una expectativa seria de comportamiento futuro; c) una pretensión contradictoria condicha conducta, atribuible al mismo sujeto...” sic, op. cit.*

Reconociéndose pues la existencia del contrato, éste da razón suficiente a la posesión del inmueble en poder del demandado desde que la admisibilidad debió contar primeramente, con la demostración de la existencia de los efectos del contrato, puesto que mientras este exista, el poseedor tendrá una razón para ejercer la posesión.

De acuerdo a lo expuesto y poniendo énfasis en lo que dice el Código Civil en su artículo 372, “*Los derechos deben ser ejercidos de buena fe...*” se impone la confirmatoria del fallo apelado con imposición de costas a la recurrente, conforme a lo dispuesto en el artículo 192 y 203 inc a) CPC.

A sus turnos los Dres. Paredes Bordon y Gomez Frutos manifiestan que adhieren al voto del Dr. Baez Maiola 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.

RESUELVE: Confirmar la S.D. N° 760 de fecha 4 de setiembre de 2008. Imponer Costas a la parte recurrente. Anotar, registrar y remitir, copia de la Excma. Corte Suprema de Justicia.

*Miembros: Juan Carlos Paredes Bordon, Gerardo Baez Maiola y Raul Gomez Frutos. Ante mí: Abog. Ma. Teresa Cañete. Actuaría Judicial.*

## ACUERDO Y SENTENCIA N° 92

### **DAÑOS Y PERJUICIOS.** Responsabilidad civil

Los actos ilícitos son fuentes de obligaciones y como tales generan responsabilidad civil por los daños que causen. (Voto en minoría por su propio fundamento de la Dra. Ma. Sol Zuccolillo de Vouga)

### **PERSONERÍA JURIDICA**

El art. 91 del CC reconoce al Estado como persona jurídica, sujeto de derechos y obligaciones y responsable por hechos dañosos causados por sus órganos, empero conforme lo establece el art. 106 de la C.N. en concordancia con el art. 1845 del C.C. dicha responsabilidad tiene carácter supletorio o secundario, lo que implica que la víctima del ilícito deberá agotar previamente la acción contra el responsable personal y directo del ilícito y sólo en caso de insolvencia dirigir la acción contra el Estado, que a su vez, tiene opción de repetición de pago contra el funcionario. (Voto en minoría por su propio fundamento de la Dra. Ma. Sol Zuccolillo de Vouga)

### **DAÑOS Y PERJUICIOS.** Procedencia de la acción de daños y perjuicios

Resulta incuestionable que la promoción de una querrela criminal se constituye en agravante y lesiva al honor, dignidad y honra de persona, por lo que desde esta perspectiva,

la reclamación de resarcimiento al responsable de dicho acto es procedente. (Voto en minoría por su propio fundamento de la Dra. Ma. Sol Zuccolillo de Vouga)

**DEMANDA CONTRA EL ESTADO.** Beneficio de excusión

En el caso de sobrevenir condena sobre el funcionario y si su patrimonio resultare insuficiente o decididamente fuere insolvente, recién entonces el Banco Central del Paraguay tendría que cumplir con la obligación impuesta judicialmente. (Voto en minoría por su propio fundamento de la Dra. Ma. Sol Zuccolillo de Vouga)

**EXCEPCION DE FALTA DE ACCIÓN.** Procedencia de la excepción de falta de acción.

**DAÑOS Y PERJUICIOS.** Responsabilidad del Estado.

Se hace lugar a la excepción de falta de acción cuando se demanda únicamente al estado, Banco Central del Paraguay, como responsable directo del acto ilícito cometido por sus funcionarios en ejercicio de su cargo. (Voto en minoría por su propio fundamento de la Dra. Ma. Sol Zuccolillo de Vouga)

**DEMANDA CONTRA EL ESTADO.** Beneficio de excusión

En materia de responsabilidad institucional, ya sea del Estado o algunos de sus entes, es únicamente subsidiaria. (Voto de la mayoría)

**SENTENCIA.** Ejecución de Sentencia. **DEMANDA CONTRA EL ESTADO**

La demanda tanto al funcionario como al Ente público, puede y debe sustanciarse en el mismo juicio, a fin de hacer ejecutable la sentencia contra el ente. (Voto de la mayoría)

**DAÑOS Y PERJUICIOS.** Responsabilidad subjetiva

La responsabilidad legislada en los art. 1845, es la conocida como la responsabilidad subjetiva del Estado o los entes de Derecho Público, en contraposición a la denominada responsabilidad objetiva. (Voto de la mayoría)

**DAÑOS Y PERJUICIOS.** Responsabilidad subjetiva

Tanto el art. 106 de la C.N. como el art. 1845 del C.C. condicionan la subsidiariedad de la responsabilidad del Estado o de los Entes públicos, a que el daño al tercero se haya originado en un acto ilícito del funcionario en el ejercicio de sus funciones. (Voto de la mayoría)

**DAÑOS Y PERJUICIOS.** Responsabilidad subjetiva

Para que el Estado o el ente público se escude en la subsidiariedad debe acreditar que el actuar del funcionario no ha sido regular ni conforme a derecho sino un actuar ilícito. (Voto de la mayoría)

**DAÑOS Y PERJUICIOS.** Responsabilidad objetiva

Cuando el acto del funcionario es ajustado a la norma, es decir cuando el daño se origina en una actividad regular y propia del ente, la responsabilidad a considerarse debe ser la objetiva y no la subjetiva. (Voto de la mayoría)

**DAÑOS Y PERJUICIOS.** Lucro cesante

Al quedar firmes los actos administrativos que depusieron la cesantía del funcionario, ha quedado confirmada la destitución, no pudiendo en consecuencia solicitarse ni salarios caídos y los otros rubros derivados, vacaciones y aguinaldos, o la pérdida de chance laboral, ya que no existe disposición judicial que declare la ineficiencia de las resoluciones administrativas y consecuentemente la reposición en el cargo o en el pago de los salarios, por lo que debe desestimarse la demanda en relación a esos rubros. (Voto de la mayoría)

**DAÑOS Y PERJUICIOS.** Daño moral

El hecho de haber soportado prisión preventiva, no es fundamento suficiente para solicitar una reparación en concepto de daño moral, y en cuanto a las publicaciones periodísticas, las mismas no son responsabilidad del Estado (BCP) el que solo ha cumplido el deber que le impone la ley vigente en la época de los sucesos, de denunciar la existencia de hechos ilícitos. (Voto de la mayoría)

TApel. Civ. Y com. Segunda Sala. 30-09-2009. “Fernando Javier Telesforo Ibarra González c. Banco Central del Paraguay s/ Indemnización de Daños y Perjuicios” (Ac. Y Sent. N° 92)

Asunción, 30 de setiembre de 2009.

Cuestiones:

Es nula la sentencia apelada?

En caso negativo, esta ajustada a derecho?

Practicando el sorteo, resulto que debían votar los Señores Miembros en el Siguiete orden: Maria Sol Zuccolillo Garay de Vouga, Juan Carlos Paredes Bordón, Gerardo Báez Maiola.

A la Primera Cuestión la Dra. Zuccolillo Garay de Vouga dijo: el recurrente desiste expresamente del recurso y dado que no se advierten vicios que ameriten el pronunciamiento de oficio, corresponde tenerlo por expresamente desistido.

A sus turnos los Dres Paredes Bordón y Báez Maiola votaron en igual sentido.

A la segunda cuestión la Dra., Zuccolillo Garay de Vouga prosiguió diciendo. Por medio de la S.D. N°. 409 de la fecha 11 de junio de 2008 (fs. 262/268), el Juzgado de la Primera Instancia Civil y Comercial, Noveno Turno resolvió: “Hacer lugar a la excepción de falta de acción deducida como medio general de defensa por el Banco Central del Paraguay, y en consecuencia, rechazar, la presente demanda que por indemnización de Daños y Perjuicio promueve el Sr. Fernando Javier Telesforo Ibarra González contra el Banco Central del Paraguay por improcedente, de conformidad a los términos del exordio de la presente resolución: Imponer costas a la parte actora; Anotar...(sic).

Esta resolución causa agravio a la actora (fs. 275/276), sosteniendo que el A-quo se equivoco al aplicar el artículo 1845 CCP, porque confundió una acción civil con una penal. Al respecto, esgrime que la mencionada disposición se da sólo para los actos ilícitos cometidos por funcionarios en ejercicios de sus funciones y que la relación en cuestión se halla definida como indemnización de daños y perjuicios derivados de una relación laboral, por un despido injustificado, circunstancia que lo habilita a ejercitar la acción civil o laboral. Agrega que con la aplicación del criterio referido se han violentado los artículos



1835 y 1836 CCP, así como el 39 y 94 de la Constitución Nacional. Concluye señalando que debieron ser aplicados los artículos 1842, en concordancia con el 98 del Código Civil.

En el presente caso, la única cuestión gira en torno a determinar si el Banco Central del Paraguay, es responsable directo, por la inclusión de ex funcionario Fernando Javier Telesforo Ibarra González, en la querrela criminal, que concluyo en su sobreseguimiento libre y definitivo, dado que la discusión acerca de la naturaleza de la acción para reclamar el acto ilícito, no fue materia de debate en la instancia previa, por lo que su estudio está expresamente prohibido por el artículo 420 CPC.

En este menester, de constancias procesales se colige que Fernando Javier Telesforo Ibarra González, promovió demanda ordinaria de indemnización de daños y perjuicios contra el Banco Central del Paraguay, por haber sido incluido injustamente en una querrela criminal, solicitando una condena de Gs. 571.000.000, en concepto de lucro cesante y daño moral. En ese sentido, sostuvo que en el año 1990 fue nombrado funcionario de la entidad demandada hasta que en fecha 28 de mayo de 1996, conforme Resolución N° 5, Acta N° 101 de dicha fecha (fs. 11/13), dictada por el Banco Central del Paraguay y a raíz de su sumario administrativo, la entidad ordeno la destitución en base de hecho consistente en el desvío fraudulento de fondos de la Copaco. Como consecuencia de ello, se inicio una querrela criminal en su contra que termino con el sobreseguimiento libre, conforme consta en el A.I. N° 515 de la fecha 11 de mayo de 2000, dictada por el juzgado Penal de liquidación y Sentencia N° 2 (fs. 31/33), por medio del cual se lo encontró exento de responsabilidad criminal en el ilícito que se le atribuye.

En base a ello solicito indemnización por los daños causados por la injusta acusación. Por su parte, el Banco Central del Paraguay, opuso excepción de falta de acción como medio general de defensa, basado en la responsabilidad subsidiaria del Estado, conforme a la establecido en el artículo 106 CN y 1845 CCP. Al respecto, alegó que la demanda debió plantearse contra los funcionarios responsables del hecho que se investigó en la causa penal y subsidiariamente contra el Banco Central del Paraguay. En tanto que la actora arguyó que el Banco Central del Paraguay, era responsable directo de los actos de sus órganos, citando al efecto los artículos 94, 96, 97 y 98 del Código Civil.

Así quedo trabada la litis.

Los actos ilícitos son fuentes de obligación y como tales generan responsabilidad civil por los daños que causen. Así tenemos que el artículo 1833 del Código Civil dispone: “El que comete un acto ilícito queda obligado a resarcir el daño. Si no mediere culpa, se debe igualmente indemnización en los casos previstos en la ley, directa o indirectamente” (sic). El artículo siguiente, establece los elementos de dichos actos ilícitos a saber: a) la antijuricidad; b) la imputabilidad; c) el daño; d) la relación con el hecho y daño.

Por su parte, el artículo 91 CCP, reconoce al Estado como persona jurídica, por ende, sujeto de derechos y obligaciones responsable por hechos dañosos causados por su órganos. Empero, conforme lo establece el artículo 106 de nuestra Carta Magna, en concordancia con el artículo 1845 CCP, dicha responsabilidad tiene carácter supletorio o secundario, lo que implica que la víctima del ilícito deberá agotar previamente acción contra el responsable personal y directo del ilícito y solo en caso de insolvencia dirigir la acción contra el Estado, que a su vez, tiene la opción de repetición de pago contra el funcionario.

De acuerdo a la Carta Orgánica del Banco Central del Paraguay, el Banco es una persona Jurídica de derecho publico (art. 1) la dirección y Administración del Banco estará a cargo de un Directorio (art. 9), el cual tiene la atribución y el deber de ordenar la instrucción de sumarios administrativos, aplicar sanciones, designar, suspender, remover o sancionar al Gerente General y a los demás funcionarios de la Institución. Por su parte el Presidente de dicha institución Bancaria, que es el Presidente del Directorio, tiene la representación legal del Banco a todos los efectos y en especial ante los tribunales de justicia o arbitrales (artículo 20).

Resulta incuestionable que la promoción de una querrela criminal injusta se constituye en agravante y lesiva al honor, dignidad y honra de la persona, por lo que desde esta perspectiva, la reclamación de resarcimiento al responsable de dicho acto es procedente. Sin embargo, en la especie ocurre que el demandado es una entidad del Estado, el Banco Central del Paraguay, por lo que en base a lo dispuesto en el artículo 106 CN, en concordancia con el art. 1845 CCP, la responsabilidad por dicho ilícito debe recaer en primer lugar contra los autores directos del acto y solo en caso de insolvencia de este, contra la entidad del Estado.

Esta circunstancia no implica que no puedan ser sujetos pasivos simultáneamente con el funcionario obligado al resarcimiento. En caso de sobrevenir condena sobre el funcionario, y si su patrimonio resultare insuficiente o decididamente fuere insolvente, recién entonces el Banco Central del Paraguay, tendría que cumplir con la obligación impuesta jurisdiccionalmente. Este orden sucesivo es conocido como beneficio de excusión (“embargo o ejecución de los bienes del deudor principal antes de proceder contra los del fiador que este pague lo que el valor de aquellos no alcanza a satisfacer” Gonzalo Fernández de León, Diccionario Jurídico, T. II, Edit. ABECE SRL, Bs. Aires, Rep. Arg. 1961), lo cual no significa que deba hacerse primeramente una demanda contra la persona del funcionario y otra, posterior contra el ente. Por el contrario, por los principios de unidad procesal, en primer termino y de seguridad jurídica ante la posibilidad de sentencias contradictorias sobre una misma cuestión en segundo, amén del de economía procesal, necesariamente tienen que haber litis consorcio pasiva, integrada por el funcionario y el ente respectivo.

Pero en la especie resulta que al demandarse únicamente en Banco Central del Paraguay como responsable directo del acto ilícito cometido por sus funcionarios en ejercicio de su cargo, la acción no podía prosperar en su contra, por lo que en estas condiciones, corresponde confirmar la resolución que hizo lugar a la excepción de falta de acción y rechazo de la demanda. En cuanto a las costas, las mismas deben ser impuestas a la recurrente de conformidad a lo dispuesto en los artículos 192 y 203 inc a) CPC

A su turno el Dr. Paredes Bordón Dijo. La sentencia en alzada, resolvió hacer lugar a la excepción de falta de acción opuesta como medio general de defensa por la parte demandada Banco Central del Paraguay.

Contra dicha decisión, la parte actora expresa sus agravios, fs. 275, señala que el A-quo, al aplicar la disposición del Art. 1845 del CC, confundió la acción civil con acción penal, derivada de una cuestión delictual.

La parte demandada, por su parte, al contestar el traslado, fs. 278, señala que la decisión del A-quo, se halla ajustada a derecho, ya que la responsabilidad de las

instituciones del estado, es siempre subsidiaria, y el actor no ha demandado a los funcionarios responsables del dictado de las resoluciones que determinaron su cesantía como funcionarios responsables del dictado de las resoluciones que determinaron su cesantía como funcionario del BCP, y su inclusión en el proceso penal, como los disponen los Arts. 106 del CPC y 1845 del CCP.

En autos, el actor, ex funcionario del BCP, demanda a la dicha institución reclamando indemnización por daños y perjuicios por falsa querrela, daño moral y lucro cesante. Argumenta que el mismo fue incluido en el sumario administrativo formado en el Banco Central del Paraguay en averiguación de un hecho delictuoso, irregularidades en la transferencia de fondos por medios fraudulentos de la Cta. Cte. En moneda Extranjera N° 148 pertenecientes a la Administración Nacional de Telecomunicaciones, Antelco, por la suma de 1.410.416,20 Dólares Americanos y su acreditamiento en la Cta. Cte. N° 500086-1 del Banco de Desarrollo del Paraguay S.A., perteneciente a Miguel Angel Arika, Julio Cesar González y Nidia Cantero, y como consecuencia de dicha inclusión en el sumario administrativo, se le aplico sanción de destitución de conformidad al Art. 41 punto 4 del Estatuto del personal del Banco Central, destitución que fue dispuesta por el directorio del Banco Central del Paraguay, por resolución N° 5 Acta N° 101 de fecha 28 de mayo de 1.996.

Que el mismo fue además incluido en el sumario penal instruido en sede judicial, habiéndose dictado auto de detención y reclusión preventiva, A.I. N° 372 de fecha 11 de abril de 1996.

Que finalmente por A.I. N° 515 del 11 de mayo de 2000, el mismo fue sobreseído en dicha causa.

Que la presente acción, va enderezada, sostiene el recurrente, al obtener una justa indemnización por los daños causados en su persona, patrimonio, y bienes, solicitando el pago resarcitorio en los siguientes rubros: lucro cesante, 6 años de salarios devengados, 180.000.000, 30% de ajuste, 54.000.000, vacaciones y aguinaldo, 60.000.000, perdida de oportunidades laborales, 27.000.000, daño moral, 250.000.000, totalizando la suma de Gs. 571.000.000.

Al contestar la demanda, el Banco Central del Paraguay, opuso como medio general de defensa, la falta de acción pasiva, fundando en que la responsabilidad de la institución, de existir, seria en todo caso subsidiaria, fundándose en las disposiciones de los Arts. 106 de la Constitución Nacional y 1845 del Código Civil, alegando que la demanda debió promoverse en primer término contra los funcionarios responsables del hecho que se investigo en la causa que formara parte del actor y subsidiariamente contra el Banco Central.

En cuanto al fondo de la cuestión, sostiene que las resoluciones administrativas que dispusieron la cesantía del Actor, es decir, las resoluciones del Directorio del Banco Central del Paraguay, dictadas como consecuencia del sumario administrativo, resolución N° 5, Acta 101 del 28 de mayo de 2006, fue objeto primeramente de un recurso de reconsideración, el cual fue rechazado por resolución N° 1 Acta N° 116 del 19 de junio de 1996. Posteriormente se dedujo contra dichas decisiones, la acción contenciosa administrativa, habiéndose sido rechazada por el Tribunal de Cuentas por A.I. N° 111 del 17 de marzo de 1997 dictado por el Tribunal de Cuentas primera Sala, el cual quedo firme

al ser declarada la caducidad de los recursos que se habían interpuesto contra la misma, en la Corte Suprema de Justicia, por A.I. N° 1265 de fecha 21 de octubre de 1997, con lo cual ha quedado firme la resolución original que dispuso la destitución del actor.

Es decir, como que los actos administrativos que dispusieron la cesantía del actor en su calidad de funcionario del BCP, no han sido desvirtuados, la actuación del Banco se ha ajustado a derecho, ello surge de la confirmación de los actos administrativos, cual sería entonces el fundamento de la promoción de una demanda por indemnización de daños y perjuicios.

Sostiene mas adelante que la sentencia recaída en sede penal carece de efectos vinculatorios para sus exigencias en el Banco Central del Paraguay, en cuanto a despido injustificado, salarios caídos y demás remuneraciones que se pretende en la demanda. Ello podría ocurrir solo si se hubiera revocado el acto administrativo que dispuso la cesantía del actor.

Tampoco el hecho de haber soportado prisión preventiva, es fundamento bastante para solicitar una reparación en concepto de daño moral, y en cuanto a las publicaciones periodísticas, las mismas no son responsabilidad del Banco Central, el cual por otro lado, solo ha cumplido el deber que le impone el Art. 110 de la Ley 200/70, vigente en la época de los sucesos, de denunciar la existencia de hechos ilícitos.

Así quedo trabada la litis, habiendo el A-quo, resuelto favorablemente la excepción de falta de acción como medio general de defensa, consecuentemente ha rechazado la demanda.

En materia de responsabilidad institucional, ya sea del Estado o algunos de sus entes, en general la doctrina tanto extranjera como nacional y la jurisprudencia de los tribunales paraguayos, se ha inclinado por considerar que la misma es únicamente subsidiaria. Es decir, que solo procede en caso de insolvencia del funcionario responsable, que debe ser demandado en primer lugar.

Se ha concordado, igualmente, que la demanda tanto al funcionario como al ente, puede y debe sustanciarse en el mismo juicio, a fin de hacer ejecutable la sentencia contra el ente.

Tal como lo hizo el A-quo, la tendencia se basa en las disposiciones del Art. 106 de la Constitución Nacional y 1845 del CCP.

Las mencionadas normas disponen: “Constitución Nacional Art. 106 de la Responsabilidad del Funcionario y del empleado público: Ningún funcionario o empleado público esta exento de responsabilidad. En los casos de transgresiones, delitos o faltas que cometiesen en el desempeño de sus funciones, serán personalmente responsables, sin perjuicios de la responsabilidad subsidiaria del estado, con derecho de éste a repetir el pago de lo que llegase a abonar en tal concepto.”

Código Civil Paraguayo . Art. 1845: “Las autoridades superiores, los funcionarios y empleados públicos del Estado, de las Municipalidades, y de los entes de Derecho Publico serán responsables, en forma directa y personal, por los actos ilícitos cometidos en el ejercicio de sus funciones. Los autores y coparticipes responderán solidariamente. El estado, las municipalidades y los Entes de Derecho Publico responderán subsidiariamente por ellos en caso de insolvencia de éstos”.

La responsabilidad legislada en estos artículos, es la conocida como la responsabilidad subjetiva de Estado o los entes de Derecho Publico, en contraposición a la denominada responsabilidad objetiva.

Constituye también una excepción al régimen general de responsabilidad civil de las personas jurídicas, recordemos que el Estado y los entes públicos, son personas jurídicas, Art. 91 del CCP, y por ende responden del daño o perjuicio que lo mismo causen en el desenvolvimiento de sus actividades, conforme a lo dispuesto en el Art. 98 que dice: “Las personas jurídicas responden del daño que los actos de sus órganos hayan causado a terceros, trátase de una acción u omisión y aunque sea delito, cuando los hechos han sido ejecutados en el ejercicio de sus funciones y en beneficio de la entidad. Dichos actos responsabilizan personalmente a sus autores con relación a la persona jurídica. Responden también las personas jurídicas por los daños que causen sus dependientes o las cosas de que se sirven, conforme las normas de este código.”

El principio general viene a ser entonces, que la persona jurídica responde directamente ante al tercero damnificando cuando el accionar sus órganos, o sea las personas que la componen, haya causado daño a tercero, en el cumplimiento de sus funciones.

Como la regla del Art. 1845 del CC, es una excepción, su interpretación debe ser restrictiva, y condicionada al cumplimiento de sus presupuestos.

En efecto, tanto el Art. 106 de la CN, como el 1845 del CC, condicionan la subsidiariedad de la responsabilidad del Estado o de los entes públicos, a que el daño al tercero se haya originado en un acto ilícito del funcionario, en el ejercicio sus funciones.

De modo, que para que el Estado o el ente publico, se escude en la subsidiariedad, debe acreditar que el actuar del funcionario no ha sido regular ni conforme a derecho, sino un actuar ilícito.

Cuando el acto del funcionario es ajustado a la norma, es decir cuando el daño se origina en una actividad regular y propia del ente, la responsabilidad a considerarse debe ser la objetiva, y no la subjetiva.

Esta responsabilidad, se halla prevista en el Art. 39 de la Constitución Nacional, “Del Derecho a la Indemnización Justa y Adecuada: Toda persona tiene derecho a ser indemnizada justa y adecuadamente por los daños o perjuicios de que fuese objeto por parte del Estado. La ley reglamentará este derecho.”

En un Estado de derecho, no se concibe la irresponsabilidad estatal o de los entes públicos, por los daños que causen a terceros, en el desenvolvimiento de sus gestiones.

Ello en base al principio de igualdad jurídica, puesto que de admitirse una irresponsabilidad de dichos entes, los mismos gozarían de un estatus de privilegio en comparación con las demás personas jurídicas.

Ni aun la ausencia de la ley reglamentaria puede constituir un impedimento para el reclamo del afectado. Art. 45 CN in fine.

La parte demandada, no ha sostenido que los directores del Banco Central del Paraguay, que suscribieron la resolución de destitución del actor como funcionario del BCP, hayan actuado ilícitamente, al contrario, han señalado que dicha decisión se ajusta a derecho y las obligaciones que los mismos tenían en su calidad de directores del BCP de

funcionarios públicos, a la luz de la disposición del Art. 110 de la Ley 200/70 vigente de esa época.

Es mas, el principal argumento de la demanda, lo constituye la legalidad de las decisiones adoptadas por las autoridades del BCP, resolución N° 5, Acta 101 del 28 de mayo de 2006, y la Resolución N° 116 del 19 de junio de 1996, por las cuales se dispuso la destitución del actor y se rechazo la reconsideración interpuesta por el mismo, legalidad y regularidad, que ha quedado firme, desde que no prospero la demandada contencioso administrativa contra las mismas.

No cabe dudas, de que si un funcionario actúa ilícitamente en el ejercicio de su cargo y con ello causa daño, las disposiciones de los Art. 106 de la CN y 1845 de CC, son de aplicación directa pero, cuando el actuar de los funcionarios se ha limitado al cumplimiento normal y regular de sus funciones, la responsabilidad por los daños que causen dicha actividad, sigue el principio general del Art. 98 del Código Civil, no el de la excepción del Art. 1845, porque falta el requisito de ilicitud, que requiere este último artículo, siendo la responsabilidad del Estado, la reglada en el Art. 39 de la Constitución Nacional, y no la del Art. 106 de la misma.

La falta de acción opuesta, debió en consecuencia, ser rechazada, debiendo revocarse en este punto la sentencia en alzada.

Habiéndose rechazado la excepción de falta de opuesta como medio general de defensa, corresponde entrar a estudiar el fondo de la cuestión.

Al respecto, el actor, solicita indemnización en los siguientes rubros: Lucro cesante, 6 años de salarios devengados, 180.000.000, 30% de ajuste, 54.000.000, vacaciones y aguinaldo, 60.000.000, perdida de oportunidad laborales, 27.000.000, Daño moral, 250.000.000, totalizando la suma Gs. 571.000.000.

Los rubros solicitados podemos dividirlos en dos categorías, por un lado los derivados del cese de la relación laboral, lucro casante consistente en salarios devengados, el ajuste de los mismos salarios, vacaciones y aguinaldo, y la perdida de chance laboral, y por otro el resarcimiento por el daño moral sufrido por el actor a partir de la inclusión en sumario criminal, habiéndose dictado auto prisión inclusive contra el mismo.

Con respecto al primer grupo de reclamo, los mismos no pueden prosperar, puesto que para que eso suceda, los actos administrativos que dispusieron la cesantía del funcionario, debieron ser revocados o haber quedado sin efecto, lo cual no ha ocurrido en el presente caso, donde la demandada ha demostrado, sin que el actor lo rebata, que dichas decisiones , Resoluciones N° 5, Acta 101 del 28 de mayo de 2006, y resolución N° 1 Acta N° 116 del 19 de junio de 1996, se encuentra a la fecha firme y vigentes, al no haber prosperado las acciones contenciosas administrativas incoadas contra las mismas.

Al quedar firme dichos actos administrativos, ha quedado confirmada la destitución, no pudiendo en consecuencia solicitarse ni salarios caídos y los otros rubros derivados, tales como el reajuste las vacaciones y aguinaldos, o la perdida de chance laboral, ya que no existe disposición judicial que declare la ineficacia de las resoluciones y consecuentemente la reposición en el cargo o pago de los salarios, por lo que debe desestimarse la demanda en relación a estos rubros.

En cuanto a la indemnización por daño moral, también reclamada, la misma se fundamente en el hecho de haber sido incluido el actor en el juicio criminal incoado a raíz

de la denuncia y querrela promovida por el BCP, a raíz de los mismos hechos que motivaron la destitución del actor de su calidad de funcionario de la institución bancaria.

Para justificar este rubro, expresa el demandante a f. 60: *“el deshonor abre la sociedad en que se desenvuelve, parientes, compañeros de estudios y amigos, que a partir de ahí lo trataron con recelo, cuchicheos y comentarios desfavorables a su persona, atendiendo a su edad honorabilidad y reputación como hombre de bien, que se proyecta hasta los sesenta años y mas, cerrándose para el toda oportunidad laboral y el hecho de la amenaza de un acto privativo de libertad, derecho inherente a la personalidad humana, produciéndose un traumatizante estado de constante temor..”*

A su turno el representante de la demandada, abog. Carlos Nuñez, señala en contestación a este rubro, expresa a fs. 102: *“ya desde el antiguo derecho romano, naeminen inedir qui sou jure utitur, es decir ejerciendo un prerrogativa legalmente autorizada nadie puede ser imputable de daño alguno “ y añade mas adelante; “lo que libera al fin de la responsabilidad es el modio como se ejercita el derecho. El que causa el daño incurrirá en responsabilidad civil y será condenado al resarcimiento si se comprueba que el daño injusto era evitable. En el campo de la responsabilidad civil, el ejercicio de un derecho obra como causa de justificación, estos es, excluye que surja la obligación de resarcir integralmente el daño. Toda vez que en el caso en el que se produjo el daño a tercero era inevitable a los fines del ejercicio del derecho.”*

En primer término, digamos que el bien común, como uno de los fines del Estado, no se compadece con la existencia de un Estado indiferente e irresponsable de los daños causados por la gestión,

Jorge Mosset Iturraspe, en Responsabilidad Civil, Doctrinas Esenciales, Publicado por la ley, tomo III, pag. 20 señala: *“El jurista se ha planteado la exigencia de una reinterpretación de la injusticia del daño y de la función que cumple. Nadie es titular de un derecho a dañar, en la medida en que todo perjuicio es un ataque al derecho a la integridad física, espiritual o patrimonial, Hay, e rigor, un derecho, del cual es titular toda persona, a no ser dañado. Los bienes – la vida humana y los bienes – intereses son bienes jurídicos y el menoscabo a los mismos configura un daño injusto. En tanto el interés de la víctima no sea contrario a derecho, es un interese legítimo y, por tanto, merecedor de protección. Todo ello conduce a una serie abierta de ilícitos resarcibles, a la atipicidad del ilícito. La antijuricidad esta dada, entonces, por la transgresión de la regla primaria neminem laedere y no por la violación de un concreto derecho subjetivo.”*

El sistema de responsabilidad y cosecuente resarcimiento que nos plantea el nombrado jurista, se basa entonces en que cualquier acto, aun cuando el mismo sea legal o lícito, si ocasiona un daño genera la obligación de resarcir, sin tener en consideración los factores tradicionales de culpa o dolo como base de dicha obligación.

En el caso de autos, la demandada se ampara como causa de justificación, en la obligación que como funcionarios y entidad tenían de denunciar la existencia de un acto delictual, establecido en el Art. 110 del Código de Procesamientos Penales, vigentes en esa época, por lo que considera que el accionar del BCP, era inevitable y no tenia otra alternativa, que proceder como lo hizo, denunciando la existencia del ilícito, así como indicando las personas involucradas.

Ahora bien, esa obligación legal, se agota en la denuncia, por que ese es el imperativo legal, sin embargo en el caso, BCP, no quedo en la denuncia sino que fue mas allá, porque asumió el rol de querellante, mostrándose parte en el proceso penal, y obviamente, ofreciendo, diligenciando pruebas, y realizando las actuaciones procesales, a que dicha calidad le faculta.

Esta actividad no se compadece con lo expuesto por el representante de la demandad, que habla de la conducta del BCP, resulta inevitable, porque el mismo si bien tenia la obligación de denunciar, no lo tenia el mismo deber de asumir el rol de querellante particular, y sobre esta actitud, es que debe responsabilizarse del daño causado.

Y esencialmente hablamos del daño moral, es decir, del menoscabo espiritual, de la aflicción sufrida por el hecho de estar incluido por un preceso penal, ampliamente publicitado, y que evidentemente le resta valor tanto a su honra personal, como ante la sociedad. Cierta que el BCP, no puede responder por las publicaciones, pero no es esa la base de su responsabilidad, sino reiteramos, el haber asumido el rol de querellante particular, lo que va mas allá de la obligación que era solo la de denunciar.

Ahora bien, en la circunstancia particular del presente, se tiene que la base del reclamo es el sobreseimiento libre dictado a su favor por el Juzgado en lo penal de primera Instancia, por medio del A.I. N° 515 de fecha 11 de mayo de 2.000m y ocurre que dicha resolución ha sido revocada por medio del AIN° 371 de fecha 23 de noviembre de 2002, cuya copia a pedido de este tribunal, dentro de las facultades ordenatorias previstas en el Art. 18 del CPC, ha sido agregada a estos autos.

En estas condiciones, no corresponde hacer lugar a la demanda promovida por el actor, debiendo rechazarse la misma, con costas a la perdidosa. Es mi voto.

A su turno el Dr. Báez Maiola. 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.

**RESUELVE:** Tener por desistido el recurso de nulidad. Confirmar la S.D.N° 409 de fecha 11 de junio de 2008, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Noveno turno. Anotar, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

*Miembros Juan Carlos Paredes Bordón, Mario Sol Zuccolillo Garay de Vouga y Gerardo Báez Maiola. Ante mi: Abog. Ma. Teresa Cañete. Actuaría Judicial.*

## ACUERDO Y SENTENCIA N° 97

*Cuestión debatida: En el presente caso, la cuestión gira en torno a determinar la responsabilidad objetiva del Estado por acto ilícito cometido por uno de sus dependientes con un vehículo de su propiedad, es decir, lo que en doctrina se conoce como responsabilidad "in eligendo" ó "in vigilando".*

### **DAÑOS Y PERJUICIOS.** Principios generales

Cuando se pretende obtener una indemnización por daños y perjuicios producidos en accidente de tránsito, deben concurrir: a) hecho generador; b) el daño causado; c) la



responsabilidad del agente en el evento por elucidación de la culpa (total, parcial, compartida o concurrente); d) justificación del *quantum* o valoración económica del daño.

**PRUEBA DE TESTIGOS.** Apreciación de la prueba testimonial

El art.342 del CPC hace referencia a casos en que la declaración de testigos sea incoherente, poco creíble, o que se dude que el testigo haya efectivamente presenciado o tomado conocimiento del hecho en sí. Pero no a la vinculación personal del testigo, o un posible reracionamiento con alguna de las partes.

**DAÑOS Y PERJUICIOS.** Responsabilidad por el hecho ajeno. **OBLIGACIONES**

La ANDE, no puede quedar eximida de responsabilidad, pese a haber afirmado que su funcionario no estaba autorizado a utilizar el automotor, porque al ser propietaria del rodado, debió realizar la diligencias necesarias para que dicho vehículo sea efectivamente entregado a la unidad respectiva una vez concluida la misión encomendada al funcionario.

**DAÑOS Y PERJUICIOS.** Responsabilidad por el hecho ajeno.

Habida cuenta de la actitud de la Entidad tolerante y displicente por no haber controlado y vigilado que su dependiente devuelva el vehículo de su propiedad, una vez terminada la comisión, aquella no puede exonerarse de la culpa, dado que omitió los cuidados exigidos por las circunstancias del caso, tal como lo preceptúa el art. 421 del CC., por lo cual debe asumir el 60% de la condena por lucro cesante y daño moral.

**DAÑOS Y PERJUICIOS.** Daño moral

La vida humana aparte del valor afectivo que tiene para los familiares, constituye un bien susceptible de apreciación económica y su pérdida debe ser indemnizada en forma que resulte una reparación plena para la determinación del resarcimiento por daño derivado de la muerte de una persona, tomándose circunstancias particulares de cada caso, tales como la profesión, educación, ganancias e ingresos, carácter accidental o habitual de los mismos, aptitud para el trabajo, condición social, etc. Por lo que corresponde hacer lugar a la reclamación por daño moral

TApel. Civ. y com. Segunda Sala. 12-10-2009. “Victor Benitez Figueredo c. Juan Carlos Rojas Domínguez s/ Indemnización de Daños y Perjuicios” (Ac. y Sent. N° 97)

Asunción, 12 de octubre de 2009.

Cuestiones:

Es nula la sentencia apelada?

En caso negativo, esta ajustada a derecho?

Practicado el sorteo, resultado que debían votar los Señores Miembros en el siguiente orden: Zuccolillo Garay de Vouga, Baez Maiola, Paiva Valdovinos.

A la primera cuestión la Dra. Zucolillo Garay de Vouga dijo: la entidad codemandada solicita la nulidad de la resolución pero ocurre que el recuso no ha sido interpuesto en la instancia previa, conforme surge de f. 359 de autos, por lo que atendiendo a que no se advierten vicios que ameriten el pronunciamiento de oficio, corresponde desestimarlos.

Por su parte, el codemandado Juan Carlos Rojas Dominguez, no lo funda en los términos del artículo 419 CPC, correspondiendo en consecuencia, declararlo desierto en base al artículo mencionado.

A sus turnos los Dres. Baez Maiola y Paiva Valdovinos votaron en el mismo sentido.

A la segunda cuestión la Dra. Zuccolillo Garay de Vouga prosiguió diciendo: por medio de la S.D. N° 316 de fecha 30 de abril de 2007 (fs. 327/341), se hizo lugar con costas, a la demanda promovida por Victor Benitez contra Juan Carlos Rojas Dominguez y la Administración Nacional de Electricidad (ANDE), condenando a los mismos al pago de la suma de Gs. 1.200.000.000 soportados por los demandados en autos, en la proporción del 60% a la Entidad demandada y la restante del 40% por el demandado Juan Carlos Rojas Dominguez. Asimismo se impuso la obligación de pagar un interés mensual del 2,5% calculado sobre el monto de la condena, a partir de quedar firme y ejecutoriada la presente resolución.

En tanto que por A.I. N° 1894 de fecha 13 de setiembre de 2007 (f. 352), el A quo rechazó el recurso de aclaratoria interpuesto por la ANDE, y Victor Benitez Figueredo, contra la citada sentencia definitiva.

La Primera de las citadas resoluciones agravia a ambos demandados, en tanto que la segunda, sólo a la ANDE.

En lo que guarda relación al A.I. N° 1894 de fecha 13 de setiembre de 2007, la ANDE, señala que el A quo fundó el rechazo del recurso de aclaratoria sin considerar las disposiciones establecidas en los artículos 387 y 163 CPC.

Respecto a la S.D. N° 316 de fecha 30 de abril de 2007, esgrime que en autos no quedó acreditada la propiedad del vehículo siniestrado. Asimismo, que el A quo no ha tenido en cuenta que las consecuencias fatales del accidente no solo se debieron a la imprudencia y negligencia del conductor del vehículo del ente estatal sino también a la excesiva velocidad con que circulaba el vehículo conducido por la víctima. Igualmente agravia a su parte el hecho que el A quo no ha valorado pruebas tales como: la de absolución de posiciones del codemandado Juan Carlos Rojas Domínguez y la del actor; informe remitido por el Ministerio de Justicia y Trabajo; partes policiales y las testificales. En este punto sostiene que todos los testigos propuestos por su parte han declarado en forma conteste sin ningún tipo de contradicciones, afirmando que precisamente fueron propuestos por ser quienes tenían un conocimiento personal, directo y certero sobre los hechos.

En cuanto a la responsabilidad en el evento, sostiene que no están dadas las condiciones legales exigidas para la aplicación de la responsabilidad subsidiaria, dado que el funcionario Juan Carlos Rojas Dominguez no se encontraba en ejercicio de sus funciones al momento de ocasionar el accidente de tránsito, extremo que según sostiene, fue demostrado a través de elementos suficientes. Aduce que el A quo luego de determinar que la culpa debía ser asumida por el conductor del rodado y en forma subsidiaria por la ANDE, concluye declarando la culpa concurrente de los demandados. Finalmente, arguye que no fue debidamente probado el monto percibido en concepto de salario por parte de la víctima.

Por su parte, el codemandado Juan Carlos Rojas Dominguez, se adhiere a los fundamentos expuestos por la ANDE, excepto en lo que guarda relación a la responsabilidad subsidiaria y culpa concurrente. En tal sentido, sostiene que el rodado es de la entidad estatal

codemandada y por tanto la misma también responde por los hechos ocurridos. En cuanto al monto de la condena arguye que el pago de la suma fijada en dicho concepto es de cumplimiento imposible.

En primer lugar hay que tener en cuenta que como todo juicio en el que se pretende obtener una indemnización por daños y perjuicios producidos en accidentes de tránsito, deben concurrir: a) hecho generador; b) el daño causado; c) la responsabilidad del agente en el evento por elucidación de la culpa (total, parcial, compartida o concurrente); d) justificación del *quantum* o valoración económica del daño.

En el presente caso, se encuentra probado tanto el hecho generador, los daños causados como consecuencia de dicho suceso, así como la responsabilidad del Sr. Juan Carlos Rojas Dominguez. En efecto, por medio de la S.D. N° 32 de fecha 22 de diciembre de 2003, dictada por el Juzgado Penal de Garantías N° 4, a cargo de la Abogada Norma Gamarra de Martínez, en el marco del expediente: “Ministerio Publico c/ Juan Carlos Rojas Dominguez S/ Sup. hecho punible contra la vida (homicidio)”, agregada a fs. 95/97 de autos, se ha resuelto: “1) Calificar la conducta antijurídica del justiciable Juan Carlos Rojas Dominguez dentro de las previsiones contenidas en el Art. 107, en concordancia con el 217, numeral 1 y 29 inc. 1° del Código Penal... 3) Condenar al acusado Juan Carlos Rojas Dominguez ..., a la pena privativa de libertad de dos años, en calidad de partícipe-autor, por la comisión del hecho punible contra la vida (homicidio culposo)...” (sic).

De esta manera, resulta incuestionable que como consecuencia del accidente de tránsito ocurrido en fecha 16 de febrero de 2003, en la Ruta Internacional N° 7, Dr. José Gaspar Rodríguez de Francia, a la altura del Km. 34, se produjo la muerte de Edgar Ricardo Benitez Ojeda y Digna Emerita Cano, y que dicho siniestro fue ocasionado por culpa de Juan Carlos Rojas Dominguez, quien conducía la camioneta marca FORD, tipo F1000, chapa N° 15965, Asunción con N° de Orden 170, propiedad de la Administración Nacional de Electricidad (ANDE).

En este contexto, al dictarse sentencia en sede penal, condenando a Juan Carlos Rojas Dominguez, por homicidio culposo de Edgar Ricardo Benitez y Digna Emerita Cano, hijo y concubina del actor, y hermano y madre de sus hijos menores, solo queda por analizar si la Administración Nacional de Electricidad, es responsable civilmente por dicho suceso, para posteriormente establecer el *quantum* de la condena.

Responsabilidad de la Administración Nacional de Electricidad (ANDE).

En el presente caso, la cuestión gira en torno a determinar la responsabilidad objetiva del Estado por acto ilícito cometido por uno de sus dependientes con un vehículo de su propiedad, es decir, lo que en doctrina se conoce como responsabilidad “*in iligendo*” o “*in vigilando*”. Queda claro entonces que no es materia de estudio la responsabilidad subsidiaria del Estado, la que impone que el funcionario se encuentre en ejercicio de su función (art. 1845 CCP), sino la regida por los artículos 421, 1833, 1842, 1843, 1846 CCP, que consagran la teoría del riesgo creado.

En este sentido el artículo 421 CCP preceptúa en su parte pertinente: “...*Habrá culpa cuando se omitieron aquellas diligencias exigidas por la naturaleza de la obligación y que correspondan a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar...*” (sic).

Por su parte, el Art. 1842 CCP establece: “*El que cometiere un acto ilícito actuando bajo la dependencia o con la autorización de otro, compromete también la responsabilidad*

*de éste. El principal quedará exento de responsabilidad si prueba que el daño se produjo por culpa de la víctima o por caso fortuito”.*

En tanto que el Art. 1846: *“El que crea un peligro con su actividad o profesión, por la naturaleza de ellas o por los medios empleados, responde por el daño causado, salvo que pruebe fuerza mayor o que el perjuicio fue ocasionado por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero”.*

Así tenemos que Victor Benitez Figueredo, además de demandar a Juan Carlos Rojas Dominguez, promovió acción contra la Administracion Nacional de Electricidad (ANDE), fundado en las normas contenidas en el artículo 1842 CCP, alegando en tal sentido, que en el momento de ocasionar el accidente el demandado, funcionario de la entidad, se encontraba en ejercicio de sus funciones y al mando de un vehículo de la repartición estatal, comprometiéndolo con ello, la responsabilidad de su empleador.

Por su parte la Entidad, al contestar la acción, negó responsabilidad en el hecho, alegando que Juan Carlos Rojas Dominguez, en fecha 16 de febrero de 2003, no se encontraba en ejercicio de sus funciones de “Fiscalizador de Obras”, ni autorizado por la ANDE para la utilización del vehículo Móvil N° 170, ni para circular en el Departamento de Alto Paraná. En este sentido sostuvo que por una Orden de Trabajo N° B-5014029 de fecha 3 de febrero de 2003, se le asignó al demandado junto con otros funcionarios, la camioneta antes mencionada para realizar trabajos de fiscalización de obras en los Departamentos Central, Cordillera, Caaguazú, desde el 3 de febrero de 2003 hasta el 15 de febrero de 2003, siendo culminada la función a las 20:00 horas del día 15 de febrero de 2003, señalando que por tanto era imposible pretender hacerla responsable, por un hecho que compete única y exclusivamente al conductor del rodado.

De las pruebas rendidas en autos, como ser la orden de trabajo N° B-5014029 (f. 145), la cual si bien fue impugnada por la adversa, no fue acreditada su invalidez, surge que efectivamente, el funcionario Juan Carlos Rojas Dominguez, debía devolver el vehículo a la Entidad, una vez terminada la misión de fiscalización encomendada, es decir, el día 15 de febrero de 2003, a las 20:00 horas. Esta situación fue admitida por el mismo funcionario, así como también corroborada por la prueba testifical (fs. 241, 242, 243, 246, 251).

Respecto a la prueba testifical, cabe advertir que el incidente de inidoneidad de testigos promovido por el actor resulta improcedente, debido a que el artículo 342 CPC, hace referencia a casos en que la declaración de testigos sea incoherente, poco creíble, o que se dude que el testigo haya efectivamente presenciado o tomado conocimiento del hecho en sí. Pero no a la vinculación personal del testigo, o un posible relacionamiento con alguna de las partes, tal como lo hemos señalado en el Ac. Y Sent. N° 56 de fecha 27 de mayo de 2008.

Sin embargo, más allá que se haya acreditado que Juan Carlos Rojas Dominguez, no estaba autorizado para utilizar la camioneta en el lugar y fecha del suceso, bajo ningún aspecto, la ANDE, puede quedar eximida de responsabilidad fundada en dicha circunstancia, porque al ser propietaria del rodado, debió realizar las diligencias necesarias para que dicho vehículo sea efectivamente entregado a la unidad respectiva, una vez concluida la misión encomendada al funcionario. Porque tampoco la Entidad acreditó que el perjuicio fue ocasionado por culpa exclusiva de la víctima, limitando su defensa al único argumento que el funcionario no estaba autorizado.

De esta manera, surge evidente que la actitud de la Entidad fue tolerante y disciplente, por no haber controlado y vigilado que su dependiente devuelva el vehículo de su propiedad, una vez terminada la comisión, por que no puede exonerársela de culpa, dado que omitió los cuidados exigidos por las circunstancias del caso, tal como lo preceptúa el citado artículo 421 CCP.

Queda claro, la propia negligencia en el control, por lo que por esta desidia El Estado Paraguayo no tiene alternativa de exención de responsabilidad civil ante un daño que, sin lugar a dudas, pudo ser evitado a través de los correspondientes controles. No puede ser suplida por excusas de ninguna índole, dado que precisamente, el deber primario del Estado es el de cuidar la vida y la seguridad de sus habitantes.

En relación a la proporción de la responsabilidad, si bien los artículos 508, en concordancia con el 523 CCP, establecen que la responsabilidad deberá ser asumida solidariamente, en la especie, al no haber la actora apelado la resolución, se impone que la responsabilidad sea asumida en un sesenta por ciento para la Entidad y en un cuarenta por ciento para el codemandado.

Quantum de la condena:

En cuanto al monto de la condena, cabe señalar que el actor peticionó en la instancia previa los siguientes rubros: 1) daño emergente: Gs. 50.000.000; 2) por lucro cesante: Gs. 2.640.758; 3) daño moral: Gs. 150.000.000.

Respecto al daño emergente, revisadas constancias procesales surge que el actor no aportó prueba a fin de probar dicho extremo, por lo que no corresponde la estimación del rubro, máxime que el vehículo conducido por la víctima era de propiedad de la empresa Calzados Roger, conforme surge de prueba documental agregada al expediente.

En cuanto al lucro cesante, el actor asignó para Edgar Ricardo Benitez Ojeda, la suma de gs. 2.580.000.000, en base al salario que recibía (gs. 5.000.000) y teniendo en cuenta la expectativa de vida productiva de 65 años como mínimo. para Digna Emerica Cano, la suma de gs. 60.6778.540 atendiendo a su edad, a su vida productiva y a la contribución que la misma estaba centrada en las labores del hogar.

En relación al salario que percibía la víctima fatal Edgar Ricardo Benitez Ojeda, la actora ha presentado certificado de trabajo expedido por la firma Calzados Roger (f. 11), en el cual se dejaba constancia que el occiso prestaba servicios como funcionario de la firma, ganando el salario de gs. 5.000.000, ocupando el cargo de gerente de ventas de la empresa. Si bien este documento fue reconocido por el dueño de la firma (f. 292), nos quedan dudas acerca del monto percibido, dado que de conformidad a la declaración testifical de Diosnel Galeano Bareiro, amigo íntimo de la víctima y compañero de trabajo de la empresa, ganaba sueldo mínimo (f. 253, cuestionario segundo, quinto). Esta declaración nos parece más creíble por su procedencia y sobre todo teniendo en cuenta que la víctima era muy joven y sin título profesional, posición reforzada con el hecho que no se agregó ningún recibo que demuestre el pago de tal suma.

En estas condiciones, corresponde estimar el lucro cesante, calculando como base el salario mínimo que actualmente asciende a la suma de Gs. 1.408.863, por 40 años de expectativa de útil, dado que la víctima tenía 22 años de edad, arrojando la suma de Gs. 676.254.240.

En cuanto a Digna Emerita Cano, la A quo no ha estimado dicho rubro, por lo que al no ser materia de recurso por parte de la interesada, este Tribunal no puede estudiarlo, en atención a lo dispuesto en el artículo 420 CPC.

Respecto al daño moral, este Tribunal tiene resuelto en forma reiterada, que la vida humana aparte del valor afectivo que tiene para los familiares, constituye un bien susceptible de apreciación económica y su pérdida debe ser indemnizada en forma que resulte una reparación plena para la determinación del resarcimiento por daño derivado de la muerte de una persona, debiendo tomarse en consideración las circunstancias particulares de cada caso, tales como la profesión, educación, ganancias e ingresos, carácter accidental o habitual de los mismos, aptitud para el trabajo, condición social, etc.

En el caso, como consecuencia del accidente de tránsito que causó la muerte de Edgar Ricardo Benitez Ojeda y Digna Emerita Cano, el accionante y sus menores hijos han quedado al mismo tiempo sin madre-esposa y sin hijo-hermano. Por lo que resulta preciso que sus familiares tengan una reparación adecuada al grave daño moral sufrido, correspondiendo en consecuencia, fijar la suma peticionada por la actora en su demanda, dejándola en dicho concepto en la suma de Gs. 150.000.000. Asimismo, corresponde fijar un interés del 2,5% mensual a partir de la fecha de la interposición de la demanda.

En conclusión, corresponde confirmar la resolución en recurso, en cuanto hizo lugar a la demanda contra la Administración Nacional de Electricidad (ANDE), debiendo asumir la responsabilidad en una proporción del 60% en tanto que el codemandado Juan Carlos Rojas Dominguez en un 40%. Sin embargo, en lo que hace relación al quantum de la condena corresponde modificarlo dejando fijado en la suma de Gs. 676.254.240, en concepto de lucro cesante y la de Gs. 150.000.000 por daño moral, totalizando la suma de Gs. 826.254.240, más intereses legales, conforme a lo arriba explicitado.

En cuanto a las costas, las mismas deben ser impuestas en forma proporcional dado la decisión que antecede, en atención a lo dispuesto en el artículo 192 CPC.

A sus turnos los Dres. Baez Maiola y Paiva Valdovinos manifestarion adherir al voto precedente pro 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.

**RESUELVE:** Desestimar el recurso de nulidad interpuesto por la ANDE. Declarar desierto el recurso de nulidad interpuesto por Juan Carlos Rojas Dominguez. Confirmar la S.D. n° 36 de fecha 30 de abril de 2007, en cuanto hizo lugar a la demanda contra la Administración Nacional de Electricidad (ande) y Juan Carlos Rojas Dominguez debiendo ser modificada en cuanto al monto de la condena, en la suma de Gs. 676.254.240, en concepto de lucro cesante y la de Gs. 150.000.000 por daño moral, totalizando la suma de gs. 826.254.240, más intereses legales, conforme al cuerpo deliberativo de la mencionada resolución. imponer, costas en forma proporcional al resultado de la decisión en esta instancia. Anotar, registrar y remitir, copia de la Excma. Corte Suprema de Justicia.

*Miembros Gerardo Báez Mamola Maria Sol Zuccolillo Garay de Vouga y Oscar Paiva Valdovinos. Ante mí: Abog. Ma. Teresa Cañete. Actuaría Judicial.*

## ACUERDO Y SENTENCIA N° 111

**JUICIO EJECUTIVO.** Título ejecutivo

Si bien el Juez se halla obligado a examinar el título con que se pide la ejecución, (art.450 del CPC) pudiendo rechazar el mismo por considerar que no reúne los requisitos exigidos en el 439 y 448 del CPC para ser considerado título ejecutivo, dicho examen debe ser analizado antes de iniciarse el procedimiento, y de librar el correspondiente mandamiento de intimación de pago. (Voto de la mayoría)

**JUICIO EJECUTIVO.** Título ejecutivo

Superado el examen inicial del instrumento y una vez que el Juez ha tenido por iniciada la ejecución y librado el correspondiente mandamiento de embargo e intimación de pago, precluye para el Juez, la posibilidad de examinar oficiosamente el título ejecutivo, debiendo en adelante, es decir en la sentencia, examinar el mismo, solo en base a las argumentaciones (excepciones) que oponga la parte demandada. (Voto de la mayoría)

**MAGISTRADO.** Facultades del magistrado

El principio invocado por el Juez, *iura novit curiae*, le permite ciertamente dar una calificación jurídica distinta a la peticionada por las partes, pero nunca a modificar el fundamento fáctico de las pretensiones. (Voto de la mayoría)

**EXCEPCION DE INHABILIDAD DE TITULO.** Procedencia de la excepción de inhabilidad de título. **JUICIO EJECUTIVO.** Título ejecutivo. Títulos a la orden

Si el demandado no opuso la defensa de inhabilidad sobre la base de la falta de acción pasiva, por no ser el mismo, la persona obligada, no sobre la base que el cheque había sido privado de eficacia, ello implica el reconocimiento tácito de su calidad de sujeto pasivo. (Voto de la mayoría)

**SENTENCIA.** Nulidad de la sentencia.

Debe declararse nula la sentencia en razón que el Aquo suplió la negligencia de la parte demandada al señalar oficiosamente un hecho no controvertido, es decir examino el titulo y rechazó de oficio admitiendo la excepción de inhabilidad de titulo luego de dar curso al juicio, facultad que debe ser utilizada al inicio de la acción. (Voto de la mayoría)

**JUICIO EJECUTIVO.** Medidas preparatorias. **MAGISTRADO.** Facultades del magistrado

El art. 450 del CPC establece que si el Juez hallare que el instrumento trae aparejada ejecución, librárá mandamiento de intimación de pago y embargo, es decir, señala la norma que el momento en que puede el Juez examinar y rechazar oficiosamente el titulo, es al inicio del juicio y no en la sentencia definitiva. (Voto de la mayoría)

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

El defecto o vicio debe ser señalado con suficiente claridad, pues no basta invocarlo, razón por la cual por aplicación del art. 419 del CPC debe rechazarse el recurso de nulidad. (Voto en disidencia del Dr. Gerardo Baez Maiola)

**CHEQUE.** Transmisión del cheque

Por disposición del art. 1729 del C.C. el cheque es perjudicado como orden de pago pero no como instrumento de crédito, ya que el cobro puede ser exigido judicialmente. (Voto del Dr. Gerardo Baez Mamola por su propio fundamento)

**CHEQUE.** Pago de cheque. Rechazo de cheque

Una vez expedido el cheque el mismo no puede dejárselo sin valor unilateralmente, el banco no está obligado a pagarlo cuando recibe orden de su cliente de no hacerlo, en cuyo caso puesta al dorso la constancia respectiva, subsisten las acciones a favor del beneficiario para intentar su cobro por la vía ejecutiva o ejerciendo las acciones penales si así correspondieren. (Voto del Dr. Gerardo Baez Maiola por su propio fundamento)

**JUICIO EJECUTIVO.** Título ejecutivo. Títulos a la orden

El art. 1530 del C.C. establece el procedimiento de privación de eficacia de títulos a la orden en general, y el cheque si bien es originariamente una orden de pago, se convierte en un título de crédito cuando no es abonado a su presentación ante el banco girado, pero esta acción esta destinada al poseedor del cheque que ha perdido el mismo como consecuencia de la sustracción, pérdida o extravío. (Voto de la mayoría)

**JUICIO EJECUTIVO.** Título ejecutivo. Títulos a la orden.

En materia de títulos de créditos, como lo es el cheque a la orden, la posesión vale título, salvo que se pruebe el origen ilícito de dicha posesión. (Voto de la mayoría)

**JUICIO EJECUTIVO.** Título ejecutivo. Títulos a la orden.

Para que la privación de eficacia, o la sentencia dictada en dicho juicio tenga fuerza contra el poseedor legítimo del cheque, el mismo debe haber sido parte de aquel juicio, puesto que la sentencia solo es ejecutable entre las partes del juicio, no afectando los legítimos derechos de terceros ajenos al proceso. (Voto de la mayoría)

TApel. Civ. Y com. Segunda Sala. 09-11-2009. "Vidal Ruiz Lecki c. Humees Chandiramani s/ Acción Ejecutiva" (Ac. Y Sent. N° 111)

Asunción 9 de noviembre de 2009.

Cuestiones:

Es nula la sentencia apelada?

En caso negativo, esta ajustada a derecho?

Practicado el sorteo, resultado que debían votar los Señores Miembros en el siguiente orden: Paredes Bordón, Zuccolillo Garay de Vouga, Baez Maiola.

A la primera cuestión el Dr. Paredes Bordon dijo: por la sentencia en alzada, S.D. N° 770 de fecha de 17 de setiembre de 2008, el A quo, resolvió admitir la excepción de inhabilidad de título opuesta por la abogada Cecilia Benítez en representación del Sr. Umesh Gopaldas Chandiramani contra el progreso de la presente ejecución, y en consecuencia rechazar la



ejecución promovida contra el citado demandado por el señor Vidal Ruiz Lecki en contra de Umesh Chandiramani por la suma de Guaraníes sesenta millones cuatrocientos setenta y tres mil (Gs. 60.473.000).

El recurrente, parte actora, solicita la nulidad de la sentencia alegando violación del principio de congruencia, ya que la sentencia ha sido fundada oficiosamente por el Juez, y resulta entonces arbitrario y violatorio del Art. 15 inc. d del CPC.

La parte demandada por su lado sostiene que no puede existir la nulidad de la sentencia puesto que el Juez ha obrado dentro de sus facultades al analizar debidamente el título presentado, según el Art. 520 Inc. 4 (sic) y el Juez tiene la potestad de analizar cuidadosamente el instrumento con que se deduce la ejecución, por lo cual ha obrado dentro de sus facultades de Juez y no fuera de ella, como pretende la parte actora. Agrega que el Juez de oficio puede declarar la inhabilidad del título, no admitiendo la demanda ejecutiva.

Antes que nada, señalemos que la cita legal de la abogada de la demandada, está errada, porque el artículo citado, 520 no se refiere a esta facultad.

Revisadas las constancias de autos, se tiene que la presente demanda ejecutiva, ha sido promovida por el Sr. Vidal Ruiz, contra el Sr. Humsh G. Chandiramani, reclamando el pago del cheque de pago diferido N° 85144824, por la suma de Gs. 60.473.000.

En el momento procesal correspondiente la parte demandada por medio de la Abog. Cecilia Benítez, interpone la excepción de inhabilidad de título, fundado en el hecho de que el cheque base de la acción, ha sido privado de eficacia, conforme al Art. 1530 del CC, los autos caratulados El Favorito S.A. s/ privacion de eficacia.

Al momento de dictar sentencia, el Juez A quo, analizó la defensa opuesta llegando a la conclusión de que la inhabilidad fundada en la existencia del juicio de privación de eficacia, deducida por un tercero ajeno al presente jurídico, y donde el actor de la presente no ha sido parte, le es inoponible, por aplicación del Art. 1729 del CC, y por ende la excepción planteada sobre esta base resulta improcedente.

Sin embargo, el A quo en aplicación del principio *iuria novit curiae*, y amparándose en el Art. 450 del CPC, oficiosamente, examina el título de la sentencia y expresa que el mismo resulta inhábil de ser ejecutado contra el demandado, en razón que dicha persona no ha suscrito el cheque en carácter personal sino como representante de la firma Sohma S.A., por tanto no se encuentra legitimado pasivamente, es decir no resulta ser el sujeto obligado, por lo que resuelve rechazar la ejecución, sobre esta base, y no sobre la expuesta por la demandada.

En anteriores oportunidades ya hemos señalado, que si bien el Juez se halla obligado a examinar el título con que se pide la ejecución, Art. 450 del CPC, pudiendo rechazar el mismo por considerar que no reúne los requisitos exigidos en el 439 y 448 del CPC para ser considerado título ejecutivo, dicho examen debe ser realizado antes de iniciarse el procedimiento, y de librar el correspondiente mandamiento de intimación de pago. Ello surge del propio texto del citado Art. 450 del CPC.

Superado el examen inicial y una vez que el Juez ha tenido por iniciada la ejecución y librado el correspondiente mandamiento de embargo e intimación de pago, precluye para el Juez, la posibilidad de examinar oficiosamente el título ejecutivo, debiendo en adelante, es decir en la sentencia, examinar el mismo, solo en base a las argumentaciones o sea, las excepciones que oponga la parte demandada.

Ello por aplicación del principio dispositivo, que rige el procedimiento civil confórmelo prescribe el Art. 98 del CPC, y en cumplimiento de la obligación que le imponen los Art. 15 y 159 del código ritual, que exigen que el fallo se ciña a lo expuesto y peticionado por las partes, y sobre la base de lo alegado y probado por las mismas.

En el caso de autos, el A quo ha transgredido estas normativas, al fundar su fallo no en una cuestión expuesta por las partes, sino en un hecho diferente a lo discutido por ellas.

El principio invocado por el Juez, *iuria novit curiae*, le permite ciertamente dar una calificación jurídica distinta a la peticionada por las partes, pero nunca a modificar el fundamento fáctico de las pretensiones.

Si el demandado, no opuso la defensa de inhabilidad sobre la base de la falta de acción pasiva, por no ser el mismo, la persona obligada, sino sobre la base que el cheque había sido privado de eficacia, ello implica el reconocimiento tácito de su calidad de sujeto pasivo, o en el peor de los casos, que su representante no se percató de dicha circunstancia, por lo que no opuso la excepción sobre dicho hecho, negligencia que resulta suplida por el A quo, que oficiosamente señala un hecho no controvertido.

Respecto a la facultad de examinar el título y rechazarlo de oficio, reitero que la misma debe ser utilizada antes de dar curso al juicio. Nótese que el Art. 450 del CPC, dice, que si el Juez hallare que el instrumento trae aparejada ejecución, librándolo de intimación de pago y embargo, es decir, señala la norma que el momento en que puede el Juez examinar y rechazar oficiosamente el título, es al inicio del juicio, no en la sentencia.

Por las razones antedichas, debe ser anulada la sentencia en alzada, debiendo imponerse las costas a la parte apelada, por haberse opuesto a la nulidad, conforme al Art. 408 del CPC.

A su turno la Dra. Zuccolillo Garay de Vouga manifiesta que adhiere al voto del Dr. Paredes Bordon.

A su turno en disidencia el Dr. Baez Maiola dijo: invocando el art. 15 inc. d) se afirma que el A quo se ha expedido en contradicción a lo dispuesto por dicha norma, esto es, la obligación de pronunciarse necesaria y únicamente sobre lo que sea objeto de petición, salvo disposiciones especiales. Pero, sabido es que el defecto o vicio debe ser señalado con suficiente claridad, pues no basta invocarlo como lo que ocurre en el recurrente. Debido a ello, por aplicación del art. 419 CPC, no queda sino el rechazo del recurso de nulidad en atención a que tampoco se advierte vicio o causal que obligue a la alzada a la declaración de nulidad de oficio. Así voto.

A la segunda cuestión el Dr. Paredes Bordon dijo: por la forma en que fue resuelta la primera cuestión, el estudio de la segunda deviene inoficiosa.

A su turno la Dra. Zucolillo Garay de Vouga manifiesta que adhiere al voto del Dr. Paredes Bordon.

A su turno el Dr. Baez Maiola prosiguió diciendo: la sentencia recurrida (fs. 100/103 vta.) admitió la excepción de inhabilidad de título opuesta por Umesh Gopladas Chandiramani contra la pretensión de cobro de Gs. 60.473.000.

De la revisión del proceso, surge que Vidal Ruiz, se ha presentado el 10 de marzo de 2008 (f. 6) iniciando juicio ejecutivo contra U.G.Ch. por la suma señalada, tampoco como

título ejecutivo el Cheque N° 85144824, Cta. Cte. Cat. 703869/003, librado a la orden de Magalí R. Adam y endosado por la misma.

