



Corte Suprema de Justicia

GACETA JUDICIAL

Director
Víctor Manuel Núñez
Ministro

Año: 2010 – Número 3



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.
Edición 2010 - p.

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

JUAN PAEZ ACOSTA

PRÓLOGO

Con esta obra, presentamos el tercer número de la Gaceta Judicial, contando con el constante apoyo de la Corte Suprema de Justicia en la persona del Ministro Director de la División de Investigación Víctor Núñez Rodríguez, en convenio con la Editora Intercontinental. En los inicios de este proyecto hemos trazado objetivos entre los que destacamos el de alcanzar mayor llegada y aceptación a todo el público jurídico, orientándonos a perdurar en el tiempo, siempre que la voluntad y los medios así lo dispongan, aportando desde la óptica de los principales intérpretes del Derecho, fallos continuados y uniformes, de relevancia y doctrinas realizadas con temas actuales.

Para el efecto se insertan desde el primer número de la revista, resoluciones de la Corte Suprema de Justicia y de los Tribunales de Apelación, las cuales son transcritas fielmente del original, desde el Considerando hasta el Resuelve. Luego se extraen las reglas jurídicas de los fallos analizados, las cuales son elaboradas enteramente por las Investigadoras que coordinan este proyecto. En este número se ha seleccionado temas constitucionales, de derecho de familia, derecho de marcas, administrativos, derecho civil: daños y perjuicios, cobro de guaraníes, preparación de acción ejecutiva, nulidad de matrimonio, usucapión, incumplimiento de contrato, cumplimiento y extinción de las obligaciones, en el plano penal: apropiación, los recursos de casación y revisión.

Se incluyen además de los Acuerdos y Sentencia, los Auto Interlocutorios que por tratar cuestiones procedimentales de suma utilidad e interés, consideramos atinado insertarlos para la uniformidad de los criterios jurídicos.

Es una novedad útil a los fines prácticos, lo insertado en el encabezado antes de las reglas jurídicas y del texto completo de la resolución, la incorporación del *thema decidendum* de la causa ó Cuestión debatida, consistente en un extracto de los hechos sobre los cuales versará la dialéctica jurídica.

Equipo de Coordinación.

CONTENIDO

1.- PRÓLOGO

2.- INDICE

Índice Temático

Índice por Tribunales

3.- DOCTRINA

Caducidad de instancia en los juicios concursales *por Carmelo Castiglioni*

Principio de menor lesividad en el Instituto de la Legítima Defensa *por Waldir Servín*.

4.- JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

RECURSO DE QUEJA. Procedencia del recurso de queja. (CSJ, Sala Civ. y Com. 04-03-10 A.I.Nº 170)

DAÑOS Y PERJUICIOS. Admisibilidad y Procedencia de la acción. Accidente de tránsito. Responsabilidad civil. Responsabilidad Civil. Culpa. Valuación de los daños/ INTERESES. Tasa de Interés. (CSJ, Sala Civ. y Com.03-02-10 Ac. y Sent. Nº 20)

USUCAPION. Principios Generales. Requisitos de la usucapición. Prueba de la usucapición/ PRUEBA DE RECONOCIMIENTO. Inspección ocular. (CSJ, Sala Civ. y Com.03-02-10. Ac. y Sent. Nº 21)

CONTRATO. Rescisión de contrato. Resolución de contrato. Contrato de tracto sucesivo. Efectos del contrato. Cumplimiento de contrato/ PACTO COMISORIO. (CSJ, Sala Civ. y Com.03-02-10. Ac. y Sent. Nº 22).

INHABILITACIÓN. Inhabilitación para ocupar cargos públicos/ FUNCIONARIO PÚBLICO. Incompatibilidades para el ejercicio de la función pública. Carga pública. (CSJ, Sala Civ. y Com.18-02-10 Ac. y Sent. Nº 38)

CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la igualdad. Derechos Económicos. Libertad de concurrencia. Derechos individuales. Libre competencia/ DERECHOS DEL CONSUMIDOR. (CSJ, Sala Constitucional.18-02-10. Ac. y Sent. Nº 39)

NOMBRE. Rectificación de nombre. Modificación del art. 12 de la Ley 1/92 y 42 del Código Civil/ LEY. Aplicación de la ley/ DERECHO EN EXPECTATIVA/ DERECHOS ADQUIRIDOS. (CSJ, Sala Civ y com. 22-02-10. Ac. y Sent. Nº 46)

CONTRATO. Obligación de hacer escritura pública. Carácter de la letra “y” y de la letra “o” de un contrato. Contradocumento. (CSJ, Sala Civ. y com.22-02-10 Ac. y Sent. Nº 47)

RECURSO DE NULIDAD. Recurso de nulidad contra sentencia definitiva/ PRINCIPIO DE CONGRUENCIA/ SENTENCIA. Motivación de sentencia. Vicios de la sentencia. Principio de razón suficiente. Nulidad de sentencia. (CSJ, Sala Penal.12-03-10 Ac. y Sent.70)

PROCESO PENAL. Duración del proceso penal. Notificaciones en el proceso penal. Extinción del proceso penal/ PLAZOS PROCESALES. Plazo razonable. (CSJ, Sala Penal.12-03-10. Ac. y Sent. Nº 72)

RECURSO DE REVISIÓN. Admisibilidad y procedencia del recurso de revisión. Reenvío de autos en el recurso de revisión. Principios generales. Hecho nuevo. Motivo del recurso de revisión. (CSJ, Sala Penal.15-03-10. Ac.y Sent. Nº 73)

CONTRATO. Obligación de hacer escritura pública/ MODO DE TERMINACION DE LOS PROCESOS. Transacción/ MAGISTRADO. Competencia de los magistrados/ PROMESAS UNILATERALES. (CSJ, Sala Civil y comercial. 17-03-10 Ac. y Sent. Nº 78)

LEY PENAL. Ley Penal en blanco/ IMPUESTOS. Evasión impositiva/ SENTENCIA ARBITRARIA. (CSJ, Sala Constitucional.04-03-10. Ac.y Sent. Nº 89)

SENTENCIA. Fundamentación/ RECURSO DE CASACION. Analogía con el recurso de Apelación. Decisión directa en el recurso de casación. Reenvío en el recurso de casación. (CSJ, Sala Penal. 25-03-10 Ac.y Sent. Nº 93).

TRIBUNAL DE APELACION EN LO CRIMINAL

PRUEBA. Legalidad de la prueba. Medios de prueba. Principio de exclusión probatoria. Anticipo jurisdiccional de prueba/ PRUEBA DE PERITOS. Principios generales. Dictamen pericial. Apreciación de la prueba pericial. Prueba de peritos en materia penal/ JUICIO ORAL Y PÚBLICO. Recepción de pruebas en el juicio oral/ HECHO PUNIBLE. Investigación de hecho punible/ MINISTERIO PÚBLICO. Carga de la prueba. (Trib. De Apel. En lo Criminal. Primera Sala. 26-03-10. Ac. Y Sent. Nº 27)

TRIBUNAL DE APELACION EN LO CIVIL Y COMERCIAL

CADUCIDAD DE INSTANCIA. Procedencia de la caducidad de instancia. Recurribilidad. Interrupción de la caducidad. (TApel Civ. y Com., Primera Sala. 04-05-10 A.I. Nº 201).

MEDIDAS CAUTELARES. Requisitos para la viabilidad de medidas cautelares. Contracautela. (TApel Civ. y Com. Primera Sala. 07-05-10. A.I. Nº 219).

MATRIMONIO. Prueba del matrimonio. Principios generales. Efectos del matrimonio Inscripción del matrimonio extranjero. (TApel. En lo Civ. Y Com. Primera Sala. 05-02-10. AC. Y Sent. Nº 2)

PRUEBA DE CONFESION. Confesión ficta/ EXCEPCION DE PAGO. EXCEPCION DE INHABILIDAD DE TITULO/ EXCEPCION DE FALSEDAD. (TApel. En lo civ. Y Com. Primera Sala. 25-03-10. AC. Y Sent. Nº 8)

MANDATO. Apoderado/ CONTRATO. Consentimiento. Objeto del contrato. Forma y prueba del contrato. Cumplimiento de contrato. (TApel. En lo Civ. Y Com. Segunda Sala. 10-02-10. Ac. Y Sent. Nº 8)

DERECHO COMERCIAL. Representación comercial/ CONTRATO INNOMINADO/ CONTRATO DE COMISIÓN. (TApel. En lo civ. Y Com. Segunda Sala. 03-03-10. AC. Y Sent. Nº 22)

REMATE. Pago del precio en el remate. Adjudicación en el remate/ COSTAS. Principios generales. (TApel. En lo Civ. Y Com. Tercera Sala. 12-02-10. A.I.. N° 43)

CONVOCATORIA DE ACREEDORES. Verificación de crédito/ REGULACION DE HONORARIOS. Base del cálculo para la regulación de honorarios. (TApel. En lo Civ. Y Com. Tercera Sala. 26-02-10. A.I.. N° 82)

RECUSACION. Recusación con causa. Interés en el pleito. Efectos de la recusación. (TApel. En lo Civ. Y Com. Tercera Sala. 12-02-10. A.I. N° 86)

NULIDAD PROCESAL/ INCIDENTE. Incidente de nulidad/ EMBARGO. Mandamiento de embargo. Acta de diligenciamiento de embargo ejecutivo. Procedimiento en el embargo/ EMBARGO PREVENTIVO. Procedimiento en el embargo preventivo. (TApel. En lo Civ. Y Com. Tercera Sala. 11-03-10. A.I.. N° 103)

DERECHOS DEL COMSUMIDOR/ PRUEBA DOCUMENTAL. Eficacia probatoria de la prueba documental. Instrumentos privados provenientes de terceros/ DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad extracontractual. Daño moral. (TApel. En lo Civ. Y Com. Tercera Sala. 04-02-10. Ac. Y Sent. N° 4)

NOMBRE COMERCIAL/ MARCA DE FÁBRICA. Registro de marca. Confusión. Nombre comercial. Cancelación de marca. Protección legal. Denominaciones genéricas (TApel Civ. y Com. Tercera sala. 28-04-10. Ac y Sent N° 25).

JUICIO EJECUTIVO. Título ejecutivo. Certificado de deuda/ DERECHO ADMINISTRATIVO/ EXCEPCION DE INHABILIDAD DE TITULO. Prueba de la excepción de la inhabilidad de titulo. (TApel. En lo Civ. Y Com. Tercera Sala. 18-03-10. Ac. Y Sent.. N° 31)

REMATE. Suspensión del remate/ SENTENCIA. Ejecución de sentencia. (TApel Civ. y Com. Cuarta sala. 10-03-10. A.I N° 93).

PRUEBA DE TESTIGO. Tacha de testigos antes de la declaración testifical de los mismos. (TApel Civ. y Com. Cuarta sala. 24-03-10. A.I N° 140).

PRESCRIPCION. Excepción de prescripción/ COSTAS. (TApel Civ. y Com. Cuarta sala. 08-04-10. A.I N° 183).

COMPRAVENTA. Modificación equitativa de contrato. Precio de la compra/ PRUEBA DE PERITOS. Apreciación de la prueba pericial. Inscripción de perito en la matrícula/ MAGISTRADO. Facultades del magistrado/ PRUEBA. Apreciación de la prueba. Carga de la prueba/ PRUEBA DE TESTIGOS. Apreciación de la prueba testimonial/ LESION/ DERECHO COMERCIAL/ PAGARE. Efectos del pagaré. (TApel. En lo Civ. Y Com. Cuarta Sala. 08-04-10. Ac. Y Sent.. N° 23)

COSTAS. Costas en el orden causado/ DIVORCIO. (TApel. En lo civ. Y Com. Cuarta Sala. 09-04-10. Ac. Y Sent.. N° 29)

DONACION. Principios generales. Donaciones con cargo/ OBLIGACION DE RENDIR CUENTAS. Obligación de rendir cuentas/ RESOLUCION JUDICIAL/ RENDICION DE CUENTAS. Forma de la rendición de cuentas/ VENIA JUDICIAL/ CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE. (TApel. En lo Civ. Y Com. Cuarta Sala. 16-04-10. Ac. Y Sent. N° 37)

TRIBUNAL DE APELACION DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

FILIACION. Procedimiento para la filiación/ EXCEPCION DE PREVIO Y ESPECIAL PRONUNCIAMIENTO/ SENTENCIA. Nulidad de la sentencia. (TApel. De la Niñez y Adolescencia. 08-02-10. Ac. Y Sent.. N° 8)

ALIMENTOS/ SENTENCIA. Ejecución de sentencia/ SENTENCIA. Ejecución de sentencia. (TApel. De la Niñez y Adolescencia. 11-03-10. Ac. Y Sent.. N° 23)

SENTENCIA. Ejecución de sentencia/ EXCEPCION DE PAGO/ALIMENTOS. EXCEPCION DE PAGO/ COSTAS. Imposición de costas. (TApel. De la Niñez y Adolescencia. 07-04-10. Ac. Y Sent.. N° 37)

ALIMENTOS. Aumento de alimento. (TApel. De la Niñez y Adolescencia. 09-04-10. Ac. Y Sent.. N° 38)

PATRIA POTESTAD. Régimen de convivencia. Derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad. Derecho del menor a ser oído/ PRUEBA. Apreciación de la prueba/ PRESUNCIONES. (TApel. De la Niñez y Adolescencia. 23-04-10. Ac. Y Sent.. N° 47)

ALIMENTOS/ SENTENCIA. Ejecución de sentencia/ COSTAS. Imposición de costas. (TApel. De la Niñez y Adolescencia. 28-04-10. Ac. Y Sent.. N° 49)

SANCION DISCIPLINARIA/ MAGISTRADO/ MINISTERIO PUBLICO. Facultades de los agentes fiscales. (TApel. De la Niñez y Adolescencia. 18-05-10. Ac. Y Sent. N° 62)

INDICE TEMATICO

ALIMENTOS

Aumento de alimento

CADUCIDAD DE INSTANCIA

Interrupción de la caducidad

Procedencia de la caducidad de instancia

Recurribilidad

COMPRAVENTA

Modificación equitativa de contrato

Precio de la compra

CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL PARAGUAY

Derecho a la igualdad

Derechos Económicos

Derechos individuales

Libertad de concurrencia

Libre competencia

CONTRATO

Consentimiento

Contradocumento

Contrato de tracto sucesivo

Cumplimiento de contrato

Efectos del contrato

Forma y prueba del contrato

Objeto del contrato

Obligación de hacer escritura pública. Carácter de la letra “y” y de la letra “o” de un contrato

Rescisión de contrato

Resolución de contrato

CONTRATO DE COMISIÓN

CONTRATO INNOMINADO

CONVOCATORIA DE ACREEDORES

Verificación de crédito

COSTAS

Costas en el orden causado

Imposición de costas

Principios generales

DAÑOS Y PERJUICIOS

Accidente de tránsito

Admisibilidad y Procedencia de la acción

Culpa

Daño moral

Responsabilidad civil

Responsabilidad extracontractual

Valuación de los daños

DERECHO ADMINISTRATIVO

DERECHO COMERCIAL

Representación comercial

DERECHO COMERCIAL

DERECHO EN EXPECTATIVA

DERECHOS ADQUIRIDOS

DERECHOS DEL COMSUMIDOR

DERECHOS DEL CONSUMIDOR

DIVORCIO

DONACION

Donaciones con cargo

Principios generales

EMBARGO

Acta de diligenciamiento de embargo ejecutivo

Mandamiento de embargo

Procedimiento en el embargo

EMBARGO PREVENTIVO

Procedimiento en el embargo preventivo

EXCEPCION DE FALSEDAD

EXCEPCION DE INHABILIDAD DE TITULO

Prueba de la excepción de la inhabilidad de titulo

EXCEPCION DE PAGO**EXCEPCION DE PREVIO Y ESPECIAL PRONUNCIAMIENTO****FILIACION**

Procedimiento para la filiación

FUNCIONARIO PÚBLICO

Carga pública

Incompatibilidades para el ejercicio de la función pública

HECHO PUNIBLE

Investigación de hecho punible

IMPUESTOS

Evasión impositiva

INCIDENTE

Incidente de nulidad

INHABILITACIÓN

Inhabilitación para ocupar cargos públicos

INTERESES

Tasa de Interés

JUICIO EJECUTIVO

Certificado de deuda

Título ejecutivo

JUICIO ORAL Y PÚBLICO

Recepción de pruebas en el juicio oral

LESION**LEY**

Aplicación de la ley

LEY PENAL

Ley Penal en blanco

MAGISTRADO

Competencia de los magistrados

Facultades del magistrado

MANDATO

Apoderado

MARCA DE FÁBRICA

Cancelación de marca

Confusión

Denominaciones genéricas

Nombre comercial

Protección legal

Registro de marca

MATRIMONIO

Efectos del matrimonio

Inscripción del matrimonio extranjero

Principios generales

Prueba del matrimonio

MEDIDAS CAUTELARES

Contracautela

Requisitos para la viabilidad de medidas cautelares.

MINISTERIO PÚBLICO

Carga de la prueba

Facultades de los agentes fiscales

MODO DE TERMINACION DE LOS PROCESOS

Transacción

NOMBRE

Modificación del art. 12 de la Ley 1/92 y 42 del Código Civil

Rectificación de nombre

NOMBRE COMERCIAL**NULIDAD PROCESAL****OBLIGACION DE RENDIR CUENTAS**

Obligación de rendir cuentas

RESOLUCION JUDICIAL**PACTO COMISORIO****PAGARE**

Efectos del pagaré

PATRIA POTESTAD

Derecho del menor a ser oído

Derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad

Régimen de convivencia

PLAZOS PROCESALES

Plazo razonable

PRESCRIPCION

Excepción de prescripción

Prescripción de la pena

Prescripción en materia penal

PRESUNCIONES

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

PROCESO PENAL

Duración del proceso penal

Extinción del proceso penal

Notificaciones en el proceso penal

PROMESAS UNILATERALES

PRUEBA

Anticipo jurisdiccional de prueba

Apreciación de la prueba

Carga de la prueba

Legalidad de la prueba

Medios de prueba

Principio de exclusión probatoria

PRUEBA DE CONFESION

Confesión ficta

PRUEBA DE PERITOS

Apreciación de la prueba pericial

Dictamen pericial

Inscripción de perito en la matrícula

Principios generales

Prueba de peritos en materia penal

PRUEBA DE RECONOCIMIENTO

Inspección ocular

PRUEBA DE TESTIGO

Apreciación de la prueba testimonial

Tacha de testigos antes de la declaración testifical de los mismos

PRUEBA DOCUMENTAL

Eficacia probatoria de la prueba documental

Instrumentos privados provenientes de terceros

RECURSO DE CASACION

Analogía con el recurso de Apelación

Decisión directa en el recurso de casación

Reenvío en el recurso de casación

RECURSO DE NULIDAD

Recurso de nulidad contra sentencia definitiva

RECURSO DE QUEJA

Procedencia del recurso de queja

RECURSO DE REVISIÓN

Admisibilidad y procedencia del recurso de revisión

Hecho nuevo

Motivo del recurso de revisión

Principios generales

Reenvío de autos en el recurso de revisión

RECUSACION

Efectos de la recusación

Interés en el pleito

Recusación con causa

REGULACION DE HONORARIOS

Base del cálculo para la regulación de honorarios

REMATE

Adjudicación en el remate

Pago del precio en el remate

Suspensión del remate

RENDICION DE CUENTAS

Forma de la rendición de cuentas

CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE

SANCION DISCIPLINARIA

SENTENCIA

Ejecución de sentencia

Fundamentación

Motivación de sentencia

Nulidad de sentencia

Principio de razón suficiente

Vicios de la sentencia

USUCAPION

Principios Generales

Prueba de la usucapión

Requisitos de la usucapión

VENIA JUDICIAL

INDICE POR TRIBUNALES

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sala Civil y Comercial

- 04-03-2010. "Recurso de Queja por apelación denegada interpuesto por el abog. Jaime R. Peña Espínola en el juicio: Marcus S. Peña Mc. Coy c. Sara Josefina Leiva Franco s/ Juicio ordinario, reivindicación, nulidad de títulos y otros" (A.I.Nº 170)
- 03-02-2010 "Patricio Cáceres Ruiz Díaz c. Empresa de Transporte Vanguardia S.R.L. s/ Indemnización de Daños y Perjuicios" (Ac. y Sent. Nº 20)
- 03-02-2010 "Jorge Adalberto Riquelme c. Sucesión de Candelaria Martínez Vda. De Jara y herederos s/ Usucapión" (Ac. y Sent. Nº 21)
- 03-02-10 "Luis Fernando Camperchioli Estrago c. Gilberto Palacios Acosta s/ rescisión de contrato por incumplimiento" (Ac. y Sent. Nº 22).
- 18-02-2010 "Prisciliana Solís de Fretes s/ Pérdida de Investidura por inelegibilidad". (Ac. y Sent. Nº 38)
- 22-02-2010 "Ingrid Susana Constantini Salerno s/ Rectificación de Instrumento Público." (Ac. y Sent. Nº 46)
- 22-02-2010 Expediente "Julian Isacio Doncel Gonzalez c. Gustavo Adolfo Morales Cocuesta y otros s/ Obligación de hacer escritura pública." (Ac. y Sent. Nº 47)
- 17-03-2010 "Elida Doris Zarza Schuller c. Isabelino Raul Fretes Mendoza s/ cumplimiento de Acuerdo y obligación de hacer escritura pública" (Ac. y Sent. Nº 78)

Sala Constitucional

- 18-02-2010 "Acción de Inconstitucionalidad: contra art.1º de la Ley Nº 2153/2003". (Ac. y Sent. Nº 39)
- 04-03-2010 Acción de Inconstitucionalidad en el Juicio: "Nabil Chamsedine s/ supuesto hecho punible c. el Erario en Ciudad del Este s/Evasión Impositiva. (Ac.y Sent. Nº 89)

Sala Penal

- 04-03-2010 "Recurso de Casación interpuesto por el Sr. José Key Kanazawa por derecho y bajo patrocinio de abogados Adan Amado Ríos y Nicolás Gaona Irún en la causa: Sumario abierto en averiguación de la supuesta comisión de los delitos de atropello de domicilio, abuso de autoridad y otros" (A.I.Nº 136)
- 12-03-2010 "Recurso de Casación interpuesto por la Agente Fiscal de San Juan Bautista Misiones Abog. María Julia Valdez Caballero en la causa: M.P. c. Nazario Celso Otazú s/ Sup.H.P. c/ la vida (Homicidio en grado de tentativa)". (Ac. y Sent.70)
- 12-03-2010 "Recurso Extraordinario de Casación interpuesto pro el Abog. Rafael Gorostiaga Saguier en los autos: "Nelson Rubén Mendoza Osorio s/Homicidio Doloso." (Ac. y Sent. Nº 72)
- 15-03-2010 "Recurso de Revisión interpuesto por el señor Miguel Roberto Gaona Nacimiento, por derecho propio y bajo patrocinio de los Abogados Pedro Ovelar y Luis Fernando Rosetti en la causa: "Miguel Roberto Gaona Nacimiento s/cohecho pasivo agravado." (Ac.y Sent. Nº 73)
- 25-03-2010 "Recurso de Casación interpuesto por el Abog. Raúl Peralta Vega en la causa: Herculano Filemón Sánchez Colman s/ Homicidio doloso". (Ac.y Sent. Nº 93).

TRIBUNAL DE APELACION EN LO CRIMINAL

Primera Sala

- 26-03-2010. "Rocío Karina Medina Ortega s/ Apropiación" (Ac. Y Sent. Nº 27)

TRIBUNAL DE APELACION EN LO CIVIL Y COMERCIAL

Primera Sala

- 04-05-2010. "DIPAR S.A.E.C.A. c. Carlos Pérez s/ Cobro de guaraníes".(A.I. Nº 201).
- 07-05-2010."Granitos BETAM S.A. c. Nardo Alejandro Guerrero Durand s/ cumplimiento de contrato y otros".(A.I. Nº 219).
- 05-02-2010."Jacqueline H. Werkmeister c. Carlos Alberto Rosales s/ Nulidad de matrimonio". (AC. Y Sent. Nº 2)
- 25-03-2010."Homogono Reinaldo Draguicevich Sanchez c. Mohan Gopaldas Chandiramani s/ Preparación de acción ejecutiva". (AC. Y Sent. Nº 8)

Segunda Sala

- 10-02-2010. "Eugenio Odilon García Agüero y otros c. Banco Sudameris Paraguay SAECA s/ Ind. De daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual". (AC. Y Sent. Nº 8)
- 03-03-2010. "Hugo Víctor Sánchez Vega y otros c. F.A.V. SRL s/ Reconocimiento de crédito s/ cobro de guaraníes". (Ac. Y Sent. Nº 22)

Tercera Sala

- 12-02-2010. "A.J.S. Administración y Mandato S.A. c. CODEAGRO SRL y otros s/ Cobro de guaraníes". (A.I. Nº 43)

26-02-2010. "R.H.P del Abog. Osvaldo Bergonzi Morales en el expte. INDUSQUIM SRL s/ convocatoria de acreedores". (A.I. Nº 82)
12-02-2010. "Recusación con causa interpuesta por la Abog Ivanna Teresita de Cardozo en los autos: "Nicolás Gaona s/ sucesión c. el juez de primera instancia del tercer turno". (A.I. Nº 86)
11-03-2010. "Antonio Morínigo Almirón c. Amado Enrique Yambay Velázquez s/ Acción preparatoria de juicio ejecutivo". (A.I. Nº 103)
04-02-2010. "Christian Tuma c. TACPY y otros s/ Indem. De daños y perjuicios". (Ac. Y Sent. Nº 4)
28-04-2010. "UBS AG c/ UBS FINANCIAL SERVICE GROUP S.A. s/ Acción por uso indebido de nombre".(Ac y Sent Nº 25).
18-03-2010. "Instituto de Previsión Social c. Ysapy Empresa de Transporte SRL s/ Acción ejecutiva". (Ac. y Sent.. Nº 31)

Cuarta Sala

10-03-2010. "Municipalidad de Asunción c. Cinematográfica del Paraguay S.A. s/ Ejecución de Sentencia"(A.I Nº 93).
24-03-2010. "A. B. y J. A. V. M. s/ Disolución de la sociedad conyugal".(A.I Nº 140).
08-04-2010. "Porfirio Zarate Reyes c. José Eligio Chávez Silvero s/ Indemnización de Daño Moral".(A.I Nº 183).
08-04-2010. "Patrick Etienne Emmanuel Meyer c. Alain Mauricio Duval y Laurette Clementine Jeanne Boakaya de duval s/ Modificación equitativa de contrato de compraventa de inmueble". (Ac. Y Sent.. Nº 23)
09-04-2010. "Compulsas del expte. E. G. D. O. c. C. S. G. de D. s/ Divorcio a Petición de una sola de las partes". (Ac. Y Sent.. Nº 29)
16-04-2010. "C. P B. B. c. M. L. B. de B. s/ rendición de cuentas". (Ac. Y Sent. Nº 37)

TRIBUNAL DE APELACION DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

08-02-2010. "A.A.C.M y otro s/ impugnación de paternidad" (Ac. Y Sent.. Nº 8)
11-03-2010. "F.del C. A. P. y otro s/ Homologación de acuerdo" (Ac. Y Sent.. Nº 23)
07-04-2010. "S. de M. B. M s/ Pérdida de la patria potestad y declaración de estado de adaptabilidad". (Ac. Y Sent.. Nº 37)
09-04-2010. "L.T.M s/ Aumento de asistencia alimenticia". (Ac. Y Sent.. Nº 38)
23-04-2010. "Compulsas del expte. A. M. G. s/ Régimen de convivencia" (Ac. Y Sent.. Nº 47)
28-04-2010. "Ejecución de sentencia en el expte. A. B. S. G. s/ Asistencia alimenticia". (Ac. Y Sent.. Nº 49)
18-05-2010. "S.R.Q.R. s/ Adopción". (Ac. Y Sent. Nº 62)

DOCTRINA

CADUCIDAD DE INSTANCIA EN LOS JUICIOS CONCURSALES

CARMELO A. CASTIGLIONI

* Miembro del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial
Quinta Sala, Capital

1. IDEAS PRELIMINARES; Nuestro mundo judicial tiene algunas particularidades, que nos permite todavía el asombro. Decimos esto porque resulta increíble que aún tengamos que ocuparnos de la caducidad de instancia en los juicios concursales. Este tema debería estar superado, sin embargo, en nuestro medio, sigue siendo materia de controversia, pues existen fallos judiciales que admiten la caducidad de instancia, tanto en la convocación de acreedores como en el juicio de quiebra. Entonces, el problema es determinar si el juicio de convocación de acreedores y el juicio de quiebra admiten la caducidad de instancia, como una forma de conclusión del proceso.

En nuestros tribunales hay disparidad de criterio sobre este tema. No debemos olvidar que la caducidad de instancia es una forma excepcional de terminación de los procesos fundado exclusivamente en la paralización del juicio por un plazo determinado de tiempo.

Algunos admiten la caducidad en esta clase de juicio, fundado en que no existe norma que prohíba su aplicación.

Otros asumen la posición contraria, atendiendo la naturaleza jurídica particular del juicio de convocación de acreedores y el de quiebra.

En nuestro trabajo de juez ya hemos sentado nuestra posición en una decisión tomada en el juicio caratulado "SANATORIO MIGONE BATTILANA S.A. S/ CONVOCATORIA DE ACREEDORES", dictado por el Tribunal de Apelación Civil y Comercial, Quinta Sala, Capital, en el cual se dijo que "no existe la caducidad de instancia en la convocación de acreedores ni en la quiebra. En la convocación de acreedores porque el auto que declara la convocación es equiparado al cumplimiento de sentencia y no se opera la caducidad en el cumplimiento de sentencia. En la quiebra del cumplimiento de sentencia porque es una ejecución colectiva. En este caso y en la que nos importa, el Auto de quiebra es equiparada a una sentencia que debe cumplirse y no puede operarse la caducidad en etapa de cumplimiento".

Otros incorporan una tesis intermedia, conforme al cual, hay caducidad de instancia, en la parte del juicio donde se plantea controversia

Este trabajo pretende reforzar dichos argumentos y más que nada someterla a una contrastación de veracidad, para darle un carácter de cierto grado de cientificidad a nuestro criterio, que consideramos necesario para no seguir cayendo en el error de declarar la caducidad de instancia en los juicios concursales.

Concretamente, planteamos la hipótesis de que en los juicios concursales (convocación de acreedores o quiebra) no pueden concluir por caducidad de instancia, fundado en que la insolvencia del deudor concursado afecta al interés general y esencialmente porque la universalidad de estos juicios no puede concluirse por cuestiones que hacen al interés particular, sin desnaturalizarlos.

2. LA VERIFICACION DE CRÉDITO ES UN TRÁMITE ESENCIAL DE LOS JUICIOS CONCURSALES: La aceptación de la tesis de que el juicio concursal no puede concluir por caducidad de instancia, también afecta al incidente de verificación de créditos, puesto, que este incidente forma parte necesaria de los mencionados juicios concursales y simplemente cabe aplicar que lo accesorio sigue la suerte del principal.

3. EL CARÁCTER CONCURSAL Y UNIVERSAL DE LA QUIEBRA Y DE LA CONVOCACIÓN DE ACREEDORES NO PERMITE LA CONCLUSIÓN POR LA VÍA DE CADUCIDAD: La convocación de acreedores y la quiebra constituyen un concurso de acreedores, pues, el hecho de llamarse a los acreedores por edictos significa que es un llamado a todos los acreedores y de ahí su carácter universal y concursal. Este carácter concursal, hace que las partes interesadas en el proceso sean todos los acreedores y no el deudor convocatario. La caducidad beneficia al convocatario, pues en vez de declararse su quiebra por su inoperancia en dar respuesta a la oportunidad de beneficiarse con el concordato, se declara la caducidad que deja flotando el problema de la insolvencia.

4. LA QUIEBRA POR DEFINICION ES UNA EJECUCION Y, POR ESA SOLA RAZÓN, LA LEY LA EXCLUYE DE LA CADUCIDAD: Carlos Camp Ausina, define la quiebra como "un proceso de ejecución colectiva que tiene por objeto lo legislado en el artículo 2 de la Ley y con el fin de satisfacer a los acreedores ya sea parcial o totalmente en sus acreencias".

El hecho de que la quiebra sea definida una ejecución colectiva, significa que no es otra cosa que la unificación en una ejecución para la realización de los bienes en provecho de todos los acreedores. Si la quiebra es una ejecución, queda

incurra en la causal a) del Art. 176 C. P. C. conforme al cual “NO SE PRODUCIRÁ LA CADUCIDAD: A) EN LOS PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN”. La ley no hace diferencia entre ejecución individual o colectiva. Se refiere exclusivamente a “los procedimientos de ejecución” o sea cualquier clase de proceso de ejecución, sea esta individual o colectiva.

5. LA CONVOCACIÓN DE ACREEDORES ES UN PROCESO ESPECIAL: Definitivamente, el juicio de convocación de acreedores es un proceso especial y ese carácter especial es que no permite la caducidad de instancia, pues comienza por una resolución que tiene el carácter de una sentencia definitiva, pues resuelve admitir la existencia de la insolvencia del deudor convocatario y someter bajo vigilancia del síndico los bienes del mismo y el efecto de la caducidad es sustraer de esta vigilancia el patrimonio insolvente, en perjuicio de los acreedores.

6. QUÉ ES UNA CONVOCACIÓN DE ACREEDORES: Es un juicio especial, en el cual, el juez, en representación del Estado asume que el convocatario es merecedor de una oportunidad para recomponer su estado de insolvencia, por lo tanto, la decisión jurisdiccional de admitir la convocación de acreedores implica la admisión del estado de insolvencia y hacerle merecedor al deudor convocatario de una oportunidad que, si no cumple, debe terminar en la declaración de quiebra y no en una caducidad de instancia. El cumplimiento de esa resolución que da oportunidad al deudor es una sentencia pues debe cumplirse con la admisión de un concordato o con la quiebra, pero no puede desnaturalizarse el juicio dando otra alternativa perjudicial para los acreedores. Decimos que es un juicio especial que comienza con una sentencia pues decide y resuelve dar o no la oportunidad al deudor convocatario, pues, el Art. 9º establece que: “El pedido de convocación de acreedores llevará implícito el de la quiebra” y el Art. 12 de la misma refuerza diciendo que el juez al resolver el pedido de convocación de acreedores solo tiene dos opciones LA ADMISION DE LA CONVOCACION DE ACREEDORES O LA DECLARACION DE QUIEBRA”, puesto que la presentación de la solicitud basta para considerar como producida la insolvencia del deudor. Si se admite la caducidad de instancia, se derogan judicialmente los Arts. 9 y 12 de la ley de quiebra y las leyes no pueden derogarse sino por otras leyes.

7. EL AUTO DE CONVOCACIÓN DE ACREEDORES ES UNA DECISIÓN QUE OTORGA UNA OPORTUNIDAD PARA RECOMPONER LA INSOLVENCIA DEL PATRIMONIO. La admisión de la convocación de acreedores es un beneficio para el deudor que se otorga con la condición legal de que no se produce el concordato ineludiblemente se produce la quiebra

8. EL PATRIMONIO INSOLVENTE NO PUEDE CADUCAR: Declarar la caducidad de instancia es un juicio de convocación de acreedores es declarar la caducidad del estado de insolvencia con todo lo que eso implica como efecto de la admisión. El estado de insolvencia no puede caducar solo puede producir la quiebra y la declaración de caducidad de instancia en una convocación de acreedores implica hacer desaparecer el estado de insolvencia por resolución del juez, perjudicando a los acreedores

9. EL AUTO DE ADMISIÓN DE CONVOCACIÓN DE ACREEDORES AL SER INPAPELABLE NO ADMITE CADUCIDAD DE INSTANCIA, PORQUE CAUSA ESTADO: El auto de convocación de acreedores es inapelable, o sea causa estado y, por tanto, la presunción de insolvencia no puede terminar en una caducidad de instancia pues eso implica dejar sin efecto la presunción legal de insolvencia.

10. LA ADMISIÓN DE UNA CONVOCACIÓN DE ACREEDORES ES UNA DECISIÓN QUE SE TRASUNTA EN UNA RESOLUCIÓN QUE DEBE CUMPLIRSE : El auto de convocación de acreedores es una resolución con fuerza de definitiva y es producto de un juzgamiento del estado patrimonial con problemas de insolvencia, por lo tanto, lo que viene después es cumplimiento de la resolución que la admite y eso significa que es aplicable el Art. 176 inciso a), para el caso de la convocación de acreedores.

Pero, lo más importante, es que con la admisión de la convocación de acreedores se ordena la suspensión de las acciones ejecutivas iniciadas en otros juzgados y esto afecta el carácter de juicio universal. Esta resolución es igual a una sentencia, en sus efectos, pues ha juzgado una situación económica que se acepta legalmente es de insolvencia y respecto a ello se ha resuelto admitir un procedimiento en ejecución de dicha resolución y esto es cumplimiento de sentencia. En sus efectos es equiparable a una sentencia definitiva.

Admitir la caducidad en esta clase de juicio es ir contra toda lógica, pues se afecta el orden público al dejar a la deriva un estado patrimonial problematizado y perjudica derechos de terceros, pues, de admitirse la caducidad, quedaría flotando en el aire dicho patrimonio el cual que requiere de un auxilio inmediato con la convocación de acreedores. El auto de admisión de una convocación tiene el efecto del “cumplimiento de Sentencia”, y el Art. 176 C. P. C. establece que “NO SE PRODUCIRÁ LA CADUCIDAD EN LOS PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN O CUMPLIMIENTO DE SENTENCIA”. El auto de admisión de convocación de acreedores es una resolución que está en proceso de cumplimiento, pues ha resuelto admitir la convocación de acreedores, para llegar a un arreglo con lo acreedores, entonces, este juicio solo puede tener dos formas de conclusión: Se cumple con lo pactado en el concordato o se declara la quiebra. Pero no puede concluir por caducidad, sin alterar la naturaleza jurídica de la convocación de acreedores, considerando que de no admitirse la convocación solo resta declarar la quiebra. Esto cambia al admitirse la vía de conclusión por la caducidad de instancia. Admitir la caducidad en el juicio de convocación afecta a los otros juicios ejecutivos que dependen del mismo, por fuera de atracción y perjudica el plazo de prescripción de estos créditos. Por esa razón es de orden público, y dado que es un juicio universal. El incidente de verificación es parte esencial en la convocación y no puede ser objeto de caducidad por las razones expuestas para el juicio principal.

11. CONTRASTACIÓN DEL CRITERIO ASUMIDO: Pero, si sostenemos que el derecho es una ciencia, como efectivamente lo es, no cabe las soluciones emotivas ni circunstanciales y debemos someterlos al rigor de la comprobación de las respectivas hipótesis planteadas. Decir que hacemos ciencia en el derecho no es simplemente plantear hipótesis ni teorías, sino esencialmente es someterla a comprobación a través de una verificación. En el derecho se puede comprobar la veracidad del aserto de la hipótesis sometiendo a un riguroso.

Como lo hacemos? Simple. Contrastando cada argumento con el plexo de normativo vigente para ver su adecuación y consistencia en relación al mismo.

- a) El argumento que sostiene que cabe la caducidad de instancia en los juicios concursales, por no existir una norma que desautorice la caducidad de instancia. No resiste un análisis serio. El Art. 176 inciso a) contradice dicha postura al decir que no se producirá la caducidad en los procedimientos de cumplimiento de sentencia. La palabra sentencia esta tomada en un sentido genérico. Así, por ejemplo, si se pide homologación de acuerdo se realiza por autointerlocutorio que es igual a una sentencia. Lo mismo ocurre con la admisión de convocación de acreedores. La admisión de la convocación de acreedores implica el cumplimiento de sentencia, pues la admisión del Estado de insolvencia por dicha resolución, solo puede terminar en el cumplimiento de un concordato o en la quiebra. Lo mismo cabe decir en cuanto a la quiebra por ser una ejecución y el Art. 176 no hace distinción entre proceso colectivo o individual.
- b) La tesis de que es factible la caducidad dentro de los juicios concursales, afecta, además de los artículos 9 y 12 de la ley de quiebra, que establece que el pedido de convocación de acreedores solo puede concluir con la admisión de la misma, lo cual ya supone el estado de insolvencia o la quiebra.

La hipótesis sustentada se apoya, en cuanto a la convocación de acreedores, en que la admisión de la caducidad es un llamado a los acreedores pero aceptando la caducidad de instancia, se dejaría sin efecto ese llamado, basado solo en un interés particular:

- 1- El llamado a los acreedores no puede dejarse de cumplirse, sin contrariar la ley
- 2- Admitiendo la caducidad de instancia, el estado de vigilancia del patrimonio, que se produce automáticamente con el auto de admisión de convocación de acreedores, se deja sin efecto, dejando en el vacío el estado de insolvencia. Si se admitiera la caducidad de instancia, quedaría sin efecto ese estado de vigilancia de patrimonio del deudor.
- 3- La admisión de la caducidad de instancia afecta la suspensión del curso de los intereses porque lo vuelve a activar
- 4- Lo más grave es que se deja sin efecto la presunción de insolvencia por una vía irregular.
- 5- El absurdo total se da en que admitiendo la caducidad de instancia en un juicio de convocación de acreedores se deroga el procedimiento completo de la convocación de acreedores y se sustituye por un procedimiento ordinario.

Lo expuesto consideramos que es un argumento indubitado, al ser coherente con las disposiciones legales vigentes, para que no se declare la caducidad de instancia en los juicios concursales.

EL PRINCIPIO DE MENOR LESIVIDAD EN EL INSTITUTO DE LA LEGÍTIMA DEFENSA

*Dr. José Waldir Servín
Especialista en Derecho Penal y Criminología
por la Universidad de Roma "La Sapienza"*

**Miembro del Tribunal de Apelación en lo Criminal, 3ra Sala. Capital*

El significado intrínseco de la necesidad de la concreta defensa subordina al defensor a utilizar el medio menos lesivo de entre los igualmente idóneos a su alcance para rechazar de un modo inmediato la agresión. De acuerdo con una estructura conceptual - relacional de medio a fin, "medio necesario" sólo sería "uno" entre "varios" idóneos para rechazar el ataque.

En el estudio de esta cuestión, la doctrina se refiere en lo concerniente a la expresión jurídica a expresiones formalmente distintas pero convergentes desde un punto de vista material; hablan del principio del "medio idóneo menos lesivo", o del "mayor cuidado posible del agresor", "medio más leve" o finalmente del "principio de intervención mínima".

Caracteriza a este concepto orientado funcionalmente, mantener criterios de "economía" y "eficiencia", estudiados desde un punto de vista empírico, no de forma matemática o abstracta, sino según las circunstancias de la situación concreta.

El análisis del principio de menor lesividad somete con carácter previo, como hemos visto, la superación del juicio de "idoneidad del medio". Mientras que éste hace referencia al efecto "como mínimo" necesario para eliminar o atenuar el perjuicio del ataque, el principio de menor lesividad - medio relativamente menor entre los idóneos - trata de fijar el "límite superior" de la defensa permitida que sea necesario para acabar de un modo total con la agresión. Así, la defensa permitida se sitúa "exactamente en el punto de intersección" de una conducta, por una parte ya suficientemente eficaz y, de otra parte, permaneciendo en el marco de lo necesario, respondiendo conjuntamente al acuerdo buscado por el legislador entre la mayor protección para el amenazado y la consideración humanitaria hacia la persona del agresor.

El presupuesto conceptual de la necesidad de la concreta defensa permite al agredido el empleo del medio menos gravoso de entre los igualmente eficaces a disposición, siempre que exista tiempo suficiente para la elección, que elimine con seguridad, inmediata y definitivamente el ataque. Diversas son las consecuencias que se extraen de esta afirmación.

a) El agredido no tiene por qué comenzar una acción defensiva de inciertos resultados ni tomar partido por un medio de dudosa eficacia, ni debe prestarse a sufrir el riesgo de una defensa insegura. Incluso, algunos autores, defienden que la duda sobre la eficacia de una alternativa defensiva menor, convierte en necesaria la medida defensiva más gravosa pero segura. El defensor puede emplear medios enérgicos siempre que se otorga a la menor lesividad posible.

b) Tampoco ha de limitarse el agredido a obtener con un resultado parcial, por ejemplo, recuperación de una parte del botín o con un simple aplazamiento temporal del resultado de la agresión, si tiene a disposición un medio defensivo que garantice un éxito inmediato total.

Es este un primer momento del juicio de necesidad regido por el criterio de intervención mínima, entre los diversos medios idóneos para repeler la agresión. Sin embargo, este primer análisis para determinar el medio menor entre los disponibles, puede elevarnos a resultados incompatibles con la apreciación del hecho jurídico en la actualidad, si no se introduce posteriormente un filtro material corrector valorativo, en vía de ponderación de intereses, siendo insuficiente, según nuestra teoría el criterio estrictamente objetivo y económico del menor perjuicio.

La primera manifestación de lo que queremos decir comienza cuando el defensor sólo dispone de un único medio defensivo de un poder letal o altamente lesivo. En esta hipótesis, la doctrina considera que en caso de que el agredido únicamente tenga a su alcance "un" medio de defensa éste será el (menor) "necesario" porque, en todo caso, la determinación del medio menor exige alternatividad o comparación relativa entre "varios" a disposición.

Teniendo en cuenta que, esta concepción tan amplia de la necesidad de defensa no puede ser utilizada en un sentido estricto, sino de forma racional porque, de otro modo, fracturaría la idea del mayor cuidado posible para el agresor. La redacción de la definición general de partida deberá realizarse atendiendo al concepto de excepción: será necesario el único medio de defensa si su empleo no conduce a resultados explícitamente desproporcionados; de lo contrario estaríamos justificando la maldad y lo erróneo del instituto de la legítima defensa.

En sentido estricto y llevado aquel postulado a sus últimas consecuencias, tan sólo la muerte del agresor, en numerosas ocasiones, sería la única defensa que permite con seguridad absoluta rechazar definitivamente la agresión, lo cual, evidentemente, sólo en los casos más excepcionales estará justificado.

Es necesario, entonces, volver a analizar la lectura de aquella primera premisa conceptual que anunciaba el principio de menor lesividad, acentuando su contenido prioritariamente empírico - causal, y que posibilitaba al defensor el empleo del medio idóneo menor que eliminase con total seguridad la agresión. Para flexibilizar los excesos a que pudiera llegar esta fórmula, ha de arbitrarse la introducción de estudios que afectan a lo valorativo. Más aún, el resultado final vendrá caracterizado por una tumida trama de problemas de valoración fáctica y de ponderación normativa. Se pone de relieve, en este sentido, que los medios, lejos de ser tenidos en cuenta únicamente como meros instrumentos materiales, tienen una potente carga valorativa en cuanto que están dirigidos a la realización del fin pretendido o, lo que es lo mismo, se traslada la valoración del fin al medio. Las tendencias ético - sociales exigen un deber activo de solidaridad, una cierta distribución de cargas para con el agresor, lo que obliga en ocasiones al defensor a soportar perjuicios insignificantes en su esfera de poder jurídico.

El defensor debe aceptar algún riesgo aún a costa de una defensa no inmediatamente fructífera. Distintas situaciones se presentarán en la práctica. Así, si existen varios medios a disposición de una posibilidad defensiva no totalmente equivalente, será exigible al defensor acudir a un medio que elimine la agresión con gran probabilidad, aunque no exista certeza absoluta del resultado defensivo, si el empleo del medio que hubiera rechazado con absoluta seguridad y definitivamente el peligro es previsible que causaran efectos mortales o lesivos al agresor de muy alta consideración. Igualmente será exigible el empleo gradual de los diferentes medios defensivos antes del empleo de uno letal, si el defensor dispone de tiempo para emplear otro medio más seguro posteriormente. El sacrificio exigible al agredido será tanto mayor, cuando más incontrolable y contundente sea el medio defensivo empleado y cuantos menos medios tenga a su disposición. Sería el caso, por ejemplo, en que un medio de defensa ofrezca una expectativa meramente marginal o insignificante frente a otro de mayor éxito cuyo empleo, sin embargo, con alta probabilidad cause daños irreparables para el agresor.

Esta claro que, las soluciones aquí aportadas han de conectarse, con la naturaleza del bien jurídico en conflicto, porque sólo cuando está en juego un bien de naturaleza existencial o vital del agredido posibilitará utilizar los modos de defensa más radicales y el grado de exigibilidad de la menor lesividad disminuirá.

El empleo de armas de fuego.

El empleo de armas de fuego como medio defensivo nos ofrece de un modo genérico, su difícil utilización en relación al postulado de mínima intervención o de menor lesividad, en la medida en que éste sea interpretado conforme a su sentido ponderativo. Es decir, en algunos casos, la única alternativa defensiva eficaz será el disparo mortal contra el agresor. No obstante, una defensa tan radical sólo excepcionalmente obtendrá la cobertura de la justificación. A pesar de todo, el hecho de que el empleo de un arma de fuego pueda llevar a la consecución de resultados irreparables no implica que, siempre y en todo caso, impidan dar entrada a una reacción justificada. Sin embargo, la extrema peligrosidad inherente a las armas de fuego, condicionará que se acuda a ellas como solución de última ratio, no sólo cuando no exista un medio defensivo alternativo menor sino incluso cuando estén amenazados bienes jurídicos personales, vitales o de naturaleza existencial.

Pero, sin embargo, en una situación de necesidad de este carácter extremo - ataque frontal contra la vida del agredido- el defensor no sólo decide con una total libertad en el modo de empleo del arma. De acuerdo con un amplio sector doctrinal, el agredido debe utilizar de una manera gradual o escalonada este medio mortal. Cuatro son las consecuencias subsidiarias entre sí por las que el defensor debe de una u otra forma actuar; en realidad, se producen en las situaciones de legítima defensa exigencias análogas a las que se le imponen para utilizar armas a los agentes de la autoridad en el ejercicio legítimo del cargo.

En primer lugar, el defensor ha de realizar ante el agresor una amenaza, advertencia o aviso de disparo.

En segundo lugar, si esta intimidación no ha sido suficiente, el defensor deberá hacer un disparo de advertencia al aire, para atemorizar o asustar al agresor.

En tercer lugar, la falta de éxito del segundo nivel permite el disparo a zonas corporales no vitales del agresor: piernas, brazos, etc.

Finalmente, en cuarto lugar sólo en el caso de que ninguno de los pasos anteriores intentados hayan tenido éxito podrá el agredido disparar a matar, excepcional y únicamente en defensa de la vida, según entendemos nosotros.

Esta claro que, no puede establecerse una rígida interpretación y un cumplimiento radical de cada uno de estas sucesivas etapas. Más bien hay que pensar que el valor de esta secuencia de niveles es el de alzarse como norma de orientación, con un carácter subjetivo siempre en relación al caso concreto. Ha de tenerse en cuenta que, normalmente, la presentación formal de una situación de necesidad se caracteriza por notas de imprevisión, alteración, nerviosismo, proximidad física con el agresor o falta de tiempo material para una elección tranquila del medio defensivo más razonable y cuidadoso para repeler el ataque. Puede que en un supuesto concreto sea inútil, imposible o incluso peligroso para el defensor realizar una advertencia de disparo (primer estadio) o efectuar un disparo al aire (segundo estadio). Pero creemos, pese a todo, que debe ser lo más obligado posible, relativamente vinculante el escalonamiento gradual, teniendo en cuenta siempre lo racionalmente exigible, en el empleo de un arma o de un medio letal o peligroso, frente a un agresor desarmado; en cambio, se hace más difícil la exigencia de una progresiva segmentación de los niveles ante un agresor igualmente armado.

Resumen

Como resumen, podemos establecer que, el análisis - en principio objetivo - de la relación medio a fin del principio de necesidad, gobernado por el criterio de menor lesividad, es necesario pero no suficiente a nuestro juicio, siendo solo parcial si para dicho análisis no se añaden al mismo tiempo criterios valorativos.

Se puede hablar, por lo tanto, de un proceso histórico - dogmático y legislativo de limitación progresiva de las facultades de la defensa necesaria; proceso que se realiza en cada uno de los presupuestos conceptuales de la categoría de la "necesidad" de defensa.

Sería inconstitucional una regulación de esta causa de justificación que posibilitara una autorización ilimitada al defensor; siempre tendremos en cuenta la naturaleza de la agresión, el interés jurídico amenazado etc., pero lo que resulta indudable es el hecho de que la "defensa necesaria y racional", no se refiere esencialmente a la necesidad del medio defensivo sino, principalmente, a la necesidad intrínseca de defensa.

Aplicando esta conceptualización se produce un cierto aplazamiento del criterio del fin - rechazar la agresión - en favor de un principio de minimización solidaria equilibrada de coste entre los derechos de agresor y defensor.

Por tanto, utilizando este planteamiento llegaríamos a la afirmación de que la necesidad de la concreta defensa viene a ser un juicio indiciario y decisivo a la proporcionalidad o componente conceptual de ésta. Los límites entre necesidad y proporcionalidad configuran una zona neutra, se complementan, aunque teóricamente puedan estudiarse de forma autónoma.

De igual manera, WELZEL, aún partiendo correctamente de la idea de que “la necesidad es independiente de la proporcionalidad entre el bien atacado y la lesión necesaria para su protección” impone un límite “cuando la gravedad de la lesión en referencia a la insignificancia del ataque sería socialmente intolerable, como por ejemplo, en el caso del homicidio del agresor, a causa del apoderamiento de un pedazo de pan”.

El principio de necesidad deberá ser afirmado, entonces, tras una cuantificación total de los intereses, entre cuyos factores destacan por su importancia los que se refieren a la idoneidad y a la necesidad del medio concretamente empleado en relación con el perjuicio que se quiere evitar.