Contra la ejecución, se presenta la Abog. Cecilia R. Benítez en representación de U.G.Ch. oponiendo excepción de inhabilidad de título basada en que “...*el referido documento individualizado (cheque) más arriba, fue expedido a nombre de la Sra. Magalí Rejane Adam por la suma de... Que asimismo y por el presente mi parte manifiesta que tuvo conocimiento que la Sra. Magalí Rejane Adam dejó en garantía el cheque cruzado de pago diferido N° 85144824 cargo Lloyds TSB para el cumplimiento del pago de una deuda contraída con la firma El Favorito S.A.*” (sic). En dicha exposición reconoce que fue informado por el Banco y que también se enteró de que por S.D. N° 46 del 14-II-08, en autos “El Favorito S.A. s/ privación de eficacia jurídica”, el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial 8° Turno se hizo lugar a dicha demanda, privando de eficacia al individualizado cheque.

Señala el A quo que en su sentencia que la excepción de inhabilidad de título se basa en la existencia de “...*sentencia definitiva que ha hecho lugar a una demanda promovida por privación de eficacia jurídica del cheque...Por otro lado, la actora también sostiene que la demandada no ha negado su firma, no excepción como cosa juzgada con la presentación de la S.D. N° 46 de fecha 14 de febrero de 2008 ni ofreció la prueba de que intente valerse como lo exige el art. 460 del CPC, además que la sentencia no puede serle oponible por ser planteada por otra firma como lo es El Favorito S.A....*” (sic, f. 100, in fine).

El A quo para arribar al fallo ha considerado dos normas legales: el art. 1530 y el 1729 ambos del Código Civil.

La primera, se ocupa del caso de destrucción, extravío o pérdida de un título de crédito a fin de privarle de eficacia. La segunda está referida a la sustracción o pérdida del cheque, autorizando al tenedor a comunicar el hecho al banco a fin de que éste no lo pague, facultad que se extiende al librador como también al beneficiario.

Dicha confrontación, el A quo ha sacado sus conclusiones diciendo que “*En ese sentido, la doctrina tiene establecido que los cheques bancarios son título que no pueden ser privados de eficacia pues se hallan sometidos a las disposiciones del art. 1729 del Código Civil, el que establece que en caso de pérdida o sustracción de dichos instrumentos, lo que corresponde es impartir la orden de no pago de aquellos sin que dicha orden tenga la virtualidad de privar de eficacia a los instrumentos ya que el art. 1729 del C.C. no tienen ese alcance...*” (sic)”.

Las fuentes doctrinales que cita el A quo son trascendentes dada la notoria autoridad de sus autores: José Raúl Torres Kirmser, en *El Cheque*, régimen Legal; Jurisprudencia, 4° Edic. y José Antonio Moreno Rufinelli en *El Cheque*, Edit. El Foro, quienes respectivamente en las obras señaladas han expresado: “...*Por esta disposición, el cheque es perjudicado como orden de pago pero no como instrumento de crédito, ya que el cobro puede ser exigido judicialmente...*” y “...*En conclusión: el cheque no es revocable entre las partes. De modo que una vez expedido, el mismo no puede dejárselo sin efecto, sin valor unilateralmente. Pero el Banco no está obligado a pagarlo cuando recibe orden de su cliente de no hacerlo. En este caso, puesta al dorso la constancia respectiva, subsisten las*

*acciones a favor del beneficiario para intentar su cobro por la vía ejecutiva o ejerciendo las acciones penales si así correspondieren... ”.*

De acuerdo a lo expuesto y considerado, corresponde la confirmación del fallo recaído en la instancia previa, tanto en la admisión de la excepción de inhabilidad de título opuesta por Umesh Gopaldas Chandiramani como de su consecuencia, rechazo de la acción de cobro incoada por Vidal Ruiz Lecki por la suma de Gs. 60.473.000. La confirmatoria incluye la condena en costas a la perdedora. Así también voto.

A su turno el Dr. Paredes Bordon prosiguen diciendo. Aplicación del art. 406 del CPC. Habiéndose anulado la sentencia de primera instancia, corresponde que el Tribunal dicte la sentencia en sustitución de aquella, por existir en autos, los elementos suficientes para hacerlo.

Como se tiene dicho, el actor, Sr. Vidal Ruiz, demanda por la vía ejecutiva a Umesh G. Chandiramani, en base al cheque cargo Lloyd's Bank, hoy HSBC Banco, por valor de Gs. 60.473.000 cuya copia obra a fs. 5 de autos.

La parte demandada opone la excepción de inhabilidad de título, fundándose en la S.D. N° 46 de fecha 14 de febrero de 2008, dictada en los autos El Favorito S.A. s/ privación de eficacia jurídica, en la cual se ha resuelto privar de eficacia el cheque presentado en estos autos como base de la ejecución.

El art. 1530 del CC, ciertamente establece el procedimiento de privación de eficacia de los títulos a la orden en general, y el cheque si bien es originariamente una orden de pago, se convierte en un título de crédito cuando no es abonado a su presentación ante el banco girado, pero esta acción está destinado al poseedor del cheque que ha perdido el mismo como consecuencia de la sustracción, pérdida o extravío, circunstancias que no han sido acreditadas no en este juicio ni en el de privación de eficacia.

Por otro lado, la sentencia señalada, no se encuentra firme, desde que fue cuestionada por el actor, al tener conocimiento del mismo.

Dicha sentencia además, fue dictada en fecha 14 de febrero de 2008, cuando que el cheque fue librado el 30 de junio de 2007, y siendo diferido su pago al 6 de enero de 2008, es decir, la declaración de privación de eficacia se da después que el documento haya vencido, y no antes.

La acción de privación, por otra parte, no fue solicitada por el demandado, sino por un tercero, una persona jurídica denominada El Favorito S.A.

El Art. 372 del CC señala que los derechos deber ser ejercitados de buena fe, y señala que el ejercicio abusivo del mismo no se encuentra protegido por la ley.

En el caso, se observa a simple vista que el juicio de privación de eficacia, no es sino un ardid preparado para evitar el pago al que se encuentra obligado el librador, que no ha desconocido dicha calidad, en el momento en que fue llamado a oponer excepciones.

En materia de títulos de créditos, como lo es el cheque a la orden, la posesión vale título, salvo que se pruebe el origen ilícito de dicha posesión, lo cual no acontece en autos, donde no se ha acreditado, ni el extravío ni la sustracción del instrumento cuya ejecución se pide.

Para que la privación de eficacia, o la sentencia dictada en dicho juicio tenga fuerza contra el poseedor legítimo del cheque, el mismo debe haber sido parte del aquel

juicio, puesto que la sentencia solo es ejecutable entre las partes del juicio, no afectando los legítimos derechos de terceros ajenos al proceso.

La excepción de inhabilidad de título, además debe fundarse en consideraciones referidas a las formalidades del título, o a la capacidad activa o pasiva de las partes, no pudiendo entrar a argumentarse sobre la causa u origen de la obligación, como lo pretende la demandada por medio de la excepción planteada, al fundarse su defensa en una sentencia de privación de eficacia, donde se detalla el origen de la deuda de quien era primera beneficiaria del cheque, y que posteriormente endoso.

En estas condiciones, como la excepción no se funda en la circunstancia expresada en el Art. 462 inc. d) del CPC, debe ser rechazada, y hacerse lugar a la ejecución, llevando adelante la misma, hasta que el acreedor se haga íntegro pago del capital reclamado, los intereses y las costas. Es mi voto.

A su turno la Dra. Zuccolillo Garay de Vouga manifiesta que adhiere al voto que antecede 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.

**RESUELVE:** Declarar nula, la S.D. N° 770 del 17 de setiembre de 2008 y en consecuencia rechazar la excepción de inhabilidad de título. Hacer lugar a la ejecución, llevando adelante la misma, hasta que el acreedor se haga íntegro pago del capital reclamado, los intereses y las costas. Imponer las costas a la demandada. Anotar, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

*Miembros: Juan Carlos Paredes Bordón, Gerardo Báez Maiola y Maria Sol Zuccolillo Garay de Vouga. Ante mí: Abog. Ma. Teresa Cañete.*

#### ACUERDO Y SENTENCIA N° 9

### **DAÑOS Y PERJUICIOS. TRANSPORTE**

La ley N° 1025/65 establece un sistema de responsabilidad legal y de orden público aplicable, lo cual rige solamente durante el tiempo del transporte, que va desde la carga de la mercadería hasta la descarga del buque.

### **TRANSPORTE MARÍTIMO**

En el caso la mercadería transportada debía ser entregada en la ciudad de Montreal en un plazo de 45 días sin embargo arribó a dicha ciudad con un atraso de más de un mes, si bien la recurrente sostiene que el plazo de entrega no fue acreditado, lo cierto es que tampoco aportó prueba en contrario, por lo que al haber reconocido que estaba en mora en la entrega, se concluye que este era el plazo convenido.

### **DAÑOS Y PERJUICIOS. Exoneración de responsabilidad**

Habiéndose otorgado al transportador la facultad en relación al cambio de ruta e itinerario en el conocimiento de embarque, no pueden significar exoneración de la responsabilidad porque de conformidad al art. 4 num. 4 de la ley 1025/65 esta circunstancia se da en casos excepcionales, por lo que a contrario sensu, en caso de no existir la mencionada excepción

debe darse cumplimiento a lo estrictamente acordado por la partes que el viaje sea directo y sin escalas.

**DAÑOS Y PERJUICIOS.** Daño moral

La actora sostuvo que el incumplimiento del contrato le causó un daño moral en su reputación, por mala imagen y estimó un monto en dinero. Dicho rubro no es procedente cuando quien reclama la indemnización es una persona jurídica, partiendo de que 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

Siendo la moral una cualidad exclusivamente humana, corresponde el rechazo de dicho rubro indemnizatorio por daño emergente.

**DERECHO MARITIMO.** Conocimiento de embarque

El conocimiento de embarque o póliza de carga es la prueba escrita de haberse recibido la carga y la obligación de transportarla a destino. O sea, es en este instrumento que debería constar la cláusula de haberse convenido el contrato de transporte a un plazo determinado. (Voto minoría en disidencia del Dr. Carmelo Castiglioni)

**DERECHO MARITIMO.** Conocimiento de embarque

Si en el instrumento probatorio de contrato de transporte de mercadería que se instrumenta en el conocimiento de embarque y más aun si se trata de un Bill of Lading que autoriza incluso a cambiar de medio de transporte pues se paga un solo flete para llevarlo en varios buques, entonces las peripecias de la aventura marítima no puede estar sujeta a plazo, sino a resultado. (Voto minoría en disidencia del Dr. Carmelo Castiglioni)

**DERECHO MARITIMO.** Conocimiento de embarque

Aún cuando se toma por cierto de que el e-mail comprometió un plazo aproximado de 45 días para la entrega, debe tomarse como una simple oferta, pero sabemos que para que se forme contrato debe aceptarse la oferta y la forma de aceptarse, en contrato de transporte marítimo es el conocimiento de embarque, que es la formalización efectiva de las condiciones del mismo y prevalece sobre la simple oferta, pues este es el contrato que tiene como uno de sus elementos esenciales al consentimiento, el cual debe manifestarse por oferta y aceptación. (Voto minoría en disidencia del Dr. Carmelo Castiglioni)

**DERECHO MARITIMO.** Conocimiento de embarque

El contrato que rige a las partes es el conocimiento de embarque o BILL OF LADING, es el único documento que en derecho marítimo se acepta como el contrato que prueba la existencia de la obligación de transportar la mercadería. (Voto minoría en disidencia del Dr. Carmelo Castiglioni)

**DAÑOS Y PERJUICIOS.** Responsabilidad por daños y perjuicios

No se dan los requisitos para pedir el resarcimiento, pues si ocurrió un daño, se debió por exclusiva culpa del demandante, pues si el contrato de compraventa de las mercaderías a quien debía entregarse la mercadería tenía un plazo de entrega, dicho plazo de entrega no se reprodujo en el conocimiento de embarque presentado como instrumento que prueba el contrato, y por tanto no cabe hacer lugar a la demanda de resarcimiento de daños. (Voto minoría en disidencia del Dr. Carmelo Castiglioni)

Trib. De Apel. En lo Civ. Y Com. Segunda Sala. 11-02-2010. “KEMSA CISA c. Aeromar Internacional SRL s/ Indemnización de Daños y Perjuicios. (Ac. y Sent. N° 9)

Asunción, 11 de febrero de 2010

Cuestiones:

Es nula la sentencia apelada?

En caso negativo, esta ajustada a derecho?

Practicado el sorteo, resultó que debían votar los Señores Miembros en el siguiente orden: Zuccolillo Garay de Vouga, Baez Maiola y Carmelo Castiglioni.

A la primera cuestión la Dra. Maria Sol Zuccolillo Garay de Vouga dijo: el recurrente funda el recurso en los términos del escrito de memorial de fs. 323 a 328, pero resulta que las supuestas faltas denunciadas en el mismo deben ser atendidas por la vía de apelación desde que la sanción de nulidad es de última ratio y además, que no advierte vicios que ameriten el pronunciamiento de oficio.

A sus turnos los Dres. Baez Maiola y Carmelo Castiglioni votaron en igual sentido.

A la segunda cuestión la Dra. Maria Sol Zuccolillo Garay de Vouga prosiguió diciendo: por medio de la S.D. N° 1066 de fecha 31 de diciembre de 2008 (fs. 301/306), el A quo resolvió: “Hacer lugar, con costas, a la presente demanda ordinaria promovida por la firma KEMSA C.I.S.A. contra la firma Aeromar Internacional S.R.L. y, en consecuencia, Condenar a la firma demandada al pago de la suma de USD 37.075 (dolares americanos treinta y siete mil setenta y cinco), en concepto de daños y perjuicios, conforme con lo expuesto en el exordio de la presente resolución; Notificar por cédula, Anotar...”.

Contra esta resolución se alza la firma demandada esgrimiendo que el A quo pasó por alto cláusulas establecidas en el Convenio Internacional de Bruselas de 1924, ratificado y canjeado por nuestro país, soslayando el artículo 137 de la CN al haber aplicado la legislación local. En tal sentido, señala que de acuerdo a la citada normativa, la firma Aeromar Internacional S.R.L. no es responsable por demoras en Aduanas, arguyendo que en la contratación no se fijó un plazo de entrega de mercaderías y que todas las demoras que le fueran imputadas se debieron al embarque tardío realizado por la firma KEMSA C.I.S.A. por problemas de producción, así como también a la existencia de normativas jurisdiccionales de puertos de escala sin el cumplimiento de las cuales era imposible transportar las mercaderías a destino. Aduce también, además, que la sentencia causa un perjuicio patrimonial y un enriquecimiento sin causa a su parte, afirmando que la Aeromar Internacional S.R.L., no incurrió en acto de negligencia o irresponsabilidad. Sigue arguyendo que la actora reconoce como único daño tangible la suma de USD 4.266, pero que sin embargo el A quo realiza todos los cálculos indemnizatorios sobre el valor total de las mercaderías. En cuanto al lucro cesante, sostiene que KEMSA C.I.S.A., intentó aplicar

un lucro cesante por supuesta pérdida de mercado en las ventas que debería haber realizado en Canadá, afirmando que en vez de dicho mercado ganó en Long Beach USA, dado que fue allí que vendió las mercaderías sólo con un descuento del 10% del valor original de las mismas. Finalmente, se agravia en cuanto al rubro del daño moral y la imposición de costas a su parte.

De constancias procesales surge que la firma KEMSA C.I.S.A. promovió demanda ordinaria por indemnización de daños y perjuicios, contra la firma Aeromar Internacional S.R.L. En tal sentido, alegó que contrató de buena fe los servicios de la empresa demandada para transportar mercaderías con destino a la Ciudad de Montreal, Canadá, señalando que dicha firma ofertó el transporte íntegramente por vía fluvial desde Buenos Aires hasta Montreal (Canadá) en forma directa, sin escalas intermedias y en un plazo de 45 días. A pesar de lo convenido, sorpresivamente la carga fue enviada desde Buenos Aires hasta la ciudad de Nueva York y luego de la verificación por la aduana de Nueva York, transportada vía terrestre hasta Montreal, incumpliendo la demandada lo acordado, según expone. Sostuvo además que el conocimiento de embarque no cumplió con las reglamentaciones establecidas en el artículo 1028 del Libro Término del Código de Comercio, dado que en dicho documento no se especifica el lugar de entrega de la carga ni las escalas que el buque debía efectuar, por lo que su parte no pudo más que presumir inocentemente el cumplimiento del viaje directo, es decir de Buenos Aires a Montreal por navegación marítima. Siguió alegando que como consecuencia del atraso injustificado de la entrega de mercaderías su cliente canceló el pedido de provisión, afirmando que posteriormente el producto fue vendido a Long Beach (California, USA) con un descuento del 10% sobre el valor inicial, es decir USD. 2966 debiendo la actora contratar el servicio de un nuevo transporte de mercaderías para llegar a un nuevo destino, con un costo de USD 1400, totalizando la cantidad reclamada por daño emergente la de USD 4.366. Asimismo, reclamó la suma de USD 29.660, en concepto de lucro cesante por la pérdida de un nuevo y calificado cliente, además de la apertura de un mercado inexplorado como el canadiense. Finalmente, sostuvo que dicha situación le causó un daño moral a la reputación, por mala imagen dispensada a partir de un incumplimiento contractual, estimándolo en USD 14.830, totalizando el monto de lo reclamado en concepto de daño emergente, lucro cesante y daño moral, la suma de USD 48856

Por su parte, la empresa Aeromar Internacional S.R.L. contestó acción (fs. 113/119), esgrimiendo que se encontraba jurídicamente vinculada a la actora por el conocimiento de embarque, que representaba el contrato entre las partes. En este sentido, señaló que KEMSA C.I.S.A. contrató sus servicios en fecha 30 de abril de 2004 para el transporte de prendas de vestir desde Asunción a Montreal (Canadá), afirmando que la demora de 30 días en la aduana de Nueva York se debió a normas internas de EE.UU. en las que ningún transportador tiene injerencia, no siendo responsable por la demora en la aduana extranjera. Por lo demás, esgrimió que no existía documento fehaciente en el cual constare que el transporte de la mercadería sería por el plazo de 45 días. Señaló que el conocimiento de embarque fue suscrito con todas las formalidades de ley, afirmando que la legislación aplicable no era el Código de Comercio, sino la Convención Internacional para la unificación de determinadas Reglas Relativas a los Conocimientos de Embarque firmado en Bruselas en 1924, ratificada por nuestro país, citando las cláusulas cuarta, séptima y



duodécima del reverso en la carta de conocimiento. Respecto al monto reclamado, sostuvo que el mismo no ha sido probado, por lo que debía ser rechazado. Por su parte la actora, niega la autenticidad y validez de dichas cláusulas, sin embargo no se opuso a su incorporación.

Así quedó la litis.

En el presente caso, las partes reconocen la relación jurídica existente entre ambas por la cual la empresa Aeromar Internacional S.R.L. se comprometió a transportar prendas de vestir de la firma KEMSA C.I.S.A., desde Asunción, Paraguay, con carga en Buenos Aires y descarga en Montreal, Canadá, sede de la firma AUTHENTIC TEAM APPAREL. Asimismo, han coincidido en que existió demora en la entrega de dicha carga, sin embargo, controvertieron la causal del incumplimiento. En efecto, para la actora el atraso fue debido a que la demandada realizó escala en un puerto distinto al convenido y para la demandada a una cuestión no imputable a su parte como ser los estrictos controles de parte de la aduana de Nueva York.

Corresponde establecer entonces, si la demandada ha incurrido en culpa por actuación negligente, o si por contrario se encuentra exonerada de responsabilidad por causa no imputable a su parte.

En este sentido, la normativa aplicable vigente al tiempo de la celebración del contrato es el Convenio Internacional para la Unificación de ciertas reglas en Materia de Conocimiento de Embarque, suscrito en Bruselas 1924, el cual se encuentra ratificado por Ley N° 1025/65, que establece un sistema de responsabilidad legal y de orden público aplicable, la cual rige solamente durante el tiempo del transporte, que va desde la carga de la mercadería hasta la descarga del buque.

Para dicha normativa esta responsabilidad es inderogable, conforme así lo establece el artículo 3, cláusula octava al disponer: *“Cualquier cláusula, convenio o acuerdo en un contrato de transporte que libere al transportador o al buque de responsabilidad por pérdida o daño, o en conexión con, las mercaderías, que provengan de negligencia, falta o incumplimiento a los deberes u obligaciones establecidos en este artículo o que atenuen esa responsabilidad en otra o forma que no sea la determinada en estas reglas será nula y sin valor e ineficaz...”* (sic).

Asimismo, el artículo 4 enumera los supuestos de eximición de responsabilidad, entre los cuales se encuentra “la debida diligencia”, que para Brunetti, Derecho marítimo privado italiano, t. III, pág. 303, “es la de un hombre medio, del armador ordinario (sustancialmente del *bonus pater familiae*)”. Osvaldo Blas Simona, en su obra titulada “Compendio de derecho de la navegación”, Editorial Abaco de Rodolfo Desalma pág. 415 dice: “La debida diligencia es una obligación personal, inexcusable e indelegable del transportador. En otras palabras, no quedará el mismo relevado de esa responsabilidad, aun cuando delegue su cumplimiento a un tercero, de inmejorable capacidad y conocimiento, si actuara culposa y negligentemente”.

En el caso de autos, la mercadería transportada por la empresa demandada debía ser entregada en la Ciudad de Montreal, Canadá, en un plazo de 45 días contados desde el 7 de mayo de 2004, fecha en la cual fue embarcada en el puerto de Asunción, sin embargo arribó a la Ciudad de Montreal, en fecha 28 de julio de 2004, es decir con un atraso de más de un mes. Si bien la recurrente sostiene que el plazo de entrega no fue acreditado, lo cierto

es que tampoco aportó prueba en contrario, por lo que al haber reconocido que estaba en mora en la entrega, se concluye que este era el plazo convenido.

En cuanto a la causa del atraso, que la demandada atribuye a rigurosas verificaciones realizadas en el puerto de Nueva York por autoridades del Gobierno de Estados Unidos, esta circunstancia de ninguna manera puede ser eximente de responsabilidad para la recurrente ya que no era un evento imprevisible sino que formaba parte del tráfico habitual de su profesión ejercida a lo largo de 18 años, según sus propias alegaciones.

Por otra parte, no se encuentra dados los presupuestos de eximición previstos en el artículo 4 del Convenio de Bruselas, por lo que la recurrente resulta responsable por los perjuicios causados por la demora en la entrega de las mercaderías que tenía bajo su custodia y traslado, por no haber obrado en forma diligente.

Respecto a las facultades otorgadas al transportador en la cláusula doce del conocimiento de embarque, referido al cambio de ruta e itinerario, no pueden significar exoneración de responsabilidad porque de conformidad al artículo 4 numeral 4, esta circunstancia se da en caso excepcionales al decir: *“Ningún cambio de ruta para salvar o tratar de salvar vidas o bienes en el mar, ninguna desviación razonable, serán como una infracción o incumplimiento de estas Reglas o del contrato de transporte y el transportador no será responsable de ninguna pérdida o daño que resulte de ello”* (sic). Por lo que a contrario sensu, en caso de no existir la mencionada excepción debe darse cumplimiento a lo estrictamente acordado por las partes, es decir, que el viaje debía ser directo y sin escalas.

En estas condiciones, al haberse determinado el nexo causal entre el hecho y el daño, así como la responsabilidad del agente, corresponde establecer el quantum.

En relación al daño emergente, dicho rubro no fue discutido por la recurrente, por lo que resta por determinar el lucro cesante y daño moral.

En cuanto el lucro cesante, de constancias procesales surge que la actora reclamó la suma de USD 29.660, afirmando que por el incumplimiento del contrato se produjo la pérdida de un nuevo y calificado cliente, además del de la apertura de un mercado inexplorado como el canadiense. De constancias procesales surge que si bien a raíz del atraso en la entrega de mercaderías se perdió la venta en Montreal, Canadá, el producto fue vendido en Long Beach (California, USA), aunque con una rebaja del 10%. Teniendo en cuenta dicha circunstancia y a tenor de lo establecido en el artículo 452 CCP, resulta razonable fijar en concepto de lucro cesante la suma de USD.

Respecto al daño moral, la actora sostuvo que el incumplimiento del contrato le causó un daño moral en su reputación, por mala imagen, estimándolo en USD 14.830. Sobre el punto este Tribunal tiene el criterio de que dicho rubro no es procedente cuando quien reclama la indemnización es una persona jurídica, partiendo de que 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 jurídica en el ámbito de sus funciones o actividades, pero siempre el daño quedará circunscripto al aspecto económico efectivo, sea por daño emergente o lucro cesante. Por lo

que siendo la moral una cualidad exclusivamente humana, corresponde el rechazo de dicho rubro indemnización por daño emergente, debiéndose modificar en lo que guarda relación al lucro cesante y daño moral, conforme se tiene explicitado en el cuerpo deliberativo de la presente resolución. En cuanto a la imposición de costas, a la perdidosa en atención a lo dispuesto en el artículo 192 CPC.

A su turno el Dr. Baez Maiola manifiesta que adhiere al voto de la Dra. Zuccolillo Garay de Vouga por los mismos fundamentos.

A su turno, en disidencia, el Dr. Carmelo Castiglioni dijo: que por la S.D. N° 1066 de fecha 31 de diciembre de 2009 se resolvió hacer lugar a la demanda por daños y perjuicios derivada del supuesto incumplimiento de un contrato de transporte marítimo.

Que, el incumplimiento reclamado se basa en el supuesto daño y perjuicio derivado del retardo en la entrega de la mercadería en el puesto de destino, Montreal, Canadá. El demandante basa su reclamo en que la oferta que se describe en el escrito de demanda, a fs. 75 de autos, en el cual, además de precio, se oferta como: "Tiempo total aproximado: 45 días". Como prueba de la existencia del contrato incumplido se presenta un e-mail donde supuestamente se hace la oferta del: "Tiempo total aproximado: 45 días". Además, se presenta el conocimiento de embarque, en el cual no se mencionaba fecha de entrega. El conocimiento de embarque o póliza de carga es la prueba escrita de haberse recibido la carga y la obligación de transportarla a destino. O sea, es en este instrumento que debía constar la cláusula de haberse convenido el contrato de transporte a un plazo determinado. Pero cuando no consta el plazo de entrega y consta en la póliza de carga que el mismo debe transportarse en un buque determinado, que es el buque Ocean Vessel, debe determinarse si el contrato de fletamento de este buque fue por fletamento a carga general o por viaje. No consta ningún instrumento donde diga que se haya hecho por viaje y a plazo y no se probó que así fuera. Entonces se presume que la póliza de carga es para efectivizarse en un fletamento general, en cuyo caso, la salida y llegada del buque que transporte la carga no está sujeto a plazo, pues está obligado a salir recién cuando recibe la carga y puede tener estadías o sobreestadía lo cual hace que el plazo esté vinculado a la aventura marítima y el transporte no es a plazo, sino de resultado. Más aun tratándose de un Bill of lading, que instrumenta un contrato con flete único en medios diferentes. En cualquier caso, si en el instrumento probatorio de contrato de transporte de mercadería que se instrumenta en el conocimiento del embarque y mas aun si se trata de un Hill of Lading que autoriza incluso a cambiar de medio de transporte, pues se paga un solo flete para llevarlo en varios buques, entonces las peripecias de la aventura marítima no puede estar sujeta a plazo, si no a resultado.

Pero, aún cuando se toma por cierto de que el e-mail comprometió un plazo aproximado de 45 días para la entrega, debe tomarse como una simple oferta, pero sabemos que para que se forme contrato debe aceptarse la oferta y la forma de aceptarse en contrato de transporte marítimo es el conocimiento de embarque, que es la formalización efectiva de las condiciones del mismo y prevalece sobre la simple oferta, pues este es el contrato que tiene como uno de sus elementos esenciales al consentimiento, el cual debe manifestarse por oferta y aceptación. Pero en este caso la aceptación se dio en el conocimiento de embarque, en el cual se establece sin plazo de entrega y para ser transportado en el buque Ocean Vessel, que no está demostrado que haya sido fletado por viaje con plazo de entrega

y se presume que es a carga general que por su naturaleza no tiene plazo y no puede haber demora.

Por otro lado, el mismo demandante dice que es el “Tiempo total aproximado: 45 días”, y entonces, la palabra “Aproximado” significa que no tiene un plazo determinado, pues significa más o menos, pero, en todo caso, si lo hubiere debería constar en el conocimiento de embarque y si no consta, no surte efecto, pues no tuvo aceptación de la oferta realizada por e-mail.

No se ha demostrado el incumplimiento, pues, el contrato es la copia del conocimiento de embarque o Bill of leading, obrante a fs. 35 de autos, (incompleto) y presentado por la demandada a fojas 92 el texto original en inglés, y obra seguidamente a la misma la copia traducida al español.

El contrato que rige a las partes es el conocimiento de embarque o Bill of leading N° 7, emitido el 30 de abril de 2004, este es el único documento que en derecho marítimo se acepta como el contrato que prueba la existencia de la obligación de transportar la mercadería. El hecho de que en la oferta de por e-mail se haya señalado “45 días aproximados” no significa que la misma se haya tomado como parte del contrato, pues no se transcribió en el Bill of leading, dicha oferta. En el contrato de transporte, que obra en el Bill of leading, no se consignó plazo de entrega. Es más, en forma expresa fue establecido en el art. 4 del Bill of leading, cuya copia y traducción obra en fs. 100 de autos, en donde forma expresa se dispone que “Salvo lo dispuesto de otro modo en el presente instrumento, el transportador bajo ninguna circunstancia sera responsable por (...) consecuencias causadas por demora (...) sin perjuicio de lo que antecede”. En estas condiciones cabe afirmar que no hubo mora en la entrega, pues existe una cláusula que expresamente la excluye como causal de responsabilidad. Desde luego que no hubo mora porque no se estableció plazo determinado y lo cual significa que no existe la conducta antijurídica que justifique la responsabilidad del demandado. No hubo incumplimiento contractual pues la demora no es a cargo del cargador.

Por otro lado el art. 5 de la Ley 2614 que acoge el Convenio de las Naciones Unidas sobre Transporte Marítimo de Mercancías, aprobado recién en el año 2005, por tanto no puede aplicarse retroactivamente, empero sirve como referencia, pues en el punto 2 de dicho artículo, se lee *“hay retraso en la entrega cuando las mercancías no han sido entregadas en el puerto de descarga previsto en el contrato de transporte marítimo dentro del plazo expresamente acordado o, a falta de acuerdo, dentro del plazo que atendidas las circunstancias del caso sería razonable exigir de un portador diligente”*. En este caso, además de cargarse en un buque de carga general a las resultas de la aventura marítima no puede ponerse plazo de entrega, porque en el conocimiento fue exonerado. Entonces, no se dan los requisitos para pedir el resarcimiento, pues si ocurrió un daño, se debió por exclusiva culpa del demandante, pues, si el contrato de compraventa de las mercaderías a quien debía entregarse la mercadería tenía un plazo de entrega, dicho plazo de entrega no se reprodujo en el conocimiento de embarque presentado como instrumento que prueba el contrato, y por tanto no cabe hacer lugar a la demanda de resarcimiento de daños y voto por la revocatoria del auto recurrido y en su lugar disponer no hacer lugar a la demanda por no darse los presupuesto de responsabilidad, concretamente, la conducta antijurídica como incumplimiento de contrato, porque la demora no obliga al demandado, al no estar previsto

en el conocimiento de embargo o Bill of lading. Es más, está expresamente pactado que la demora no responsabiliza al transportador y al cargador. Voto por la revocatoria, con costas a la parte demandante.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Señores Miembros, por ante mí, quedando acordada la sentencia que sigue a continuación.

**RESUELVE:** Declarar desierto el recurso de nulidad. Confirmar la S.D. N° 1066 de fecha 31 de diciembre de 2008. Anotar, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

*Miembros: Gerardo Baez Mamola, Maria Sol Zuccolillo Garay de Vouga y Carmelo Castiglioni. Ante mí: Abog. Maria Teresa Cañete. Actuaría Judicial.*

A.I.N° 1104

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

El acto para ser declarada su nulidad debe afectar necesariamente el derecho a la defensa –causar indefensión-, allí donde existe indefensión, existe nulidad y viceversa. (Voto en disidencia del Dr. Neri Villalba)

**SUCESION.** Exclusión hereditaria

Constituye regla en nuestro derecho positivo que el cónyuge es llamado por la Ley a recibir la herencia del difunto sin más requisito que su estado de tal, es el suyo un llamamiento en virtud del ius conyugii. por tanto la exclusión hereditaria constituye una sanción que se le impone a uno de los esposos por la interrupción de la convivencia. (Voto en disidencia del Dr. Neri Villalba)

**SUCESION.** Declaratoria de herederos. Exclusión hereditaria

No se pierden los derechos hereditarios, no obstante vivir separado de hecho, sino existe de su parte culpa alguna para originar la situación, ya que la ley no sanciona la voluntad de separarse, sino la culpabilidad en la separación que se atribuye a quien con sus actos afrentó los derechos conyugales. (Voto en disidencia del Dr. Neri Villalba)

**SUCESION.** Declaratoria de herederos

Solo la separación culpable es la que origina la cancelación del derecho hereditario del cónyuge. (Voto en disidencia del Dr. Neri Villalba)

**SUCESION.** Declaratoria de herederos. Exclusión hereditaria

Habiendo separación de los cónyuges -por la causa que fuere- la exclusión hereditaria quedaría configurada; la parte inocente en el distanciamiento carecería, del todo igual a la culpable, de vocación hereditaria respecto del otro cónyuge. (Voto de la mayoría)

**SUCESION.** Declaratoria de herederos. Exclusión hereditaria

Nuestro código de fondo prescribe la exclusión de heredar con abstracción e independencia de toda consideración de conductas imputaciones de culpa, lo que quiere decir, como queda expuesto, que la ley no se pone a distinguir ni inferir reproches. (Voto de la mayoría)

**SUCESION.** Sucesiones intestadas

La sucesión por causa de muerte tiene su fundamento en una vinculación entre causante y heredero. Dicho vínculo puede ser legal, como en la sucesión ab intestato, o puede ser convencional, como en la institución de heredero por testamento. Como quiera que sea, la ley llama a heredar a aquellas personas que tienen un vínculo con el fallecido, vínculo que en primer término es de parentesco-consanguíneo o asimilado, como el establecido por adopción-; en la sucesión entre cónyuges, aparecida con posterioridad en el derecho hereditario, el derecho de heredar se basa en el vínculo matrimonial. (Voto de la mayoría)

**SUCESION.** Derechos hereditarios

La *sucessio mortis causa* de una vinculación entre causante y heredero, siempre debe estar dada. Nuestro derecho civil considera que dicha vinculación no existe cuando el matrimonio se extingue por divorcio, o cuando se produce la separación judicial o de hecho. Este último supuesto se imbrica y aproxima a la idea del matrimonio consensual o de hecho, que ha sido expresamente decepcionada a través de la admisión del concubinato permanente y decenal y su asimilación a los efectos de un matrimonio legal. (Voto de la mayoría)

**SUCESION.** Exclusión hereditaria. **CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL PARAGUAY.** Derechos humanos. CEDAW

A los efectos de la ley 1215/86 denota toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad entre el hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera. (Voto de la mayoría)

**SUCESION.** Exclusión hereditaria. **CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL PARAGUAY.** Derechos humanos. CEDAW

La ley 1215/86 exige en todo caso no distinguir a la mujer ni privarle de sus derechos, solo por la situación o estado civil en que se encuentre, en el caso solo la situación de separada de hecho y sus consecuencias hereditarias, principio decepcionado en el art. 1 y 16 inc. h) que prevé expresamente la necesidad de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismo 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. (Voto de la mayoría)

**SUCESION.** Exclusión hereditaria. **CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL PARAGUAY.** Derechos humanos. CEDAW

La interpretación de la normativa civil, a la luz de la ley 1215/86 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 y de crianza de los hijos habidos en común durante la convivencia. (Voto de la mayoría)

**SUCESION.** Exclusión hereditaria. **CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL PARAGUAY.** Derechos humanos. CEDAW

La ley 1215/86 no constituiría una norma discriminatorio desde que se aplica por igual a varones y mujeres y a estas últimas por igual si son casadas o solteras. La distinción solo se plantea para las divorciadas o las separadas de hecho. (Voto de la mayoría)

TApel. Civ. Y com. Tercera Sala. 31-12-2008. “Incidente de Exclusión de Heredera en los autos: G. C.H. V.s/ Divorcio Vincular”. (A. I. N° 1104)

Asunción, 31 de diciembre de 2008

Vistos: Los recursos de apelación y nulidad interpuestos por el Abogado Juan Bautista Rivarola Paoli, contra el A.I. N° 1008 de fecha 25 de julio de 2007, dictado por la Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Primer Turno; y,

**CONSIDERANDO**

Que por el citado Auto Interlocutorio la A-quo resolvió:

I.- Hacer lugar con costas al incidente de exclusión de heredera promovido por el Abog. Cesar Manuel Roig en representación de Ch. F. G. H. V., y en consecuencia, excluir ala Sra. M. G. R. P como heredera del Sr. G.C.H.V, conforme a los fundamentos expuestos en el considerando. II.- Notificar por Cédula. Anotar.

A la primera cuestión planteada el Dr. Villalba Fernández, dijo: El recurrente en su escrito argumenta este recurso, al sostener que el *a quo* transgredió claras disposiciones legales de fondo y forma, como también, principios procesales que hacen al juzgamiento. Al respecto de la nulidad, ésta representación ha venido pronunciándose repetidas veces, sobre este efecto jurídico consecuencia del vicio incurrido en un acto procesal – como en este caso, de decisión-, y a fin de reforzar el criterio de este Miembro cabe hacer la siguiente reflexión. Así, cuando el Juzgador, en el acto procesal de decisión, violenta los principios doctrinales y cae en vicios *In Procedendo* o *In Iudicando*, dicha acción u omisión afecta directamente al derecho a la tutela judicial efectiva o que es decir, al derecho a la defensa. Siendo entonces, la indefensión el efecto que produce el deficiente ejercicio del acto procesal de decisión, tal violación del derecho a la defensa debe ser, además de formal, material. Es decir: a) que produzca un perjuicio a la parte que lo sufre; b) que tal situación no haya sido producida por culpa imputable a la misma; c) que haya sido denunciada y; d) que no haya sido la parte damnificada repuesta en su derecho vulnerado. La doctrina advierte sobre los actos nulos, diciendo que “*no existe la nulidad por la nulidad misma...*”, es decir, que el acto para ser declarada su nulidad debe afectar necesariamente el derecho a la defensa, causar indefensión-, allí donde existe indefensión, existe nulidad y viceversa. Bajo aquellos presupuestos condicionantes y de los elementos agregados en autos, se observa que el agravio invocado por la recurrente hace referencia a la decisión de la instancia anterior. A ese respecto del análisis del fallo pronunciado por el Juzgado se observa que tal resolución reúne las condiciones formales y materiales exigidos por el Principio de Congruencia, es decir, en lo que hace referencia a los sujetos de la relación procesal, el objeto y la causa que se demanda, sin que la valoración haga meritos sobre el valor probatorio estimado por el Juzgador, como también, ni del objeto ni causa de la

pretensión. Por tanto, siendo los agravios vertidos por la recurrente servir de sustento para este medio recursivo pudiendo ser resuelto por vía de la apelación, ya que toda declaración de nulidad por regla desvalora el Derecho, debiendo ser el último recurso cuando no exista modo alguno de subsanarlo. En consecuencia, es criterio de éste preopinante que el recurso debe ser declarado desierto de conformidad a los dispuesto en el Art. 419 del Código Procesal Civil.

Opinión de la Dra. María Mercedes Buongermini:

Nulidad: El recurrente no ha fundado el recurso de nulidad. Por lo demás, y dado que no se advierten vicios o defectos que autoricen a declarar una nulidad oficiosa, el recurso debe ser declarado desierto.

A su turno el Dr. Arnaldo Martínez prieto, dijo: Que se adhiere al voto de la Magistrada que antecede.

A la segunda cuestión planteada el Dr. Neri E. Villalba Fernández, dijo: Que, el apelante sostiene que el error de la A-quo constituye no haber considerado que la doctrina moderna referida a la norma legal mencionada, recomendando el análisis previo de la culpabilidad o inocencia de los cónyuges en la separación de hecho, para determinar la viabilidad de exclusión hereditaria por esta causa. Al efecto de sostener sus pretensiones expresa: “...el Dictamen emanado de la Agente Fiscal interviniente, que la A-quo señala en el interlocutorio recurrido, se lee: nuestra norma, en el inciso en estudio, solo exige ...la separación de hecho ...y ...que no haya habido voluntad de unirse, pero no entra e considerar la culpa de las partes...nuestro Código no acepto la innovación introducida en el Código Argentino, sino que adoptó el pensamiento del jurista de Gásperi, que solo imputaba consecuencias a la falta de voluntad de unirse, la representante del Ministerio Público, en su Dictamen se refiere a la Ley N° 17.111 cuando sostiene que nuestra legislación no adopto el pensamiento del Código argentino (Vélez Sarsfield), y que es el anteproyecto de De Gásperi el que prima. Sin Embargo dicha conclusión no condice con la doctrina nacional...”. A tales consideraciones agrega el recurrente que, al no haber dado su mandante motivos para la ruptura del deber de cohabitación impuesta a los cónyuges, mal podría sancionársela además con la exclusión de su derecho a heredar a su legítimo esposo.

A decir del incidentista, la vocación hereditaria de la Sra. M. G. R. P.se halla obstaculizada por la circunstancia prevista en el inciso c) del artículo 2587 del C.C., cuando refiere: “...Los hechos concretos obrantes en el expediente principal son contundentes respecto de la voluntad objetivada del causante de no volver a unirse con la Sra. G. R. P....El causante...convivió con la Sra. A.L. P. G. con quien ...se casó ...Estos hechos están demostrados en los autos...no fueron negados...y están firmes...La interpretación que el apelante hizo...no es acompañada por la jurisprudencia de nuestros tribunales...que es conteste en que la manifestación de voluntad concretada en la duradera separación de los cónyuges es objetivamente una demostración de voluntad de no volver a unirse... el requisito legal del Código Civil Paraguayo para la exclusión ... se cumplió con la separación sin voluntad de volver a unirse que duro 20 años.

Constituye regla en nuestro derecho positivo que el cónyuge es llamado por la Ley a recibir la herencia del difunto sin más requisito que su estado de tal; es el suyo un llamamiento en virtud del ius conyugii. Por tanto la exclusión hereditaria constituye una sanción que se le impone a uno de los esposos por la interrupción de la convivencia.



Es un hecho indubitable que la vocación hereditaria no depende solamente de la relación de estado, sino que el llamado a heredar depende de algo más que de la relación matrimonial, cuando se exigen requisitos positivos o negativos que se agregan a ésta.

El punto controvertido a ser dilucidado constituye si la referida norma legal requiere para su aplicación, además del factor objetivo de la separación de hecho, la consideración y estudio de elementos subjetivos (la culpabilidad) e internos (la intención o voluntariedad) de cada consorte. Ha de admitirse participar de esta última corriente.

A criterio de esta Magistratura, la causal que prevé la norma está constituida por la culpa en la interrupción de la convivencia, es decir el comportamiento que llevo a la desintegración del hogar. En el caso fue la voluntad y actitud del Señor G. C. H. V., de no mantener la convivencia con su esposa, la que quedo materializada al haber contraído nupcias con la Sra. A. L. P. G.; pero nada se ha dicho sobre el particular respecto a la incidentada, y tampoco al interesado que pretende la exclusión del consorte, ha aprobado los elementos que conforman el núcleo de la figura legal.

No puede prohibirse una situación injusta y a todas luces lesiva a los legítimos derechos hereditarios del conyugue superviviente, quien no pudo imponer a su esposo, su deseo de mantener ella incólume las obligaciones maritales. No se pierden tales derechos, no obstante vivir separado de hecho, sino existe de su parte culpa alguna para originar la situación, ya que la ley no sanciona la voluntad de separarse, sino la culpabilidad en la separación que se atribuye a quien con sus actos afrento los derechos conyugales.

El tratadista Alberto G. Spota Sostiene: "...el derecho sucesorio entre cónyuges supone como requisito que, al lado del vínculo matrimonial, exista también vida en común o, por lo menos que quien pretende vocación sucesoria, no resulte culpable de la vida separada, se trate de culpa unilateral o de culpa bilateral...": Por su parte, Eduardo Zannoni, enseña que "...El hecho constituido de la resolución de la vocación hereditaria es la culpabilidad en la separación del hecho, no la separación en sí o la no voluntad de unirse..." ("Resolución de la vocación hereditaria entre cónyuges separados de hecho"-LL 1978 - C, 205)

Es deber de este Tribunal evitar contradicciones, que corresponde recaudo de correcta hermenéutica, y el afecto resulta esclarecedora la opinión de llambias al afirmar: "...solo la separación culpable es la que origina la cancelación del derecho hereditario del cónyuge..."

Por tales motivos es opinión de este Miembro preopinante que corresponde admitir el recurso deducido, y en consecuencia, y revocar el auto recurrido.

En cuanto a las costas en esta instancia deben imponerse en el orden causado, ya que la imprecisión y la relativa oscuridad de la Ley, determinan una irreductible discrepancia de opiniones que dio lugar a las partes a sostener sus pretensiones.

Opinion de la Dra. Maria Mercedes Boungermini Palumbo; Apelacion: En estos autos se discute la procedencia de la exclusión hereditaria de la Sra. M. G. R. P. de la sucesión del causante G. H.. La pretensión de la actora fue acogida favorablemente por la *aquo*, quien fundamentó la exclusión en la separación de hecho de la demandada y el causante tiempo antes del deceso.

Los agravios expresados por el recurrente en su escrito de fs. 32/37 se centran en el desinterés del causante de separarse de su otrora esposa, materializado en la inexistencia

de divorcio vincular o separación judicial de cuerpos entre ambos. Asimismo, el accionado se ha referido a la falta de culpa de la Sra. R, P, en el distanciamiento con el Sr. H,.

En primer término se debe realizar el análisis de la norma contenida en el artículo 2587 del Cód. Civ., de interpretación controvertida para las partes. El artículo reza: “La sucesión entre esposos no tendrá lugar: [...] b) si se hallaren separados por sentencia judicial, respecto del que hubiere dado causa para ello; y c) si lo estuvieren por mutuo consentimiento, o de hecho, sin voluntad de unirse. Como no existe resolución judicial que acredite la separación -divorcio o separación de cuerpos- entre el Sr. H, y la Sra. R., el caso plantea la aplicación del inciso c) del artículo, dado que se ha alegado separación de hecho sin voluntad de unión.

Tanto la magistrada inferior como la fiscalía interviniente consideran irrelevante la culpabilidad de las partes en el distanciamiento o separación a la hora de determinar la vocación hereditaria del cónyuge, considerando relevante -únicamente- la efectiva separación y la voluntad de no unirse, tal cual taxativamente lo establece el artículo. Al respecto, debemos decir que mediando resolución judicial, la exclusión del supérstite en la herencia no trae mayores problemas, dado que la norma regula el supuesto del cónyuge que hubiere dado causa a la separación. Ahora bien, distinto se presenta el caso -como el presente- en el que no existe sentencia judicial y la separación es de hecho.

En este punto, nuestra normativa ciertamente se muestra indiferente respecto de los efectos que pueda llegar a tener la culpabilidad de las partes en el distanciamiento o separación, apartándose así de la legislación Argentina. Vale decir, habiendo separación de los cónyuges -por la causa que fuere- la exclusión hereditaria quedaría configurada; la parte inocente en el distanciamiento carecería, del todo igual a la culpable, de vocación hereditaria respecto del otro cónyuge. Le está vedado al juez la calificación de conductas, por ende, no cabe reputarlos culpables, más tampoco inocentes: en rigor, se elude el análisis de la causa del conflicto. *“Debe entenderse de que si la Ley no acuerda a ninguno de los esposos los beneficios que concede al inocente, es porque si bien no los considera culpables, entiende implícitamente que ambos son responsables del fracaso del matrimonio (conf. Arianna, Carlos A., “Separación de hecho. Divorcio sin atribución de culpas y ganancialidad”, LL 1996-C-1287)”*.

El texto original de la normativa argentina establecía, en el art. 3575 del Código Civil: “Cesa también la sucesión de los cónyuges entre sí, si viviesen de hecho separados sin voluntad de unirse o estando provisoriamente separados por juez competente”. Como vemos, hasta antes de la promulgación de las leyes modificatorias, la sola separación de hecho era causal de caducidad de vocación sucesoria. Con posterioridad apareció la ley N° 17.711, que vino a consagrar legislativamente la posición subjetiva anteriormente receptada por la jurisprudencia. Así, la normativa agregó un párrafo al artículo 3575 que rezaba: “Si la separación sólo fuere imputable a culpa de uno de los cónyuges, el inocente conservará la vocación hereditaria, siempre que no incurriese en las causales de exclusión previstas en el artículo anterior”. Con ello, la sola separación ya no era causal de pérdida de la vocación sucesoria, sino que era menester además ser el causante de la separación de hecho. Amén de ello, el Plenario Mauri, de fecha 12 de febrero de 1986, realizado con la finalidad de unificar la jurisprudencia del vecino país y evitar sentencias contradictorias, resolvió -además de consolidar la concepción subjetivista del instituto- que *“la carga de la prueba de*

las causales de la exclusión sucesoria del cónyuge supérstite por su culpabilidad en la separación de hecho, recae sobre quienes cuestionaren la vocación hereditaria del cónyuge supérstite". (*"Mauri de Mauri y otra s/ Sucesión ab intestato"*. E.D.117-319; L.L.1986-B-134; J.A. 986-II-36.). Con posterioridad a esto, se produjo nuevamente actividad legislativa, dando un nuevo enfoque a la cuestión. Así, se sanciona la Ley 23.515, que si bien no introdujo grandes modificaciones al art. 3.575, sí lo hizo respecto del art. 3.574, el cual se vio sustancialmente reformado en materia de separación personal y divorcio vincular, estableciendo que: "En caso de decretarse separación por mediar separación de hecho anterior, el cónyuge que probó no haber dado causa a ella, conservará su vocación hereditaria en la sucesión del otro". Aquí, en materia probatoria la cuestión ciertamente varió, aunque en la actualidad no está cerrado el debate sobre a quién correspondería probar la culpabilidad o inocencia en la separación de hecho, para excluir de la sucesión al cónyuge supérstite.

Hecha la referencia doctrinal argentina, al mero efecto de ubicarnos en el contexto normativo regional en el que se dictó nuestra legislación, lo volvemos a señalar, nuestro código de fondo prescribe la exclusión con abstracción e independencia de toda consideración de conductas imputaciones de culpa, lo que quiere decir, como queda expuesto, que la ley no se pone a distinguir ni inferir reproches. Como principio, y para preservar la intimidad de los esposos -entre otras muchas razones-, se permite que en este tipo de procesos se prescinda de traer a colación hechos imputables a título alguno. El eximio anteproyectista de nuestro Cód. Civ. entendió desacertado adscribir al sistema subjetivo adoptado por el legislador argentino, al que consideró inclusive indecoroso. "*Según este sistema, la herencia recogida por el supérstite inocente, sería el precio de su resignación a la grave ofensa inferídale en vida por el difunto, ejemplo nada edificante para los hijos, si los hay, tempranamente así instruidos por su padre o madre de cómo es posible sacar ventajas de la sumisión*"; "*Tan poca dignidad hay en que el culpable herede al inocente, como que éste recoja la herencia del culpable*"; "*¿Y si lo que secretamente movía a estos esposos ofendidos a trocar su acción de divorcio, reparadora del agravio, por la conformidad que supone el silencio y la inacción, por la tolerancia, el estoicismo y la paciencia implícitos en la resignación, fuese la avaricia, el deseo inmoderado de heredar, no sería peor el remedio que la enfermedad?*"; "*Si pues, bastando, como basta, el decreto judicial de separación provisoria de ambos esposos, cesa la sucesión entre ellos, mal podría el supérstite pretender lo contrario a pretexto de haber alimentado siempre la intención de unirse al difunto, malgrado la demanda que por divorcio le promovió*". Culmina la cita, con referencia jurisprudencial que reza: "*Si a esto puede conducir el portal abierto por la hermenéutica de la cátedra, hemos de confesar que preferimos a la de la jurisprudencia opuesta a la consideración del elemento intencional o sea de la culpa en los casos de mera separación de hecho*" (*Sentencia de 10 de febrero de 1932 de la Cám. Civ. 1ª de la Capital Federal, in Rébora, t. II, núm. 323, pág. 104, n. 21; Lafaille, t. II, núm. 103, pág. 81, n. 123*) (*De Gásperi, Luis. Tratado de Derecho hereditario. Tomo III. TEA. Bs. As. 1953. Págs. 85/88*). Ahora bien, el derecho a heredar de los cónyuges -como bien lo dice el Prof. Eladio Wilfrido Martínez- tiene una larga pero lenta evolución en la historia del derecho hereditario, sobre todo en lo que se refiere a las restricciones concernientes a la mujer, cuyos derechos se encontraban en rango subalterno. Si analizamos las disposiciones

del derecho hereditario veremos que la sucesión por causa de muerte tiene su fundamento en una vinculación entre causante y heredero. Dicho vínculo puede ser legal, como en la sucesión *ab intestato*, o puede ser convencional, como en la institución de heredero por testamento. Como quiera que sea, la ley llama a heredar a aquéllas personas que tienen un vínculo con el fallecido, vínculo que en primer término es de parentesco –consanguíneo o asimilado, como el establecido por adopción-; en la sucesión entre cónyuges, aparecida con posterioridad en el derecho hereditario, el derecho de heredar se basa en el vínculo matrimonial. De modo, pues, que precisando la *sucessio mortis causa* de una vinculación entre causante y heredero, ella siempre debe estar dada. Nuestro derecho civil considera que dicha vinculación no existe cuando el matrimonio se extingue por divorcio, o cuando se produce la separación judicial o de hecho. Este último supuesto se imbrica y aproxima a la idea del matrimonio consensual o de hecho, que ha sido expresamente recepcionada en la ley 1/92 a través de la admisión del concubinato permanente y decenal y su asimilación a los efectos de un matrimonio legal.

Ya analizada la norma, debemos aplicarla al caso concreto. Aún si tomáramos en cuenta los aspectos subjetivos del instituto, debemos igualmente señalar que en autos no existe siquiera una prueba que lleve a este Tribunal a determinar la culpa de los cónyuges en la separación. Lo que sí existe es el convencimiento de que los cónyuges no tuvieron voluntad de unirse nuevamente luego de su separación de hecho. A este respecto constan en autos una serie de hechos relevantes: que si bien el Sr. H, se hallaba casado con la Sra. Rivarola Paoli desde el 24 de junio de 1967, contrajo otras nupcias con la Sra. A, L, P, G, en fecha 7 de diciembre de 1982. Si bien al momento de contraer las segundas nupcias existía un impedimento de ligamen, -declarado por medio del Acuerdo y Sentencia N° 118 de fecha 2 de octubre de 2002 dictado por este Tribunal, que anulo las segundas nupcias-, el hecho de haber contraído -o intentar contraer- nuevamente matrimonio denota la voluntad del causante de no volver a unirse con su primera esposa, la Sra. Rivarola Paoli. Disentimos del recurrente en cuanto manifiesta que el único hecho demostrativo de la voluntad de separación del Sr. H, hubiese sido la promoción de un juicio de divorcio; al haber mantenido una relación estable con la Sra. Porro, cuyo fruto fue el menor -también heredero- Ch, H, P., el Sr. H, denota inequívocamente su intención de permanecer separado de la demandada, o, en palabras de la ley “su voluntad de no unirse”. Lo cierto y concreto es que la separación se mantuvo hasta el deceso del Sr. H., lo cual constituye un hecho cierto, aunque desconozcamos los términos de la separación, esto es, si la separación de los cónyuges H,-R, fue producto de un acuerdo entre ambos o si se produjo por decisión unilateral de uno de ellos, lo cual, a los efectos del presente decisorio es, como vimos, irrelevante. Este hecho determina la exclusión de la Sra. Rivarola Paoli de la sucesión del Sr. H.,.

Aquí debemos hacer un alto y contrastar esta solución a la luz de la Ley N° 1.215/86, Convenio sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer -CEDAW por sus siglas en inglés-, que permite una lectura un tanto diferente de las relaciones familiares conyugales y extraconyugales con carácter de permanencia o estabilidad y su repercusión patrimonial entre las partes. Esta norma tiene rango superior al Cód. Civ., pues consiste en un tratado internacional. Los Tratados y Convenios internacionales tienen y han tenido prelación sobre la ley nacional -aun la codificada- tanto

en la Constitución de 1967 como en la hoy vigente, de 1992. Atentos al mandato constitucional de no discriminación, contenido en los arts. 46,47 y 48 de la Carta Magna y en el art. 1 de la Convención precitada, se hace necesario el control de no discriminación, a fin de arribar a una resolución en perfecta congruencia con todo el orden normativo. Pasaremos, pues, a su estudio.

A los efectos de la mentada Convención, la expresión “discriminación contra la mujer” denota toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad entre el hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

La mentada norma exige en todo caso no distinguir a la mujer ni privarle de sus derechos, solo por la situación o estado civil en que se encuentre -en este caso que analizamos, la situación de separada de hecho y sus consecuencias hereditarias-. Este principio no solo se halla genéricamente recepcionado en el art. 1 de la Convención de marras, sino que el artículo 16, en su inciso h), prevé expresamente la necesidad de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos 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. Se entiende, pues, 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 y de crianza de los hijos habidos en común durante la convivencia.

Ahora bien, una norma es discriminatoria cuando establece diferencias entre sujetos que se encuentran en igualdad de condiciones -sea de situación o de posición, jurídicas o fácticas-; o cuando no distingue entre sujetos que se encuentren en distintas circunstancias. Así, no puede considerarse discriminatoria la norma si la distinción que hace entre los sujetos, en cuanto a los derechos de unos y de otros, es razonable y se corresponde con la diferencia de posición, contingencia o situación de ellos. La normativa civil antes aludida no constituiría una *nomos* discriminatorio desde que se aplica por igual a varones y mujeres; y a estas últimas por igual si son casadas o solteras. La distinción solo se plantea para las divorciadas o las separadas de hecho; en este caso la distinción pudiera ser congruente con la filosofía y valores consagrados en nuestra Constitución Nacional respecto de la organización y constitución de la familia, en la cual se entiende que la unión, concubinaria o matrimonial, mientras sea monogámica, es la base de la familia.

Luego, se ve que la interpretación de la normativa civil, a la luz de antedicha 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 y de crianza de el hijo habido en común durante la convivencia que es atribuido a la mujer y que en este caso, habría aportado desde la fecha de dicho convivio. Pero estas consideraciones apuntan todas ellas a la participación en los gananciales; en nada se refieren a la adquisición por herencia -que solo abarca los bienes propios y de la cual los gananciales se encuentran expresamente excluidos- y que, como ya vimos, exige la justificación de un vínculo o título de sucesión.

En consecuencia, y en concordancia con todo lo dicho, aunque podamos opinar que la exclusión hereditaria de la cónyuge separada de hecho constituye una solución quizá poco feliz, no queda más que confirmar la resolución que excluye a la Sra. Graciela Rivarola Paoli como heredera del Sr. G, H,.

Las costas deben ser impuestas a la perdidosa, por aplicación el art. 192 concordante con el 203 del Cód. Proc. Civ., en ambas instancias.

A su turno el Dr. Arnaldo Martínez Prieto, dijo: que adhiere su voto al de la Miembro que antecede, con sus mismos fundamentos.

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

**RESUELVE:** Declarar desierto el recurso de nulidad. Confirmar la resolución recurrida. Imponer las costas a la perdidosa. Anotar, registrar y remitir una copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia.

*Miembros: Mercedes Buongermini Palumbo, Arnaldo Martínez Prieto y Neri E. Villalba F., Miembros del Tribunal de Apelaciones. Ante mí: Leticia Pereira. Actuaría Judicial.*

#### AUTO INTERLOCUTORIO N° 987

**SUCESION.** Derechos hereditarios. **SOCIEDAD IRREGULAR.** Sociedad de hecho

La figura de la sociedad de hecho es de naturaleza mercantil, que si bien aparece en los Arts. 220 y 221 del C.C. y modificado por la Ley N° 1/92, que refiere en la unión concubinaria a la sociedad de hecho, esta situación está condicionada a los presupuestos de la existencia del concubinato y que esta relación no se encuentre viciada por un impedimento dirimente. (Voto en disidencia del Dr. Neri E. Villalba)

**SUCESION.** Derechos hereditarios. **SOCIEDAD IRREGULAR.** Sociedad de hecho

En la acción de reconocimiento de la sociedad de hecho (para tener vocación hereditaria con el causante), debe el demandante probar -por lo menos verosímelmente- la relación económica con el demandado, lo cual, esta demanda se ha fundado en elementos meramente sentimentales, que son propicios para establecer una unión de hecho o concubinato, pero no para reconocer una sociedad de hecho. (Voto en disidencia del Dr. Neri E. Villalba)

**EXCEPCION DE FALTA DE ACCION.** Procedencia de la excepción de falta de acción

La falta de acción como excepción previa debe ser manifiesta, esto es, debe poder ser resultada como de puro derecho, sin que existan hechos controvertidos que la condiciones, es decir, no debe ofrecer dudas, salvo la pura interpretación del derecho, en cuanto a la legitimación activa y pasiva que tuvieren las partes para estar en juicio. (Voto de la mayoría)

**SUCESION.** Derechos hereditarios. **CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL PARAGUAY.** Derechos humanos. CEDAW

El causante hasta el momento de su fallecimiento se hallaba casado con otra persona, es decir, existía un impedimento dirimente para promover la demanda por reconocimiento de unión de hecho por parte de la demandante. Sin embargo, el “*Convenio contra todas las*

*formas de Discriminación contra la mujer*” con rango de Tratado Internacional, permite una lectura un tanto diferente de las relaciones familiares conyugales y extraconyugales con carácter de permanencia o estabilidad y su repercusión patrimonial entre las partes. (Voto de la mayoría)

**SUCESION. Derechos hereditarios. CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL PARAGUAY. Derechos humanos. CEDAW**

A los efectos de la ley 1215/86 la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad entre el hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera. (Voto de la mayoría)

**SUCESION. Derechos hereditarios. CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL PARAGUAY. Derechos humanos. CEDAW**

A la luz de la mencionada Convención, desconocer el trabajo de la mujer en el hogar, independientemente de su estado o situación de casada, soltera o separada, significa para la formación de la masa de gananciales, constituye sin duda una expropiación del trabajo de la mujer en beneficio del varón y un enriquecimiento indebido a favor de éste...no se desconoce el aporte que se hace al patrimonio del otro, tampoco el de una mujer casada al patrimonio familiar, creando la comunidad de gananciales. Desconocerlo porque se trata de una mujer separada de hecho es desigualitario en términos de equidad de género, porque pudo haber producido un aporte de hecho al bienestar económico del causante. (Voto de la mayoría)

**SUCESION. Derechos hereditarios. CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL PARAGUAY. Derechos humanos. CEDAW**

El ingreso de bienes en virtud del trabajo del varón y la circunstancia de que la mujer haya quedado en la casa encargada de las labores domésticas, actividad no remunerada, posibilita que la misma tenga acceso a la parte de gananciales, aunque exista un matrimonio anterior subsistente, pues la misma ha permitido que la pareja labore e introduzca tales bienes. La innovadora, es justa, puesto que también habría que aplicarla al varón. (Voto de la mayoría) TApel. Civ. Y com. Tercera Sala. 27-11-2009. “G. E. B. V. c. Sucesión de E. T. G. y otros s/ Reconocimiento de Union de Hecho” (A.I. N° 987) Asunción, 27 de noviembre de 2.009.

Vistos: Los recursos de apelación y nulidad interpuestos por la abogada Rumelia Espínola Benítez contra el A.I. No. 457 de fecha 12 de mayo de 2.008, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Décimo Tercer Turno, y;

**C O N S I D E R A N D O**

Que por dicha resolución, el Juzgado resolvió: “I.- Hacer lugar a la excepción de falta de acción manifiesta, deducida por M. S. T. de M. en contra de G. E. B. de V. en la presente demanda que ésta promoviera por reconocimiento de sociedad de hecho, su disolución y liquidación, por los motivos expuestos en el exordio de la presente resolución. II.- Disponer

el finiquito de la presente causa y su correspondiente archivamiento. III.- Imponer las costas a la parte actora. IV.- Anotar...”.

Opinión del Dr. Neri Villalba Fernández, dijo; Nulidad: La recurrente no ha fundado este recurso 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.

A sus turnos Dres. María Mercedes Buonghermini Palumbo y Arnaldo Martínez Prieto, dijeron; de la nulidad: que adhieren sus votos al colega preopinante.

El Dr. Neri E. Villalba Fernández, prosiguió diciendo; apelación: la apelante, en su escrito de expresión de agravios glosado a fs. 312/316 de autos, fundamenta el recurso interpuesto agravándose de lo resuelto por el a-quo por considerar que la excepción de falta de acción estimada no se ajusta a derecho. Manifiesta que el juzgado no ha considerado la diferencia que existe entre unión de hecho y concubinato y que su parte ha probado suficientemente la relación existente entre la actora y el causante del sucesorio. Culmina su exposición solicitando la revocatoria de la resolución apelada.

Corrido el traslado, la parte contraria la contesta en defensa del auto interlocutorio cuestionado. Arguye, que efectivamente se ha establecido la falta de acción en el demandante, puesto que, no se ha acreditado la relación económica que pudiera existir entre la actora y causante de la sucesión. Termina su contestación peticionando la confirmación de la resolución apelada.

Revisadas las constancias de autos se advierte efectivamente, que la parte apelante pretende la revocación del auto interlocutorio dictado por la instancia inferior por considerar que la decisión de hacer lugar a la excepción de falta de acción manifiesta no se ajusta a los elementos agregados por su parte al momento de la presentación de la acción. Es así, que la parte actora presenta acción de reconocimiento de sociedad de hecho en contra del sucesorio del señor E. T. G. y funda su pretensión bajo el argumento de la existencia de una relación sentimental entre ambos.

Al respecto, la doctrina sienta la diferencia entre unión de hecho o concubinato y la sociedad de hecho, que entre otros elementos diferenciales, la nota primordial el componente económico. Es decir, mientras en la unión de hecho o concubinato se entremezclan una situación sentimental y económica, pero, fundado esencialmente en valores sentimentales. Y en la sociedad de hecho, la situación se da absolutamente en cuestiones mercantiles.

En ese sentido, hay aclarar que la figura de la sociedad de hecho es de naturaleza mercantil, que si bien, aparece en los Arts. 220 y 221 del Código Civil Paraguayo y modificado por la Ley No. 1/92, que refiere en la unión concubinaria a la sociedad de hecho, esta situación está condicionada a los presupuestos de la existencia del concubinato y que esta relación no se encuentre viciada por un impedimento dirimente.

Entonces, en la acción de reconocimiento de sociedad de hecho que se pretende debe el demandante probar -por lo menos verosímelmente- la relación económica con el demandado, lo cual, en esta demanda no se ha dado. Por que, solo la parte accionante se la



limitado, o mejor dicho, ha fundado su pretensión con elementos meramente sentimentales, que son propios para establecer una unión de hecho o concubinato, pero no para reconocer una sociedad de hecho.

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 perdedora de conformidad a lo establecido en el Art. 203 del Código Procesal Civil.

Opinión de la Dra. María Mercedes Buonghermini Palumbo, dijo; de la apelación: En autos se discute la procedencia de la excepción de falta de acción opuesta por todos los herederos en un juicio de reconocimiento de unión de hecho en una sucesión. La excepción de falta de acción se funda sobre la base de que el causante –E. T. G.- se encontraba casado con la Sra. A. I. I. V. conforme con el certificado de matrimonio obrante a fs. 95 hasta el momento de su fallecimiento, razón por la cual no podría existir una unión de hecho con la demandada –G. E.B.V.

Se ha sostenido ya en anteriores fallos en este Tribunal que la falta de acción como excepción previa debe ser manifiesta, esto es, debe poder ser resuelta como de puro derecho, sin que existan hechos controvertidos que la condicionen, es decir, no debe ofrecer dudas, salvo la pura interpretación del derecho, en cuanto a la legitimación activa y pasiva que tuvieren las partes para estar en juicio.

En consecuencia, para pasar al estudio de la excepción de falta de acción debemos verificar los elementos que la ley requiere para la determinación de una relación extramatrimonial o unión de hecho, tal como lo conoce la Ley No.: 1/92 “De reforma parcial del Código Civil”; artículos 83 y sgtes.- En efecto, ambas partes deben ser capaces para contraer matrimonio (edad e inexistencia de impedimento dirimente), haber realizado vida común en forma voluntaria durante cuatro años, por lo menos, en forma estable, pública y singular. Ahora, de la instrumental de fs. 95 surge que el causante había contraído matrimonio con la Sra. A. I. I. V. en fecha 23 de julio de 1959. Dicho certificado no fue impugnado o redargüido de falso, por tanto, en virtud de que el certificado del acta de matrimonio es un instrumento público y hace plena fe, debemos tenerlo por cierto. Asimismo, a fs. 96 se halla glosada la S.D. N° 334 de fecha 13 de junio de 2007 por la cual se le declara heredera a la cónyuge supérstite A. I. I. Vda. de T. y sus hijos F. R. T. I., E. H. T. I., A. G. T. I., G. I. T. I. y M.S. T. I.

En esas condiciones advertimos que hasta el momento de su fallecimiento, el causante se encontraba casado, por tanto, existía un impedimento de ligamen conforme con el art.83, de la Ley N° 1/92 para promover la demanda de reconocimiento de unión de hecho.

Ahora bien, aquí debemos detenernos y enfocarnos en una norma muy relevante al caso y que debe integrarse a la interpretación del mismo, la Ley N° 1.215/86, Convenio sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer -CEDAW por sus siglas en inglés-, que permite una lectura un tanto diferente de las relaciones familiares conyugales y extraconyugales con carácter de permanencia o estabilidad y su repercusión patrimonial entre las partes. Esta norma tiene rango superior al Cód. Civ., pues consiste en un Tratado internacional. Los Tratados y Convenios internacionales tienen y han tenido prelación sobre la ley nacional -aun la codificada- tanto en la Constitución de 1967 como en

la hoy vigente, de 1992. Es, pues a la luz de esta Convención que debe hacerse el análisis. Pasaremos, pues, a su estudio.

A los efectos de la mentada Convención, la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad entre el hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

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 la masa de gananciales, constituye sin duda una expropiación del trabajo de la mujer en beneficio del varón y un enriquecimiento indebido a favor de éste. Normalmente no se desconoce el aporte que se hace al patrimonio de otro. Hacerlo así porque se trata de la mujer y de relaciones privadas, esto es, familiares, es desigualitario en términos de equidad de género. Tampoco se desconoce en la ley formal el aporte que hace la mujer casada al patrimonio familiar, por ello la ley presume ese aporte y crea la comunidad de gananciales entre esposos. Desconocerlo solo porque se trata de mujer separada de hecho también es desigualitario en términos de equidad de género. Ambas cosas resultarían en una evidente discriminación y una violación del artículo precitado, máxime, considerando que la mentada norma exige en todo caso no distinguir a la mujer ni privarle de sus derechos sólo por la situación o estado civil en que se encuentre.

Esta situación no solo se halla prevista genéricamente en el art. 1 de la Convención de Marras, sino que su artículo 16, en su inciso h), prevé expresamente la necesidad de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos 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. A mayor abundamiento, dicho artículo no limita la protección contra la discriminación en el matrimonio, sino que la extiende a “todos los asuntos relacionados con las relaciones familiares”.

Se entiende, pues, 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 que es atribuido a la mujer desde la fecha de la misma.

Si bien la unión de hecho no puede declararse con las consecuencias personales y patrimoniales que ello implica, según la ley 1/92 que abarca ambos ordenes, no menos cierto es que durante todo el lapso de la presunta convivencia que en este caso alega en 23 años, se pudo haber producido un aporte de hecho al bienestar económico del causante por parte de la demandante. El aprovechamiento no remunerado de este aporte, sin compensación alguna, podría derivar en el enriquecimiento sin causa del patrimonio del difunto, merced a los aportes de la demandante. Todas estas son circunstancias de hecho que exorbitan la excepción de falta de acción manifiesta e impiden su tratamiento como previa.

Así también lo ha entendido la jurisprudencia en los fallos T-494 y T-553 de Colombia en los cuales se ha establecido la importancia del estudio de cuestiones referidas a uniones de hecho para no vulnerar derechos de las mujeres y dar “...igual trato, el mismo nivel

jurídico y derechos equivalentes a la familia fundada en el acto solemne del matrimonio y a la configurada en virtud de la voluntad libre y responsable de conformarla, adoptada por hombre y mujer mediante unión carente de formalidades.”

En consecuencia, y en concordancia con todo lo dicho, corresponde rechazar la excepción de falta de acción manifiesta. En cuanto a las costas, corresponde su imposición en el orden causado, atendiendo a que la solución arribada ha requerido interpretación jurisprudencial, de conformidad con lo que establece el art. 193 del Cód. Procesal Civil

A su turno el Dr. Arnaldo Martínez Prieto, manifestó: Por un momento hemos creído que nos hallábamos ante una situación de notoria desigualdad generada por la interpretación de la letra de la Ley 1215/86, empero ante una detenida reflexión nos cabe exteriorizarla en los siguientes términos.

Es imposible desconocer las barreras que han sido demolidas por los Tratados Internacionales en temas específicos que no hace mucho materializaban la desigualdad, llanas estériles de nuestra legislación cuyas características han sido el inmovilismo, no sólo estructural, sino, además de actitudinal, puntual respecto de temas cimeros para la convivencia en igualdad. En efecto, no han sido pocos los nuevos lineamientos internacionales que han alumbrado nuestras famélicas posturas legales -y fundamentalmente de actitudes sociales- en aras de hacer operativas la igualdad y la no discriminación propugnadas constitucionalmente. En dicha temática antidiscriminatoria se hallan los tratados relacionados con los temas de género y con los derechos de las personas con discapacidad, entre otros. En relación a lo primero, que es el caso al que nos estamos dirigiendo, ubicamos a la mujer rescatándola -por así decirlo- de situaciones de hecho y de derecho desmedradas, indignas, deshonrosas y hasta marginales. Ahora bien, si tenemos la valentía de abogar por nuevas y revolucionarias reivindicaciones y concepciones, también debemos tener el tino suficiente de no aplicarlas a ultranza, pues con dicha conducta no hacemos sino caer en el otro extremo del mismo vicio y de nada nos serviría jactarnos de los avances de nuestros conceptos mientras que para sustentarlos caemos en idénticas conductas.

En la presente causa se introduce una circunstancia impuesta en virtud del art. 137 constitucional, esto es la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer -CEDAW- que como bien lo señala la distinguida colega preopinante ubica a la mujer conviviente en posesión igualitaria a la del varón en cuanto al volumen de bienes introducidos durante la relación de pareja. Hasta antes de ahora la fórmula que habilitaba a cualquiera de ellos al derecho de adquirir y recibir la porción de bienes era la inexistencia de matrimonio anterior mientras subsistiere: en cuanto a uno, otra o ambos miembros de la relación. Hoy, sin embargo, el ingreso de bienes en virtud del trabajo del varón y la circunstancia de que la mujer haya quedado en la casa encargada de las labores domésticas, actividad esta no remunerada, posibilita que la misma tenga acceso a la parte de gananciales independientemente de la subsistencia de anterior matrimonio, pues la misma con su actividad doméstica ha permitido que la pareja labore e introduzca tales bienes. La cuestión, innovadora por cierto, surge con mucha justicia, pues así se ha considerado dentro del matrimonio, empero la misma actividad habría que aplicarla en cuanto al varón, si bien costumbre poco habitual, pero con el mismo alcance de absoluta justicia que impediría la discriminación que también sería de género.

Ahora bien; y como se dice ya que estamos, agregamos que antes de la vigencia de las normas referidas al impedimento para que la mujer acceda a dichos bienes, no era su condición de género, era el impedimento para contraer matrimonio, situación también válida para el varón, por lo que no nos hallábamos ante un impedimento de género, sino ante uno netamente jurídico relacionado con un impedimento legal expreso. Entonces también, ante dicha circunstancia se podía invocar la sociedad de hecho, válida para ambos, así como en el régimen de gananciales en el que a la mujer le corresponde la mitad de los mismos, no obstante haberse dedicado a los quehaceres domésticos.

Para concluir el comentario nada más quisiéramos agregar que lo que ha posibilitado el Convenio es derribar -como en muchos otros casos- actitudes contrarias a la igualdad de tratamiento que debe existir entre los seres humanos, por lo que para los menos avisados, la postura de este opinante -al adherirse al criterio antecedente- es hacer prevalecer la igualdad, independientemente del género o sexo que respecto del punto es un mero elemento que no debe subvertirlo.

Por lo tanto, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala, RESUELVE: Declarar desierto el recurso de nulidad. 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, registrar, y remitir una copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia. *Miembros: Mercedes Buongermini Palumbo, Arnaldo Martínez Prieto y Neri E. Villalba F.,. Ante mí: Abog. Pablo Costantini. Actuario Judicial.*

#### ACUERDO Y SENTENCIA N° 36

##### **DIVORCIO.** Efectos del Divorcio

La sentencia de divorcio es constitutiva y no meramente declarativa, ello significa que es la sentencia la que crea el estado de soltería o no vinculación matrimonial, no se limita tan solo a declarar un estado que ya no existe, lo produce ella misma. Es por eso que tal estado solo existe cuando queda firme la sentencia de divorcio y no antes.

##### **MATRIMONIO.** Impedimentos para contraer matrimonio

En cuanto al cómputo de tiempo de unión, no es necesario descontar los trescientos días que manda la ley para la celebración de un nuevo matrimonio, porque tal norma se refiere a un acto formal, como el matrimonio, no a una situación de hecho, como el concubinato y porque la ley civil no prevé ninguna sanción para el acto -nulidad u otra semejante- para las personas que se casen antes de los trescientos días, por lo que mal se podría sancionar a los concubinos declarando no existente su unión desde entonces o carente de efectos y virtualidad jurídicos.

TApel. Civ. Y com. Tercera Sala. 24-04-2009. “A. M. c. Sucesión de A. C. S. Reconocimiento de Unión de Hecho” (Ac. Y Sent. N° 36)  
Asunción, 24 de abril de 2009.

Cuestiones:

Es nula la sentencia apelada?

En su caso, se dicto conforme a derecho?

Practicando el sorteo de ley, resultó el siguiente orden de votación: Buongermini Palumbo, Martinez Prieto y Villalba Fernandez.

A la primera cuestion planteada la Dra. Maria Mercedes Buongermini dijo: los recurrentes, abogada M. A. L. P. y los Señores P. C. O.y L.C. E., fundamentaron este recurso, aludiendo a la falta de fundamentación de la condena accesoria de imposición de costas.

Corrido el traslado a la contraria, esta solicita el rechazo del recurso

La agente Fiscal interviniente, en su dictamen de fs. 481/482 mantiene la validez formal del fallo, diciendo que no existen en los mismos vicios nulificantes.

Al examinar la sentencia recurrida, se advierte que el inferior ha impuesto costas del juicio a la parte demandada, en el apartado primero se resuelve, pero no ha aludido a la carga de las costas en el considerando ni mucho menos explicado los fundamentos de esta imposición. Luego se ha rechazado el recurso de aclaratoria planteado. Si bien las razones de la decisión han sido expuestas en la S.D. N° 558 de fecha 24 de julio de 2008, no se ha hecho lugar al recurso de aclaratoria –ni podría haberse hecho lugar- atentos a que la aclaratoria solo puede tener por objeto la corrección del decisorio, que no de los argumentos y considerandos. Así pues, existe un vicio de argumentación en la sentencia recurrida, que hace a una condenación accesoria. La adecuada fundamentación de todas las decisiones de un fallo es requisito de validez del mismo, conforme lo manda el art. 15 inc. b) del Cód. Proc. Civ.

Así, pues, debe hacerse lugar, parcialmente, a la nulidad de la sentencia, en lo tocante a la decisión sobre las costas.

A continuación, y por mandato expreso del Cód. Proc. Civ., art. 406, debemos pasar a estudiar y fallar sobre la cuestión de fondo respecto de la cual se ha pronunciado a nulidad parcial.

La exoneración de costas procede en la generalidad de los juicios si el allanamiento ha sido total, oportuno e incondicional y si la parte que se allana no ha dado lugar a la reclamación, es decir rige el principio subjetivo de imposición de costas. Consta a fs.93/98 de autos la contestación de la demanda hecha por los recurrentes. En ella se advierte claramente que se oponen a la declaración de la unión de hecho. Es posible que se hayan admitido ciertos hechos, y en la contestación, ya en los alegatos que es lo que arguye la parte -apelante pero ello no es suficiente para configurar allanamiento. A tal efecto debe admitirse la pretensión, tal y como ella ha sido planteada y no meramente elementos facticos de la demanda. Tal cosa no sucedió en autos, y oblijo a la parte actora a transitar por la vía litigiosa. Ergo, no hay allanamiento que pueda sustentar una eximición, fundada en la conducta subjetiva del demandado, tal y como lo autoriza el art. 195, concordante con el 192 del Cód. Proc. Civ. Las costas deben imponerse a la perdidosa. Así pues, el destino final de la imposición de costas deberá tramitar la vía de la imposición objetiva de ellas, derivada del destino de la acción y el carácter de gananciosa o perdidosa de las partes. Como esta es una cuestión que depende de la pretensión principal –no olvidemos que la condenación en costas es un accesorio –deberá ser diferida hasta dilucidar en sede de apelación la procedencia o no de la demanda, y, en su caso, se deberán fijar entonces los porcentajes respectivos.

A sus turnos los Dres. Martínez Prieto y Villalba Fernández, manifestaron que votar en el mismo sentido.

A la segunda cuestión planteada, la Dra. Maria Mercedes Buongermini prosiguió diciendo: por la sentencia apelada N° 383 de fecha 03 de junio de 2.008 el a quo resolvió: 1- Hacer lugar, con costas, la demanda que por reconocimiento de unión de hecho promueva la sra. A. M. D. contra la sucesión del sr. A. C. Ll, y en consecuencia, declarar la existencia del concubinato entre la actora sra. A. M. D y el causante sr. A. C. Ll. a partir del día 03 de junio de 1997, que es el día 300, luego del dictamiento de la sentencia de divorcio del mismo con su anterior cónyuge, dictada el 07 de agosto de 1996 (S.D. N° 488 fs. 126), de conformidad a los términos expuestos en el exordio de la presente resolución. 2- ) “Anotar, (...) (fs. 449).

De dicha sentencia recurre la parte demandada y presenta su escrito la expresión de agravios, que obra a fs. 471/472. Manifiesta al respecto que la sentencia recurrida no se halla ajustada a derecho por el hecho que el Juez de Primera Instancia omitió establecer en el considerando de la resolución recurrida las razones que lo llevaron a imponer las costas ni tampoco estableció la forma en que estas debieron ser impuestas. Igualmente señala el Art. 15 inc. b y el Art. 198 del Cód. Proc. Civ. Agrega además que en el considerando de la resolución, el juzgador al hacer referencia a los alegatos de su parte refirió expresamente: “De los alegados mencionados no extraemos impugnación alguna (...) “. Dice además que su parte no se opuso a las pretensiones solicitadas por la actora, dado que desde el escrito de contestación de demanda manifestó como fundadas las pretensiones de la misma, sin incurrir en mora o culpa que hubiera dado lugar a la reclamación por lo que se agravia de la falta de claridad de la resolución en cuanto a la imposición de costas y en su caso por la imposición de las mismas a sus mandantes.

La contraria contesta a fs. 475/476 y sostiene que la manifestación de la representante de los demandados no se ajusta a la verdad de los hechos pues desde el inicio del juicio se han opuesto a la pretensión de su mandante para que se declare la unión de hecho entre la Sra. A. M. y el causante A. C. Ll.. Igualmente señala los Art. 192 y 198 del Cód. Proc. Civ. y manifiesta que al no haber allanamiento de la demanda corresponde se le impongan las costas del juicio a los demandados.

De dicha sentencia también recurren los Sres. P. F. C. O. y L. C. E. y manifiestan que se agravian de lo establecido en dicha sentencia en cuanto a la determinación del tiempo desde que se reconoció la unión de hecho de la Sra. A. M. con el Sr. A. C.Ll. puesto que dicho tiempo debe ser considerado a partir del día que quedo firme y ejecutoriada la sentencia definitiva N° 488 de fecha 07 de agosto de 1996, es decir, desde el día siguiente a su notificación.

Señala además el Art. 10 de la Ley 45/91 y agrega que la unión de hecho fue reconocida desde una fecha no acorde a la realidad ni a la ley.

Dice además que el a-quo al declarar la existencia del concubinato entre la Sra. A. M. y el Sr. A. C. Ll. estableció en forma errónea el reconocimiento del mismo pues lo hizo a partir del 03 de junio de 1997, computando esta fecha como el día 300 luego del dictamiento de la sentencia de divorcio de fecha 07 de agosto de 1996 del Sr. A. C.con su anterior cónyuge. Por último señalan que a los efectos de determinar en forma precisa y exacta el plazo legal en que quedo firme y ejecutoriada la sentencia definitiva el juez debió

tener en cuenta la única pieza procesal que induce a tener certeza de la fecha de estar firme una sentencia que es la cedula de notificación o el escrito de notificación personal de las partes; elementos probatorios que no se hallan contenidos en el expediente.

El representante convencional de la actora contesta dichos agravios en su escrito obrante a fs. 477/480 arguyendo que la unión de hecho entre el Sr. A. C. Ll. y A. M. D. fue voluntaria, que hicieron vida en común en forma estable, pública y sin estar afectados por impedimentos dirimentes y que a partir de la S.D. N° 488 de fecha 07 de agosto de 1996 empieza dicha unión y que no es necesario esperar los 300 días puesto que no contrajeron nupcias sino que se les reconoce desde esa fecha la unión hecho que mantenían incluso muchos años antes, y que al existir una sentencia de divorcio vincular empieza la unión de hecho. Manifiesta además que la S.D. N° 488 fue inscrita en el acta de registro civil y que al dorso del certificado de matrimonio se constata la inscripción de la mencionada sentencia de divorcio de fecha 09 de marzo de 1997. Igualmente señala que las observaciones realizadas sirven para demostrar la existencia del divorcio vincular por mutuo consentimiento entre los Sres. A. C. Ll. y L. I. E. P. y el inicio de la unión de hecho entre el Sr. A. C. Ll. y su mandante.

Corrido el traslado a la fiscal interviniente, la misma contesta en los términos del escrito de fs. 481/482 y sostiene que el fallo recurrido se halla fundado en la ley y que reúne todos los requisitos de fondo y de forma de una sentencia. En cuanto a la imposición de costas manifiesta que la misma se halla conforma a derecho pues no consta en el escrito de contestación allanamiento tal como señala el Art. 198 del Cód. Proc. Civ., pues se opone a que la relación sea considerada legalmente constituida por existir un impedimento dirimente. Dice además en lo que respecta al computo de los 300 días, que el Ministerio Público considera que el mismo no tiene relevancia a los efectos de la unión de hecho, ya que una vez firme la sentencia de divorcio, no existe impedimento para la unión, y que inclusive esa fiscalía considero que se empiece a contar la unión de hecho desde el día siguiente de la anotación marginal en el certificado de matrimonio, mientras que el Juez creyó oportuno contar los 300 días y hacerlo desde allí. Por último agrega que a su criterio la sentencia no queda firme con su notificación, sino que la anotación en el Registro del Estado Civil de la sentencia de divorcio constituye la sentencia de probatorio más certero, y que atento a lo expuesto esa fiscalía aconseja se confirme el fallo recurrido.

Dos de los herederos de la sucesión del Sr. A. C. Ll., se han opuesto a la declaración de la existencia de la unión de hecho o concubinato, basados en la incertidumbre acerca de la fecha en la que habría quedado firme la sentencia de divorcio del Sr. A. C. Ll. y con ello la remoción del impedimento dirimente que existía hasta entonces para la formación de un concubinato con otra persona.

Principalmente debemos decir que la sentencia de divorcio es constituida y no meramente declarativa. Ello significa que es la sentencia la que crea el estado de soltería o no vinculación matrimonial, no se limita tan solo a declarar un estado que ya existe, lo produce ella misma.

Es por eso que tal estado solo existe cuando firme la sentencia de divorcio y no antes. Ahora bien, del examen de las constancias traídas a esta causa no se advierte que tal sentencia haya sido notificada tal acto no consta entre las pruebas aportadas-; pero si consta que la misma ha sido anotada marginalmente en las actas pertinentes del registro Civil. Ello

implica la ejecución de la sentencia y necesariamente, que la misma ha quedado primeramente firme.

Cuando ha sucedido esto no nos consta, pero no pudo haber ocurrido en fecha posterior a dicha anotación registral. Así pues, los Sres. A. M. D. y A. C. Ll. estaban habilitados para convivir concubinariamente, cuando menos desde el 07 de agosto de 1996.

En cuanto al cómputo del tiempo de unión, no es necesario descontar los trescientos días que manda la ley para la celebración de un nuevo matrimonio, como bien lo apunta la agente Fiscal. Y ello por dos razones: primera, que tal norma se refiere a un acto formal, como el matrimonio, no a una situación de hecho, como el concubinato; y segunda, que la propia ley civil no prevé ninguna sanción para al acto -nulidad u otra semejante- o para las personas que, violando la tal prohibición, se casan antes de los trescientos días. Por ende mal se podría sancionar a los concubinos declarando no existente su unión desde entonces -incluidos los trescientos días- o carente de efectos y virtualidad jurídicos.

Como la actora no ha recurrido del fallo, y la sentencia ha declarado la existencia de la unión recién desde fecha 03 de junio de 1997, este Tribunal no está facultado para modificar en su favor dicho fallo, estableciendo el inicio de la relación concubinaria en una fecha anterior. Ello por la prohibición de la *reformatio in peius* y el principio de *tantum appellatum*.

Así pues, debe confirmarse la sentencia apelada.

Las costas de esta instancia deben ser aplicadas proporcionalmente -ya que ha habido una pretensión de nulidad en la cual la parte accionada ha salido gananciosa.

La proporción se establece en un 20% a cargo de la actora y un 80% a cargo de demandada. Las costas en primera instancia deben ser impuestas a la perdedora, ya que la pretensión de la actora ha salido victoriosa.

A sus turnos los Dres. Martínez Prieto y Villalba Fernández, manifestaron que votan en el mismo sentido.

Con lo que termino 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.

**RESUELVE:** Declarar parcialmente la nulidad de la sentencia en lo referente a las costas. Confirmar la sentencia recurrida en cuanto al reconocimiento de la unión de hecho a partir de la fecha 3 de junio de 1997. Imponer las costas, en esta instancia proporcionalmente en un 20% a la parte actora y 80% a la parte demandada y en la instancia inferior a la demandada, conforme se tiene dicho en los considerandos de este fallo. Anótese, regístrese y remítase copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia.

*Miembros: Mercedes Buonghermini Palumbo, Arnaldo Martínez Prieto y Neri E. Villalba F. Ante mí: Pablo Costantini. Actuario Judicial.*

#### ACUERDO Y SENTENCIA N° 58

*Cuestión debatida: Se discute la excepción de inhabilidad de título opuesta por el demandado en base a la privación de eficacia del cheque al portador traído a ejecución.*



**JUICIO EJECUTIVO.** Título ejecutivo. Títulos a la orden. **CHEQUE**

Tratándose de cheques al portador, estos instrumentos tienen una normativa especial que los rige y que en cuanto a la privación de eficacia de los mismos, debemos aplicar el art. 1520 del C. C.

**CHEQUE.** Pago de cheque

La invalidación de los títulos al portador se hace solo por excepción y siempre que la ley así lo prevea expresamente.

**JUICIO EJECUTIVO.** Título ejecutivo. Títulos a la orden

Los efectos de la privación de eficacia se refieren al tenedor legitimado y al deudor del título: librador o endosatario. En este caso la figura del denunciante de la sustracción es el deudor-librador, y al propio tiempo quien se dice tenedor legitimado y despojado del título. Como tenedor desposeído puede exigir la prestación y sus accesorios al obligado por el título, una vez transcurrido el plazo de prescripción, Como el obligado es el mismo, por ser librador, obviamente no puede solicitar el pago.

**JUICIO EJECUTIVO.** Título ejecutivo. Títulos a la orden. **CHEQUE**

El título al portador no se puede invalidar; pero tampoco el cheque puede ser invalidado, sea cual fuere su régimen de circulación o sea, se halle o no al portador- es decir rige el art. 1729 del C.C.

**JUICIO EJECUTIVO.** Título ejecutivo. Títulos a la orden

La privación de eficacia del título, no afecta los derechos del tenedor frente a quien obtuvo la sentencia, es un reflejo de la función de la privación de eficacia, que afecta solo a la legitimación cartular, sin tocar mínimamente el derecho de crédito, es un medio para reconstruir la legitimación, la posibilidad de exigir en base al título, pero no afecta el derecho.

**JUICIO EJECUTIVO.** Título ejecutivo. Títulos a la orden

El tenedor del título, en base precisamente a esa tenencia está facultado para accionar, en este caso, contra el librador, que obtuvo la sentencia, para que se declare su derecho al cobro.

TApel. Civ. Y com. Tercera Sala. 15-06-2009. “Antonio Vidal Moroni Maidana c. Yuky S.A.I.C.G.I.E. s/ Juicio Ejecutivo” (Ac. Y Sent. N° 58)

Asunción, 15 de junio de 2009.

Cuestiones:

¿Es nula la sentencia apelada?

En su caso, se dicto conforme a derecho?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: Martínez Prieto, Villalba Fernández, y Buongermini.

A la primera cuestion planteada el Dr. Martínez Prieto, dijo: La recurrente desiste expresamente del recurso de nulidad interpuesto. Por consiguiente, y al no advertirse vicios

o defectos que autoricen a declarar la nulidad de la resolución recurrida de oficio, debe tenerse por desistido al recurrente del recurso.

A sus turnos los Dres. Villalba Fernández y Buongermini, manifestaron que votan en el mismo sentido.

A la segunda cuestión planteada, el Dr. Martínez Prieto prosiguió diciendo: Por la sentencia apelada N° 215 de fecha 17 de abril de 2008 el *a quo* resolvió: “1. Hacer lugar, con costas a la excepción de inhabilidad de título planteada en autos por la parte demandada Yuky S.A.I.C.G.I.E., por los fundamentos expresados en el exordio de la presente resolución y en consecuencia: 2. Rechazar la ejecución promovida por Antonio Vidal Moroni Maidana contra Yuky S.A.I.C.G.I.E. por los mismos fundamentos. 3) ANOTAR,...”. (sic.) (fs.36 vlt.a.).

El recurrente en su escrito de fundamentación de agravios obrante a fs. 42/43 manifiesta que el actor ha adjuntado solamente una copia simple de la sentencia por la cual se priva de eficacia el cheque traído a ejecución y en la etapa de diligenciamiento de pruebas no ha obtenido el expediente en el cual dicha sentencia fue dictada y ni siquiera una copia autenticada de la resolución, por lo que no se ha probado la existencia real de dicha sentencia. Sostiene que el documento traído a ejecución es un cheque al portador por lo que no le son aplicables las disposiciones contenidas en los art. 1522 al 1534 del Cód. Civ. que regula sobre los títulos a la orden, especialmente en lo que concierne a la privación de eficacia. Arguye que la normativa aplicable al presente caso es la contenida en el art. 1521 del Cód. Civ. ya que se trata de título al portador por lo que no se admite la privación de eficacia de los mismos. Manifiesta que al haberse emitido el cheque de pago diferido en fecha 20 de septiembre de 2003 con fecha de vencimiento el 20 de marzo de 2004, el juicio de cancelación debió haberse promovido en el tiempo que transcurrió entre una y otra fecha, por lo que al haberse promovido dicho juicio en fecha 21 de abril de 2005, la S.D. N° 451 de fecha 14 de julio de 2005 no puede surtir efectos sobre el cheque ejecutado ya que el mismo se ha perfeccionado el 26 de marzo de 2004 cuando se ha presentado para su cobro al banco girado con el correspondiente protesto. Sostiene que aunque la privación de eficacia fuera correctamente realizada, al ser el cheque un título al portador entonces sólo podrá hacer valer a su favor la privación obtenida luego de transcurrido el plazo para la prescripción. Por todo ello solicita se revoque la sentencia del inferior con costas.

Corrido traslado a la adversa la misma contesta en el escrito obrante a fs. 45/46 manifestando que su parte ha adjuntado la copia autenticada de la sentencia que priva de eficacia el documento que se pretende ejecutar al momento de oponer excepciones. Sostiene que en el juicio de privación de eficacia se han realizado las publicaciones en los periódicos de gran circulación sin que se haya presentado en dicho juicio a rebatir las argumentaciones de su parte. Arguye que en este juicio no se puede discutir la idoneidad del instrumento declarado ineficaz y que lo que tuvo que haber hecho el accionante es optar por la acción autónoma de nulidad. Por todo ello solicita se confirme la sentencia del inferior con costas.

En autos se discute la excepción de inhabilidad de título opuesta por el demandado en base a la privación de eficacia del cheque al portador traído a ejecución. Examinadas las constancias de autos se advierte que se ha presentado a ejecución un cheque al portador, obrante a fs. 6 de autos que fuera rechazado por el banco por orden de no pago. Igualmente

surge de autos que el demandado ha promovido un juicio de privación de eficacia del mentado cheque obteniendo a su favor la S.D. N° 451 de fecha 14 de julio de 2005 dictada por el juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Segundo Turno.

Atendiendo la singularidad del presente caso, si bien no corresponde analizar la procedencia o no de la privación de eficacia realizada en el juicio arriba mencionado, debemos no obstante decir que tratándose de cheques al portador, estos instrumentos tienen una normativa especial que los rige y que en cuanto a la privación de eficacia de los mismos, debemos aplicar el art. 1.520 del Cód. Civ., que dice: “Salvo disposición especial de la ley, no se admite la invalidación de los títulos al portador extraviados o sustraídos. El que denuncia al emisor el extravío o la sustracción de un título al portador y le suministre la prueba de ello, tendrá derecho a la prestación y sus accesorios, una vez transcurridos el plazo de prescripción de la obligación. El deudor que cumple la prestación a favor del poseedor del título, antes de dicho plazo, queda liberado a no ser que se pruebe que conocía el vicio de la posesión del portador”. Como puede verse la invalidación de los títulos al portador se hace solo por excepción y siempre que la ley así lo prevea expresamente. Ahora bien, los efectos de esta privación de eficacia se refieren al tenedor legitimado y al deudor del título: librador o endosatario. En este caso la figura del denunciante de la sustracción es el deudor-librador, y al propio tiempo quien se dice tenedor legitimado y despojado del título. Como tenedor desposeído puede exigir la prestación y sus accesorios al obligado por el título, una vez transcurrido el plazo de la prescripción. Como el obligado es él mismo, por ser librador, obviamente no puede solicitar el pago. Pero debemos puntualizar que ello no quita validez cambiaria o ejecutiva al título y desde luego no produce ningún efecto para el tenedor antes de que fenezca el plazo de prescripción. Como se ve, todos los efectos se refieren al cobro o al pago del título, no a su extinción como título de crédito, efecto que no se produce ni aún con la orden de no pago dada por el emisor al banco girado, orden que está dada en el marco del contrato de cuenta corriente y que no puede afectar derechos de terceros. Y ello es así porque los títulos de crédito nacen para circular. Tratándose de títulos al portador esta circulación se produce aún más fácil y rápidamente, y es por ello que la denuncia no puede quitarle su obligatoriedad emanada de su carácter cartular.

Ahora bien, hemos dicho que el presente caso se trata de uno verdaderamente particular ya que de las constancias de autos surge que, de manera contraria a lo expuesto *supra*, se ha dictado una sentencia definitiva que ha privado de eficacia el cheque traído en el presente juicio a ejecución. Ya sabemos que no se puede invalidar títulos al portador como ya lo hemos explicado así que no nos detendremos nuevamente en ello. Pero sí nos detendremos en las consecuencias –efectos jurídicos– de la privación de eficacia. Sabemos que el título al portador no se puede invalidar; pero tampoco el cheque puede ser invalidado, sea cual fuere su régimen de circulación –o sea, se halle o no al portador–. Es decir, rige el art. 1729 del Cód. Civ. Ahora bien, el juez que dictó sentencia privando de eficacia jurídica a dicho cheque no atendió esta norma, y su decisión pasó en autoridad de cosa juzgada. Ante ello no nos queda más que atenernos a la normativa de la privación de eficacia, es decir, tratar a la cuestión como si fuere aplicable el art. 1530 del Cód. Civ.

El art. 1533, en vía general, establece claramente que la privación de eficacia no afecta los derechos del tenedor frente a quien obtuvo la sentencia, lo que se repite en el art. 1389.

Esto es un reflejo de la función de la privación de eficacia, que afecta solo a la legitimación cartular, sin tocar mínimamente el derecho de crédito; es decir, es un medio para reconstruir la legitimación, la posibilidad de exigir en base al título, pero no afecta al derecho. Esto quiere decir que el tenedor del título, en base precisamente a esa tenencia, está facultado para accionar, en este caso, contra el librador, que obtuvo la sentencia, para que se declare su derecho al cobro. Ahora, como la función de legitimación ese título ya no tiene, y es un título al portador, el único camino que al tenedor le queda es el juicio ordinario contra el librador donde va a pedir el cobro de lo que le corresponde, demostrando su derecho como si fuese la acción causal, pero ya no tiene la acción cambiaria ni la ejecutiva. Así pues, y pese al *rectius jus*, no podemos sino establecer que la inhabilidad procede. La sentencia del inferior debe ser confirmada.

En cuanto a las costas, corresponde su imposición en el orden causado ya que estamos ante un caso particular como lo explicáramos en el exordio de la presente resolución.

A sus turnos los Dres. Villalba Fernández y Buongermini, manifestaron que se adhieren al voto que antecede. 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.

**RESUELVE:** Tener por desistido al recurrente del recurso de nulidad. Confirmar la resolución recurrida. Imponer las costas en el orden causado. Anótese, regístrese, y remítase copia a la Excma. Corte suprema de Justicia.

*Miembros: Neri E. Villalba F., Arnaldo Martínez Prieto y Ma. Mercedes Boungermini Palumbo. Ante mi: Abog. Pablo Costantini. Actuario Judicial.*

#### ACUERDO Y SENTENCIA N° 60

##### **ASOCIACION.** Asociación de utilidad pública

Toda asociación debe sujetarse primero a la ley general y luego a su ley particular (estatuto) pues, si bien dentro de la institución asociativa no existe nada por encima de los estatutos, fuera de la entidad, están las leyes públicas que rigen la convivencia de la comunidad en general.

##### **ASOCIACION.** Asociación de utilidad pública

Las decisiones mas importantes para la asociación –como es el caso de la exclusión y sanción de los asociados- indudable y necesariamente deben emanar de la asamblea.

##### **ASOCIACION.** Asociación de utilidad pública

El hecho de que el art. 108 del C.C. establezca que ninguna modificación será válida quiere decir que bajo ningún concepto se pueden hacer valer las modificaciones estatutarias sino hasta que las mismas sean aprobadas por el Poder Ejecutivo, tanto entre las partes como para terceros. Para que surtan efecto frente a terceros es necesaria la inscripción en el registro correspondiente, a los efectos de publicidad.

##### **ASOCIACION.** Asociación de utilidad pública

El art.111 C.C. establece de manera clara que el órgano facultado para la exclusión de un asociado es la asamblea, el cual debe ser acordada por graves motivos justificados.

TApel. Civ. Y com. Tercera Sala. 23-06-2009. “Confederación Universitaria de Deportes del Py. (CUDP) c. Comité Olímpico Paraguayo s. Nulidad de Exclusión de Asociación”. (Ac. Y Sent. N° 60)

Asunción, 23 de junio de 2009.

#### CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?

¿En su caso, se dicto conforme a derecho?

Practicado el sorteo de ley, resultó el siguiente orden de votación: Villalba Fernández, Martínez Prieto y Ortiz Pierpaoli.

A la primera cuestión planteada, el Dr. Villalba Fernández dijo: El recurrente no ha fundado explícitamente el recurso interpuesto, pues los agravios vertidos se refieren a supuesto que pueden ser resueltos a través del estudio de la apelación ejercitada. Así las cosas, el recurso de nulidad debe ser declarado desierto, al no haberse constatado en la resolución examinada violaciones de las formas o solemnidades procesales que autoricen a este Tribunal a una declaración de oficio, conforme lo establecen los artículos 15, inc. b), 113 y 404 del Código Procesal Civil.

Opinión de los Dres. Martinez Prieto y Ortíz Pierpaoli dijeron: Que se adhieren al voto del Magistrado que antecede.

A la segunda cuestion planteada, el Dr. Villalba Fernandez dijo: Por la sentencia apelada, N° 321 de fecha 10 de mayo de 2007, el A quo resolvió: “1.-) Hacer lugar a la presente demanda ordinaria por nulidad de exclusión como afiliada de la asociación reconocida de utilidad pública denominada Comité Olímpico Paraguayo, incoada por la Confederacion Universitaria de Deportes del Paraguay (CUDP) contra el Comité Olímpico Paraguayo (COP), por los motivos expuestos en el exordio de la presente resolución, y en consecuencia, ordenar la reposición de la confederación universitaria de deportes del paraguay (cudp) como afiliada del Comité Olímpico Paraguayo en el plazo de diez (10) días de quedar firme y ejecutoriada la presente resolución. 2.-) imponer las costas a la demanda, conforme del art. 192 del CPC. 3.-) notificar a las partes por cédula o personalmente. 4.-) anotar...”.

El recurrente se agravia contra la citada resolución definitiva, esgrimiendo sus argumentos en el escrito obrante a fs. 311/314 de autos. En tal orden, manifiesta que el juzgado inferior hizo caso omiso a varias circunstancias probadas en el expediente de marras, como el hecho de que los Estatutos Sociales del Comité Olímpico Paraguayo son una “ley” entre sus asociados- federaciones, asociaciones, confederaciones, etc.-,y que sus mandantes actuaron conforme a tales disposiciones debidamente reconocidas y modificadas, que rigen de forma inmediata; asimismo, señala que la CUDP, como defensa, no puede alegar su propia torpeza al no haber asistido a la Asamblea y haber conocido de la modificación respectiva. Finalmente expresa que la CUDP ya no representa a los universitarios deportistas y los mismos han elegido otra forma de asociación probada en autos.

La contraparte, representada por el Abog. G. L. A. P., contesta el traslado de los agravios a través de la presentación de fs. 315/320. Inicialmente, declara que la decisión del

juez de primera instancia ha valorado correctamente los hechos y el derecho, centrando la discusión en lo que debía considerar y no en disquisiciones accesorias: la SD es clara porque la decisión de exclusión es nula al haberse dictado por un órgano que no podía hacerlo por imperio de la ley. Prosigue diciendo que el estatuto no fue aprobado por el Poder Ejecutivo y, por ende, no estaba en vigencia al momento de la exclusión, por lo que la resolución dictada es inválida. Finalmente, afirma que el COP no agregó a autos un solo documento que enerve la existencia real de la CUDP al 14 de abril de 2004, circunstancia que fue probada positivamente por su parte mediante la agregación de numerosos documentos relativos a actividades desarrolladas en el ámbito del deporte universitario.

Analizadas las presentaciones de ambas partes, se infiere ab initio que el punto neurálgico de la discusión radica en la legitimidad del mecanismo utilizado por el Comité Olímpico Paraguayo (COP), a través de su órgano competente y con base en la normativa institucional, para excluir a una entidad asociada en este caso, la Confederación Universitaria de Deportes del Paraguay (CUDP).

Conviene entonces definir el estatus jurídico de ambas organizaciones. Así, de las constancias de autos, se colige que las mismas se han establecido como asociaciones civiles reconocidas de utilidad pública, entidades de derecho privado que tienen como objeto el bien común y a las que son aplicables desde el punto de vista normativo, las disposiciones contenidas en el Código Civil paraguayo, Libro Primero, Título II. Capítulo II, artículos 102 al 117.

En tal orden de razonamiento, el Art. 103 del Código Civil prescribe: “las asociaciones se regirán por las reglas de este Capítulo y por sus estatutos”. Es decir, la propia norma determina un orden o primacía: toda asociación debe sujetarse primero a la ley general y luego a su ley particular (estatuto) pues, si bien dentro de la institución asociativa no existe nada por encima de los estatutos, fuera de la entidad, están las leyes públicas que rigen la convivencia de la comunidad en general. Evidentemente, una ley específica, interna, la ley de la asociación o estatuto, debe estar ajustada – siempre, sin excusas ni limitaciones – en armonía con la ley del Estado.

Además, según el Art. 107, la Asamblea es la autoridad máxima de las asociaciones reconocidas de utilidad pública y, desde el punto de vista estrictamente doctrinario, se la considera como la corporación misma en su contenido específico y en un momento determinado, la personificación del grupo. Siendo un elemento subjetivo que conforma la esencia de la asociación, pasa a ser el “órgano de gobierno” de la misma. Empero, la toma de sus resoluciones siempre debe enmarcarse dentro de parámetros establecidos por el orden público y social y la normativa institucional, vale decir, debe estar ajustada a las leyes aplicables, los principios generales y las normas estatutarias, en ese orden. (Cf. Páez, Juan I. “El derecho de las asociaciones”, Bs.As.: Kraft, 1940, Pág. 177 y ss.). Y aunque la asamblea se caracteriza por no funcionar permanente ni ininterrumpidamente, posee ciertas facultades indelegables y exclusivas que no pueden ser suplicadas con actuaciones de otros órganos (previniendo el abuso del grupo de control), pues sus decisiones son ad solemnitatem por interesar a la totalidad de los socios (Cf. Nissen, Ricardo. “Curso de Derecho Societario”, Bs. As.: Ad-Hoc, 1995, Pág. 438).

En esta cuestión, el Comité Ejecutivo no es sino un cuerpo colegiado encargado de la dirección, administración patrimonial y control de la persona jurídica del Comité Olímpico

Paraguay o, lo que es lo mismo, el “órgano de administración y representación” de la organización (Cf. Biagosch, Facundo Alberto. “Asociaciones Civiles”, Bs. As.: Ad-Hoc, 2000, pg. 287). Por lo que mal podría arrogarse atribuciones que no le corresponde aunque sea por vía estatutaria (norma no vigente por cierto, en este caso), si la propia ley civil (Art. 111 del C.C) es tajante en otorgarlas a la asamblea. A modo de abundamiento, se transcribe una cita jurisprudencial argentina en la que se patentiza esta postura: “...*Las atribuciones de la comisión directiva de una asociación no pueden desplazar nunca la competencia de la asamblea general, que es el cuerpo deliberativo por excelencia, porque lo que aquélla puede hacer, lo puede “a fortiori” la asamblea, que además tiene siempre competencia primaria...*” (ST La Pampa, 12/4/61, LL, 107-451 en Cahian, Adolfo. “Las Asociaciones Civiles en la República Argentina”, Bs. As.: La Rocca, 1998, pg. 162).

Por ende, queda claro que las decisiones más importantes para la asociación – como es el caso de la exclusión y sanción de los asociados – indudable y necesariamente deben emanar de la asamblea, a tenor de lo dispuesto por el Art. 111 de la normativa de fondo. Y en autos se ha probado que tal situación no se configuró al momento de la exclusión de la entidad denominada Confederación Universitaria de Deportes del Paraguay, por lo que la actuación del Comité Olímpico Paraguayo estaba viciada de nulidad.

En cuanto a la afirmación del apelante con respecto a la inexistencia legal y real de la CUDP, de la supuesta falta de vida institucional de dicha entidad, como circunstancia no valoradas por él A Quo, estimo que tales manifestaciones son totalmente improcedentes. Ello porque en el expediente rola un cúmulo de documentaciones (fs. 5/125 de autos) que refutan tal postura y que demuestran que el Comité Olímpico Paraguayo jamás puso en duda la existencia jurídica de su confederación asociada.

En conclusión, de acuerdo a los párrafos precedentes es criterio de este Miembro que corresponde la confirmación en todas sus partes de la sentencia apelada.

En cuanto a las costas, ellas deberán ser impuestas a la parte recurrente, de acuerdo a lo dispuesto en el Art. 203 del Código Procesal Civil. Es mi voto.

Opinion del Dr. Martínez Prieto, dijo; Apelación: Se trata de establecer la procedencia de una demanda de nulidad de exclusión de asociación de la Confederación Universitaria de Deportes del Paraguay del Comité Olímpico Paraguayo.

A los efectos de establecer la ley aplicable, primeramente debemos establecer la naturaleza jurídica de la demandada. Así tenemos que la misma es una asociación, por lo que se rige, como lo establece el art. 103 del Cód. Civ., por las reglas del capítulo II del Título II del Libro I del Cód. Civ. y por sus estatutos.

El recurrente sostiene que los Estatutos Sociales del Comité Olímpico Paraguayo permiten la desafiliación a través de su Comité Ejecutivo y que los estatutos vigentes fueron modificados por asamblea extraordinaria, y que si bien dicha modificación no fue aprobada por el Poder Ejecutivo, es plenamente válida entre partes.

El art. 108 in fine establece que: “ninguna modificación de los estatutos será válida sin su aprobación por el Poder Ejecutivo”. La presente normativa es bastante clara al establecer el contenido y alcance de las modificaciones estatutarias. El hecho que establezca que ninguna modificación será válida quiere decir que bajo ningún concepto se pueden hacer valer las modificaciones estatutarias sino hasta que las mismas sean aprobadas por el Poder Ejecutivo, tanto entre partes como para terceros. Es importante aclarar al recurrente que

para que dichas modificaciones surtan efecto también para terceros es necesaria la inscripción en el registro correspondiente, no la aprobación por el Poder Ejecutivo, ya que luego de dicha aprobación, la modificación de los estatutos aún no adquiere publicidad sino luego de la inscripción en el registro correspondiente. También debemos aclarar que el hecho que la actora no haya asistido a la asamblea extraordinaria no significa que no pueda impugnar la exclusión de la misma de la asociación en base a las modificaciones hechas en el estatuto porque como ya no hemos dicho, dichas modificaciones no serán válidas –ya sea entre parte, ya sea para terceros- sino hasta que sean aprobadas por el Poder Ejecutivo, por lo que los argumentos esgrimidos por el apelante no son válidos.

Entonces, luego de establecer la validez de la modificación de los estatutos del Comité Olímpico Paraguayo, debemos analizar la procedencia de la exclusión de la Confederación Universitaria de deportes del Paraguay y la consecuente procedencia de la presente demanda.

El art. 111 del Cód. Civ. establece que: “La exclusión de un asociado no puede ser acordada por la asamblea sino por graves motivos justificados”. El presente artículo establece de manera clara que el órgano facultado para la exclusión de un asociado es la asamblea. De las constancias de autos surge que fue el Comité ejecutivo quien excluyó a la actora del Comité Olímpico Paraguayo, órgano no facultado para tal fin, de conformidad con el artículo transcrito, por lo que corresponde confirmar la sentencia recurrida.

En cuanto a las costas en esta instancia, corresponde su imposición a la perdedora, de conformidad con lo establecido en el art. 203 del Cód. Proc. Civ.

A su turno el Dr. Ortiz Pierpaoli, manifiesta: Que siendo coincidentes las conclusiones de los votos que anteceden, me adhiero a los mismos por ser idénticos fundamentos.

Con lo que terminó el acto, firmando los señores miembros de conformidad y quedando acordada la sentencia que sigue a continuación, todo por ante mí, de lo que certifico.

**RESUELVE:** Declarar desierto el recurso de nulidad. Confirmar la sentencia recurrida. Imponer las costas a la perdedora. Anótese, regístrese y remítase copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia.

*Miembros: Neri E. Villalba F., Arnaldo Martínez Prieto y Fremiort Ortiz Pierpaoli. Ante mí: Abog. Pablo Costantini. Actuario Judicial*

## ACUERDO Y SENTENCIA N° 67

*Cuestión debatida: Se trata de determinar la procedencia de una demanda de nulidad contra su ascendiente y basada en la existencia de un impedimento de ligamen.*

### **SENTENCIA. SENTENCIA DECLARATIVA**

La sentencia es declarativa cuando se limita a reconocer un derecho ya existente con anterioridad, cuya certeza solo se pronuncia. Es constitutiva, por otra parte, cuando por su eficacia se cambia o se crea una situación jurídica determinada.

### **DIVORCIO**

La sentencia de divorcio en su naturaleza es constitutiva, en su mayoría las sentencias de estado son constitutivas.



**DIVORCIO.** Efectos de la Sentencia

Siendo la sentencia de divorcio constitutiva, sus efectos no pueden retrotraerse al tiempo anterior a su pronunciamiento. La retroacción es un efecto propio de la nulidad.

**SUCESION. DIVORCIO.** Efectos del divorcio

Siendo que la inexistencia de impedimentos impeditivos debe darse al tiempo de contraer matrimonio, y que la demandada se casó con el hoy difunto en una fecha determinada y su divorcio de un vínculo anterior matrimonial se produjo 22 años después de aquel, es claro que el impedimento de ligamen existía al tiempo de la celebración de su segundo matrimonio, conminándolo a una nulidad insalvable. El posterior estado de divorcio no puede convalidar este vicio, dado que se trata de un defecto insanable.

TApel. Civ. Y com. Tercera Sala. 05-08-2009. “D. E. C. C. c. M. M. C. R. s/ Nulidad de Matrimonio” (Ac. y Sent. N° 67)

Asunción, 5 de agosto de 2009.

Cuestiones:

¿Es nula la sentencia apelada?

En su caso, se dicto conforme a derecho?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: Buongermini P., Villaba Fernández y Paiva Valdovinos.

A la primera cuestión planteada la Dra. Buongermini Palumbo, dijo: Se funda a fs. 170/173. Los argumentos expresados en la nulidad al respecto del incumplimiento de deberes procesales del juez no se ajustan a las constancias de autos. Tampoco tiene asidero el argumento de defectos formales en la estructura de la sentencia. Los restantes argumentos, referidos a la justeza de las apreciaciones del inferidos a la idoneidad o valoración de la prueba hacen relación con la cuestión de fondo y no pueden tratarse en sede de nulidad, sino en la de apelación, y dado a que no se advierten otros vicios o defectos a una declaración oficiosa de nulidad, el presente recurso debe ser desestimado.

A sus turnos los Dres. Villalba Fernández y Paiva Valdovinos, manifiestan que votan en el mismo sentido.

A la segunda cuestión planteada, la Dra. María Mercedes Buongermini prosiguió diciendo: Por la sentencia apelada N° 542 de fecha 31 de julio de 2.008 el A quo resolvió: “Hacer lugar, con costas, a la presente demanda promovida por el Sr. D. E. M. C. C. contra la Señora M. M. C. R. y, declarar, en consecuencia, nulo el matrimonio celebrado por la Sra. M. M. C. R. con el Sr. C. E. C. D., ante la Dirección General del Registro Civil de la Provincia de Formosa, República Argentina, en fecha 02 de abril de 1980, según acta número 26. Anotar...”. (fs. 165).

De dicha sentencia recurre la parte demandada presenta su escrito de expresión de agravios, que obra a fs. 170/173. Manifiesta al respecto que la resolución apelada es arbitraria puesto que los arts. 1 y 9 de la ley 45/91 y los establecidos en el código de forma establecen que no se admitirán pruebas que fueren prohibidas, improcedentes, superfluas o dilatorias; y si hubieran sido, no serán consideradas en la sentencia. Dice que en caso de autos, el actor perdió el derecho de arrimar las pruebas que le corresponden y que sólo se debe resolver de acuerdo a lo arrimado por la demandada. Dice además que la competencia

de la jueza jamás ha sido discutida, lo que en se plantea es así las sentencia de divorcio obtenidas por su parte tienen el efecto de disolver el vínculo matrimonial y habilitar a la misma a contraer nuevas nupcias. Arguye que la A-quo en el considerando de la resolución recurrida describe las presentaciones de cada pero finalmente niega validez a las sentencias declarativas emanadas por jueces competentes en juicios competentes en juicios controvertidos y no argüidas de falsas. La recurrente sostiene que se debe estudiar en base a la validez o no de las dos sentencias obtenidas que han declarado el divorcio del Sr. J. R. B., homologando al mismo tiempo el matrimonio con el Sr. C.E. C.. Por último solicita se revoque la sentencia recurrida.

El representante convencional de la actora contesta dichos agravios en su escrito obrante a fs. 175/179 arguyendo que la jueza cumplió con todo el contenido del art. 159 del Cod. Proc. Civ. razón por la cual no se puede alegar que la jueza incumplió con su deber de fundar los fallos. Sostiene que el fundamento argüido por la apelante referente a la retroactividad de los efectos de la sentencia de divorcio vincular de la Sra. M. C. y J. R. a la sentencia de divorcio entre los mismos no tiene asidero legal, puesto que en el año 1.979 no existía en nuestro país el divorcio vincular, por lo cual el matrimonio celebrado entre la Sra. M. C. y C. C. en fecha 02 de abril de 1980 en la provincia de Formosa es nulo, pues existía en ese momento un impedimento dirimente de ligamen subsistente. Sostiene que en el art. 9 de la ley 45/91 no se prevé el efecto retroactivo del divorcio, por lo que se concluye que debe ser acatada la norma general sobre la irretroactividad de las leyes. Dice además, que aplicando como regla el principio de la irretroactividad de las leyes, el matrimonio celebrado entre M. C. y C. E. C. es nulo puesto que fue celebrado mientras estaba subsistente el primer matrimonio entre M. C. y J. R. B., siendo irrelevante a los efectos legales, que este último haya sido disuelto posteriormente mediante divorcio vincular.

Se trata de determinar la procedencia de una demanda de nulidad de matrimonio intentada por el descendiente directo contra su ascendiente y basada en la existencia de un impedimento de ligamen.

A pesar de que la recurrente alega una inadecuada valoración e incluso producción de pruebas, no aporta ningún argumento relevante a qué pruebas se habrían producido contra derecho, o valorado erróneamente.

En rigor, -la más buen escueta fundamentación gira en torno de dos cuestiones: la naturaleza declarativa o constitutiva de la sentencia de divorcio y el efecto retroactivo o no de ella, respecto de un matrimonio contraído contra la prohibición de ligamen previo.

La sentencia es declarativa cuando se limita a reconocer un derecho ya existente con anterioridad, cuya certeza solo se pronuncia. Es constitutiva, por otra parte, cuando por su eficacia se cambia o se crea una situación jurídica determinada. En cuanto a la sentencia de divorcio, ninguna duda hay en su naturaleza constitutiva. Las sentencias de estado son, en su mayor parte, constitutivas. Tratándose de divorcio, el pronunciamiento judicial del fallo disuelve el vínculo matrimonial y por su virtud se crea el estado civil de divorciado, que hasta ese entonces era casado. Así pues, no puede hablarse de sentencia declarativa.

Luego tenemos el tema de la retroactividad. Es obvio que, siendo la sentencia de divorcio constitutiva, sus efectos no pueden retrotraerse al tiempo anterior a su pronunciamiento. Una tesis contraria plantearía cuestiones tales como hasta donde o cuando se produciría la retracción. Hasta la celebración del acto mismo de matrimonio? Eso

asimilaría el divorcio a la nulidad, cuando que sabemos que son instituciones enteramente distintas. La retrotracción es un efecto propio de la nulidad.

Siendo que la inexistencia de impedimentos impeditivos debe darse al tiempo de contraer matrimonio, y que la demandada se casó con el hoy difunto en fecha 02 de abril de 1.980, y su divorcio de un vínculo matrimonial anterior se produjo en fecha 11 de febrero de 2.002, es claro que el impedimento de ligamen existía al tiempo de la celebración de su segundo matrimonio, conminándolo a una nulidad insalvable. El posterior estado de divorcio no puede convalidar este vicio, dado que se trata de un defecto insanable.

En estas condiciones no cabe sino confirmar la sentencia apelada.

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. Villalba Fernández y Paiva Valdovinos, manifiestan 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.

**RESUELVE:** Desestimar el recurso de nulidad interpuesto por el demandado. Confirmar la sentencia apelada. Imponer las costas a la perdedora. Anótese, regístrese, y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

*Miembros: Neri E. Villalba F., Mercedes Boungermini Palumbo y Oscar Paiva Valdovinos. Ante mí: Abog. Pablo Costantini. Actuario Judicial*

#### ACUERDO Y SENTENCIA N° 68

*Cuestión debatida: Se trata de establecer la procedencia de una excepción de pago parcial opuesta contra el progreso de una ejecución.*

**PAGO.** Requisitos del pago.

El pago para ser tal debe cumplir los requisitos consabidos: ser posterior a la deuda reclamada, referirse expresamente a ella y emanar del acreedor legitimado al cobro.

**PAGO.** Intereses moratorios

Los intereses moratorios, tratándose de obligaciones de dar sumas de dinero, se deben por el solo hecho de la mora, a tenor de lo establecido en el art. 475 del C.C. en concordancia con el art. 424 del C.C. que dispone que la mora, en las obligaciones a plazo, se produce por el solo vencimiento de aquél.

**PAGO.** Intereses moratorios

El porcentaje del interés moratorio debe ser el mismo pactado para el interés compensatorio a tenor de lo dispuesto en el art. 44 de la ley 489/95.

**PAGO.** Intereses moratorios. Intereses Compensatorios

El hecho de recibir pagos en concepto de intereses compensatorios no implica la extinción de los intereses moratorios de capital hasta entonces devengados. En efecto no sería aquí

aplicable el art. 574 del C.C. que alude a la extinción de los accesorios por vía de consecuencia, ya que los recibos mentados hacen referencia a los intereses y no al capital.

Trib. De apel en lo Civ. Y Com. Tercera Sala. 10-08-2009. “Pedro Pablo Mendoza c/Pedro Pablo Alvarez Insfran s/ Ejecución Hipotecaria”. (Ac. Y Sent. N° 68)

Asunción, 10 de agosto de 2009.

Cuestiones

¿Es nula la sentencia apelada?.

En su caso, se dicto conforme a derecho?.

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: Buongermini P., Martínez Prieto y Villalba.

A la primera cuestión planteada la Dra. María Mercedes Buongermini Palumbo dijo: El recurrente desistió expresamente del recurso de nulidad interpuesto. Por consiguiente, y al no advertirse vicios o defectos que autoricen a declarar la nulidad de la resolución recurrida de oficio, se debe tener por desistido al recurrente del presente recurso.

A sus turnos los Dres. Martínez P. y Villalba manifestaron que votan en idéntico sentido.

A la segunda cuestión planteada la Dra. María Mercedes Buongermini Palumbo prosiguió diciendo: Por la sentencia apelada N° 842 de fecha 19 de septiembre de 2.008 el *a quo* resolvió: “1) No hacer lugar, con costas, a la excepción de pago documentado parcial planteado por la parte demandada, Sr. Pedro Pablo Álvarez Insfran. 2) Llevar adelante, la presente ejecución hipotecaria, que por el cobro de dólares americanos diez mil (USD 10.000,00), con sus intereses costos y costas, promueve Pedro Pablo Mendoza contra Pedro Pablo Alvarez Insfran. 3) Registrar, Anotar...” (sic.)(fs. 68).

De dicha sentencia recurre la parte demandada y presenta su escrito de expresión de agravios, que obra a fs. 74/76 argumentando que el inferior no tuvo en cuenta los pagos parciales realizados por su parte. Sostiene que su parte ha demostrado fiel cumplimiento de todos los requisitos y formalidades prescriptas legalmente para que la excepción de pago parcial opuesta sea viable. Arguye que su parte no ha entrado en cesación de pago ya que ha abonado periódicamente cada una de las cuotas instrumentadas en los recibos presentados en juicio. Por todo ello solicita se revoque la sentencia recurrida.

La contraria contesta dichos agravios en el escrito obrante a fs. 77/80 y manifiesta que la contraria no ha efectuado aún ningún pago parcial del capital reclamado. Sostiene que todos los pagos efectuados por el demandado corresponden a los intereses, como constan en los recibos de pago. Arguye que inclusive en dichos recibos constan el mes y el año de los que corresponden los intereses abonados. Manifiesta que su parte no ha cuestionado los recibos ya que los mismos son pruebas en contra del ejecutado ya que fueron expedidos por el ejecutante y corresponden a los intereses y no al capital reclamado. Manifiesta que el apelante ha caído en una notoria cesación de pago de intereses ya que en el último recibo presentado por el mismo excepcionante por valor de mil quinientos dólares americanos se halla consignada la expresión: “quedando de saldo 1957 dólares americanos”. Sostiene que dicho recibo es del 3 de enero de 2008 y el presente juicio se ha iniciado en fecha 13 de mayo de 2008. Por todo ello se solicita se confirme la sentencia apelada.

Se trata de establecer la procedencia de una excepción de pago parcial opuesta contra el progreso de una ejecución.

La ejecución ha sido incoada sobre la base de un contrato de mutuo contenido en una escritura pública. El mutuo contempla capital e intereses compensatorios.

Sabido es que el pago, para ser tal debe cumplir los requisitos consabidos: ser posterior a la deuda reclamada, referirse expresamente a ella y emanar del acreedor legitimado al cobro. Las instrumentales presentadas como prueba del pago (fs. 32/60) hacen todas ellas referencia a intereses, salvo la de fs. 59 que solo consigna la leyenda “A cuenta de mayor cantidad quedando de saldo 1957 dólares americanos”. Ahora bien, como en las obligaciones se pactaron intereses compensatorios, no tenemos certeza de si las instrumentales agregadas a fs. 32/60 –que no contienen mayor referencia- aluden a intereses moratorios o compensatorios. Ello es relevante, pues el accionante reclama no solo capital, sino también intereses compensatorios en su pretensión ejecutiva (fs. 18). Lo mismo puede decirse del recibo de fs. 59, donde se alude a un concepto genérico de pago a cuenta de un mayor valor. Pero el accionante no ha negado la relación entre estos recibos y la deuda reclamada, así que tenemos que admitir que los recibos aluden a ella.

De la escritura pública N° 34 obrante a fs. 5/9, documento base de la presente ejecución surge que el mutuo fue celebrado en fecha 15 de diciembre de 2003 por la suma de diez mil dólares americanos por el plazo de un año con interés compensatorio del 20% anual. Tenemos entonces que los intereses compensatorios ascienden a la suma de 2.000 dólares americanos.

Los intereses moratorios, tratándose de obligaciones de dar sumas de dinero, se deben por el solo hecho de la mora, a tenor de lo establecido en el art. 475 del Cód. Civ. En concordancia con tal disposición, el art. 424 del Cód. Civ. dispone que la mora, en las obligaciones a plazo, se produce por el solo vencimiento de aquél. Así, el título base de la presente acción es una escritura pública donde se instrumenta un mutuo con vencimiento a día fijo. Por ende, la obligación entró en mora, atento a la disposición del art. 424 del Cód. Civ, al día siguiente de la fecha en ella estipulada.

Luego, en cuanto a los intereses moratorios, los mismos empiezan a correr desde el vencimiento de la obligación, es decir, desde el 15 de diciembre de 2004, conforme con la primera cláusula del contrato de mutuo. El porcentaje del interés debe ser el mismo pactado para el interés compensatorio a tenor de lo dispuesto en el art. 44 de la ley 489/95, es decir, en un 20% anual que equivalen a un 1.67% mensual.

Luego, debemos ver si cómo procede hacer la imputación de los pagos siguiendo las reglas del Cód. Civ., ya respecto de los intereses, a fin de elucidar si se ha pagado solo los moratorios o también los compensatorios, ya respecto del capital, si los pagos parciales han alcanzado a cubrir parte de él.

Ahora bien, como los pagos parciales fueron realizados en diferentes fechas, debemos analizar de manera separada cada uno de los recibos a los efectos de establecer la imputación al pago de conformidad con el art. 592 del Cód. Civ., primero a gastos e intereses y luego a capital.

En cuanto a los recibos obrantes a fs. 46/50 y 60, los mismos aluden a pagos que fueron realizados en el año 2004. Todos se refieren a los intereses compensatorios devengados hasta el 15 de junio de 2004. Así pues, estos montos deben ser imputados directamente a dichos intereses ya que los moratorios del capital aún no habían empezado su decurso por no estar vencida aún la obligación principal.