Bibliografía

- BACIGALUPO, ENRIQUE. Derecho Penal. Parte General. Hammurabi. 1.999.
- GÓMEZ LOPEZ, JESÚS ORLANDO. Legítima Defensa. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 1.997.
- JAKOBS, GÜNTHER. Derecho Penal. Parte General. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A. 1.995.
- JESCHECK, HANS-HEINRICH- WELGEND, THOMAS. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Editorial Comares. 2002.
- MAURACH, REINHART – – ZIPF HEINZ. Derecho Penal. Parte General. Tomos I y II. Editorial Astrea. 1.995.
- MIR PUIG, SANTIAGO. Derecho Penal. Parte General. Reppertor, S.L. 1.996.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. Derecho Penal. Parte General. Tirant lo Blanch. 1.996.
- NINO, CARLOS SANTIAGO. La Legítima Defensa. Editorial Astrea. 1.982.
- PESSOA, NELSON R. Legítima Defensa. Mave. 2.002.
- ROXIN, CLAUS. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Editorial Civitas. 1.997.
- STRATENWERTH, GÜNTER. Derecho Penal. Parte General I. El Hecho Punible. Hammurabi. 2.005.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

AUTO INTERLOCUTORIO N° 136

PRESCRIPCION. Prescripción de la pena.

En el caso se haya prescrito la sanción penal, aunque la declaración de prescripción de la acción penal no implica de manera alguna la absolución del reproche y pena de quienes resultaron sumariados, la misma tiene que ver con la imposibilidad de llegar a una redefinición definitiva del conflicto por parte del órgano de punición del Estado.

PRESCRIPCION. Prescripción de la pena.

El instituto de la prescripción debe ser declarado independientemente a toda interpretación valorativa debido a que por su naturaleza prescinde de ello y toma como base elemental el tiempo del proceso y que la situación de los involucrados no puede extenderse en demasía por la afectación a sus derechos humanos fundamentales que ello implica.

PRESCRIPCION. Prescripción en materia penal.

El instituto de la prescripción que subyace en la ley penal de fondo, posee como nota esencial y característica en el ámbito punitivo, la dejación o renuncia del Estado a la materialización del ius puniendo que le corresponde.

PRESCRIPCION. Prescripción en materia penal.

La prescripción opera como una causa de extinción de la responsabilidad criminal, porque impide el ejercicio del poder punitivo, se denota que han transcurrido determinados plazos a partir de ciertos barómetros objetivos rigurosamente reglamentados, precisamente por la trascendencia de sus efectos, lo que exige del operador judicial extrema atención evaluativo para su declaración.

PRESCRIPCION. Prescripción de la pena.

Para la prescripción, la duración de la sanción penal se computa en función a la cuantía que, en general y abstractamente, ha sido fijada por el legislador al construir el marco penal genérico del tipo, sea este, agravado o atenuado, sea que contenga un subtipo cualificado o privilegiado que eventualmente pueden afectar el contenido normal de la infracción penal calificada, debiendo ponderarse la oscilación punitiva máxima que prevé, sin perjuicio de que tales factores tengan su incidencia para la dosificación punitiva que debería ser fijada en función a los principios legales y constitucionales que rigen la materia.

RECURSO DE CASACIÓN

En el caso, tratar de fijar un plazo razonable, deviene absolutamente improcedente, conforme surge del imperativo constitucional excepcional y expresamente previsto en el art. 5 como así de la ley N° 69/89 en su art. 1°, por lo que corresponde rechazar la casación interpuesta. (Voto en disidencia del Ministro Oscar Miguel Bajac Albertini).

CSJ, Sala Penal. 04-03-10 “Recurso de Casación interpuesto por el Sr. José Key Kanazawa por derecho y bajo patrocinio de abogados Adan Amado Ríos y Nicolás Gaona Irún en la causa: Sumario abierto en averiguación de la supuesta comisión de los delitos de atropello de domicilio, abuso de autoridad y otros” (A.I.N° 136)

Asunción, 4 de Marzo de 2010.

VISTO: el Recurso de Casación interpuesto por José Key Kanazawa Gamarra, en ejercicio de sus derechos y bajo patrocinio profesional, en contra del A.I.N° 127, de fecha 16 de junio de 2009, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Criminal, Tercera Sala, de la Capital y;

CONSIDERANDO:

Que como cuestión inicial, resulta imperativo, someter al recurso a un examen de admisibilidad y evaluar si la presentación cumple con todos los recaudos necesarios para avanzar al estudio con respecto a su procedencia y, en este sentido, tenemos que: El mecanismo de impugnación extraordinario es interpuesto por José Key Kanazawa, bajo patrocinio de Abogado y en contra del A.I.N° 127, de fecha 16 de junio de 2009.

Por la citada resolución, el Tribunal de Apelación, Tercera Sala, resolvió: “1. Revocar el decisorio impugnado- A.I.N° 1965 de fecha 14 de setiembre de 2000 y, en consecuencia; 2. Ordenar la prosecución de los trámites de conformidad al Lineamiento establecido en la Ley procesal de 1.890; 3. Anotar...”

Que el artículo 477 del Código Procesal Penal, dispone, en relación al objeto del recurso de casación: “Solo podrá deducirse el recurso extraordinario de casación contra las sentencia definitivas del tribunal de apelaciones o contra aquellas decisiones de ese tribunal que pongan fin al procedimiento, extingan la acción o la pena, o denieguen la extinción, conmutación o suspensión de la pena”.

La resolución recurrida, es un auto interlocutorio dictado por un Tribunal de Apelación, que en su parte dispositiva, resolvió, revocar el decisorio impugnado por el que se había dispuesto extinguir la acción penal y, consecuentemente, podemos afirmar que con tal determinación, el Tribunal de Apelaciones denegó la procedencia de la extinción, por lo

tanto, y tratándose de un fallo dictado por el Tribunal de Apelación, a tenor de lo previsto en el Artículo 465 del CPP, el presupuesto de impugnabilidad objetiva, se halla satisfecho.

Debe verificarse además que el sujeto este legitimado para recurrir por tener un interés jurídico en la impugnación y capacidad legal para interponerla con relación al gravamen que la resolución le ocasiona (impugnabilidad subjetiva); y, finalmente deben observarse los requisitos formales de Modo, Lugar y Tiempo en la interposición del recurso como acto procesal.

Con referencia a la impugnabilidad subjetiva, de las actuaciones que obran en el expediente se advierte que la resolución del Tribunal de Alzada, es atacada por el Señor José Key Kanazawa, quien manifiesta sentirse afectado en sus derechos por la decisión arribada por el Tribunal de Alzada, en el sentido de que denegó la extinción de la acción penal, ya decretada anteriormente por el Juzgado de Primera Instancia; hallándose el citado sumariado en esta causa. En ese sentido, puede sostenerse que la condición de impugnabilidad subjetiva, se halla debidamente cumplida en atención a las disposiciones del Art. 8º, del Pacto de San José de Costa Rica y el Art. 449 del CPP.

Ahora bien, con respecto a los requisitos de modo, lugar y tiempo se tiene que el casacionista lo interponen ante la Secretaría de la Sala Penal, dentro del plazo previsto en la norma procesal (10 días); por escrito fundado y alegando el motivo previsto en el Art. 478, inciso 2) del Código Procesal Penal, alegando la existencia de fallos contradictorios. Por lo tanto, la interposición del recurso ha dado cumplimiento a los presupuestos formales mencionados y, en consecuencia, debe ser declarado admisible y proseguirse al análisis de los fundamentos expuestos para analizar su procedencia.

2. Procedencia. Superado el primer examen, corresponde analizar el objeto propuesto por las partes como motivo del recurso de casación. Para ello, primeramente, será oportuno señalar lo resuelto por el Tribunal de Apelaciones, a los efectos de realizar una confrontación con las argumentaciones vertidas por el Recurrente y, a la luz de las disposiciones legales correspondientes, determinar si la decisión resultó ajustada a derecho, o en su caso, afectada por alguno de los motivos consagrados en la Ley, que la invaliden y, en consecutivamente, deba declararse su nulidad o su corrección por alguna de las vías previstas en el Código Procesal Penal.

El Tribunal de Apelación en lo Penal, Tercera Sala, integrada a los efectos de la decisión de la presente causa, resolvió por A.I.Nº 127, del 16 de junio de 2009: “1. *Revocar el decisorio impugnado- A.I.Nº 1965 de fecha 14 de setiembre de 2000 y, en consecuencia;* 2. *Ordenar la prosecución de los trámites, de conformidad a los lineamientos establecidos en la Ley procesal de 1.890;* 3. *Anotar...*”

La resolución cuya casación es impulsada por el Recurrente, sobrevino tras la discusión y decisión de las cuestiones propuestas en el recurso de Apelación y Nulidad contra el A.I.Nº 1965, de fecha 14 de setiembre de 2000, por la que se había resuelto: “Decretar extinguida la acción penal en la presente causa penal, en consecuencia decretar el archivamiento de autos”.

El Recurrente se pronuncia en contra del fallo dictado por el Tribunal de Apelaciones, conforme notamos de las alegaciones que obran en el escrito de fs. 633/651, del que surge que el Casacionista, propone como uno de los pilares del recurso la viabilidad de la prescripción de la acción penal en esta causa, alegando que el fallo dictado por el Tribunal de Alzada, resulta contradictorio con una serie de fallos dictados en esta Sala, por cuanto, que dicho órgano jurisdiccional omitió pronunciarse con respecto a la aplicabilidad en el caso en estudio de dicho instituto, el cual, incluso debe ser estudiado previamente a cualquier otra cuestión recurrida, por hallarse involucradas en la misma, intereses de orden público atinente a la procedencia de una persecución penal eficaz.

Puntualmente los argumentos del recurrente tienden a demostrar que el A.I.Nº 127, dictado por el Tribunal de Apelaciones, resulta notoria y manifiestamente contradictorio con el criterio sustentado en otros fallos dictados por esta Sala y, por lo tanto, la resolución se hallaría incurso dentro de los defectos previstos en el Art. 478, del CPP.

Solicita que esta máxima instancia determine la aplicación de la ley más benigna haciendo lugar a la prescripción de la sanción, por cuanto que atendiendo a las penas previstas en los delitos investigados, la acción penal se hallaba prescripta, incluso, mucho antes al dictado del A.I.Nº 127, hoy recurrido.

Efectivamente, el reclamo efectuado por el Recurrente, como ya fuera sostenido en otros fallos, resulta una cuestión de orden público, y cabe afirmar que al proyectarse en el tiempo, la facultad de perseguir que tiene el Estado, reflejada en el proceso penal requiere, más que cualquier otra institución jurídica, una regulación estricta; ya que con ella se contribuirá muy eficazmente a la tutela de los intereses comprometidos. Esta regulación implica el emplazamiento de los actos a lo largo tiempo, poniendo límites a la actividad y a la inactividad. Se fijan lapsos que exigen, impiden o fijan el cumplimiento del acto, como si se tomara un punto en el segmento del tiempo, antes, en o después del cual corresponde realizar el acto. Ese punto es el término que fija el acto o pone fin a la prolongación del plazo, de aquí que el plazo sea una condición temporal en la producción de los actos procesales penales.

Conforme lo advertimos con las actuaciones procesales, tal como lo denuncia el interesado, el hecho objeto del sumario data del 30 de octubre de 1997, fecha en la que- conforme a la denuncia- se habrían perpetrado los delitos de Atropello de Domicilio, Abuso de autoridad, daño intencional, lesión corporal y disparo intencional de arma de fuego, investigación que- conforme a las constancias de autos- no alcanzó ni siquiera el estado plenario, de conformidad al Código Procesal del año 1890,- véase fojas 2/5 de autos.

Por A.I.Nº 1929, del 05 de noviembre de 1997, se dispuso instruir sumario en averiguación de los delitos de acción penal pública cometidos, así como la determinación de su autor, cómplices o encubridores; fs. 06.

En este contexto, el 30 de octubre de 1997, es el momento que debe tenerse en cuenta para el inicio del cómputo de la prescripción de la acción.

El sumario ha sido abierto por los delitos señalados líneas arriba, y de esta forma, considerando las disposiciones de la Ley 1160/97, y su Modificatoria prevista en la Ley Nº 3340/08, advertimos que en cuanto al Instituto de la prescripción, éstas constituyen la disposiciones legales más favorables para los sumariados- Art. 14 de la Constitución – ello en razón de que la primera ley dispone la viabilidad de la prescripción por el transcurso del doble del plazo,

independientemente a las interrupciones o suspensiones y, la segunda, por cuanto establece expresamente que para la consideración y cómputo correspondiente deberá estarse al marco penal del tipo base, sin considerarse posibles modificaciones por agravantes o atenuantes.

Por tanto, si consideramos el marco penal previsto para los delitos que nos ocupan, debemos remitirnos al Artículos 141 del Código Penal, que dispone: *“Violación de Domicilio. El que: 1. Entrara en una morada, local comercial, despacho oficial u otro ámbito cerrado, sin que el consentimiento del que tiene derecho de admisión haya sido declarado expresamente o sea deducible de las circunstancias; o 2. No se alejara de dichos lugares a pesar del requerimiento del que tiene derecho a excluirlo, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa”*.

Por su parte, el Art. 111, al tipificar el hecho punible de lesión, establece: *“Lesión. 1º El que dañara la salud de otro, será castigado con pena privativa de libertad de hasta un año o con multa”*.

En este sentido, el Artículo 102 del Código Penal, dispone: *“Plazos. 1º. Los hechos punibles prescriben e: ...2. tres años, cuando el límite máximo del marco penal previsto sea pena privativa de libertad de hasta tres años o pena de multa”*.

A su vez, el Artículo 104 del mismo cuerpo legal, en el inciso 2º) dispone: *“... Después de cada interrupción, la prescripción correrá de nuevo. Sin embargo, operará la prescripción, independientemente de las interrupciones, una vez transcurrido el doble del plazo de la prescripción...”*

Por lo tanto, en el presente caso, la prescripción opera a los tres años y, a pesar de las interrupciones que pudieron haberse verificado en estos autos durante todo el trámite del procedimiento, el que como quedó dicho más arriba, no avanzó siquiera al estado plenario, prescribe a los seis años, por operarse el doble del plazo de la prescripción.

Efectivamente, el plazo de prescripción tiene interrupciones determinadas en el art. 104 de la ley modificatoria citada, y que son: *“...1º La prescripción será interrumpida por: un acta de imputación; un escrito de acusación; una citación a indagatoria del inculpado; un auto de declaración de rebeldía y contumacia; un auto de prisión preventiva; un auto de apertura a juicio; un requerimiento fiscal solicitando disposiciones de contenido jurisdiccional; una diligencia judicial para actos de investigación en el extranjero; y, requerimiento fiscal de aplicación de salidas alternativas a la realización del juicio... Después de cada interrupción, la prescripción correrá de nuevo, Sin embargo, operará la prescripción, independientemente de las interrupciones, una vez transcurrido el doble del plazo de la prescripción...”*

Dos puntos son determinantes en este artículo, las interrupciones, y la excepción reglada, y es claro el articulado en determinar que a pesar de las interrupciones, que están citadas taxativamente, al cumplirse el doble del plazo de la prescripción, indefectiblemente y por imperio de ley prescribe la causa.

Haciendo un simple cálculo matemático se desprende que el 30 de octubre de 1997, concluyó la conducta señalada como punible, y desde ahí que corresponde computar el inicio del plazo para la prescripción y, de esta forma, el 30 de octubre de 2003, se ha cumplido el término señalado en la normativa, correspondiente a la ley más benigna aplicada en el presente caso. Ley 3440/08.

Por lo tanto, se haya prescripta la sanción penal, aunque la declaración de prescripción de la acción penal no implica de manera alguna la absolución de reproche y pena de quienes resultaron sumariados, la misma tiene que ver con la imposibilidad de llegar a una redefinición definitiva del conflicto por los parte de los órganos de punición del Estado. Dicho instituto, como bien se ha dicho, debe ser declarado, independientemente a toda interpretación valorativa debido a que por su naturaleza prescinde de ello y toma como base elemental el tiempo del proceso y que la situación de los involucrados no puede extenderse en demasía por la afectación a sus derechos humanos fundamentales que ello implica.

Por lo tanto, de conformidad al Art. 101, del C.P. corresponde declarar la extinción de la sanción penal, en el presente sumario instruido en averiguación de los hechos punibles señalados líneas arriba.

La fiscalía General del Estado, en su dictamen de contestación del recurso de casación, reconoce expresamente el excesivo transcurso del tiempo, sin embargo, realizando una interpretación del Artículo 5 de la Constitución, trata de sostener una línea argumental que imposibilitaría la viabilidad de la prescripción en estos autos. Efectivamente, en el punto 57 leemos: *“...pareciera que por disposición de los arts. 7 y 8 de la Ley 1444/99 de transición al nuevo sistema procesal penal el proceso en cuestión, de tratarse del juzgamiento de hechos punibles ordinarios estaría extinta la acción o caduca la instancia con disposición del archivo de los autos de referencia, pues ya han transcurrido casi doce años de la apertura del mismo. Esta consecuencia se aplica sin excepción, independientemente de la complejidad de la causa, cantidad de imputados, o de las situaciones procesales suscitadas, o bien, la naturaleza del hecho punible, lo cual a criterio del Ministerio Público, y a luz de lo previsto en el Art. 5 de la Constitución Nacional, la norma sería inconstitucional, pero la realidad de nuestro sistema es que guarda una clara excepción cuando se trata de los hechos punibles previstos en el art. 5 de la Constitución Nacional”*.

Coincidimos parcialmente con lo sostenido por el Ministerio Público, sin embargo, no puede sostenerse que en el caso de autos el sumario abierto tenido por objeto la investigación de hechos punibles imprescriptibles como los señalados en el Art. 5 de la Constitución Nacional, por lo que la pretensión del Ministerio Público, no puede ser acogida favorablemente.

La Querellante, conforme surge de su escrito, no se ha pronunciado con respecto a la prescripción, limitándose únicamente a sostener la inadmisibilidad del recurso de casación, sobre la base de una falta de legitimación del recurrente, lo cual tampoco puede prosperar.

El instituto de la prescripción que subyace en la ley penal de fondo, posee como nota esencial y característica en el ámbito punitivo, la dejación o renuncia del Estado a la materialización del ius puniendi que le corresponde. Se aprecia como su fundamento el efecto destructor del tiempo lo que determina que el disvalor social y jurídico que mereció en su día un hecho ya no pueda mantenerse eternamente con la misma fuerza.

Opera como una causa de extinción de la responsabilidad criminal, porque impide el ejercicio del poder punitivo, una vez que han transcurrido determinados plazos a partir de ciertos barómetros objetivos rigurosamente reglamentados, precisamente por la trascendencia de sus efectos, lo que exige del operador judicial extrema atención evaluativa para su declaración.

Para la prescripción, la duración de la sanción penal se computa en función a la cuantía que, en general y abstractamente, ha sido fijada por el legislador al construir el marco penal genérico del tipo, sea este, agravado o atenuado, sea que contenga un subtipo cualificado o privilegiado que eventualmente pueden afectar el contenido normal de la infracción penal calificada, debiendo ponderarse la oscilación punitiva máxima que prevé, sin perjuicio de que tales factores tengan su incidencia para la dosificación punitiva que debería ser fijada en función a los principios legales y constitucionales que rigen la materia.

El Prof. Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni, señala en su libro “Manual de Derecho Penal, Parte General, p. 650/1, Editora Ediar, año 2003: “...*Si bien el fundamento de la prescripción, tanto de la pena como de la acción, es en cierto modo común, cabe reconocer que en la prescripción de la acción no sólo se reconoce como fundamento el transcurso del tiempo que hace inútil la pena, sino también una inactividad, un cierto desinterés del Estado en la perseguibilidad del delito, que no puede computársele en contra al autor, por lo que los plazos de prescripción de la acción suelen ser inferiores a los de la prescripción de la pena*”

Con respecto a las costas procesales que pudieron haber motivado la sustanciación del recurso de casación, y de conformidad a lo dispuesto en el art. 261 y 269 del C.P.P. corresponde su imposición en esta instancia, en el orden causado, fundado en que para la resolución final del recurso, resultó necesaria la interpretación de normas jurídicas.

Al resolver sobre la prescripción de la acción penal, siendo ésta una cuestión de puro derecho, que a su cumplimiento solo necesita su declaración, hace inoficioso el estudio de los demás puntos del Recurso de Casación planteado. Es mi voto.

Voto en disidencia del ministro Miguel Oscar Bajac Albertini: A su turno, el Señor Ministro Miguel Oscar Bajac Albertini, dijo: disiento con el voto emitido por el Ministro Preopinante y en dicho sentido me permito agregar:

Que, la presente causa tuvo sus inicios en fecha 3 de Noviembre de 1997, con la denuncia presentada por la Sra. Rosalia Raquel Marin de Oviedo y otros, contra el Comandante en Jefe de las FF.AA. de la Nación, Ing. Juan Carlos Wasmosy, por los supuestos delitos de atropello de domicilio, abuso de autoridad, daño intencional, lesión corporal y disparo intencional.

Sostuvo la denunciante Sra. Rosalia Raquel Marin de Oviedo que: “...los hechos delictivos que dejamos denunciados, son de público conocimiento, y han trascendidos a la opinión pública nacional e internacional, por la violenta irrupción en un domicilio particular, en una operación tipo comando desplegando armas de grueso calibre (de guerra), cuyos ejecutores estaban equipados de combate...” sigue manifestando la misma “...Los denunciados y en especial el Cnel.Key Kanasawa, quien hallándose eximido de cumplir la orden que viole gravemente los derechos humanos fundamentales de conformidad al Art. 20 de la Ley N° 1115/97, haciendo uso de sus armas de fuego, realizaron disparos contra la casa que a más de destrozar el ventanal del frente que da al dormitorio de la hija menor del matrimonio Oviedo-Marín fueron a incrustarse en el techo de dicha habitación para posteriormente ordenar en forma autoritaria a todos los denunciados a tirar cuerpo a tierra y con la mano a la nuca, por un tiempo aproximado de 60 minutos, vejándonos en nuestra dignidad de ciudadanos paraguayos honestos, rebajándonos a la calidad de criminales y sometiéndonos a un trato que solo se prodiga a gente de igual clase a ellos...”(sic).

Asimismo la denunciante Sra. Rosalia Raquel Marin de Oviedo al momento de interponer la correspondiente querrela criminal obrante a fs. 32/47 de autos mencionó “...*efectivos policiales y militares, fuertemente armados, interceptó el vehículo en que Roberto Flecha, y su acompañante Hugo Benegas, se dirigían al supermercado. Inmediatamente después, en violación de expresas disposiciones constitucionales y legales, Flecha fue remitido a la Guardia Presidencial, donde ha sido sometido a torturas psicológicas tendientes a obtener el paradero de mi esposo Lino Cesar Oviedo*”...(sic).

Conforme a las manifestaciones vertidas precedentemente tenemos, que la Constitución Nacional vigente, siguiendo los lineamientos del constitucionalismo moderno en armonía con los Convenios Internacionales proscribire el sometimiento a torturas, la aplicación de pena o el trato cruel e inhumano de las personas.

Con muy buen criterio, la Constitución vigente regula el tema en un artículo singular. “*De la tortura y de otros delitos*”, que textualmente expresa: “*Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes...*”; por otro lado, el mismo artículo declara la imprescriptibilidad de estos hechos punibles al decir “...*El genocidio y la tortura, así como la desaparición forzosa de personas, el secuestro y el homicidio por razones políticas son imprescriptibles...*”. Para mayor abundamiento, La Ley N° 69/89 que aprueba y ratifica la convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptada por la asamblea general de la organización de las naciones unidas, el 10 de diciembre de 1984, refiere en su Art. 1° cuanto sigue: “*A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término “tortura” todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o sean inherentes o incidentales a éstas*”.

Atento a las consideraciones de derecho vertidas, tratar de fijar un plazo razonable para el caso en examen, deviene absolutamente improcedente, conforme surge del imperativo constitucional excepcional y expresamente previsto, por lo que corresponde rechazar la casación interpuesta por Jose Key Kanazawa, por sus propios derechos y bajo patrocinio de

los Abogados Adán Amado Ríos y Nicolás Gaona Irun, contra el A.I.N° 127 de fecha 16 de Junio de 2009, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Criminal, Tercera Sala, y en consecuencia remitir estos autos al juzgado de origen para su correspondiente prosecución. Es mi voto.

A su turno, el Ministro Antonio Fretes, manifestó compartir el voto del Ministro Primer Opinante, Dr. Sindulfo Blanco, por los mismos fundamentos que fueron expuestos.

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

RESUELVE: 1.-Declarar Admisible, para su estudio el presente Recurso de casación. 2.-Hacer lugar, al Recurso de Casación interpuesto por el Sr. José Key Kanazawa, en ejercicio de sus derechos y bajo patrocinio de Abogado y, en consecuencia, Declarar la prescripción de los hechos punibles promovidos en contra de los Sumariados, con los efectos y alcances señalados en el exordio de la presente resolución. 3.-Levantar todas las medidas cautelares impuestas en la presente causa. 4.-Imponer las costas procesales, en esta instancia, en el orden causado. 5.-Anotar, registrar y notificar.

Ministros: Sindulfo Blanco, Miguel Oscar Bajac Albertini y Antonio Fretes. Ante mí: Abog. Karina Penoni de Bellasai. Secretaria.

AUTO INTERLOCUTORIO N° 170

RECURSO DE QUEJA. Procedencia del recurso de queja.

Habida cuenta que el interlocutorio apelado es originario del Tribunal de Apelación, pues resolvió cuestión suscitada ante esa Instancia y podría causar gravamen irreparable al recurrente (incidente de nulidad de apelación) corresponde hacer lugar al recurso de queja por apelación denegada, de conformidad a lo dispuesto en los art. 403 del CPC y 28 inc. b) del Código de Organización Judicial.

CSJ, Sala Civil y Comercial. 04-03-10 “Recurso de Queja por apelación denegada interpuesto por el abog. Jaime R. Peña Espínola en el juicio: Marcus S. Peña Mc. Coy c. Sara Josefina Leiva Franco s/ Juicio ordinario, reivindicación, nulidad de títulos y otros” (A.I.N° 170).

Asunción, 4 de Marzo del 2.010.

Y **VISTOS:** El Recurso de Queja por Apelación denegada interpuesto por el Abogado Jaime R. Peña contra la Providencia del 1° de Abril del 2.009, dictada por el Tribunal de Apelación, Civil y Comercial, Quinta Sala, las demás constancias, y;

CONSIDERANDO:

Por la referida Providencia se denegaron los Recursos de Apelación y Nulidad interpuestos contra el Auto Interlocutorio N° 43, fechado al 2 de Marzo del 2.009.

De las constancias del Expediente, se advierte que por el Auto Interlocutorio N° 43, del 2 de Marzo del 2.009, se resolvió: “1. Desestimar el incidente de nulidad de apelación interpuesto a fs 38 de estos autos, por extemporáneo. 2. Costas, al nulidicente. 3. Anotar...”.

El Artículo 403 del Código Procesal Civil dispone: “El recurso de apelación ante la Corte Suprema de Justicia se concederá contra la sentencia definitiva del Tribunal de Apelación que revoque o modifique la de primera instancia...Procederá también contra las resoluciones originarias del Tribunal de Apelación que causen gravamen irreparable o decidan incidente”.