Ahora bien, en cuanto a los recibos obrantes a fs. 56/58 de autos tenemos que los mismos aluden a pagos que fueron realizados en fecha 21 de febrero de 2005, luego de haber vencido la obligación, es decir, luego de que los intereses moratorios ya habían empezado su decurso, por lo que, de conformidad con el art. 592 del Cód. Civ. la imputación de este pago debería hacerse primeramente a los intereses moratorios hasta entonces devengados y luego a los compensatorios. Sin embargo, de la lectura de los tres recibos librados en esa fecha surge claramente que el acreedor recibió dichos pagos en concepto de los intereses de los meses correspondientes a julio, agosto y septiembre del año 2004, meses en los cuales la obligación de capital aún no había vencido. Así debemos concluir que indudablemente dicho pago fue recibido en concepto de intereses compensatorios y no moratorios.

Ahora bien, el hecho de recibir estos pagos en concepto de intereses compensatorios no implica la extinción de los intereses moratorios de capital hasta entonces devengados. En efecto no sería aquí aplicable el art. 574 del Cód. Civ. que alude a la extinción de los accesorios por vía de consecuencia, ya que los recibos mentados hacen referencia a los intereses y no al capital.

Lo mismo ocurre con los recibos de fs. 43/45 de fecha 13 de julio de 2005, ya que los mismos son imputados expresamente a los intereses compensatorios correspondientes a los meses de octubre, noviembre y diciembre del año 2004, por lo que aquí se utiliza exactamente el mismo criterio expuesto en el párrafo anterior. En consecuencia, con ello puede verse que los intereses compensatorios pactados en el mutuo han sido completamente satisfechos.

Ahora bien, en cuanto a los siguientes recibos con fecha posterior al vencimiento de la obligación principal, los mismos aluden al pago de intereses; obviamente serán de aquellos intereses posteriores al vencimiento de la obligación principal, por lo que los mismos serán computados de conformidad con el art. 592 del Cód. Civ.

Así las cosas, en cuanto al recibo de fecha 13 julio de 2005 obrante a fs. 42 de autos tenemos que el mismo es por la suma de 167 dólares americanos. Hasta dicha fecha, los intereses moratorios alcanzaron la suma de 1158 dólares americanos; con dicho pago queda un saldo impago de 991 dólares americanos de intereses moratorios y la totalidad del capital.

Luego, en fecha 26 de octubre de 2005 el deudor realizó otro pago de 835 dólares americanos de conformidad con los recibos obrantes a fs. 37/41 de autos. Entonces, sumando el saldo impago de los intereses moratorios de 991 dólares americanos a los intereses devengados desde el pago de fecha 13 de julio de 2005 hasta el momento del pago presente, tenemos un total de 1564 dólares americanos de intereses moratorios. A esta suma corresponde restar la del monto pagado –835 dólares americanos- lo que arroja un saldo de 729 dólares americanos en concepto de intereses moratorios más el capital.

El siguiente pago fue realizado en fecha 13 de febrero de 2006 por el monto de 835 dólares americanos (fs. 51/55 de autos). Entonces, sumando el saldo impago de los intereses moratorios de 729 dólares americanos a los intereses devengados desde el pago de fecha 26 de octubre de 2005 hasta el presente, tenemos un total de 1330 dólares americanos de intereses moratorios. A esta suma corresponde restar la del monto pagado –835 dólares

americanos- lo que arroja un saldo de 495 dólares americanos en concepto de intereses moratorios más el capital.

Posteriormente el siguiente pago fue realizado en fecha 25 de septiembre de 2006 por el monto de 835 dólares americanos (fs. 32/36 de autos). Entonces, sumando el saldo impago de los intereses moratorios de 495 dólares americanos a los intereses devengados desde el pago de fecha 13 de febrero de 2006 hasta el presente, tenemos un total de 1731 dólares americanos de intereses moratorios. A esta suma corresponde restar la del monto pagado – 835 dólares americanos- lo que arroja un saldo de 896 dólares americanos en concepto de intereses moratorios más el capital.

Finalmente, el último pago fue realizado en fecha 3 de enero de 2008 (fs. 59 de autos) por la suma de 1500 dólares americanos. Entonces, sumando el saldo impago de los intereses moratorios de 896 dólares americanos a los intereses devengados desde el pago de fecha 25 de septiembre de 2006 hasta el presente, tenemos un total de 3451 dólares americanos de intereses moratorios. A esta suma corresponde restar la del monto pagado – 1500 dólares americanos- lo que arroja un saldo de 1951 dólares americanos en concepto de intereses moratorios más el capital.

En consecuencia, corresponde modificar la sentencia apelada en el sentido de hacer lugar parcialmente a la excepción de pago documentado y en consecuencia llevar adelante la ejecución por suma de 10.000 dólares americanos correspondiente al capital; lo correspondiente a los intereses moratorios deberá ser establecido en forma específica en la liquidación.

En cuanto a las costas corresponde su imposición proporcionalmente en un 66% a la parte demandada y en un 34% a la parte actora de conformidad con lo establecido en el art. 203 del Cód. Proc. Civ.

A sus turnos los Dres. Martínez Prieto y Villalba 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.

**RESUELVE:** Tener por desistido al recurrente del recurso de nulidad. Modificar la sentencia apelada en el sentido de hacer lugar parcialmente a la excepción de pago documentado y en consecuencia llevar adelante la ejecución por suma de 10.000 dólares americanos correspondiente al capital y más sus intereses moratorios, y rechazar la ejecución respecto de los intereses compensatorios por haber sido los mismos satisfechos, todo ello conforme con los considerandos de esta sentencia. Imponer las costas proporcionalmente en un 66% a la parte demandada y en un 34% a la parte actora. Anótese, regístrese, y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

*Miembros: Neri E. Villalba F., Mercedes Boungermini Palumbo y Arnaldo Martínez Prieto. Ante mí: Abog. Pablo Costantini. Actuario Judicial.*

## ACUERDO Y SENTENCIA N° 69

**ACCION DE AMPARO.** Procedimiento en la acción de amparo

No procede la acción de amparo cuando antes el afectado no haya agotado toda la actividad administrativa o, cuando así ocurriera, no haya ejercitado previamente la acción ordinaria en el ámbito jurisdiccional.

**PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.** Principios Generales.

Las normas de naturaleza administrativa son siempre de interpretación restrictiva y todo lo que no está expresamente permitido, está prohibido.

**ACCION DE AMPARO.** Amparo de pronto despacho

La acción de amparo de pronto despacho tiene por finalidad obtener el pronunciamiento de una entidad u órgano estatal que es remiso en pronunciarse acerca de la petición de un particular, contraviniendo el art. 40 de la C.N. pero en ningún modo tiene por objeto obtener que la decisión sea hecha en un cierto sentido, o positiva o negativa.

**COSTAS.** Costas en el orden causado

Las costas deben ser impuestas en ambas instancias proporcionalmente a ambas partes en la razón de la improcedencia de la pretensión de reintegro formulada por el actor, por un lado y en la conducta omisiva del Ministerio por otro.

Trib. De apel en lo Civ. y Com. Tercera Sala. 11-08-2009. “Mario Cantero c. Ministerio de Hacienda s/ Amparo”. (Ac. y Sent. N° 69)

Asunción, 11 de agosto de 2009.

Cuestiones:

¿Es nula la sentencia apelada?

¿En su caso, se dicto conforme a derecho?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: Villalba Fernández, Martínez Prieto y Buongermini Palumbo.

A la primera cuestión planteada el Dr. Villalba Fernández, dijo: La recurrente en su escrito de no ha fundado expresamente el recurso de nulidad contra la resolución recurrida. Además, no se observan en la sentencia, vicios o defectos formales que autoricen a este Tribunal a pronunciarse de oficio respecto del recurso de nulidad interpuesto, por lo que corresponde declarar desierto dicho recurso.

A su turno los Dres. Buongermini Palumbo y Martínez Prieto, manifiestan: Que se adhieren al voto del proopinante que antecede.

A la segunda cuestión planteada, el Dr. Villalba Fernández prosiguió diciendo: por la sentencia apelada No 353 de fecha 13 de mayo de 2.009 el *a quo* resolvió: “1.- Hacer lugar, con costas, a la acción de amparo constitucional de pronto despacho promovida por el señor Mario Javier Cantero Melgarejo contra el Ministerio de Hacienda y, en consecuencia, emplazar a la parte demandada para que en el plazo de (15) días se pronuncie con respecto a lo solicitado por el accionante. 2.- Anotar...”.

De dicha sentencia la parte recurrente presenta su escrito de expresión de agravios, que obra a fs. 122/131 y manifiesta su rechazo al pronunciamiento de la instancia inferior, que



en el contexto de su escrito argumenta que el presente amparo constitucional fue promovido extemporáneamente en violación del Art. 567 del Código Procesal Civil. Además, arguye que el Ministerio de Hacienda efectivamente se ha pronunciado con lo cual ha cesado el agravio del amparista. Termina su exposición solicitando la revocación de la sentencia apelada.

La parte contraria contesta el memorial en los términos del escrito de fs. 134/141 de autos y rechaza categóricamente las alegaciones de la parte apelante. Sostiene que el amparo promovido fue presentado en tiempo y forma, conforme a la ley procesal. En cuanto al fondo, argumenta que la parte demandada no se ha pronunciado sobre su requisitoria, ya que el dictamen elevado por la Abogacía del Tesoro no es suficiente, debiendo ser resuelto por la autoridad competente. Concluye su contestación solicitando la confirmación de la resolución recurrida.

Además, la parte recurrida agrega en esta instancia, el escrito de fs. 146/147, alegando hechos nuevos.

Que, se presenta el amparo constitucional en razón que el Ministerio de Hacienda no ha resuelto sobre la reincorporación y pago de haberes caídos del amparista señor Mario Javier Cantero Melgarejo. En cambio, la oficina pública demandada sostiene que la misma ya se ha pronunciado sobre la motivación del amparista, conforme al dictamen emitido por la Abogacía del Tesoro y obrantes en autos.

Es así, que la Ley No. 109/92 “Que establece las funciones y estructura orgánica del ministerio de hacienda”, en su Art. 2º dispone que: “*El Ministro de Hacienda es la autoridad superior del Ministerio, en tal carácter le compete el despacho de las materias confiadas al mismo y la dirección superior de su funcionamiento de conformidad con lo prescripto por la Constitución Nacional, las disposiciones legales pertinentes y la presente Estructura Orgánica*”. Y a partir de la autoridad máxima de esta cartera de estado se desprenden todas las otras dependencias del ministerio.

En cuanto al pronunciamiento de la Abogacía del Tesoro por medio de su dictamen sobre la reincorporación y pago de haberes caídos del amparista, este no posee la facultad suficiente para resolver la cuestión ya que se encuentra limitado por el Art. 27 de la legislación precedentemente mencionada que le dispone a la Abogacía del Tesoro como órgano asesor del Ministro no teniendo facultad de decisión.

El art. 134 de la Constitución Nacional, establece que “*Toda persona que por un acto u omisión, manifiestamente ilegítimo, de una autoridad o de un particular, se considere lesionada gravemente, o en peligro inminente de serlo en derechos o garantías consagrados en esta Constitución o en la ley, y que debido a la urgencia del caso no pudiera remediarse por la vía ordinaria, podrá promover amparo ante el magistrado competente...*”. Nos encontramos así, bajo dos elementos, de naturaleza procesal, condicionantes que gobiernan la norma superior transcrita: 1) el acto u omisión, manifiestamente ilegítimo y; 2) que el caso no pudiera ser remediado por la vía ordinaria. En la primera condición impuesta, es necesario que nos encontremos ante un acto u omisión manifiestamente ilegítimo, ello significa que el acto u omisión ejercitado por la autoridad o el particular en contra del afectado no tenga su origen en la ley, o teniéndolo, el acto u omisión no se encuadre dentro de la disposición legal, ello se entiende así, porque los actos ejercitados –como en este caso– por la autoridad pública se presumen válidos es por ello

que la norma constitucional de referencia utiliza la expresión “manifiestamente”, entendiéndose que el acto el cual se cuestiona debe aparecer en su ilegitimidad con claridad y evidencia, y no sencillamente, que la controversia surja de una interpretación. Más aún, porque la acción de amparo por ser un medio excepcional, dispuesto por un procedimiento breve y sumario no permite un amplio debate sobre los hechos detallados que forman la circunstancia del caso que se trae al ámbito jurisdiccional, advirtiéndolo en ese mismo sentido el Dr. Enrique Sosa al decir que: *“No debe olvidarse que el amparo no es un remedio apto para resolver adecuadamente toda clase de litigios, particularmente aquellos que requieren amplia discusión e investigación...”* (Sosa, Enrique, La Acción de Amparo, Pág. 123 y Sgtes., ED. La Ley, Asunción, 1988). Por ello, es que la doctrina y la jurisprudencia de nuestros Tribunales como también en el derecho comparado extranjero, siempre se ha sostenido que no procede la acción de amparo cuando antes el afectado no haya agotado toda la actividad administrativa o, cuando así ocurriera, no haya ejercitado previamente la acción ordinaria en el ámbito jurisdiccional.

Es así, que se evidencia que efectivamente no ha existido el pronunciamiento de la repartición estatal accionada resolviendo la necesidad del amparista, dentro de las disposiciones de la Ley No. 109/92, disposición legal que rige y gobierna la estructura y jerarquía del Ministerio de Hacienda. Además, no perdamos de vista que las normas de naturaleza administrativa son siempre de interpretación restrictiva y todo lo que no está expresamente permitido, está prohibido. Por tanto, se impone una decisión clara y sin interpretaciones extensivas sobre el pedido formulado por el amparista.

En cuanto al escrito presentado por la parte accionante, alegando hechos nuevos, corresponde ser rechazado por improcedente de conformidad a lo dispuesto en el Art. 581 del Código Procesal Civil.

En consecuencia de los párrafos precedentemente expuestos, es criterio de este Miembro preopinante que la sentencia recurrida debe ser confirmada en todas sus partes.

En cuanto a las costas, las mismas deben ser impuestas a la parte perdedora, de conformidad con lo establecido en el Art. 203 del Código Procesal Civil.

Opinión de la Dra. Buongermini Palumbo; dijo: El Sr. Mario Cantero ha promovido amparo de pronto despacho contra el Ministerio de Hacienda con el objeto de que la institución se expida respecto de la petición de reintegro y cobro de salarios caídos formulada por el propio afectado.

De las constancias de estos autos se observa que a fs. 144/145 se ha agregado la Resolución M.H.N° 209 de fecha 8 de junio de 2009 expedida por el Ministerio de Hacienda, por la cual se resuelve: “Denegar por improcedente el pedido de reposición en el cargo y pago de los salario caídos presentado por el Señor Mario Javier Cantero Melgarejo, funcionario de la Subsecretaría de Estado de Tributación de este Ministerio, por los motivos expuestos en el Considerando de la presente Resolución” (sic). Luego, a fs. 143 obra la notificación de la resolución al afectado, Sr. Mario Javier Cantero.

Como bien lo señala el amparista en su escrito de fs. 146/147, “...no existe ya razón para que el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial se pronuncie sobre el fondo de la cuestión...”. En efecto, la acción de amparo de pronto despacho tiene por finalidad obtener el pronunciamiento de una entidad u órgano estatal que es remiso en pronunciarse acerca de la petición de un particular, contraviniendo el art. 40 de la C.N.; pero en ningún modo tiene

por objeto obtener que la decisión sea hecha en un cierto sentido, o positiva o negativa. Del escrito de promoción de la demanda (fs. 55/64), así como de la expresión de agravios (fs. 134/141), surge que el amparista pretende no solo que el Ministerio de Hacienda se pronuncie, sino también que lo haga en el sentido de reintegrar al Sr. Mario Cantero. Ahora bien, habiéndose el Ministerio de Hacienda expedido, independientemente del sentido, el objeto de la acción se ha cumplido en cuanto a lo primero. Lo segundo, como vimos no es, desde luego, procedente. Así corresponde, pues, desestimar la acción constitucional.

Luego está la cuestión de las costas. El art. 587 del Cód. Proc. Civ. prescribe: “Sin perjuicio del principio consagrado en el artículo 192, no habrá condena en costas si antes de vencido el plazo para la contestación de la demanda o del informe a que se refieren los artículos 572 y 573, cesare el acto, la omisión o la amenaza en que se fundó el amparo.....”. En el caso de autos la omisión –que fundamenta la acción constitucional de amparo- del Ministerio de Hacienda ha sido subsanada recién luego de la substanciación en alzada de los recursos interpuestos contra la sentencia.

Siendo así las cosas, las costas deben ser impuestas en ambas instancias proporcionalmente a ambas partes -50% a cada una-. La proporcionalidad encuentra razón en la improcedencia de la pretensión de reintegro formulada por el actor, por un lado, y en la conducta omisiva del Ministerio, por el otro.

A su turno el Dr. Martínez Prieto, dijo: Que adhiere su voto a la opinión de la Magistrado que le 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.

**RESUELVE:** Declarar desierto el recurso de nulidad interpuesto. Revocar la sentencia apelada, en consecuencia, desestimar la acción de amparo constitucional de pronto despacho promovida en autos. Imponer las costas en ambas instancias proporcionalmente en 50% a cada una de las partes. Anótese, regístrese, y remítase copia a la Excm. Corte suprema de Justicia.

*Miembros: María Mercedes Boungermini Palumbo, Arnaldo Martínez Prieto y Neri Eusebio Villalba Fernandez. Ante mí: Pablo Costantini. Actuario Judicial.*

## ACUERDO Y SENTENCIA N° 70

*Cuestión debatida: Se discute aquí acerca de la procedencia de una acción de desalojo intentada contra dos ocupantes de un bien inmueble.*

### **DESALOJO.** Derecho de posesión o dominio

Para la demanda de desalojo, la jurisprudencia ha establecido de un tiempo a esta parte, que la mera alegación del carácter de poseedor no puede paralizar la acción de desalojo, por lo mismo que no se puede intervertir solo verbis imperio, la calidad en la que se ha ingresado a la cosa y en la que uno se mantiene al tiempo de la demanda.

### **DESALOJO.** Derecho de posesión o dominio

El solo hecho de la ocupación no significa posesión. El carácter y naturaleza de aquella son determinantes para establecer la procedencia del desalojo. La ocupación precaria es una

circunstancia que habilita el desalojo, como expresamente lo prevé, en términos literales el art. 622 del CPC.

**DESALOJO.** Prueba en el desalojo

Al ocupante no le basta invocar tan solo la posesión, debe además probar prima facie la naturaleza y caracteres de ella, para poder enervar el desalojo.

**POSESION.** Interversión del título

La interversión del título en la cosa requiere de actos concretos de exclusión hechos frente al anterior propietario o frente al nuevo, pero de un tenor indubitable.

**POSESION.** Adquisición o pérdida de la posesión

Nadie puede cambiar por su sola voluntad, ni por el mero transcurso del tiempo, la calidad en virtud de la cual posee u ocupa un inmueble determinado.

**POSESION.** Poseedor de bueno o de mala fe

La posesión no necesita ser de buena fe, solo necesita ser posesión verdadera, en el sentido del art. 1909 del C.C. Ello por la naturaleza personal y no real de la acción de desalojo.

Trib. De apel en lo Civ. Y Com. Tercera Sala. 11-08-2009. “Cynthia Elizabeth Souberlich c. Carlos Ladislao Ruiz Diaz y otros s/ Desalojo”. (Ac. y Sent. N° 70)

Asunción, 11 de Agosto de 2009.

Cuestiones:

¿Es nula la sentencia apelada?

En su caso, se dicto conforme a derecho?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: Martínez Prieto, Buongermini P. y Villalba.

A la primera cuestión planteada el Dr. Martínez Prieto, dijo: Los recurrentes no fundamentaron los recursos de nulidad interpuestos y, no advirtiéndose en la resolución recurrida otros vicios o defectos que autoricen a declarar, de oficio, su nulidad, el citado recurso debe ser declarado desierto.

A sus turnos los Dres. Buongermini y Villalba, manifestaron que votan en idéntico sentido.

A la segunda cuestión planteada, el Dr. Martínez Prieto prosiguió diciendo: por la sentencia apelada N° 919 de fecha 18 de diciembre de 2008 la *a quo* resolvió: “Hacer lugar, con costas, a la demanda de desalojo promovida por la Sra. Cynthia Elizabeth Souberlich H. contra el Sr. Carlos Ladislao Ruiz Diaz y, Teresita Dejesus Mendez Ruiz Diaz y en consecuencia, condenar a éstos a que en el plazo de diez días de quedar firme esta resolución, restituyan a la actora el inmueble individualizado como Finca N° 7819 de san roque de esta capital, bajo el N° 3, folio 6 y sgtes., el 09 de septiembre de 1997, con cta. cte. ctral. N° 12-0472-07, ubicado sobre la calle primero de noviembre N° 448 entre 29 de septiembre y 14 de junio, bajo apercibimiento de que si así no lo hicieren, se procederá a su lanzamiento por la fuerza pública. anotar...” (sic.)(fs. 112).

De dicha sentencia recurren los demandados. El Abg. Fabián Gustavo Calderini – representante convencional del Sr. Carlos Ladislao Ruiz Díaz- presenta su escrito de

expresión de agravios en los términos del escrito de fs. 120/122 y manifiesta que la sentencia definitiva recurrida agravia los legítimos derechos de su mandante y deviene arbitraria. Expresa que su mandante ha demostrado fehacientemente la realización de numerosos actos posesorios en el inmueble objeto del presente litigio. Dice que su representado nunca tuvo conocimiento del contrato de compraventa celebrado entre la Sra. Ildefonsa de Giacomi y la actora, por lo que nunca reconoció a esta última como propietaria del inmueble. Sostiene que tanto la Sra. Ildefonsa de Giacomi, como el Sr. Carlos Ladislao Ruíz Díaz y la Sra. Teresita Dejesús Méndez Ruiz Díaz, siguieron habitando en el inmueble con posterioridad a la supuesta transferencia del mismo, sin que la Sra. Souberlich haya turbado de forma alguna dicha situación. Arguye que la juzgadora de la instancia originaria omitió el hecho que la supuesta compradora - actora en estos autos -, nunca entró en posesión del inmueble cuyo desalojo reclama, dado que la supuesta vendedora siguió viviendo en el mismo hasta su muerte. Agrega que las únicas acciones que asistirían a la actora serían las reales o posesorias, las cuales deben ventilarse en juicio ordinario, y no en un juicio especial de desalojo. Sostiene que desde el fallecimiento de la propietaria, su mandante fue el único poseedor a título de dueño del inmueble en litigio. Manifiesta que duda de la validez de la supuesta escritura de transferencia del inmueble puesto que a la fecha de la misma, la Sra. Ildefonsa de Giacomi ya era una anciana y expresaba signos de debilidad en sus facultades mentales. Finalmente, solicita se revoque la resolución recurrida.

La Sra. Teresita Dejesús Méndez Ruiz Díaz –codemandada en estos autos- expresa agravios contra la sentencia recurrida en los términos del escrito glosado a fs. 123/125. Expresa que la sentencia recurrida es arbitraria e injusta y que perjudica sus derechos. Manifiesta que su hermano –Ladislao Ruíz Díaz- es el único poseedor con ánimo de dueño desde hace más de treinta años del inmueble objeto del litigio, y que como tal, ha introducido numerosas mejoras. Arguye que su hermano nunca reconoció a la actora como propietaria del inmueble y que la misma, no ha realizado acto posesorio alguno. Dice que la Sra. Ildefonsa de Giacomi, su hermano y ella siguieron viviendo en el inmueble, a pesar de la supuesta compraventa. Arguye en tal sentido que no pueden ser considerados poseedores precarios de la propiedad. Alega que la inferior no tuvo en cuenta que la actora nunca entró en posesión del inmueble cuyo desalojo reclama en estos autos. Manifiesta que duda de la validez de la supuesta escritura de transferencia del inmueble puesto que la Sra. Ildefonsa de Giacomi ya era una anciana y tenía debilidad en sus facultades mentales. Finalmente solicita se haga lugar a los recursos interpuestos.

La parte contraria contesta los agravios expresados por el Abg. Fabián Gustavo Calderini en su escrito obrante a fs. 126/128. Arguye que la adversa pretende valerse el presente proceso para continuar gozando de un derecho que no le corresponde. Dice que los demandados eran criados de la anterior propietaria, quien los educó y los mantuvo desde pequeños. Alega que el Sr. Carlos Ladislao Ruiz Díaz, en la absolución de posiciones, reconoce la propiedad del inmueble en otra persona, es decir, en la persona de la Sra. Ildefonsa de Giacomi Vda. de Espinoza. Expresa que la supuesta posesión ininterrumpida del inmueble no hace al presente juicio especial de desalojo. Dice que el demandado Carlos Ladislao Ruiz Díaz vivió en compañía de su hermana –Teresita Dejesús Méndez Ruiz Díaz, codemandada- con la Sra. de Giacomi, reconociendo en ésta última la propiedad del

inmueble. Expresa que la Sra. Ildefonsa de Giacomi vendió el inmueble en el año 1997 a la Sra. Cynthia Souberlich –su sobrina-, quien le permitió permanecer en el mismo hasta sus últimos días. Arguye que los demandados no pueden invocar respecto de la Sra. de Giacomi la calidad de poseedor *animus domini* por lo que tampoco podrían hacerlo respecto de su sucesora singular, la Sra. Souberlich. Agrega que los demandados ocupaban el inmueble litigioso debido a un acto de liberalidad y tolerancia por parte de su dueña, razón por la cual ésta puede requerir la devolución del mismo en cualquier momento. Finalmente se solicita que la resolución recurrida sea confirmada.

A fs. 129/131 está glosada la contestación de la actora respecto de los agravios de la Sra. Teresita Dejesús Méndez Ruiz Díaz. Expresa que la adversa pretende valerse el presente proceso para continuar gozando de un derecho que no le corresponde. Dice que los demandados eran criados de la anterior propietaria, quien los educó y los mantuvo desde pequeños. Manifiesta que el Sr. Ruiz Díaz –hermano de la codemandada-, en la absolución de posiciones, reconoce la propiedad del inmueble en otra persona, es decir, en la persona de la Sra. Ildefonsa de Giacomi Vda. de Espinoza, quien consintió dicha ocupación. Arguye que la demandada insiste en la supuesta posesión ininterrumpida del inmueble, olvidando que tal situación carece de interés para la ventilación del presente juicio. Dice que el Sr. Carlos Ladislao Ruiz Díaz vivió en compañía de su hermana, la Sra. Teresita Dejesús Méndez Ruiz Díaz y con la Sra. de Giacomi, reconociendo en ésta última la propiedad del inmueble. Expresa que la Sra. Ildefonsa de Giacomi vendió el inmueble en el año 1997 a la Sra. Cynthia Souberlich –su sobrina-, quien le permitió permanecer en el mismo hasta sus últimos días. Arguye que los demandados no pueden invocar respecto de la Sra. de Giacomi la calidad de poseedor *animus domini* por lo que tampoco podrían hacerlo respecto de su sucesora singular, la Sra. Souberlich. Agrega que los demandados ocupaban el inmueble litigioso debido a un acto de liberalidad y tolerancia por parte de su dueña, razón por la cual ésta puede requerir la devolución del mismo en cualquier momento. Finalmente solicita la confirmación de la resolución recurrida.

Se discute aquí acerca de la procedencia de una acción de desalojo intentada contra dos ocupantes de un bien inmueble.

Se debe señalar, como ya se ha hecho en innumerables oportunidades, que la demanda de desalojo es de naturaleza y carácter personal, no real; esto es, no es apta para reclamar la reivindicación de cosas del poder de terceros. Es una acción personal que solo permite exigir la restitución de cosas a sujetos contractualmente obligados a ello o a personas que reconocen expresa o tácitamente su obligación de restituir, o dicho reconocimiento es presumido o tenido por implícito por la ley, por el carácter precario de su ocupación.

Veamos, pues, lo dispuesto para la procedencia de la acción de desalojo. El art. 621 del Cód. Proc. Civ. enumera los supuestos, enunciando los casos de locación o el del ocupante precario cuya obligación de restituir un inmueble o parte de él fuese exigible. Por ende, al lado del supuesto de locación –que aquí no nos ocupa- tenemos el supuesto de precariedad u obligación exigible de restituir inmuebles.

Es pacífico que la precariedad se refiere a la situación conocida como “actos de tolerancia” o permisión de ocupación del inmueble por parte del dueño, en los que el poseedor inmediato ingresa y posee en tal carácter para el dueño, y continúa haciéndolo mientras la interversión a la que alude el art. 1921 del Cód. Civ. no opere; además de la

intrusión que se califica como ocupación subrepticia y oculta, según la constante elaboración de jurisprudencia y doctrina, rehuendo el ocupante la publicidad de los actos posesorios a la que refiere el art. 1933 del mismo cuerpo legal. Al lado de estos supuestos se encuentra la previsión de la obligación exigible de restituir inmuebles, que debe complementarse con la norma del art. 1911 del Cód. Civ., donde se enumeran, a título ejemplificativo, supuestos en los que el poseedor lo es solo temporalmente, con obligación de devolver al fenecimiento de su derecho.

Por ello se ha dicho reiteradamente que el desalojo no procede contra el poseedor del inmueble, porque éste no encaja en ninguno de los supuestos enunciados en el art. 621 del Cód. Proc. Civ. No refiere el artículo al poseedor en cuya cabeza no existe una obligación de restituir. Y este es un juicio en donde debe aclararse dicha expresión. La remisión genérica a la “obligación de restituir”, no se trata de una remisión a una obligación de restituir de carácter real, sino de carácter personal exigible. Es por eso que no se admite al poseedor como legitimado pasivo, porque la obligación de restituir no deriva de un derecho real, sino de un derecho personal a obtener la restitución de la cosa, derive éste de una locación o de la extinción de un derecho real –y permítasenos subrayar esta sutil distinción: no del derecho real, sino de la extinción de un derecho real de la que surge una obligación personal de restituir-, siempre que no medie interversión.

Es esencial, pues, determinar en el presente caso, de qué tipo de ocupación se trata: si de una precaria o una verdaderamente posesoria. En principio, quien alega los hechos en los que pretende fundar su acción está obligado a demostrarlos, sin embargo, para la demanda de desalojo, la jurisprudencia ha establecido de un tiempo a esta parte, que la mera alegación del carácter de poseedor no puede paralizar la acción de desalojo, por lo mismo que no se puede intervertir solo *verbis imperio*, la calidad en la que se ha ingresado a la cosa y en la que uno se mantiene al tiempo de la demanda. Es por tal motivo que la jurisprudencia ha exigido al demandado, sobre la base de los principios de las cargas probatorias dinámicas, que demuestre aunque sea *prima facie* el carácter de su ocupación en la cosa.

Hay que destacar aquí que el solo hecho de la ocupación no significa posesión. El carácter y naturaleza de aquélla son determinantes para establecer la procedencia del desalojo. La ocupación precaria es una circunstancia que habilita al desalojo, como expresamente lo prevé, en términos literales el art. 622 del Cód. Proc. Civ.

Ahora pasaremos a analizar la situación de los demandados. Las defensas aducidas por los mismos consiste en que el Sr. Carlos Ladislao Ruiz Díaz es poseedor de la cosa *animus domini*. Es harto sabido que al ocupante no le basta invocar tan solo la posesión, debe además probar *prima facie* la naturaleza y caracteres de ella, para poder enervar el desalojo. En tal sentido, debe señalarse que la actora ha alegado que los demandados son ocupantes precarios del inmueble objeto de la *litis*. Asimismo, respecto de la Sra. Teresita Dejesús Méndez Ruíz Díaz, la actora arguye que permitió que la misma ocupara el inmueble en calidad de cuidadora y encargada de la limpieza del predio, sin contraprestación alguna por ninguna de las partes. La precariedad de la ocupación fue negada por el Sr. Ruiz Díaz al tiempo de contestar la demanda, mientras que la codemandada no hizo uso del derecho de contestar el traslado en la instancia originaria. Recién ante esta Alzada vino a tomar

intervención en estos autos, sosteniendo que su hermano –Sr. Carlos Ladislao Ruíz Díaz- es el púnico poseedor con ánimo de dueño desde hace más de treinta años.

Ahora bien, examinados estos autos se advierte que en la absolución de posiciones del demandado, al ser preguntado si “...Sra. Ildefonsa de Giacomi Vda. de Espinoza vivía en el inmueble de su propiedad individualizado como Finca N° 7819 del Distrito de San Roque...”, manifiesta claramente “Que sí”. Asimismo, el demandado, al ser preguntado “...como es verdad que la Sra. Ildefonsa de Giacomi Vda. de Espinoza siempre fue muy buena y considerada con Ud. ...”, responde “Que sí. Fui criado de nacimiento, como hijo de crianza y no como hijo biológico...”. Así, el demandado reconoce no solo la titularidad del inmueble en otro, sino también la existencia de una relación cuasi familiar con dicha persona. Esto daría sustento a la tesis de haber ingresado a la casa por gracia de un tercero, es decir, reconoce la propiedad del inmueble en la Sra. Ildefonsa de Giacomi Vda. de Espinoza. La situación conocida como “actos de tolerancia” o permisión de ocupación del inmueble por parte del dueño, en los que el poseedor inmediato ingresa y posee en tal carácter para el dueño, y continúa haciéndolo mientras la interversión a la que alude el art. 1921 del Cód. Civ. no opere de hecho. Como el acto de tolerancia de generó en un acto de la antesora en el dominio de la actual propiedad registral, la situación en la cosa o respecto de la cosa de ambos componentes subjetivos no cambia: al transferir el inmueble la Sra. Ildefonsa de Giacomi Vda. de Espinoza transfiere por entero su calidad sobre él y dicha transferencia tampoco altera per se la situación de quien ha ingresado en la cosa por gracia del anterior propietario. La interversión del título en la cosa requiere de actos concretos de exclusión hechos frente al anterior propietario o frente al nuevo, pero de un tenor indubitable. Estas manifestaciones precisas por parte del ahora demandado lleva a este Tribunal a tener la convicción que efectivamente el mismo es un precarista del inmueble en cuestión y no poseedor. Asimismo, la codemandada –quien no asistió a la absolución de posiciones- al sostener y apoyar la pretensión del demandado, no alegando cuestiones diferentes, reviste la misma calidad, es decir, la de precarista.

No se ha demostrado en forma fehaciente el cambio de esta calidad o interversión de la relación posesoria –ambigua en grado sumo- de la ocupación, que requiere el artículo 1921 del Código Civil. Nadie puede cambiar por su sola voluntad, ni por el mero transcurso del tiempo, la calidad en virtud de la cual posee u ocupa un inmueble determinado. Por ello preceptúa dicho artículo: “El que ha comenzado a poseer por otro, se presume que continúa poseyendo por el mismo título, mientras no se pruebe lo contrario”. Aquí no ha mediado prueba idónea alguna que desvirtúe la calidad originaria de la ocupación.

Cabe decir aquí que el tenor o legitimidad de la posesión no es relevante a los efectos de establecer la procedencia de la acción. En efecto, la posesión no necesita ser de buena fe, solo necesita ser posesión verdadera, en el sentido del art. 1909 del Cód. Civ. Ello por la naturaleza personal y no real de la acción de desalojo. Para la desposesión, justa o injusta, legítima o ilegítima, la acción pertinente es la reivindicatoria prevista en el art. 2407 del Cód. Civ., lo que se confirma por la disposición del segundo párrafo del artículo siguiente, el 2408 del mismo cuerpo legal, de cuyo texto vemos que se ajusta precisamente a tales supuestos.

Por estas consideraciones la recurrida debe confirmada.



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 y Villalba, manifestaron que votaban en el mismo sentido que el magistrado preopinante.

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.

**RESUELVE:** Desestimar el recurso de nulidad. .Confirmar el fallo recurrido. Imponer las costas a la perdedora. Anótese, regístrese, y remítase copia a la Excma. Corte suprema de Justicia.

*Miembros: Maria Mercedes Boungermini Palumbo, Arnaldo Martínez Prieto y Neri Eusebio Villalba Fernandez. Ante mí: Pablo Costantini. Actuario Judicial.*

### ACUERDO Y SENTENCIA N° 72

*Cuestión debatida: Se discute la procedencia de una excepción de falta de acción fundada en la circunstancia de que el conductor del vehículo demandado no sería el propietario del rodado, motivo por el cual –entiende el excepcionante- éste se vería exento de responsabilidad.*

**COMPRAVENTA.** Obligaciones del comprador y del vendedor

Tratándose de muebles registrables, además del contrato, se debe cumplimentar el requisito de las formas, so pena de no tener por concluida la transferencia.

**CONTRATO.** Efectos del contrato

La suscripción del contrato privado no produce la pérdida del dominio en el vendedor tampoco lo tiene el comprador aún recibida la posesión.

**COMPRAVENTA.** Obligaciones del comprador y del vendedor

No es posible encuadrar la calidad del demandado respecto del automotor en la categoría de derecho real, ni de poseedor o guardián –calidades que no se presumen y deben ser probadas- solo sería un mero detentador accidental de la cosa.

**DAÑOS Y PERJUICIOS.** Responsabilidad subjetiva por hecho propio

Si la responsabilidad atribuida al demandado no es objetiva, al ser conductor del rodado que participó en el accidente, dicha atribución de responsabilidad pudiera muy bien ser subjetiva, por el acto propio por lo cual la excepción de falta de acción respecto del demandado carece así de andamio y debe ser desestimada.

**DAÑOS Y PERJUICIOS.** Responsabilidad extracontractual

La carga probatoria, tanto para unos como otros, tal como lo indica la regla general –la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido debe probarla- ella recae sobre el actor; y esto rige en cualquier demanda de daños de origen extracontractual sustentada en un factor subjetivo de atribución. La inversión de la carga probatoria sólo se da en casos de aplicación de responsabilidad sin culpa objetiva.

**MUNICIPALIDAD.** Ordenanzas municipales

Para determinar una preferencia distinta de las reglas normales de preferencia establecidas en al Ordenanza de Tránsito, es menester que haya habido un cartel indicador de “pare” al tiempo en que se produjo el accidente.

**MUNICIPALIDAD.** Ordenanzas municipales. Principio de preferencia.

La existencia del principio de preferencia no implica un salvoconducto habilitante para no detener nunca su marcha y exonerativo de toda responsabilidad.

**DAÑOS Y PERJUICIOS.** Licencia de conducir

La falta de registro habilitante solo crea una presunción de impericia para el manejo o mando de vehículos, destreza que en todo caso puede ser probada y por tanto la presunción revertida.

**MUNICIPALIDAD.** Facultades municipales.

La trasgresión de la norma que ordena la respectiva habilitación para conducir, es una circunstancia que en su caso, debe ser constatada y sancionada por los órganos administrativos, quienes cuentan con la competencia debida a efectos de su cumplimiento coactivo.

**PRUEBA DOCUMENTAL.** Eficacia probatoria de la prueba documental. Instrumentos privados provenientes de terceros.

Los documentos que se acompañaron con el escrito de promoción de la demanda son instrumentos privados provenientes de terceros, por lo que la carga de negación de los mismos art 235 del CPC no se aplica. Al no emanar de ella, la parte puede sencillamente no pronunciarse sobre los mismos. Estos debieron ser reconocidos mediante la forma establecida para la prueba testifical, conforme lo establece el art. 307 in fine del CPC.

**DAÑOS Y PERJUICIOS.** Lucro cesante

Para acreditar el lucro cesante se requiere de la demostración de una actividad lucrativa cuyo ejercicio le ha sido privado al damnificado como consecuencia del ilícito.

**DAÑOS Y PERJUICIOS.** Daño moral

El solo hecho de tener que accionar, o sea, el haber ejercido la potestad de acudir ante el órgano jurisdiccional a reclamar un derecho no constituye una causal válida para reclamar un rubro indemnizatorio por daño moral.

Trib. De Apel en lo Civ. Y Com. Tercera Sala. 11-08-2009. “Juan Darío Rodríguez c. Leonardo Pinto Osorio s/ Indemnización de daños y perjuicios”. (Ac. y Sent. N° 72) Asunción, 11 de agosto de 2009.

Cuestiones:

¿Es nula la sentencia apelada?

¿En su caso, se dicto conforme a derecho?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: Villalba Fernández, Buongermini Palumbo y Martínez Prieto.

A la primera cuestión planteada el Dr. Villalba Fernández, dijo: El recurrente al no haber realizado un análisis detallado y razonado de la resolución cuestionada por este recurso interpuesto, y siendo, los agravios vertidos por el mismo 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: El recurrente ha cuestionado vía recurso de nulidad la apreciación de las pruebas hecha por el inferior. Tal agravio constituye un típico argumento *in iudicando* que habrá de ser estudiado al tiempo de analizar el recurso de apelación.

Ahora bien, del análisis oficioso del fallo se observa un vicio, no notado por ninguna de las partes, que resulta de tal gravedad que amerita el análisis oficioso *ex art.* 113 del Cód. Proc. Civ.

De la lectura de la parte resolutive del fallo –fs. 114- se observa que la jueza de primera instancia omitió pronunciarse respecto de la excepción de falta de acción pasiva interpuesta por el demandado. Si bien se ha realizado el análisis de la defensa en el considerando de la sentencia, al no constar la decisión expresa en el exordio de la resolución, la misma se torna nula, dado que padece de un vicio –por omisión- estructural que violenta los arts. 15 y 159 del Cód. Proc. Civ., lo cual amerita un pronunciamiento oficioso sobre la nulidad. Tal omisión tampoco fue subsanada por vía de aclaratoria.

En cuanto a la extensión de la nulidad, nuestro Código Ritual dispone en su art. 115: “La nulidad de un acto no importa la de los actos precedentes. Tampoco la de aquellos posteriores que no dependen de él ni son su consecuencia. La nulidad de una parte del acto no afecta a las otras que son independientes de aquella parte”. Ahora bien, la excepción de falta de acción planteada por el demandado no fue objeto de pronunciamiento en la sentencia, y puesto que dentro del juicio la excepción planteada constituye una parte radical y esencial de la oposición a la demanda –la misma instaura la defensa de la parte accionada–, se torna imposible separar o independizar el vicio dentro de la resolución, o imputar únicamente la nulidad a la excepción, razón por la cual no podemos sino extender la nulidad a la resolución misma.

El Tribunal, en uso de la facultad otorgada por el art. 406 del Cód. Proc. Civ., pasará a resolver sobre el fondo del asunto.

En autos se discute la procedencia de una excepción de falta de acción fundada en la circunstancia de que el conductor del vehículo demandado no sería el propietario del rodado, motivo por el cual –entiende el excepcionante- éste se vería exento de responsabilidad.

De los documentos presentados por el demandado con el escrito de defensa, se observa que la camioneta Ford, con chapa AOU103, se encuentra inscrita en la Dirección Nacional del Registro del Automotor a nombre del Sr. Heriberto Martínez Benítez (fs. 50). Luego vemos que éste ha celebrado un contrato privado de “cesión y venta de derecho” a favor del

Sr. Gustavo Pintos Salvioni (fs. 51). En suma, tenemos que el propietario registral del automotor es el Sr. Heriberto Martínez Benítez –fs. 89-, y que éste otorgó –vía contrato privado- sus derechos sobre el rodado al Sr. Gustavo Pintos Salvioni. Debemos precisar aquí que aún no tenemos ningún dato que haga referencia respecto de la relación jurídica que tendría el demandado –Sr. Leonardo Pinto- con la cosa. Luego, y respecto del negocio jurídico celebrado entre el Sr. Heriberto Martínez Benítez y el Sr. Gustavo Pintos, debemos señalar que éste no es suficiente para transferir el dominio del rodado. Tratándose de muebles registrables, además del contrato, se debe cumplimentar el requisito de las formas, *so pena* de no tener por concluida la transferencia. Vemos, pues, que el art. 700 del Cód. Civ. prescribe que para transmitir derechos reales sobre bienes que deban ser registrados se requiere escritura pública, y hasta tanto ésta no sea otorgada, tan solo se tiene una obligación personal respecto del otro contratante –art. 701 del Cód. Civ. En estas condiciones, podemos afirmar que la suscripción del contrato privado no produce la pérdida del dominio en el vendedor –Sr. Heriberto Martínez Benítez-; tampoco lo tiene el comprador aún recibida la posesión.

En el caso de autos no se ha alegado una relación laboral o de otro tipo para con el propietario del vehículo que nos lleve a concluir la condición de guardián del demandado respecto de la cosa. De las constancias objetivas referidas, no es posible encuadrar la calidad del demandado respecto del automotor en la categoría de derecho real, ni de poseedor o guardián –calidades que no se presumen y deben ser probadas-; solo sería un mero detentador accidental de la cosa. No ha sido controvertido el hecho de que el demandado conducía el vehículo que se vio involucrado en el siniestro; así lo admite al contestar la demanda diciendo “...no debe hablarse del propietario si se demanda solamente al conductor...” “...soy un conductor responsable y en ese carácter manejaba el vehículo...” (Fs. 58/59).

También debe decirse que si bien el actor calificó al demandado como propietario del rodado, de la descripción de los hechos, las circunstancias y las constancias de autos surge que éste no es propietario del vehículo, sino sólo un mero detentador de la cosa. No obstante, ésta errónea calificación de la situación jurídica del demandado por parte del accionante no afecta en lo más mínimo a su pretensión resarcitoria, dado que el principio *iura novit curiae* faculta al Magistrado a recalificar los hechos e incursarlos dentro de la norma jurídica que mejor se le apliquen. Todo ello nos lleva inexorablemente al análisis de la posible responsabilidad subjetiva por hecho propio –esto es, el análisis de la culpa-, en los términos del art. 1833 y siguientes del Cód. Civ. De modo que si la responsabilidad atribuida al demandado no es objetiva, al ser conductor del rodado que participó en el accidente, dicha atribución de responsabilidad pudiera muy bien ser subjetiva, por el acto propio. La excepción de falta de acción respecto del Sr. Leonardo Pinto carece así de andamiaje y debe ser desestimada.

Ahora debemos establecer la procedencia de la demanda. Esta se encuentra supeditada, como es bien sabido, a la concurrencia del ilícito, la existencia de daño, la imputabilidad y el nexo causal entre el hecho y el perjuicio.

La ilicitud del acto no ofrece mucho margen para la duda. Como ya se dijera *supra*, la misma se halla calificada por el art. 1834 del Cod. Civ., que en su inciso b) califica al acto como ilícito siempre que se causare daño injustamente. Daño este de cuya existencia no

puede dudarse, en sí considerado, puesto que las fotografías obrantes a fs. 5/7 demuestran el detrimento, mengua o menoscabo que sufre el demandado en sus bienes patrimoniales o económicos como resultado de un accidente de tránsito. Cuestión distinta es la atribución de responsabilidad por el daño, la entidad del mismo y el nexo causal con el acto ilícito, de lo que nos ocuparemos después. Por el momento, la certidumbre en cuanto a la existencia del daño nos basta para poder pasar a examinar la imputabilidad del ilícito; o lo que es lo mismo, la culpa en la producción del accidente. Y aquí debemos detenernos, porque es una cuestión que ha sido objeto de agravios puntuales por parte del demandado. Como es frecuente en este tipo de demandas, las partes sostienen respecto de la culpa del accidente posturas diametralmente distintas.

El accidente, en versión del demandante, se habría producido cuando éste se encontraba transitando por el carril derecho de la calle Tte. Benítez –preferencial, según alega-, momento en el cual, al llegar a la intersección de la calle Saturio Ríos sufrió un impacto frontal al ser embestido por la camioneta al mando del demandado.

A su turno, el demandado sostuvo en la contestación de la demanda lo siguiente: “...circulaba por la calle Saturio Ríos a una velocidad prudencial aproximadamente 30 km/h y en la esquina formada por esta calle y la calle Tte. Benítez, al trasponer la intersección de las mencionadas calles, prácticamente saliendo fue embestido violentamente la camioneta que manejaba en su costado derecho que tomo las partes delanteras y traseras por el camión que circulaba a gran velocidad por la calle Tte. Benítez...”; “...la forma como quedaron estos vehículos, el lugar de la colisión de la camioneta que conducía, las dos puertas lado derecho y los daños frontal del camión propiedad del actor, que hace notar *prima facie* de quien es el culpable de este accidente, de quien fue el que embistió a quien...” (sic) (fs. 60).

En la baja instancia la culpa del siniestro ha sido atribuida en su totalidad al demandado, en términos y bajo parámetros jurídicos que, ciertamente, no son del todo atinados. Así, a modo de ejemplo, del fallo se lee: “Así la doctrina y la jurisprudencia tienen resuelto que en los procesos por daños y perjuicios derivados de cuasidelitos, la carga de la prueba corresponde a la parte demandada” (fs. 113). En primer término corresponde señalar que la calificación dada por el inferior al hecho generador de la acción no resulta del todo precisa –tal categoría ha desaparecido con el nuevo Cód. Civ-. La inferior se habría estado refiriendo a la clasificación del Código Civil argentino, cuando legisla sobre “las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos”. Subsisten, pues, en el vecino país, dos tipos de hechos ilícitos, los que son delitos –acto ilícito ejecutado a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos de otro-, y los que no lo son. La orientación moderna en la materia –y con ella nuestro Código- tiende a suprimir el distingo como categoría; son todos ilícitos, aunque lógicamente exista una graduación a la hora de estimar y liquidar el daño, en especial en lo relativo a la extensión de las consecuencias del hecho. En cuanto a la carga probatoria, tanto para unos como otros, tal como lo indica la regla general –la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido debe probarla-, ella recae sobre el actor; y esto rige en cualquier demanda de daños de origen extracontractual sustentada en un factor subjetivo de atribución. La inversión de la carga probatoria sólo se da en casos de aplicación de responsabilidad sin culpa u objetiva,

la que ya hemos descartado *supra*. En estas condiciones, es el Sr. Juan Rodríguez quien debe probar el ilícito, el daño, la imputabilidad y el nexo causal y no el demandado.

Determinante para el decisorio inferior ha sido el informe remitido por la Municipalidad de San Lorenzo (fs. 94) del cual se lee: "...el Departamento de Seguridad y Tránsito de esta institución, informa que en dicha intersección, específicamente sobre la calle Saturio Ríos se encuentran carteles indicadores, ya sea de dirección obligatoria y otra de atención lomada, pero sobre Teniente Benítez no hallamos ningún cartel que indique el sentido de circulación ya que estos elementos fueron destruidos por personas inescrupulosas".

La prueba de informes señala *prima facie* el deber del demandado de detener –si no aminorar– la marcha del automotor antes de llegar a la intersección de las calles, habida cuenta de la supuesta existencia de una lomada –según cartel de señalización–. Ahora bien, ello no es determinante para indicar la preferencia de circulación de la calle Teniente Benítez sobre la calle Saturio Ríos, así como tampoco excluye la probabilidad de que hayan existido carteles indicadores sobre ésta última vía. Véase que en el informe se ha consignado "...estos elementos fueron destruidos por personas inescrupulosas.", lo cual da a entender que con anterioridad existían indicadores antes de la intersección.

Pero para determinar una preferencia distinta de las reglas normales de preferencia establecidas en la Ordenanza de Tránsito, es menester que haya habido un cartel indicador de "pare" al tiempo en que se produjo el accidente. Ello así porque no se puede sujetar a un conductor al deber de respetar por *consuetudo* una regla de preferencia que no aparece claramente indicada. En efecto, el conductor no tiene por qué saber de memoria dónde estaban los carteles indicadores y mucho menos puede hacérsele asumir sobre sí la duda de si los mismos han sido removidos regularmente por la autoridad o por obra de personas inescrupulosas. Así pues, no existiendo ningún indicio cierto de que las reglas ordinarias de preferencia estaban claramente alteradas al momento del siniestro, rigen dichas normas ordinarias.

Ambas partes están contestes en que el accidente se produjo en la intersección o cruce de ambas vías. La primera y elemental regla –ante la aparente equivalencia de las calles– es la que prescribe que el conductor que llegue a la bocacalle o encrucijada debe reducir sensiblemente la velocidad y ceder el paso al que cruza desde su derecha. Ahora bien, este principio tiene limitaciones. Una de ellas, es justamente que la prioridad solo juega cuando ambos vehículos se han presentado en el cruce en forma simultánea, más no si el vehículo que venía por la izquierda estaba adelantado. Luego, se debe determinar cuál habría sido el vehículo que primero llegó a la bocacalle y la estaba trasponiendo, habida cuenta de la igualdad de categoría de las calles. En ese sentido, el demandado ha señalado que "...al trasponer la intersección de las mencionadas calles, prácticamente saliendo fue embestido..." (fs. 59/60). Del análisis de las pruebas fotográficas agregadas al expediente, se podría decir que el relato del demandado –en cuanto atañe al punto–, ciertamente, resulta verosímil. De las fotografías se observan los siguientes daños: en el camión del actor solamente la parte frontal se encuentra dañada, lo cual evidencia que el automotor del accionante habría sido el que impactó de frente a la camioneta Ford, lo que llevó a ésta última a sufrir un vuelco en la esquina de las calles. De igual manera se observa que la camioneta Ford habría sido la que sufrió el impacto, dado los daños laterales traseros sufridos por la camioneta del demandado, todo lo cual nos hace concluir no sólo que la

camioneta del demandado sería la que primero llegó a la intersección de las calles sino también que ésta ya se encontraba trasponiendo la esquina al momento de la colisión. Ello crea preferencia de paso en la encrucijada a favor de quien se encuentra trasponiendo ésta y, a su vez, trae a colación la presunción jurisprudencial sobre responsabilidad del vehículo embestidor.

Se ha establecido una presunción de culpa contra el conductor que embiste a otro con la parte delantera de su coche, sea en la parte trasera o en el costado del otro. “Se estima que si no se ha podido detener a tiempo el vehículo para evitar la colisión, ello obedece a que el embestidor marchaba a exceso de velocidad, o no actuaba con la atención debida, o por carecer de frenos en buenas condiciones u otras circunstancias similares, demostrativas todas, en principio, de su responsabilidad. Pero como todas las presunciones, ésta no es absoluta y admite prueba en contrario, por lo que puede quedar neutralizada o sin efecto si se prueba que la colisión se produjo por una maniobra imprudente o desacertada del supuestamente embestido...” (Trigo Represas, Félix. Compagnucci de Caso, Rubén H. Responsabilidad civil por accidentes de automotores. Tomo 1. Pág. 349/350. Ed. Hammurabi. Bs. As. 2008).

Las normas de tránsito establecen determinadas presunciones relativas que no tienen valor absoluto –admiten prueba en contrario– y que deben ser apreciadas conforme a los factores circunstanciales. Para desvirtuar la presunción de culpabilidad del embestidor y la de inocencia de aquel conductor cuyo vehículo ya ha transpuesto la bocacalle y sufre un impacto, se requiere de adecuada y suficiente prueba. Esto es, la existencia de alguna señal concluyente que obligue al otro conductor a detenerse. Ello sería, por ejemplo, señalización específica en contrario; semáforos, agentes de tránsito, carteles de “pare” o de advertencia de avenida principal. De las constancias de autos –fotografía de fs. 7– vemos que habría existido un semáforo en la esquina, pero ninguna de las partes se ha referido a éste. En estas condiciones, no podemos sino entender que el mismo no habría estado funcionando al momento de la colisión o estaría en señal luminosa de atención; si lo hubiese estado sería determinante para determinar la culpabilidad.

Ahora bien, con la presunción de preferencia y todo, debemos decir que cualquier conductor que arribe a una bocacalle está obligado a reducir sensiblemente su velocidad, y que la existencia del principio de preferencia no implica un “...salvoconducto habilitante para no detener nunca su marcha y exonerativo de toda responsabilidad” (Trigo Represas, Félix y Compagnucci de Caso, Rubén. Responsabilidad civil por accidentes de automotores. Pág. 319. Ed. Hamurabbi. Bs. As. 2008). Este deber de mantener la velocidad reglamentaria, en nuestro caso, se incrementa aún más existiendo una lomada antes de la bocacalle. No pareciera que el propietario de la camioneta Ford haya estado circulando a la velocidad permitida; de haberlo hecho hubiese podido mantener el total control del rodado deteniendo la marcha, evitando los daños producidos por el siniestro o cuando menos en parte la violencia de la colisión. La culpa no puede sino ser concurrente.

Por otro lado, se ha expresado agravios respecto de los requisitos para circular. La falta de registro habilitante solo crea una presunción de impericia para el manejo o mando de vehículos, destreza que en todo caso puede ser probada y por tanto la presunción revertida en el transcurso del proceso. Debe mencionarse asimismo que la trasgresión de la norma que ordena la respectiva habilitación para conducir, es una circunstancia que en su caso,

debe ser constatada y sancionada por los órganos administrativos, quienes cuentan con la competencia debida a efectos de su cumplimiento coactivo. Así, se ha dicho que "...en rigor, el otorgamiento de una licencia de conductor no es sinónimo de pericia, ni su falta equivale necesariamente a impericia, sino que se trata simplemente de una atestación oficial declarativa de una comprobación de hechos que, inmediatamente consumados, pasan a ser un puro dato histórico" (Tabasso, Carlos. Derecho del tránsito. Los Principios, B de F, pág. 438. Buenos Aires, 1997).

En suma; del examen de las constancias tenemos que no se ha argüido la existencia de semáforos indicadores de regulación de tránsito –aunque de la fotografía de fs. 7 se infiere la existencia de uno- Tampoco se hizo alusión al uso de señales luminosas o bocinas, de obstáculos a la libre circulación.

Así, lo cierto y lo concreto es que el vehículo del actor ha resultado el vehículo embestidor, y que el impacto se produjo cuando la camioneta Ford había ya transpuesto la bocacalle, lo que arroja una preferencia de paso a favor del demandado. No obstante, también tenemos que el demandado circulaba sobre una calle con una lomada antes de la esquina, y si bien tal circunstancia no indica la prioridad de paso, lo obliga al menos a reducir sensiblemente la velocidad.

También se encuentra fuera de toda duda la velocidad inapropiada con que circulaban ambos conductores. Esta no era la adecuada y necesaria para mantener en todo momento el absoluto dominio de los vehículos, que está dado por la posibilidad del conductor de poder detener el vehículo y sortear con éxito los obstáculos que se presentan en la circulación vehicular. La velocidad de las partes involucradas, conforme a los daños materiales, no eran propiamente la de 40 y 30 Km./h., alegadas en los escritos de demanda y contestación; de haber impactado el camión a 40 km/h la camioneta Ford no hubiese volcado. De todo esto concluimos en que, de haber llevado una velocidad adecuada, los conductores hubiesen podido detener la marcha y afrontar con éxito la encrucijada, evitando el siniestro, o disminuyendo sensiblemente sus consecuencias dañosas.

En estas condiciones, la culpa debe ser imputada proporcionalmente en un 65% al actor y un 35% al demandado.

El *quantum* indemnizatorio, también ha sido objeto de agravios por parte del recurrente. El accionante ha señalado que el demandado no negó ni rechazó ninguno de los documentos acompañados con el escrito de promoción de la demanda, por lo que ha existido un reconocimiento al respecto. El inferior se basó en las citadas instrumentales (fs. 1/4) para estimar el monto de los daños. Respecto de ello, hay que decir que dichos documentos son instrumentos privados provenientes de terceros, por lo que la carga de negación de los mismos *ex art. 235 del Cód. Proc. Civ.* no se aplica. Al no emanar de ella, la parte puede sencillamente no pronunciarse sobre los mismos. Estos debieron ser reconocidos mediante la forma establecida para la prueba testifical, conforme lo establece el art. 307 *in fine* del Cod. Proc. Civ. Tal reconocimiento no fue efectuado, conforme lo certifica la actuario en el informe de pruebas producidas (fs. 102 vlto.).

Empero, ante estas circunstancias, donde se ha probado con certidumbre la existencia del daño –basta mirar las fotografías de fs. 5/8– debe echarse mano del art. 452 del Cod. Civ., el cual repetidamente ha sido invocado por la jurisprudencia a la hora de estimar prudencialmente la cuantía del rubro indemnizatorio.



Los repuestos que se indican en las notas de presupuesto de fs. 1/4 aparecen como ajustados a las necesidades de reparación, según se observa de la entidad del daño resultante de la apreciación de las fotografías. Se observa allí que las puertas delanteras de ambos lados han quedado descuadradas, el vidrio de ambas puertas roto, ambos espejos retrovisores rotos, el parabrisas y los faros delanteros rotos, el paragolpe y la chapería frontal del camión descuadrados. Todo ello sin considerar los daños del interior del camión y los daños mecánicos, cuya entidad no puede apreciarse en las fotografías, pero cuya existencia ciertamente se infiere de ellas. Así las cosas, si bien los documentos acompañados no fueron reconocidos en juicio, los mismos pueden servir como elemento indiciario para establecer la cuantía de los costos de reparación en cuanto a repuestos; a lo que debe agregarse la mano de obra de un taller mecánico especializado, con trabajos que requerirán de chapería y pintura y desmontado de varias partes del vehículo.

En consecuencia, la entidad de estos daños hace que, en el entendimiento de este Tribunal, el monto de G. 17.000.000 fijado por el juez inferior sea prudente y encuadre dentro de los parámetros permitidos por el art. 452 del Cód. Civ.

Luego tenemos el monto reclamado en concepto de lucro cesante, fijado por el inferior en la suma de G. 10.000.000. Para acreditar este extremo se requiere de la demostración de una actividad lucrativa cuyo ejercicio le ha sido privado al damnificado como consecuencia del ilícito. Esta actividad estaría probada con el contrato de arrendamiento del camión obrante a fs. 35, celebrado entre el propietario del vehículo y la firma comercial COPESA, en virtud del cual el actor percibía la suma de G. 2.500.000 mensuales por otorgar a la sociedad el uso y goce del automotor. El negocio lucrativo no ha sido negado ni impugnado por parte del demandado, por lo que el lucro mensual que otorgaba el camión del actor debe ser tomado como verosímil. Tal circunstancia se encuentra también acreditada en las fotografías de fs. 8, donde se observa el logo de la empresa Copesa Gas impreso en la parte frontal del camión, así como se evidencia el transporte de garrafas. El tiempo de privación se tendría que estimar en base al tiempo que el vehículo, de acuerdo con las partes reparadas y cambiadas, habría de permanecer en el taller. Estimativamente este plazo no podría exceder de un mes, por lo que el monto de la condena no debería de exceder –en concepto de lucro cesante- de G. 2.500.000. Si se tuviera necesidad de un plazo mayor, la actora debió probar las circunstancias excepcionales que habrían provocado o determinado la prolongación del plazo. Como esto no se demostró, tenemos que estar a un plazo ordinario y razonable. En estas condiciones, resulta razonable fijar en concepto de lucro cesante el monto de G. 2.500.000.

En estas condiciones, tenemos que debe establecerse la suma de G. 19.500.000 en concepto de daño emergente y lucro cesante.

En cuanto al daño moral, como reiteradamente lo afirmáramos, diremos que el daño moral aparece como una especie del daño en general, cuya entidad es la del daño personal extrapatrimonial. Se lo suele definir como toda detracción disvaliosa del espíritu, la lesión al ser inmaterial de la persona o a los derechos intangibles a ella vinculados. En cuanto a la prueba del mismo, esta Magistratura estima en este punto que, como todo daño, debe ser sometido a prueba. En el caso de autos no hay notoriedad del daño, -no han existido, o al menos no se han alegado daños físicos exteriores-, por lo que no sería ocioso requerir prueba del mismo. Lo repetimos, en el caso de autos, el daño no surge ostensible,

susceptible de ser percibido y entendido por todos. Véase que el actor ha alegado –al momento de reclamar daño moral- “pérdida de tiempo, quebrantos y malos momentos” por tener que recurrir a demandar el pago de los daños y perjuicios (fs. 40). El solo hecho de tener que accionar, o sea, el haber ejercido la potestad de acudir ante el órgano jurisdiccional a reclamar un derecho no constituye una causal válida para reclamar un rubro indemnizatorio en tal sentido. La angustia o el padecimiento debe provenir del ilícito. Decir lo contrario sería equivalente a afirmar que cualquier ejecución de título extrajudicial por falta de pago a su vencimiento ameritaría un reclamo ordinario posterior en concepto de daño moral –por el quebranto de tener que demandar-, lo cual es insostenible. No existe, pues, una presunción que aparezca como lógica y coincidente con el normal acontecer de la vida que amerite el otorgamiento de daño moral.

Así las cosas, y atendiendo a la proporción de responsabilidad atribuida al demandado en el siniestro, éste ha de ser condenado al pago de G. 6.825.000.

Las costas deben ser impuestas en un 65% al actor y en un 35% a la demandada en ambas instancias.

A su turno el Dr. Martínez Prieto, dijo: Que se adhiere al voto de la Magistrada que le antecede, con sus mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada, el Dr. Villalba Fernández, dijo: por la sentencia apelada N° 625 de fecha 16 de agosto de 2.007, la instancia anterior resolvió: “1.- Hacer lugar, con costas, a la demanda promovida por Juan Darío Rodríguez contra Leonardo Pinto Ozorio, por indemnización de daños y perjuicios y en consecuencia condenar al demandado Leonardo Pinto Ozorio, a pagar al actor Juan Darío Rodríguez la suma de Gs. 29.000.000 (veinte y nueve millones) más la actualización del dos por ciento mensual a contar desde la notificación de la demanda, en el plazo de 10 días de quedar firme y ejecutoriada la presente resolución, por los fundamentos expresados en el considerando de esta resolución. 2.- Anotar...” (fs. 110/114).

De dicha sentencia recurre la parte demandada y presenta su escrito de fs. 121/125 de autos. Se agravia de la sentencia dictada por considerarla desprovista de sustento legal. Cuestiona que la a quo no haya valorado la excepción de falta de acción opuesta por su parte, en razón, que su persona no es el propietario del vehículo involucrado en el accidente. Además, sostiene que la parte contraria no ha probado la culpa que se le sindicó y que más bien fue su contraparte quien tuvo la culpa en el accidente, lo cual, así lo ha probado su parte. Termina su exposición con la formulación del petitivo de rigor.

La contraparte contesta el traslado de los agravios de la parte accionada fundando la defensa de la sentencia recurrida. Expresa. Que la excepción de alta de acción opuesta fue rechazada correctamente pues su parte promueve la acción en contra del demandado como conductor del vehículo involucrado en el hecho y no como propietario del mismo. Además, sostiene que la decisión del inferior fue ajustada a derecho y conforme a las disposiciones legales, como también, que la responsabilidad atribuida al demandado fue probado suficientemente en el proceso. Concluye su contestación, formulando el petitivo correspondiente.