Del análisis del Interlocutorio apelado, se advierte que es originario del Tribunal de Apelación, pues resolvió cuestión suscitada ante esa Instancia y podría causar un gravamen irreparable al recurrente.

Por ello, corresponde hacer lugar al Recurso de Queja por Apelación denegada, de conformidad a lo dispuesto en los Artículos 403 del Código Procesal Civil y 28, inciso b), del Código de Organización Judicial.

Por tanto, fundada en las motivaciones precedentes, la Excelentísima Corte Suprema de Justicia. Sala civil y comercial; **RESUELVE:** Hacer lugar al Recurso de Queja por Apelación denegada interpuesto por el Abogado Jaime R. Peña Espinola contra la Providencia del 1° de Abril del 2.009, dictada por el Tribunal de Apelación, Civil y Comercial, Quinta Sala. Autos. Anotar, registrar y notificar.

Ministros: Miguel Oscar Bajac, César Antonio Garay y Raúl Torres Kirmser. Ante mí: Abog. Alejandrino Cuevas, Secretario Judicial.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 20

DAÑOS Y PERJUICIOS. Admisibilidad y Procedencia de la acción

Para ser viable la acción de daños y perjuicios deben necesariamente co-existir todos los presupuestos de la responsabilidad civil, cuales son: el daño, la antijuricidad, la relación de causalidad entre el daño y el hecho y los factores de imputabilidad o atribución legal de la responsabilidad.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Accidente de tránsito. Responsabilidad civil.

Con las pruebas producidas en autos, no se pudo acreditar efectivamente la culpa de la víctima o de un tercero en el hecho, es mas, surgen indicios que nos llevan a concluir que el accidente ocurrió por culpa y responsabilidad del demandado, al no demostrar efectivamente los demandados la culpa exclusiva de la víctima, le es atribuida la responsabilidad en el accidente y por tanto la carga de reparar el daño causado, el cual se halla debidamente acreditado con los informes médicos.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad Civil. Culpa

La falta administrativa constituida por no portar chapa o patente en una bicicleta constituye un supuesto de responsabilidad administrativa, que no afecta las reglas dispuestas por el Código para la determinación de la responsabilidad civil en materia de daños, este hecho es irrelevante a los efectos de establecer la culpa de la víctima en la producción del accidente de tránsito que causó los daños cuya reparación se reclama en estos autos.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Valuación de los daños. **INTERESES.** Tasa de Interés

En las obligaciones donde no se haya establecido una tasa de interés convencional, es aplicable el promedio mensual correspondiente a las tasas activas percibidas en plaza por obligaciones en moneda nacional y con plazo de un año

INTERESES. Tasa de Interés

Las indemnizaciones son de carácter reparador integral, pero de ninguna manera pueden constituirse en una causa lucrativa, lo que ocurre cuando se fija-en los casos que no se hubiere pactado intereses- como tasa de interés un porcentaje superior al promedio de las tasas activa, por lo que la tasa de interés debe ser establecida en el caso en el 2.2% mensual.

CSJ, Sala Civil y Comercial.03-02-10 “Patricio Cáceres Ruiz Díaz c. Empresa de Transporte Vanguardia S.R.L. s/ Indemnización de Daños y Perjuicios” (Ac. y Sent. N° 20)

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 cuestion planteada el señor ministro Miguel Oscar Bajac Albertini, dijo: Los recurrentes Antonio Valiente y Vanguardia S.A.C.I. no fundamentaron los recursos de nulidad interpuestos, situación que amerita declararlos Desiertos, no sin antes advertir que del estudio de oficio de la Resolución apelada no se desprenden vicios o defectos de índole formal que provoquen su nulidad en los términos de los Artículos 113 y 404 del Código Procesal Civil.

A sus turnos los señores ministros Raul Torres Kirmser y César Antonio Garay, manifestaron: Se adhieren al voto del preopinante, por sus mismos fundamentos

A la segunda cuestion el señor ministro Miguel Oscar Bajac Albertini, prosiguió diciendo: El Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Primera Sala, por Acuerdo y Sentencia N° 49 del 11 de julio del 2.007 resolvió: “Declarar la nulidad de la sentencia en alzada. Hacer lugar, con costas, a la demanda que por indemnización de daños y perjuicios promoviera el Sr. Patricio Cáceres Ruiz Díaz contra la empresa de Transporte Vanguardia SACI y el Sr. Antonio Valiente, condenando a los demandados al pago dentro del plazo de diez días de quedar ejecutoriada la resolución, de la suma de Gs. 91.636.000 (Noventa y un millones seiscientos treinta y seis mil guaraníes) en concepto de daño emergente y la de Gs. 122.426.000 Ciento Veintidós millones cuatrocientos veintiséis mil guaraníes) en concepto de daño moral, con un interés del 3% mensual a ser aplicados desde la segunda notificación de la demanda ocurrida en fecha 10 de Julio del 2002. Anotar...”.

Los demandados Antonio Valiente y la Empresa Vanguardia S.A.C.I. interpusieron recursos de Apelación en contra del Acuerdo y Sentencia supra mencionado, y en ambos escritos expresaron idénticos fundamentos refiriendo que el accidente que causara las lesiones al actor Patricio Cáceres Ruiz Díaz, resulta de la culpa exclusiva de este, y por tanto se encuentran exentos de responsabilidad, ello se debe a que el actor transpuso la Avda. General Aquino, sin estar autorizado para ello, en razón a que sobre la calle Leonismo Luqueño por la cual se trasladaba no contaba con semáforo y el semáforo existente sobre la Avda. General Aquino, por la cual se trasladaba el micro ómnibus propiedad de Vanguardia S.A.C.I., guiado por Antonio Valiente, se hallaba encendido en el color amarillo, y por tanto lo autorizaba al paso. Además expresa que el demandante carecía de carnet o registro habilitante para circular con el bicicleta por la vía publica, y lo hacia sin tomar las debidas precauciones, como ser llevar casco protector. Así también agregó que el Ad-quo no valoro debidamente las pruebas producidas por su parte, desmeritando las afirmaciones vertidas por los testigos propuestos por ella, realizando conjeturas y opiniones abstractas sobre los hechos ocurridos, arribando a conclusiones erróneas, como ser la existencia del semáforo. En cuanto a la valoración de los daños emergentes expresan en primer término que el actor fue asistido en el Hospital San Jorge, el cual presta servicios gratuitos y por tanto no puede resarcirse de dicho servicio y mucho menos justificar los gastos, como segundo término afirmó que solo es posible ejercer la facultad otorgada por el Art. 452 cuando no pueda determinarse el monto y en el caso de autos el autor determino el monto, más no pudo justificarlos, por su propia inactividad actuando el Tribunal inferior de manera arbitraria. Con respecto al daño moral se agravan los apelantes y manifiestan que le fue concedido en este concepto el mismo valor solicitado por el actor, sin que este haya producido prueba alguna de demuestre dicho daño, considerando el tribunal simplemente las afirmaciones vertidas en la demanda. Con relación a los intereses los apelantes consideran que en el ámbito judicial debe tenerse en cuenta el monto condenado y la variación de la tasa de redescuento del Banco Central del Paraguay y no solo los usos habituales en el ámbito financiero como lo hizo el Ad-quo, trayendo a colación la opinión del miembro en disidencia quien razono justa la tasa del 1,50% mensual. Solicitando finalmente la revocación con costas de la sentencia apelada.

Por providencia de fecha 27 de Marzo del 2.008, se corrió traslado del memorial de agravios al actor, quien al contestarlo manifestó que no existen vicios o incongruencias que puedan motivar la revocación del Acuerdo y Sentencia N° 49 de fecha 11 de julio del 2.007, pues, según expresa este es un fallo justo donde quedo plenamente demostrado el

daño sufrido, la culpa de los demandados y todos los gastos en que incurrió su parte. Considera que mediante el diligenciamiento de las pruebas se pudo corroborar efectivamente la relación de hecho que dio lugar al accidente y así mismo la culpa de los demandados, quienes pretenden restar valides a las pruebas producidas y crear hechos inexistentes para evadir la responsabilidad derivada de los mismos, además agregó que la falta de documentos para conducir el biciclo no fue determinante para producir el accidente a diferencia de la trasgresión realizada por el chofer del micro ómnibus quien transpuso una arteria cuando el semáforo se encontraba en rojo. Siendo aplicable al caso concreto lo dispuesto por el Art. 1.847 del Código Civil Paraguayo, apoyado por la Doctrina y la Jurisprudencia que sostienen la Teoría de la responsabilidad objetiva derivada del riesgo de la utilización de la cosa más peligrosa, en el caso de autos el micro-ómnibus. En cuanto a la valoración y justificación de los Daños Emergentes expresa que dichos daños fueron probados debidamente, conforme consta en el expediente a fs. 33, 57 y 287. Con respecto al Daño moral este se halla demostrado al considerar las secuelas del accidente, las cuales fueron corroboradas con los informes médicos, razón por la cual solicitó se confirme el acuerdo recurrido, con expresa condenación de costas.

En primer término cabe manifestar que para ser viable la acción instaurada deben necesariamente co-existir todos los presupuestos de la responsabilidad civil, cuales son: el daño, la antijuridicidad, la relación de causalidad entre el daño y el hecho y los factores de imputabilidad o atribución legal de la responsabilidad, siendo este último el único punto debatido por los demandados, quienes atribuyen la responsabilidad del accidente a la culpa exclusiva de actor y víctima, ya que según expresan fue el Sr. Patricio Cáceres Ruiz Díaz, quien transpuso la Avda. Gral. Aquino sin estar habilitado para ello, al respecto resulta pertinente aclarar que en virtud a lo dispuesto en los Artículos 1.846 y 1847 del Código Civil Paraguayo, compete a los demandados acreditar efectivamente la culpa de la víctima, en razón a que se invierte la carga de la prueba, conforme la imputación legal realizada por las normas antes citadas.

En ese sentido con las pruebas producidas en autos, no se pudo acreditar efectivamente la culpa exclusiva de la víctima o de un tercero en el hecho, es más, surgen indicios que nos llevan a concluir que el accidente ocurrió por culpa y responsabilidad del Chofer de la Línea 30, Antonio Valiente, quien cruzó la arteria sin tomar las debidas precauciones, hallándose el semáforo en rojo, señal de pare, lo que se constata con las testificales prestadas, así como con el Reconocimiento Judicial, obrante a fs. 282/284.

Por lo que, al no demostrar efectivamente los demandados la culpa exclusiva de la víctima, le es atribuida la responsabilidad en el accidente y por tanto la carga de reparar el daño causado, el cual se haya debidamente acreditado con los informes médicos, como ser el realizado por el Medico Forense del Poder Judicial, obrante a fs. 206 de autos.

En cuanto a la suma otorgada en concepto de Daño Emergente, el Tribunal Ad-quo adicionó a los gastos justificados la suma de Gs. 75.000.000. (Guaraníes Setenta y Cinco Millones), arribando a una suma total de Gs. 91.636.000 (Guaraníes Noventa y un millones seiscientos treinta y seis mil), en uso de las atribuciones concedidas por el Art. 452 del Código Civil, el cual prescribe:

“Cuando se hubiese justificado la existencia del perjuicio, pero no fuese posible determinar su monto, la indemnización será fijada por el juez”, quedando en el caso de autos mas que justificado el perjuicio, conforme se menciona en el párrafo anterior, por lo que considero la suma otorgada ajustada a los parámetros razonables, teniendo en cuenta las lesiones sufridas por el actor.

En relación al daño moral, resulta indudable su existencia, ya que el actor ha perdido la vista y la audición del lado derecho, a más de otras lesiones irreversibles, lo que produce una incuestionable aflicción emocional, a raíz de la dificultad al realizar inclusive las actividades mas ordinarias, hallándose el monto solicitado y otorgado por el Tribunal ajustado a derecho.

Con respecto al porcentaje de interés establecido, considero prudente su reducción al 2,2% mensual, teniendo en cuenta el promedio resultante de las tasas activas percibidas en plaza en el plazo de un año, así como el monto otorgado al demandante en los conceptos supra mencionados y el tiempo transcurrido.

Por lo que, en base a las argumentaciones antes expuestas y de conformidad a las normas legales traídas a colación, corresponde revocar parcialmente el falló apelado, haciendo lugar a la demanda promovida por el Sr. Patricio Cáceres Ruiz Díaz, reduciendo el porcentaje fijado como interés del 3% al 2,2% mensual.

Por último, conforme dispone el principio General establecido en el Art. 192 del Código Procesal Civil y en concordancia con lo dispuesto por el Art. 205 del mismo cuerpo legal, deben imponerse las costas de ésta instancia a la perdidosa.

A su turno el señor ministro Raul Torres Kirmser, manifestó: Adhiero al voto del preopinante en cuanto al sentido del mismo, pero me permito realizar las siguientes consideraciones.

La falta administrativa constituida por no portar chapa o patente en un bicicleta constituye un supuesto de responsabilidad administrativa, que no afecta las reglas dispuestas por el Código para la determinación de la responsabilidad civil en materia de daños. Por lo tanto, este hecho es irrelevante a los efectos de establecer la culpa de la víctima en la producción del accidente de tránsito que causó los daños cuya reparación se reclama en estos autos. En sentido concordante, la jurisprudencia extranjera refiere: “La inobservancia de las normas reglamentarias de tránsito configura, a todo evento, una infracción administrativa, pero no apareja por sí responsabilidad civil cuando no pudo acreditarse la incidencia de la falta de cumplimiento de aquéllas en la producción del hecho” (SCBA, C 100915 S 11-2-2009).

Por otra parte, en las obligaciones donde no se haya establecido una tasa de interés convencional, es aplicable el promedio mensual correspondiente a las tasas activas percibidas en plaza por obligaciones en moneda nacional y con plazo de un año, conforme pacíficamente lo tienen sentado la doctrina y la jurisprudencia. No puede olvidarse que las indemnizaciones son de carácter reparador integral, pero de ninguna manera pueden constituirse en una causa lucrativa, lo que ocurre cuando se fija –en los casos que no se hubiere pactado intereses- como tasa de interés un porcentaje superior al promedio de las tasas activas.

Por ello considero que la tasa de interés debe ser establecida en el 2.2% mensual. Por ende, la sentencia apelada debe ser modificada en este punto.

A su turno el señor ministro César Antonio Garay, dijo: Me adhiero al Voto del Ministro José Raúl Torres Kirmser, por sus mismos fundamentos.

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

R E S U E L V E : Declarar desiertos los Recursos de Nulidades interpuestos por el Abog. Umberto Duarte Carvalho y el Abog. Eladio Duarte Carvalho. Revocar parcialmente el apartado 2) del Acuerdo y Sentencia Número 49, con fecha 11 de Julio del 2.007, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Primera Sala, en el sentido establecer el porcentaje otorgado como intereses, fijándolo en el 2,2% mensual. Imponer Costas a los recurrentes. Anotar, registrar y notificar.

Ministros: Raúl Torres Kirmser, Miguel Oscar Bajac y César Antonio Garay. Ante mi: Alejandrino Cuevas. Secretario Judicial.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 21

Cuestión debatida: El thema decidendum en autos, es determinar si se halla correctamente individualizada y comprobada la fracción de terreno que la actora pretende usucapir y en su caso analizar si fueron cumplidos los demás presupuestos para su procedencia.

USUCAPION. Principios Generales

El juicio de usucapión debe procederse con criterio restrictivo, en atención a las razones de orden público. La usucapión es un medio excepcional de adquisición de dominio y la comprobación de los extremos exigidos debe efectuarse de manera precisa.

USUCAPION. Requisitos de la usucapión

Los presupuestos exigidos por la ley para que la usucapión opere son en primer lugar, el hecho mismo de la posesión, que debe ser pacífica, continua, ininterrumpida, pública y con carácter de propietario, es decir, de forma excluyente de cualquier otra posesión, en segundo lugar, la duración de dicha posesión por el plazo de veinte años, en tercer lugar, la determinación precisa de la cosa demandada, del predio que comprende a) el número de finca o padrón del inmueble, b) dimensiones, superficie y linderos del mismo, c) titulación del inmueble a nombre del demandado o accionado.

USUCAPION. Prueba de la usucapión

La prueba de la posesión a los efectos de la usucapión debe ser plena e indubitable, no siendo suficiente la declaración de testigos en la que no se concentra con precisión la realización de actos posesorios *animus dominis* durante todo el lapso exigido por la ley.

USUCAPION. Prueba de la usucapión

Las pruebas aptas para identificar física y materialmente la fracción de terreno, conforme los datos del título son el reconocimiento judicial y la prueba pericial de medición.

PRUEBA DE RECONOCIMIENTO. Inspección ocular.

La prueba de reconocimiento judicial cuya acta no fue firmada por el Juez ni la secretaria interviniente carece de validez en atención a la falta de los requisitos esenciales de toda resolución judicial conforme así lo dispone el art. 156 del CPC .

PRUEBA DE RECONOCIMIENTO. Inspección ocular

La prueba de inspección judicial no es idónea por sí misma para demostrar que la fracción inspeccionada sea efectivamente la res litis, cuando dicho extremo es controvertido por las partes, para dicha demostración resulta esencial la prueba técnica correspondiente.

USUCAPION. Requisitos de la usucapión

Debe rechazarse la demanda de usucapión que adolece de la indeterminación de la superficie exacta del inmueble y de la falta de individualización del perímetro del terreno que se pretende usucapir.

USUCAPION. Requisitos de la usucapión

La usucapión es un modo de adquirir el dominio sobre cosas determinadas e individualizadas, razón por la cual tratándose de inmuebles, debe recaer sobre un finca determinada según su inscripción registral o una parte delimitada y mensurada topográficamente, que pueda constituir una individualidad resultando imposible usucapir una cosa genérica.

USUCAPION. Requisitos de la usucapión

Al no ser demostrada la porción de terreno que se pretende en la presente acción es inadmisibile su viabilidad, por otra parte al no cumplir con el primer requisito no corresponde el análisis de los demás presupuestos puesto que la falta de uno de ellos trae aparejado el rechazo de la demanda.

CSJ, Sala Civil y Comercial.03-02-10 “Jorge Adalberto Riquelme c. Sucesión de Candelaria Martínez Vda. De Jara y herederos s/ Usucapión” (Ac. y Sent.Nº 21)

CUESTIONES:

Es nula la Sentencia recurrida?

En su caso, se halla ajustada a Derecho?

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

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

A sus turnos los señores Ministros Cesar Antonio Garay y Raul Torres Kirmser manifestaron: Que se adhieren al voto del Ministro preopinante Dr. Miguel Oscar Bajac Albertini, por sus mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada el señor ministro Miguel Oscar Bajac Albertini dijo: El presente Juicio sobre Usucapión fue promovido por Jorge Adalberto Riquelme fundado en el Art. 1.989 del C.C.P., usucapión veintañal, respecto a una fracción del inmueble individualizado como Finca Nº 2097 del Distrito de Luque, contra la Sucesión de Candelaria Martínez Vda. De Jara., siendo los demandados en autos: sus herederos, titulares del 50% de la finca en cuestión, Señores Ceferino Antonio Garcete Acuña, Osvaldo Garcete Acuña, Antonia Coronel de Martínez y el Señor Vladimir Sánchez Cano, a quien le fue adjudicado el restante 50% tras la cesión de derechos y acciones que le otorgara la heredera Honorina Leonarda Báez Jara. Manifestó que reside en el referido inmueble en forma pacífica, pública e ininterrumpida desde el año 1.971 hasta 1.997, año en el que se promovió la demanda sobre interdicto de obra nueva. Agregó además que en la referida porción de la Finca Nº 2097 ejerció actos posesorios. Tras el fallecimiento del accionante sus herederos Señores: Anicia Dolores Núñez de Riquelme, Hernán Riquelme Báez, Nelson Enrique, Antonio, Jorge Luis y Esmilce Concepción Riquelme Núñez tomaron intervención en estos autos.

Por S.D.Nº 197 de fecha 28 de marzo de 2.006 el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral, de la Niñez y de la Adolescencia de Luque resolvió: “Hacer lugar, con costas, a la demanda de usucapión planteada por el Señor Jorge Adalberto Riquelme contra los herederos y cesionarios de Candelaria Martínez Vda. De Jara, Sres. Ceferino Antonio Garcete Acuña, Osvaldo Garcete Acuña, Antonia Coronel de Martínez y Vladimir Sánchez Cano, y en consecuencia, otorgar al actor una fracción de terreno de mayor porción, inscripto en la Dirección de los Registros Públicos como Finca Nº 2.097 del Distrito de Luque, lugar denominado Cañada San Rafael, que consta de las dimensiones y linderos señalados en el exordio de la presente resolución, con una superficie total de 1Ha. 9962 m2 6000 cm2. 2) Librar el correspondiente oficio a la Dirección de los Registros Públicos a los efectos de la inscripción de la presente resolución. 3) Anotar,…”

Apelada la sentencia de Primera Instancia, previa sustanciación de los recursos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial Primera Sala, de esta Capital, por Acuerdo y Sentencia Nº 35 de fecha 26 de junio de 2.008, resolvió: “Tener al recurrente por desistido del recurso de nulidad. Revocar, con costas, la S.D.Nº 197 del 28 de marzo de 2.006, por los motivos expuestos en el exordio de la presente resolución. Anotar, registrar…”

El Tribunal fundamentó la resolución recurrida en que: 1.- Conforme el juicio de interdicto de obra nueva que se halla por cuerda separada se constató que el accionante no ejerció actos posesorios sobre la totalidad de la porción de finca que pretende usucapir. La posesión debe ser completa sobre la porción que se intenta adquirir y no parcial, los actos realizados por el demandado no poseen la entidad necesaria para configurarse en la posesión que hace adquirir la propiedad por la prescripción. 2.- En el escrito inicial de demanda se mencionó diversos datos formales para identificar el predio objeto de usucapión, se adjuntó un plano pericial de la ubicación del terreno que es supuestamente ocupado y poseído por el accionante, sin embargo no se efectuó en este juicio la aplicación de tales datos formales en el terreno, diligencia que necesariamente debe ser realizada con la prueba de reconocimiento judicial. 3.- En autos se encuentran agregadas alguna fojas relacionadas con una prueba de inspección ocular, sin embargo dicha prueba resulta inexistente desde el punto de vista jurídico y procesal en razón a que el instrumento correspondiente no se encuentra firmado ni por el Juez ni por la Actuaría judicial, requisitos formales absolutamente indispensables para dar validez a las actuaciones judiciales. 4.- En relación al dictamen pericial suscripto por el Ing. Luis Brítez, en razón a que tal actuación fue ordenada en el supuesto y aparente acto de reconocimiento judicial, el cual carece de validez por defectos formales, el presente dictamen pericial que es la consecuencia de una actuación inválida debe correr la misma suerte de la invalidez.

Los agravios vertidos en contra de la resolución apelada se encuentran contenidos en el escrito glosado a fs. 260/266 de autos, y exponen los fundamentos que ameritarían – a criterio del recurrente – la revocación del Acuerdo y Sentencia Nº 35 del 26 de junio de 2.008 y que pueden sintetizarse en los siguientes puntos: 1.-El interdicto de obra nueva aludido, no se refiere a la porción de la finca que se pretende usucapir en el presente juicio, sino a otra porción del mismo inmueble ubicado en las proximidades de aquella. 2.- El Ad-quem se limitó a evaluar si el accionante realizó en la porción del inmueble que intenta usucapir, actos posesorios, soslayando la valoración de las numerosas pruebas agregadas y diligenciadas en el juicio. 3.-En cuanto a la pretendida invalidez de la diligencia de inspección judicial si bien no lleva la firma de la Actuaría la misma fue confeccionada de puño y letra por esta, lo que torna evidente que ella estuvo en el lugar, a lo que se suma que el acto fue convalidado y eventualmente saneado con la presencia de las partes quienes activamente participaron en la diligencia. Aun cuando se consintiera que la referida diligencia es inválida, sin embargo existen otras pruebas que acreditan la procedencia de la acción, que no fueron objeto de estudio en Segunda Instancia, con el pretexto de que se realizó una suerte de análisis previo del cumplimiento de los requisitos básicos y preliminares para acoger la demanda. Finalmente solicitó sea revocada la resolución en estudio.

El apelado, a su vez, sintetizó su postura con respecto al rechazo de la apelación articulada, en el escrito agregado a fs.272/273 del expediente.

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

El temma decidendum en autos, es determinar si se halla correctamente individualizada y comprobada la fracción de terreno que la actora pretende usucapir, y en su caso analizar si fueron cumplidos los demás presupuestos para su procedencia.

Uno de los cinco requisitos que debe ser probado en todo juicio sobre usucapión, para, que éste prospere conforme vastas jurisprudencias nacionales es la individualización correcta del inmueble objeto de la usucapión, con sus dimensiones, linderos, lugar de su ubicación y su superficie, así como el número de Finca que le corresponde y el de la Cuenta Corriente Catastral o del Padrón.

De las constancias de autos se desprende que el accionante pretende usucapir una fracción de la Finca N° 2097 del Distrito de Luque, la cual conforme mencionó en el escrito de demanda posee una superficie de 1 hectárea, 9962 metros cuadrados, 6000 centímetros cuadrados. A fs.7/18 se halla agregado el título de propiedad en donde consta que el inmueble pertenece a Candelaria Martínez Vda. De Jara; por A.I.N° 339 de fecha 28 de setiembre de 1998 dictada en los autos caratulados: “Candelaria Martínez vda. de Jara y otros s/ sucesión” fue resuelto: adjudicar a favor del Dr. Vladimir Sanchez cano el cincuenta por ciento del inmueble individualizado como finca N° 2097 con padrón N° 1686 de Luque, y a los sres. Ceferino Antonio Garcete Acuña, Osvaldo Garcete Acuña y Antonia Coronel de Martinez el otro cincuenta por ciento.

Las pruebas aptas para identificar física y materialmente la fracción de terreno, conforme los datos del título son: el reconocimiento judicial y la prueba pericial de medición.

A fs. 152/154 consta el acta de reconocimiento judicial. A fs. 156 obra el informe pericial del Ingeniero Luis R. Britez.

Al examinar las referidas pruebas se advierte que el acta de reconocimiento judicial no fue firmado por el Juez ni por la Secretaria intervinientes, por lo que coincide con el Ad-quem de que el mismo carece de validez, en atención a la falta de los requisitos esenciales de toda resolución judicial conforme así lo dispone el Artículo 156 del C.P.C., en el caso falta de firmas del juez y secretario, la misma de manera alguna puede ser convalidada, aparece la nulidad absoluta y por ende la inexistencia del acto, así también lo ordenado en dicho acto carece de validez (prueba pericial de medición fs. 156). La superficie reclamada en autos (1hectárea, 9962 metros cuadrados, 6000 centímetros cuadrados.) y el mencionado en el informe pericial (1 hectárea, 4299 metros cuadrados) no coinciden.