De las constancias de autos, y a los efectos del reexámen de la sentencia en alzada, se debe partir del análisis de los elementos obrantes en autos. Es así, que en primer lugar la parte actora presente la acción de indemnización de daños y perjuicios en contra del señor

Leonardo Pinto Ozorio como la persona que se encontraba guiando el vehículo involucrado en el accidente de tránsito, conforme así obra en el escrito de presentación de la demanda, lo cual fue admitido por el demandado. En tanto, al quedar claro que el accionante promueve la acción en contra del citado demandado como conductor del vehículo protagonista del hecho y este hecho no fue negado por el accionado ni probado lo contrario corresponde la acción ejercitada en su contra correspondiendo el rechazo de la excepción de falta de acción.

Con respecto al fondo mismo de este proceso –indemnización de daños y perjuicios– corresponde su análisis en base a los requisitos previstos para esta clase de acción: 1) el hecho antijurídico; 2) la responsabilidad; 3) el daño y; 4) el nexo causal.

Es así, que conforme a los elementos obrantes en este proceso se advierte que el vehículo conducido por el demandado llegó a la intersección entre las calles Saturio Ríos y Tte. Benítez, momento en el cual cruzó dicha bocacalle sin prestar la atención debida con más razón de encontrarse el cartel de atención que advierte sobre la peligrosidad de dicho cruce. Es por ello, que la actitud dispuesta por el demandado fue negligente y hasta temeraria en la conducción del vehículo a su mando. Encontrándose sustentado por las declaraciones de los testigos declarantes en el proceso ha más de los demás elementos probatorios que refuerza el nexo causal y la responsabilidad por parte del demandado.

En cuanto al monto que fuera dispuesto por la instancia inferior, este se encuentra ajustado a las acreditaciones obrantes en el proceso.

En conclusión, de todo el criterio expuesto precedentemente corresponde sea confirmada la sentencia apelada.

En cuanto a las costas ellas deberán ser impuestas a la parte perdedora de conformidad a lo dispuesto en el Art. 203 del Código Procesal Civil.

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.

**R E S U E L V E :** Desestimar la excepción de falta de acción opuesta por el demandado señor Leonardo Pinto Ozorio. Modificar la sentencia recurrida, en consecuencia, condenar al demandado al pago de G. 6.825.000 (seis millones ochocientos veinticinco mil guaraníes) a la parte actora por indemnización de daños y perjuicios, conforme a los argumentos vertidos en el fallo de la presente resolución. Imponer las costas en un 65% al actor y un 35% a la demandada en ambas instancias. Anotese, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

*Miembros: Maria Mercedes Boungermini Palumbo, Arnaldo Martinez Prieto y Neri Eusebio Villalba Fernandez. Ante mi: Abog. Pablo Costantini.*

#### ACUERDO Y SENTENCIA N° 29

**DONACION.** Revocación de la donación.

La revocación por ingratitud reconoce como causa eficiente razones de orden moral erigiéndose en una suerte de pena civil para el donatario ingrato.

**DONACION.** Revocación de la donación

Debe tenerse en cuenta el ambiente en el cual se desarrollo el hecho juzgado como causal de ingratitud, en el caso en el interior del hogar del actor o lo que es lo mismo a puertas cerradas a los efectos de la revocatoria de donación por causa de ingratitud.

**DONACION.** Revocación de la donación. Prueba

No resulta lógico ni prudente exigir al actor una copiosa actividad probatoria con respecto a un hecho que ambas partes reconocen producido en el interior de una vivienda a fin de demostrar la ingratitud del donatario hacia su donante.

**DONACION.** Derechos y obligaciones del donatario.

La donación no pasa de ser una liberalidad, en el caso, un acto de generosidad del padre al hijo, sin compensación. Esta beneficencia requiere del donatario una obligación, cuanto menos moral, de gratitud hacia el donante y, está dicho, que el accionado faltó a esta obligación irrumpiendo en la vivienda de su padre y generando con dicho acto un conflicto, con lo cual la conducta del demandado lejos está de denotar gratitud hacia su donante, por lo que de admitir su defensa estaríamos contrariando, abiertamente la propia esencia de la figura de la donación.

Trib. De Apel en lo Civ. Y Com. Cuarta Sala. 02-04-2009. “W.R. N. V.c. E.D.N.A. s/ Demanda Ordinaria de Revocación de Donación por Causa de Ingratitud”. (Ac. y Sent. N° 29)

Asunción, 2 de abril de 2009.

## Cuestiones

¿Es nula la sentencia apelada?

En caso contrario. ¿Se dicto conforme a derecho?

Practicado el sorteo de ley resulto el siguiente orden de votación: Raúl Gómez Frutos, Basilio García Ayala y Dr. Eusebio Melgarejo Coronel

A la primera cuestión planteada, el abogado Raúl Gómez Frutos Dijo: El recurrente no interpuso este recurso en su escrito de fs. 111, pero el Juez lo concedió y teniendo en cuenta lo dispuesto por el Art. 405 del C.P.C. el Tribunal puede estudiarlo de oficio, no observándose vicios o errores en la resolución recurrida que la invaliden como acto jurisdiccional. Por tanto, es mi parecer que debe declararse desierto este recurso. Asi voto.

A sus turnos los miembros García Ayala y Dr. Melgarejo Coronel manifestaron que votaron en igual sentido y por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada, el miembro Raúl Gómez Frutos prosiguió diciendo: a fojas 118/9 de autos se presentaron las abogadas C. L R. V. y L. B. P. V., actuando por el accionante, a expresar agravios contra la sentencia recurrida. En esta presentación reiteraron cuestiones prácticas ya expuestas en primera instancia y señalaron que el A quo no valoro debidamente las pruebas rendidas en autos. Especialmente la mismas aducen que el fallo es injusto puesto que la declaración de R. R.D. no puede servir de motivación a la decisión apelada puesto que la misma es amiga y empleada del demandado. Además, agregan que no se tuvo en cuenta el parte policial y el certificado médico agregado en autos. Finaliza peticionando la revocación de fallo impugnado.

Corrido el traslado de los agravios se presentó el accionado, E.D.N.A. bajo patrocinio del abogado R.D.F.C, a controvertir los agravios de su contendiente diciendo, básicamente que el actor no probó las afirmaciones controvertidas en juicio puesto que sus pruebas se resumen en dos instrumentales, una parte policial, y un certificado médico. Agrega que quien alega un hecho soporta la carga probatoria.

Este Tribunal clausuro el debate en esta instancia llamando, por providencia datada el 16 de mayo de 2008, autos para resolver. Resolución firme y ejecutoriada a la fecha.

Así determinada la materia de agravios y efectuados los controles de veracidad, logicidad y normatividad paso al estudio de las cuestiones planteadas.

El A-quo concluyó en la improcedencia de esta demanda por revocación de donación, por causa de ingratitud, en la inteligencia de que el hecho alegado, como piedra angular de la tesis del actor, no fue probado de manera inequívoca.

Por su parte, el recurrente criticó la decisión argumentando que las pruebas no fueron debidamente valoradas.

Así, antes de entrar en materia considero oportunas algunas disquisiciones de orden doctrinal.

Al decirlo con Acuña Anzoreña. "...la donación, por su carácter de acto de beneficencia, impone al donatario un deber de gratitud, y si bien este deber no constituye una obligación jurídica perfecta, desde que la ley no confiere al disponente ninguna acción para exigir su cumplimiento, comporta, al menos, una sanción de orden jurídico que consiste, precisamente, en la revocación de la donación por causa de ingratitud de donatario."

Conviene agregar que la revocación por ingratitud reconoce como causa eficiente razones de orden moral erigiéndose en una suerte de pena civil para el donatario ingrato.

Ubicados así en el Instituto en estudio resta señalar que nuestro derecho positivo, artículo 1236 del C.C, previene taxativamente cuatro situaciones que deben ser consideradas como causales de revocación de las donaciones por causales de ingratitud. Entre ellas encontramos el atentado contra la vida del donante, que es la causal alegada por el actor y la rechazada por el juez por considerarla no probada de manera acabada.

Expuesto esto y retomando nuestra casuística tenemos que del análisis de las constancias procesales en general y del material probatorio en particular, resulta claro que la causa de ingratitud alegada en el escrito de postulación no fue probada de forma directa. Sin embargo, el caso presenta algunas particularidades que merecen ser atendidas a los efectos de zanjar la controversia con la decisión justa.

Así, el actor alegó que el demandado, su hijo, ingreso a su vivienda a retirar algunas cosas pertenecientes a su difunto hermano y, al ser sorprendido, por el padre, intentó estrangularlo produciéndose un forcejeo entre ambos.

El conteniente, por su parte, reconoció la existencia del hecho alegado y su involucramiento en el mismo. Sin embargo, controvierte la afirmación de su padre en cuanto refiere que el mismo intentó estrangularlo, agregando que fue el actor quien inicio la gresca.

La existencia del hecho fue apuntando con la declaración de G.R.R.D.A., quien señaló que, en la fecha indicada, se produjo el forcejeo en la vivienda del actor.

Ergo, la primera conclusión que podemos extraer es: que entre actor y demandado se produjo un forcejeo en la vivienda del primero, habiendo el ultimo ingresado para extraer algunos objetos de la casa. Es en este punto donde encuentro una cuestión desatendida por el A-quo, cual es: el ambiente en el cual se desarrollo el hecho juzgado como causal de ingratitud. El mismo, se produjo en el interior del hogar del actor o, lo que es lo mismo, a puertas cerradas.

Siendo así, esta observación debería ser especialmente tenida en cuenta al tiempo de valorar los elementos probatorios. En efecto, no resulta lógico, ni prudente exigir al actor una copiosa actividad probatoria con respecto a un hecho que ambas partes reconocen producido en el interior de una vivienda. Agregó que, de las constancias de autos, surge que la única persona quien presencié el hecho fue la testigo propuesta por la accionada. Es decir, el hecho se produjo, básicamente, sin la concurrencia de terceras personas.

Dicho esto, hacemos notar que fue agregado en autos el certificado médico expedido por el Dr. Rafael Barreto Chena quien refiere que el actor presentaba conclusiones múltiples, equimosis y hematomas en el cuello cara lateral y anterior. Si bien, esta instrumental fue criticada por el accionado, quien sostuvo que el médico interviniente es el amigo de su padre, la afirmación no es atendible puesto que no se realizó ninguna diligencia en procura de su confirmación.

En este estado de cosas, no resulta forzoso advertir la conexión entre los dos hechos probados para concluir en el tercero. Esto es: si entre los litigantes se produjo un forcejeo y como resultado de esto se constataron conclusiones, equimosis y hematomas en el cuello del actor, la tesis de este último, sin lugar a dudas, se consolida. A esto le debemos añadir que el accionante presento denuncia ante la Comisaría competente, lo que, si bien es una simple manifestación unilateral del mismo, agrega seriedad a su posición.

Siguiendo con la lectura de autos tenemos que el accionado presenta a su padre como una persona temperamental y violento. Espero, la vecina del mismo, testigo propuesta por el accionado declaró que el comportamiento del actor es normal.

Como colofón quedó demostrado que fue el accionado quien irrumpió en la vivienda del actor, según la testigo G. R. D.A., en dos ocasiones durante el percance. Es decir, se produjo el primer forcejeo, el demandado salió de la casa del padre y volvió a ingresar, generándose el segundo forcejeo. Esta puntualización, denota una actitud poco conciliadora del accionado con respecto al hecho juzgado.

En suma, el agravio expuesto en procura de la modificación de la sentencia apelada es atendible como argumento de revocación del fallo. Ello es así, pues, como quedo visto, el juez sosamente, considero no probado el hecho sin tener en cuenta que el mismo se produjo en el interior de una vivienda, a puertas cerradas, por lo que la prueba del hecho alegado solo es posible mediante un análisis holístico de los elementos probatorios y mediante deducciones lógicas de los mismos, no siendo exigir de la prueba directa del hecho.

Además, considero que sería una injusticia negar al actor la posibilidad de revocar la donación a título gratuito, que en puridad es un anticipo de herencia de conformidad al artículo 1207 del C.C., por el simple hecho de que por las circunstancias particulares del hecho, el mismo no pudo presentar una prueba directa de la causal invocada y, sin embargo

las rendidas desembocan, de manera incontestable, en la existencia del hecho y la autoría del demandado.

Finalmente, cabe agregar que la donación no pasa de ser una liberalidad. En este caso: un acto de generosidad del padre al hijo, sin compensación. Esta beneficencia requiere del donatario una obligación, cuando menos moral, de gratitud hacia el donante y, está dicho, que el accionado faltó a esta obligación irrumpiendo en la vivienda de su padre y generando con dicho acto un conflicto. Así, queda claro que la conducta del demandado lejos está de denotar gratitud hacia su donante por lo que, de admitir su defensa estaríamos contrariando, abiertamente, la propia esencia de la figura de la donación.

En suma, considero que el A quo no valoró debidamente las pruebas rendidas en autos, como lo señaló la recurrente, por lo que la sentencia apelada debe ser revocada.

En cuanto a las costas del juicio, de conformidad al artículo 203 inc. b) del CPC, corresponde imponerlas al recurrido-accionado por el hecho objetivo de la derrota.

Por tanto, por las consideraciones expuestas, es mi parecer que el recurso presentado es procedente por lo que la sentencia apelada debe ser revocada, con costas, haciéndose lugar a la pretensión del actor. Así voto.

A sus turnos los miembros García Ayala y Dr. Melgarejo Coronel manifestaron que votaban en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmado los sres. Miembros en conformidad y quedando acordada la sentencia que sigue a continuación, todo por ante mí de lo que certifico.

**RESUELVE:** Declarar desierto el recurso de nulidad. Revocar la S.D. N° 821 del 15 de noviembre de 2007 dictada por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Séptimo turno de la Capital Sec. N° 13, por los argumentos expuestos en el exordio de la presente resolución y, en consecuencia. Hacer lugar a la presente demanda incoada por W.R.N.V contra E.D.N.A por revocación, por ingratitud, de la cesión de derechos, del actor al accionado. Imponer las costas, de ambas instancias, al recurrido-accionado. Anotar, registrar notificar y remitir una copia de la Excma. Corte Suprema de Justicia.

*Miembros: Raúl Gómez Frutos, Basilio García Ayala y Eusebio Melgarejo Coronel.*

#### ACUERDO Y SENTENCIA N° 75

##### **DIVORCIO.** Causas de divorcio

La causal de inc. a) del art. 4 de la ley 45/91 debe ser previamente dilucidada en sede penal, por tratarse de una supuesta tentativa de homicidio por parte de la demandada, hecho que escapa del ámbito civil, conforme lo expresa claramente el art. 26 del Código Civil, al no haberse probado dicha causal debe ser desestimada.

##### **DIVORCIO.** Causas de divorcio

La causal de infidelidad debe ser demostrada con presunciones varias, graves, precisas y concordantes que en su conjunto, produzcan la certeza absoluta de haberse consumado el hecho.

**DIVORCIO.** Prueba en el juicio de divorcio.

Constituye prueba de malos tratos la exclusión del hogar conforme el expediente de violencia doméstica que por ser un instrumento público merece plena fe en juicio al no haber sido redargüido de falso.

Trib. De Apel en lo Civ. Y Com. Cuarta Sala. 24-06-2009. “P. O. P. c. D. L. L. s/ Divorcio”. (Ac. y Sent. N° 75)

A fin de resolver los recursos de apelación y nulidad de fs. 92 interpuestos por el Abogado Antonio Acuña Díaz, representante convencional de la parte actora, contra la S.D.N° 662 de fecha 05 de noviembre de 2007, dictada por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial y Laboral de Luque que resolvió: “..Hacer lugar a la demanda de divorcio vincular promovido por el Sr. P.O.P. contra la Sra. D.L.L., por culpa concurrente y la causal prevista en el inc. “c” del art. 4 de la Ley N° 45/91, y con los alcances previstos en el art. 1 de la mencionada norma legal. Imponer las costas en el orden causado. Librar oficio a la Dirección del Registro del Estado Civil de las Personas, ejecutoriada que fuere la presente resolución, a efectos de su inscripción en nota marginal en el libro respectivo. Anotar, registrar y remitir copia a la Corte Suprema de Justicia”.

Asunción, 24 de Junio de 2009.

Cuestiones:

Es nula la Sentencia recurrida?

En caso contrario, es ella justa?

Practicado el sorteo de Ley, dio el siguiente resultado: Basilio D. García Ayala, Raúl Gómez Frutos y Dr. Eusebio Melgarejo Coronel.

A la primera cuestión planteada, el miembro preopinante Basilio D. Garcia Ayala, dijo: El recurrente en su escrito de fs. 102/104, fundamenta este recurso, manifestando que la Sentencia apelada es nula porque ha violentado, no solo preceptos, sino también garantías constitucionales establecidas en la Carta Magna de la nación, transcribiendo el Art. 256 de la misma. A continuación expresa que, el Aquo ha violentado el precepto mencionado, al no observar en su pronunciamiento lo establecido en el Art. 15, incs. b, e, f numeral 3 del C.P.C.

En el párrafo siguiente, transcribe una opinión doctrinaria del Dr. Hernan Casco Pagano, y a reglón seguido señala que, la nulidad pretendida no deviene por la forma de la S.D. recurrida, sino por la falsedad de contenido ideológica, ya que falsea en la apreciación.

Seguidamente el recurrente relata varios hechos, en los que fundamenta la falsedad ideológica de la Sentencia apelada, y solicita finalmente al Tribunal, se declare nula la misma, con expresa condenación en costas.

Que, los argumentos esgrimidos para pretender la nulidad pueden ser resueltos por la vía del recurso de apelación también interpuesto. Por otro lado, el recurrente en rigor jurídico, no ha fundado debidamente el recurso de nulidad, que está destinado únicamente a invalidar resoluciones judiciales afectadas por vicios de forma o por violación de solemnidades que prescriben las leyes, conforme lo dispone el Art. 404 del C.P.C. En este caso, el representante convencional de la actora, se limitó a formular una serie de manifestaciones que no guardan relación con la nulidad pretendida y en consecuencia corresponde desestimar el recurso de nulidad interpuesto. – Es mi voto. Conste.



A sus respectivos turnos planteada, el miembro preopinante Basilio D. Garcia ayala, prosiguió diciendo: El representante convencional de la parte actora, Abogado A. A. D., se alza contra la referida sentencia y al fundamentar este recurso en los términos del escrito de fs. 102/104 ya mencionado, expresa. "...Para el improbable caso, que V.E., no amerite la Nulidad para la Apelación, esgrimo, los mismos fundamentos, con costas, ya que el inferior, miente en el contenido de la sentencia y dejo de estudiar como corresponde, los testimonios, de mi parte como era su obligación y se lanza a decir "por culpa concurrente". Que es falso. Porque la única culpable, es la demandada, conforme los frondosos testimonios y otras pruebas, que hemos arrojado a estos autos. Como ser las fotografías, que no fueron redargüidos de falso y la nota del párroco, igual."

Finaliza en estos términos: "...Corresponde, pues, revocar "la culpa concurrente" y declarar, como única culpable a la demandada, con expresa condenación en las costas".

A fs. 115 de autos, obra el A.I. N° 859 de fecha 26 de noviembre de 2.008, dictado por este Tribunal, que resolvió: "... Dar por decaído el derecho que ha dejado de usar la Defensora Pública del Primer Turno de la Ciudad de Luque, Abogada M. C. R., por no haber presentado su escrito de contestación del traslado corridole, dentro del plazo de Ley, y en consecuencia.- Correr vista a la Señora Agente Fiscal interviniente.- Anotar, registrar y remitir un ejemplar a la Corte Suprema de Justicia."

Por su parte, la Agente Fiscal en lo Civil, Comercial y Laboral de la Jurisdicción de Luque, Abog. Betharram Argaña, contesta la vista en los términos del Dictamen N° 1737 de fecha 31 de diciembre de 2.008, expresando que la Sentencia recurrida se encuentra plenamente ajustada a derecho, aconsejando la confirmación de la misma, en todos sus términos.

Corresponde a este Preopinante establecer si la Sentencia recurrida se encuentra o no ajustada a derecho.

De las constancias de autos, surge que el principal agravio del apelante se centra en que la demanda de divorcio vincular promovido por su representado, Sr. P. O. P., contra la Sra. D. L. L., fue resuelta por culpa concurrente, agravándolo en el sentido de que el Juez de la causa no tuvo en cuenta las pruebas aportadas por su parte, para establecer la culpa exclusiva de la demandada.

Al analizar el expediente, y también la sentencia recurrida, se constata que el actor alega varias causales, como ser el atentado de su conyugue contra el mismo, la infidelidad de su esposa, Sra. D. L. L., así como la sevicia y los malos tratos que supuestamente padeció de parte de la misma. Dichas causales alegadas por el demandante se encuentran previstas en los incs. a); b); y c) del Art. 4 de la Ley No. 45/91.

Ahora bien, de las pruebas aportadas por el actor, se observa que el mismo no probó la causal prevista en el inc. "a" de la citada ley. Para esta Magistratura, esta causal debe ser previamente dilucidada en sede penal, por tratarse de una supuesta tentativa de homicidio por parte de la demandada, hecho que escapa del ámbito civil, conforme lo expresa claramente el Art. 26 del Código Civil. Por tanto, esta causal fue correctamente desestimada por el Juez Sentenciante.

En cuanto a la supuesta infidelidad de la demandada, como bien lo señala la Agente Fiscal en lo Civil, Comercial y laboral asignada de la Jurisdicción de Luque en su Dictamen N° 1737 de fecha 31 de Diciembre de 2.008, agregado a fs. 116 de autos, cuyo criterio

comparto plenamente, para demostrar esta causal se requiere de presunciones varias, graves, precisas y concordantes que en su conjunto, produzcan la certeza absoluta de haberse consumado el hecho.

En el caso en estudio, las pruebas producidas por el actor, poco o nada pudieron contribuir para demostrar esta causal. La toma fotográfica presentada en autos por la parte actora, en la que aparece la demandada en compañía de su supuesto amante, de nombre P. A. A., o el documentado obrante a fs. 5 de autos, en el que consta que el tal P. A. A., fue desvinculado de la capilla por una denuncia del actor, no prueban la causal invocada, por lo que también debe ser desestimada.

Con respecto a la sevicia, malos tratos e injurias graves, alegadas por la parte actora, existe en autos, un conjunto tanto de documentales como de testimonios que demuestren estos hechos, pero por ambas partes litigantes. Así mismo, quedo demostrado que el Sr. P. O. P., fue autor de malos tratos hacia su conyugue que desembocaron en su exclusión del hogar, conforme al expediente sobre violencia domestica obrante a fs. 18/50 de autos, que por ser un instrumento público, merece plena fe en juicio al no haber sido redargüido de falso.

En síntesis, del examen de estos autos surge claramente que en este juicio quedó demostrado que existen agresiones y ofensas mutuas, entre ambos conyugues, por lo que este Tribunal llega a la conclusión de que la sentencia apelada se encuentra ajustada a derecho al declarar el divorcio por culpa concurrente de las partes como lo dispuso correctamente el Juez en la sentencia recurrida, y en consecuencia corresponde si confirmación por este Tribunal.

En cuanto a las costas deben ser impuestas al apelante perdidoso, por el hecho objetivo de la derrota (Arts. 192 y 203 del C.P.C.).

Conforme a las constancias de autos, a las consideraciones que anteceden y a las disposiciones legales citadas, llego a las conclusiones expuestas en párrafos precedentes. Voto en el sentido expuesto en los mismos.

A sus respectivos turnos los miembros Gomez Frutos y Dr. Melgarejo Coronel manifiestan que se adhieren al voto precedente por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, previa lectura y ratificación de su contenido, firmado los Señores Miembros por ante mí la Secretaria Autorizante de que certifico quedando acordada la sentencia que sigue:

**RESUELVE:** Desestimar el recurso de nulidad. Confirmar la S.D. N° 662 de fecha 05 de noviembre de 2.007, dictada por el Juez de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Laboral de la ciudad de Luque, conforme a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. Imponer las costas al apelante perdidoso. Anotar, registrar y notificar.

*Miembros: Raul Gomez Frutos, Basilio D. Garcia Ayala y Dr. Eusebio Melgarejo Coronel. Ante mi: Federico Miller Tellechea. Actuario Judicial.*

## ACUERDO Y SENTENCIA N° 59

### **HIPOTECA.** Ejecución hipotecaria

Basta la presentación de títulos válidos que contengan sumas de dinero liquidas y exigibles, y a ello se debe sumar que desde ningún punto de vista ni por ningún motivo se puede

investigar la causa de la obligación, en razón de la naturaleza sumaria del juicio de ejecución hipotecaria, por lo que simplemente se verifican si los títulos presentados reúnen las condiciones para ser ejecutables.

**PRESCRIPCION.** Plazos para la prescripción

Para el cómputo de los plazos de prescripción, debe contarse a partir del momento en nace el derecho de exigir.

**PRESCRIPCION.** Interrupción de la prescripción

A partir de la notificación de la demanda, la prescripción queda interrumpida conforme lo dispone el art. 647 inc. a) del C.C. dado que con la interposición de la demanda no comienza la litis, solo se traba la litis una vez que sea notificada la misma.

**PRESCRIPCION.** Interrupción de la prescripción

En el caso, si bien es cierto que fueron anuladas las actuaciones, el hecho de haber iniciado esta demanda de ejecución hipotecaria y de haber notificado la misma, demuestra el interés del titular de reclamar su derecho, por lo que debe considerarse esta acción como interruptiva de la prescripción.

**JUICIO EJECUTIVO.** Título ejecutivo

Con la agregación de la escritura hipotecaria y los pagarés debidamente inscriptos en el Registro respectivo, el acreedor ha creado para sí un título complejo y hábil, porque la escritura sola del mutuo con la garantía simplemente hipotecaria, es formalmente inhábil como título ejecutivo cuando se ha documentado en pagarés y éstos no se acompaña con la escritura al incoarse la ejecución.

**JUICIO EJECUTIVO.** Título ejecutivo

La escritura hipotecaria, es sólo un accesorio del título principal, no siendo posible ejecutarla en forma autónoma, ya que la misma integra con los pagarés el título ejecutivo, por lo que de no haberse acompañado los pagarés respectivos quedaría expedita la vía para una excepción de inhabilidad de título.

**PRESCRIPCION.** Prescripción liberatoria.

La prescripción liberatoria es una figura autónoma de derecho que no reconoce justificativo alguno, solo debe observar si el tiempo ha transcurrido o no para las diversas actividades jurisdiccionales que contempla.

**COSTAS.** Costas al vencido

Las costas deben ser impuestas a la parte actora, en ambas instancias, teniendo en cuenta el principio general previsto en el art. 192 del CPC, que dispone que la parte vencida en el juicio deberá pagar todos los gastos de la contraria, aún cuando ésta no lo hubiere solicitado.

Trib. De Apel en lo Civ. Y Com. Quinta Sala.15-06-2009. “Maximiliano Sebastián Campana Mazza c. Ramón Centurión Manfredi y otros s/ Ejecución Hipotecaria”. (Ac. y Sent. N° 59)

Asunción, 15 de junio de 2009.

Cuestiones:

Es nula la sentencia apelada?

En su caso, se dicto conforme a derecho?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: Ynsfran Saldivar, Ortiz Pierpaoli y Nuñez.

A la primera cuestion el magistrado Ynsfran Saldivar dijo: Tanto la parte actora como la parte demanda han interpuesto este recurso. Por ello, corresponde analizar por separado los fundamentos esgrimidos por los mismos. En lo que respecta a las argumentaciones vertidas por el Abog. C. D. C.; en su escrito de memorial (fs. 185/186), no fundamenta este recurso, lo que implica la deserción tácita del recurso. En lo referente al Abog. A. M. C.s, éste en el escrito de agravios, (fs. 187/191), obvió argumentar el recurso en cuestión. No obstante lo apuntado, este Tribunal al analizar el fallo constató que el mismo no adolece de defectos que ameriten decretar la nulidad del mismo, debiendo, con respecto al Abog. Cesar Dominguez Castiglioni, tenérsele por desistido de este recurso y referente al otro nulicidente debe declararse desierto este recurso. Es mi voto.

A su turno el magistrado Fremiort Ortiz Pierpaoli dijo: Los recursos de nulidad interpuestos por los Abogados A. M. C. s por la parte demandada y C. D. C. por la parte actora, no fueron fundamentados en autos. Por lo demás, no se observan vicios, defectos, errores y omisiones graves de carácter procesal que hagan viable la declaración de nulidad de oficio de la sentencia en alzada, conforme lo disponen los Arts. 113 y 404 del Código Procesal Civil. En consecuencia los mismos deben ser declarados desiertos.

A su turno la magistrada Valentina Nuñez dijo: Que se adhiere a los votos precedentes por sus mismos fundamentos.

A la segunda cuestion el magistrado Ynsfran Saldivar dijo: La resolución apelada, por ambas partes, hizo lugar a la excepción de prescripción opuesta por el codemandado Ramón Centurión Manfredi; de igual manera hizo lugar parcialmente a la excepción de prescripción opuesta por las codemandadas Ana María Vera de Centurión, Jorge Eunice Centurión Manfredi y Celia Isabel Gauto de Centurión. Consecuentemente se llevó adelante la ejecución contra los citados codemandados por el monto de US\$ 148.143 (dolares americanos ciento cuarenta y ocho mil ciento cuarenta y tres), emitiendo el Juzgador los fundamentos en el Considerando que se encuentra agregado a fs. 177/178.-

El Abogado C. D. C., en el escrito de expresión de agravios, acota o emite su parecer, de manera general, sobre la resolución apelada exponiendo que le agravia la resolución ya que ha notificado a todos los demandados en la misma fecha del inicio de la demanda, por lo que no existe motivo alguno para que el demandado Ramón Centurión Manfredi sea desvinculado de este juicio. La apelante, en síntesis formula una apretada síntesis sobre lo manifestado en la resolución dictada por la inferior.

Atendiendo a los términos contenidos en el referido escrito, corresponde referirnos al escrito de expresión de agravios. Este debe ser concreto y preciso, debe contar con fundamentos que categóricamente inclinen al juzgador a considerar validos los agravios,

para lograr revocar la resolución recurrida. Una expresión de agravios vaga y abstracta indicando que la resolución debe ser revocada, no puede ser considerada con fundamentos legales, y no tiene fuerza para lograr el cometido que es de trascendental importancia, modificar lo ya resuelto por la inferior.-

Teniendo en cuenta lo expuesto, consideramos que los fundamentos expresados en el escrito de memorial, por parte de la apelante, resultan inadecuados para las pretensiones del apelante. En base a lo apuntado, debemos aplicar lo que estatuye el Art. 419 del C.P.C., y corresponde declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por el Abogado C. D. C.

En lo pertinente al recurso de apelación interpuesto por el Abogado Alberto Mendoza Cuevas, tenemos que éste indica que la sentencia apelada resulta totalmente contradictoria ya que en relación a un demandado hace lugar a la excepción de prescripción y con respecto a los demás codemandados solo lo hace parcialmente. Indica el apelante que en dicho fallo la inferior ha manifestado que la nulidad de actuaciones declarada en autos, solo beneficia al demandado Ramón Centurión Manfredi. Sin embargo, al ser declarada nula la cédula de notificación se tiene a este acto como inexistente y, como consecuencia de ello, los demandados fueron notificados de la primera providencia cuando los instrumentos crediticios ya habían prescrito. Prosigue diciendo el recurrente que dadas estas circunstancias indicadas, la excepción de prescripción también beneficia a sus representados, codemandados en autos, por lo que debe revocarse la sentencia y hacer lugar a la prescripción.

La otra parte, al contestar el traslado, rebate los argumentos dados por el apelante y por las razones emitidas en su escrito solicita la confirmación del fallo, por lo que esta Magistratura procederá a analizar los fundamentos del fallo dictado en la instancia inferior.

Realizando las reflexiones referentes a la procedencia del juicio ejecutivo, es sabido que basta la presentación de títulos válidos que contengan sumas de dinero líquidas y exigibles, y a ello se debe sumar que desde ningún punto de vista ni por ningún motivo se puede investigar la causa de la obligación, en razón de la naturaleza sumaria de este juicio, por lo que simplemente se verifican si los títulos presentados reúnen las condiciones para ser ejecutables. Se tiene entonces que procesalmente al demandado se le confiere la posibilidad de oponer excepciones con el objetivo de precautelar su derecho. Las excepciones permitidas por la ley se hallan legisladas en el Art. 462 del CPC, y una de ellas es la de prescripción (Art. 462 inc E del Código Procesal), interpuesta en esta causa.

El Código Civil, legisla sobre la prescripción de la acción, indicando los plazos específicos para todos los supuestos en los cuales prescriben los derechos. Ello es así pues tiene como fin de evitar juicios que no se extingan por el transcurso del tiempo y asegurar que la prescripción quede operada una vez vayan los plazos. Para determinar si se produjo el transcurso de los plazos es menester que el juzgador haga ciertos cálculos a fin de corroborar si se encuentran vencidos los mismos. Es una operación aritmética con lo cual se determina si la acción sigue vigente o si ya prescribió. Para el cómputo de los plazos de prescripción, debe de contarse a partir del momento en que nace el derecho de exigir.

La jurisprudencia de nuestros tribunales, se ha referido a este instituto, indicando lo siguiente: *“El plazo de la prescripción debe empezar a contarse a partir del momento en que nació el derecho a exigir o de accionar”*. (LLP, 1999-1107) *“La prescripción tiene su fundamento en el interés público que quiere la extinción del derecho al cabo de cierto*

*tiempo durante el cual el acreedor no ha exigido su pago ni demostrado interés en la cobranza.” ( LLP-1991, 351) “La simple interposición de la demanda no interrumpe el curso de la prescripción, sino que la demanda debe estar notificada al deudor para que produzca tal efecto, de conformidad con el art. 647 inc. a) del Cód. Civil.” (LLP, 1999-1263).*

Asimismo, el Código Civil en el Art. 633 dispone: *“Todo aquél que estuviere obligado al cumplimiento de un hecho o abstenerse de él, podrá eximirse de su obligación fundado en el transcurso del tiempo, conforme con las disposiciones de este Código. No están sometidos a prescripción extintiva los derechos derivados de las relaciones de familia.”* A su vez el Art. 647 indica: *“La prescripción se interrumpe: a) por demanda notificada al deudor, aunque ella haya sido entablada ante juez incompetente...”*. El Art. 661 del C.C. dispone: *“Prescriben por cuatro años, las acciones: ....c) provenientes de cualquier instrumentos endosable o al portador, salvo las disposiciones de leyes especiales. El plazo comienza a correr, en los títulos a la vista, desde la fecha de su emisión, y en aquellos a plazo, desde su vencimiento”*.

Este Tribunal de Apelación para realizar el cómputo debe examinar si el A-quo partió de la fecha correcta lo que llevará a determinar y expedir si caducó o no para reclamar o intentar la acción y en su caso decretar la prescripción liberatoria.

Al respecto, consta en autos que las actuaciones de autos fueron anuladas, pero ésta tuvo el efecto de interrumpir la prescripción, pues demostraron la intención de la actora de reclamar el crédito, habiendo notificado a la demandada la misma. En el Considerando del fallo, la inferior expresa que la nulidad decretada en autos solo beneficia al codemandado Ramón Centurión Manfredi y claramente su obligación se encuentra prescripta. En cuanto a los codemandados considera la inferior que respecto a los pagares de fs. 31 y 32 suscriptos por los mismo, no se hallan prescriptos, y por ello ordenó llevar adelante la ejecución por la suma de US\$ 148.143 (dolares americanos ciento cuarenta y ocho mil ciento cuarenta y tres). (ver fs. 177/178).

Esta Magistratura entiende que la determinación de la A-quo es correcta, pues a partir de la notificación de la demanda, la prescripción queda interrumpida conforme lo dispone el Cód. Civil en el Art. 647 inc. a), dado que con la interposición de la demanda no comienza la litis, solo se traba la litis una vez que sea notificada la misma. Por otra parte, si bien es cierto que en autos fueron anuladas las actuaciones, el hecho de haber iniciado esta demanda y de haber notificado la misma, demuestra el interés del titular de reclamar su derecho, por lo que debe considerarse esta acción como interruptiva de la prescripción.-

En base a las explicitaciones dadas líneas arriba, corresponde la confirmación del fallo, con costas, a la parte perdedora. Es mi voto.

A sus turnos el magistrado Fremiort Ortiz Pierpaoli dijo: agravia a los apelantes la sentencia dictada en autos que resolvió “Hacer lugar, con costas, a la excepción de prescripción opuesta por el codemandado Ramon Centurion Manfredi (fs. 103/106) de conformidad a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. Hacer lugar, parcialmente, con costas, a la excepción de prescripción opuesta por los codemandados Ana Maria Vera de Centurion, Jorge Eunice Centurion Manfredi y Celia Isabel Gauto de Centurion (fs. 125/128), de conformidad a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. Llevar adelante, con costas, la presente ejecución que

promueve Maximiliano Sebastian Campana Mazza contra Ana Maria Vera de Centurion, Jorge Eunice Centurion Manfredi y Celia Isabel Gauto de Centurion, hasta que el acreedor se haga integro cobro del capital reclamado en dólares americanos ciento cuarenta y ocho mil ciento cuarenta y tres ( us\$ 148.143), mas intereses, costos y costas”.

Sostiene el representante de la parte actora, Abogado Cesar Dominguez Castiglioni, en su memorial de fs. 185 y sgtes., luego de transcribir la parte resolutive de la sentencia en estudio, que “...*todos los demandados fueron notificados de la demanda en fecha 21 de marzo del año 2002, conforme a la cédula de notificación obrante a fs. 37 de autos, así como también el mandamiento de intimación de pago fue librado en el mismo domicilio y diligenciado convenientemente, conforme al acta labrado a fs. 55, sin haber sido impugnado de nulidad el mandamiento de intimación por el demandado Ramon Centurion Manfredi de la presente acción...*”. Agrega después que el citado demandado, con la cédula de notificación agregada a fs. 37 de autos, de fecha 21 de marzo del 2006, contestó la presente demanda e interpuso todo tipo de defensas procesales, por haber cumplido dicha cédula todos sus efectos”.

En base a tales fundamentos, pide a este Tribunal la revocatoria de la sentencia recurrida, en la parte que hace lugar a la Excepción de Prescripción opuesta por el demandado Ramón Centurión Manfredi.

Corrido traslado a la parte demandada el memorial arriba citado, ésta contestó en tiempo hábil, en los términos del escrito agregado a fs. 190 de autos, negando los extremos sostenidos por el recurrente y al mismo tiempo solicitando se declare desierto el recurso, por no reunir los requisitos establecidos por el Art. 419 del Código Procesal Civil.-

Analizando el recurso deducido por la parte actora, se observa que efectivamente el memorial presentado por su parte, no cumple con los requisitos previstos por el Art. 419 del Código Ritual, que establece la forma que debe llenar el escrito de expresión de agravios para ser considerado como tal, al disponer que “*El recurrente hará el análisis razonado de la Resolución y expondrá los motivos que tiene para considerarla injusta o viciada. No llenándose estos requisitos, se declarará desierto el recurso*”.

En idéntico sentido la jurisprudencia constante y uniforme de nuestros tribunales ha resuelto que “*Dentro de la técnica jurídica se entiende por expresión de agravios, el escrito en el cual el apelante examina los fundamentos de la sentencia y concreta los errores que a su juicio ella contiene, de los cuales derivan los agravios que reclama. La expresión de agravios no es una simple formula carente de sentido, sino un análisis razonado de la sentencia, punto por punto, y una demostración de los motivos que se tienen para considerar que ella es errónea.*” (Alsina y Código Procesal Civil, con Repertorio de Jurisprudencia de Ricardo A. Pane, No. 791, página 275). Además “*La expresión de agravios debe puntualizar los errores imputados al sentenciante, concretamente, en cada caso, los motivos por los cuales se considera equivocada la Resolución.*” (Idem obra, pagina 275, No. 792). En estas condiciones no existe otra alternativa que la de declarar desierto el recurso interpuesto por el Abogado C. D. C. contra la Resolución apelada, como acertadamente sostiene el Dr. Linneo Ynsfran Saldivar en el voto que precede.-

El otro recurrente, Abogado A. M. C., fundamenta su memorial en los términos relacionados en el escrito agregado a fs. 187 y sgtes., en forma específica contra el numeral 3 de la resolución recurrida, que resolvió llevar adelante, con costas, la presente ejecución

contra los demandados Ana María Vera de Centurión, Jorge Eunice Centurión Manfredi y Celia Isabel Gauto de Centurión, hasta que el acreedor haga íntegro cobro del capital reclamado de Ciento Cuarenta y Ocho mil Ciento Cuarenta y Tres Dólares Americanos (US\$ 148.143), más intereses, costos y costas del juicio.-

En efecto, sostiene el recurrente en el citado memorial que el fallo dictado por la inferior es contradictorio en el sentido que la misma ha resuelto por un lado, hacer lugar, con costas, a la Excepción de Prescripción opuesta por el codemandado Ramon Centurion Manfredi. También hace lugar parcialmente a la Excepción de prescripción opuesta por los demás demandados, Ana María Vera de Centurión, Jorge Eunice Centurión Manfredi y Celia Isabel Gauto de Centurión, pero que contradictoriamente también en el apartado tercero de la misma sentencia, resuelve llevar adelante la presente ejecución por dos de los pagarés que anteriormente ya se encontraban prescriptos en relación a los últimos codemandados, como son los instrumentos agregados a fs. 31 y 32.

Entiende el recurrente que la circunstancia jurídica que marca la diferencia entre el razonamiento que otorga la prescripción a favor de uno y deniega en relación a los otros, es el incidente de nulidad de actuaciones promovido por el mismo, porque lo que se resolvió en el incidente fue la nulidad de la cédula de notificación agregada a fs. 37 de autos, al afirmar que dicha nulidad solo beneficia al que promovió el incidente, es decir, al Sr. Ramón Centurión Manfredi y no a los demás accionados.

Sobre este hecho desarrolla su presupuesto procesal y termina solicitando la revocatoria de la sentencia recurrida solamente en el numeral 3 de la misma, porque los numerales 1 y 2, están ajustados a derecho.

Corrido traslado del mismo memorial al representante de la parte demandante, éste contestó en tiempo hábil, en los términos del escrito agregado a fs. 195 y sgtes., sosteniendo entre otras cosas que *“Efectivamente los pagarés obrantes a fs. 16 a 30 de autos, se hallan prescritos, no así los obrantes a fs. 31 y 32, que alcanza la suma de 148.143 Dólares Americanos, mas sus intereses, costos y costas del juicio”*, así como que la cédula de notificación anulada a fs. 37, solamente tiene nulidad relativa y no absoluta como pretende el recurrente, en el sentido que la nulidad solo beneficia al que promovió el incidente de nulidad. Por tanto solicita la confirmación, con costas, del numeral 3 de la resolución en alzada.

Analizando las actuaciones de autos, tenemos que observando el escrito de promoción de demanda agregado a fs. 33, se advierte que la presente acción fue promovida por el Sr. Maximiliano Sebastián Campana Mazza, contra los Sres. Ramón Centurión Manfredi, Ana María Vera de Centurión, Jorge Eunice Centurión Manfredi y Celia Isabel Gauto de Centurión, por ejecución hipotecaria, conforme a los términos de la Escritura Publica No. 103, de fecha 10 de noviembre del año 2000, pasada ante el Escribano Público P. D. V.C., como consta a fs. 33 de autos. En dicha Escritura Pública se ha instrumentado un contrato de préstamo con garantía hipotecaria por la suma de 191.703 Dólares Americanos, más intereses del 24% anual, pagaderos en 16 cuotas iguales, mensual y consecutivas de 2.904 Dólares Americanos con vencimientos escalonados a partir del 21 de diciembre del año 2000 hasta el 21 de marzo del año 2002, y una cuota de 145.239 Dólares, con vencimiento también al 21 de Marzo del año 2002. En garantía del crédito acordado, los prestatarios han gravado con derecho real de hipoteca de primer rango, a favor del acreedor el inmueble



individualizado como Finca N° 2797, con Cta. Cte. Ctral. N° 10-0140-14, inscrita en la Dirección General de los Registros Públicos bajo el N° 7, al folio 18 y sgtes., del 5 de noviembre de 1996, en sus respectivas proporciones indivisas.

Con la agregación de la escritura hipotecaria y los pagarés debidamente inscritos en el Registro respectivo, el acreedor ha creado para sí un título complejo y hábil, porque la escritura sola del mutuo con la garantía simplemente hipotecaria, es formalmente inhábil como título ejecutivo cuando se ha documentado en pagarés y éstos no se acompañan con la escritura al incoarse la ejecución. Porque, la escritura hipotecaria, es sólo un accesorio del título principal, no siendo posible ejecutarla en forma autónoma, ya que la misma integra con los pagarés, el título ejecutivo por lo que de no haberse acompañado los pagarés respectivos quedaría expedita la vía para una excepción de inhabilidad de título, que no es nuestro caso, por cuanto en el sub-examine lo que se planteó es la excepción de prescripción de los pagarés, cuyo pago se reclama en la presente acción.

Asimismo, tenemos que fs. 38 de autos, el demandado Ramon Centurion Manfredi, al solicitar su intervención en el presente juicio, a mas de otras diligencias promovió el incidente de nulidad de actuaciones por los fundamentos expuestos en el mismo, que previo cumplimiento de los trámites procesales, fue resuelto por A.I.N° 1608, de fecha 9 de noviembre del año 2006, haciéndose lugar al incidente, declarando nulas las actuaciones cumplidas a partir de la cédula de notificación agregada a fs. 37 de autos. Recurrido el mismo por el representante de la parte actora, este Tribunal desestimó el recurso de nulidad deducido contra la resolución citada, así como declaró desierto el recurso de apelación también interpuesto.

A fs. 103 y sgtes., el Abogado Alberto Mendoza Cuevas, en representación del demandado Ramon Centurion Manfredi, así como a fs. 125, por los demandados Ana María Vera de Centurión, Jorge Eunice Centurión Manfredi y Celia Isabel Gauto de Centurión, dedujo Excepción de Prescripción contra el progreso de la presente ejecución, conforme a lo dispuesto en el Art. 504 del Código Procesal Civil que establece que en la ejecución hipotecaria podrán oponerse las excepciones autorizadas por los incisos a),b),c),d) y e) del Art. 462 del mismo cuerpo legal, entre las que se encuentran la Excepción de Prescripción (Inc. e). En el caso de autos el crédito cuyo pago es reclamado en el presente juicio, se halla instrumentado en pagarés, que fueron librados con fechas de vencimientos a partir del día 21 de diciembre del año 2000, en forma sucesiva y escalonada, resultando que a partir de la deducción de la citada excepción del 13 de mayo de 2008 (cargo fs. 106) dichos pagarés ya se hallaban prescriptos, por haberlos reclamado el actor, fuera del plazo que tenía para hacerlo.-

En efecto, el Art. 657 del Código Civil, dispone que *“La prescripción extintiva, se produce por la inacción del titular del derecho, durante el tiempo establecido por la ley.”* El Art. 651 del mismo cuerpo legal igualmente expresa que *“Prescriben por 4 años, las acciones que provienen de cualquier instrumento endosable o al portador, salvo disposición de leyes especiales. El plazo comienza a correr, en los títulos a la vista, desde la fecha de su emisión, y en aquellos a plazo, desde su vencimiento”*. Asimismo, el Art. 635, preceptua que *“La prescripción comienza a correr desde el momento que nace el derecho a exigir...”*. En estas condiciones, los pagarés agregados de fs. 16 a 32 inclusive, fueron librados todos con fechas de vencimientos por lo que el plazo para la prescripción de

los mismos, corren desde esas fechas, conforme al Art. 661 Inc. c) última parte. Esto resulta así, porque teniendo en cuenta que la cédula de notificación agregada a fs. 37, fue declarada nula por el propio Juzgado, confirmada por este Tribunal, e inclusive rechazada una acción de inconstitucionalidad promovida ante la Corte Suprema de Justicia, con las que se tiene que la fecha de iniciación del presente juicio, se prolongó más allá de la fecha que eventualmente podría tenerse como fecha de iniciación del presente juicio, dado que la cédula de notificación fue declarada nula, surtiendo todos sus efectos legales esta nulidad, en cuanto a la fecha de promoción de la presente acción, que hizo que el plazo para el cómputo de la prescripción de los pagarés presentados en autos, se prolongara más allá del plazo establecido hasta exceder los 4 años que el actor tenía para pedir la ejecución de los mismos.

El hecho de que el demandante fue procesado por una causa penal denunciada en autos, no guarda relación alguna que justifique la iniciación tardía de la ejecución de los documentos agregados a estos autos. La prescripción liberatoria es una figura autónoma de derecho que no reconoce justificativo alguno. Solo debe observar si el tiempo ha transcurrido o no para las diversas actividades jurisdiccionales que contempla.

Respecto a la interpretación de la prescripción señalada por la inferior en la sentencia en alzada, relativa a los pagarés de fs. 31 y 32, carece de sustento jurídico, por cuanto el Art. 647 Inc a) del Código Civil, citada por la misma, establece que la prescripción se interrumpe *“Por demanda notificada al deudor, aunque ella haya sido entablada ante juez incompetente...”*. Esta disposición, no guarda relación alguna con el caso planteado en autos. En efecto, si bien esta acción fue promovida en fecha 15 de marzo de 2006 (ver cargo fs 35), antes del vencimiento del plazo establecido en los citados instrumentos que vencían el 21 de marzo del mismo año, las actuaciones cumplidas en fecha 21 de marzo del año 2006, correspondiente a la primera providencia dictada por el Juzgado, contenida específicamente en la cédula de notificación de fs 37, fueron anuladas por el Juzgado, confirmada por esta Sala y ratificada por una acción de inconstitucionalidad de la Corte Suprema de Justicia, surgiendo como primera consecuencia que la citada fecha de la primera providencia fue dejada sin efecto, ya que por nulidad decretada las diligencias cumplidas por la cédula de notificación de fs 37, debe ser considerada como inexistente al acto que dio comienzo a la presente prescripción, ya fue operada la prescripción de todos los pagarés presentados en autos para su cobro. En estas condiciones, resulta clarísima que la cédula de notificación de fs 37, carece de valor y sustento jurídico, porque lo nulo es inexistente para el universo del presente proceso, no pudiendo otorgársele ningún valor jurídico. Esta referencia adquiere importancia capital, sobre todo teniendo en cuenta los pagarés de fs. 31 y 32, habiendo prescrito en consecuencia, todos los pagarés presentados en autos, como lo reconoce el mismo Abogado de la parte actora, respecto de los documentos agregados a fs. 16 a 30.-

En consecuencia surge como corolario de la nulidad de la cédula de notificación de fs 37, que los accionados fueron notificados por primera vez conforme a las cédulas de fs. 115/120 de fechas 29 de mayo de 2008, las que deben ser tenidas en cuenta para el cómputo del plazo para oponer la excepción de prescripción. Es decir, que con este razonamiento lógico la interpretación correcta para efectuar el cómputo para la prescripción resulta del 21 de marzo del 2002 fecha de vencimiento de los documentos del que empezó a correr el

cómputo, al 29 de mayo del año 2008, fecha de iniciación de este juicio, los pagarés cuyos pagos son reclamados en autos han prescrito, por el transcurso de los 4 años previstos en el Código Civil.

Por otro lado, siempre observando los pagarés presentados en autos, se advierte que los mismos fueron firmados por los cuatro demandados, a favor de un solo acreedor. En estos casos, el maestro Hugo Alsina, en su libro de Derecho Procesal Civil y Comercial, en la pagina 22 del tomo I, en la parte general, sostiene que *“En el caso que varias personas actúen en la posición de actores, o que el actor litigue ante varios demandados, los que ocupan una misma posición en el proceso, se encuentran en estado de litisconsorcio, del cual derivan diversas situaciones procesales que varían según las circunstancias. Pueden haber así, varios actores ante un solo demandado (litisconsorcio activo), o un actor ante varios demandados (litisconsorcio pasivo) o varios actores frente a varios demandados (litisconsorcio mutuo)”*.

En el caso de autos, no hay dudas que estamos frente a una situación de Litisconsorcio pasivo ya que el Sr. Maximiliano Sebastián Campana Mazza es el único acreedor de las cuatro accionados, firmantes en los mismos pagarés. En consecuencia, en la relación así formada, en el caso de autos, existe solidaridad entre todos los demandados, razón por la que la relación entre actor y demandados debe regirse de acuerdo a lo previsto en el Código Civil, por las reglas de las obligaciones solidarias.

En este sentido, el Art. 508 del mismo cuerpo legal define las obligaciones de este carácter al decir que *“La obligación es solidaria cuando todos los deudores están, en virtud de un título, obligados a pagara la misma prestación, de modo que cada uno puede ser constreñido al cumplimiento de la totalidad del objeto de ella, y el cumplimiento de parte de cada uno, libera a los otros...”*.

En estas condiciones, la jurisprudencia constante y uniforme de nuestros tribunales, ha resuelto en varias oportunidades que *“...como la prescripción se refiere a que el titular perdió la acción por falta de ejercicio de la misma en tiempo oportuno, la decisión al respecto es beneficiosa parta todos los litisconsortes, la hayan o no opuesto (la prescripción)...”*. Asimismo, ha resuelto también que *“Por lo demás, al resolverse la prescripción, queda entendido que la misma se refiere ala acción del actor, ésta beneficia a todos los codemandados, resultando innecesario estudiar el fondo de la demanda...”*. Por otro lado, también se ha declarado que en caso de litisconsorcio necesario –como en el caso que nos ocupa por la naturaleza de los documentos firmados– *“en tal tipo de relaciones de carácter procesal, se da lo que en Derecho Procesal se llama el efecto Reflejo de las Defensas opuesta por uno de los litis consortes, que puede beneficiar a los otros. Y ello resulta lógico, porque si el litisconsorcio es necesario y el fallo solo puede ser pronunciado eficazmente respecto de todos los sujetos en forma unitaria o única, es imposible admitir la acción respecto de unos y rechazarla respecto de otros, salvo que se decida que alguno de ellos no tenga legitimación activa o pasiva y que por ende, no integre el litisconsorcio”*. (Ac. y Sent. No. 7, del 26 de febrero del 2007, Trib.Ap. 3ª.Sala. Repertorio Jurisprudencia “La Ley”, tomo 2007, página 499 y sgtes.).

Como se puede observar, las jurisprudencias arriba citadas, así como la disposición legal que regula las obligaciones solidarias, no permiten que las resoluciones judiciales dictadas por el Organo Jurisdiccional, sean fragmentadas haciendo lugar a favor de un litisconsorte y

contra de otros, siendo partes del mismo proceso y en la misma sentencia, porque el carácter de la solidaridad de las obligaciones, no permiten la separación de unos y la admisión para otros, siendo las sentencias dictas en consecuencia de carácter contradictorias.

Respecto a la imposición de las costas, las mismas deben ser impuestas a la parte actora, en ambas instancias, teniendo en cuenta el principio general previsto en el Art. 192 del Código Procesal Civil, que dispone que la parte vencida en el juicio deberá pagar todos los gastos de la contraria, aún cuando ésta no lo hubiere solicitado.

En estas condiciones, se desvirtúan totalmente los fundamentos del Juzgado al resolver el numeral 3 de la sentencia recurrida, llevar adelante la ejecución, con costas, contra los demandados Ana María Vera de Centurión, Jorge Eunice Centurión Manfredi y Celia Isabel Gauto de Centurión, hasta que el acreedor se haga íntegro pago de la suma de 148.143 Dólares Americanos, más intereses, costos y costas del juicio.

En consecuencia, atento a lo brevemente expuesto, soy del criterio que la sentencia en alzada debe ser revocada en forma parcial, es decir, en el numeral dos y tres de la misma, y confirmar los numerales uno y dos por los fundamentos expuestos en la forma antecedente.

A su turno la magistrada Valentina Nuñez dijo: que se adhiere al voto emitido por el Dr. Fremiort Ortiz Pierpaoli, por sus mismos fundamentos.-

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Señores Miembros de conformidad, todo por ante mi que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue de inmediato.

**RESUELVE** : Declarar desiertos, los recursos de nulidad interpuestos en autos por los Abogados C. D. C.y A. M. Cs. Declarar desierto, el recurso de apelación interpuesto por el Abogado C D C por las razones dadas en este fallo. Confirmar, al apartado primero de la S.D. N° 863, de fecha 27 de octubre de 2008, dictada por el Juzgado en lo Civil y Comercial del Primer turno; y, Revocar el apartado segundo, debiendo Hacerse lugar a la excepción de prescripción planteada por los codemandados Ana María Vera de Centurión, Jorge Eunice Centurión Manfredi y Celia Isabel Gauto de Centurión, así como también Revocar el apartado tercero, de la misma sentencia, que dispone llevar adelante la ejecución contra las citadas personas, por los fundamentos indicados en el exordio del presente Acuerdo y Sentencia. Imponer, las costas, en ambas instancias a la parte perdedora. Anotar, registrar y remitir copia a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

*Miembros: Fremiort Ortiz Pierpaoli, Linneo Ynsfran Saldivar y Valentina Nuñez. Ante mi: Federico Miller Tellechea. Actuario Judicial.*

## ACUERDO Y SENTENCIA N° 87

### **EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS**

La exceptio de non adimpliti contractus tiene su razón de ser en la tutela de la paridad en la conclusión del contrato y la parte que opone la exceptio de non adimpliti contractus por ese mismo principio de paridad también debe ofrecer cumplir su parte, para reclamar la reducción del precio por las deficiencias.

**EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS**

En el caso, la construcción de la vivienda está concluida por parte de la actora y la objeción es la calidad de la obra, con al exceptio planteada no fue acompañada de una demanda reconvenzional de reducción de precio, entonces debe pagarse el precio convenido y no puede disponerse hacer lugar a la exceptio de non adimpliti contractus sin provocar un enriquecimiento indebido para la parte demandada que ya está viviendo en la casa construida.

Trib. De Apel en lo Civ. Y Com. Quinta Sala. 31-07-2009. “José Oscar Peña c. José Anuel Rojas s. Cumplimiento de contrato”. (Ac. y Sent. N° 87)

Asunción, 31 de Julio de 2009.

Cuestiones:

¿Es nula la sentencia apelada?

¿Se dictó esta conforme a derecho?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: Carmelo A. Castiglioni, Fremiort Ortiz Pierpaoli y Linneo Ynsfran Saldívar.

A la primera cuestion planteada el Dr. Carmelo A. Castiglioni, dijo: El recurso de nulidad interpuesto contra la S.D. N° 827 de fecha 17 de octubre de 2008, no fue sostenido ante esta Alzada con el argumento correspondiente, por lo que al no constatarse vicio alguno que amerite la nulidad de oficio, corresponde declarar desierto el recurso de nulidad. Es mi voto.

A sus turnos los Magistrados Fremiort Ortiz Pierpaoli y Linneo Ynsfran Saldívar, manifestaron adherirse al voto precedente, por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestion planteada el Dr. Carmelo A. Castiglioni, prosiguió diciendo: El recurso de apelación fue interpuesto contra la S.D. N° 827 de fecha 17 de octubre de 2008, por la cual se rechaza la excepción de falta de acción y hace lugar parcialmente a la excepción de pago opuesta por la parte demandada y admite parcialmente a la demanda por cumplimiento de contrato e impone las costas en la proporción del éxito de cada una.

La parte apelante se agravia al ser rechazada la excepción de exceptio de non adimpliti contractus, y admitirse parcialmente a la demanda por cumplimiento de contrato y condena al pago de una suma de dinero.-

La parte apelante arguye que no se tuvieron en cuenta las pruebas testificales que demuestran el incumplimiento del contrato. Sobre el punto cabe señalar que el valor de las testificales para demostrar si se hizo o no hizo la vivienda es de ningún valor, como tampoco lo es para demostrar la deficiencia de la obra.

El contrato es una locación de obras por el cual la parte actora ha construido una vivienda familiar para el demandado, pero este arguye el incumplimiento del contrato entre otros agravios y expone que el garaje no tiene la orientación que se le había solicitado y que los materiales utilizados no son los mejores y que faltan vidrios a algunas ventanas. En el contrato no se previó la orientación del garaje y sobre la calidad de los materiales utilizados tampoco hubo previsión contractual.

La exceptio de non adimpliti contractus esta previsto en el Art. 719 del C.C.. Que la defensa de la parte demandada se basa en el incumplimiento del contrato por parte de la actora, quien pretende cobrar por el trabajo que dice terminado.

El apelante funda su agravio en que no fueron tenidas en cuenta las testificales que demuestran su tesitura, en el sentido de que no se terminó la obra, o que es culpable porque se realizó en forma deficiente.

El demandado no opuso una demanda reconventional, solo alegó el incumplimiento contractual y las pruebas testificales que alega el apelante son inconducentes y no resuelven el caso, como si lo son las pruebas de pericia de los arquitectos.

La prueba determinante y decisiva son las pericias realizadas en autos.

La cuestión que debe resolverse es si el demandante incumplió con su parte en el contrato, porque o ¿no hizo la vivienda o lo hizo deficientemente?. Todos los peritos concluyen que la obra se realizó, la única cuestión es si se realizó de una forma deficiente y que tenga la entidad para justificar la obra como no está terminada.

En primer lugar, cabe apuntar que las fotografías de la vivienda objeto de la litis, obrante a fojas 142 en adelante, demuestran por los muebles existentes en el mismo, por las ropas colgando del tendedero, por las cosas cotidianas de una casa, como el triciclo de los niños o la garrafa de gas, de que la vivienda, cuyo precio se reclama, se está habitando, lo cual se confirma con las aseveraciones de los peritos, de que existe la vivienda cuya construcción fue contratada, y que son ciertas. La prueba pericial prevalece sobre las pruebas testificales porque nos demuestra que la vivienda comprometida ya está concluida y, que está habitada. El único punto a estudiar es si la calidad de la obra amerita que se lo tenga por no concluida, condición sine quanon para hacer atendible la exceptio de non adimpleti contractus.

Todos los peritos concluyen de que, la obra está terminada a excepción del lavadero exterior pero este reviste escasa importancia en los términos del Art. 724 del C.C.

El perito Sebastián Martínez Cabrera a fojas 1301 informa con relación a la construcción realizada y el contrato, concluye de que existe la vivienda contratada y que la calidad de la misma es medianamente regular. Sólo objeta la orientación de la cochera pero justifica que la construcción es utilizada como galería. La conclusión de este perito se resume en lo siguiente: *“el tipo de construcción corresponde a una calidad medianamente regular”*. Respecto de la fisura este perito atribuye a la deficiente cimentación.

El perito Juan Gerardo González Ladalaro (fs. 156/161) concluye también que la obra fue concluida y al punto tercero del cuestionario responde “el tipo de construcción teniendo en cuenta la época de su realización (8 años), nivel de materiales, superficie, es relativamente buena”. Respecto de las fisuras dice que *“La aparición de ciertos vicios como fisuras presumiblemente recientes no es determinante que la construcción fue hecha con defectos a lo que puede presumir (...) son las vibraciones que se producen por los vehículos”*.

El perito Arq. Oscar Acosta a fojas 183, respecto de la calidad de la obra realizada, no lo califica pero dice que se observan fisuras a partir de vicios constructivos atribuible a la deficiencia en el envarillado o encadenado de la obra y falla o trabazón en la mampostería”. El envarillado o encadenado no fue objeto del contrato.-

Todos los peritos están de acuerdo que la vivienda contratada fue concluida solo el perito Acosta tiene una conclusión desfavorable para la parte demandante en cuanto a las fisuras pero la razón que da es la falta de envarillado o encadenado del cimiento, que no fue objeto del contrato. Pero, por otra parte es de notar que el contrato no tuvo un plano adjunto

al contrato, por tanto la orientación de la cochera o galería tampoco es determinante. En cuanto a la cimentación (cimiento) el contrato sólo dice que “debe ser de piedra bruta sobre la cual ira una mampostería de ladrillo común”. Otro factor es que la pericia se realizó ocho años después, lo cual implica un desgaste natural. No puede atribuírse al constructor las fisuras al no saberse si la responsabilidad es del constructor o es de medio ambiente donde fue construido.

Conforme a estas pruebas, no cabe aplicar la exceptio de non adimpleti contractus por no ser determinante las deficiencias alegadas como para tener por incumplida la prestación por parte de la actora. La exceptio de non adimpliti contractus tiene su razón de ser en la tutela de la paridad en la conclusión del contrato y la parte que opone la exceptio de non adimpliti contractus por ese mismo principio de paridad también debe ofrecer cumplir su parte, para reclamar la reducción del precio por las deficiencias. Pero, en este caso, la construcción de la vivienda está concluida por parte de la actora y la objeción es la calidad de la obra con la exceptio planteada no fue acompañado de una demanda reconventional reducción de precio, entonces debe pagarse el precio convenido. No se contra demando por reducción del precio por los defectos señalados y no puede disponerse hacer lugar a la exceptio de non adimpliti contractus sin provocar un enriquecimiento indebido para la parte demandada que ya está viviendo en la casa construida, por lo tanto, solo cabe confirmar la S.D. N° 827 de fecha 17 de octubre de 2008. Las costas al apelante. Es mi voto.

A sus turnos los Magistrados Fremiort Ortiz Pierpaoli y Linneo Ynsfran Saldívar, manifestaron adherirse al voto precedente, por los mismos fundamentos.-

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Señores Miembros de conformidad, todo por ante mí de que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue de inmediato.

**RESUELVE:** Declarar desierto, el recurso de nulidad. Confirmar, con costas, a la parte apelante, la S.D. N° 827 de fecha 17 de octubre de 2008, por las razones y fundamentos señalados en el exordio de la presente resolución. Anotar, registrar, notificar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.-

*Miembros: Carmelo A. Castiglioni, Linneo Ynsfran Saldívar y Fremiort Ortiz Pierpaoli. Ante mí: Federico Miller Tellechea. Actuario Judicial.*

#### ACUERDO Y SENTENCIA N° 139

**PRUEBA DE TESTIGOS.** Apreciación de la prueba testimonial.

A los testigos no se les pide su opinión sino su testimonio sobre hechos objetivos. La calificación de tales hechos resultará de la exclusiva estimación del Juez.

**DAÑOS Y PERJUICIOS.** Responsabilidad objetiva

La firma demandada es responsable por omisión porque no vigiló que el occiso haya usado efectivamente los elementos de seguridad que proveía a sus empleados. Esta fiscalización de los patrones hacia sus trabajadores, de existir, también hubiera evitado la temeridad que sindicaron al occiso al tomar la decisión de lanzarse al agua mediando las condiciones de trabajos mencionados por los testigos.