En ese sentido esta Sala se ha pronunciado en el Acuerdo y Sentencia N°1.586 de fecha 22 de diciembre de 2.006 en los autos caratulados: “Ignacia Zarate de Molinas c/ Andres Ramos Gonzalez s/ Usucapion” que“...debe rechazarse la demanda de usucapión que adolece de la indeterminación de la superficie exacta del inmueble y de la falta de individualización del perímetro del terreno que se pretende usucapir. La usucapión es un modo de adquirir el dominio sobre cosas determinadas e individualizadas, razón por la cuál tratándose de inmuebles, debe recaer sobre una finca determinada según su inscripción registral o una parte delimitada y mensurada topográficamente, que pueda constituir una individualidad resultando imposible usucapir una cosa genérica”.

En tales condiciones al no ser demostrada la porción de terreno que se pretende en la presente acción es inadmisiblesu viabilidad, por otra parte al no cumplir con el primer requisito no corresponde el análisis de los demás presupuestos, puesto que la falta de uno de ellos trae aparejado el rechazo de la demanda.

Por todo ello es mi opinión, que debe ser confirmado el Acuerdo y Sentencia N° 35 de fecha 26 de junio de 2.008, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial Primera Sala de esta Capital, imponiendo las costas al apelante. Es mi voto.

A su turno el doctor Torres Kirmsers manifestó que: Del análisis de las constancias surge la improcedencia de la demanda de usucapión, correspondiendo confirmar la sentencia recurrida por los fundamentos y consideraciones siguientes:

Materia dealzada es la decisión del ad quem de revocar, con costas, la sentencia del a quo, desestimando la demanda de usucapión planteada por el actor. Ahora bien, como hemos expresado en varios fallos precedentes, análogos al que nos ocupa, en juicios como este debemos preguntarnos si el usucapiente cumplió con los presupuestos exigidos por la ley, debiendo haberlos acreditado para que la usucapión opere a su favor: En primer lugar, el hecho mismo de la posesión, que debe ser pacífica, continua, ininterrumpida, pública y con carácter de propietario, es decir, en forma excluyente de cualquier otra posesión; en segundo lugar, la duración de dicha posesión por el plazo de veinte años, en tercer lugar, la determinación precisa de la cosa demandada-es decir, del predio que se pretende adquirir por usucapión-, la que comprende: a) el número de finca o padrón del inmueble; b) dimensiones, superficie y linderos del mismo; c) titulación del inmueble a nombre del demandado o accionado.

Como también lo hemos señalado en fallos precedentes, es fundamental en juicios de usucapión- en que razones de orden público se anteponen al interés particular comprometido e imponen un criterio restrictivo, en lo que refiere a la apreciación de la prueba sobre la posesión en sí- que las pruebas aportadas sea de tal precisión y claridad que permitan llevar una plena certeza al juzgado sobre la existencia y entidad de la posesión pretendida sobre el inmueble o porción del mismo. Los tribunales han sentado una jurisprudencia pacífica y constante al establecer que “en lo procesos por usucapión la prueba debe reunir condiciones sustanciales de exactitud, precisión y claridad” (Cám. 2ª Civ. y Com. La Plata, Sala I, 31/10/72, ED, 49-168, cit. Por Beatriz Areán, Juicio de Usucapión, Edit. Hammurabi S.R.L., Bs. As., 2005, pág. 320). “En materia de prescripción adquisitiva, es preciso producir prueba clara y convincente para demostrar que en

realidad la posesión material se ha tenido de modo efectivo, quieta y pacífica, ininterrumpida y con ánimo de dueño y las pautas para apreciar las pruebas producidas deben ser estrictas, por cuanto se pretende revertir un título de dominio, y por ello, es dable exigir la demostración de hechos concretos que no dejen dudas acerca de la posesión *animus domini*...” (sic.) (CCiv. y Com., Paraná (E.R.), sala 2ª, 31/8/87, Zeus, t. 47, R-96, cit. por Portillo- Fiscella, Procedimiento Probatorio, Edit. Juris, Rosario, Arg., 1995, t. I, pág. 273). En conclusión, la duda en el ánimo del juzgador en torno del cabal cumplimiento de alguno de los presupuestos exigidos por la ley al usucapiente para la viabilidad de la acción, torna esta improcedente.

Examinemos las probanzas rendidas en el presente juicio: En cuanto a las pruebas testificales diligenciadas en juicios de usucapición, vale recordar su incuestionable aunque limitada trascendencia, dado que deben ser complementadas –y conformar prueba compuesta- con otros elementos de convicción de carácter independiente y objetivo, que corroboren lo declarado por los testigos, como –v.gr.- la prueba del reconocimiento judicial, el pago de los impuestos y gravámenes, instrumentales sobre construcciones, rendidas en autos, se tiene que la pregunta tercera del interrogatorio dirigido a los testigos- obrante a f. 134- tiene un carácter sugestivo, dado que sugiere claramente la respuesta; la misma expresa: “Diga el testigo si sabe y le consta, si el Sr. Jorge Riquelme ocupa la Finca N°. 2097 del Distrito de Luque”. La respuesta “sí, ocupa”, que da el testigo, es de nulo valor probatorio, en razón de hallarse sugerida la misma en la propia pregunta. Como se sabe, las respuestas de los testigos a preguntas sugerentes o sugestivas carecen de todo valor probatorio, dado que su simple contestación con un “sí” o un “no”, resulta absolutamente inconducente a los pretendidos efectos probatorios. Enseña Alsina: “Las preguntas (...) deben ser claras y precisas, no permitiéndose las llamadas sugestivas, es decir, las que indican al testigo la contestación que debe dar a las mismas” (Aut. Cit. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y comercial, Bs. As., 1942, tomo 2, pág. 434). “Las preguntas a los testigos han de ser dirigidas como indagatorias, porque se trata de hacer averiguaciones, evitándose en lo posible la fórmula: “diga si es cierto, etc.” (Cám. Civ. 2ª, La Ley, t 11, pág. 141) Las preguntas del interrogatorio que sólo dan lugar al testigo para que conteste “sí o no” son de las llamadas sugestivas (Cám. Civ. 2ª, La Ley, t. 11, p. 141)” (Alsina, ob. Cit., p. 434, en nota 145) Señalemos que igual carácter sugestivo tienen las preguntas cuarta, quinta, octava y novena del interrogatorio de referencia. Volviendo al preguntado tercero, añádase que es norma que el testigo –la gente común- conozca o memorice el número de las fincas, aun el de la finca propia, por lo que es más verosímil –y eficiente- que quien testimonia individualice la finca de que se trata mencionando su ubicación, las dimensiones, linderos y superficie aproximada, lo cual tampoco refirieron los testigos de la actora, quienes tampoco aportaron datos ciertos sobre la verdadera extensión de la posesión invocada por el actor, como bien lo hiciera notar el ad quem. Los testigos del actor –que dijeron ser vecinos del accionante y contarles que hace 33 años, o desde 1971, ocupa el lugar- tampoco hicieron alusión alguna a la finca de posesión del usucapiente que es colindante, como queda dicho, con la fracción a usucapir, lo cual nos resulta llamativo, caracterizándose sus deposiciones por ser bien lacónicas y limitadas en consecuencia. En suma, descartadas las respuestas a las preguntas sugestivas del interrogatorio, no podemos establecer a ciencia cierta –entre otras cosas- qué finca ocupa- y en qué extensión- la parte accionante.

Súmese a lo anterior que las declaraciones testificales no permiten en absoluto determinar la antigüedad de las mejoras y actos posesorios realizados por el actor, cuando que no basta que los testigos declaren que el usucapiente realizó tales o cuales actos posesorios en la finca litigiosa; es menester que sus deposiciones permitan establecer la antigüedad de dichos actos, a objeto de determinar si el usucapiente cumplió o no con el requisito de la posesión larga de veinte años o más, como lo exige la ley. “La prueba de la posesión a los efectos de la usucapición debe ser plena e indubitable, no siendo suficiente la declaración de testigos en la que no se concentra con precisión la realización de actos posesorios *animus domini* durante todo el lapso exigido por la ley” (Cám. Apel. Civ. y Com. Morón, Sala II, 7/9/99, LL-BA, 2000-600, cit. por Beatriz A. Areán, Juicio de Usucapición, Edit. Hammurabi SRL, Bs. As., 2005 pág 369). “Quien invoca la posesión debe probarla en forma fehaciente e indubitable tanto en lo que se refiere a la individualización del bien, como en lo que a los actos posesorios que dice haber realizado durante el término indicado por el art. 4015 del Cód. Civil (fuente del art. 1989 del Cód. Civil Paraguayo). Y en este sentido bueno es recordad que aunque los testigos sean contestes en que el usucapiente poseyó como dueño el inmueble objeto de la usucapición, la prueba no es plenamente convincente si ninguno ubica los actos posesorios en un tiempo hábil como para que la usucapición proceda(...)” (Cám. Apel. Civ. y Com. San Isidro, Sala II, 14/4/94, el Dial –WAB31, cit. por Beatriz A. Areán, ob. Cit., pág 370). En suma, las referidas testificales no logran formar la convicción del juzgador de hallarse ante un usucapiente con actos posesorios suficientemente antiguos y en toda la extensión del lugar objeto de la usucapición, esto es, con mérito para alcanzar amparo del ordenamiento positivo frente a los derechos de propiedad del dueño de la cosa usucapida. “En el juicio de usucapición, los testimonios deben reunir las condiciones de exactitud, precisión y claridad para llegar a una prueba plena e indudable” (CCiv. Y Com. Sta. Fe, Sala 1ª, 15/4/88,...Zeus, t. 51, R-35 (no. 11.335), cit. por Portillo –Fiscella, Procedimiento Probatorio..., Edit. Juris, Rosario, Arg., 1995, p. 301).

Cabe agregar, además que el accionante no ha logrado demostrar la efectiva realización de actos posesorios dentro de la porción que pretende usucapir- al menos no de la antigüedad denunciada, ya que el alambrado que se encuentra en la porción pretendida fue calificado como “nuevo” por el perito (f. 102)-, ya que tanto en la medición privada agregada al escrito de demanda, como en la pericia realizada en autos no se ha hecho constar la existencia de construcciones de ningún tipo dentro de la fracción que constituye la res litigiosa.

Es necesario destacar, por otra parte, que la prueba de inspección judicial no es idónea por sí misma para demostrar que la fracción inspeccionada sea efectivamente la res litis, cuando dicho extremo es controvertido por las partes –la demandada refirió que la porción poseída es la finca contigua a la suya- Para dicha demostración era esencial la prueba técnica correspondiente, donde como ya se dijo no se hizo constar la existencias de las mejoras.

Además, a f. 102 de autos el perito, en ocasión de la audiencia ampliatoria, hace constar que la posesión de usucapiente no era exclusiva, sino que se encontraban en el inmueble otros poseedores no identificados, quienes reaccionaron con violencia ante la actuación del perito.

Todas estas consideraciones fundan mi parecer de que la demanda debe ser desestimada, ajustándose a derecho el fallo en alzada que, en consecuencia, corresponde confirmar en todas sus partes. La imposición de las costas debe recaer en la perdidosa, de conformidad con el principio general estatuido en el Art. 192, en concordancia con lo Arts. 203 y 205 del Código de forma. Es mi voto.

A su turno el señor Ministro Cesar Antonio Garay manifestó: Que se adhiere al voto del Ministro Raúl Torres Kirmsler, por sus mismos fundamentos.

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

R E S U E L V E: Tener por desistido al recurrente del Recurso de Nulidad interpuesto. Confirmar el Acuerdo y Sentencia Número 35, de fecha 26 de junio del 2.008, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Primera Sala, por las motivaciones expuestas en el exordio. Imponer Costas a la Parte actora vencida. Anotar, registrar y notificar.

Ministros: César Garay, Raúl Torres Kirmsler y Miguel Oscar Bajac. Ante mí: Alejandrino Cuevas. Secretario Judicial.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 22

CONTRATO. Rescisión de contrato. Resolución de contrato

Los términos de rescisión y resolución responden a conceptos distintos, el primero hace referencia al ejercicio del derecho de las partes para dejar sin efectos una relación contractual basada en la voluntad incausada o inmotivada-entiéndase causa o motivación como evento relacionado al contrato y externo a la voluntad de las partes que provoca la decisión.

CONTRATO. Rescisión de contrato

En el art. 718 del C.C. surge patente el criterio empleado, la expresión rescisión se emplea para designar la terminación de una relación contractual en virtud de la voluntad de las partes, en forma incausada, es decir, sin expresar un motivo particular (ej. Art. 837 inc. b locación y art. 850 referente a prestación de servicios).

PACTO COMISORIO

El caso de “pacto comisorio expreso o tácito” no puede ser asimilado a un supuesto de rescisión contractual, ya que la causa o motivo por el cual nace la voluntad de extinguir el vínculo contractual está dado por el incumplimiento de la prestación debida por una de las partes, lo que priva del interés económico que las mismas tuvieron en consideración al momento de contratar.

CONTRATO. Resolución de contrato

La extinción del contrato fundada en el incumplimiento de una de las partes, aun cuando ello haya sido previsto en una cláusula del acuerdo, corresponde a un supuesto de resolución contractual, por lo que las limitaciones establecidas por el art. 782 del C.C le son aplicables.

CONTRATO. Resolución de contrato. Rescisión de contrato

La diferencia entre rescisión y resolución en nuestro derecho positivo reside en el hecho de que las partes decidan poner fin al acuerdo contractual por un mero acuerdo de voluntades, no ligado a una eventualidad en al ejecución del contrato, o en que una de las partes elija exigir la terminación del vínculo contractual como causa del incumplimiento o imposibilidad de cumplir de la otra parte.

CONTRATO. Resolución de contrato. Contrato de tracto sucesivo

Nuestro código establece que la resolución es aplicable tanto a contratos de tracto sucesivo como a los de prestaciones instantáneas, aun cuando una de ellas sea diferida en el tiempo.

CONTRATO. Contrato de tracto sucesivo

En los contratos de tracto sucesivo, las prestaciones cumplidas no sufrirán el efecto retroactivo de la resolución.(art.729 C.C.)

CONTRATO. Efectos del contrato

En los contratos de efecto inmediato, inclusive con prestaciones diferidas, la resolución tendrá efectos retroactivo entre las partes y las prestaciones cumplidas deberán ser restituidas (art.783 C.C.).

CONTRATO. Cumplimiento de contrato

El hecho de que el contrato no haya sido escriturado, no afecta la aplicabilidad de la disposición normativa del art.782 C.C. . Esta garantía a favor del comprador ha sido prevista con el objeto de proteger justamente a quienes hayan celebrado un contrato de compraventa sin obtener la escrituración del mismo.

CSJ, Sala Civil y Comercial.03-02-10 “Luis Fernando Camperchioli Estrago c. Gilberto Palacios Acosta s/ rescisión de contrato por incumplimiento” (Ac. y Sent.N° 22).

CUESTIONES:

Es nula la Sentencia Apelada?

En caso contrario, está ella ajustada a Derecho?

Practicando el sorteo de rigor para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado, Miguel Oscar Bajac, Raúl Torres Kirmsner y Cesar Antonio Garay.

A la primera cuestión planteada, el señor ministro Bajac Albertini, dijo: El Sr. Luis Fernando Campercholi ha promovido recurso de apelación y nulidad, en fecha 07 de octubre de 2008 obrante a fs. 77 (fojas setenta y siete). Que, en tiempo y forma el Sr. Luis Campercholi Estrago fundo sus agravios, sin expresar puntualmente los de la nulidad interpuesta, no obstante esta Corte posee la facultad legal de estudiar la nulidad de oficio en el Recurso de Apelación interpuesto. En este entendimiento en el fallo recurrido no se constatan vicios o defectos que obligatoriamente hagan viable declarar la nulidad de oficio de conformidad a lo dispuesto en los artículos 113 y 404 del Código Procesal Civil, en consecuencia, corresponde declarar desierto el recurso de nulidad.

A sus turnos, los ministros Raul Torres Kimser y César Antonio Garay manifestaron: Que se adhieren al voto del ministro preopinante Dr. Miguel Oscar Bajac Albertini, por sus mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada, el señor ministro Bajac Albertini, prosiguió diciendo: El Representante convencional del Sr. Luis Fernando Campercholi Estrago, ha fundado su apelación manifestando que se agravia contra el Acuerdo y Sentencia Nro. 61 del 18 de septiembre de 2008 dictado por el Tribunal de Apelaciones del 1er. Turno de la Capital, que en su parte resolutive decide revocar la S.D. Nro. 533 de fecha 08 de agosto de 2007, entre otros fundamentos ha mencionado: "... el A-quem ha omitido considerar aspectos esenciales con relación a los hechos y derechos contenidos en este juicio y que tuvo como resultado una aplicación desacertada, ligera, injusta y restrictiva del artículo legal invocado por la adversa como fundamento de la resolución hoy impugnada, y que generan a mi parte perjuicios económicos que son susceptibles de una posible reparación posterior veamos porque: La resolución impugnada en su parte resolutive resolvió: "... Revocar con costas la sentencia apelada" (sic) podemos apreciar que el a-quem aplico en forma irrestricta el artículo 782 del Código Civil, omitiendo valorar el pacto comisorio contenido en la cláusula sexta del contrato privado suscrito entre las partes (Fs. 3 de autos) pontificado que aquella disposición legal enuncia que "...En ningún caso el contrato podrá resolver si se hubiera abonado el 25 % del precio". Si bien es cierto que aparentemente la norma legal es de aplicación restrictiva, que prevalece por una cuestión de prelación sobre los actos jurídicos, y que no se encuentra incluida compraventa de inmuebles" Sic); No es menos cierto que el Código Civil al regular la autonomía de la voluntad en su Artículo 715 otorga a las convenciones hechas en los contratos la misma fuerza o rango que la ley misma y que obligan a todo lo que obligan a todo lo que esta expresado, y a todas las consecuencias virtualmente comprendidas; ademase en materia de interpretación de contratos el Código Civil..." "...De tenerse en cuenta que la deuda ya no puede ser reclamada ejecutivamente porque los pagares ya están prescritos, que tampoco puede ser reclamada por vía de cumplimiento de contrato porque ya sea reclamado la rescisión del mismo; y porque esta plenamente comprobado que el apelante no tiene la menor intención de cumplir con el pago de la deuda porque así ha quedado demostrado..."

Que, se ha corrido traslado del Recurso de Apelación al Sr. Gilberto Palacios quien es representado por el Abog. Remigio Fernández Amarilla quien ha contestado en los siguientes términos: "... En primer lugar debo manifestar a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia que el Acuerdo y Sentencia Nro. 61 dictado por el Tribunal de Apelación, Primera Sala, por su contundencia y claridad, debe ser confirmado íntegramente, dado que los argumentos de la adversa se basa mas bien en deseos e imaginaciones, sin ningún argumento legal y de peso que pueda minimamente sustentar la apelación del fallo cuestionado por el recurrente. Que, el Excelentísimo tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, en su resolución, para revocar la Sentencia Apelada por la parte actora, ha basado su fundamento de que ya se ha abonado casi el 71% del precio total estipulado en el contrato privado suscrito entre las partes por la compra venta de un vehiculo y que en esa circunstancia no procede la resolución del referido contrato mencionado lo dispuesto por el Art. 782 del Código Civil..."

Que, conforme al análisis realizado en autos podemos colegir que el objeto del juicio se centra en la Rescisión de contrato por incumplimiento, en este sentido debemos hacer notar que la Rescisión es considerada como uno de los modos extintivos de los contratos, en palabras del Tratadista Carlos Alberto Ghersi el mismo expresa al referirse a la rescisión que: "...Así como las partes tiene amplitud para darse su propia regulación, es lógico acordarles la facultad de extinguirla voluntariamente. Esta es la nota característica de la rescisión. No depende de los hechos posteriores; es decir, los contratantes deciden de mutuo acuerdo poner fin al vínculo contractual..." Gherci, Carlos Alberto. Contratos Civiles y Comerciales, parte general y especial. Tomo I Pag.272. 5º Edición actualizada y ampliada.

Que, es necesario aclarar que la rescisión de los contratos opera solamente para el futuro y a partir del momento de la manifestación de la voluntad rescisoria. En este sentido en el caso que nos ocupa el Sr. Luis Fernando Campercholi solicita se declare la rescisión del contrato de privado de compraventa del automóvil individualizado como Toyota, tipo Land Cruiser, del año 1992. Chasis Nro. HDJ80-0000754 y Motor Nro. 1HD-030092, firmado con el demandado el 11 de febrero de 2005, el precio de venta del rodado se fijo en la suma total de dólares americanos veinticuatro mil (24.000 U\$S), con la entrega inicial de dólares americanos 5.000, el saldo de 19.000 Dólares americanos a ser abonado con la siguiente modalidad a) 15 pagaré de 500 dólares de 500 dólares americanos (total 5.500 dólares americanos); b) un pagare de 3.000 Dólares Americanos; c) un pagare de 500 dólares americanos d) un vehiculo usado por un valor de 10.000 dólares americanos.

Que, de la constancia del contrato de compra venta obrante a fojas 1 y siguientes de autos podemos afirmar que en su cláusula sexta el mismo dispone: "... La falta de pago de dos cuotas en forma consecutivas producirá la mora del deudor y dará derecho al acreedor a recatar el vehiculo vendido por este acto, siendo gastos relacionados al mismo a cargo del deudor, así quedando lo abonado en concepto de indemnización..." De conformidad a este acuerdo de voluntades que

no es cuestionado en el presente juicio por ninguna de las partes, el recurrente inicia el Juicio de rescisión objeto de estudio, y tras demostrar que el demandado no ha abonado las cuotas pendientes cuyo saldo conforme a las documentaciones obrantes en autos es de la suma de 7.000 U\$S (siete mil Dólares Americano), solicita se ejecute la cláusula sexta del contrato citado.

Que, en Primera Instancia el pedido ha sido resuelto favorablemente al demandante, pero en segunda instancia ha sido revocada la decisión, por la aplicación de las disposiciones del artículo 782 del Código Civil Paraguayo. Que, en el considerando de la Resolución de la Cámara de Apelaciones sus miembros sostienen: "...tal cláusula solamente puede tenerse aplicación en tanto y en cuanto la parte compradora del vehículo no haya abonado todavía el 25 por ciento del precio total de la cosa que ha sido objeto de compraventa, porque si como en este caso particular, la parte compradora ha abonado más del 25 por ciento del precio total (en este caso, caso el 71 por ciento del precio pactado) la rescisión o resolución del contrato ya no puede configurarse por imperio del citado artículo 782 del C.C. que establece que en ningún caso puede producirse tal efecto si ha sido abonado el un 25 por ciento total convencido..."(sic, negrita y subrayado nuestro).

Que, ante la aplicación del artículo 782 del C.C. es oportuna su transcripción literal el cual dispone en el texto: "...Cuando el pago del precio debe efectuarse por cuotas, no procederá la resolución del contrato, en ningún caso, toda vez que el comprador haya abonado el veinte y cinco por ciento del precio, o haya efectuado mejoras por un valor que alcance dicho porcentaje, y que no puedan retirarse sin disminución apreciable de su valor...". Como se puede apreciar en un somero análisis de la interpretación realizada por los Magistrados de Segunda instancia, realizan una interpretación extensiva de la norma al aplicar una prohibición que hace referencia solamente en caso de resolución del contrato, no así en caso de rescisión. No se debe perder de vista que las formas de extinción de los contratos se dan por: a) Rescisión, b) Resolución, o c) Revocación; la decisión aplicada por el Tribunal de Apelaciones en el caso en concreto es debida a una aplicación extensiva de la norma establecida en el artículo 782 del C.C., lo cual escapa al objeto de juicio, por lo cual conlleva a una decisión equivocada. En este orden de cosas debemos precisar para mayor comprensión la aplicación extensiva del artículo citado por el Tribunal de Apelaciones en palabras de Ricardo Luis Lorenzetti el concepto de rescisión y resolución; en el primero lo conceptualiza como: "... un acto jurídico unilateral con efectos extintivos. Funciona principalmente en los contratos de duración y fundamento es que una de las partes, o las dos, pueden decidir que no continúe más..." y en el segundo, "...la Resolución es un modo extintivo que tienen su fundamento en la corresponsabilidad de la prestación. En estos casos concurre un hecho sobreviviente que impacta en el equilibrio del negocio y que autoriza a una de las partes a dejarlo sin efecto..." (Ricardo Luis LoTrtado de los Contratos. Parte General, Rubinzal- Culzoni Buenos Aires 2004. Páginas 564 – 567), ante lo cual podemos significar el enunciado prescriptivo (norma) no es el adecuado al juicio que nos ocupa.

Que, no se debe perder de vista que en la formación de los contratos el consentimiento es uno de los requisitos primarios, donde la intención de las partes es la piedra angular que debe ser respetado y salvaguardado por los interpretes de los contratos. Esta posición encuentra sustento en las disposiciones de los artículos 669, 715 y 716 del Código Civil, el cual otorga el respaldo legal a los acuerdos contractuales de las partes lo cual se refleja en el caso que nos ocupa, lo cual es observado puntualmente en la S.D. Nro. 533 de fecha 08 de agosto de 2007, por tanto, es mi opinión Revocar, con costas de conformidad al Art. 192 del Código Procesal Civil, el Acuerdo y Sentencia Nro. 61 de fecha 18 de septiembre de 2008 dictada por el tribunal de Apelaciones 1º Sala de la Capital. Es mi voto.

A su turno el ministro Raul Torres Kirmser manifestó: En estos autos se discute la aplicación del Art. 782 del Código Civil, que establece la prohibición de resolver los contratos de compraventa en los que el pago del precio se realice por cuotas periódicas y que la parte compradora haya realizado pagos o mejoras que equivalgan al 25% del precio. En particular, es materia de debate si dicha disposición puede ser aplicada aun cuando se halla estipulado un pacto comisorio expreso en el contrato celebrado entre las partes.

Sobre este punto, debe destacarse que en nuestro derecho positivo, específicamente en nuestro Código Civil vigente, los términos rescisión y resolución responden a conceptos distintos. El primero hace referencia al ejercicio del derecho de las partes para dejar sin efectos una relación contractual basada en una voluntad incausada o inmotivada –entiéndase causa o motivación como evento relacionado al contrato y externo a la voluntad de las partes que provoca la decisión-. En este sentido es empleada la expresión "rescisión" en el Art. 718 de Código Civil: "Las partes pueden extinguir por un nuevo acuerdo los efectos de un contrato anterior, pero la rescisión acordada no perjudicará en ningún caso los derechos adquiridos por terceros, a consecuencia del contrato rescindido". En este artículo surge patente el criterio empleado, la expresión rescisión se emplea para designar la terminación de una relación contractual en virtud de la voluntad de las partes, en forma incausada, es decir, sin expresar una motivo particular.

Entre los ejemplos de rescisión previstos por nuestro Código –si bien no expresamente designados como "rescisión"– podemos mencionar, además, el del inc. b) del Art. 837 y el segundo párrafo del Art. 850, referentes a locación y prestación de servicios.