**DAÑOS Y PERJUICIOS.** Prueba de daños y perjuicios.

La firma demandada cometió irregularidades al infringir claras disposiciones de la legislación naval que rige la materia (art. 103 y 185 de la ley 928/27) habida cuenta que la Prefectura General Naval al instruir sumario administrativo resolvió imputar como responsabilidad administrativa a la empresa por transgredir normativas de la legislación fluviomarítimas vigentes, prueba que fue admitida y debe tomarse en consideración.

**DEMANDA.** Contestación de la demanda.

La demandada al no contestar la demanda y habersele dado por decaído el derecho de hacerla, resulta aplicable lo dispuesto en el art. 235 2ª parte del CPC que estatuye respecto a la falta de contestación, porque la falta de contestación sólo crea una presunción a favor de las pretensiones del actor, que debe ser corroborada con las pruebas que tiene que aportar.

**DAÑOS Y PERJUICIOS.** Responsabilidad sin culpa

Desde el mismo momento que por aplicación de la teoría del riesgo creado, que es un actividad peligrosísima, como es el trabajo de buzo para reparar por taponado de orificios bajo agua de las barcazas, el empleador asume el deber de resguardar la seguridad del obrero, en cuyo caso ocurre que la regla establecida en la norma del art. 1846 del C.C. es la inversión de la carga probatoria para excusarse de responsabilidad y, eso incumbe al empleador.

**DAÑOS Y PERJUICIOS.** Teoría del riesgo

En la teoría del riesgo el empleador no solo está obligado a demostrar la ocurrencia de una causa ajena al mismo, sino que ésta debe ser invocada en forma expresa pero al no hacerlo ya no podría probar siquiera la excepción del art. 1846 del C.C.

Trib. De Apel en lo Civ. Y Com. Quinta Sala. 02-11-2009. “Prudencia Samaniego de Paredes c. Empresa Salbupar SRL s/ Indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual”. (Ac. y Sent. N° 139)

Asunción, 2 de noviembre de 2009.

Cuestiones:

¿Es nula la sentencia apelada?

¿Se dicto esta conforme a derecho?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: Fremiort Ortiz Pierpaoli, Carmelo A. Castiglioni y Linneo Ynsfran Saldívar.

A la primera cuestión planteada el Dr. Fremiort Ortíz Pierpaoli dijo: La recurrente, en su presentación de fs. 199, al recurrir la sentencia dictada en autos, sólo interpuso el recurso de apelación. Por lo demás, no se observan vicios, defectos, errores u omisiones graves que hagan viable la declaración de nulidad de oficio de la sentencia enalzada, conforme lo disponen los Arts. 113 y 404 del Código Procesal Civil. En consecuencia, el recurso de nulidad, debe ser declarado mal concedido.-

A sus turnos los Magistrados Carmelo A. Castiglioni y Linneo Ynsfran Saldívar, manifestaron adherirse al voto precedente, por los mismos fundamentos.-



A la segunda cuestión planteada el Dr. Fremiort Ortiz Pierpaoli, prosiguió diciendo: Agravia a la recurrente la sentencia dictada en autos que resolvió: “Rechazar, con costas, la presente demanda que por indemnización de daños y perjuicios, promoviera la Señora Prudencia Samaniego de Paredes contra la Firma SALBUPAR S.R.L.”.

Sostiene la apelante en su memorial de fs. 202 y sgtes., de autos, que *“Agravia a mi parte la conclusión del juez, quien fundamenta su resolución para desestimar la demanda de mi principal, de que la víctima tuvo la culpa de su propio fallecimiento, conclusión a la que el Juez llega por la declaración del Sr. Francisco Martínez Martínez, quien afirmó que la víctima no tenía puesto su cabo de seguridad y la declaración testifical del Sr. John Robert Garay Alvarez, quien afirmó que la actitud de la víctima, fue desafiante, ya que más o menos dijo “yo voy a poder”*. El Juzgado consideró que estas pruebas son suficientes para demostrar una negligencia, o lo que es más, la culpabilidad de la víctima en su muerte y por ende, exonera de responsabilidad a la demandada”.

Agrega posteriormente que *“En autos se demanda la indemnización por daños y perjuicios la muerte del hijo de mi principal, quien en la plenitud de su juventud al servicio de la firma demandada, falleció, como consecuencia de la actividad peligrosa que realiza su empleador, como es, la reparación de buques dentro del agua”*. Igualmente sostiene que: *“Mi parte considera que el Juez fue muy ligero en su análisis concluyendo con la exoneración de la responsabilidad del empleador, por el simple supuesto hecho de que el mismo, puso a disposición del trabajador, las herramientas de seguridad para el efecto”*.

Basada en estas consideraciones, solicita la revocatoria de la sentencia dictada en autos, con costas, ya que existen otros elementos de juicios que desvirtúan estos testimonios, así como algunas negligencias de parte de la firma demandada, que justifican hacer lugar a la presente acción por los méritos acumulados en el proceso.

Corrido traslado del citado memorial al representante de la firma demandada, éste en tiempo hábil contestó el mismo, en los términos relacionados en el escrito agregado a fs.206 y sgtes., negando los extremos sostenidos por la apelante, y solicitando la confirmación, con costas, la sentencia recurrida.

Analizando las actuaciones de autos, conforme a los distintos elementos de convicción arimados a este proceso, así como a las alegaciones fácticas de las partes, y la aplicación de las reglas de la sana crítica prevista en el Art. 269 y concordantes del Código Procesal Civil, este Tribunal considera que la sentencia en alzada debe ser revocada, con costas, por no hallarse la misma ajustada a derecho, en base a los siguientes fundamentos.

En efecto, luego de atender las reflexiones del Juzgado sobre opiniones doctrinarias y apreciaciones subjetivas respecto a la concurrencia del dolo y culpa por el propio afectado en el hecho que causó un perjuicio irreparable a la actora, como madre del occiso, que costó la vida a su hijo, como empleado de la firma comercial demandada, tratando de justificar con conceptos genéricos los hechos expuestos como fundamento de la demanda, y considerando la cuestión en forma objetiva, concisa y concreta, conforme a las actuaciones de autos, soy de opinión que la sentencia dictada por el Inferior, no se halla ajustado a derecho por las siguientes razones o motivos.

Así, todo el fundamento de la sentencia en alzada, se halla cimentada solamente sobre las declaraciones testificales de los señores John Robert Garay Álvarez, quien declaró a fs. 146 y vuelto de autos, Alder Luis Molinas (fs. 158) y Francisco Martínez Martínez (fs.159).

El citado testigo citado en primer término, en su declaración arriba citada, en primer lugar admitió, que fue contratado por la Firma demandada, y el que designa a las personas contratadas para efectuar los trabajos de buceo, es el Sr. Jorge Sánchez, la misma persona que firmó el Certificado de Trabajo emitido por la Firma SALBUPAR, como Socio Gerente. Y fue este testigo quien manifestó al Juzgado al contestar la pregunta No. 6 del interrogatorio agregado a fs. 140 de autos, “que era muy peligrosa la ubicación de la barcaza, que ya había entrado tres veces a sellar, y entre el fondo de la barcaza y el lecho del río, no había espacio para maniobrar, y la corriente estaba muy fuerte y me llevaba hacia el lodo, por eso era muy difícil y peligroso sellar por afuera”. Asimismo al contestar la pregunta No.7, manifestó al Juzgado que tres veces intentó realizar el taponamiento, sin éxito, y que la última vez “salió por un milagro”. Asimismo al contestar la pregunta siguiente, en el sentido de si este hecho informó al Señor Isidro Paredes y Alder Luis Molinas que fueron los designados para acompañarle, que el primero en tono desafiante dijo que “Yo voy a poder”. Sin embargo, al contestar la pregunta ampliatoria formulada por el representante de la firma demandada, sobre los instrumentos de seguridad que utilizaban los buzos en la realización de sus peligrosos trabajos, concretamente si usaban balones de oxígenos en las espaldas u otros mecanismos para respirar bajo el agua, el mismo contestó que “balón o tubo de aire en la espalda nó, lo que utilizábamos era una manguera con válvula , eso va atado a un cabo de seguridad, o cabo de vida y el aire se conduce desde la cubierta...”. Como se puede apreciar este sistema de seguridad resultaba muy frágil, porque en la generalidad de los casos en los trabajos de buceo bajo el agua, el artilugio de seguridad está dado por el bidón de oxígeno adherido a la espalda, de modo a que el buzo que se encontraba bajo el agua, tenga una provisión de aire en forma directa y permanente, y no estar supeditado a la conexión de un cabo de seguridad que solamente garantizaba el suministro de oxígeno a través de un cabo que debía transportar el aire por una cuerda ubicada en la cubierta de la embarcación. Este sistema no ofrece ninguna garantía y la prueba más elocuente es el desenlace que costó la vida al occiso.

El otro testigo Francisco Martínez Martínez, que declaró a fs. 159, manifestó igualmente al Juzgado que el mismo estaba como Jefe de Destacamento de la Prefectura de Chaco-í, y que tenía a su cargo un personal que era el Sub-Jefe del Destacamento del lugar y que le ordenó a que se presentara en el lugar del hecho. De las manifestaciones vertidas por el mismo, se llega a la conclusión que el mismo no estaba en el momento en que ocurrió el accidente, y que tenía conocimiento del mismo por relatos efectuados por los demás intervinientes, ya que el mismo, recién se apersonó en el lugar al día siguiente, cuando el hecho ya estaba consumado.

Los otros empleados que fueron designados para acompañar al buzo principal Sr. John Robert Garay Álvarez, eran el occiso Isidro Paredes y Alder Luis Molinas (ver pregunta No. 3.). Esta respuesta coincide plenamente con la contestación que dio Alder Luis Molinas a la pregunta No. 3 de interrogatorio agregado a fs.141. Todas estas designaciones eran ordenadas por el Gerente de la Firma demandada Sr. Jorge Sánchez, como también sostuvieron los testigos arriba citados. Al responder la pregunta No. 10 del interrogatorio que se relaciona sobre el procedimiento de salvataje que emplearon para ayudar a Isidro Paredes que se encontraba con dificultades, manifestó a la pregunta No. 11 que *“lo primero fue intentar comunicarnos con el larguill, con señas, y después nos asomamos al tuvo para*

*ver si respiraba o nó. Y la otra (refiriéndose al procedimiento de salvataje) “Me tiré a ver si podía llegar a él, pero sin respuesta”.* Y, remata este testigo que estaba presente con el occiso en el momento que ocurrió el hecho, a contestar la pregunta No. 14, efectuada por el representante de la firma demandada, en el sentido de “si es posible que estando asegurado el cabo de vida por el cinturón de plomo, pueda salirse por si solo, a lo que el testigo respondió “*que era imposible*” (Las mayúsculas son del tribunal).-

Complementando el análisis de los elementos de juicios arriba expuestos, y haciendo un estudio comparativo con los testimonios rendidos en el sumario penal agregado a estos autos como pruebas ofrecidas por la parte demandada, en la causa No.736/2.006, tenemos que a fs. 8 del sumario y 115 de autos, se agregó la declaración testifical del buzo contratado por la Firma accionada, Sr. John Robert Garay Álvarez, que en primer lugar sostuvo que el fallecido Isidro Daniel Paredes, es su compañero de trabajo, que son empleados de la Firma SALBUPAR S.R.L., Empresa que se dedica a realizar trabajos de rescate, reparaciones y mantenimientos de barcos remolcadores y barcasas averiadas. Este técnico en buceo, manifestó a Isidro Daniel Paredes y a Alder Luís Molinas, que fueron designados con él para efectuar los trabajos, que abajo había mucho barro, que no se podía hacer los trabajos porque “El lodo me chupaba”. Luego de estas alternativas, cuando ya se presagiaba lo que iba a ocurrirle a Isidro, y una vez que el mismo ya no respondía a las señales que les enviaba a Isidro “no podíamos sacarle porque se quedó atascado entre las barcasas y el lodo....”.

Por su parte, Alder Luís Molinas, a fs.9 del sumario y 116 de estos autos, al rendir su testimonio, manifestó en términos semejantes las alternativas del trabajo, coincidiendo con el testigo anterior respecto a la intensidad del barro existente en el lecho del río que dificultaba la realización de los mismos. Refiere igualmente que no pudieron sacar del agua a Isidro Daniel Paredes, “porque el cuerpo quedó atascado entre la barcaza y el lodo”.

Como se desprenden de estos elementos de juicios, muy importantes por provenir de testigos que fueron protagonistas del hecho, las condiciones de peligro en que se desarrolló el trabajo asignado a estas personas, que costó la vida al joven Isidro Daniel Paredes, no sólo dependía de los elementos de trabajos con garantía de seguridad, sino que los mismos no eran suficientes, por la naturaleza misma de estas actividades, que, como se vió, estaban revestidas de riesgos muy pronunciados, por los que la firma demandante debe responder. Y, estas declaraciones son coincidentes, y debe merecer fé en juicio, por tratarse de personas hábiles, mayores de edad, sin tacha legal alguna, quienes prestaron juramento de ley dieron razón satisfactoria de sus dichos. Por eso la jurisprudencia constante y uniforme de nuestros tribunales, ha sentado el principio que “A los testigos no se les pide su opinión sino su testimonio sobre hechos objetivos. La calificación de tales hechos resultará de la exclusiva estimación del juez”. (Código Procesal Civil, con Repertorio de Jurisprudencia, Ricardo A. Pane, página219, No. 609).

El otro testigo al que recurrió el Juzgado para exonerar de responsabilidad a la firma demandada, fué el Sr. Néstor Ramón Ferreira Miranda, que declaró a fs. 94, quien dio los detalles de seguridad que tenían los instrumentos que le proporcionaba la misma para efectuar los trabajos. Sin embargo, el mismo Juzgado en la resolución recurrida reconoce que este testigo “no estuvo presente ni cuando se ahogó el Sr. Isidro Daniel Paredes Samaniego, ni cuando sacaron el cuerpo del mismo” (sic).En estas condiciones el mismo

debe ser descalificado por aplicación de la jurisprudencia arriba citada. Porque lo que aquí esta en juego es cómo ocurrieron los hechos que segó la vida de la víctima y nó las bondades de los instrumentos de trabajos proporcionados por la demandada a sus trabajadores.

A todo esto debe agregarse la absolución de posiciones de la Sra. Prudencia Samaniego de Paredes, madre del occiso y demandante en estos autos, quien absolvió posiciones a fs 156, a tenor del pliego agregado a fs. 155, sobre todo teniendo en cuenta la posición No. 6º con la que se pretendió que dijera que el certificado de trabajo agregado a fs. 11 era falso, lo cual fue desmentido en forma categórica por la compareciente. Y que desde luego no fue redargüido de falsedad para tratar de desacreditar su valor legal, por cuanto es el instrumento jurídico que determina el vínculo laboral entre las partes y determina la responsabilidad de SALBUPAR S.R.L. Lo mismo respecto a la posición No.8, que manifestaba que el occiso sólo cobraba por cada servicio que realizaba, a lo que la misma contestó que no era cierto, porque su hijo cobraba mensualmente como trabajador asalariado.

En estas condiciones, en torno a la teoría general de la responsabilidad civil que sostiene el Juzgado, se debe estudiar la relación causal entre el hecho y la consecuencia perjudicial ocasionada. Y, para el efecto, no es necesario fundarse en hipótesis como efectúa el A-quo, sino estudiar y considerar directamente la forma como ocurrió el hecho, con prescindencia de los elementos de seguridad ofrecida por la firma denunciada. Porque la relación jurídica no puede medirse por estos parámetros, que por más garantías que brinde los elementos proporcionados a los trabajadores para efectuar el trabajo, los principales protagonistas del accidente los Sres. Jhon Robert Garay Alvarez y Alder Luis Molinas, declararon el riesgo que implicaba trabajar en un ambiente donde el barro era muy espeso, que succionaba los cuerpos de los mismos, la fuerte correntada en el lugar y el hecho de la falta de aire que se proveía desde la embarcación que debía seguir un largo camino a través de tubos, desde la superficie. Por eso creemos que la misma naturaleza riesgosa de los trabajos a cargo de las citadas personas es la que debe determinar la responsabilidad de la firma encargada de ella. En consecuencia no puede aplicarse al caso de autos, el Art. 421 del Código Civil, como lo hace el Juzgado, responsabilizando al muerto por dolo y su propia culpa. Tampoco es factible la aplicación del Art. 1.846 del mismo cuerpo legal, como lo hace el Juzgado que incluye la culpa de la víctima como causal de exoneración de responsabilidad civil de la demandada.

Además, los testigos en que el Juzgado funda su sentencia, Señores John Robert Garay Álvarez, Alder Luís Molinas, Derlis Cristóbal Salinas (fs. 146, 148 y 158), está reconocido por el mismo Juzgado que fueron ofrecidos por la propia parte demandada, los que nos está diciendo que los mismos están comprendido con la Firma Salbupar S.R.L., en las generales de la ley.-

Por otro lado, la comisión por el occiso de la culpa manifiesta que sostiene el Juzgado, no se ajusta a la realidad ni al sentido común en el derecho de gente. Porque ¿quién sería el ser humano que a sabiendas del riesgo de pagar con su vida una actividad, se lanzaría a desafiar las fuerzas de la naturaleza como son el pesado barro que succionaba los cuerpos de los trabajadores existente en el momento en el lecho del río donde estaban las barcasas, y la fuerte correntada que asolaba el lugar en el momento que realizaban el trabajo? .Es

absurdo desde todo punto de vista esta posición jurídica del Juzgado. Por más seguridad que tengan los implementos proveídos por la patronal, dicho presupuesto no es factible.

Porque lo cuestionable en este caso es que la demandada no vigiló que el occiso haya usado efectivamente los elementos de seguridad que proveía a sus empleados. En estas condiciones, la firma demandada también es responsable por omisión. Esta fiscalización de los patrones hacia sus trabajadores, de existir, también hubiera evitado la temeridad que sindicaron al occiso al tomar la decisión de lanzarse al agua mediando las condiciones de trabajos mencionados por los testigos.

Tampoco hay que dejar de mencionar, que el trabajador fallecido, no estaba inscripto en el Registro respectivo ni en el Ministerio de Justicia y Trabajo, ni en el Instituto de Previsión Social, (fs.176) como es obligación de la patronal y que la Firma SALBUPAR S.R.L. también cometió estas omisiones.-

Otras de las irregularidades cometidas por la firma demandada, es la especificada en la Resolución No.02, de fecha, 20 de setiembre del año 2.006, de la Prefectura General Naval por la que se instruyó sumario administrativo, para la indagación y esclarecimiento sobre supuestas irregularidades cometidas por la Empresa Salbupar S.R.L. y otras Agencias Marítimas y Fluviales ajenas a este proceso. Dicha autoridad competente, resolvió en el numeral 3 Imputar como responsabilidad administrativa a la Empresa Salbupar S.R.L., por transgredir normativas de la legislación fluviomarítimas vigentes, especialmente las referentes a los Arts. 103, de la Ley No.928/27 que consagra “El reglamento de capitania”, y 185 que dispone “Queda prohibido a los propietarios de los astilleros, varaderos y talleres de construcción naval...efectuar trabajos de carena, reparación, cambio de arboladura, desmantelamiento y en general toda obra a cualquier clase de embarcación, sin el conocimiento, autorización o permiso correspondiente de la autoridad naval. De lo brevemente extrattractado de la Legislación fluvial, se deduce que SALBUPAR S.R.L. infringió claras disposiciones de la legislación naval que rige la materia. En el punto 4º de la misma Resolución, se resolvió que conforme a lo precedentemente expuesto, la Empresa Salbupar S.R.L., se hace pasible de una sanción consistente en una multa equivalente a 100 jornales mínimos legales vigente en la República”. Esta prueba fue admitida por providencia de fecha 3 de Octubre del año 2.007, como consta fs 104 de autos, a los que el Juzgado en la resolución en alzada, no tomó en consideración, ni analizó en el contexto de las pruebas ofrecidas.

Otro de los elementos de juicios que no analizó el Inferior se refiere a la absolución de posiciones del representante de la Firma Salbupar S.R.L., a quien la misma otorgó el poder correspondiente para la citada diligencia (fs. 98), quien absolvió a tenor del pliego de posiciones agregado a fs. 102. reconociendo en el mismo acto que la víctima Isidro Daniel Paredes era empleado de la citada firma y que el difunto no estaba inscripto en el Registro respectivo del I.P.S. Admitió también que el mismo era buzo de la misma firma. Igualmente reconoció al contestar la 5ª pregunta que luego de sumergirse en el agua el mismo quedó atrapado en el fondo del río, bajo una de las barcazas, También reconoció que la firma que representaba fue sancionada por la Prefectura General Naval, en la forma más arriba citada.

Hay que aclarar al mismo tiempo, que SALBUPAR S.R.L. no contestó la presente demanda, y se le dio por decaído el derecho de hacerla por A.I. No. 1.370, de fecha 23 de

Agosto del 2.007(fs. 87). En estas condiciones es aplicable lo dispuesto en el Art. 235, 2ª. Parte del Código Procesal Civil que estatuye respecto a la falta de contestación que "...Su silencio, sus respuestas evasivas, o la negativa meramente general, podrán estimarse como reconocimiento de la verdad de los hechos pertinentes y lícitos a que se refieren...". Porque: "...la falta de contestación sólo crea una presunción a favor de las pretensiones del actor, que debe ser corroborada con las pruebas que tiene que aportar", como ocurrió en el caso de autos.

Por las consideraciones que anteceden, soy de opinión que en el caso que nos ocupa, es de estricta aplicación los Arts. 1.833 y 1.840 del Código Civil, que estatuyen que el que comete un acto ilícito, queda obligado a resarcir el daño así como que "La obligación de reparar el perjuicio causado por un acto ilícito existe, no sólo respecto de aquel a quien se ha dañado personalmente, sino también respecto de todas las personas directamente perjudicadas por consecuencia del acto", como en este caso, la perjudicada directa resulta ser nada menos que la madre del joven buzo fallecido en el evento investigado en autos, quien promovió la acción ordinaria que nos ocupa.

Finalmente, corresponde efectuar una racionalización de los rubros reclamados por la actora en concepto de daños y perjuicios, en su doble versión de daño emergente y lucro cesante, mas la cantidad a ser asignada en concepto de daño moral.

En primer lugar, en cuanto al daño emergente no corresponde pago alguno, porque la actora, al absolver posiciones a fs. 156, al contestar la posición No. 5, reconoció expresamente que la Firma "SALBUPAR S.R.L.", pagó todos los gastos del sepelio. En consecuencia, no corresponde asignarle la suma de Gs. 3.000.000, en este concepto.

Respecto al lucro cesante, tenemos que habiendo nacido el mismo en el año 1.977 y fallecido en el año 2.006, a la fecha de su fallecimiento contaba con 29 años de edad. (Ver certificados de nacimiento y defunción de fs. 9 y 10). Teniendo en cuenta que la vida útil del hombre en su etapa de producción se considera hasta los 60 años, tenemos que le quedaban aún 29 años de vida producir, y multiplicado por el salario mínimo vigente que redondeamos en Gs.1.380.000 mensual, que multiplicado por 12 meses nos da la cifra acumulada en un año, la cantidad de Gs. 16.560.000 anual, y multiplicada esta suma a su vez por los 29 años de vida productiva que le quedaban da la suma de Gs. 480.240.000. Y si el mismo seguía en el mismo cargo continuamente con el mismo salario en forma permanente lo cual resulta improbable por ser relativa. En estas condiciones tomando el 50%, del tiempo así establecido la suma de Gs. 240.120.000. Que al mismo le correspondería en concepto de lucro cesante.

A todo esto, en concepto de daño moral, debe estimarse la suma de Gs. 50.000.000, teniendo en cuenta que la relación entre actora y occiso era de madre a hijo, la cual deja su secuela, y también tomando en consideración que no corresponde aplicar sumas desmedidas en este concepto, para evitar un enriquecimiento ilícito.

En consecuencia, sumando ambos rubros, tenemos que corresponde hacer lugar a la presente demanda, revocando previamente la sentencia dicta en primera instancia, y condenando a la Firma demandada a pagar la suma total de Gs. 290.120.000 en concepto de lucro cesante y daño moral. En consecuencia doy mi voto en este sentido.

A su turno el Magistrado Linneo Ynsfran Saldívar, manifestó adherirse al voto precedente, por los mismos fundamentos.

A su turno el Magistrado Carmelo A. Castiglioni, dijo: En cuanto al recurso de apelación: Que, por S.D. N° 972 de fecha 24 de noviembre de 2008, el Juzgado en lo Civil y Comercial del Tercer Turno de esta Capital, en los autos arriba señalado, resolvió rechazar la demanda de daños y perjuicios derivada de un accidente de trabajo. Comparto el enjundioso estudio del colega preopinante, pero me permito agregar que en el caso es de aplicación la teoría del riesgo creado. Efectivamente, la claridad del Art. 1846 del C.C., no admite discusión al decir que: “El que crea un peligro con su actividad o profesión por la naturaleza de ellas, o por los medios empleados, responde por el daño causado, salvo que pruebe fuerza mayor o que el perjuicio fue ocasionado por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por cuyo hecho no deba responder”. Desde el mismo momento que, por aplicación de la teoría del riesgo creado, que es una actividad peligrosísima, como es el trabajo de buzo para reparar por taponado de orificios bajo agua de las barcas, el empleador asume el deber de resguardar la seguridad del obrero, en cuyo caso ocurre que la regla establecida en la norma citada es la inversión de la carga probatoria para excusarse de responsabilidad y, eso incumbe al empleador. La norma transcripta pone a cargo del empleador la prueba de la culpa a cargo de la víctima o la fuerza mayor. La fuerza mayor ni siquiera fue alegada porque el demandado ni contestó la demanda, por lo tanto, al ser a cargo de la empleadora invocar la excepción a la regla de la teoría del riesgo creado, el hecho de no contestar la demanda, significa que no ha alegado la excepción y, por tanto, ni siquiera podía ser objeto de pruebas. Se equivoca el A-quo al poner la culpa a cargo de la víctima, siendo que no ha sido invocado como defensa, y la demanda tiene su fundamento en la teoría del riesgo resulta inoperante cualquier prueba que quiera poner la culpa a cargo de la víctima. En la teoría del riesgo el empleador no solo está obligado a demostrar la ocurrencia de una causa ajena al mismo, sino que ésta debe ser invocada en forma expresa pero al no hacerlo ya no podría probar siquiera la excepción no invocada. Por lo expuesto, voto por la revocatoria en el sentido y alcance expresado por el insigne preopinante, el Prof. Dr. Fremiort Ortiz Pierpaoli. Es mi voto.

A su turno el Magistrado Linneo Ynsfran Saldívar, manifestó adherirse al voto del Magistrado 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 mi de que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue de inmediato.

**RESUELVE:** Declarar mal concedido, el recurso de nulidad en estos autos. Revocar, con costas, la S.D. N° 972 de fecha 24 de noviembre de 2.008, dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Séptimo Turno, de esta Capital, y en consecuencia, condenar a la Firma demandada SALBUPAR S.R.L. de esta plaza, al pago de la suma de (Gs. 290.120.000) doscientos noventa millones ciento veinte mil, más un interés del 2% mensual, desde la fecha de quedar ejecutoriada la sentencia revocada, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, lucro cesante y daño moral, por los fundamentos expuestos en el considerando de la presente resolución. Anotese, regístrese, notifíquese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

*Miembros: Carmelo A. Castiglioni, Linneo Ynsfran Saldívar y Fremiort Ortiz Pierpaoli. Ante mi: Federico Miller Tellechea. Actuario Judicial.*

---

**ACUERDO Y SENTENCIA N° 146****PROPIEDAD INTELECTUAL. Derechos Conexos. Derecho Moral**

Los derechos morales del creador comprenden el carácter innato del mismo, es decir, que la parte de la obra creada sigue la personalidad del autor, por eso sus características doctrinarias revelan que los mismos son perpetuos, absolutos, inembargables, imprescriptibles e inalienables.

**PROPIEDAD INTELECTUAL. Derechos Conexos. Derecho Patrimonial**

Los derechos patrimoniales del autor, revelan que éste tiene derecho a una remuneración equitativa por el uso de su obra porque no se concibe a esta altura de la civilización, que terceros comerciantes se beneficien económicamente con el trabajo ajeno, como es la obra del creador intelectual.

**PROPIEDAD LITERARIA Y ARTÍSTICA**

Dentro de la propiedad del derecho de autor, existen simultáneamente los derechos conexos que comprenden a los artistas, intérpretes, ejecutantes, productores de fonogramas y de organismos de radiodifusión, que se hallan minuciosamente reglamentados por una convención internacional como es la de Roma de 1961 ratificada por la ley N° 94/51y actualmente la ley N° 1328/98 reglamentada por el decreto N° 9908/98.

**PROPIEDAD LITERARIA Y ARTÍSTICA**

Los derechos de autor comprenden las obras artísticas, científicas, literarias entre las que se cuenta también las obras musicales y las audiovisuales en general.

**PROPIEDAD INTELECTUAL**

La protección de los derechos intelectuales se haya garantizado por el art. 110 de la Constitución Nacional y juntamente con el art. 137 del mismo cuerpo legal, constituyen el derecho positivo de la República.

**PROPIEDAD INTELECTUAL**

La instalación de un televisor con canal de cable internacional, no puede ser objeto de división por programas, a los efectos del pago del arancel correspondiente de las sociedades de gestión colectiva. En otros términos, es indivisible el pago de los derechos fotomecánicos en la emisión de un televisor, a los efectos del pago por la contraprestación del uso de los bienes de la propiedad intelectual.

**SENTENCIA DECLARATIVA**

El pedido sentencia puramente declarativa no permite expedirse sobre la cantidad de horas del servicio sino sobre el derecho a percibir o no por la utilización del fonograma a través de la televisión de cable como derecho conexo dado como comunicación al público.



**SENTENCIA DECLARATIVA**

En la sentencia puramente declarativa no se discute la liquidación sino la existencia o no del derecho de la accionante que pretende una declaración, pero en este caso, ya fue reconocido por la misma que al iniciar la demanda presenta un documento remitido a la Sociedad de Gestión de Productores Fonográficos del Paraguay, del cual se colige con claridad que la objeción de la actora no es el derecho de percibir de la sociedad de gestión, que ya estaba reconocido en la nota, sino la cantidad de horas, por lo que la misma accionante por su propia confesión al presentar dicho documento como prueba en su contra.

**PROPIEDAD INTELECTUAL. Derechos Conexos. Derecho Patrimonial**

Los derechos conexos como derecho intelectual, son los derechos patrimoniales derivados de la divulgación o difusión de una obra y en el caso se trata de fonogramas.

**PROPIEDAD INTELECTUAL. Derechos Conexos. Derecho Patrimonial**

El fonograma como derecho conexo implica el derecho a percibir una remuneración por la actividad industrial y las inversiones realizadas para la divulgación de una obra, al ser ésta incorporada en un fonograma, lo cual le da un derecho propio y diferente al del autor, y que da derecho a prohibir su uso no autorizado o a percibir la remuneración por su uso.

**PROPIEDAD INTELECTUAL. Derechos Conexos. Derecho Patrimonial**

El derecho patrimonial del autor, dado como derecho de comunicación pública, también se proyecta al derecho conexo del productor de fonogramas, que por su actividad empresarial tiene un derecho autónomo que es diferente al de autor por la divulgación como fonograma.

**PROPIEDAD INTELECTUAL. Derechos Conexos. Derecho Patrimonial**

Si el autor tiene derecho a una remuneración por la comunicación al público es razonable que aquel que realiza la inversión económica para la difusión también participe de ese derecho como un derecho autónomo.

**PROPIEDAD INTELECTUAL**

El hecho de estar en el estar social del Hotel el aparato televisor ya es una comunicación al público de los fonogramas, pero además es por cable, lo cual significa que al no ser “abierta” la difusión no existe un opción personal sino que cualquiera de los canales de televisión de cable que ofrezca servicios de fonogramas es suficiente para calificarlo como una comunicación al público que no es libro sino que debe ser pagado pues es un servicio del hotel, que aprovecha la actividad industrial del productor de fonograma y del autor.

Trib. De Apel en lo Civ. Y Com. Quinta Sala. 13-11-2009. “Malia Sebastiana Yubero de Sanchez c. Sociedad de Gestion de Productores Fonográficos del Paraguay s/ Acción Declarativa”. (Ac. y Sent. N° 146)

Cuestiones:

Es nula la sentencia apelada?

Caso contrario. se halla ajustada a derecho?

Practicado el sorteo de ley, resultó que debían votar en el siguiente orden: Fremiort Ortiz Pierpaoli, Carmelo A. Castiglioni y Marcos Riera Hunter.

A la primera cuestión planteada, el Dr. Fremiort Ortiz Pierpaoli, dijo. En el caso de autos, el recurrente solo interpuso el recurso de apelación. Si bien el recurso de nulidad va implícito en el de apelación, conforme a la norma del art. 405 del C.P.C., no se observan en el presente juicio defectos, errores u omisiones de carácter procesal que hagan viable la declaración de nulidad de oficio de la sentencia dictada en autos, de acuerdo a la disposición de los arts. 113 y 404 del Código Procesal Civil.

A sus turnos los doctores Carmelo A. Castiglioni y Marcos Riera Hunter, manifestaron que se adhieren al voto precedente, por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada, el Dr. Ortiz Pierpaoli, prosiguió diciendo. Agravia al recurrente la sentencia en alzada, que resolvió: "Declarar el derecho de la accionada a cobrar la remuneración prevista en los instrumentos internacionales vigentes y en el Art. 128 y demás concordantes de la Ley No. 1326/98 (debe ser Ley No. 1.328/98, debidamente aclarada a fs. 157), por la comunicación pública de fonogramas realizada por medio de la televisión de lobby del Hotel Asunción Palace, a cargo de la actora. Imponer las costas, en el orden causado".-

Sostiene el apelante en su memorial de fs. 162 y sgtes., de autos, entre otras cosas que "Por la resolución recurrida el Inferior declara el Derecho de la accionada a cobrar a mi parte por la comunicación pública de fonogramas realizada por medio de un televisor en el lobby del Hotel Asunción Palace". "Si bien es cierto existía al momento de plantear la acción la incertidumbre sobre la correspondencia o nó del pago -prosigue- el concienzudo análisis efectuado por el sentenciante convence a mi parte de la improcedencia del pago. Es decir lo que en un principio constituía una duda, hoy mi parte tiene la certeza de que podrá repeler cualquier intento de cobro extorsivo de la accionada. Sostiene mi parte que en base a las consideraciones vertidas, en la parte resolutive, la conclusión debió ser otra". Formula luego otras consideraciones, como la que sostiene que "los fonogramas no guardan relación alguna con las noticias...", así como que "Si el televisor de la demandante ha emitido únicamente noticias, específicamente del canal CNN en inglés o español, es más que improbable "comunicar públicamente fonogramas". Posteriormente vuelve a sostener que "Mi parte afirma que nó sólo se ha demostrado la comunicación de fonogramas, sino que se ha acreditado mediante la simple logica, la imposibilidad de su emisión en forma simultánea con las noticias. Y si no se ha emitido comunicación pública alguna, "no se generó el derecho de la accionada a percibir la remuneración correspondiente". "El error del Juzgador es entonces palpable, porque "nunca debió afirmar ni la comunicación pública de fonogramas ni el derecho de percibir remuneración". En conclusión, sostiene que: a) la emisión de noticias no debe equipararse a la comunicación pública, b) es ilógico que se entremezclen los fonogramas con la lectura de las noticias y c) el retiro del televisor, acaba con toda discusión..." .Termina pidiendo la revocatoria de la sentencia recurrida y declarando "la inexistencia de la obligación de mi parte de abonar por una inexistente comunicación pública de fonogramas".

Corrido traslado a la parte demandada, los fundamentos del escrito de expresión de agravios, ésta en tiempo hábil lo contestó, en los términos relacionados en el escrito agregado a fs. 171 y sgtes., impugnando y negando a los extremos sostenidos por el apelante, solicitando la confirmación, con costas, la sentencia recurrida.

Analizando las actuaciones de autos, conforme a los distintos elementos de convicción arriados al proceso, así como a la posición legal de los litigantes, este Tribunal arriba a la conclusión que la sentencia recurrida, debe ser confirmada, con costas, por hallarse la misma ajustada a derecho, atento a los siguientes fundamentos: -

La presente acción fue promovida - como manifiesta la actora- con el objeto de establecer la relación entre su parte, como propietaria de un Hotel ubicado en una céntrica calle de Asunción, y la Sociedad de Gestión de Productores Fonográficos del Paraguay, para determinar si la misma se halla o no, obligada al pago de una suma de dinero, por el uso de un aparato televisor en el área social del citado establecimiento comercial.

Conviene aclarar previamente, en forma sucinta, que la Sociedad demandada, es parte componente de una de las grandes ramas que comprende la propiedad intelectual. La misma integra los derechos de autor y los derechos conexos que constituyen los derechos morales y los derechos patrimoniales del creador de la obra. Los derechos morales del creador comprende el carácter innato del mismo, es decir, que la parte de la obra creada sigue la personalidad del autor. Por eso sus características doctrinarias revelan que los mismos son perpétuos, absolutos, inembargables, imprescriptibles, e inalienables.

En contrapartida, los derechos patrimoniales del autor, revela que éste tiene derecho a una remuneración equitativa por el uso de su obra. Porque no se concibe a esta altura de la civilización, que terceros comerciantes se beneficien económicamente con el trabajo ajeno, como es la obra del creador intelectual. De ahí que dentro de la propiedad del derecho autor, existan simultáneamente los Derechos Conexos que comprenden a los artistas, intérpretes, ejecutantes, productores de fonogramas y de organismos de radiodifusión, que se hallan minuciosamente reglamentados por una Convención Internacional, como es la de Roma de 1.961. Esta convención multilateral fue ratificada por nuestro país, y así surgió en primer lugar la antigua Ley No. 94/51 y actualmente la Ley No. 1.328/98 y su decreto reglamentario No. 9.908, también del año 1.998, que adopta y reglamenta en forma ordenada y sistemática la vigencia de estos derechos. Los derechos de autor comprenden las obras artísticas, científicas, literarias entre las que se cuenta también las obras musicales y las audiovisuales en general. Están agremiadas a través de sociedades autorales, denominadas de gestión colectiva, que como es sabido de antiguo funcionamiento en nuestro país, representados por APA (Autores Paraguayos Asociados), que internacionalmente se relaciona además con otras sociedades extranjeras análogas, como Sadaic, Argentores y Sade de Argentina, Agadu de Uruguay, SCH de Chile, Sacven de Venezuela, y otras. Los artistas, intérpretes, ejecutantes y otros similares, recientemente se aglutinaron en la AIE (Paraguay) y los productores de Fonogramas y Organismos de Radiodifusión se concentraron en la Sociedad de Productores Fonográficos del Paraguay, cuyos estatutos con más detalles se encuentra agregados en estos autos.

Estas sociedades de gestión colectivas, se hallan dispersas en todo el mundo persiguiendo el mismo objetivo, es decir, la protección de los derechos de autor, de los derechos de los artistas, intérpretes y ejecutantes, de los derechos de los productores de fonogramas y organismos de radiodifusión, previstos en, Tratados, Convenios y Acuerdos Internacionales. Tal es así, que nuestro país en su condición de Estado soberano se halla adherido a los siguientes Tratados Internacionales: a) Tratado de Montevideo de 1.889, ratificada por Ley del 3 de setiembre del mismo año; b) Convención de Buenos Aires de

1.910, ratificada por Ley No. 46, del 23 de Agosto de 1.913; c) Tratado de Montevideo de 1.939, ratificado por Ley No. 266, del 19 de Julio de 1.955; d) Convención Interamericana de Washington de 1.946, ratificada por Ley No. 71 del 12 de Julio de 1.949; e) Convención Universal sobre Derechos de Autor de 1.952, ratificada por Ley No. 777, del 22 de Mayo de 1.962; f) Convención Internacional de Roma de 1.961, firmada entre el 10 al 26 de Octubre de dicho año, ratificada por Ley No. 138, del 11 de Octubre de 1.969; g) Convención de Ginebra de 1.971, ratificada por Ley No. 703, del 8 de Agosto de 1.978; h) Convenio firmado con la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), ratificado por Ley No. 1.224 del 26 de diciembre de 1.986; i) Tratado con la Convención Multilateral de Berna de 1.886 hasta su última revisión, ratificada por Ley del 12 de Agosto de 1.991; j) Convención Multilateral firmada en París en el año 1.863, en materia de Propiedad Industrial, ratificada por Ley No. 300, del 10 de Enero de 1.994, con su última enmienda de 1.978.

Asimismo la protección de los derechos intelectuales se halla garantizado por el Art. 110 de la Constitución Nacional y juntamente con el Art. 137 del mismo cuerpo legal, constituyen el derecho positivo de la República. Como se puede apreciar este cúmulo de instrumentos legales, nacionales e internacionales no fueron promulgados para apañar el “intento de cobro extorsivo de la demandada”, como sostiene el recurrente en su escrito de fs.162.

De toda esta gama de instrumentos legales, en nuestro país en forma concreta se ha dictado la Ley No. 1.328/98 y el Decreto Reglamentario No. 5.159/99. Que han creado las autoridades administrativas que legitiman a las sociedades arriba citadas para la representación, protección y gestión de los derechos intelectuales, ante los distintos usuarios, que explotan económicamente la propiedad intelectual, no queriendo reconocer el derecho que asiste a estos trabajadores del arte a percibir una remuneración compensatoria por el uso de sus producciones o trabajos intelectuales, como se establecen literalmente en los Arts. 136 y 137 de la citada ley.-

Así, a fs. 91 de autos, se halla agregada la nota remitida por la Dirección Nacional del derecho de Autor, en contestación al oficio de fecha 24 de mayo del 2.004, librado por el Juzgado, que acredita que la demandada ha sido debidamente autorizada para gestionar el cobro de los derechos de los productores de fonogramas, (Resolución No.58, del 20 de Marzo del 2.002), por lo que la Sociedad de Productores Fonográficos del Paraguay se halla suficientemente legitimada para percibir los derechos fonomecánicos que le pertenecen.

En estas condiciones podemos señalar que la sentencia en alzada se halla bien estructurada, con las debidas aplicaciones de las normas legales previstas para el efecto, tanto en las leyes nacionales como internacionales, arribando a una conclusión correcta y ajustada a derecho.

Por otro lado, analizando la posición jurídica asumida por la actora, se advierte que la misma al negar el pago que debe realizar a la Sociedad de Gestión de los Derechos Fonomecánicos, parte de un supuesto erróneo, y hasta si se quiere sutil, porque si bien no niega la obligación de pagar que tiene a los usuarios en caso que el televisor emita programas difundidos a través de fonogramas, en forma muy rebuscada alega que solamente el televisor en cuestión, difundía solamente programas informativos emitidos por

el Canal Internacional CNN, lo cual de ser cierto, tendría razón. Pero sucede, que desde el momento que el televisor es puesto en un lugar público como es el lobby del hotel, éste está expuesto a que sea observado por varias personas, las que resultaría difícil acreditar que solamente todas y cada una de ellas quiera ver programas como el citado más arriba. Es decir, que la actora pretende hacer una discriminación en la emisión de los programas del televisor, lo que resulta difícil, porque no se puede dividir la emisión de los programas de acuerdo al gusto del auditorio. Lo que significa que resulta indivisible la programación transmitida por el televisor, es decir, que desde el momento de la instalación del aparato en el lobby del hotel, este constituye un lugar público dentro del edificio, que puede ser observado por cualquiera de los pasajeros que utilicen el servicio del hotel.-

En consecuencia, la instalación de un televisor con Canal de Cable Internacional, no puede ser objeto de división por programas, a los efectos del pago del arancel correspondiente de las sociedades de gestión colectiva. En otros términos, es indivisible el pago de los derechos fonomecánicos en la emisión de un televisor, a los efectos del pago por la contraprestación del uso de los bienes de la propiedad intelectual.-

Por tanto, atento a lo brevemente expuesto, soy de criterio que la sentencia recurrida, debe ser confirmada, con costas, por los trabajos efectuados en ambas instancias, debiendo modificarse el numeral 2 de la sentencia recurrida. Doy pues mi voto en este sentido.

A su turno el doctor Carmelo A. Castiglioni, dijo: Que la S.D. N° 381 de fecha 19 de julio de 2006, objeto de este recurso, ha declarado a favor de la parte demandada, la Sociedad de Gestión Colectiva, el derecho a percibir la remuneración por la comunicación pública de fonogramas realizadas por medio de un aparato de televisión en el lobby del Asunción Palace Hotel, a cargo de la actora.-

La parte apelante, la accionante, María Sebastián Yubero de Sánchez, como propietaria del mencionado hotel, se agravia de la citada resolución sosteniendo que no existe la comunicación al público que otorgue derecho a retribución a la misma y, que tampoco existe utilización de fonograma por que en el hotel solo se exhibe canal de noticias, entre otros argumentos, y pretende de ello que, la parte demandada no tiene derecho a percibir ningún tipo de remuneración y pide la revocatoria de la resolución.

Desde luego, que si atendemos al objeto de la demanda instaurada, cual es obtener una sentencia puramente declarativa en los términos del Art. 99 del Código Procesal Civil, para que el Juzgado sostenga que la accionante no tiene nada que pagar por la utilización de la emisión por cable del programa de televisión, en el lobby del hotel. Pero, a fojas cuatro de autos, la propia accionante y ahora apelante, con el escrito inicial de demanda presenta un documento remitido por la misma a la Sociedad de Gestión de Productores Fonográficos del Paraguay, la demandada, y, que en la parte pertinente expresa textualmente cuanto sigue “En su calculo de tarifa a abonar a SGP hemos detectado un error en lo que se refiere a horas de musica en el mes, pues estas horas corresponden a horas de televisión y no de musica. el tiempo de musica comprendido dentro de las horas de televisión no superaría los 10 minutos por hora, lo que hace un total de cinco horas de musica al mes”. De la transcripción se colige, con claridad, que la objeción no es al derecho de percibir de la sociedad de gestión, que ya estaba reconocido en dicha nota, sino lo que se objeta con la misma es la cantidad de hora, por lo que, la misma accionante, por su propia confesión al presentar ella misma dicho documento prueba en su contra. Por dicha nota lo que objeta es

la cantidad de horas, por tanto, es improponible el pedido de una sentencia puramente declarativa de un derecho que la misma ya ha reconocido a favor de la demandada. El pedido de sentencia puramente declarativa no permite expedirse sobre la cantidad de horas del servicio sino sobre el derecho a percibir o no por la utilización del fonograma a través de la televisión de cable como derecho conexo dado como comunicación al público. Con dicha nota la accionante ya reconoció ella misma el derecho de la demandada, por lo tanto, a confesión de parte relevo de pruebas y resultaría un absurdo declarar en contrario de lo que la propia accionante reconoce expresamente por el documento presentado por ella misma. En la sentencia puramente declarativa no se discute la liquidación si no la existencia o no del derecho de la accionante que pretende una declaración, pero en este caso, ya fue reconocido por la misma accionante por el documento obrante a fojas cuatro.-

Empero, analizando la cuestión de fondo, debemos considerar que estamos ante un derecho conexo. Los derechos conexos, como derecho intelectual, son los derechos patrimoniales derivados de la divulgación o difusión de una obra y que en la especie que analizamos se trata de fonogramas que es una categoría propia de derechos conexos. El fonograma como derecho conexo implica el derecho a percibir una remuneración por la actividad industrial y las inversiones realizadas para la divulgación de una obra, al ser ésta incorporada en un fonograma, lo cual le da un derecho propio y diferente al del autor, y que da derecho a prohibir su uso no autorizado o a percibir la remuneración por su uso. La utilización del fonograma realizada en forma directa o por acción secundaria. Esta última es el caso, el cual tiene en el Art. 11 y 12 de la Convención de Roma, al cual estamos adheridos y, más el Art. 128 de la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, donde se establece una solución concreta.

El derecho patrimonial del autor, dado como derecho de comunicación pública, también se proyecta al derecho conexo del productor de fonogramas, que por su actividad empresarial tiene un derecho autónomo que es diferente al del autor por la divulgación como fonograma. Para el autor se resarce la creación y para el productor de fonograma la actividad industrial desplegada para la difusión de la creación. Si la comunicación al público da un derecho al autor, y la obra es divulgada por un fonograma, la comunicación al público también debe beneficiar en forma separada al productor por el despliegue de actividades industriales que permitieron la difusión de la obra. Es cierto que una vez publicado un fonograma con fines comerciales no puede admitirse que el productor pueda oponerse a su comunicación pública. Empero, como nos dice Delia Lipszyc, “La comunicación es libre, pero siguiendo el art. 12 de la convencion de roma, las legislaciones establecen un derecho de simple remuneracion a favor de los productores- habitualmente en conjunto con los artistas inrepretes o ejecutantes”. Esto es coherente si consideramos que la comunicación al publico es una clase de derecho patrimonial que tiene el autor y por el que puede exigir una remuneración y, entonces, el productor que participa en la divulgación o difusión no puede carecer de ese mismo derecho que también le corresponde como derecho conexo, que como tal es independiente al autor, derivado de su aportación como inversión en la divulgación. Si el autor tiene derecho a una remuneración por la comunicación al público es razonable que aquel que realiza la inversión económica para la difusión también participe de ese derecho como un derecho autónomo.

La cuestión a establecer es si el lobby del hotel es o no un lugar público donde puede darse o no una comunicación al público? .Delia Lipszyc, en su libro Derechos de Autor y Derechos Conexos, a página 209, sostiene que: “La comunicación es publica no solo cuando es recibida en un lugar publico sino siempre que- como el caso de los huespedes de un hotel- la trasmision es distribuida por un intemediario- el hotelero- en un lugar al que el publico tiene acceso y entre persona que no forman parte del circulo familiar o de los amigos más intimos de aquel se considera que distinto en aquellos casos en que cada habitacion del hotel tiene un televisor con su propia antena que capta en el aire el programa trasmitido por la rediodificuin “abierta”, pues al ser inhalambrica, la comunicación es radiodifusion como variante especifica de la comunicación publica”. En el caso de autos, el hecho de estar en el estar social del Hotel el aparato televisor ya es una comunicación al publico de los fonogramas, pero además es por cable, lo cual significa que al no ser “abierta” la difusión no existe una opción personal sino que cualquiera de canales de la televisión de cable que ofrezca servicios de fonogramas es suficiente para calificarlo como una comunicación al publico que no es libre sino que debe ser pagado pues es un servicio del hotel, que se aprovecha la actividad industrial del productor de fonograma y del autor. La actividad industrial del productor no puede merecer un enriquecimiento indebido del usuario que aprovecha como comunicación pública y es justo que se resarza de ese aprovechamiento del servicio.

Por otro lado, es inconsistente el argumento de que solo esta prendido en un canal de noticias, pues al no ser un canal “abierto” y tener la opción de programa donde se aprovecha el fonograma, corresponde, como dice el preopinante el Dr. Fremiort Ortiz, profesor titular de la materia en la Facultad de Derecho y C. S. de la U.NA., “Resulta indivisible la programacion”, y fundamenta con mucho acierto, diciendo: “porque no se puede dividir la emision de los programas de acuerdo al gusto del auditorio”. Desde luego, las sociedades de gestión tienen un modo de evaluar el uso de los canales de acuerdo al índice de medición de tarifas, que responde a un índice de audición de cada programación y que está valorada de conformidad a música indispensable, necesaria o secundaria, pero que en cualquiera de los casos es utilizado el fonograma, pues la copia del mismo es la fuente de emisión.

Por otro lado, el hecho de argumentar que el accionante ya desconectó el televisor, es una defensa intrascendente dado que sería muy fácil eludir el pago amenazando la no utilización, pero, si usa en las habitaciones la televisión de cable no puede decir que no lo usa en el recibidor del hotel, donde tiene comprobadamente un televisor.-

Por estas consideraciones soy del mismo criterio del preopinante y, debe confirmarse con costas la S. D. N° 381 de fecha 19 de julio de 2006.

A su turno el magistrado Dr. Marcos Riera Hunter, manifestó que se adhiere a ambos votos, en cuanto son complementarios, debiendo imponerse las costas, en el orden causado, en ambas instancias, entendiendo a que la cuestión planteada ha exigido interpretación jurisprudencial.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando conmigo Señores Miembros de conformidad, quedando acordada la Sentencia que sigue, todo por ante mí, de que certifico. RESUELVE: Confirmar, la S.D. N° 381 de fecha 19 de Julio de 2.006, dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Séptimo Turno, de esta Capital,

por los fundamentos expuestos en el considerando de la presente resolución. Imponer, las costas en ambas instancias a la parte perdedora, conforme al principio general enunciado en el Art. 192 del Código Procesal Civil. Anotese, regístrese, notifíquese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

*Miembros: Carmelo A. Castiglioni, Fremiort Ortiz Pierpaoli y Marcos Riera Hunter. Ante mí: Federico Millar Tellechea. Actuario Judicial.*

#### ACUERDO Y SENTENCIA N° 156

##### **POSESION.** Poseedor de Buena o de mala fe

El poseedor de buena fe, está asimilado casi al propietario, siendo la línea de separación, solo el hecho administrativo de la inscripción de esa posesión al registro habilitado para el efecto, previo el cumplimiento de algunas formalidades. (Voto en mayoría)

##### **INSTRUMENTOS PRIVADOS**

En el caso que nos ocupa, efectivamente el vehículo siniestrado no está inscripto en el Registro respectivo, pero este hecho no implica que el mismo sea ilegal, ya que no existe en autos ninguna denuncia en la Policía ni Fiscalía que el citado vehículo registre algún antecedente ya sea como de robo o secuestro del mismo. El contrato privado compraventa, no ha sido redargüido de falso por los demandados, ni impugnado por ninguna otra circunstancia, de modo que el mismo surte todos sus efectos legales como instrumento privado válido para el fin adquirido. (Voto en mayoría)

##### **EXCEPCION DE FALTA DE ACCION**

En virtud del art.2071 del C.C., en autos no consta el instrumento de la registración y, por tanto, no está probada la condición de propietario y la falta de acción es procedente. (Voto en disidencia del DR. Carmelo Castiglioni)

Trib. De Apel en lo Civ. Y Com. Quinta Sala. 09-12-2009. "Cesar Augusto Ocampos Segovia c. Alberto Ramon Recalde Carmagnola y otra s/ Indemnización de Daños y Perjuicios". (Ac. y Sent. N° 156)

Asunción, 9 de diciembre de 2009.

Cuestiones:

Es nula la sentencia apelada?

Se dicto esta conforme a derecho?

Practicado el sorteo de Ley resultó el siguiente orden de votación: Fremiort Ortiz Pierpaoli, Carmelo A. Castiglioni Linneo Ynsfran Saldivar.

A la primera cuestion planteada el Dr. Fremiort Ortiz Pierpaoli dijo: El recurrente no fundamentó el recurso de nulidad deducido en autos. 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, conforme lo disponen los art. 113 y 404 del Código Procesal Civil. En consecuencia, el mismo debe ser declarado desierto. Doy pues mi voto en este sentido.

A sus turnos los magistrados Carmelo A. Castiglioni y Linneo Ynsfran Saldivar, manifestaron adherirse al voto precedente, por los mismos fundamentos.



A la segunda cuestion planteada por el Dr. Fremiort Ortiz Pierpaoli, prosiguió diciendo: Agravia al recurrente la sentencia dictada en autos, que resolvió: “Hacer lugar, a las excepciones de falta de acción deducidas por los señores Alberto Ramon Recalde Carmagnola y Salustiana Cabrera de Aguilar. Rechazar la demanda ordinaria por indemnizacion de daños y perjuicios promovida por el Sr. Cesar Augusto Ocampos Segovia e Imponer las costas a la parte vencida”.

Sostiene el recurrente en su memorial de fs. 228 y sgtes. de autos, luego de una sinopsis presentada sobre el caso de autos, en el que resume los antecedentes del caso en estudio. En primer lugar analiza los argumentos sustentados por el A quo para rechazar la presente demanda y dejar sin preparación alguna los daños sufridos por su representado. Luego en el Numeral tercero de su memorial de fs. 4, fs. 231 del expediente, presenta los argumentos contra la sentencia recurrida, sentando su posición en el sentido de demostrar a este Tribunal las contradicciones en que incurrió el A quo, como por ejemplo cuando el mismo rechaza la validez del contrato privado de compraventa del vehículo siniestrado de la parte actora y sin embargo concede toda validez al contrato privado de venta de vehículo de la demandada señora Salustiana Cabrera de Aguilar, agregado a fs. 102 de autos, por el que sostiene que la misma ha dejado de ser propietaria del taxi que ocasionó el accidente, conforme al contrato de compraventa privado que presenta.

Sostiene también, que el vehículo del demandante no es ilegal, porque no se encuentra inscripto en el Registro del Automotor y que por este hecho no puede promover demanda por indemnización de daños y perjuicios. Porque, como consta en autos, el mismo fue adquirido por compra en carácter de dueño, y por este motivo no es ilegal, y además no está denunciado por ningún instrumento público en sede fiscal o policial. En este sentido, cita a favor de su representado el art. 1.909 del Código Civil que dispone que el poseedor es quien tiene sobre una cosa el poder físico inherente al propietario, o al titular de otro derecho real que le confiera. Asimismo cita algunas jurisprudencias por las que la excepción de falta de acción no corresponde en casos como el que se debate en autos. Señala luego los distintos elementos probatorios agregados a estos autos, que certifican el derecho del actor, y más aún cuando que el mismo taxi venía de contramano en el momento de causar la colisión, hecho que está contra todo reglamento de tránsito, debiendo ser responsable solo por este hecho, de los perjuicios causados a terceros.

Por todas estas explicaciones, pide a este cuerpo colegiado, se sirva dictar sentencia, revocando, con costas, en todas sus partes la sentencia dictada en autos, por corresponder así en estricto derecho.

Corrido el traslado del memorial arriba citado a la otra parte, ésta contestó en tiempo hábil, en los términos relacionados en el escrito agregado a fs. 244 de autos, negando los extremos sostenidos por el recurrente, así como que el escrito de expresión de agravios presentado por el mismo no reúne los requisitos establecidos por el art. 419 del Código Procesal Civil, y que la sentencia enalzada debe ser confirmada, con costas, por hallarse ajustada a derecho.

Analizando las actuaciones de autos, conforme a los distintos elementos de convicción arimados al presente juicio, así como a las alegaciones fácticas de las partes y las reglas de la sana crítica prevista en el art. 269 y demás concordantes del Código Procesal Civil, este

Tribunal es de criterio que la sentencia dictada en autos, debe ser revocada en todas sus partes por no hallarse ajustada a derecho, en mérito a los siguientes fundamentos.

En efecto, está acreditado en autos, que a fs. 5, el actor adquirió en compra el vehículo que fue accidentado en la fecha indicada en el escrito de promoción de demanda, en las condiciones señaladas en el mismo, que le instituye como poseedor del vehículo, con los alcances establecidos en el art. 1.909 del Código Civil, según el cual “Poseedor es quien tiene sobre una cosa el poder físico inherente al propietario, o al titular de otro derecho real que lo confiera”, que, en concordancia con el art. 1.919 del mismo cuerpo legal dispone “La buena fe se presume, y basta que haya existido en el momento de la adquisición...”.

En el mismo sentido se ha proclamado que “Salvo prueba en contrario, se presume que la posesión conserva el mismo carácter con que fue adquirida. Nadie puede cambiar por sí mismo, ni por el transcurso del tiempo, las causas y las cualidades o los vicios de su posesión. El que comenzó a poseer por sí y como propietario de la cosa, continúa poseyendo como tal, mientras no se pruebe que ha comenzado a poseer por otro, se presume que sigue poseyendo por el mismo título, mientras no se pruebe lo contrario...” (Art. 1.921 CC).

En estas condiciones, se advierte que el poseedor de buena fé, como disponen las normas arriba citadas, está asimilado casi al propietario, siendo la línea de separación, sólo el hecho administrativo de la inscripción de esa posesión al registro habilitado para el efecto, previo el cumplimiento de algunas formalidades. En el caso que nos ocupa, efectivamente el vehículo siniestrado no está inscripto en el registro respectivo pero este hecho no implica que el mismo sea ilegal, ya que no existe en autos ninguna denuncia en la Policía ni Fiscalía que el citado vehículo registre algún antecedente ya sea como de robo o secuestro del mismo. Además, el contrato privado de compraventa, no ha sido redargüido de falso por los demandados, ni impugnado por ninguna otra circunstancia, de modo que el mismo surte todos sus efectos legales como instrumento privado válido para el fin adquirido.

Por otro lado, las pruebas aportadas por la parte demandante, son idóneas para el fin propuesto, es decir, para acreditar los hechos referidos en el escrito de demanda y con la agregación del contrato privado de compraventa se acredita la buena fe del demandante.

Contestes con estos antecedentes, la jurisprudencia constante y uniforme de nuestros tribunales, ha resuelto en forma reiterada a más de las mencionadas por la parte actora, las siguientes: “A fin de reclamar por los daños sufridos por un automóvil, no es imprescindible acreditar su dominio o propiedad, pues de acuerdo con el Código civil Argentino, Art. 1.079, basta ser damnificado para encontrarse legitimado para perseguir el pago de aquella. Por aplicación del precepto y de contenido del Art. Citado, se ha entendido que puede hacerlo también el usufructuario, usuario, guardián o mero tenedor, siempre que el que daño irrogase el perjuicio a su derecho...” (El Derecho, página 282, Tomo III). Además, se ha resuelto también, que “No es necesario que quien reclama la indemnización pruebe documentalente la propiedad del automotor dañado en el accidente, bastándole demostrar su posesión, pues le ampara la presunción del art. 2.412 del mismo cuerpo legal.

El art. 1.110, usa la locución usuario que comprende no solamente a quien tiene el derecho real, sino a quien tiene el simple uso de la cosa, por lo que basta que lo estuviere utilizando en el momento del accidente o que tuviese su guarda jurídica (Idem obra).

Este cuerpo legal argentino, el poseedor es equiparado al dueño de la cosa en lo que concierne al reclamo de los daños y perjuicios, derivados de los hechos ilícitos.

Por otro lado, las jurisprudencias nacionales citadas por el accionante, son determinantes y exclusivos de nuestro derecho, y que a fin de evitar sus repeticiones innecesarias, este Tribunal comparte con el contenido de las mismas.

En otro orden de ideas, y analizando las pruebas ofrecidas por las partes para acreditar sus respectivos derechos, en primer lugar surge de las actuaciones de autos, que luego del percance sufrido por el recurrente, una vez protagonizado el accidente, el día 15 de noviembre del año 2003, el demandante al mando de su vehículo venía transitando por las calle De las Llanas, a eso de las 5 de la mañana aproximadamente, a velocidad prudencial, y al llegar en la esquina formada con la calle Capitán Aranda, sufrió el imprevisto y fuerte impacto de un vehículo utilizado como taxi, al mando de Alberto Ramón Recalde Carmagnola, quien repentinamente apareció por el lado derecho del citado actor, conduciendo en sentido contrario, de la dirección obligatoria del tránsito en esa calle, es decir, de contramano, pues de las señalizaciones observadas en las fotografías agregadas a este expediente, claramente se puede observar que no está admitido subir por la calle Capitán Aranda, para salir a la esquina de la calle De las Llanas, transitando en consecuencia de contramano, contra el reglamento de tránsito de la Ciudad de Asunción. Este sólo hecho aislado demuestra la irresponsabilidad del chofer taxista, quien se presume profesional del volante siendo el único responsable de los daños causados al automotor del demandante.

Del fuerte impacto sufrido por el auto tipo Gol, fue lanzado contra una columna de la ANDE ubicada en la esquina, lado izquierdo del citado vehículo. De las consecuencias del impacto, el Sr. César Augusto Ocampos, quedó en el lugar en estado inconsciente, que gracias a la ayuda de vecinos y bomberos, pudo recibir las primeras atenciones, abandonando el lugar del chofer del taxi, poniendo de manifiesto una vez más su irresponsabilidad, conforme relatan algunos testigos.

Las demás pruebas ofrecidas por la parte accionante, consisten en las declaraciones testificales de los Señores Cesar Ramon Baez Acosta (fs. 152), y Carmen Susana Berni de Recalde (fs. 153), son coincidentes en cuanto a las consecuencias y abandono de que ha sido objeto el Sr. Ocampos luego de sufrir el impacto por parte del taxista quien transitaba de contramano. Además, el mismo taxista Alberto Ramón Recalde Carmagnola, en su absolucón de posiciones agregada fs. 56 de auto, reconoció al contestar la posición N° 8 que subía por la calle Capitán Aranda, pero que no sabía que era contramano, lo cual no sirve como justificativo para cometer la infracción señalada.

A todos estos elementos de juicios que son coincidentes y corroborantes de la exposición de los hechos como se produjo el accidente, hay que agregar también las fotografías agregadas a fs. 32 a 36, donde claramente se observan las señales que indican el sentido de las calles, así como la constitución del Juzgado en el lugar donde se produjo el siniestro, de fs. 166, donde consta que en la esquina de Capitán Aranda y Gobernador Irala hay un cartel de flecha que indica la dirección que debe observar el tránsito señalado el camino derecho y girar a la izquierda. Menciona que este cartel es visible desde aproximadamente 10 metros.

Respecto al quantum de la suma reclamada, igualmente se halla acreditado con la agregación a estos autos de los documentos que avalan los gastos efectuados por el recurrente para reparar su vehículo, así como para restaurar su salud, que fueron debidamente reconocidos por los que expidieron los presupuestos y gastos a los que debían recurrir para la reparación total del vehículo.

Todos estos elementos de juicios producidos por la parte actora, considerados en su conjunto, corroboran las afirmaciones del recurrente, estando acreditado que el accidente se produjo por la irresponsabilidad del chofer taxista que estuvo al mando del mismo, sr. Alberto Ramón Recalde Carmagnola y la copropietaria del citado vehículo señora Salustiana Cabrera de Aguilar, porque según informe de la Dirección General del Registro del Automotor, la misma seguía siendo propietaria del vehículo, en la fecha que se produjo el accidente de tránsito.

En estas condiciones, no existe otra alternativa que la aplicar en el sub examine la disposición del art. 1.835 y demás concordantes del Código Civil, que estatuye “Existirá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio en su persona, en sus derechos o facultades, o en las cosas de su dominio o posesión. La obligación de reparar se extiende a toda lesión material o moral causada por el acto ilícito...”. Asimismo, la responsabilidad indirecta de la propietaria del vehículo, se halla prevista en el art. 1.842 del mismo cuerpo legal, que dispone “El que cometiere un acto ilícito actuando bajo la dependencia o con autorización de otro, compromete también la responsabilidad de éste.

A estas disposiciones específicas, cabe agregar también lo preceptuado por el art. 1.833, que contiene el principio general de que “El que comente un acto ilícito, queda obligado a resarcir el daño...”.

Ahora bien, respecto al quantum de la suma a ser abonada en concepto de daños y perjuicios, en sus diversos aspectos, como daño emergente, el documento agregado a fs. 12 de la Firma Auto Partes, Repuestos y Accesorios, fue debidamente reconocido por el propietario Sr. Amparo Claudio Pedrozo a fs. 160 de autos. Asimismo fue reconocida también la Firma del Sr. Luis Oscar Gómez Fleitas del documento agregado a fs. 11 del taller de chapería y pintura de fs. 180 de autos; asimismo se hallan agregados a autos algunos documentos que señalan la concesión de diversos préstamos al demandante, así como el informe del Cuerpo de Bomberos Voluntarios del Paraguay, agregados a fs. 194 a 197, donde también manifiesta que por datos recogidos del ambiente el taxi transitaba de contramano en el momento del accidente.

En lo relativo al daño moral, el art. 1.835 del Código Civil arriba citado, también tiene previsto la concurrencia del daño moral, por los golpes recibidos por el demandante en ocasión del accidente, conforme se acreditan también con los documentos agregados a fs. 9, 10, 14, 15, 16, 17 y culmina con las fotografías agregadas de fs. 18 al 28, que revelan la situación real de las personas y los bienes que fueron afectados por el accidente cometido por el taxi en cuestión. Todo este cúmulo de pruebas, es correcta y la suma justipreciada de la cantidad de Gs. 20.000.000 en este concepto.

Por tanto, atento a lo brevemente expuesto, a mérito de las consideraciones precedentemente expuestas, soy de criterio que la sentencia dictada en autos, debe ser revocada en todas sus partes, con costas.

A su turno el magistrado Carmelo A. Castiglioni, dijo: Que, por S.D. N° 801 de fecha 7 de noviembre de 2007, el Juzgado en lo Civil y Comercial del Séptimo Turno, de esta Capital, por lo cual se hace lugar a la excepción de falta de acción y se rechaza la demanda de daños y perjuicios.

Que, la excepción de falta de acción se basa en la no presentación del título que prueba la propiedad de vehículo cuya propiedad se atribuye el demandante en su escrito inicial de demanda. Desde luego el art. 2.071 del CC, dispone claramente “La propiedad de (...) vehiculo automotor debe inscribirse en la dirección general de los registros y su transmisión no podra hacerse sino por escritura pública”. Que, en autos no consta el instrumento de la registración y, por tanto, no está probada la condición de propietario y la falta de acción es procedente y, el rechazo de la demanda, basado en ello. Costas a la parte apelante. Es mi voto.

A su turno el magistrado Linneo Ynsfran Saldívar, manifestó adherirse al voto del preopinante, Fremiort Ortiz Pierpaoli, por los mismos fundamentos.

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

**RESUELVE:** Declarar desierto el recurso de nulidad. Revocar, el numeral 1 de la sentencia recurrida, que hizo lugar a la Excepción de Falta de Acción deducida por los demandados Alberto Ramón Recalde Carmagnola y Salustiana Cabrera de Aguilar, con costas, por los fundamentos expuestos en el considerando de la presente resolución. Revocar, el numeral 2 de la S.D. N° 801 de fecha 7 de noviembre de 2007, dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Séptimo Turno, de esta Capital, y en consecuencia, Hacer lugar, a la presente demanda que por indemnización por daños y perjuicios, daño emergente y daño moral promovió el Sr. Cesar Augusto Ocampos Segovia contra los Señores Alberto Ramón Recalde Carmagnola y Salustiana Cabrera de Aguilar, por la suma de Gs. treinta millones quinientos noventa mil (Gs. 30.590.000), más los intereses del 2,50% que serán liquidados a partir de la fecha de la sentencia de primera instancia, una vez que la presente resolución quede firme y ejecutoriada. Anotese, regístrese, notifíquese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

*Miembros: Carmelo A. Castiglioni, Linneo Ynsfran Saldívar y Fremiort Ortiz Pierpaoli.*

*Ante mí: Federico Miller Tellechea. Actuario Judicial.*

#### ACUERDO Y SENTENCIA N° 160

*Cuestión debatida: En estos términos quedó trabada la litis, y corresponde a este Tribunal analizar las constancias de autos, así como que la disposición del Art. 409 del Código Procesal Civil, que instituye la acción autónoma de nulidad, si sus presupuestos se hallan cumplidos o no, es decir si se acreditó en autos el perjuicio que produjo a la actora la transferencia por contrato privado efectuada por su esposo, en la suma de Gs. 27.000.000.*

**ACCION AUTONOMA DE NULIDAD**

En virtud del art.409 del C.P.C., se deduce que dicha acción se da para aquellos casos en que un tercero pueda resultar afectado por la emisión de una sentencia definitiva en el que no fuere parte.

**ACCION AUTONOMA DE NULIDAD**

La acción autónoma de nulidad, favorece al tercero afectado por una sentencia definitiva, donde no fue parte y, en consecuencia, resta eficacia a la cosa juzgada, respecto del interés del afectado.

**SOCIEDAD CONYUGAL. Bienes gananciales**

No puede uno de los cónyuges vender un inmueble de la sociedad conyugal y anularse dicha venta y las partes quedarse con el dinero. Es un principio de la nulidad de que no existe tal si es que no existe perjuicio, y entonces debió demostrar que el precio del inmueble no benefició a la sociedad conyugal, sino solo al cónyuge que lo vendiera.

**SOCIEDAD CONYUGAL. Bienes gananciales**

No puede, quien se beneficia de un acto ilícito, pedir la nulidad del acto, sin demostrar que no le benefició ese hecho siendo que al ser un bien ganancial la presunción es que el precio del inmueble ingreso a la sociedad conyugal, no puede violarse el principio de la buena fe que sostiene toda la estructura del Código Civil al disponer en el art. 872 del C.C. que los derechos deben ser ejercidos de buena fe.

Trib. De Apel en lo Civ. Y Com. Quinta Sala. 14-12-2009. “Gladys Graciela Machuca de Segovia s/ Acción Autónoma de Nulidad”. (Ac. y Sent. N° 160)

Asunción, 14 de diciembre de 2009.

Cuestiones:

Es nula la sentencia apelada?

Se dictó esta conforme a derecho?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden: Fremiort Ortiz Pierpaoli, Linneo Ynsfran Saldívar y Carmelo A. Castiglioni.

A la primera cuestión planteada el Dr. Fremiort Ortiz Pierpaoli dijo: los representantes convencionales de las partes, tanto el abogado O. O. O., representante de la demandada así como el Dr. R. B., por la parte actora, recurrieron la sentencia dictada en autos, interponiendo los recursos de nulidad y apelación contra la S.D. N° 55 de fecha 26 de febrero de 2007, dictada por el juzgado en lo civil y comercial del 11° turno de esta capital. De ambos mandatarios, el abogado R. B., sólo él fundamentó el recurso de nulidad. El otro profesional no hizo lo mismo. Los agravios sostenidos por el nulidicente, puede ser estudiando, considerado y resuelto a través del recurso de apelación, también interpuesto, habida cuenta que el mismo va implícito en el de apelación. (Art. 405 CPC). Por lo demás, no se observan vicios, errores, defectos u omisiones graves de carácter procesal que hagan viable la nulidad de oficio de la sentencia dictada en autos, conforme lo disponen los art. 113 y 404 del Código Procesal Civil. En consecuencia, el mismo debe ser declarado desierto respecto a la parte demandada y desestimado con relación al representante de la parte actora. Doy pues mi voto en este sentido.

A sus turnos los magistrados Linneo Ynsfran Saldivar y Carmelo A. Castiglioni, manifestaron adherirse al voto precedente, por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada por el Dr. Fremiort Ortiz Pierpaoli, prosiguió diciendo: agravia a los recurrentes la sentencia dictada en autos, que resolvió: “Hacer lugar, parcialmente a la demanda de acción autónoma de nulidad promovida por la sra. Gladys Graciela Machuca contra el sr. Pedro Alio Brizuela e Hiram Osvaldo Segovia Mazacote, y en consecuencia, declarar la nulidad parcial en cuanto al segundo punto de la S.D. N° 580 de fecha 20 de julio de 1995, dictada por el de igual clase y jurisdicción del 6° turno y la cancelación de la inscripción a favor del Sr. Pedro Alio Brizuela en los Registros Públicos, del 50% de la Finca N° 8.192 del Distrito de San Roque, por los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución, e imponer las costas a la parte demandada”.

Sostiene el abogado O. O.O., en representación del demandado Pedro Alio Brizuela, que su representado “adquirió el 100% del inmueble comprado y no sólo el 50% como lo establece el Juzgado en su resolución, siendo el segundo juicio iniciado por la actora luego de seis largos años de haberse promovido la acción de Obligación de Hacer Escritura Pública y otros contra el Sr. Hiram Osvaldo Segovia M., así como lo tiene deslindado el Juzgado en su resolución hoy recurrida, la S.D. N° 55 de fecha 26 de febrero de 2007, obrante a fs. 161 de estos autos, por causar agravios irreparables a mi mandante dicha resolución.

Termina pidiendo que en su oportunidad este Tribunal dicte sentencia, no haciendo lugar, con costas, la presente acción.

Corrido traslado del memorial arriba citado a la otra parte, el abogado R. B. contestó el mismo en tiempo hábil, en los términos relacionados en el escrito agregado a fs. 182 y sgtes. Negando los extremos sostenidos por el recurrente, y solicitando de este Tribunal dictar resolución haciendo lugar a la nulidad planteada en la presente acción, declarando la nulidad de estos autos a partir de la apertura de la causa a prueba, o en su defecto, hacer lugar al recurso de apelación presentado por el mismo, y en consecuencia revocar la sentencia recurrida en la parte que hace mención al 50% del inmueble objeto de la litis, debiendo el mismo decretar la nulidad del 100% de la sentencia dictada en autos, con expresa condenación en costas.

En estos autos, se presentó el Dr. R. B. invocando la representación de la Sra. Gladys Graciela Machuca de Segovia, esposa del demandado en este juicio de acción autónoma de nulidad sr. Hiram Osvaldo Segovia Massaccotte, quien no se presentó a contestar esta demanda, que fue promovida por la actora contra su propio esposo, ya que no existe ni existió juicio por disolución y liquidación de sociedad conyugal, habiéndose acusado al mismo la rebeldía para contestar esta demanda, por A.I. N° 1.127, de fecha 24 de junio de 1999 y por decaído el derecho que tenía para contestarla. en el presente juicio, solicitó la nulidad de la S.D. N° 580, de fecha 20 de julio de 1995 dictada en el juicio “Pedro Alio Brizuela c/ Iram Osvaldo Segovia Massacotte s/ Obligacion de hacer escritura publica y otros”, basado en el hecho que el inmueble que fuera objeto de dicho juicio era de su propiedad, por pertenecer dicho inmueble a la sociedad conyugal que por el hecho del matrimonio, tenía con su esposo.

Al contestar la demanda el representante del demandado Pedro Alio Brizuela Sanabria, negó los hechos articulados en la demanda, sosteniendo que el contrato de compraventa

privado agregado a fs. 10 del juicio traído a la vista, el esposo de la demandante en estos autos transfirió el 100% de la Finca reclamada en autos, por la suma de Gs. 27.000.000 y que lo hizo a nombre propio y de su esposa en virtud de la disposición del Art. 39, Inc. 2° y 41, de la Ley N° 1/92, de Reforma Parcial del Código Civil que dispone “Uno de los cónyuges asume la representación de la comunidad, cuando...2) Si el otro cónyuge se encuentra ausente en lugar remoto, o si se ignora su paradero y el Art. 41 que estatuye “Para las necesidades ordinarias del hogar la comunidad puede ser administrada indistintamente por el marido o por la mujer. Si uno de ellos abusa de este derecho, el juez puede limitárselo a las instancias del otro”. Este aserto trae a colación el representante del demandado, basado en el hecho que por razones de salud un hijo del matrimonio se encontraba grave y tuvo que viajar al exterior en compañía de su madre, y la venta del inmueble en cuestión era para juntar fondos que invertiría en la salud del citado hijo, razón por la que la misma no firmó el contrato agregado a fs. 10 del juicio traído a la vista.

En estos términos quedó trabada la litis, y corresponde a este Tribunal analizar las constancias de autos, así como que la disposición del Art. 409 del Código Procesal Civil, que instituye la acción autónoma de nulidad, si sus presupuestos se hallan cumplidos o no, es decir si se acreditó en autos el perjuicio que produjo a la actora la transferencia por contrato privado efectuada por su esposo, en la suma de Gs. 27.000.000.

En efecto, el Código Procesal Civil, en el Art. 409 dispone que “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 inhabilidad de título fuesen insuficientes para reparar los agravios que aquellas resoluciones pudiesen haberles ocasionado”.

En virtud de la disposición legal arriba señalada, se deduce que dicha acción se da para aquellos casos en que un tercero pueda resultar afectado por la emisión de una sentencia definitiva en el que no fue parte.

Sobre esta institución, la jurisprudencia constante y uniforme de nuestros tribunales ha sentado el principio, que “La acción autónoma de nulidad, consagrada por el Art. 409 del Código Procesal Civil, favorece al tercero afectado por una sentencia definitiva, donde no fue parte y, en consecuencia, resta eficacia a la cosa juzgada, respecto del interés afectado”.

Traído a la vista el Expediente caratulado “Pedro Alio Brizuela c/ Iram Osvaldo Segovia Massacotte s/ Obligacion de hacer escritura publica y otros” en él se ha dictado la S.D. N° 580 de fecha de 20 de julio de 1995, emanada del Juzgado en lo Civil y Comercial del Sexto Turno (fs. 123 de los autos principales agregado por cuerda separada), se hizo lugar a la demanda que por obligación de hacer escritura pública promovió el Sr. Pedro Alio Brizuela contra Hiram Osvaldo Segovia, esposo de la demandante en estos autos Gradys Graciela Machuca de Segovia, en la que se fijó el plazo de 10 días para que el demandado otorgue la correspondiente escritura de transferencia del inmueble individualizado como Finca N° 8.192 del Distrito de San Roque, bajo apercibimiento de que si así no lo hiciese, el Juzgado lo haría en su representación. A fs. 114 y sgtes., consta la inscripción en la Dirección General de los Registros Públicos el título de propiedad correspondiente a favor del Sr. Pedro Alio Brizuela, por la transferencia efectuada en el juicio arriba citado, en la proporción del 100% del inmueble, transferencia efectuada por el Juzgado del Sexto Turno, haciendo efectivo el apercibimiento dispuesto para el efecto,



como constan con la agregación de la citada escritura a fs. 43 y sgtes. y 120 y sgtes., de autos.

Frente a estas alternativas, y analizando la sentencia dictada en autos, desde el punto de vista estrictamente objetivo, conforme a las probanzas rendidas en el presente proceso, el Juzgado resolvió que “ante la circunstancia de que se ha privado a una persona de un bien de su propiedad en la porción correspondiente, este Juzgado concluye que el acto de transferencia por escritura pública formalizada ante el Juzgado del 7° Turno es parcialmente nula, en la parte que afecta a la Señora Machuca de Segovia”. Esta interpretación se basamenta en los párrafos que precedieron en la misma sentencia, diciendo el A quo que “...cabe expresar que el adjudicado no ha demostrado que la accionante haya estado ausente al tiempo en que el marido dispuso sobre el bien objeto del juicio”.

Sin embargo, la apreciación del A quo que antecede, no se ajusta a la verdad procesal y real de los hechos, teniendo a la vista el instrumento público agregado a fs. 4, presentado por el mismo representante de la demandante, y que se relaciona con un permiso de menor para salir del país, expedido por la Directora General de Protección de Menores, donde consta que la Sra. Gladys Graciela Machuca de Segovia, en fecha 8 de abril de 1992, viajó a la Ciudad de Buenos Aires, por el término de 90 días, acompañando a su menor hijo J. J. S. M.. El mismo representante convencional de la actora reconoce en el escrito de promoción de demanda, a fs. 8 que: “en la fecha que se consignó en el documento suscrito exclusivamente por el marido de mi mandante (día 11 de mayo de 1992) ésta vivía más en el exterior detrás de la salud de un hijo que en el país...”.

Estos presupuestos se hallan previstos en el Art. 39, Numeral 2 de la Ley N° 1/92, de Reforma del Código Civil vigente, en el que se dispone que “Uno de los cónyuges asume la representación de la comunidad,...2) Si el otro se encuentra ausente, en lugar remoto o si se ignora su paradero”, así como el Art. 41 de la misma ley complementaria que estatuye “Para las necesidades ordinarias del hogar la comunidad puede ser administrada indistintamente por el marido o por la mujer...”.

Ambas disposiciones se fortalecen con lo dispuesto en el art. 45 de la citada disposición legal cuando dispone que: “Cada cónyuge podrá sin autorización realizar gastos urgentes con carácter necesario, aunque sean extraordinarios”. Y, el representante de la parte actora, en su escrito de promoción de demanda manifestó al Juzgado que “mi mandante vivía más en el exterior detrás de la salud de un hijo...”. Todo esto desemboca en la concordancia que guardan los citados arts. con el contenido del Art. 49 de la misma ley, que dice: “Cuando el acto constituyere un fraude a los derechos del consorte, el demandado podrá demandar su nulidad, siempre que el tercero adquirente hubiere procedido de mala fe”. Y en el caso de autos, esta mala fe del comprador del inmueble no se halla de mostrado, por cuanto la mala fe no se presume, porque debe ser demostrado y probado. En el subjuicio, por el contrario, consta a fs. 3 del expediente principal traído a la vista, caratulado “Pedro Alio Brizuela c/ Iram Osvaldo Segovia Massacotte s/ cumplimiento de contrato y obligación de hacer escritura pública”, tramitado ante el Juzgado en lo Civil del 6° Turno, Secretaría N° 12, a cargo de la entonces Actuaría Rumelia Espínola Benítez, que por Escritura Pública N° 23, de fecha 31 de diciembre de 1991, pasada ante la Escribanía a cargo del Sr. Francisco Solano Alfonso, compareció el Sr. Hiram Osvaldo Segovia Mazzacotte acompañado de su

esposa Gladys Graciela Machuca de Segovia, transfiriendo el inmueble inscripto como Finca N° 8.192 del Distrito San Roque, a favor del Dr. Pedro Alio Brizuela Sanabria. Esta transferencia no se perfeccionó por haber desistido los vendedores de la citada transferencia.

Posteriormente, por Escritura Pública N° 42, de fecha 20 de abril de 1992, pasada ante el mismo escribano arriba citado, con la presencia de las mismas partes, fue formalizada nuevamente la venta del mismo inmueble, pero no se llegó a perfeccionar el acto por incomparecencia de las partes (Ver fs. 4 y sgtes.).

Estos testimonios si bien no fueron perfeccionados por los motivos señalados, lejos de constituir mala fe, constituyen pruebas de la buena fe que animaba al comprador, y que la actora en estos autos ya estaba en antecedentes de la intención de la venta del inmueble por ambas partes.

A todo estos antecedentes corresponde agregar que el demandado Hiram Osvaldo Segovia Mazzacotte, esposo de la parte actora, no contestó esta demanda ni siquiera presentó sus alegatos, circunstancias que se prestan a dudas dada la vinculación de marido y mujer que revisten los mismos.

En lo relativo al punto que guarda relación con la falta de notificación del codemandado Hiram Osvaldo Segovia Mazzacotte, de la providencia de apertura a prueba en este juicio, que provocaría eventualmente un error in procedendo, es importante determinar la responsabilidad y culpa que le correspondería a quien la invoca, ya que la actora es nada menos que la esposa del mismo, interesados ambos, en consecuencia, en la dilación del presente juicio que se ha evidenciado con el silencio en la etapa de contestación de la demanda, al dejarse acusar la rebeldía.

Por otro lado, la actora en el presente juicio de Acción Autónoma de Nulidad, manifestó al Juzgado que “El juicio más arriba citado se tramitó en total y absoluto desconocimiento de mi mandante, y recién en la fecha en que el oficial de justicia se constituyó en el domicilio pudo informarse de la existencia del mismo... (sic). Vale decir, que tomó conocimiento de la existencia del anterior juicio de Obligación de Hacer Escritura Pública promovida por el Dr. Pedro Alio Brizuela Sanabria (comprador del inmueble) contra el Arq. Pedro Osvaldo Segovia Mazzacotte (vendedor del mismo), esposo de la actora que fueron perdidosos en ambas instancias. En estas condiciones, es aplicable aquel adagio que dice que a confesión de parte relevo de prueba, porque si tomó conocimiento y no impugnó por los medios legales a su alcance, no puede alegar indefensión, y menos, cuando tan siquiera no mencionó en qué fecha tomó dicho conocimiento, y más aún cuando la representación de la parte demandada ha expresado que evidentemente ha confundido al Ujjer notificador por un Oficial de Justicia, porque la conclusión resulta obvia, pues en el citado juicio agregado por cuerda separada, en el que no existe libramiento de mandamiento alguno, ni actuación de la función propia del mencionado funcionario, evidenciándose por lo que ha expresado la actora, que allí tomó conocimiento de la existencia real del referido juicio, tornándose improcedente, por tanto, el recurso de nulidad interpuesto.

Por tanto, atento a lo precedentemente expuesto, soy de criterio que la sentencia recurrida, debe ser revocada en forma parcial, en la parte que hace lugar parcialmente a la demandada de Acción Autónoma de Nulidad promovida por la Sra. Gladys Graciela Machuca contra los Señores Pedro Alio Brizuela e Hiram Osvaldo Segovia Mazzacotte y en

consecuencia declara la nulidad parcial en cuanto al segundo punto de la S.D. N° 580, de fecha 20 de julio del año 1995, dictada por el Juzgado del 6° Turno en lo Civil, de esta Capital, y la cancelación de la inscripción a favor del Sr. Pedro Alio Brizuela en los Registros Públicos, del 50% de la Finca N° 8.192, del Distrito de San Roque, por los fundamentos expuestos en el considerando de la presente Resolución.

A su turno el Dr. Carmelo Castiglioni, dijo en cuanto al recurso de apelación: Que, por S.D. N° 55 de fecha 26 de febrero de 2007, el Juzgado en lo Civil y Comercial del Décimo Primer Turno, de esta Capital, se hizo lugar a la acción autónoma de nulidad, por la que se deja sin efecto una sentencia por la que se hizo lugar a una demanda por obligación de hacer escritura pública, y daños y perjuicios. La accionante de nulidad manifiesta que la misma no se dio su autorización para la venta y dijo que estaba en Buenos Aires mientras eso sucedía.

Que, comparto el criterio del preopinante, el Prof. Dr. Fremiort Ortiz Pierpaoli, pero agregó que no puede uno de los cónyuges, fundado en que el inmueble corresponde a una sociedad conyugal, pedir la nulidad si es que el precio del inmueble benefició a dicha sociedad conyugal, y la misma nada ha señalado respecto del precio percibido por la sociedad conyugal, lo cual quiere decir que le benefició dicha venta. Por tanto, si no hay perjuicio, no hay nulidad. No puede uno de los cónyuges vender un inmueble de la sociedad conyugal y anularse dicha venta y las partes quedarse con el dinero. Es un principio de la nulidad de que no existe tal si es que no existe perjuicio, y entonces, debió demostrar que el precio del inmueble no benefició a la sociedad conyugal, sino sólo al cónyuge que lo vendiera. Por el contrario, anulando la escrituración, si la sociedad conyugal se queda con el dinero del precio del inmueble escriturado y beneficia a quien ahora pide la nulidad. No puede, quien se beneficia de un acto ilícito, pedir la nulidad del acto, sin demostrar que no le benefició ese hecho siendo que al ser un bien ganancial la presunción es que el precio del inmueble ingresó a la sociedad conyugal. Por otra parte, no puede violarse el principio de buena fe, que sostiene toda la estructura del Código Civil, al disponer en el art. 372 del CC, que: “Los derechos deben ser ejercidos de buena fe” pero no puede haber buena fe si los cónyuges se beneficiaron del precio del inmueble que ahora pretenden que no fue autorizado por uno de ellos. Por lo brevemente expuesto, voto por revocatoria, con costa, a la parte apelante.

A su turno el magistrado Linneo Ynsfran Saldívar, manifestó adherirse 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, por ante mí de que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue de inmediato.

**RESUELVE:** Desestimar el recurso de nulidad interpuesto en autos. Confirmar, en forma parcial, la S.D. N° 55 de fecha 26 de febrero de 2007, dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Undécimo Turno, de esta Capital, en la parte que hace lugar parcialmente a la demanda promovida por Acción Autónoma de Nulidad la Sra. Gladys Graciela Machuca contra los Señores Pedro Alio Brizuela e Hiram Osvaldo Segovia Mazzacotte, y en consecuencia declara la nulidad parcial en cuanto al segundo punto de la S.D. N° 580 de fecha 20 de julio de 1995, dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Sexto Turno de esta Capital, y la cancelación de la inscripción en los

---

Registros Públicos, del 50% de la Finca N° 5.182, del Distrito San Roque, por los fundamentos expuestos en el considerando de la presente resolución. IMPONER, las costas en el presente juicio, a la parta actora. Anotese, regístrese, notifíquese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

*Miembros: Carmelo A. Castiglioni, Linneo Ynsfran Saldívar y Fremiort Ortiz Pierpaoli.  
Ante mí: Federico Miller Tellechea. Actuario Judicial.*

# TRIBUNAL DE APELACION DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

A.I.N° 276

**MAGISTRADO.** Facultades del magistrado.

Este tribunal carece de competencia para un pronunciamiento sobre criterios diferentes entre Juzgados y Defensores, naturalmente teniendo en cuenta las enunciaciones del artículo 161 del C.N. y A.

**MINISTERIO DE LA DEFENSA PÚBLICA.** Defensor de la Niñez y Adolescencia

La mera interpretación de normas jurídicas, donde puede haber disidencias entre la Jueza y el Defensor, por esencia implica la inexistencia de agravios que resolver y que, a su vez, constituye la base ineludible para que el Tribunal resuelva una determinada cuestión sometida a su consideración.

**MINISTERIO DE LA DEFENSA PÚBLICA.** Defensor de la Niñez y Adolescencia.  
Intervención.

No cabe dudas que, unidas las disposiciones de los artículos 162 y 168 del C.N. y A. , los defensores tienen necesaria intervención en los juicios de tutela, adopción, pérdida de la patria potestad y maltrato.

**MINISTERIO DE LA DEFENSA PÚBLICA.** Defensor de la Niñez y Adolescencia.  
Intervención.

La palabra intervención que los artículos 162 y 168 del C.N. y A. puede tener también otra connotación: la intervención del Defensor con carácter consultivo, esto signifique, que antes de dictar una sentencia definitiva o alguna otra resolución dentro de un juicio determinado, el Juzgado corra vista al Defensor del Niño con el objeto de saber su opinión sobre la cuestión que debe resolver.

**MINISTERIO DE LA DEFENSA PÚBLICA.** Defensor de la Niñez y Adolescencia.  
Intervención. Carácter consultivo

Si luego de concluidas las tramitaciones de un juicio de convivencia o de reraconamiento, un aumento o disminución de asistencia alimentaria sin que en dichos juicios el Defensor no tuvo participación en las audiencias, en especial en las audiencias en las cuales el niño dio su opinión, la vistas con el carácter consultivo no tienen carácter de ser.

**MINISTERIO DE LA DEFENSA PÚBLICA.** Defensor de la Niñez y Adolescencia.  
Intervención.

Habrán juicios en los cuales la opinión del Defensor del niño puede ser gravitante, como en los procesos de reconocimiento o impugnación de la paternidad, procesos en los que estimo deben incluirse la intervención necesaria de la figura creada para propender a la defensa de los niños, y habrá otros en los cuales se corre la vista solamente para dar un respiro al Juzgado antes de dictar la sentencia que corresponde.

**MINISTERIO DE LA DEFENSA PÚBLICA.** Defensor de la Niñez y Adolescencia. Intervención.

Indudablemente que en el presente caso de homologación de acuerdo sobre asistencia alimenticia, el representante de la Defensa Pública de la Niñez y Adolescencia no es parte, puesto que su intervención no fue para deducir una pretensión a ser resuelta por el Juzgado –actor o demandado– puesto que no ha protagonizado de acción alguna.

TApel. De la Niñez y Adolescencia. 20-07-2009. “E.I.D.Y s/ Homologación de Acuerdo”. (A.I.N° 276)

Asunción, 20 julio de 2.009

VISTO: El recurso de apelación interpuesto por el Defensor de la Niñez y la Adolescencia, Abog. Raúl A. Bogarín Alfonso contra el A.I. N° 31 de fecha 25 de marzo de 2009 dictado por el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia del Quinto Turno, y

#### C O N S I D E R A N D O:

Opinión del Dr. Silvio Rodríguez

Presentado el pedido de homologación de acuerdo por los señores I. R. D. R. y N. G. Y. O. con relación al niño E. I. D. Y., acuerdo en el que los nombrados progenitores llegaron a un acuerdo sobre asistencia alimenticia para el hijo en común (fl. 7), luego de algunos trámites de rigor, el Juzgado corrió vista de las actuaciones al ahora apelante por providencia de fecha 26 de diciembre de 2.008 (fl. 11 vlto.). El Defensor de la Niñez y la Adolescencia sostuvo que su intervención este juicio no era necesaria fundando su posición en la disposición contenida en el artículo 168 del C.N. y A. que dice: *“Serán partes en el procedimiento el niño o adolescente, sus padres, los Defensores, y el Ministerio Público, en los casos en que así lo establezcan las leyes respectivas, sin perjuicio de los casos de adopción, pérdida de la patria potestad y maltrato, en los que los Defensores y el Ministerio Público tendrán necesaria intervención”* (fl. 12).

Así las cosas, por A.I. N° 31 del 25 de marzo de 2009, ahora recurrida, el Juzgado resolvió cuanto sigue: *“Remitir estos autos a la vista del Defensor de la Niñez y la Adolescencia, Abog. Raúl A. Bogarín Alfonso a fin de que se expida sobre el fondo de la cuestión de conformidad a lo requerido en el proveído del 26 de diciembre de 2008 y dispuso comunicar el contenido de la presente resolución a la Defensoría General”* (fl. 13). La posición asumida por la A Quo se ha sustentado en el artículo 162 del C.N. y A. que establece lo siguiente: *“Créase la Defensoría de la Niñez y la Adolescencia, dependiente del Ministerio de la Defensa Pública. Será parte esencial y legítima en los juicios de patria potestad, tutela y de adopción. En los demás procesos judiciales en que hubiese que precautelar intereses del niño o adolescente, deberá intervenir cuando éste no tuviese defensor particular”*.

Tal como puede apreciarse, se trata de criterios contrapuestos igualmente atendibles, haciendo la salvedad que en el memorial presentado por el Defensor de la Niñez y la Adolescencia solamente se repite los mismos argumentos expuestos al negarse a dar respuesta a la vista corrídole (fl. 15/16). No obstante, si bien tengo mi propia opinión sobre esta cuestión, que la expondré después, lo cierto y concreto es que este Tribunal carece de competencia para un pronunciamiento sobre criterios diferentes entre Juzgados y Defensores, naturalmente teniendo en cuenta las enunciaciones del artículo 161 del C.N. y A. En otros términos, la mera interpretación de normas jurídicas, donde puede haber

disidencias entre la Jueza y el Defensor, por esencia implica la inexistencia de agravios que resolver y que, a su vez, constituye la base ineludible para que el Tribunal resuelva una determinada cuestión sometida a su consideración. Es más, cualquiera sea el contenido de un hipotético punto de vista del Tribunal sobre este tema, no tendría carácter vinculante para la Defensoría General ni para los otros Defensores.

Sobre la base de las consideraciones que anteceden, soy de parecer que este Tribunal debe simplemente declararse incompetente para estudiar y resolver el recurso de apelación interpuesto contra la resolución recurrida. Hecha esta aclaración, expondré mi punto de vista sobre la confrontación de criterios que entre los mismos Defensores existe llegándose a extremos inconciliables entre sí. a) Por una parte, no cabe dudas que, unidas las disposiciones de los artículos 162 y 168 del C.N. y A., los Defensores tienen necesaria intervención en los juicios de tutela, adopción, pérdida de la patria potestad y maltrato. Esta es la posición asumida por el Defensor apelante en estos autos. b) La otra posición es la siguiente: Como el artículo 162 hace referencia a la patria potestad a secas, la posición contraria es que los Defensores tienen que intervenir en todos los procesos, trátase de medidas cautelares, asistencia alimentaria en todos sus aspectos y en, fin en todos los juicios en los cuales estén en juego el interés superior del niño.

En mi opinión, para una correcta hermenéutica sobre este tema, necesariamente debe hacerse la siguiente distinción. Si el Defensor interviene como parte en representación directa del niño, deviene obvio que su rol como tal debe extenderse a todo tipo de juicio ya que, como parte, tiene sobre sí esa responsabilidad. Es más, puede solicitar las medidas que considere necesaria para la efectiva protección de los derechos del niño, controlar la marcha del proceso e incluso, reclamar al Juzgado el cumplimiento de los plazos procesales, al menos esto es lo que se deduce de las prescripciones del artículo 163 del C.N. y A., preceptiva que está en concordancia con la última parte del artículo 162 del C.N. y A. que dice: *“En los demás procesos judiciales en que hubiese que precautelar intereses del niño o adolescente, deberá intervenir cuando éste no tuviese defensor particular”*, frase que confirma la premisa de la cual parto.

La palabra intervención que los artículos 162 y 168 del C.N. y A. puede tener también otra connotación: La intervención del Defensor con carácter consultivo. Esto significa que, antes de dictar una sentencia definitiva o alguna otra resolución dentro de un juicio determinado, el Juzgado corra vista al Defensor del Niño con el objeto de saber su opinión sobre la cuestión que debe resolver. Creo que aquí está el quid de la cuestión y la respuesta no puede ser unívoca. En efecto, si luego de concluidas las tramitaciones de un juicio de convivencia o de relacionamiento, un aumento o disminución de asistencia alimentaria, por citar los casos más frecuentes, sin que en dichos juicios el Defensor no tuvo participación en las audiencias, en especial en las audiencias en las cuales el niño dio su opinión, la vistas con el carácter consultivo no tienen razón de ser. En efecto, sin perder de vista que su dictamen no tiene carácter vinculante para el Juzgado, su función se reduciría a la de un simple relator para el Juzgado, función que no se halla prevista como tal entre las enunciadas en el artículo 163 del C.N. y A. En síntesis, habrá juicios en los cuales la opinión del Defensor del Niño puede ser gravitante, como en los procesos de reconocimiento o impugnación de la paternidad, procesos en los que estimo deben incluirse la intervención necesaria de la figura creada para propender a la defensa de los niños, y

habrá otros en los cuales se corre la vista solamente para dar un respiro al Juzgado antes de dictar la sentencia que corresponde.

Con estas disquisiciones estimo haber demostrado que el problema radica únicamente cuando la vista corrida al Defensor del Niño tiene el carácter consultivo que antes expuse. En cuanto a la resolución recurrida, considero apropiado que se haya remitido copia de dicha resolución para conocimiento de la Defensoría General. Efectivamente, el artículo 162 del C.N. y A. dice en su primer párrafo: “*Créase la Defensoría de la Niñez y la Adolescencia, dependiente del Ministerio de la Defensa Pública*”. Y bien, si bien el Ministerio de la Defensa Pública carece hasta el momento de una Ley Orgánica que regule su funcionamiento, en virtud de la Acordada N° 85 del 08/05/98, la Corte Suprema de Justicia estableció una reglamentación, que rige transitoriamente por supuesto, y en dicha Acordada, específicamente en el artículo 4°, inc. a), dispone que entre las atribuciones del Defensor General, en este caso Defensora General, está la de ejercer la Superintendencia técnica del Ministerio de la Defensa Pública en todo el territorio de la República y en el ejercicio de esta potestad puede ordenar instrucciones generales o particulares.

Sobre la base de las consideraciones que anteceden, como la cuestión suscitada en autos guarda relación con la interpretación de normas jurídicas y afecta al servicio que deben prestar los Defensores de la Niñez y la Adolescencia, soy de parecer que la Defensora General, en el uso de sus atribuciones, es la que debe hacer primar uno de los criterios ya analizados suficientemente por mi parte de acuerdo con otras disposiciones de la mentada Acordada, entre ellas, la creación del Consejo de Coordinación del Ministerio de la Defensa Pública (art. 1°). Finalmente, soy de parecer que en casos análogos, el Juzgado debe limitarse a comunicar a la Defensoría General de situaciones análogas que puedan presentarse o solicitar que se designe otro Defensor que reemplace al renuente a emitir su dictamen. Tal como lo explicité con anterioridad, es mi opinión sobre la única cuestión sometida a consideración de este Tribunal y me reafirmo que esta Sala no está facultada para resolver sobre la diferencia abstracta de criterios entre la Jueza y el Defensor. Así concluyo mi opinión en este caso, interesante para un curso de capacitación o un debate amplio, pero ajena a la discusión y decisión de este Tribunal.

Opinión del miembro Arnaldo Samuel Aguirre:

La resolución apelada dispuso remitir estos autos a la vista del Defensor de la Niñez y la Adolescencia del Séptimo Turno, Abog. Raúl A. Bogarín Alfonso, a fin de que se expida sobre el fondo de la cuestión de conformidad a lo requerido por proveído de fecha 26 de diciembre de 2008, a fs. 11 vlto. de autos y, dispuso comunicar el contenido de la presente resolución a la Defensora General (fs. 13 vlto.).

El Defensor de la Niñez y la Adolescencia del Séptimo Turno, Raúl A. Bogarín Alfonso, interpuso el recurso de apelación contra el referido auto interlocutorio. El núcleo de sus argumentos se circunscribe a señalar que el Código de la Niñez y la Adolescencia crea la figura del Defensor, asignándole distintas funciones, la que motiva una confusión con lo dispuesto en el artículo 162 del C.N. y A. que sin embargo es aclarada con el artículo 168 del mismo cuerpo normativa que transcribe, destacando que en los demás procesos para precautelar intereses de niños y adolescentes, deberá intervenir cuando éste no tuviere Defensor Público. Que reitera, que la mencionada norma puntualiza en los que el Defensor interviene como parte esencial y legítima, no dando lugar a otra interpretación. Que en la



homologación de la asistencia alimentaria solicitada, se desprende que corresponde al ejercicio de la patria potestad de los progenitores. Expone otras consideraciones para pedir que se tenga por presentado el presente recurso de apelación, con lo que implícitamente pide su revocatoria por no estar comprendida la intervención ordenada por el Juzgado en la ley.

La cuestión suscitada entre el Juzgado, a cargo de la Abog. Ana Ovelar Valenzuela y el referido Defensor de la Niñez y la Adolescencia, amerita un análisis por su complejidad para lo cual es necesario espigar algunos puntos que pueda arrojar luz a esta enojosa situación.

El expediente nos instruye que el Sr. I. R. D. R. y la Sra. N. C. Y. solicitaron la homologación de un acuerdo sobre asistencia alimentaria que el progenitor debe pasar a su hijo E. I. D. Y., en la suma de Gs. 700.000. En el proveído del 24 de octubre de 2007, fs. 7, entre otras cosas, la Juzgadora dispuso cuanto sigue: *“Dese intervención, en estos autos a la Defensora de la Niñez y la Adolescencia que correspondiere en razón del Turno”*. *Previo cumplimiento de algunas diligencias, el Juzgado dictó el proveído del 26 de diciembre de 2008, en el que ordenó que se corra vista a la Defensora de la Niñez y la Adolescencia correspondiente*. Estando así, el Defensor Raúl A. Bogarín Alfonso se expidió sobre la vista corrídole, argumentando que en la asistencia alimentaria no es parte el Defensor de acuerdo a la ley, por lo que se abstuvo de tomar intervención. A raíz de esta negativa del Defensor, el Juzgado dictó el auto interlocutorio ahora impugnado. Sin embargo, nótese que el Defensor al tener el expediente en su despacho, quedó notificado del primer proveído del 24 de octubre de 2007, resolución que quedó firme para él, por no interponer el pertinente recurso para obtener su revocatoria. Asimismo, quedó firme el proveído del 26 de diciembre de 2008, ya que para obviar lo resuelto por la A-Quo, también tuvo que impugnar por la vía pertinente, y no alegar que no es parte en el juicio, circunstancia que no lo exoneraba de la intervención ordenada por la A-Quo. Naturalmente, que el vocablo intervención en el derecho procesal habremos de aclarar para determinar el alcance que dieron tanto la Juzgadora como el Defensor.

Atento a lo expuesto en relación a este punto, y estando firmes las resoluciones de referencia, encuentro incomprensible y fuera del contexto del proceso, el dictamiento del A.I. N° 32 recurrido. Sostengo esta proposición asertiva porque el Juzgador debe emitir su opinión fundada en el momento de dictar la sentencia definitiva y resolver la petición de los justiciables. Mayor asombro me causa que haya concedido el recurso de apelación interpuesto por el referido Defensor contra esta resolución y en el mismo proveído llamar Autos para Sentencia en relación al fondo de la cuestión. Sí la Juzgadora consideraba que el Defensor era parte en el juicio de homologación, tuvo que suspender el dictamiento de la sentencia hasta tanto en grado superior se resuelva el recurso interpuesto. Lo más llamativo constituye que dictó la S.D N° 78, homologando el mencionado acuerdo, sin que una de las partes haya intervenido como corresponde, en este caso, el Defensor. Además, puede leerse en la referida sentencia que no mencionó la intervención del Defensor. Obsérvese que al interponerse el recurso de apelación por parte del Defensor contra el A. I. N° 32, ha perdido jurisdicción, situación procesal que cierra cualquier posibilidad de dictar sentencia definitiva, si así es entendida la cuestión. La homologación dispuesta de esa forma tiene sus consecuencias jurídicas. Implica tácitamente el reconocimiento de los agravios expuestos

por el Defensor para no intervenir en el proceso, que de donde se concluye que la resolución recurrida quedó sin sustento, y por ello, inocua, siendo un desperdicio procesal, razón por la cual su revocatoria es el único remedio jurídico para subsanar esta cuestión.

Otro aspecto muy relevante es precisar el vocablo técnico “intervención en un proceso judicial” y el alcance del significado de “parte” en el juicio.

Nótese que la Juzgadora en la primera providencia dispuso la intervención de la Defensoría de la Niñez y la Adolescencia en estos autos. Posteriormente, en otro proveído, ordena se corra vista al representante de dicha Institución de protección de la niñez, situación que vuelve a ratificar en el auto interlocutorio recurrido. En esta última resolución, la Juzgadora expresó en un párrafo cuanto sigue: *“Pues bien, teniendo en cuenta estas consideraciones, esta Magistratura ha requerido de oficio la opinión del Defensor interviniente en estos autos, quien en cumplimiento de las funciones que ha asumido, y a la especialidad que implica el área de la Niñez y la Adolescencia, deberá conducirse en forma consecuyente con el carácter de la función que ha jurado asumir”*.

Según diccionario jurídico de Manuel Osorio, intervención significa tomar parte en un asunto. En el Libro I, Título III, Capítulo V del C.P.C. se regla la intervención de terceros y de las tercerías, inmediatamente después de las disposiciones sobre las partes en el juicio. Del contexto, queda claro que la intervención tiene el único alcance que puede dársele al vocablo técnico “intervención” en el derecho procesal, o sea, el de parte, cuyo sentido habremos igualmente de esclarecer de inmediato.

Nuevamente recurrimos al diccionario jurídico dónde se menciona su significación. Expresa cuanto sigue: En Derecho Procesal, toda persona física o jurídica que interviene en un proceso en defensa de un interés o de un derecho que le afectan; ya lo haga como demandante, demandado, querellante, querellado, acusado, acusador; o, como dice Couture: “atributo o condición del actor, demandado o tercero interviniente que comparecen ante los órganos de la jurisdicción en materia contenciosa, requiriendo una sentencia favorable a su pretensión”. En lo sustancial, esta cita se halla conteste con otros autores en la materia.

¿Cuál ha sido el real sentido utilizado por la Juzgadora al disponer la intervención del representante de la Defensa Pública en esta Jurisdicción? ¿Lo hizo al solo efecto de abonar una opinión sobre el punto sometido a decisión, que no fue contradictorio. Y no en calidad de parte?. No hay dudas que entre la primera providencia dictada el 24 de octubre de 2007 (fs. 7) y el fundamento de su resolución ahora recurrida, existe una evidente ambigüedad, que requiere una aclaración. Indudablemente que en el presente caso de homologación de acuerdo sobre asistencia alimentaria, el representante de la Defensa Pública de la Niñez y la Adolescencia no es parte, puesto que su intervención no fue para deducir una pretensión a ser resuelta por el Juzgado -actor o demandado- puesto que no ha protagonizado de acción alguna. De no ser así, el requerimiento del Juzgado fue para que emita una opinión sobre una cuestión no contradictoria para sustentar mejor su resolución, aclarada recién en esta última. La intervención dispuesta ha sido para que emita un dictamen o un consejo sobre el punto. Y aquí vino la tremenda confusión entre la Juzgadora y el Defensor Público. Éste entendió que el Juzgado decidió incluirle en el procedimiento en calidad de parte. En cambio, la A-Quo consideró que la intervención fue al solo efecto de brindar un auxilio jurídico para aprobar la asistencia alimentaria, aunque la utilización del vocablo técnico jurídico no ha sido el apropiado dentro del ámbito procesal.

A tenor de todo lo expuesto, y notando la manifiesta inocuidad para el proceso de la resolución apelada por el Defensor, considero que no puede dejarse subsistente en el mismo, razón por la cual doy mi opinión en el sentido de que debe ser revocada.

Opinión de la Dra. Fulvia Ismelda Núñez de Vera y Aragón:

Me adhiero al voto emitido por el Colega Dr. Arnaldo Samuel Aguirre por sus mismos fundamentos.

Por tanto, el Tribunal de Apelación de la Niñez y la Adolescencia.

RESUELVE: Revocar el A.I. N° 32 de fecha 25 de marzo de 2.009 en el sentido y alcance expuesto en el exordio de la presente resolución. Remitir copia autenticada de la presente resolución a la Defensoría General. Anótese, regístrese y remítase copia a la Excm. Corte Suprema.

*Miembros: Manuel Silvio Rodríguez, Arnaldo Samuel Aguirre y Fulvia I. Nuñez de Vera y Aragón. Ante mí: María Galeano O. Actuaría Judicial.*

#### ACUERDO Y SENTENCIA N° 172

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

No tiene asidero procesal para la declaración de nulidad de la sentencia cuando el nulificante refiere a actuaciones dentro del proceso señalando vicios procedimentales imputables al juzgado.

**FILIACION.** Prueba de la filiación

El art. 234 del C.C. prescribe que en la investigación de la maternidad o la paternidad se admitirán todas las pruebas aptas para probar los hechos, en conexión con la norma del art. 184 del C.N. y A. que resalta la preferencia de la prueba pericial de sangre de Acido desoxirribonucleico (ADN) u otras pruebas científicas equivalentes.

**PRUEBA DE TESTIGOS.** Apreciación de la prueba testimonial

Merecen fe en juicio de reconocimiento de filiación las pruebas testificales comprendidas en relación de parentesco con la accionante contra las cuales no se dedujeron incidentes de falta de idoneidad que refirieron las relaciones con el demandado.

**FILIACION.** Prueba de la filiación

La prueba de ADN despeja cualquier duda referente a la paternidad o maternidad según sea el caso.

TApel. De la Niñez y Adolescencia. 18-08-2009. "M. R. y S.G. CL s. Reconocimiento de Filiación". (Ac y Sent. N° 172)

Asunción, 18 de agosto de 2009

Cuestiones:

¿Es nula la sentencia recurrida?

En caso contrario ¿es justa?

Practicado el sorteo de ley, resultó el siguiente orden de votación: Arnaldo Samuel Aguirre, Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón y Silvio Rodríguez.

A la primera cuestión planteada el miembro preopinante dijo:

El nulidicente, Sr. G. P., parte demandada en el presente juicio, fundamenta la nulidad a fs. 64/65, alegando que a su parte nunca se le notificó de la realización de la prueba del ADN. Que, en autos obra el A.I. N° 340 del 23 de agosto de 2007, que resolvió dar por decaído el derecho que tenía su parte para oponerse o adherirse a la realización de la prueba de A.D.N.; también ordenó nombrar a la Dra. Marta Oviedo como perito interviniente de las tomas sanguíneas, omitiendo expedirse el Juzgado en la resolución de referencia sobre las costas del examen del ADN Asimismo, no estableció fecha, día y hora para la realización del examen respectivo (invalidado con rayas) y nunca se le notificó a su parte de esa resolución. Concluye diciendo que se está en presencia de una resolución judicial nula de nulidad absoluta ya que la misma está incompleta, y que cuyo requisito fundamental para su validez y eficacia se halla plenamente violado en la referida resolución.

La impugnación no tiene procesal procesal para declarar la nulidad de la sentencia. El nulidicente refiere a actuaciones dentro del proceso, señalando los vicios procedimentales imputables al Juzgado. Sin embargo, tal argumento se contrapone al art. 117 del C.P.C. donde, de manera taxativa, se establece que vicios de esta naturaleza deben ser purgados en la instancia pertinente, promoviendo el incidente que le concierne. Asimismo, cabe puntualizar, que la sentencia no adolece de defectos formales o solemnes por los que puedan decretarse la ineficacia de la sentencia de manera oficiosa. En consecuencia, el recurso de nulidad debe ser desestimado. Es mi voto.

A sus turnos, los Miembros Fulvia Núñez de Vera y Aragón y Silvio Rodríguez, manifiestan que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestion planteada el miembro preopinante dijo:

La sentencia recurrida hizo lugar, con costas, al juicio de reconocimiento de filiación promovido por la Sra. S. C. L. contra el Sr. G. P., en relación a sus hijas M. R. y S. G. C. L., nacidas en Asunción y San Lorenzo en fecha 20 de setiembre de 1993 y 20 de julio de 2003 respectivamente, inscriptas por la madre en la Ciudad de Asunción, en el libro 2, Folio 39, Acta N° 104 en fecha 6 de noviembre de 2006; y en la ciudad de San Lorenzo, en el Libro 8, Folio 189, Acta N° 1414 en fecha 7 de noviembre de 2006, debiendo ser anotadas en las respectivas actas como hijas biológicas del Sr. G. P.

El Sr. G. P. expresa agravios a fs. 65/67. El núcleo de sus argumentos podemos resumir en estos términos y que gravitan en el decisorio. Alega que la resolución recurrida causa un gravamen irreparable a su parte al expedirse sobre la naturaleza de la cuestión sin tener la más mínima convicción y certeza sobre la paternidad que le atribuyen. La A quo supuestamente analizó cada una de las probanzas ofrecidas por la parte actora (testificales, absoluciones de posiciones, audiencia de la niña M. R.) para poder emitir el fallo recaído en autos. Lo que no tuvo en cuenta es la falta de realización de un medio tan trascendental y fundamental para este tipo de juicios, el examen de ADN. Afirma que no podría existir oposición a tal prueba por su parte, si nunca fue realizada la notificación de la fecha, día y hora de la realización del examen correspondiente, ya que con la misma acabaría todas las dudas existentes sobre la paternidad que niega en forma categórica, amén de que la parte actora debe cargar con la prueba que pretende hacer a sus derechos, y no excusarse por carecer de medios económicos, omitir u obviar la realización de la misma considerada por nuestro ordenamiento jurídico como preferencial a cualquier medio probatorio. Tras

exponer otras consideraciones, culmina su presentación solicitando se revoque la sentencia recurrida, con costas.

A fs. 69/71, la Abogada G. I. D. R., representante convencional de la Sra. S. C. L., parte actora, contesta los agravios del apelante, solicitando se confirme la sentencia apelada, con expresa condenación en costas.

El art. 234 prescribe que en la investigación de la paternidad o la maternidad se admitirán todas las pruebas aptas para probar los hechos. En conexión con esta norma sustantiva, el art. 184 del C.N. y A. resalta la preferencia de la prueba pericial de sangre de Ácido Desoxirribonucleico (ADN) u otras pruebas científicas equivalentes. Estas disposiciones vienen al caso porque en grado inferior se produjeron pruebas testificales (fs. 28/30), y absolución de posiciones del demandado (fs. 26). En esta última, el Sr. G. L. P. reconoció que mantuvo relaciones sexuales con la Sra. S. C. L., madre de las niñas M. R. y S. G. C. L., aunque dijo que no fue el único, circunstancia ésta que no fue demostrada por el accionado, conocida en el derecho como *exceptio plurium concubentium*. También, los testigos refirieron las relaciones del demandado con la Sra. S. C. L., quienes se hallaban comprendidos en relación de parentesco con la accionante, pero que la adversa no dedujo el incidente de falta idoneidad de estos testigos, por cuyo motivo merecen fe en juicio, y así lo valoró el Juzgado en la sentencia. Entonces, fácil es concluir que existe presunción grave, precisa y concordante acerca de la paternidad reclamada al Sr. G. P., estando adecuada la sentencia a esas piezas de convicción.

No obstante, como el Sr. G. P. insistió en sus agravios que no se realizó la prueba preferencial del ADN, el Tribunal, por A.I. N° 226 del 15 de junio del año en curso, fs. 75, ordenó, como medida de mejor proveer, la realización de la prueba genética del ADN entre el Sr. G. P., la adolescente M. R., la niña S. G., y la madre de éstas, la Sra. S. C.L., en el Laboratorio ADN LAB, a cargo de la Dra. Marta Oviedo. A fs. 90, consta que de las personas señaladas, se extrajo el material genético para la pericia (sangre). Con este diligenciamiento, es obvio que las partes consintieron en su realización, y por tal motivo, someterse a sus results. A fs. 91/95, fue agregado el estudio para identificación de informaciones genéticas, sistema de microsátélites de ADN. La Dra. Marta Oviedo, tras una minuciosa investigación científica, concluye que el Señor G.L.P. es padre biológico de M. R. C. L. y de S. G. C. L..

Pues bien, esta última prueba despeja cualquier duda referente a la paternidad del demandado, y consolida las producidas en grado inferior. En consecuencia, corresponde confirmar la sentencia, con costa al apelante. Es mi voto.

A sus turnos, los Miembros Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón y Silvio Rodríguez, manifiestan que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

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

**RESUELVE:** No hacer lugar al recurso de nulidad. Confirmar, con costas, la sentencia apelada. Anótese, regístrese, notifíquese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

*Miembros: Fulvia I. Nuñez de Vera y Aragón, Manuel Silvio Rodríguez y Arnaldo Samuel Aguirre. Ante mí: María Galeano O. Actuaría Judicial.*

## TRIBUNAL DE APELACION EN LO LABORAL

### ACUERDO Y SENTENCIA N° 44

#### **CONTRATO DE TRABAJO.** Prueba del contrato de trabajo

Al no haber presentado la parte demandada el contrato de trabajo, debe estarse a las condiciones generales de trabajo alegada por la actora, como la antigüedad y la tarea.

#### **CONTRATO DE TRABAJO.** Prueba del contrato de trabajo

En relación al salario, habiendo alegado un salario superior al mínimo legal, debió demostrarlo; sin embargo, no aportó prueba alguna para ello; por lo que debe estarse al salario mínimo legal; en base al cual corresponde efectuar la liquidación de los haberes laborales demandados, con excepción de las indemnizaciones por despido injustificado y sus accesorios (Falta de preaviso, vacaciones proporcionales e indemnización complementaria) en razón de que respecto de ellos se declaró la prescripción.

Tapel. En lo Laboral. Primera Sala. 30-06-2009. “Mirtha Elena Osorio Ramallo c. Rodolfo Ricardo Farkas y Claudio José Tosoni s/ Despido Injustificado y cobro de guaraníes”. (Ac. Y Sent. N° 44)

Asunción, 30 de junio de 2009

Cuestion:

¿Esta ajustada a derecho la sentencia apelada?

Practicado el sorteo de ley para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: Rafael Cabrera Riquelme, Marite Espinola y Angel R. Daniel Cohene.

A la cuestión planteada el magistrado Rafael Cabrera Riquelme, dijo: Se agravia la parte actora contra la S.D. N° 120 del 9-IX-08, por la cual se ha resuelto: “1) No hacer lugar, con costas, a la demanda laboral promovida por Mirtha Elena Osorio Rramallo contra Rodolfo Ricardo Farkas y Claudio José Fernando Tosoni conforme a los argumentos esgrimidos en los fundamentos de la presente resolución, 2) Anotar, ...”. Lo hace en los términos del escrito glosado a fs. 283/286 de autos; expresando, entre otras cosas, que la Jueza dictó resolución rechazando la demanda presentada, esgrimiendo como fundamento principal, que si bien quedó probado en autos que mi mandante realizó tareas en el barco, lo hizo en carácter de pareja de uno de los demandados, concluyendo que no fue probada relación de dependencia, que más bien existió entre las partes una relación de paridad y que se trataba de una relación del carácter civil. En referencia al primer punto, la relación de trabajo que existió entre la actora y uno de los demandados, no puede ser equiparada a la situación de trabajos familiares, los cuales son situados fuera de los servicios profesionales y asalariados. La Jueza coloca a mi mandante en la situación de la mujer que ayuda al marido por razones de afecto, de colaboración familiar y a fin de que los beneficios sean incorporados a un patrimonio familiar. En el caso de autos la relación sentimental que unió a las partes no constituyen ni remotamente una relación de matrimonio aparente, ni siquiera puede ser considerada “estable”, conforme los términos del escrito de contestación de la demanda. La Resolución recurrida es *extra petita* porque se fundamenta en hechos que no

fueron alegados por ninguna de las partes, la Magistrada concluye que la relación existente entre las partes es de carácter civil, situación que debió alegada por los demandados en su oportunidad, con la interposición de la excepción de incompetencia de jurisdicción, no correspondiendo que la magistrada repare la omisión de la otra parte. El argumento de que mi mandante actuaba en carácter de socia de los demandados, no tiene asidero legal, en razón de que no fue alegado por los demandados y no existe constancia en autos que acredite que la actora posea participación suficiente en el capital social como para detentar atribuciones de dirección y administración dentro de una sociedad de hecho. Además no debe olvidarse que la demanda fue planteada contra los Señores Farkas y Tosoni en carácter de propietarios del Banco, y así fue integrada la litis ya que se presentaron ambos a contestar la demanda, por tanto los mismos deben responder solidariamente por las obligaciones contraídas a consecuencia de su emprendimiento comercial; que la Magistrada apartándose del principio de la realidad, la valoración de las pruebas que la Jueza realiza, llama la atención porque sola y únicamente, toma como referencia los dichos de la actora (sacados fuera de contexto) y dando relevancia las declaraciones de los testigos de la parte demandada, a pesar de no tratarse de testigos con conocimiento directo, en contraposición de los dichos de los testigos ofrecidos por mi parte, compañeros de trabajo de mi mandante, cuyas manifestaciones no fueron valoradas en su conjunto. Termina peticionando sea revocada la sentencia, con costas.

La otra parte contesta los agravios en los términos del escrito presentado a fs. 287/288, solicitando sea confirmada, con costas, la sentencia recurrida.

De las constancias de autos y de la sentencia objeto del recurso surge que la misma Jueza, respecto de un extremo fundamental que no ha sido materia de agravios, concluye que *“En definitiva, no puede desconocerse que la actora trabajaba en el negocio del yate, de hecho así lo atestiguan los deponentes de fs. 231 (mozo que prestaba servicios en la embarcación), fs. 232 (capitán de la embarcación) y fs. 233 (sobrino de la actora); pero tampoco puede desconocerse que los testigos de fs. 246 (conocido por la pareja) y fs. 249 (empleada que realizaba la limpieza de la embarcación y se desempeñaba como doméstica de la pareja Osorio Farkas) manifestaron que la accionante realizaba las tareas en el yate en su condición de pareja del demandado”* (fs. 278); pero, lo que sorprende es que la Sra. Jueza antes de juzgar ella el hecho permite que lo haga en su lugar una empleada doméstica, limpiadora (testigo); para someterse a la afirmación de ésta, de que *“la accionante realizaba las tareas en el yate en su condición de pareja del demandado”*, y, en consecuencia, negarle el vínculo de trabajo existente; incluso, en contra de los testimonios que cita en primer lugar, de los que concluye que *“la actora trabajaba en el negocio del yate”*; y que también surge de los dos últimos, ya que manifestaron que la accionante realizaba tareas en el yate”. Trabajo así demostrado, que no puede verse desvirtuado por la connotación subjetiva que le ha dado la testigo, aceptado por la Jueza como se anotó.

Asimismo, al contestar los agravios la parte demandada reconoce que *“la Sra. Osorio participó en el emprendimiento comercial del Yate Carlos Mateo “...en carácter de pareja y no como dependiente (fs. 288)”*. De esta forma admite la participación de la actora en el emprendimiento comercial del Yate Carlos Mateo; y aunque lo haya hecho en su carácter de pareja según expresa, por esta circunstancia no se le puede desconocer sus derechos por

haber participado en el emprendimiento citado. Es decir, dicha circunstancia de ninguna manera puede enervar la existencia de un relacionamiento laboral.

Además, el reconocimiento que hace la parte demandada al contestar la demanda al expresar que “Es cierto que algunas facturas de servicio de catering fueron emitidas a nombre de la actora” (fs. 79), antes que desvirtuar, más bien confirma la relación de trabajo alegada al sumarse a lo anotado más arriba. Igualmente, el informe remitido al Juzgado por la Secretaría Nacional de Turismo, glosado a fs. 256/260, sin que sea impugnado.

De conformidad con lo expuesto, la relación laboral se halla acreditada en estos autos, por lo que la sentencia debe ser revocada para admitir la demanda promovida.

En efecto, al no haber presentado la parte demandada el contrato de trabajo, debe estarse a las condiciones generales de trabajo alegada por la actora, como la antigüedad y la tarea; es decir, desde mayo/05 a enero/06 (9 meses). Pero, en relación al salario, habiendo alegado un salario superior al mínimo legal, debió demostrarlo; sin embargo, no aportó prueba alguna para ello, por lo que debe estarse al salario mínimo legal, en base al cual corresponde efectuar la liquidación de los haberes laborales demandados, con excepción de las indemnizaciones por despido injustificado y sus accesorios (falta de preaviso, vacaciones, proporcionales, e indemnización complementaria) en razón de que respecto de ellos se declaró la prescripción conforme A. I. N° 357 del 30-VII-07 dictado a fs. 114 de autos. En consecuencia, corresponde en concepto de Aguinaldo proporcional por el tiempo trabajado (Art. 244 CT) Gs. 816.827; salario impago (9 meses, V-05 a I-06) Gs. 9.801.927; e indemnización compensatoria (Art. 233 CPT), 20% sobre dichas obligaciones incumplidas, Gs. 2.123.750. Total Gs. 12.742.504 que los demandados deben abonar, en forma solidaria, a la trabajadora. Por la forma resuelta la cuestión, corresponde imponer las costas en ambas instancias a los demandados. Es mi voto.

A su turno, la magistrada Marite Espinola, dijo: Analizadas las constancias de la causa, se advierte que la misma parte accionada desconoce que haya existido una sociedad entre la actora y los demandados, al manifestar expresamente al contestar los agravios que “mi parte jamás ha aceptado relación alguna con la Sra. Osorio, ni de dependencia ni de sociedad, sino tan solo una personal, ya que fuera la única que ha existido” (fs. 288); con lo cual desvirtúa la conclusión de la Jueza de que entre las partes “existió una sociedad en donde la actora aportaba el trabajo” (fs. 278). Y si bien, la parte demandada sostiene que la actora “participó en el emprendimiento comercial del Yate Carlos Mateo, la misma ha participado en carácter de la pareja del Sr. Farkas, y no como dependiente” (fs. 288); con lo que afirma, admite la participación de la actora en el emprendimiento comercial del Yate Carlos Mateo; incluso ya al mismo tiempo de incoar la acción manifestó que la Sra. Osorio acompañó el proyecto comercial (fs. 78), afirmando asimismo en dicha oportunidad “Es cierto que algunas facturas de servicios de catering fueron emitidas a nombre de la actora” (fs. 79). A lo expuesto se agrega, que los testigos aportados por la accionante (fs. 231, 232 y 233) refieren claramente la realización de tareas por parte de la Sra. Mirtha Osorio en el Yate; testimonios que sumados a otros elementos de convicción obrantes en la causa, como ser las instrumentales de fs. 256 a 260, permiten concluir en la existencia del contrato de trabajo; circunstancia que no puede verse imposibilitada por el hecho de que la Sra. Mirtha Osorio haya estado involucrada sentimentalmente con el codemandado Rodolfo Farkas,



cuando existen pruebas de que la actora trabajaba en el negocio del Yate, que era de propiedad de los demandados.

Comparto así que la sentencia debe ser revocada, correspondiéndola a la actora los rubros y cantidades que detalla el preopinante, en base a las consideraciones que expone. Es mi voto.

A sus turnos, el magistrado Angel R. Daniel Cohene se adhiere al voto último precedente por los mismos fundamentos.

Con lo que terminó el acto firmando los Sres. Magistrados por ante mí de que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue a continuación:

**RESUELVE:** Revocar la sentencia apelada y, en consecuencia, hacer lugar a la demanda promovida por la Sra. Mirtha Elena Osorio Ramallo contra el Sr. Rodolfo Ricardo Farkas y Claudio Jose Tosoni; y condenar a los mismos a abonar a la nombrada señora la suma de guaraníes doce millones setecientos cuarenta y dos mil quinientos cuatro (Gs. 12.742.504), dentro del plazo de 48 horas de quedar firme y ejecutoriada la presente resolución; de conformidad con lo expuesto en el exordio de la misma. Imponer las costas en ambas instancias a los demandados. Anotar, registrar, notificar y remitir copia a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

*Miembros: Marite Espinola, Rafael A. Cabrera Riquelme y Angel R. Cohene. Ante mí: Abog. Carmen Correa de Aquino.*

#### ACUERDO Y SENTENCIA N° 105

**CONTRATO DE TRABAJO.** Indemnización. Daño moral y psicológico. Mobbing  
Definiéndola como aquella presión laboral tendiente a la autoeliminación de un trabajador, mediante su denigración laboral.