A partir de lo expresado, puede afirmarse que el caso del "pacto comisorio expreso o tácito" no puede ser asimilado a un supuesto de rescisión contractual, ya que la causa o motivo por el cual nace la voluntad de extinguir el vínculo contractual está dado por el incumplimiento de la prestación debida por una de las partes, lo que priva del interés económico que las mismas tuvieron en consideración al momento de contratar. En este sentido, la redacción del Art. 726 del Código Civil no deja lugar a equívocos: "Las partes pueden pactar que el contrato bilateral se resuelva si una obligación no se cumple en la forma estipulada. En tal caso, el contrato quedará extinguido desde que el interesado haga saber al moroso su decisión de resolverlo". En suma, es evidente que dentro del sistema del Código, la extinción del contrato fundada en el incumplimiento de una de las partes, aun cuando ello haya sido previsto en una cláusula del acuerdo, corresponde a un supuesto de resolución contractual, por lo que las limitaciones establecidas por el Art. 782 del mismo cuerpo legal le son aplicables.

La distinción entre rescisión y resolución, basada en los diversos efectos que producirían cada una de estas formas de extinción del vínculo contractual sobre las prestaciones cumplidas, no tiene, en nuestro derecho positivo vigente la relevancia reconocida por la jurisprudencia y doctrina argentinas, como consecuencia de las asimetrías legislativas que surgieron en materia contractual con la adopción por nuestro Código del sistema del Código Civil Italiano. Así, mientras para la jurisprudencia argentina: “La resolución contractual sólo es aplicable a los contratos con prestaciones instantáneas, por más que sean diferidas, pero resulta inaplicable en materia de locaciones. En consecuencia, en este último supuesto sólo será aplicable la rescisión, que produce la extinción del vínculo sin efecto retroactivo y deja firmes las obligaciones recíprocas generales hasta ese momento” (CC0001 LM 403 RSI-66- I 5-6-2003); nuestro código establece que la resolución es aplicable tanto a contratos de tracto sucesivo como a los de prestaciones instantáneas, aun cuando una de ellas sea diferida en el tiempo. En los contratos de tracto sucesivo, las prestaciones cumplidas no sufrirán el efecto retroactivo de la resolución; mientras que en aquellos contratos de efecto inmediato, inclusive con prestaciones diferidas, la resolución tendrá efectos retroactivos entre las partes y las prestaciones cumplidas deberán ser restituidas – salvo las excepciones previstas por el Código-, como claramente lo establece el Art. 729 en materia de contratos de tracto sucesivo y el Art. 783 en materia de contrato con efectos inmediatos, pero con prestaciones diferidas. En este sentido, el Art. 783 establece en lo pertinente: “Si la resolución del contrato tiene lugar por incumplimiento del comprador, el vendedor debe restituir las cuotas cobradas, salvo el derecho a una compensación equitativa por el uso de la cosa, además del resarcimiento de todo daño”.

Por ello, vale repetirlo, la diferencia entre rescisión y resolución en nuestro derecho positivo reside en el hecho de que las partes decidan poner fin al acuerdo contractual por un mero acuerdo de voluntades, no ligado a una eventualidad en la ejecución del contrato, o en que una de las partes elija exigir la terminación del vínculo contractual como causa del incumplimiento o imposibilidad de cumplir de la otra parte. En el caso del primer supuesto la figura es la rescisión del contrato, mientras que en el segundo se trata de la resolución –independientemente de que la facultad de resolver sea ejercida según el pacto comisorio tácito, previsto por ley, o según el pacto comisorio expreso, acordado por las partes en el contrato; la diferencia según uno y otro caso reside en la forma y el modo en que se efectúe la resolución-.

Por ello, puede sostenerse que el caso de autos es un típico caso de resolución contractual, independientemente de la designación que le otorguen las partes –esta calificación es de iure, en virtud de lo dispuesto por el inc. e) del Art. 159 del Código Procesal Civil-, fundado en el pacto comisorio expreso celebrado por las partes en el contrato privado de compraventa de vehículo. Las partes acordaron que el pago del precio se realice en forma periódica, en cuotas, y por ende son aplicables las disposiciones del Art. 782 del Código Civil que establecen la prohibición de resolver un contrato cuando el cumplimiento de la parte compradora sea equivalente al 25% del precio pactado en este tipo de contratos –a cuotas-. En virtud de esta norma, el ejercicio de la facultad de la parte vendedora a exigir la resolución del contrato por el incumplimiento de la compradora se extingue una vez que la compradora haya abonado el 25% del precio, o efectuado mejoras por un valor que alcance dicho porcentaje y que estas no puedan retirarse sin disminuir apreciablemente el valor del bien, o cuando la suma de lo pagado y las mejoras alcance el referido porcentaje. Si existe un pacto comisorio expreso, este quedará modificado de derecho por esta disposición, que se impone a la autonomía de las partes. En consecuencia, la parte vendedora solo podría reclamar –ante el evento previsto en la norma- el cumplimiento del contrato más la indemnización de los daños producidos por el retardo del comprador, es decir su mora, pero no la resolución del contrato.

El carácter de orden público de esta disposición normativa se hace patente al hacer una comparación con las fuentes legislativas del Art. 782 del Código Civil; si bien las normas que sirvieron de fuente a nuestro artículo tienen una aplicación más restringida –la entidad del cumplimiento que limita la facultad de resolver el contrato en el Anteproyecto de De Gásperi y en el Código Civil Italiano; o en cuanto al contenido, ya que se limitan los contratos a los cuales es aplicable, por ejemplo: compraventa de lotes a cuotas, en la Ley N° 214/70 que amplía la Ley N° 1257/32-. En este sentido, el Art. 1226 del Anteproyecto de De Gásperi y el Art. 1525 del Código Civil Italiano inician con la expresión: “No obstante pacto en contrario”. El Art. 11 de la Ley 214/70 establece: “En los contratos o boletos de compraventa de lotes a plazo no procederá la resolución del contrato cuando el comprador haya abonado el veinte y cinco por ciento”; y el Art. 12 de la misma ley dispone: “El comprador, después de haber abonado el veinte y cinco por ciento (25%) del precio podrá reclamar la escritura traslativa de dominio, siendo esta facultad irrenunciable y nula toda cláusula en contrario”. Estos antecedentes más la expresión: “en ningún caso”, contenida en el Art. 782 dan clara cuenta del orden público contenido en la norma cuya aplicación es materia de recurso.

Por otra parte, a modo de mayor abundamiento, el hecho de que el contrato no haya sido escriturado, no afecta la aplicabilidad de la presente disposición normativa. Esta garantía a favor del comprador ha sido prevista con el objeto de proteger justamente a quienes hayan celebrado un contrato de compraventa sin obtener la escrituración del mismo. En este sentido, esta Corte, en voto mayoritario, tiene expresado: “Esta disposición normativa fue ideada y creada para ser aplicada a los boletos de compra o contratos privados de compraventa –o preliminares de compraventa- y, en consecuencia, a los preliminares de permuta en forma supletoria por expresa disposición normativa –Art. 802 del Código Civil-. Es por ello que, a pesar de que aún el contrato no se hallaba concertado como un contrato de permuta, es procedente analizar si cabe o no la aplicación del Art. 782 del Código Civil, norma que constituye una limitación a la libertad contractual de las partes en este punto y que no puede ser renunciada por pacto en contrario” (Sala Civil, Ac. y Sent. 81, del 4 de abril de 2008).

En estas condiciones y dado que la entidad del cumplimiento del comprador no es un hecho debatido en autos, corresponde rechazar la demanda de resolución contractual incoada por la vendedora en estos autos. En consecuencia, la resolución apelada debe ser confirmada.

Las costas de esta instancia deben ser impuestas a la parte perdedora y actora, en virtud de lo dispuesto por los Arts. 205, 203 inc. a) y 192 del Código Procesal Civil.

A su turno el ministro César Antonio Garay manifestó: Que se adhiere al voto del Ministro Raúl Torres Krimser por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por finalizado el acto firmando SS.EE. todo por Ante mi que certifico, quedando acordada la sentencia que inmediatamente sigue: Declarar desierto el Recurso de Nulidad interpuesto por Luís Fernando Campercholi Estrago bajo patrocinio de Abogado. Confirmar, el Acuerdo y Sentencia Número 61 que en fecha 18 de Septiembre del 2.008 dicto el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Primera Sala. Costas en esta Instancia a la parte vencida y actora. Anotar, registrar y notificar.

Ministros: César Garay, Raúl Torres Kirmser y Miguel Oscar Bajac. Ante mí: Alejandrino Cuevas. Secretario Judicial.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 38

INHABILITACIÓN. Inhabilitación para ocupar cargos públicos

La inhabilitación es sobre requisitos que exige la Ley para ser candidatos (arts. 153, 197, 198, 235, 236 de la C.N., art.97 del Código Electoral, art.27 Orgánica Municipal) que son distintas a las incapacidades e incompatibilidades. Las inhabilitaciones sólo pueden ser fijadas por Ley y en materia electoral dicho principio debe ser interpretado de modo restrictivo.

FUNCIONARIO PÚBLICO. Incompatibilidades para el ejercicio de la función pública.

La incompatibilidad es un impedimentos para ejercer un cargo de elección popular originado por el ejercicio de otra actividad remunerada o no (art. 105 CN y 96 Código Electoral) y la incapacidad se refiere a ciertos requisitos establecidos por la Constitución o la Ley, tales la nacionalidad, edad, etc. Que deben cumplir los candidatos y que si no los cumplen están incapacitados para postularse al cargo.

FUNCIONARIO PÚBLICO. Carga pública

Existe inhabilitación pues el art. 97 del C. Electoral en concordancia con los arts. 197 y 198 de la C.N., prohíbe a los funcionarios a sueldo del Estado candidatarse a cargo públicos electorales, salvo que hayan subsanado dicho impedimento removiendo la causal del mismo, renunciando al cargo por los menos noventa días antes de la fecha de las elecciones.

CSJ, Sala Civil y Comercial.18-02-10 "Prisciliana Solís de Fretes s/ Pérdida de Investidura por inelegibilidad".(Ac. y Sent. N° 38)

CUESTION:

¿Es procedente la acción de inconstitucionalidad deducida?

A la cuestión planteada el Doctor Núñez Rodríguez dijo: 1. El Sr. Víctor Egon Silvera Báez, por derecho propio y bajo patrocinio de la abogada Elida Cabral Rotela, plantea acción de inconstitucionalidad contra los numerales 1 y 2 del Acuerdo y Sentencia N°. 08 de fecha 16 de marzo de 2.009, dictado por el Tribunal Electoral de la Capital, Primera Sala, que resuelve: "1.- No hacer lugar a la excepción de falta de acción opuesta por el Sr. Víctor Egon Silvero Báez, por el motivo expuesto en el exordio de la presente resolución. 2.- Hacer lugar a la presente demanda promovida por la Sra. Prisciliana Solís de Fretes contra el Sr. Víctor Egon Silvera B. en estos autos, y en consecuencia, Declarar nula la proclamación e incorporación del Sr. Victor Egon Silvero B. como miembro titular de la Junta Municipal de Lambaré, disponiendo la incorporación de la Sra. Prisciliana Solís de Fretes Concejala Titular número 11 de Lambaré por la A.N.R (Partido Colorado), por las razones esbozadas en el exordio de la presente resolución. 3.- Imponer las costas por su orden. 4.- Anotar, registrar, notificar y remitir copia al Tribunal Superior de Justicia Electoral".

2. El accionante manifiesta que el fallo impugnado resulta violatorio de los principios constitucionales establecidos en los Arts. 16 (de la defensa en juicio), 17 (de los derechos procesales), 137 (de la supremacía de la Constitución), 117 (de los derechos políticos) y 256 (de la forma de los juicios) de nuestra Carta Magna. Sintetiza sus agravios en que el citado Acuerdo y Sentencia, dictado por el Tribunal Electoral de la Capital es inconstitucional en el entendimiento de que nunca se ha respetado el debido proceso y mucho menos se han tenido en cuenta sus derechos. Alega que ninguna persona objetó su candidatura en el estadio procesal oportuno (tachas y reclamos) y que además antes de asumir su bancada de Concejala, renunció al cargo que ejercía en el Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones y por tanto se encontraba habilitado para candidatarse y consecuentemente ser elegido en las elecciones municipales llevadas a cabo en fecha 19 de noviembre de 2.006.

3. El supuesto que nos ocupa se reduce al examen de la supuesta violación a las normas constitucionales y la cuestión que debe resolver la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia consiste en verificar si la sentencia impugnada, Acuerdo y Sentencia N°. 08 de fecha 16 de marzo de 2.009, dictado por el Tribunal Electoral de la Capital, Primera Sala, ha llevado a cabo una integración y aplicación constitucionalmente adecuada.

4. El problema en cuestión se suscita en las elecciones municipales de noviembre de 2.006, en que el Sr. Victor Egon Silvera Báez y la Sra. Prisciliana Solís de Fretes, ambos candidatos titulares en las internas de la A.N.R. (Asociación Nacional Republicana – Partido Colorado) para las elecciones municipales de Lambaré, Candidatos Titulares N°.2 y N°.7 respectivamente, conforme Resolución N°.1079 bis de la A.N.R., pugnan por un lugar en la Junta Municipal de dicha ciudad y que conforme a los votos obtenidos y el resultado final de las Elecciones Municipales, basado en el Sistema D'Hont, la A.N.R (Partido Colorado) accedió a seis (6) bancadas. Así, el Sr. Víctor Egon Silvera Báez accedió al cargo electivo de miembro de la Junta Municipal de la ciudad de Lambaré, Titular N°.3 conforme A.I.N°.249 de fecha 24 de noviembre de 2.006, mientras que la Sra. Prisciliana Solís de Fretes por ser titular concejal N° 7 en internas del Partido Colorado y al acceder la A.N.R. solo a seis (6) bancadas, quedó fuera de la integración.

5. En estas condiciones, y luego de realizadas las elecciones municipales, la Sra. Prisciliana Solís de Fretes (titular consejal N°.7 de la A.N.R), presenta ante el Tribunal Electoral de la Capital, demanda de pérdida de investidura por inelegibilidad contra el Sr. Víctor Egon Silvera Báez basado en que este último nunca pudo ser candidato para miembro de la Junta Municipal pues al tiempo de las elecciones se desempeñaba como funcionario permanente con categoría de director en el Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones, por tanto era inhábil para postularse. Sin embargo, el Sr. Víctor Egon Silvera Báez alega que es apto para ocupar el cargo de Consejal pues antes de asumir la bancada había renunciado al cargo en el Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones.

6. A este planteamiento el Fiscal Adjunto Jorge Sosa García conforme al Dictamen N°.690 de fecha 13 de mayo de 2.009 aconseja el rechazo de la presente acción de inconstitucionalidad y dice "...se puede sostener que los juzgadores analizaron los cargos y descargos expuestos tanto por la Sra. Prisciliana Solís de Fretes como por el Sr. Víctor Egon Silvera Báez, por lo que de ninguna manera puede hablarse de que fuera conculcado principio constitucional alguno." "...se advierte que se han analizado con detenimiento las probanzas del expediente electoral y han valorado los distintos elementos de juicio obrantes en la causa, habiendo fallado dentro del margen de discrecionalidad que las ley les otorga, valorando las pruebas arrojadas a los autos según las reglas de la sana crítica y conforme a lo dispuesto por el Código Electoral y leyes de la materia, por lo que independientemente de la corrección o la justicia de los fallos impugnados, la acción de inconstitucionalidad no podría ser la vía para imponer otro criterio de interpretación, pues en tal caso a través de ella se daría lugar a una indebida tercera instancia con la consiguiente desnaturalización de la misma..."

7. Procediendo al análisis de la presente acción de inconstitucionalidad instaurada contra el Acuerdo y Sentencia N°.08 de fecha 16 de marzo de 2.009 del Tribunal Electoral de la Capital, Primera Sala, en correspondencia con nuestra Constitución Nacional, el Código Electoral (Ley N°.834/96), la Orgánica Municipal (Ley N°.1294/87) y su modificatoria Ley N°.1733/01, en lo que refiere al caso, se mencionan:

7.1. "Art. 167 Constitución Nacional: El gobierno municipal. El gobierno de los municipios estará a cargo de un intendente y de una junta municipal, los cuales serán electos en sufragio directo por las personas habilitadas legalmente".

7.2. "Art. 95 Código Electoral (Ley N°.834/96). Son elegibles para cualquier función electiva los ciudadanos paraguayos, desde los diez y ocho años de edad, que no se hallen incurso en las causales de inelegibilidad establecidas en la Constitución Nacional y las leyes. Igualmente lo son los ciudadanos naturalizados, aunque con las limitaciones establecidas en la Constitución Nacional. Los extranjeros residentes en el país son elegibles para funciones municipales en los términos que más adelante se establecen".

7.3. "Art. 96 Código Electoral (Ley N°.834/96). No podrán ejercer funciones electivas:

- a) Los Magistrados Judiciales y los integrantes del Ministerio Público.
- b) Los Ministros del Poder Ejecutivo, los Viceministros de Estado, los Secretarios Generales de los Ministerios, los Directores Generales de reparticiones públicas, los Gobernadores, los Presidentes, Gerentes o Directores Generales de los entes autárquicos, autónomos y entidades binacionales y los miembros de los directorios y consejos administrativos de los mismos y demás funcionarios a sueldo del Estado, Gobernación o Municipio, y
- c) Los Jefes de Misión Diplomática, Agentes Diplomáticos y Cónsules".

7.4. "Art. 97 Código Electoral (Ley N°.834/96). Las inhabilidades para cargos electivos son las previstas en los Artículos 153, 197 y 198 de la Constitución".

7.4.1 "Art. 153 Constitución Nacional: De la suspensión del ejercicio de la ciudadanía. Se suspende el ejercicio de la ciudadanía: 1) por adopción de otra nacionalidad, salvo reciprocidad internacional. 2) por incapacidad declarada en juicio, que impida libremente y con discernimiento y 3) cuando la persona se hallara cumpliendo condena judicial, con pena privativa de libertad. La suspensión de la ciudadanía concluye al cesar legalmente la causa que la determina".

7.4.2 "Art. 197 Constitución Nacional: De las inhabilidades. No pueden ser candidatos a senadores ni a diputados: 1) los condenados por sentencia firme a penas privativas de libertad, mientras dure la condena; 2) los condenados a penas de inhabilitación para el ejercicio de la función pública, mientras dure aquella; 3) los condenados por la comisión de delitos electorales, por el tiempo que dure la condena; 4) los magistrados judiciales, los representantes del Ministerio Público, el Procurador General del Estado, el Defensor del Pueblo, el Contralor General de la República, el Subcontralor, y los miembros de la Justicia Electoral; 5) los ministros y religiosos de cualquier credo; 6) los representantes o mandatarios de empresas, corporaciones o entidades nacionales o extranjeras, que sean concesionarias de servicios estatales, o de ejecución de obras o provisión de bienes al Estado; 7) los militares y policías en servicio activo; 8) los candidatos a Presidente de la República o a Vicepresidente, y 9) los propietarios o copropietarios de los medios masivos de comunicación social. Los ciudadanos afectados por las inhabilidades previstas en los incisos 4), 5), 6) y 7), deberán cesar en su inhabilitación para ser candidatos, noventa días, por lo menos, antes de la fecha de inscripción de sus listas en el Tribunal Superior de Justicia Electoral".

7.4.3 "Art. 198 Constitución Nacional: De la inhabilitación relativa. No podrán ser electos senadores ni diputados los ministros del Poder Ejecutivo; los subsecretarios de Estado; los presidentes de Consejos o administradores generales de los entes descentralizados, autónomos, autárquicos, binacionales o multinacionales, los de empresas con participación estatal mayoritaria, y los gobernadores e intendentes, si no renuncian a sus respectivos cargos y se les acepta las mismas por lo menos noventa días antes de la fecha de las elecciones".

7.5. "Art. 27 Orgánica Municipal (Ley N°.1294/87) y su modificatoria Ley N°.1733/01. No pueden ser electos Concejales:

- a) Los declarados incapaces;
- b) Los que tengan procesos pendientes en que haya sido dictado auto de prisión o hayan sido condenados judicialmente por delitos contra la Administración Pública o contra el patrimonio de las personas;

- c) Los que hayan sido declarados en quiebra fraudulenta;
- d) Los miembros en actividad de las fuerzas Armadas, policiales y del clero;
- e) Los directores y accionistas de empresas concesionarias de servicios municipales;
- f) Los que tuvieron interés directo en cualquier contrato con la Municipalidad;
- g) Los miembros y funcionarios de los Poderes Ejecutivo y Judicial, excepto el personal directivo y docente de los establecimientos públicos de enseñanza;
- h) Los funcionarios municipales”.

8. Sobre el punto la presente demanda trata sobre “Pérdida de Inelegibilidad”, en el que considero que el término “Inelegibilidad” es un término muy genérico y que incluiría a los de inhabilidad, incapacidad e incompatibilidad. Así la “Inhabilidad” es sobre requisitos que exige la Ley para ser candidatos (Arts.153, 197, 198, 235, 236 Constitución Nacional, Art. 97 Código Electoral y Art. 27 Orgánica Municipal) que son distintas a las incapacidades e incompatibilidades. Las inhabilidades sólo pueden ser fijadas por Ley, y en materia electoral dicho principio debe ser interpretado de modo restrictivo. Así lo establece el Art. 7 Código Electoral (Ley N°.834/96): “Las causales de inhabilidad e incompatibilidad son de interpretación restringida. Todo ciudadano puede elegir y ser elegido, mientras la ley no limite expresamente ese derecho”.

9. A su vez, la “Incompatibilidad”, son impedimentos para ejercer un cargo de elección popular originados por el ejercicio de otra actividad remunerada o no (Art. 105 Constitución Nacional: “De la prohibición de la doble remuneración” y Art. 96 Código Electoral). Y la “Incapacidad” se refiere a ciertos requisitos establecidos por la Constitución o la Ley, tales la nacionalidad, edad, etc, que deben cumplir los candidatos y que si no los cumplen están incapacitados para postularse al cargo. Así el Art. 95 Código Electoral establece: “Son elegibles para cualquier función electiva los ciudadanos paraguayos, desde los diez y ocho años de edad, que no se hallen incurso en las causales de inelegibilidad establecidas en la Constitución Nacional y las leyes. Igualmente lo son los ciudadanos naturalizados, aunque con las limitaciones establecidas en la Constitución Nacional. Los extranjeros residentes en el país son elegibles para funciones municipales....”.

10. El tema aquí planteado es que la persona electa para el cargo de Consejal de la Junta Municipal, al final resulta que se hallaba inhabilitada para ser electa para el cargo respectivo. Existe realmente “inhabilidad” pues el Art. 97 Código Electoral en concordancia con los Arts. 197 y 198 de la Constitución Nacional, prohíbe a los funcionarios a sueldo del Estado candidatar a cargos públicos electorales, salvo que hayan subsanado dicho impedimento removiendo la causal del mismo, renunciando al cargo “...por lo menos noventa días antes de la fecha de las elecciones” (Art. 198 CN), hecho que no aconteció en el presente caso. Considero que el Código Electoral al establecer las inhabilidades en el Art. 97 y en ese sentido al hacer el reenvío a la Constitución Nacional en sus Arts.153, 197 y 198, estas inhabilidades, salvo disposición en contrario, rigen para todos los cargos electivos, incluyendo a los de la Junta Municipal. De igual manera así lo determinan el Art. 96 Código Electoral y Art. 27 Orgánica Municipal.

11. Coincido con el Tribunal Electoral en cuanto menciona “...El hoy demandado, debió renunciar al cargo de funcionario público tres meses antes de las elecciones, habiéndolo hecho, su renuncia posterior a la proclamación, no puede tener efecto retroactivo, admitir lo contrario sería legalizar candidaturas con vicios ocultos...” consecuentemente soy del parecer que el Ad-quem actuó de conformidad a la ley, pues en el presente caso, corresponde la aplicación del Art. 161 del Código Electoral en el sentido de la incorporación de la Sra. Prisciliana Solís de Fretes a la Junta Municipal de Lambaré.

12. En conclusión, por las consideraciones que anteceden voto por el rechazo de la presente acción.

A sus turnos los Doctores Bajac Albertini y Torres Kirmser, manifestaron que se adhieren al voto del Ministro preopinante, Doctor Núñez Rodríguez, por los mismos fundamentos.

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

R E S U E L V E: No Hacer lugar a la acción de inconstitucionalidad promovida. Anotar, registrar y notificar.

Ministros: Víctor Manuel Núñez Rodríguez, Miguel Oscar Bajac Albertini y José Raúl Torres Kirmser. Ante mí: Héctor Fabián Escobar Díaz (Secretario Judicial I).

ACUERDO Y SENTENCIA N° 39

Cuestión Debatida: Sobre la aplicabilidad o no del art.1° de la ley 2153/03, que modifica el art.1° de la ley2018/02 que preceptúa:”Que autoriza la libre importación de vehículos, maquinarias agrícolas y maquinarias de construcción usados.” limitando la importación de vehículos usados con una antigüedad de diez años desde el año de su fabricación.

CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la igualdad

La concepción del Estado Social de Derecho guarda relación con una preocupación general sobre la problemática social, y otra en particular como la corregir los desequilibrios de la población. En tal sentido su tarea es la promoción y remoción de las condiciones existentes para que la igualdad sea real y efectiva, y por tanto, la protección de los sectores más débiles de la sociedad.

CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL PARAGUAY. Derechos Económicos. Libertad de concurrencia

El principio consagrado en el art.107 de la Ley Fundamental debe interpretarse como un reconocimiento del protagonismo de los sujetos privados dentro del sistema económico en lo relativo a la producción de bienes y servicios.

CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL PARAGUAY. Derechos Económicos. Libertad de concurrencia

La libre concurrencia es un proceso de comportamiento competitivo que admite graduaciones, tanto de la pluralidad como de fluidez. La competitividad exige descentralización en la formación de los precios, que implícitamente constituye una tutela del consumidor, en la medida que la competencia induce a la distribución de recursos a mas bajo precio.

CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL PARAGUAY. Derechos individuales. Libre competencia

Se concibe la libre competencia económica como un derecho individual y a la vez colectivo, cuya finalidad es alcanzar un estado de competencia real, libre y no falseada, que permita la obtención del lucro individual para el empresario, a la vez que genera beneficios para el consumidor con bienes y servicios de mejor calidad con mayores garantías y a un precio real y justo.

DERECHOS DEL CONSUMIDOR

Corresponde hacer lugar a la acción de inconstitucionalidad declarando la inaplicabilidad del art. 1° de la ley 2153/03 en protección al interés general puesto que existen leyes que impiden la importación de vehículos usados en malas condiciones mecánicas, por lo que la restricción contemplada en dicha ley solo beneficiaría a unos pocos empresarios dedicados al rubro de la venta de vehículos nuevos y consumidores capaces de adquirir dicho producto, en detrimento de una generalidad de personas en medianas condiciones económicas para adquirir productos usados en buenas condiciones. CSJ, Sala Constitucional.18-02-10 “Acción de Inconstitucionalidad: contra art.1° de la Ley N° 2153/2003”. (Ac. y Sent. N° 39)

CUESTION:

¿Es procedente la acción de inconstitucionalidad deducida?

A la cuestión planteada el Doctor Núñez Rodríguez dijo: Se presenta ante la Corte Suprema de Justicia, la Abogada Noemí Da Costa de González, en nombre y representación de la empresa Nuvolari Automotores S.A., a promover acción de inconstitucionalidad contra el Art. 1° de la Ley N° 2153/03, en la parte que restringe la importación de vehículos usados mayores de diez años de antigüedad al de su fabricación.

1.- Manifiesta la profesional que su representado se dedica a la actividad comercial de importación de vehículos en forma habitual, de ahí que la Ley impugnada al limitar la importación de vehículos a una antigüedad de 10 años al de su fabricación lesiona gravemente sus derechos, entre los que cita de la igualdad de las personas, de las garantías de la igualdad, de la libertad de concurrencia, de la libre circulación de productos, de la primacía del interés general, de la supremacía de la Constitución, de la política económica y de la promoción del desarrollo, resultando por ello inconstitucional y así debe ser declarada. En concreto aduce la violación de los Arts. 46, 47 incs. b) y d), 107, 108, 128, 137 y 176 de la Constitución.

2.- El Artículo 1° impugnado, preceptúa: “Modificase el Artículo 1° de la Ley N° 2018/02 “que autoriza la libre importación de vehículos, maquinarias agrícolas y maquinarias de construcción usados”, que queda redactado de la siguiente forma:

“Art. 1°.- Autorízase la libre importación de vehículos usados de cualquier procedencia y modelo, con una antigüedad de diez años, contados a partir del año de su fabricación, camiones de capacidad mayor a veinte toneladas de carga transportada, tractocamiones, maquinarias agrícolas usadas y maquinarias de construcción usadas, de cualquier procedencia, modelo o año de fabricación, sujetas al cumplimiento de las disposiciones de la Ley N° 125/91 “Que establece el nuevo Régimen Tributario” y la Ley N° 1034/83 “Del Comerciante” y sus modificaciones.

A los efectos de lo dispuesto en el párrafo primero, queda prohibida cualquier discriminación en lo que se refiere a la ubicación original del sistema de dirección del vehículo a ser importado, y que vayan más allá de las restricciones vinculadas al sistema de aire acondicionado, que no podrán utilizar CFC011 y/o CFC-12.

Para su circulación en el territorio nacional en todos los casos, la dirección del auto vehículo estará ubicada o reubicada en el lado izquierdo del mismo”.

3.- La acción debe prosperar.

En primer lugar, cabe destacar que la cuestión puesta a consideración por esta vía excepcional es de connotación social, habida cuenta que afecta no solo a los importadores de un determinado producto sino también a los posibles consumidores, relación ante la cual el Estado debe establecer las reglas de equilibrio entre los ofertantes y la demanda, a través de normas que los ubique en pie de igualdad para el beneficio de la generalidad.

Al respecto el art. 1° de la Ley Suprema establece el carácter jurídico del Estado, al definirlo como un Estado social de derecho, unitario, indivisible y descentralizado, adoptando para su gobierno la democracia representativa, participativa y pluralista, fundada en el reconocimiento de la dignidad humana”. Así, la concepción del Estado social de derecho guarda relación con una preocupación general sobre la problemática social, y otra en particular como la de corregir los desequilibrios de la población. En tal sentido su tarea es la promoción y remoción de las condiciones existentes para que la igualdad sea real y efectiva, y por tanto, la protección de los sectores más débiles de la sociedad.

Sin embargo, a través del acto normativo impugnado se percibe un palpable desequilibrio que se establece entre los ciudadanos que integran esa sociedad que debe ser protegida por el Estado, pues por un lado estarían los importadores que se dedican a la importación de vehículos usados, restringidos a 10 años de antigüedad a sus años de fabricación, y por el otro lado los ciudadanos particulares que no pudiendo adquirir un vehículo nuevo tampoco podrán acceder a otro a mayor antigüedad al de su fabricación. Ante tal situación, no cabe duda que el Estado como protector de los intereses de la sociedad en general, en relación al de unos particulares, debe restablecer el equilibrio social.

El Art. 1° de la Ley impugnada, establece: “Autorízase la libre importación de vehículos usados de cualquier procedencia y modelo, con una antigüedad de diez años, contados a partir del año de su fabricación, camiones de capacidad mayor a veinte toneladas de carga transportada, tractocamiones, maquinarias agrícolas usadas y maquinarias de construcción usadas, de cualquier procedencia, modelo o año de fabricación, sujetas al cumplimiento de las disposiciones de la Ley N° 125/91 “Que establece el nuevo Régimen Tributario” y la Ley N° 1034/83 “Del Comerciante” y sus modificaciones...”.

El principio consagrado en el art. 107 de la Ley Fundamental debe interpretarse como un reconocimiento del protagonismo de los sujetos privados dentro del sistema económico en lo relativo a la producción de bienes y servicios. En tal sentido debe tomarse en cuenta la libre iniciativa de los agentes económicos, que debe realizarse dentro del marco de la igualdad de oportunidades, lo cual conlleva que la actividad económica debe preservar la justicia individual y mantener la justicia social dentro de la sociedad.

La libre concurrencia es un proceso de comportamiento competitivo que admite graduaciones, tanto de pluralidad como de fluidez. La competitividad exige la descentralización en la formación de los precios, que implícitamente constituye una tutela del consumidor, en la medida que la competencia induce a la distribución de recursos a más bajo precio.

En relación con la cuestión fáctica de autos, la libertad de concurrencia se encuentra restringida por la norma impugnada, porque impide al consumidor usufructuar el producto de su preferencia obtenido de manera lícita abonando el precio correspondiente y los tributos aduaneros pertinentes.

Y ello, porque el mercado de producto también se encuentra limitado al año de fabricación de los vehículos a ser importados, lesionando la igualdad de oportunidad consagrado por la Ley Suprema.

De acuerdo con los artículos 107 y 108 de la Constitución, se reconoce y garantiza la libre competencia económica como expresión de la libre iniciativa privada en aras de obtener un beneficio o ganancia por el desarrollo y explotación de una actividad económica. No obstante, los cánones y mandatos del Estado Social imponen la obligación de armonizar dicha libertad con la función social que le es propia, es decir, es obligación de los empresarios estarse al fin social y a los límites del bien común que acompañan el ejercicio de la citada libertad.

Bajo estas consideraciones se concibe a la libre competencia económica, como un derecho individual y a la vez colectivo, cuya finalidad es alcanzar un estado de competencia real, libre y no falseada, que permita la obtención del lucro individual para el empresario, a la vez que genera beneficios para el consumidor con bienes y servicios de mejor calidad, con mayores garantías y a un precio real y justo.

Con la Ley N° 2153/03, se tiende a la conformación de monopolio de las empresas que se dedican solo a la venta de vehículo nuevos, en contravención al mandato constitucional en relación con la prohibición de la creación del monopolio, creando una desigualdad entre los consumidores, y la posibilidad de éstos de tener una variedad de productos y a un precio real y justo a su conveniencia económica.

Demás esta señalar que el buen estado de un vehículo no depende de su antigüedad contado desde el de su fabricación, sino por el uso que se dé a los mismos. Así pues, un vehículo con tres o cinco años de antigüedad al de su fabricación puede estar en peores condiciones que uno con mayor de 10 años de su fabricación, y que se encuentra en perfectas condiciones mecánicas y de confort para el usuario. Queda así pues, evidenciada la responsabilidad de las Municipalidades en el otorgamiento de las respectivas habilitaciones vehiculares, superado que sean los requisitos impuestos para su concesión.

De ahí es que, en protección al interés general existen leyes que impiden la importación de vehículos usados en malas condiciones mecánicas, por lo que la restricción contemplada en la Ley N° 2153/03 solo beneficiaría a unos pocos empresarios dedicados al rubro de la venta de vehículos nuevos, y consumidores capaces de adquirir dicho producto, en detrimento de una generalidad de personas en medianas condiciones económica para adquirir productos usados en buenas condiciones.

Por las consideraciones expuestas, y coincidiendo con el dictamen Fiscal Adjunto, corresponde hacer lugar a la acción de inconstitucionalidad promovida por la Abogada Noemí Da Costa de González, en nombre y representación de la empresa NUVOLARI AUTOMOTORES S.A., y en consecuencia, declarar la inaplicabilidad del Art. 1° de la Ley 2153/03, en relación con la empresa accionante, conforme al Art. 555 del C.P.C. Es mi voto.

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

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

R E S U E L V E: Hacer lugar a la acción de inconstitucionalidad promovida por la Abogada Noemí Da Costa de González, en nombre y representación de la empresa Nuvolari Automotores S.A., y en consecuencia, declarar la inaplicabilidad del Art. 1° de la Ley N° 2153/03, en relación con la empresa accionante, de conformidad al Art. 555 del C.P.C. Anotar, registrar y notificar.

Ministros: Victor Manuel Nuñez Rodríguez, Sindulfo Blanco y Miguel Oscar Bajac Albertini. Ante mí: Héctor Fabián Escobar Díaz. Secretario Judicial I

ACUERDO Y SENTENCIA N° 46

Cuestión debatida: El contexto aquí planteado se basa en la falta del ejercicio de un Derecho (inversión de los nombres de pila o patronímicos), asumiendo como Derecho en expectativa.

NOMBRE. Rectificación de nombre. Modificación del art. 12 de la Ley 1/92 y 42 del Código Civil

El art. 1° de la ley N° 985/96 modificó a los art. 12 de la Ley N°1/92 y 42 de Código Civil y dispuso nuevos condicionamientos para el cambio de nombres y apellidos, con sujeción a la cual quienquiera que desee ejercer tal

Derecho debe forzosamente cumplir con dichos requerimientos, a saber: I) justa causa; y II) la edad comprendida entre la mayoría de edad y los 21 años.

LEY. Aplicación de la ley. **DERECHOS EN EXPECTATIVA. DERECHOS ADQUIRIDOS**

Derecho adquirido es el que fue ejercido en su momento y bajo la vigencia de una norma, y Derecho en expectativa es aquel que no ha sido ejercido. Si la demandante hubiera ejercido su Derecho antes de la vigencia de la nueva ley, existiendo una Resolución Judicial al respecto, ninguna ley posterior hubiera podido variar para ella tal Derecho.

DERECHOS ADQUIRIDOS. DERECHOS EN ESPECTATIVA

Los derechos adquiridos son aquellos que pueden ejercitarse actualmente; los derechos en expectativa solo son gérmenes de derechos, para cuyo desarrollo es menester la concurrencia de acontecimientos ulteriores. Los primeros toman su fuerza del pasado y pueden ser ejercidos inmediatamente; los segundos deben ser fecundados por eventos futuros y no son susceptibles de ejecución actual. (Voto por su propio fundamento del Ministro Raul Torres Kirmser)

NOMBRE. Rectificación de nombre. **DERECHO EN ESPECTATIVA**

En el caso, el derecho de la actora a invertir sus apellidos no es susceptible de ejecución actual, sino que requiere del abono de una eventual decisión judicial y en consecuencia se trata de un derecho en expectativa, por lo que la aplicación de la ley 985/96 no es retroactiva, por ello se puede concluir con certeza que en nuestro caso no concurre el requisito legal de carácter fundamental para la viabilidad de la pretensión formulada. (Voto por su propio fundamento del Ministro Raúl Torres Kirmser)

NOMBRE. Rectificación de nombre

En relación a la justa causa como requisito del art. 1 de la ley N° 985/96 si bien es cierto que el principio de inmutabilidad del nombre es relativo y no absoluto, porque la regla contempla varias excepciones, no es menos cierto el carácter restrictivo que prima en la materia. (Voto por su propio fundamento del Ministro Raúl Torres Kirmser)
CSJ, Sala Civil y comercial. 22-02-10 “Ingrid Susana Constantini Salerno s/ Rectificación de Instrumento Público.” (Ac. y Sent. N° 46)

C U E S T I O N E S:

Es nula la Sentencia apelada?

Se halla ajustada a Derecho?

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

A la primera cuestión planteada el señor Ministro César Antonio Garay dijo: Si bien interpuso este Recurso desistió según el escrito obrante a fs. 184/211 al considerar que sus “Agravios” pueden ser reparados por el Recurso de Apelación. Tampoco se advierten -en la Sentencia en revisión- defectos o vicios que justifiquen la declaración de Nulidad de oficio en los términos que autorizan los Artículos 113 y 404 del Código Procesal Civil. El Ministerio Público en oportunidad de contestar el traslado que le fue corrido, consideró la inexistencia de vicios procesales que ameritasen la declaración de nulidad. En consecuencia, debe tenerse al impugnante por desistido. Así voto.

A sus turnos los Ministros Torres Kirmser y Bajac manifestaron que: Se adhieren al voto del señor Ministro preopinante por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada el señor Ministro César Antonio Garay, dijo: Por S.D.N° 1.018 del 9 de Noviembre del 2.004, el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de Séptimo Turno resolvió: “Hacer lugar al pedido de inversión de nombres y apellidos formulados por la señora Ingrid Susana Constantini Salerno, y en consecuencia Ordenar la inversión de sus nombres y apellidos, dejándolos consignados como: “Susana Ingrid Salerno Constantini”, para el efecto Librar el pertinente oficio al Registro civil de las personas”. Por Acuerdo y Sentencia Número 141 con fecha 27 de Septiembre del 2.005, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala, resolvió “Tener por desistido al recurrente del recurso de nulidad. Revocar la sentencia apelada. Imponer las costas en ambas instancias a la perdedora. Anótese, regístrese, y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia”.

Ante esa decisión del Colegiado el demandante dijo: “los argumentos esbozados por el Tribunal inferior para cohonestar su injusta sentencia están en pugna por un lado, con el principio de irretroactividad de la ley, consagrado por nuestra Constitución Nacional, ya que la aplica en forma retroactiva contra la expresa prohibición inserta en la misma al respecto; por otro lado incurre también en la violación de uno de los principios cardinales que rige nuestro derecho procesal como es el congruencia; y por un tercer y último lado con las pruebas, ciertamente que son suficientes e indisputablemente plenas en su valor de convicción...el planteamiento de mi representada no lleva insito de ninguna manera como finalidad el de sustituir el orden de sus nombres y apellidos por un seudónimo, es decir instituir tal supuesto sobrenombre o distintivo como nombres y apellidos suyos, como sin embargo y erradamente uno de los enfoques del Tribunal inferior sobre la referida pretensión de aquella persona lo hizo desde esa perspectiva ajena por completo a lo perseguido en la demanda”. Concluyó solicitando se dicte Resolución revocando el Acuerdo y Sentencia y dejar sin efecto la imposición de Costas de Primera Instancia. Y en Segunda y Tercera instancias, su imposición en el orden causado.

En cuanto al Recurso de Apelación, alegó: “En el caso que nos ocupa, la demandante tenía el derecho a invertir el orden de sus apellidos sin limite de edad, hasta tanto entra en vigencia la Ley 985, que establece la limitación de edad, por lo que, al no haber hecho uso del derecho, ya no puede hacerlo. No hay en este caso derecho adquirido, sino un mero derecho en expectativa, la facultad de invertir el orden de apellidos, que no fue ejercida en el momento oportuno...el

artículo 1 de la Ley 985 establece un límite a la inversión del orden de los apellidos. Su texto es claro y categórico “hasta los 21 años”. Dicha ley es posterior al Código Civil por lo que deroga en relación a la inversión de orden de apellidos. En efecto, si bien el código Civil deja librado al criterio del Juzgador la determinación de la “justa causa” que constituye presupuesto de hecho a los efectos de que se autorice el cambio de nombre o apellido, para la inversión, la Ley 985 establece dos requisitos ineludibles, que son la “justa causa” y la “edad” que oscila entre la mayoría de edad hasta los 21 años. Fuera de dichos casos, deniega expresamente la inversión. Que, como todas las cuestiones que regulan el nombre de las personas, es norma de orden público por lo que no puede ser soslayada por los particulares, ni omitida su aplicación por parte de los órganos que ostentan el poder jurisdiccional”.

Ante la invocada “Irretroactividad” pergeñamos seguidamente:

El Art. 2º del Código Civil, establece: “Las leyes disponen para el futuro, no tienen efecto retroactivo, ni pueden alterar los derechos adquiridos. Las leyes nuevas deben ser aplicadas a los hechos anteriores solamente cuando priven a las personas de meros derechos en expectativa, o de facultades que les eran propias y no hubiesen ejercido. Las leyes nuevas no pueden invalidar o alterar los hechos cumplidos ni los efectos producidos bajo el imperio de las antiguas leyes”.

Modificar Derechos ejercidos o no bajo la vigencia de una antigua Ley promulgada una nueva normativa resulta inaplicable pues vulneraría la “Seguridad o Certeza Jurídica”, consistente en la certitud del Derecho existente, que está reconocido por los mecanismos legales en tiempo y forma.

Planiol critica la distinción entre derecho adquirido y simples esperanzas, en razón de que resulta imposible, a su juicio, determinar el concepto de derecho adquirido. Para él, la ley es retroactiva cuando ella actúa sobre el pasado; sea para apreciar las condiciones de legalidad de un acto, sea para modificar o suprimir los efectos de un derecho ya realizado. Fuera de esto no hay retroactividad, y la ley puede modificar los efectos futuros de hecho o de actos anteriores sin ser retroactiva. El elemento caracterizante de esta de esta figura jurídica se refleja en los efectos. Si éstos ya fueron producidos no se los puede alterar”. (Miguel Angel Pangrazio, Código Civil Paraguayo, Comentado, Libro Primero, Segunda Edición, p. 203).

“Derecho adquirido: El incorporado definitivamente al patrimonio de su titular por haberse cumplido los presupuestos de hecho necesarios, según la ley vigente, para darle nacimiento, por oposición a las “simples expectativas”, meras “posibilidades” de que el derecho nazca. La distinción tiene importancia por cuanto, comúnmente, los ordenamientos disponen que las leyes retroactivas no pueden violar los derechos adquiridos pero si las meras expectativas. (Manuel Ossorio, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, 21ª Edición, p. 312).

Según Pangrazio: “si el varón dejó de casarse a los catorce años, cuando estaba vigente el Código de Vélez Sársfield, perderá este derecho hasta cumplir los diez y seis años y por haber entrado en vigor el nuevo Código Civil paraguayo, que exige esa edad mínima para la formalización del acto matrimonial. Cuando se tiene un derecho y no se lo ejerce, estamos en presencia de una mera expectativa. Si se lo ejerce configura un derecho adquirido...Si un menor de 19 años hace testamento ha ejercido su facultad de testar que se traduce en derecho adquirido; pero si no lo ha ejercido, una nueva ley que exige 20 años puede aplicársele, porque no afectará derecho adquirido sino derecho en expectativa...”. (Miguel Angel Pangrazio, Código Civil Paraguayo, Comentado, Libro Primero, Segunda Edición, p. 200/202).

Adentrándonos en la preceptiva legal que refiere al *thema decidendum*, el Art. 42 del Código Civil, reza: “Toda persona tiene derecho a un nombre y apellido que deben ser inscriptos en el Registro del Estado Civil. Sólo el juez podrá autorizar, por justa causa, que se introduzcan cambios o adiciones en el nombre y apellido”

El Art. 12 de la Ley 1/92, dispone: “Los hijos matrimoniales llevarán el primer apellido de cada progenitor, y el orden de dichos apellidos serán decididos de común acuerdo por los padres. Adoptado un orden para el primer hijo, el mismo será mantenido para todos los demás. Los hijos extramatrimoniales llevarán en primer lugar el apellido del progenitor que primero le hubiera reconocido. Si lo fuera por ambos simultáneamente tendrán la misma opción que el párrafo anterior. El reconocido sólo por uno de los progenitores llevará los dos apellidos del que lo reconoció. Si ésta a su vez llevase uno solo, podrá duplicar dicho apellido. Los hijos al llegar a la mayoría de edad tendrán opción por una vez para invertir el orden de los apellidos paternos”.

El Art. 1º de la Ley Nº 985/96, preceptúa: “Modificase el artículo 12 de la Ley Nº 1 "De reforma parcial del Código Civil", promulgada el 15 de julio de 1992, que queda redactado de la siguiente forma: Los hijos, al llegar a la mayoría de edad y hasta los veintiún años, con intervención judicial y por justa causa, tendrán opción por una sola vez, para invertir el orden de los apellidos paternos o para usar sólo cualquiera de ellos. En todos los casos de cambio o adición de apellidos se estará a lo dispuesto por el Artículo 42 del Código Civil”.

Esta última norma modificó a los dos preceptos legales previamente transcritos, y dispuso -a partir de su entrada en vigencia- nuevos condicionamientos para el cambio de nombres y apellidos, con sujeción de la cual quienquiera que desee ejercer tal Derecho debe forzosamente cumplir con dichos requerimientos, a saber: I) justa causa; y II) la edad comprendida entre la mayoría de edad y los 21 años, siendo esta última exigencia de imposible cumplimiento pues la demandante ha sobrepasado dicha limitación temporal, requisito que independientemente de la valoración, existencia o inexistencia de “Justa Causa” clausura, enerva e impide -per se- la procedencia de la demanda.

Lo que la accionante solicitó es la inversión del orden de los nombres bautismales o de pila y de los apellidos o patronímicos. Por su relevancia para la Sociedad adquieren carácter de Orden Público, entendido tal como: “Conjunto de condiciones fundamentales de vida social instituidas en una comunidad jurídica, las cuales, por afectar centralmente a la organización de ésta, no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos ni, en su caso, por la aplicación de normas extranjeras (J.C. Smith). El concepto de orden público ofrece especial importancia con respecto a las cuestiones de índole política y de Derecho Administrativo pero también la ha adquirido, de un tiempo a esta parte, en materia de Derecho Social, por cuanto se ha atribuido a sus normas la condición de afectar al orden público, por lo cual son irrenunciables. Tal calidad se atribuye a diversos preceptos del Derecho del Trabajo”. (Manuel Ossorio, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, 21ª Edición, p. 679).

En conclusión, el contexto aquí planteado se basa en la falta del ejercicio de un Derecho, lo cual se denomina Derecho en Expectativa.

Por expresarlo sucintamente, Derecho Adquirido es todo Derecho que fue ejercido en su momento y bajo la vigencia de una norma, y Derecho en Expectativa es aquel que no ha sido ejercido y es la situación suscitada. Si la demandante hubiera ejercido su Derecho antes de la vigencia de la nueva Ley, existiendo una Resolución Judicial al respecto, ninguna Ley posterior hubiera podido variar para ella tal Derecho.

Debemos recordar que la Magistratura inexorablemente dictará fallos con plena sujeción a los preceptos legales y, en consecuencia, no le es permitido juzgar el valor intrínseco o la equidad de las Leyes, tal como lo refiere el Art. 15, inciso c), del Código Procesal Civil: “Son deberes de los jueces, sin perjuicio de lo establecido en el Código de Organización Judicial:...c) resolver siempre según la ley, sin que le sea permitido juzgar el valor intrínseco o la equidad de aquella”. En tal sentido, el Art. 1º de la Ley N° 985/96 es taxativo al referir los requisitos para hacer procedente la demanda uno de los cuales -como resaltáramos- es de cumplimiento imposible.

En las condiciones apuntadas y reflexionadas – según normativas Legales de Fondo y Forma en la materia, más las posiciones doctrinarias señaladas hacen inviable la Demanda y en mérito de lo explicitado, corresponde confirmar el Acuerdo y Sentencia Número 141 con fecha 27 de Septiembre del 2.005, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala. Así voto.

En cuanto a las Costas, estas deben ser soportadas por la perdedora de conformidad a los Artículos 192, 203, inciso a) y 205 del Código Procesal Civil. Es mi voto.

A su turno el Ministro José Raúl Torres Kirmser manifestó que: Del análisis de las constancias surge la improcedencia de la demanda, correspondiendo la confirmación de la sentencia en alzada por los fundamentos y las consideraciones siguientes: La primera interrogante que nos hace surgir el thema decidendum es si la acción entablada por la actora es viable porque cumple con los requisitos exigidos por la ley, considerando que al promover la demanda la misma ya había sobrepasado el límite de edad establecido por el 1º de la Ley 985/96.

En el sub júdice la actora tuvo a su disposición la facultad de optar por la inversión del orden de los nombres y apellidos, pero no hizo ejercicio de la misma, manteniéndose su potestad en calidad de derecho en expectativa. Por ende, importa sobremano definir correctamente lo que debemos entender por derecho adquirido y derecho en expectativa, por lo que traemos a colación el siguiente fallo que a ello nos ayuda: “Los derechos adquiridos son aquellos que pueden ejercitarse actualmente; los derechos en expectativa solo son gérmenes de derechos, para cuyo desarrollo es menester la concurrencia de acontecimientos ulteriores. Los primeros toman su fuerza del pasado y pueden ser ejercidos inmediatamente; los segundos deben ser fecundados por eventos futuros y no son susceptibles de ejecución actual” (cám. Civ. 1ª, 25/3/936, J.A., cít. Por Salas, Código Civil y Leyes Complementarias anotadas, Roque Depalma Editor, Bs. As., 1959, Tomo III, pág. 1934). Ciertamente, el derecho de la actora a invertir sus apellidos no es susceptible de ejecución actual, sino que requiere del abono de una eventual decisión judicial y en consecuencia se trata de un derecho en expectativa, por lo que la aplicación de la Ley 985/96 no es retroactiva. Por ello, se puede concluir con certeza que en nuestro caso no concurre un requisito legal de carácter fundamental para la viabilidad de la pretensión formulada”.

A mayor abundamiento, otra razón que nos asiste para desestimar la presente demanda, es la relativa a la justa causa, el otro fundamental requisito exigido ya por el Art. 42 del Código de Fondo. Si bien es cierto que el principio de inmutabilidad del nombre es relativo y no es absoluto, porque la regla contempla varias excepciones, no es menos cierto el carácter restrictivo que prima en la materia, de mucho tiempo a esta parte, como lo confirma el estudio del derecho comparado, en razón de que una norma de orden público, como lo es la atinente al cambio o inversión de nombre o de apellidos, atiende al interés social por encima del individual, buscando preservar de toda mutación el sello característico e identificador de toda persona, como lo son sus nombres y apellidos. Considero que la supina incuria del progenitor de la actora, un padre, que se alega- ha sido absolutamente ausente e irresponsable para con su familia, no llega a ser, sin embargo, motivo justo y legítimo para peticionar la inversión de sus apellidos, temperamento que ha sido una constante en los tribunales. En tal sentido, me adhiero al siguiente fallo que transcribimos y ejemplifica la tendencia doctrinaria y jurisprudencia –cuya antigüedad demuestra que no es doctrina reciente. En supuestos como el que nos ocupa: “el abandono del padre, el uso continuado del apellido materno y la alteración psíquica que le produce a la hija el uso del apellido paterno, no son causales que autorizan la inversión del apellido paterno por el de la madre, pues lo contrario significaría atender únicamente a razones meramente particulares que, por muy respetables que ellas sean desde este punto de vista, violentan principios de orden público, cual es desconocer la función del nombre” (ST La Pampa, sala I, noviembre 24-959) La Ley, 96-586.