**CONTRATO DE TRABAJO.** Indemnización. Daño moral y psicológico. Mobbing  
La presión al trabajador puede ser percibida como un ataque, explícita o implícita, hacer el vacío a la víctima.

**CONTRATO DE TRABAJO.** Indemnización. Daño moral y psicológico. Mobbing  
Tanto si la presión se produce mediante malas palabras, como si se produce mediante miradas, risas o dándose la vuelta, estamos ante una presión y en este sentido no se debe olvidar que una de las formas más efectivas del mobbing es hacer el vacío a la víctima.

**CONTRATO DE TRABAJO.** Indemnización. Daño moral y psicológico. Mobbing  
La presión sufrida debe ser consecuencia de la actividad laboral que se lleva a cabo, y en el lugar de trabajo, que sea cometida por miembros de la empresa, entendida ésta en sentido amplio.

**CONTRATO DE TRABAJO.** Indemnización. Daño moral y psicológico. Mobbing  
La doctrina científica ha cita entre uno de los indicios más significativos para acreditar la existencia del acoso moral, y en particular para acreditar la finalidad perversa de destrucción de

la víctima “la existencia de patologías psicológicas”, cuyo medio probatorio adecuado es la pericia médica, diciendo que ésta se valorará de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

**CONTRATO DE TRABAJO.** Estabilidad laboral.

La búsqueda de la autoeliminación(abandono laboral) es un aspecto esencial del mobbing, por lo que el mismo puede ser considerado como un medio de ataque subterráneo a la estabilidad especial del trabajador, con mas de 10 años de antigüedad que veda su despido, salvo que el empleador demuestre previamente en juicio la existencia de justa causa.

**DAÑOS Y PERJUICIOS.** Daño moral

Si una acción antijurídica menoscaba el patrimonio de una persona, susceptible de apreciación pecuniaria, estamos ante un daño patrimonial: en tanto que, si no se lesiona ese patrimonio pero se dañan los sentimientos del damnificado susceptible de apreciación pecuniaria, existe daño moral

**CONTRATO DE TRABAJO.** Carga de la prueba

Pesa sobre el trabajador la carga de la prueba de uno o varios hechos indiciarios de los que quepa deducir la probabilidad del acoso moral y el empleador para destituir tal presunción debe aportar pruebas de que los hechos catalogados como acoso, obedecen a motivos razonables, extraño a todo propósito de hostigar al trabajador.

TApel. En lo Laboral. Segunda Sala. 01-08-2007. “Sonia Dalila Martínez c. Cooperativa de Ahorro, Crédito y Servicios “26 de abril Lda.” s/ daño moral y psicológico” (Ac. Y Sent. N° 105)

Asunción, 1 de agosto de 2007.

Cuestión:

Está ajustada a derecho la resolución apelada?

Conforme al sorteo de ley, dio como resultado el siguiente orden, Miryam Peña, Ramiro Barboza y Concepcion Sanchez.

A su turno, Miryam Peña dijo: que la sentencia apelada resolvió: No hacer lugar al pedido de efectivización de apercibimiento hecho por la parte actora a fs. 149 de autos, No hacer lugar a la demanda formulada por Sonia Dalila Martinez contra la Cooperativa de Ahorro, Crédito y Servicios 26 de abril l.t.d.a. por daño moral y psicológico por improcedente; Imponer las costas en el orden causado.

El representante de la parte actora se agravió contra esta sentencia diciendo: “*Respecto a la sentencia cuestionada cabe aclarar previamente que no se trata de un juicio en que no se alega causa de terminación del contrato, sino del daño a que fuera sometida la trabajadora a fin de obtener su renuncia, generando un daño psicológico de tal manera a generar la terminación del vínculo, y en este sentido el art. 61 del C.T., hace responsable al empleador de todas las consecuencias de la relación laboral. Su parte ha señalado el derecho que le asiste a su representada tal como lo establece la propia OIT de un trabajo decente si enfermedad ni riesgos que constituyen circunstancias excepcionales y que en este caso se deben exclusivamente a la orden de reintegro que se había dispuesto en un juicio anterior a partir del cual comienza la persecución en las tareas, generando una situación psicológica grave al aislar a la trabajadora en una pequeña oficina, bajo llave y*

sin tarea alguna, obrando en el expediente declaraciones testificales claras sobre la violencia a que fue sometida la trabajadora. Su representación considera que la sentencia resulta parcialista, arbitraria e incongruente en primer lugar porque establece que el principio de la inversión de la carga de la prueba no rige en este caso, cuando que lo que se solicita es el cumplimiento de las obligaciones legales y las normas específicas sobre este tema tanto de carácter especial como general así lo disponen especialmente cuando el art. 137 habla de la inversión de la carga de la prueba cuando se reclama el cumplimiento de obligaciones legales. Por tanto resulta ilógico el argumento expuesto por el inferior. En materia civil en un caso similar el Dr. Báez Maiola entendió que el art. 1846 del CC establece la inversión de la prueba, y si en materia civil así se dispone, en nuestra jurisdicción cuando se trata del cumplimiento de obligaciones y el trato humano que debe darse al trabajador, debió invertirse la carga de la prueba. También el inferior desconoció pruebas tales como la falta de presentación de libros de tenencia obligatoria y en la sentencia no se hace mención a ello, ya que la demandada omitió presentar las planillas respectivas alegando que dejó de ser Gerente de Producción y Servicio y que en las planillas semestrales figuraría solo como asistente administrativo, alegando que no es cierto que seguía siendo Gerente. Respecto al daño sufrido por la trabajadora la misma se halla plenamente reconocida a f. 100 por la parte demandada quien en el preguntado respectivo reconoció los daños sufridos por la trabajadora salvo en lo psicológico y físico. Estando así reconocido solo faltaba decidir a quien se imputaba dicho daño. Respecto a este daño el inferior señaló con imparcialidad al cáncer sin considerar en particular la tortura que sufría la misma y que la Junta siquiátrica y sicológica medica lo han reconocido. La junta sicológica sostuvo que la trabajadora padecía de ansiedad extrema sin que el Juez se haya detenido en este punto a analizar dicha prueba, sosteniendo que dicha Junta solo se expidió por las expresiones dadas por la actora, pero la misma nunca pudo saber qué enfermedades padecía ni cual era la causa de la misma. Cabe señalar que después de iniciada esta demanda la empresa mejoró en algo las condiciones en que se encontraba la trabajadora, saliendo de su aislamiento e incomparándose al galpón donde prestaba servicios sus demás compañeros. La conclusión a que llegó la Junta sicológica es que la trabajadora presentaba síntomas depresivos de grado 8 con factores externos, y en cuanto a la Junta médica del IPS dijeron que la misma no presentaba metástasis y que su situación podría deberse a achaques de la edad de la trabajadora. Las dos primeras conclusiones de las junta respectivas no fueron analizadas en la sentencia y solo se limitó la Juez a decir que no existen daños. Prestó declaración testifical a f. 142 una sicóloga con suficiente solvencia intelectual quien trató a la trabajadora a partir de 2004 en forma privada y todo lo alegado por esta testigo, el Juez no tuvo en consideración, solo tomó en cuenta la declaración de una persona, quien manifestó que la trabajadora estaba reintegrada con los demás compañeros en base a la cual, consideró poco convincente las demás manifestaciones. También existen otras cuestiones tales como el reconocimiento de firma, acto al cual no se presentaron las personas indicadas y que no se ha considerado en la sentencia. Volvemos a señalar que le representante legal de la firma aceptó todos los daños, salvo aquellos de orden sicológicos que tienen que ver con las condiciones laborales en que se desempeñaba la actora y que abarcan el ambiente laboral y resulta contradictorio que se incorporen todas las obligaciones legales salvo las ambientales, que

*tal como lo sostiene el Dr. Rodolfo Capón Filas, es dable que se reconozcan como obligaciones legales aquellas de carácter ambiental que pueden influir en la salud del trabajador, por tanto forman parte de las condiciones el medio ambiente en que se desempeñan los mismos. Está plenamente demostrado en juicio que al entrar en la lista negra la trabajadora a partir de su reincorporación no se le concedió ningún aumento de sueldo, no se le concedió ningún crédito salvo a partir de 2005, en que se cambiaron algunas condiciones, pero no apareciendo en la revista de la Cooperativa y las preguntas hechas a los representantes fueron dadas con respuestas evasivas. Su representación desea señalar que en base al antecedente existente en un caso similar dado en el Citibank respecto al daño psicológico y al fallo de la Corte N° 570, y en base a todo ello y los fundamentos expuestos precedentemente su representación solicita la revocatoria de la resolución apelada y la condena a la empresa conforme a lo reclamado oportunamente, todo ello con costas.”*

#### OPINION DE LA JUEZ MIRYAM PEÑA:

##### I. Consideraciones previas

El tema central inmerso en la presente litis, tal se plantea en la demanda, constituye el fenómeno laboral denominado “*mobbing*” (“acoso moral”, “maltrato psicológico” y otras denominaciones). No estamos ante un fenómeno nuevo, lo que realmente, representa una novedad, es la sensibilización social respecto mismo, toda vez que el acoso responde a la propia naturaleza humana y, por tanto, desde siempre existió. Sin embargo hasta hace poco no ha merecido especial atención por parte del legislador ni de los jueces, en estos momentos se está conformando su concepto, las consecuencias que produce y la normativa que ha de tratar de prevenirlo y repararlo. Es por estas razones y por ser un caso sin antecedente preciso en nuestros Tribunales, considero imprescindible, antes de analizar el caso sub-examen, hacer unas reflexiones generales (sin pretensión de ser exhaustiva, sino solamente acotar algunos aspectos esenciales) sobre el tema, abordando específicamente los siguientes puntos: (1) el concepto del *mobbing*; (2) el marco normativo en que pueda encuadrarse el problema; y (3) la prueba del acoso moral.

(1) Concepto. En la doctrina proliferan hoy día el intento por acotar el concepto del *mobbing*, de los que suelen considerarse como destacados los siguientes:

1.1) Heinz Leymann, psicólogo alemán profesor de la Universidad de Estocolmo, a quien se le atribuye el descubrimiento del concepto de acoso moral, en 1990 aplicó el término “*mobbing*” al campo de la psicología laboral, considerado como uno de los mayores expertos a nivel internacional sobre la materia, define el *mobbing* como “*la situación en la que una persona (o, en raras ocasiones, un grupo de personas) ejerce una violencia psíquica extrema, de forma sistemática y recurrente (al menos una vez por semana), durante un tiempo prolongado (por lo menos seis meses), sobre una persona o personas del lugar de trabajo, con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr finalmente que esa persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo*”.

1.2) La Carta Social Europea de 3/5/1996, al hacer referencia al *mobbing* dice “*...promover la sensibilización, información y prevención en materia de actos condenables o explícitamente hostiles u ofensivos dirigidos de modo repetido contra todo asalariado en*

*el lugar de trabajo y adoptar las medidas apropiadas para proteger a los trabajadores contra tales comportamientos”.*

1.3) La Comisión Europea, el 14/05/2001 definía el *mobbing* como: “*un comportamiento negativo entre compañeros o entre superiores e inferiores jerárquicos*”, a causa del cual el afectado “*es objeto de acoso y ataques sistemáticos y durante mucho tiempo, de modo directo o indirectos, por parte de una o más personas, con el objetivo y/o el efecto de hacerle el vacío*”

1.4) En la Declaración de la Asamblea Nacional Francesa del 14.12.99, se define el acoso desde un punto de vista laboral como “*una degradación deliberada de las condiciones de trabajo*”

1.5) En la Sentencia 291/2002, dictada en los autos: 374/2002 por Juzgado de lo Social Nº2 Girona – España, se reconoce los esfuerzos realizados desde la prisma psicológica (refiriéndose a los conceptos arriba citados), pero también se reconoce la insuficiencia de los mismos desde una óptica jurídica, y a ese fin hace una traducción jurídica de “*mobbing*” como “*presión laboral tendenciosa*”, definiéndola como aquella presión laboral tendiente a la autoeliminación de un trabajador, mediante su denigración laboral.

En dicha sentencia se explica cada elemento de la definición acotada por ella desde el enfoque jurídico (presión laboral tendenciosa), con conceptualizaciones claras y precisas, cuyos conocimientos estimo que nos podrá acercar con más tino al problema implicado en este juicio, razón por la cual paso a transcribir prácticamente in extenso la referida explicación conceptual, tal cual sigue.

1.5.1- Presión. Para que podamos hablar de *mobbing* es necesario que se ejerza una presión, y que la víctima sienta esa presión. Por presión se entiende toda conducta que desde un punto de vista objetivo puede ser percibida como un ataque. Es irrelevante a efectos de afirmar la presencia de presión que ésta haya llegado a generar o no bajas laborales en la víctima, u otros estigmas. Si ha existido dicho ataque sobre la víctima – y se reúnen el resto de los requisitos que se analizan a continuación –, se habrá producido una presión laboral tendenciosa. La presión puede ser explícita o implícita. Tanto si ésta se produce mediante malas palabras, como si se produce mediante miradas, risas, o “*dándose la vuelta*”, estamos ante una presión, y en este sentido no se debe olvidar que una de las formas más efectivas del *mobbing* es hacer el vacío a la víctima.

1.5.2 - Laboral. La presión sufrida debe ser consecuencia de la actividad laboral que se lleva a cabo, y en el lugar de trabajo. Que sea consecuencia de la actividad laboral implica que sea cometida por miembros de la empresa, entendida ésta en sentido amplio, es decir, por personas que dependan funcionalmente de la empresa, aunque orgánicamente dependan de otra entidad. Que la presión se realice en el lugar de trabajo supone un límite geográfico a su comisión. La razón de ser de ello radica en que fuera de la empresa, la persona tiene una mayor libertad, tanto de reacción, como para su elusión; pero también en que fuera del lugar de trabajo – fuera del ámbito de organización y dirección –, la capacidad de supervisión empresa y reacción, disminuye drásticamente.

1.5.3 - Tendenciosa. Es sin duda el requisito más importante, es el requisito que adjetiva toda la expresión, y es el requisito que conceptúa más nítidamente cuál es el problema al que nos enfrentamos: la no admisibilidad por la conciencia social de dicha presión laboral. La tendenciosidad, tanto en su vertiente finalista como en su vertiente de comportamiento

abyecto, se convierte en la columna vertebral del *mobbing*. La tendenciosidad, en su acepción finalista significa que la presión laboral “tiende a” o, dicho de otra forma, que responde a un plan (...) la existencia de un plan o, en otras palabras, la existencia de un comportamiento alineado en un plan de sistemático hostigamiento será una cuestión de prueba y, como tal, el juez apreciará ponderando la totalidad de los indicios probatorios que se le presente, con lo que la existencia del mismo es una conclusión y no una premisa. Dicho plan requiere de una permanencia en el tiempo; para que se pueda hablar de un comportamiento “tendente a”, es necesario que tales manifestaciones de voluntad se repitan a lo largo de un periodo, pues de lo contrario estaríamos ante un hecho puntual y no ante una situación de *mobbing*. Dicho plan precisa de una reiteración de comportamientos; ya se ha expresado que una de las diferencias entre el conflicto laboral simple y el *mobbing* es que el primero es puntual y el segundo reiterado. La reiteración de comportamientos no es más que la consecuencia lógica de un plan, de una actitud tendiente a un resultado, pero será en el caso concreto, y sólo en él, donde se analizará esa reiteración de comportamientos como evidenciadores de dicho fin. (...) Desbriznar los supuestos en los que concurre tal comportamiento tendencioso, de aquellos otros en los que no concurre, obliga a profundizar en el objeto final del *mobbing*. Para muchos autores lo que se pretende con el *mobbing* es provocar el vacío al trabajador, en la idea de que no lo resistirá psicológicamente y así se marchará de la empresa.(...) Para otros autores lo tendencioso del *mobbing* es que busca dañar la salud psicológica del trabajador; una vez más estamos muy cerca de qué es la tendenciosidad, pero en puridad el *mobbing* no busca el daño por el daño, busca que ese daño genere un resultado. La esencia del *mobbing*, la tendenciosidad de este comportamiento abyecto, es la denigración laboral que busca provocar la autoeliminación del trabajador (abandono laboral o, en su defecto, la baja médica). Este elemento teleológico me parece fundamental tenerlo siempre presente en toda definición de *mobbing*, pues si algo caracteriza a éste es el objetivo: que la persona se elimine laboralmente, mediante su ataque psicológico. De aquí se extrae que el repudio por parte de la conciencia social laboral, deriva de dos vías, tanto por buscar la denigración laboral, como por buscar la autoeliminación. La denigración laboral es algo que está prohibido por el ordenamiento jurídico y es conocido. Tal concepto es más amplio que la referencia antedicha del vacío laboral, pero entiendo que comprende mejor todos los supuestos posibles de tendenciosidad, los cuales no siempre pasan por esta arma del vacío laboral (...) La búsqueda de la autoeliminación es su aspecto esencial, y es especialmente repugnante para la moral social colectivo, tanto por las consecuencias que tiene para la víctima, como por su cobardía. En lugar de plantear el conflicto de forma que se resuelva con las reglas laborales vigentes (indemnización por despido improcedente, acuerdo pactado para la extinción de la relación laboral, etc.), se busca alcanzar un acto unilateral del adversario, con la obvia pretensión de sortear su amparo legal. Una vez que es el propio sujeto pasivo de la presión quien solicita el abandono del puesto de trabajo – definitivo o médico -, el objeto del *mobbing* se ha cumplido, y el fraude a la ley se ha consumado. Resumiendo todo lo anterior en una sola frase (...), ésta sería: *mobbing* es la presión laboral tendiente a la autoeliminación de un trabajador mediante su denigración laboral.

A la luz de estas definiciones especialmente la última, expresada en la sentencia de España desde la óptica jurídica, será analizada la cuestión presentada en este juicio.

## 2. Marco jurídico.

No existe en nuestro ordenamiento jurídico, como ocurre en casi todos los países, una específica regulación del acoso moral o mobbing que singularmente lo contemple dentro de la regulación de la relación de trabajo, pero esto no puede constituir una razón que impida su persecución y castigo. Existen en la vigente legislación diferentes atajos y alternativas a los que puede recurrirse a los efectos tuitivos de los derechos de los trabajadores afectados, considerando sobre todo que el mobbing, el acoso laboral, supone una serie de comportamientos hostiles que implican atentado a los derechos fundamentales, en concreto a la integridad y dignidad de las personas, a más de otros derechos humanos básicos o valores fundamentales en el marco de una sociedad democrática regida por el Derecho.

### 2.1 Constitución Nacional

En la Constitución Nacional/1992, se encuentran abroquelados los derechos básicos esenciales e inalienables para todos los ciudadanos. En lo que aquí interesa, debe resaltarse que proclama la protección de toda persona por el Estado en su integridad física y psíquica (art. 4º); toda persona tiene derecho a ser protegida en su libertad y en su integridad (art. 9º), se garantizan el derecho a la protección de la intimidad, de la dignidad y de la imagen privada de las personas; todos los habitantes de la República tienen derecho a un trabajo lícito, libremente escogido y a realizarse en condiciones dignas y justas, entre otras disposiciones garantistas.

En primer término debe considerarse que las conductas entrañantes de acoso moral tienen siempre y en todo caso, una intencionalidad común, cual es la dirigida a menoscabar la dignidad personal del acosado.

El derecho a la dignidad personal aparece recogido en el frontispicio del Título dedicado a los “Derechos, de los Deberes y de las Garantías” dentro de la Constitución Paraguaya, que en el contexto del derecho a la vida consagra específicamente que: *“toda persona será protegida por el Estado en su integridad física y psíquica, así como en su honor y en su reputación (...)”*. Como dice Martín Valverde, al referirse a la dignidad personal como un derecho troncal de los derechos humanos, : *“Es, tal vez, junto con el derecho a la vida, el primero y más importante derecho humano, si se tiene en cuenta que todos los demás, que se reconocen como fundamentales, siempre tienen como punto de referencia la dignidad del ser humano”* (Constitución y Orden Jurisdiccional Social - en Cuadernos de Derecho Judicial: Constitución y Justicia Social del Consejo General del P.J.- España, pág. 277).

Y específicamente en la Sección de “Los derechos laborales”, la Constitución en el Art. 86 enfatiza particularmente el derecho de dignidad en el trabajo al decir: *“Todos los habitantes de la República tienen derecho a un trabajo lícito, libremente escogido y a realizarse en condiciones dignas y justas...”*

Qué debe entenderse por condiciones dignas? En relación a esta pregunta, la OIT nos orienta con la definición del “trabajo decente” como: *trabajo seguro, dentro de un marco de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana*. El término “condiciones dignas”, igualmente, hace referencia necesariamente a una situación adecuada en lo que a la seguridad e higiene laborales se refiere. Esta situación alcanza tanto a elementos de tipo físico como psicológico, dentro de los que se denomina “ambiente laboral” y que incluye

factores de tipo organizacional. (F.J.Abajo Olivares – Mobbing Acoso Psicológico en el Ámbito Laboral, Ed. Lexis Nexis Desalma, p. 178).

La Constitución Nacional prevé una disposición especial tendente al efectivo goce de los derechos fundamentales en ella reconocidos al decir “...La falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni para menoscabar algún derecho o garantía” (art. 45). “Toda sentencia judicial debe estar fundada en esta Constitución y en la ley...” (art. 256). El art. 9º del C.O.J. manda que los jueces y Tribunales aplicarán la Constitución Nacional (...), y el art. 15 inc. (b) del C.P.C. obliga a los jueces a fundar sus resoluciones en la Constitución Nacional (...). Estas disposiciones son suficientemente explícitas en orden a la aplicación directa y prioritaria de la Constitución Nacional por parte de los jueces y Tribunales. Desde esta perspectiva jurisdiccional, no cabe la menor duda de que no hay impedimento legal alguno para la adecuada persecución y castigo del acoso moral allí donde se manifieste y, específicamente, en el ámbito laboral.

## 2.2Código del Trabajo

Igualmente el derecho de la dignidad personal aparece consagrado en el Código del Trabajo, que enuncia como derecho básico que: *“El trabajo (...) Exige respeto para las libertades y dignidad de quien lo presta, y se efectuará en condiciones que aseguren la vida, la salud...”* (art. 9º)

Asimismo, como deber genérico de las partes, consagra el principio de la buena fe cuando dice: *“El contrato de trabajo debe ser cumplido de buena fe, y obliga no solo a lo que esté formalmente expresado en él, sino a todas las consecuencias derivadas del mismo o que emanen de la naturaleza jurídica de la relación que por Ley correspondan a ella”*(art. 61). Ante una norma similar de la L.C.T. de la Argentina, Abajo Olivares observa que hasta donde se ha visto, al abordar el fenómeno del mobbing nos encontraríamos ante una conducta - o serie de conductas - que vulneran directa y gravemente no solo los principios de “colaboración” y “solidaridad”, sino, esencialmente, el principio de la buena fe y de lo que habremos de entender por “buen empleador” y “buen trabajador” (Abajo Olivares, ob. cit, pag. 180).

Obsérvese además que, si bien el empleador tiene el derecho de “organizar, dirigir y administrar el trabajo en sus establecimientos...” (art. 64), este derecho no es absoluto ni arbitrario, y sobretodo tiene su límite en su obligación (y el derecho correlativo del trabajador) de “Guardar la debida consideración hacia los trabajadores, respetando su dignidad humana y absteniéndose de maltratarlos...” y de “Adoptar (...) las medidas adecuadas (...) para crear y mantener las mejores condiciones de higiene y seguridad en el trabajo, previniendo en lo posible los riesgos profesionales” (art. 62 incs. k y l, y sus concordante, art. 67 inc. e ). Estas y otras disposiciones del Código son garantías que salvaguardan la dignidad e integridad del trabajador en el lugar de su trabajo.

Resumiendo, los derechos fundamentales y los valores básicos de la persona proclamados en el Texto constitucional y que aparecen también reconocidos en la legislación ordinaria, constituyen un basamento, más que suficiente, para impedir que, a falta de una regulación legal específica, se mantenga impunes las conductas del acoso moral.

Ahora bien, en el ámbito de reparación se ha de tender, inicialmente, al cese de la conducta acosadora y, seguidamente, a la indemnización resarcitoria. Pero debe señalarse



que no debe resolverse el problema únicamente con las consecuencias (indemnizaciones) inherentes a una extinción de la relación laboral por decisión del trabajador que se ve obligado a tomar tal decisión empujado por el ambiente hostil creado por el empleador. Es evidente que la salida del trabajador de la empresa, en razón del acoso moral, es una solución no satisfactoria, pues produce, no obstante los efectos de las indemnizaciones por retiro justificado (art. 85 C.T.), una pérdida del puesto de trabajo sin la voluntad o con la voluntad forzada del trabajador.

Como bien señala Abajo Olivares, la referida solución (retiro voluntario con indemnización) pierde su sentido cuando la realidad nos muestra un mercado laboral con elevadísimos índices de desempleo y desocupación, en el que tener y conservar el empleo de trabajo supone, además, la única posibilidad de mantener una mínima cobertura sanitaria. Lo cierto es que el acosador habrá vencido. Habrá conseguido su propósito: que la víctima abandone la organización (obra citada, pág. 182). Nótese que en el presente caso la trabajadora no decidió poner fin a la relación laboral (al menos no dice en la demanda), sino solo reclama indemnizaciones por reparación del daño moral que le causa la persecución denunciada.

### 2.3 Código Civil

Lo cierto es que la indemnización (tarifada) por retiro voluntario establecida en el art. 83 y 91 del Código del Trabajo constituye una reparación del daño emergente de la pérdida del trabajo, que debe diferenciarse de la reparación del daño derivado de la vulneración de un derecho fundamental del trabajador, con serias incidencias en su salud e integridad psíquica. Esta última, tiene fundamento legal en los artículos 1833, 1834, 1835 del Código Civil. Estimo, que dado el caso, pueden acumularse las acciones para reclamar una y otra indemnización (por retiro justificado y reparación de daño).

### 3. Prueba del acoso moral.

En el acoso moral, por definición, el acosador pretende, con una finalidad perversa, la destrucción de la víctima. Como el comportamiento intencional no se suele manifestar de manera directa, la prueba de indicios se erige habitualmente en la única forma de probar dicho elemento volitivo, de ahí, justamente, su trascendental importancia. En ese sentido hay afirmaciones ilustrativas en la doctrina como la que dice:

*“Tratándose de acoso moral en el trabajo, corresponde al trabajador acreditar indiciariamente los hechos que a su juicio comportan la intimidación psicológica denunciada, tales como la no asignación de tareas, el aislamiento del trabajador, la asignación de funciones sin contenido real o práctico, etc., tras lo cual la empresa tiene que acreditar que existe una explicación razonable y lógica de tales actuaciones, ajenas por completo a la violación de los derechos fundamentales invocados”* (Fernando Louzada -Psicología del testimonio y prueba pericial- en Cuadernos de D. J. del Consejo General del Poder Judicial, VII-2005, pág.385).

Explica el autor que, no se trata de una auténtica inversión de la carga de la prueba en sentido técnico jurídico estricto porque al demandante le corresponde la carga de realizar alguna actividad probatoria, sino de una distribución de la carga de la prueba entre los litigantes diferente a la derivada de la estricta aplicación de las normas civiles generales (quien afirma debe probar la verdad del hecho alegado), o sea, se produce una modulación de la regla general, recurriéndose a la técnica de indicios o presunciones judiciales, que

obliga a la parte acreditar cumplidamente el hecho base de la presunción y será el juez el que, sobre ese hecho base, deducirá el hecho consecuencia.

En síntesis, pesa sobre el trabajador la carga de la prueba de uno o varios hechos indiciarios de los que quepa deducir la probabilidad del acoso moral, y el empleador para destruir tal presunción debe aportar pruebas de que los hechos catalogados como acoso, obedecen a motivos razonables, extraño a todo propósito de hostigar al trabajador.

Caso de autos

Hechos probados:

1. Patología psíquica de la trabajadora. La lesión psíquica de la demandante está avalada por el informe de la junta médica practicada en el I.P.S. (f.256/261), por orden del juzgado, que confirma que la demandante padece de trastorno de Ansiedad y Depresión Reactiva, presentando un cuadro de Stres, con síntomas depresivos en grado ocho. Los médicos atribuyen el desajuste psicológico de la paciente a la situación laboral de hostigamiento referida por la ella misma. El método corriente utilizado en estos casos es el interrogatorio a través de test que la ciencia psicológica estima como prueba psicológicas. En este aspecto, no satisface el informe de la referida junta médica en el que no se explica el método comprobatorio utilizado, por lo que aparentemente la causa de la dolencia adjudicada al ambiente laboral de la paciente se basa en la mera información proporcionada de ésta. Es más serio y confiable el informe de la psicóloga particular tratante de la demandante, Amada López Ferreira (fs. 2, 223), que cita los instrumentos científicos utilizados (test de Personalidad, test de Carácter) concluyendo a través de esas pruebas psicológicas que, la Sra. Sonia Dalila atravieza una situación (la laboral) que altera toda la estructura de su personalidad. La mencionada profesional fue llamada a declarar en el juicio (f.142), oportunidad en que también explicó, con detalles, las técnicas utilizadas en el estudio y acompañamiento profesional de la demandante ( 5ª preg.), y cuando fue preguntada por el abogado de la demandada, si cómo sabe que Sonia Martínez trabaja en un ambiente hostil, contestó: “De toda la evaluación de todos los datos obtenidos de los test aplicados y de los datos proporcionados por la misma persona”. Todo ello atribuye credibilidad a este testimonio, que no puede ser desmerecido (como arguye el abogado de la demandada) por el solo hecho de que la paciente le paga por los trabajos realizados. Por otra parte, en la ficha médica de la demandante, remitido por el I.P.S. a pedido del juzgado (fs. 219/237) consta los tratamientos psicológicos y psiquiátricos de la demandante desde el año 2003. Todos estos elementos probatorios comprueban el deterioro psicológico, que fue desarrollándose desde el año 2003. En autos no existen informes del estado psicológico de la actora anterior al mencionado año.

La doctrina científica ha citado entre uno de los indicios más significativos para acreditar la existencia del acoso moral, y, en particular para acreditar la finalidad perversa de destrucción de la víctima “la existencia de patologías psicológicas”, cuyo medio probatorio adecuado es la pericia médica, diciendo que ésta se valorará de acuerdo a las reglas de la sana crítica, acotando de que aunque es verdad que el médico no conocerá directamente los hechos, siéndole éstos relatados, es exagerado excluir el valor probatorio indiciario del diagnóstico, lo que se hiciese, supondría (...) supondría confundir la pericia con el interrogatorio de testigos” ( Fernando Louzda, obra citada, pág. 389).

2. Asignación de tareas menores, impropias de su cargo. Sobre este hecho, la demandada no niega directamente que la actora no presta tareas propias de su cargo, se limita a afirmar que la demandante fue repuesta en el cargo de Gerente de Promoción, con el mismo sueldo. Es más, en la nota remitida a la actora (17.09.04, f.33, no negada y reconocida las firmas, fs.) en respuesta de su queja acerca de la prohibición del Consejo de Administración de “realizar tarea alguna...”, la empresa dice: “...En cuanto a los trabajos que Ud. puede o no puede hacer, le recordamos que es potestad del empleador dirigir y administrar el trabajo”, esto demuestra que la actora no estaba realizando las tareas pertinentes al cargo de Gerente de Promoción. También los testigos arrimados a autos (fs. 139, 140,141), todos socios de la Cooperativa demandada, coincidieron en afirmar que la actora después de su reposición ya no cumplía tarea alguna, sobretodo que ya no realizaba las que cumplía antes de su despido (4ª y 8ª preg.), de lo que estaban al tanto porque cuando concurrían a la Cooperativa para hacer alguna gestión, ya no eran atendidos por la actora, como usualmente lo hacía antes de su despido, época en que se dedicaba a la atención al cliente, con quienes mantenía contactos ya sea para el otorgamiento de créditos y eventualmente realizaba también la gestión de cobro. O sea, aunque en forma esporádica (ya que estos testigos no estaban permanentemente en el lugar de trabajo de la actora) constataron personalmente que la actora ya no cumplía las tareas ordinarias que realizaba antes de su despido. Pero, al margen de estas declaraciones, que por sí solas no reúnen la contundencia probatoria, estimo definitivamente convincente la declaración del Sr. Marcos Troche Gomez hecha ante este Tribunal (f. 320), quien fungía de Gerente de la Cooperativa demandada durante el tiempo en que la actora afirma haber sufrido el hostigamiento en su trabajo, y por ende conocedor personal y directo de los hechos relatados, percibiéndose sinceridad en el modo de su declaración. Este testigo, calificado por las circunstancias anotadas, declaró que la actora “no realizaba las tareas de gerente sino realiza algunos trabajos solicitados directamente por el Gerente” (Preg. 8ª), que la actora no rinde cuentas, porque no realizaba tareas de recuperación (Preg. 10). Se encuentra pues comprobado que la empleadora asignaba a la actora tareas menores, no acordes con la categoría de su cargo de gerente de promoción. Otro hecho indiciario de la conducta de hostigamiento del empleador.

3. Aislamiento de la actora. Aunque sea increíble la forma de encerramiento de la actora afirmada en la demanda (bajo llave), sin embargo está demostrado en autos, que la misma fue aislada de sus compañeros, destinándosele en una pieza diferente, pero también está demostrado que este hecho se revirtió por lo menos después de iniciarse este juicio. Sobre el punto (preg. 8ª), la testigo de f. 140, si bien en un principio dijo que la actora estaba en el salón grande, al contestar la repregunta formulada por el abogado de la demandada, explicó mejor al respecto de este punto, diciendo que: “En el 2003 cuando fue reintegrada (la actora), se le puso en aquella celda...y actualmente ya está en el salón grande” agregando que en este lugar tampoco se ven elementos de trabajo sobre la mesa de la actora. Del contexto de esta declaración se colige que según esta testigo, la actora estuvo aislada en una sala especial y que luego fue repuesta en el salón grande. Lo mismo se entiende de la declaración de la testigo de f. 141. Vale la misma apreciación hecha en el anterior apartado en cuanto la eficacia probatoria de estos testimonios (fs. 139, 140, 141). En cuanto a la declaración de Marcos Troche Gómez (f. 320), al que considero testigo clave

por las circunstancias ya referidas en el punto que precede, manifestó que es cierto que la actora posteriormente a su reintegro fue aislada de sus compañeros de trabajo y que estaba sola en una pieza (7ª Preg.), diciendo también que en “la actualidad” se halla en el lugar donde están todos los empleados (Preg. 14). De esta forma, también se encuentra probado que la actora estuvo aislada en una pieza sola. Este es otro importante hecho en que suele materializarse la conducta persecutoria del empleador, según la doctrina y la jurisprudencia comparada.

4. Discriminación. La actora no figura en las fotos del plantel del personal de la Cooperativa que se observan en el Boletín informativo de la Cooperativa (del año 2004, f. 27), lo que puede ser considerado como un vacío hecho a la actora. Sería demasiado casualidad que la toma de dicha foto haya coincidido con la ausencia de la trabajadora en ese momento, posibilidad mencionada por el abogado de la demandada pero que ni siquiera intentó demostrar. También está comprobado con las planillas de aporte al I.P.S. (fs. 239/251) que en el mes agosto de 2004 todos los empleados de la Cooperativa, menos la actora, fueron beneficiados con un aumento de sus salarios. Otro indicio más.

5. La existencia de un conflicto anterior. Según el expediente respectivo agregado a estos autos, y las copias de la S.D.287/02 y del Ac. y S. 42/03 (f. 9/16), existe un juicio anterior a éste entre las mismas partes, en el que la actora a causa de su despido (hecho no controvertido) reclamó su reintegro en el empleo alegando estabilidad laboral, pretensión que fuera acogida y cumplida en fecha 5 de mayo de 2003 (f. 254 del exp. agregado). Esto significa que la permanencia de la actora fue impuesta a la Cooperativa, que ya en el año 2001 decidió despedirla, por lo que no sería nada extraño que adopte medidas tendentes a desesperar a la trabajadora para que ella resuelva el contrato, ya que de otro modo no podría librarse de la misma, dado que se encuentra protegida por la estabilidad especial. Esta circunstancia constituye un indicio muy significativo del afán persecutorio de la empleadora.

Como, ya expuse en la parte conceptual de este trabajo, la búsqueda de la autoeliminación (abandono laboral) es un aspecto esencial del mobbing, por lo que el mismo puede ser considerado como un medio de ataque subterráneo a la estabilidad especial del trabajador, con más de 10 años de antigüedad que veda su despido, salvo que el empleador demuestre previamente en juicio la existencia de justa causa. Esta es una razón más para sancionar en caso de quedar demostrado el mobbing.

6. Operación de la actora de cáncer de mama. La demandada arguye que el estado siquicopatológico de la actora puede deberse a este hecho. El Informe del Hospital Nacional del Cáncer y del Quemado (fs. 185/201), confirma que la actora en el año 1991 fue sometida a una cirugía de cáncer de mama, sin metástasis, con controles normales hasta nueve años, según consta en el informe de la junta médica del I.P.S. (F. 258), que no refiere ninguna secuela patológica de aquella operación. Por todo ello, y sobretudo por no guardar este hecho una correlación cronológica con el daño psicológico manifestado en la actora recién el año 2003 (11 años después de la operación), estimo que debe descartarse como generadora de dicha lesión.

Conclusión. Los informes médicos y psicológicos arrimados a autos indican como causa la dolencia la situación conflictiva ambiental en el trabajo, que aunque no sean pruebas determinantes, tampoco excluyen esa relación de causalidad, de ahí su valoración

como otro indicio importante de la existencia de un plan predeterminado de hostigamiento en el trabajo, creíblemente con la finalidad de autoeliminación laboral de la actora, y así constitutivo de una situación propicia de ser considerada como acoso moral. Esta presunción no pudo ser desbaratada por la demandada, que a tal efecto produjo la prueba de la operación de cáncer de la actora, pero como ya dije, carece de la eficacia pretendida por ser un hecho ocurrido mucho tiempo antes (11 años) antes de que se manifestara la dolencia psíquica de la actora, que en realidad guarda correlación cronológica con los otros hechos indiciarios arriba apuntados, de los que resulta acreditada la concurrencia de varios actos de hostigamiento prolongados durante largo tiempo, y de esa concurrencia conjunta de indicios se colige claramente la existencia del acoso moral denunciado por la trabajadora. La demandada no intentó desvirtuar y ni siquiera invocó alguna razón objetiva que enerven los indicios señalados.

Resumiendo: (1) la existencia de un conflicto entre las partes; (2) la concurrencia de varios actos típicos de hostigamiento durante un significativo periodo (2003/2005), y; (3) la consecuencia psicológica padecida por la demandante, son indicios que, valorados en su conjunto, demuestran la existencia de una situación de acoso moral, tal como denuncia la actora.

En consecuencia, a mi juicio, corresponde: 1) ordenar el cese de los actos de hostigamiento, entre ellos la asignación a la actora de tareas impropias de su cargo de gerente de promoción, bajo apercibimiento de reparaciones económicas mas severas, y; 2) otorgar a la demandante la indemnización solicitada, de acuerdo con los artículos citados del Código Civil, para cuya cuantificación deben valorarse: la antigüedad de la actora, la afección de su equilibrio psíquico, así como su expectativa de su vida laboral (tiene 59 años de edad), debiendo respetarse el principio de proporcionalidad. Por otra parte debe tenerse presente que la demandada es una Cooperativa, la que por definición constituye una asociación de personas que mediante el esfuerzo propio y la ayuda mutua, sin fines de lucro, pretenden el mejoramiento de sus condiciones de vida (J.A. Moreno Ruffinelli, Derecho Civil Parte General – Personas, pag. 434) y según los balances anuales presentados a f. 202, 207, 213 alcanzó un superávit de apenas G. 2.101.866, lo cual nos indica que se trata de una empresa de escasos recursos disponibles, cuya posibilidad de subsistencia tampoco puede ser desmeritada. En base a todo ello estimo que corresponde fijar en G. 30.000.000 el monto de la indemnización reclamada.

En cuanto a las costas de ambas instancias, considero que deben ser impuestas en el orden causado en razón de que no existe antecedente jurisprudencial acerca del caso concretamente planteado en este juicio y la figura del mobbing no se encuentra regulada por una legislación especial en nuestro ordenamiento positivo.

A su turno, el magistrado Ramiro Barboza, dijo: En esta oportunidad, al discutirse un tema novedoso, por el planteo formulado en la demanda de solicitar una indemnización por daño moral ocasionado a la trabajadora por parte de la empresa, sometiéndola a un maltrato físico y psicológico de mantenerla recluida en una pieza especial prohibiéndole tener contacto con sus compañeros de trabajo y clientes a consecuencia de la orden de reintegro laboral dispuesta en su oportunidad por la Autoridad Judicial competente y como una manera de forzar el retiro de la trabajadora del centro de trabajo. En consecuencia creemos

oportuno formular sumar a la enjundiosa fundamentación de la colega preopinante, algunas consideraciones relativas al tema, tal como se detalla seguidamente:

De los hechos que surgen del expediente se pueden constatar que efectivamente la trabajadora que aun continúa en su empleo, se halla afectada de una dolencia física caracterizada por un trastorno de ansiedad y depresión reactiva dentro de un cuadro de estrés con síntomas depresivos en el grado 8, de acuerdo con el informe de la Junta Médica practicada en el IPS a f. 256/261. Los médicos atribuyen el desajuste psicológico de la paciente a la situación laboral de hostigamiento a que hace referencia ella misma.

Si bien este informe no explica el método utilizado para su comprobación, y que aparentemente se basa en informaciones proporcionadas por la trabajadora; existe sin embargo, otro informe obrante a f. 222/223 emanada de la psicóloga particular tratante de la demandada y en la que se cita los elementos científicos utilizados para determinar la enfermedad y en la que se señala que el estado laboral por la que atraviesa la trabajadora es la que altera la estructura de su personalidad. El testimonio dado por esta profesional y que sumado al informe de la Junta Médica del I.P.S. practicada por orden del juzgado inferior, constituyen elemento probatorios de singular trascendencia para determinar el deterioro psicológico sufrido por la trabajadora.

A más de todo ello la preopinante, realiza un análisis detallado de dos aspectos principales que sirven para determinar el grado de persecución a que fue sometida la trabajadora con posterioridad al reintegro ordenado y que se refieren a la asignación de tareas menores, impropias de su cargo; al aislamiento de la actora; su discriminación y la existencia de un conflicto anterior, por el que se dispuso el reintegro de la misma a su puesto de trabajo, al cual nos remitimos íntegramente evitando repeticiones innecesarias al hallarse consignado en el voto de referencia. Todos estos detalles demuestran efectivamente que la trabajadora fue sometida a una persecución maquinada por la empresa a fin de forzarla a adoptar una determinación conforme al plan fraguado por la empleadora y que en la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional se conoce con el nombre de mobbing y que el voto de la distinguida compañera aclara suficientemente el concepto de este instituto, y que esta Sala ya lo ha considerado con anterioridad al dictar el Acuerdo y Sentencia N° 125 del 26 de julio de 2004, en un caso similar planteado en su oportunidad. Siendo así, y entendiendo que dicho instituto configura un caso de persecución, hostigamiento y acoso psicológico, tal como lo entienden los autores mencionados por la Dra. Peña en su fundamentación; estando por tanto configurada dicha causal, conforme a los hechos señalados precedentemente.

Marco legislativo.

También coincidimos con la preopinante que el marco jurídico dentro del cual puede identificarse la figura del Mobbing parte de la propia Constitución Nacional de 1992, tales como los arts. 5 respecto a la tortura y otros delitos que claramente dispone que “*nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes*”; íntimamente relacionado con el propio derecho a la vida previsto en el art. 4 que textualmente dispone “*toda persona será protegida por el Estado en su integridad física y síquica así como en su honor y reputación*”; para finalmente mencionar el art. 6 relativo a la calidad de vida que “*será promovida por el Estado mediante planes y políticas que reconozcan factores condicionales...*”

Y en lo que hace a las disposiciones del C.T. cabe mencionar el art. 9 que exige respeto a las libertades y dignidad del trabajador; el art. 62 que textualmente dispone en su inc. k) “guardar la debida consideración hacia los trabajadores, respetando su dignidad humana y absteniendo... “a mas de que el contrato de trabajo debe ser cumplido de buena fe, que es el principio rector en la materia (art. 61) y demás relacionados con el caso que nos ocupa, que bien puede ser configurado como la causal prevista en el inc. d) del art. 84 del C.T., que específicamente indica: “*Los actos de violencia, acoso sexual, amenazas, injurias o malos tratos del empleador o sus representantes, familiares y dependientes, obrando estos con el consentimiento o tolerancia de aquel dentro del servicio y cometidos contra el trabajador, su cónyuge, sus padres, hijos o hermanos...*”.

En cualquiera de los casos nos encontramos ante una flagrante violación patronal que afecta la libertad, el honor, la salud y la vida de las personas, principios estos de primer rango constitucional e internacional que necesariamente deben ser preservados.

Reclamo de la actora

Tal como se tiene estudiado el caso no guarda relación con una simple violación de una norma del Código del Trabajo que justifique el retiro del trabajador con el beneficio de las indemnizaciones tarifadas, previstas en dicho cuerpo legal; sino que, por le contrario se trata de un reclamo por daño moral, tal como se tiene previsto en las normas de los arts. 1833, 1834 y 1835 del Código Civil; reclamo que desde luego corresponde estudiarlo tal como lo tenemos mencionado en nuestra obra “*El Despido*” pag. 183, cuando sostenemos que cuando se produce la utilización de medios intimidatorios para lograr la renuncia del trabajador, obligándolo bajo amenazas a fin de poner fin a la relación de trabajo, una vez probada las circunstancias correspondería al trabajador las indemnizaciones por daño moral sufrido de conformidad a las normas del derecho civil sobre el tema, así como también, sin fundamentos alguno, el patrono causa al trabajador agravio en contra de su persona que lo marginan del derecho del trabajo (listas negras, publicaciones injuriosas, imputaciones graves no demostradas). Siendo así, conviene abocarnos al tema específico que nos ocupa.

Concepto del daño psicológico

La doctrina reconoce dos tendencias respecto al concepto de daño psicológico sosteniendo algunos que no tiene autonomía propia pero con proyecciones patrimoniales que integra el rubro de incapacidad y constituye por tanto un daño patrimonial indirecto, que forma parte del daño moral. En cambio, otro sostiene que es independiente al daño moral y por lo tanto autónomo e indemnizable por si mismo; y ello en razón en la unidad indisoluble de la persona, formada por cuerpo y alma, y que su integridad y normalidad psíquica constituye una dimensión reconocible y valiosa, y consecuentemente debe ser objeto de protección judicial.

En realidad esta dualidad de postura incide a la hora de determinar el quantum indemnizatorio pues, para los que defienden la primera postura, de que no es un perjuicio autónomo si no hay algún grado de incapacidad sobreviviente, será imprescindible que el sujeto dañado haya experimentado algún menoscabo en su potencialidad de producir ingresos pecuniarios o en su vida de relación en general. Para los que se pronuncian por la autonomía del daño psicológico bastaría la existencia del ser humano en estudio que se haya visto afectado en alguna de sus diversas áreas, o en la potencialidad de disfrutar los bienes materiales o espirituales, consideradas en su conjunto, o en síntesis que se viera

deteriorada su calidad de vida. (Gherzi “Valoración económica del daño moral y psicológico” Pág. 96. Zavala de González “Resarcimiento de daño. Tomo 2 Pág. 229

En el caso que analizamos la distinción hecha por la doctrina tal como se tiene señalado tiene escasa relevancia, ya que en estos autos ha quedado suficientemente probada la existencia del daño ocasionado por la demandada, generando un estado de incapacidad permanente al verse la víctima afectada por una enfermedad de tipo psicológico que la limita permanentemente a gozar de una mejor calidad de vida.

Concepto de daño moral

El daño moral es la conculcación, menoscabo o lesión al equilibrio espiritual y que repercute en los sentimientos, alteración de la paz, la tranquilidad y la integridad de una persona. El daño moral compromete lo que el sujeto “es” y sus principales vertientes residen en las lesiones que afectan la vida, la salud o la dignidad de las personas: es decir su existencia misma y su integridad psicofísica, espiritual y social.

Si una acción antijurídica menoscaba el patrimonio de una persona, susceptible de apreciación pecuniaria, estamos ante un daño patrimonial: en tanto que, si no se lesiona ese patrimonio pero se daña los sentimientos del damnificado susceptible de apreciación pecuniaria, existe daño moral. (Artículo 1835 Código Civil)

Monto indemnizatorio

No cabe duda de que en nuestro sistema jurídico la indemnización de daño moral tiene carácter resarcitorio; lo que trae aparejado la construcción del sistema en torno del daño injustamente sufrido porque cumple una función de justicia correctiva, conforme a la doctrina y jurisprudencia vigente. A título de ejemplo cabe señalar las situaciones previstas por el Código Civil que reconoce 1) Molestias en la seguridad personal, traducidas en amenazas injustas de daños corporales, o privación de la libertad o atentados al honor o perjuicios económicos, o contagios de enfermedades culpables, etc. 2) Molestias en el goce de las cosas de su dominio o posesión y 3) Dolor provocado en el damnificado por delito contra la salud, la honestidad, y la vida, así como humillación a una persona sufrimiento derivado de alguna injuria o calumnia, así como todo ataque a los sentimientos por actos contrarios a la integridad privada conforme al Artículo 4, 5 y 6 de la Constitución nacional. (Jurisp Argentina, Cámara Civil, Bs. As.)

En base a estos argumentos, y en especial a la amplia libertad que goza el juzgador para establecer en estos casos la cuantía indemnizatoria con relación a la vida humana que no tiene valor per-se, sino en lo que produce o puede producir y en la que no existen normas fijas quedando al prudente arbitrio judicial un amplio margen, nos inclinamos en primer lugar a disponer el retiro justificado de la funcionaria reclamante, del ambiente discriminatorio y violento en el que se encuentra inmerso, y aunque no ha sido objeto de un reclamo por parte de la demandante, al producirse la desvinculación que ordenamos deberá abonarse las indemnizaciones previstas en el artículo 85 del Código del Trabajo conforme a la antigüedad con que cuenta la misma en la empresa, por una parte, y la indemnización por daño moral deberá apuntar no una suma global como solicita la parte actora sino que deberá centrarse en proporcionar a la reclamante una renta mensual equivalente a la que viene recibiendo en concepto de salario mensual, de tal forma que el capital disminuya paulatinamente para extinguirse al llegar la trabajadora a la edad de su jubilación, ya que más allá de ese momento cesa la obligación alimentaria a que tiene derecho la trabajadora,



y todo ello a la luz del principio de la equidad, al tratarse de una empresa mediana y de escasos recursos como dice ser la demandada.

Además, la renta fijada en esa resolución pasará a formar parte del pasivo de la empresa a fin de evitar que con el cierre, sustitución o venta de la misma, se pretenda hacer cesar la obligación, la que necesariamente deberá ser comunicado al Juez competente a fin de adoptar las medidas correspondientes. También la renta a que es condenada la empresa deberá ser depositada mensualmente a nombre del Juzgado interviniente. Es mi voto.

La magistrada, Concepción Sanchez Godoy, dijo: que por compartir en un todo las conclusiones de la colega Miryam Peña mi voto es en el mismo sentido.

Con lo que se dio por terminado el acto firmando los Señores miembros todo por ante mi que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue a continuación:

**RESUELVE:** Revocar la sentencia apelada. Ordenar que la Cooperativa 26 de Abril L.T.D.A., pague a la trabajadora Sonia Dalila Martínez la suma de G. 30.000.000, en concepto de indemnización moral, así como el cese de todo acto de hostigación bajo apercibimiento de que de no hacerlo se hará pasible de reparaciones económicas mas severas. Imponer las costas de ambas instancias en el orden causado. Anotar, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

*Miembros: Ramiro Barboza, Miryam Peña y Concepción Sanchez. Ante mi: Gloria Machuca C. Actuaría Judicial.*

#### ACUERDO Y SENTENCIA N° 32

**CONTRATO DE TRABAJO.** Sanciones a los trabajadores.

Prima a favor del trabajador el letrado obrante en el estacionamiento de vehículos en el que la empresa manifiesta que no se hace responsable de los vehículos estacionados en dicho lugar, cuestión que obra a favor del trabajador, que nada tiene que ver con el hecho que se le imputa y en especial el inc. “v” del art. 81.

**CONTRATO DE TRABAJO.** Sanciones a los trabajadores.

Se confirma la resolución que hace lugar a la demanda promovida por el trabajador y al no haberse invocado la causal del inc. n) del art. 81 en el escrito de contestación de la demanda no puede tenerse en cuenta el agravio del apelante.

Tapel. En lo Laboral. Segunda Sala. 30-03-2009. “Victor Javier Barrios Rojas c. South Food S.A. y responsables de Pizza Hut s/ Cobro de guaranías”. (Ac. Y Sent. N° 32)

Asunción, 30 de marzo de 2009

Cuestiones

Esta ajustada a derecho la resolución apelada?

Conforme al sorteo de ley, dio como resultado el siguiente orden, Ramiro Barboza, Miryam Peña y Concepcion Sanchez.

A su turno, Ramiro Barboza dijo: Que la sentencia apelada resolvió Hacer efectivo el apercibimiento establecido en el artículo 115 del C.P.T. y en consecuencia tener por cierto que el actor percibía un salario mensual de G. 1.500.000... Hacer lugar, con costas, a la demanda promovida por el trabajador Victor Javier Barrios Rojas contra la Empresa South Food Sociedad Anonima y en consecuencia condenar a la misma a que en el perentorio

termino de 48 horas de quedar ejecutoriada la presente sentencia, abone al actor la suma de G. 13.700.000 de acuerdo con la liquidación practicada precedentemente.

#### Agravios.

El apelante en representación de la parte demandada formuló oralmente sus agravios diciendo: "... El primer agravio el Juez se refiere al reglamento interno de la empresa el cual a criterio del Juez en el considerando señala que no tiene valor por que dice el Juez que el mismo fue aprobado por una S.R.L. S.A, en su momento SOUTH FOOD era una S.R.L y ahora la demandada es una S.A. por tanto dice el Juez el reglamento no tiene aplicación. Y hay un principio básico, la empresa es la misma si bien es cierto una transformación de S.R.L a S.A., el objeto social es el mismo todos los trabajadores que en ese momento se encontraban prestando servicio continuaron normalmente sus labores, en síntesis nunca hubo una interrupción ni modificación de las condiciones laborales. En el peor de los casos donde la hipótesis más radical existe una sustitución de empleador donde ninguna de las relaciones laborales fueron modificadas y por ende el reglamento interno de trabajo aprobado en su oportunidad por sus mismos trabajadores y homologado por Autoridad Administrativa tiene plena vigencia por un principio elemental los derechos y las obligaciones de las partes trabajador y empleador permanecieron y permanecen inalterables y ajenas al cambio de denominación. Por otra parte, el art. invocado para la rescisión contractual el art. 81 v) del C.T., también engloba como causal las graves faltas al contrato de trabajo, y aquí nos remitimos al art. 61 del C.T. que habla que el contrato debe ser cumplido de buena fe entre las partes y obliga no solo a lo que está formalmente expresado sino también al cumplimiento de las disposiciones legales. Disposiciones estas que están claramente tipificadas en los arts. sgtes. 62 al 67, derechos y obligaciones que integran todo contrato de trabajo o relación laboral al ser estas normas de orden público, específicamente el art. 65 inc. b), d) y otros. Por tanto en una u otra hipótesis el razonamiento del inferior está equivocado. En otra parte de la sentencia el Juez menciona que en el local existía un cartel que dice que la empresa no se responsabiliza por daños, sustracciones o pérdidas de vehículos y cosas que se hallen en la playa del estacionamiento local. Y acá el juez también equivoca el rumbo en el análisis del tema porque la cuestión en si no gira en torno a lo que ocurrió con la motocicleta sino a la omisión en que incurriera el trabajador al no informar el hecho primeramente y luego hacerlo falsamente., el Juez no consideró el documento que obra a fs. 41 de autos redactado de puño y letra el trabajador y reconocido en juicio en la audiencia f.97 textualmente en dicho documento el trabajador niega haber visto la motocicleta y también niega saber algo al respecto sin embargo al contestar la demanda y en el transcurso del juicio reconoce el episodio y presenta su descargo, es decir ante dos posiciones bien contradictorias una sola puede ser verdad y no es precisamente la que sostuvo ante su empleador y resulta claro que el mismo mintió y aquí no se debe perder de perspectiva de que era un personal de confianza era encargado del local, eso está reconocido por el mismo trabajador y se puede verificar en autos donde existe constancia en el inicio de la acción que el Sr. Barrios hizo entrega de la llave del local de las llaves de la caja chica de la caja fuerte y el código de la alarma del local, es decir era plenamente de confianza y ello tampoco fue observado por el inferior. En otro punto de la sentencia el juez vuelve a incurrir en el error al indicar que solo el actor fue despedido y los demás funcionarios no y tampoco ellos han comunicado al superior el

incidente, desconociendo el juez los informes que obran a fs. 37 a 40 que si fueron confeccionados por los demás funcionarios presentes y reconocido en juicio, con esto se demuestra también que el fondo de la cuestión no gira en torno al destino que se le dio a la motocicleta encontrada y sobre quien o quienes la hayan llevado, el hecho grave gira en torno a la responsabilidad de quien detentaba un cargo de confianza al no haber informado lo sucedido primeramente y luego presento un informe falso, siendo el encargado del local, y por ende único depositario de la confianza de su empleador en el grado que el cargo lo requiera. También el juez menciona que si la empresa demandada considera que el hecho era grave debió instruir un sumario antes de despedir, y aquí ya el agravio sube de tono porque el inferior “crea” una nueva condición para proceder a un despido justificado, inexistente en nuestra legislación, puesto que el art. 352 del C.T., requiere esta diligencia para aplicar sanciones menores como la suspensión y la postergación temporal de ascenso. Finalmente el juez dice en su sentencia que a criterio del juzgado el despido no se halla justificado y el actor no ha causado daño alguno a la empresa, no ha robado bienes a la empresa. Y aquí, es claro que la causal invocada no necesita precisamente un daño cuantificable económicamente para producir el despido, no interesa tanto la cuantía ni el perjuicio sufrido sino la actitud del trabajador que omitió su deber y responsabilidad y cuando fue requerido para hacerlo mintió al empleador y en este punto me remito a algunas citas de autores que obran en una minuta resumen de esta expresión de agravios que presento en este acto y cuya agregación solicito, en consecuencia solicito que tengan por formulada la expresión de agravios conforme a los términos vertidos en esta audiencia y oportunamente dicten resolución revocando la sentencia recurrida en todas sus partes...”

A su turno, la adversa, contestó el traslado de los agravios formulados por el apelante diciendo: “...Yo paso a contestar los agravios expuestos y en apretada síntesis entiendo que se agravia por una violación del reglamento interno por el informe erróneo que dice haber presentado el trabajador en relación a un hecho ocurrido durante el ejercicio de su guardia como cajero y quiero señalar a la Cámara lo siguiente: el reglamento interno de la empresa presentado en autos en ninguna parte de sus cláusulas establece que el funcionario en este caso el cajero está obligado a rendir informes a la empresa sobre hechos ocurridos fuera de sus funciones. La sentencia pronunciada por el Aquo no considera justamente lo expuesto por el trabajador porque el mismo reglamento interno de la empresa no contempla en ninguna de sus cláusulas que el cajero tenga que rendir informe sobre hechos ocurridos o en la cocina del restaurante o en la playa de estacionamiento del restaurante sino exclusivamente en todo lo que atañe al trabajo propio que cumple un cajero comercial. Es por ello, que a lo expuesto en el mismo reglamento interno de la empresa que como ya señalara establece claramente los derechos y obligaciones de cada empleado ubica el cartel indicador en la puerta del negocio comercial de forma a deslindar todo tipo de responsabilidad por hechos que pudieran ocurrir fuera de los límites del salón comercial determinado en este caso por el perímetro ocupado por el salón comedor, la cocina, los baños y el perímetro se halla ubicado el escritorio de la caja de cobranza de la empresa, la sentencia está ajustada a derecho, porque el inferior a comprobado que los empleados de la pizzería al retirarse del negocio fueron a ocuparse de una moto ajena extraña a la empresa, como así también el mismo propietario es ajeno a la empresa, el reglamento interno de la empresa no autoriza ni obliga a ningún empleado de la pizzería ocuparse sobre el vehículos

dejados en el estacionamiento, es por ello que el empleado Barrios con muy buen criterio evitó ocuparse de un móvil ajeno a la empresa y por ende ajeno estaba a rendir ningún tipo de información por hechos para el cual no ha sido contratado. En otras palabras si hubiese existido un faltante en la caja u otro hecho similar entonces si estaría faltando al compromiso asumido con la empresa, es muy cierto cuando la adversa señala que la buena fe debe primar en todo contrato lo que obvia decir ante este Tribunal es que la buena fe del contrato proporcionado por la misma empresa fue violado por la empresa, es mas de acuerdo a las constancias de autos se podrá comprobar que la empresa apartó a los empleados que habían incurrido en el error grave de tocar un móvil ajeno y extraño a la empresa para elaborar un informe que perjudique al trabajador Víctor Barrios y ese informe es lo que luego presentaron en juicio, determinándose con ello una suerte de confabulación entre la empresa y dichos funcionarios, quiero señalar igualmente al Tribunal que cuando los testigos propuestos por la empresa se presentaron a declarar coincidieron al señalar que el contrato o reglamento interno de la empresa no les daba atribución sobre coches, moto, bicicleta y cualquier otro robado dejado por personas extrañas a la empresa en el estacionamiento. El juzgado consideró justa la demanda porque el despido fue realizado sobre la base de un hecho anormal y en ese sentido el Juzgado al analizar una demanda y darle la resolución que le debe corresponder hace la sumatoria de todos los extremos legales expuestos por las partes y aquellas diligencias que cumplidas en la etapa de prueba le otorgan al magistrado la luz que le permita impartir justicia. La causal de despido por el cual Víctor Barrios es echado de la empresa es injusta y por ello el magistrado dictó sentencia haciendo lugar a la demanda por considerar que Víctor Barrios no ha faltado a su deber como cajero de la empresa, sitio en el cual la confianza entre empleador y empleado debe ser firme, recta y sin ningún tipo de dobleces. Este hecho el Juzgado comprobó que no fue objeto de cuestionamiento y en relación al hecho acaecido el Juzgador considera que el reglamento interno de la empresa además de no obligarle al empleado está desfasado y debe ser reestructurado de acuerdo al cambio comercial que ha sufrido o ha realizado la empresa. Asimismo, en la exposición de la adversa se ha limitado a hacer un cuestionamiento de la sentencia sin exponer en qué grado la sentencia ocasiona daño o perjuicio patrimonial a la empresa extremo legal exigido no solo por el procedimiento Civil de aplicación supletoria en la Jurisdicción laboral sino por la Jurisprudencia conteste y uniforme de nuestros Tribunales, concluyo señalando que mi parte peticona la confirmación de la sentencia con expresa imposición de las costas.

Caso de autos.

Apela la parte patronal la sentencia de primera instancia que le condena al pago de la suma de G. 13.700.000, en concepto de beneficios legales en concepto de despido injustificado.

Se agravia en primer lugar por las manifestaciones del inferior en el sentido de que la demandada se trata de una S.A y no de una S.R.L, que mantiene en vigencia su reglamento interno de trabajo, manifestando que es la misma empresa y que solo ha cambiado su situación de S.R.L, a la de S.A, pero que sigue siendo la misma empresa. Sobre este punto habitualmente se discute si se trata de la misma empresa, pero que dejamos en suspenso porque creemos que no afecta al fondo de la cuestión.

Se agravia también el apelante por haber hecho lugar a la demanda cuando que el trabajador incurrió en una causal de terminación del contrato de trabajo previsto en el inc. v) del art. 81 del C.T.. Sobre esta cuestión y analizando íntegramente el expediente, encontramos que se trata de una situación especial donde el Encargado del Local se encuentra en una situación bastante particular sobre la sustracción de una motocicleta, pero que no se aclara algunos extremos tales como si el tercero dueño de la moto pidió autorización a alguna persona de la empresa para dejar su moto, y tampoco se aclara si la moto llevada por otro funcionario Pedro Cáceres fue devuelta o no, con lo que se daría mayor claridad al hecho. También prima a favor del trabajador el letrado obrante en el estacionamiento de vehículos en el que la empresa manifiesta que no se hace responsable de los vehículos estacionados en dicho lugar, cuestión que obra a favor del trabajador, que nada tiene que ver con el hecho que se le imputa y en especial el inc. “v” del art. 81.

La actitud del accionante en nada ha perjudicado a la empresa trayéndose como testigo de la demandada al trabajador que en su caso causo la anormalidad y a quien correspondía en el supuesto de que existiere dicha causal aplicar la sanción correspondiente. No se hizo así y se procedió a una serie de medidas contra el trabajador sancionado, que en realidad aplico literalmente la medida dispuesta por la empresa de no involucrarla en una cuestión que no es de su competencia. Siendo así, entendemos que no se dan los presupuestos necesarios para aplicar una sanción tan severa como el despido, ya que el trabajador verdaderamente no incurrió en la causal que se le acusa.

En cuanto a las demás objeciones hechas por el apelante tales como la contradicción del trabajador en el documento obrante a fs. 41 y el escrito de demanda, no tiene ninguna trascendencia en el caso ya que declaró el trabajador que en todos los casos no es responsable del hecho y que tampoco era su obligación informar. Sostiene el apelante de que se trata de un personal de confianza y para ese caso está previsto el inc. n) del art. 81, pero esta causal no fue invocada en la contestación de la demanda. En dichas condiciones voto por la confirmación de la sentencia apelada, con costas.

A su turno, los conjueces Miryam Peña y Concepcion Sanchez G., dijeron: Que adhieren al voto del Colega Ramiro Barboza por sus mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto firmando los Señores miembros todo por ante mí que certifico, quedando acordando la sentencia que sigue a continuación:

**RESUELVE:** Confirmar, con costas, la sentencia apelada. Anotar, registrar y remitir copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia.

*Magistrados: Concepción Sanchez Godoy, Ramiro Barboza, Miryam Peña. Ante mí: Gloria Machuca, Actuarial judicial.*