Asimismo, Borda menciona entre las causales no suficientes para autorizar el cambio de nombre, “los motivos puramente sentimentales o familiares” (Aut. Cit., Tratado de Derecho Civil Argentino, Parte General I, Edit. Perrot, Bs. As., 1955, 4º Edición, pág. 308). Por otra parte, el argumento de ser conocida la actora en el ámbito artístico con el nombre y apellido que utiliza, que de hecho asume la calidad de seudónimo, tampoco constituye razón decisiva para coger la inversión de apellidos de apellidos pretendida; la existencia de grandes artistas o literatos –citemos algunos, como Pablo Picasso, quien se llamaba Pablo Ruiz o Carlos Colombino, quien es en verdad Carlos Cabañas, Hugo Wast, Voltaire, Clarín, etc.-, demuestra la perfecta convivencia de seudónimo, tanto en lo fáctico como en lo jurídico, con el nombre verdadero, sin ser óbice que no coincida con éste, ni el hecho de que el personaje de que se trate no realizara la rectificación de su acta de nacimiento.

En efecto el uso de tales seudónimos, alias o apodos no invalida necesariamente los varios actos jurídicos que con ellos se realizan. Como expresa Alfredo Orgaz, el principio de inmutabilidad del nombre “no obsta a que en los actos jurídicos privados (testamentos, contratos, etc.) las personas puedan designarse o ser designadas con el nombre que realmente usan u otro cualquiera (seudónimo, sobrenombre, etc.). En estos casos el acto jurídico será siempre eficaz si la identidad de las personas apareciere indudable en los demás elementos contenidos en el acto”. (Aut. Cit., Derecho Civil

Argentino. Personas individuales, Edit. Depalma, Bs. As. 1946, pág. 226). Consideraciones estas que fundan nuestro parecer de que corresponde en derecho confirmar la sentencia en alzada en todas sus partes.

Las costas de la presente instancia deben ser impuestas a la perdedora, de conformidad con el principio general estatuido en el Art. 192, concordancia con los Arts. 203 y 205 del Código de forma. Es mi voto.

A su turno el Ministerio Bajac Albertini, manifestó que: Se adhiere al voto del señor Ministro preopinante por los mismos fundamentos.

R E S U E L V E: Tener por desistido el Recurso de Nulidad. Confirmar el Acuerdo y Sentencia Número 141 con fecha 27 de Septiembre del 2.005, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala, por los fundamentos explicitados. Costas, a la perdedora. Anotar, registrar y notificar.

Ministros: César Antonio Garay, Miguel Oscar Bajac Albertini y José Raúl Torres Kirmser. Ante mí: Alejandrino Cuevas. Secretario Judicial.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 47

Cuestión debatida: Se halla en juzgamiento la procedencia de la transferencia de un inmueble a pedido de un solo copropietario sin el acuerdo del otro y si la respuesta es negativa –debido a la oposición de uno de ellos- qué sucede con los derechos del copropietario demandante sobre el inmueble litigioso. Habrá que establecer y determinar el significado que surge de la expresión “y/o” referida a la formalización de la escritura pública de transferencia del inmueble.

CONTRATO. Obligación de hacer escritura pública. Carácter de la letra “y” y de la letra “o” de un contrato.

Es diáfano que la letra “y” tiene carácter conjuntivo; en tanto la letra “o” tiene carácter disyuntivo, en el caso con demasiada facilidad se advierte que no hay petición conjunta de ambos propietarios reales del inmueble. Solamente uno de ellos formuló y promovió la demanda, lo cual es indicativo que carece de legitimación activa en razón de no contar con el consentimiento expreso de la otra propietaria real por lo cual no puede hacerse lugar a la acción de obligación de hacer escritura pública.

CONTRATO. Obligación de hacer escritura pública. Carácter de la letra “y” y de la letra “o” de un contrato.

El uso de la conjunción copulativa “y” que une ideas en forma positiva, seguida mediante una barra, de la conjunción disyuntiva “o”, que une ideas en sentido alternativo, ha generado ya varias opiniones contrapuestas. En ese sentido, creemos debido al carácter civil del documento, el uso de la conjunción “y” seguida de la conjunción “o”, barra mediante, formando “y/o”, debe ser entendido de acuerdo a la interpretación usual realizada en el tráfico civil y comercial. En ese marco, cuando se reconoce un derecho a favor de mas de una persona, relacionándolas con “y/o”, comúnmente se entiende como una facultad para ejercer el derecho en forma conjunta o alternativa.

CONTRATO. Contradocumento

Los contratos simulatorios en general tienden a tener contradicciones mínimas en sus cláusulas por lo tanto la interpretación de las mismas debe realizarse en forma extensiva viendo el espíritu de lo estipulado. (Voto en disidencia del Ministro Miguel Oscar Bajac Albertini)

CONTRATO. Obligación de hacer escritura pública

El significado de la unión de las conjunciones “y/o” indica una imprecisión de si los propietarios en forma conjunta o separada pueden solicitar la transferencia del inmueble, sin embargo al haberse manifestado “cuando así lo soliciten” la pluralidad del verbo se debió a que se hizo referencia a los sujetos que son dos, y no a que ambos conjuntamente deben peticionar la transferencia de la parte que les corresponde por lo cual debe corresponder la acción de obligación de hacer escritura pública. (Voto en disidencia del Ministro Miguel Oscar Bajac Albertini)

CSJ, Sala Civil.22-02-10 “Julian Isacio Doncel Gonzalez c. Gustavo Adolfo Morales Cocuesta y otros s/ Obligación de hacer escritura pública.”. (Ac. y Sent. N° 47)

C U E S T I O N E S:

Es nula la Sentencia apelada?

En caso contrario, está ella ajustada a Derecho?

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

A la primera cuestión el señor Ministro César Antonio Garay dijo: El impugnante fundamentó promiscuamente los Recursos incoados no constatando vicios ni defectos que necesariamente hagan admisible declarar la anulación, corresponde declarar Desierto. Así voto.

A su turno el ministro Miguel Oscar Bajac Albertini:

A la primera cuestión dijo: En cuanto a la nulidad me adhiero al voto del Ministro preopinante por los mismos fundamentos.

A la primera cuestión planteada, el ministro Torres Kirmser dijo: El recurrente no fundó el presente recurso, refiriéndose sus agravios exclusivamente al recurso de apelación. De esta manera, al no apreciarse vicios o defectos que permitan declarar de oficio la nulidad de la recurrida, el recurso debe ser declarado desierto.

A la segunda cuestión el señor Ministro César Antonio Garay, prosiguió diciendo: Por S.D. N° 659, dictada el 16 de Octubre del 2.007 el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de Sexto Turno, dispuso: “1) Hacer lugar a la demanda de obligación de hacer escritura pública promovida por Julián Isacio Doncel González contra Gustavo Adolfo

Morales Cocuesta y Lourdes Bettina Agüero de Morales y, en consecuencia, condenar a los demandados a suscribir la escritura pública de transferencia del 50% del inmueble individualizado como finca N° 884, del Distrito de Lambaré con Cta. Cte. Ctral. N° 13-484-24, a favor del señor Julián Isacio Doncel González, en el plazo de diez días, contado desde la fecha, en que esta sentencia quede firme, bajo apercibimiento de que en caso de negativa, lo hará el Juzgado en su nombre y representación. 2) Imponer las costas por su orden”.

Por Acuerdo y Sentencia Número 78, del 12 de Junio del 2.008, el Tribunal de Apelación, interviniente decidió: “Declarar desierto el recurso de nulidad. Revocar la sentencia apelada. Imponer las costas a la perdedora”.

Por Escritura Pública N° 49, del 20 de Diciembre de 1.996, Julián Doncel Velásquez transfirió a Gustavo Adolfo Morales Cocuesta la Finca N° 884, según se constata a fs. 6/7.

A fs. 9 se encuentra el contradocumento donde se lee que Gustavo Adolfo Morales Cocuesta y Lourdes Betina Agüero de Morales declararon que la Finca N° 884 -transferida por Julián Doncel con el consentimiento de Eladia González de Doncel- es de propiedad y dominio de Julián Isacio Doncel González y Blanca Doncel de Morales, quienes se obligaron a formalizar la transferencia cuando así lo vayan a solicitar.

A fs. 22 se encuentra la misiva dirigida por Blanca Doncel de Morales a Gustavo Adolfo Morales Cocuesta y Lourdes Betina Agüero de Morales, que reza: “...de mi parte no existe ninguna petición ni autorización para otorgar ninguna transferencia de la Finca N° 884 de Lambaré. Aprovecho para recordarles que la transferencia del inmueble inscripto como Finca N° 25.591 del distrito de Luque a favor de la señora Hilden Miurel Doncel de Acosta les hemos autorizado ámbos de modo expreso, tal como corresponde, y no por pedido de uno solo de nosotros...”.

A partir del estudio de las constancias del Juicio, se ha demostrado que la Finca N° 884 es propiedad de Julián Isacio Doncel González y Blanca Doncel de Morales, tal como los demandados han expresado tanto en el contradocumento como en el escrito de contestación de la demanda.

Lo que aquí se halla en juzgamiento es si procede la transferencia de la Finca N° 884 a pedido de un sólo copropietario sin el acuerdo del otro. Y si la respuesta es negativa - debido a la oposición de uno de ellos - qué sucede con los Derechos del copropietario demandante sobre el inmueble litigioso?.

Se debe previamente recordar que la cuestión debatida se sitúa en la obligación de hacer Escritura Pública, contemplada en el Art. 701 del Código Civil: “Los contratos que, debiendo llenar el requisito de la escritura pública, fueren otorgados por instrumento privado o verbalmente, no quedarán concluidos como tales, mientras no estuviere firmada aquella escritura. Valdrán, sin embargo, como contratos en que las partes se hubieren obligado a cumplir esa formalidad. Estos actos, como aquéllos en que las partes se comprometieren a escriturar, quedan sometidos a las reglas sobre obligaciones de hacer...”. Al efecto de establecer y juzgar el Derecho de los copropietarios debemos recurrir a la normativa referente a la figura jurídica del condominio.

Para el abordaje pleno del *thema decidendum* recordamos al Artículo 2083 del Código Civil, que establece: “Hay condominio cuando dos o más personas comparten el dominio de una misma cosa mueble o inmueble por contrato, actos de última voluntad, o disposición de la ley, sin que ninguna de ellas pueda excluir a la otra en el ejercicio del derecho real proporcional inherente a su cuota parte ideal en la cosa, ni de otro modo que el estatuido por el presente Código. No es condominio la comunidad de bienes que no sean cosas”.

El Art. 2.087 del Código Civil, expresa: “Los condóminos no pueden renunciar por tiempo indeterminado al derecho de pedir la división; pero les es permitido convenir en la suspensión de la división por un término que no exceda de cinco años, y renovar este convenio todas las veces que lo juzguen conveniente. El testador y el donante pueden imponer igual condición. Los convenios o cláusulas de indivisión producen efecto respecto de los sucesores particulares, si tratándose de inmuebles, estuvieren inscriptos en el Registro”.

En concordancia con el Art. 2.088 del Código de Fondo: “Cada copropietario tiene derecho a pedir en cualquier tiempo la división de la cosa común, cuando no se encuentre sometida a una indivisión forzosa”. Y el Art. 2.089 del mismo Cuerpo Legal preceptúa: “Cada condómino podrá ejercer, sin consentimiento de los otros, los derechos inherentes a su cuota parte ideal en la cosa y en la medida que sea compatible con el derecho igual de los demás. Podrá vender, hipotecar o ceder su cuota parte indivisa sin que los otros puedan impedirlo, y sus acreedores podrán embargarla y hacerla vender antes de la partición. Podrá igualmente enajenar o gravar parte determinada de la cosa, pero la eficacia estará subordinada a que dicha parte le corresponda en la partición”.

“En principio y como una consecuencia del carácter exclusivo de la propiedad, una cosa no puede pertenecer al mismo tiempo a varias personas. Pero desde los tiempos más remotos se admitía ya en el derecho romano que varias personas podían tener en conjunto la propiedad de una cosa: la cosa permanece indivisa, pero el derecho de propiedad se encuentra dividido o fraccionado entre esas personas y pertenece a cada una de ellas por una cuota parte” (Raimundo Salvat, Tratado de Derecho Civil Argentino, Cuarta Edición, Tomo III, p. 5).

“Stolfi ha hecho una sucinta exposición de estas teorías. Recuerda la de la división del derecho de propiedad, atribuida a Celso, el que precisamente enseñaba que lo que se divide no es la cosa sometida a condominio, sino el derecho de propiedad que recae sobre ella. Argumentase que como el derecho del condómino solo puede afectar una cosa, y en la especie, esa cosa es única e indivisa, y no un conjunto de cosas, para poder tener dominio exclusivo por parte de los condóminos, sólo puede pensarse en una división entre ellos del derecho de propiedad que grava la cosa entera...O como se lee en BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU: a cada propietario le corresponde una parte ideal o abstracta, una fracción del entero derecho de propiedad: el derecho de cada uno se extiende sobre cada parcela de la cosa, aunque en concurrencia con el igual derecho de los otros copropietarios...Ello explica: a) la facultad *uti singuli* atribuida al condómino de usar la cosa común, aunque con las limitaciones que la misma ley impone en razón de la concurrencia de igual derecho de los demás copropietarios (art. 2684; b) el derecho que incumbe a cada condómino de dirigir contra terceros las acciones emergentes del dominio” (Raimundo Salvat, Tratado de Derecho Civil Argentino, Cuarta Edición, Tomo III, p. 10/1, 13).

La cuestión de fondo que suscita la pretensión de la Parte actora se circunscribe, ajusta y ciñe a la interpretación de cláusulas contenidas en el documento que corre a fs. 9. Concretamente habrá que establecer y determinar el significado que – para el caso – surge de la expresión “y/o” referida a la formalización de la escritura pública de transferencia del inmueble detallado en el contradocumento antes aludido, referido en aquel.

La expresión sujeta a exégesis se halla contenida en un contexto más amplio, que textualmente dice: “Y por lo tanto, nos obligamos formalmente a formalizar la Escritura de transferencia a favor de los propietarios reales, Sr. Julian Isacio Doncel Gonzalez y/o Blanca Docel de Morales, cuando así lo soliciten.....”.

Es diáfano que la letra “y” tiene carácter conjuntivo; en tanto, la letra “o” tiene carácter disyuntivo, en este caso. En consecuencia, fruto de interpretación objetiva del texto se desprende que la transferencia del predio en cuestión puede ser efectuada a favor de: I) Julián Doncel y Blanca Doncel; o bien II) Julián Doncel o Blanca Doncel. De quién depende que la transferencia se efectúe a favor de dos personas en conjunto o, en su caso, a favor de una sola persona de ellas?. La respuesta surge del propio contenido del documento que rola a fs. 9: cuando así lo soliciten, refiriéndose a los propietarios reales del inmueble (Julián Doncel y Blanca Doncel). Es decir, ambas personas deben solicitar la escrituración y la transferencia del inmueble, indicando en el momento de la solicitud la modalidad de dicha transferencia, sea a favor de ambos propietarios o sólo uno de ellos. Pero es inexorable que la solicitud debe ser formulada por ambos conjuntamente, a estar por la redacción que se lee en el documento (fs. 9).

En el sub examine, con demasiada facilidad se advierte que no hay petición conjunta de ambos propietarios reales del inmueble. Solamente uno de ellos (Julián Doncel) formuló y promovió la demanda, lo cual es indicativo que carece de legitimación activa en razón de no contar con el consentimiento expreso de la otra propietaria real (Blanca Doncel). Ergo: al no tener el actor legitimación ad causam activa, obviamente la pretensión no resulta viable y por ello irremediadamente debe ser desestimada como tal.

“Es frecuente sin embargo, el caso de adquisición en común de un inmueble por dos o más personas, pero a nombre de una sola de ellas. Si el que tiene la cosa a su nombre la solución afirmativa de esta cuestión nos parece que no puede ser materia de dudas, porque sería injusto que uno de los adquirentes pudiese apropiarse de derecho ajenos, perteneciente a los otros interesados. Pero ¿cual es la acción que corresponde?. En nuestra opinión, existiría en tal caso una simulación de personas: el derecho de propiedad constituido a nombre de Juan, no sería en realidad tal derecho de propiedad, sino un derecho de copropiedad perteneciente a él y los otros copropietarios, quienes estarían habilitados para hacer declarar la simulación del acto y restablecerlo en su verdadero carácter. La acción quedaría regida por los principios relativos a la simulación en cuanto a la prueba de ella en las relaciones de las partes entre sí y por consiguiente, sólo podría ser acreditada por medio del correspondiente contradocumento público o privado, a menos de existir confesión de parte o principio de prueba por escrito. La simulación no podría ser invocada contra terceros de buena fe, pero si contra los de mala fe” (Raimundo Salvat, Tratado de Derecho Civil Argentino, Cuarta Edición, Tomo III, p. 20/1).

“La idea del legislador ha sido aquí, como lo hemos dicho, que el copropietario tiene sobre su parte indivisa un verdadero derecho de propiedad, que lo constituye en dueño y señor exclusivo de ella y es por eso que esta disposición lo autoriza a ejercer a su respecto todos los derechos inherentes a la propiedad, sin el consentimiento de los demás copropietarios” (Raimundo Salvat, Tratado de Derecho Civil Argentino, Cuarta Edición, Tomo III, p. 234).

“Consiste la partición en convertir el derecho inmaterial del condómino (“parte indivisa”, según la tesis romanista) en un lote material, equivalente a su interés dentro de la cosa. Esta fórmula conviene a todas las escuelas que procuran explicar la naturaleza jurídica del condominio. Las divergencias han surgido y todavía subsisten, por lo que hace a los efectos de tal división y a la manera de explicarlos” (Héctor Lafaille, Derecho Civil, Tomo IV, Tratado de los Derechos Reales, Volumen II, p. 243).

Por estas inexpugnables motivaciones, en Derecho habrá que confirmar el Acuerdo y Sentencia Número 78 con fecha 11 de Junio del 2.008, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala, y en lo que respecta a las Costas, imponer a la perdidosa en virtud de lo dispuesto por los Art. 192, 203, inciso b) y 205 del Código Procesal Civil. Es mi voto.

A la segunda cuestión planteada el ministro Miguel Oscar Bajac Albertini dijo: Julián Isacio Doncel González, demanda por obligación de Hacer Escritura Pública a Gustavo Adolfo Morales Cocuesta y Lourdes Betina Agüero de Morales a fin de que los mismos otorguen la escritura traslativa de dominio de su cuota parte ideal del inmueble individualizado como Finca N° 884 del Distrito de Lambaré (fs.10/11/32).

Por S.D.N° 659 de fecha 16 de octubre de 2.007 el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Sexto Turno resolvió hacer lugar a la demanda en los términos expuestos por el Ministro preopinante precedentemente.

Apelada la sentencia de Primera Instancia, previa sustanciación de los recursos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial Tercera Sala, de la Capital, por Acuerdo y Sentencia N° 78 de fecha 11 de junio de 2.008, resolvió entre otras cosas revocar la sentencia, fundamentando que: 1.- las partes están contestes en que hubo simulación absoluta sobre la Finca individualizada con el N° 884 del Distrito de Lambaré ya que en la instrumental de fs. 9 se expresa que los Sres. Blanca Doncel de Morales y Julián Isacio Doncel González siguen siendo propietarios de la referida finca. 2.- Por regla general cualquiera de las partes puede pedir la revelación del acto disimulado, esta facultad puede limitarse o definirse contractualmente en el contradocumento. 3.- En el caso se ha consignado las partículas “y” “o” unidas mediante una barra “y/o” la unión de estas conjunciones denota una imprecisión de si la facultad para exigir la pretensión objeto de demanda es conjunta o alternativa. Según el Ad-quem esta disyuntiva se ve conciliada mediante la siguiente frase del contradocumento, cuando las partes han expresado “cuando así lo soliciten...”. La pluralidad de la expresión no puede sino ser interpretada como que la facultad para pedir la revelación del acto disimulado debe ser conjunta o simultánea. 4.- Concluye así en que la legitimación para pedir la revelación o develamiento del acto disimulado es conjunta de los Sres. Julián Isacio Doncel González y Blanca Doncel de Morales y que ninguno puede pedirlo por separado.

5.- Manifiesta además que la decisión del a-quo de declarar la atribución de dominio por partes alícuotas no se desprende de los términos del acuerdo simulatorio, ya de las constancias del expediente no surge que dichas porciones sea en partes iguales y en su caso por cuál porcentaje.

Los agravios vertidos en contra de la resolución apelada se encuentran contenidos en el escrito de fs. 82/86 de autos, y exponen los fundamentos que ameritarían –a criterio del recurrente– la revocación del Acuerdo y Sentencia N° 78 de fecha 11 de junio de 2.008 y que giran en torno a los siguientes puntos: 1.- No puede ser establecida una limitación contractual en un documento en donde no fue parte él ni la señora Blanca Doncel de Morales, fue una declaración unilateral de Gustavo Adolfo Morales Cocuesta y Lourdes Betina Agüero de Morales. 2.- Las afirmaciones del Tribunal relativas a la expresión “y/o” tampoco coinciden con la realidad de los hechos. La condición de condómino conlleva diversas facultades, algunas de las cuales pueden ejercerse individualmente, mientras que otras requieren el consentimiento de los demás condóminos. La consecuencia mas grave y perjudicial del fallo recurrido, es la de otorgar injustamente a cada uno de los co-propietarios, la facultad de mantener el inmueble, a su sólo arbitrio, en un estado de indivisión sin límite de tiempo, respecto a este punto de aceptarse el criterio esgrimido por el Tribunal de Apelaciones su derecho a pedir la partición del condominio que tiene como requisito previo la transferencia objeto de esta demanda quedaría librado sine die al arbitrio de Blanca Doncel de Morales. Terminó solicitando sea revocado el Acuerdo y Sentencia en estudio.

El apelado, contestó el traslado que le fuera corrido argumentando a fs. 90/94 que los mismos reconocen que la propiedad pertenece a los Señores Julián Isacio Doncel González y Blanca Doncel de Morales y el momento en que nace la obligación es cuando ambos propietarios lo soliciten conforme se desprende del contradocumento. Una de las propietarias se niega a que se realice la transferencia del inmueble y ante su expresa negativa imposibilita a sus mandantes hacerlo. Manifiesta igualmente que la alternativa “y/o” se refiere única y exclusivamente a que cualquiera de ellos puede ser el destinatario, pero no puede interpretarse que cualquiera de ellos puede disponer libremente del inmueble sin el consentimiento del otro. Manifiesta además que en la expresión de agravios fueron introducidas consideraciones que no hacen al tema del recurso puesto a consideración de la Excma. Corte Suprema de Justicia solicitando en consecuencia sea declarado desierto el recurso de apelación.

Analizadas las constancias de autos tenemos que la parte actora ha expresado agravios dentro del plazo que tenía para hacerlo, conforme lo dispuesto en el artículo 424 del C.P.C. Asimismo, de conformidad a los términos de sus argumentos, encontrando que los mismos se hallan ajustados a las previsiones del artículo 419 del mismo cuerpo legal, surge que ellos se refieren al recurso de apelación interpuesto, por lo que no existe mérito para declarar la deserción del recurso de apelación.

De autos se desprende que: 1.-Por escritura pública Julian Doncel Velazquez (padre de los señores Julian Isacio Doncel Gonzalez y Blanca Doncel de Morales) transfirió a Gustavo Adolfo Morales Cocuesta la finca N° 884 del distrito de Lambaré. 2.- los señores Gustavo Adolfo Morales Cocuesta y Lourdes Agüero de Morales manifestaron en el contradocumento obrante a fs. 9 de autos que: “...finca N° 884 cta. cte. ctral.N° 13-484-24; es de exclusiva propiedad y dominio de los sres. Julian Isacio Doncel González y/o Blanca Doncel de Morales, por ser los mismos sus reales y legítimos propietarios. y por tanto, nos obligamos formalmente a formalizar la Escritura de transferencia a favor de los propietarios reales Sr. Julián Isacio Doncel González y/o Blanca Doncel de Morales, cuando así lo soliciten” 3.- a fs. 22 se halla agregada la nota emitida por la copropietaria Blanca Doncel de Morales en la que entre otras cosas manifiesta “...que de su parte no existe ninguna petición ni autorización para otorgar ninguna transferencia de la Finca N° 884 de Lambaré...”.

Es así que nos encontramos ante una demanda de obligación de hacer escritura pública relacionada con un pacto simulado, el cual se halla regulado en el Artículo 305 del código Civil paraguay que establece: “La simulación no es reprobada por la ley cuando a nadie perjudica ni tiene un fin ilícito”.

Y es así que el Señor Julian Doncel Velazquez transfirió a Gustavo Adolfo Morales Cocuesta el inmueble individualizado como finca N° 884 del distrito de Lambaré habiendo éste y la señora Lourdes Betina Agüero de Morales manifestado en el contradocumento que el inmueble pertenece a Julian Isacio Doncel Gonzalez y Blanca Doncel de Morales y que cuando soliciten procederán a la transferencia de la misma.

Si bien esta claro que las partes coinciden en lo que a la titularidad del inmueble respecta el problema radica en determinar el alcance de los operadores deónticos “y/o” utilizados en el contradocumento y el verbo “soliciten” para así poder establecer si corresponde o no otorgar la escritura traslativa de dominio del inmueble individualizado como Finca N° 884 del Distrito de Lambaré mediando la petición de uno de los condóminos o si ambos propietarios en forma conjunta deben solicitarlo.

Los contratos simulatorios en general tienden a tener contradicciones mínimas en sus cláusulas por lo tanto la interpretación de las mismas debe realizarse en forma extensiva viendo el espíritu de lo estipulado. En el contradocumento encontramos dos operadores deónticos uno incluyente “y” y el otro excluyente “o” así también tenemos que el verbo “solicitar” fue utilizado en plural (“soliciten”).

Como bien lo manifestara el Ad-quem el significado de la unión de las conjunciones “y/o” indica una imprecisión de si los propietarios en forma conjunta o separada pueden solicitar la transferencia del inmueble. Sin embargo opino que al haber manifestado los Señores Gustavo Adolfo Morales Cocuesta y Lourdes Agüero de Morales “cuando así lo soliciten” la pluralidad del verbo se debió a que se hizo referencia a los sujetos (Julián y Blanca) que son dos, y no a que ambos conjuntamente deben peticionar la transferencia de la parte que les corresponde.

El Artículo 2083 del citado cuerpo legal dispone: “Hay condominio cuando dos o más personas comparten el dominio de una misma cosa mueble o inmueble por contrato, actos de última voluntad, o por disposición de la ley, sin que ninguna de ellas pueda excluir a la otra en el ejercicio del derecho real proporcional inherente a su cuota parte ideal en la cosa, ni de otro modo que el estatuido por el presente Código...”.

Por tanto de la lectura del contradocumento considero que cualquiera de los propietarios puede solicitar la transferencia del inmueble y atento a la nota de fs. 22 referida más arriba la copropietaria expresamente manifestó su negativa a que el inmueble le sea transferido, por lo que considero que no existe impedimento alguno a que se proceda a la transferencia de la parte alícuota ideal que pertenece a Julian Isacio Doncel González habida cuenta que no corresponde sersenar el derecho a tener el título del inmueble que le pertenece y utilizar los derechos que posee en el inmueble.

Si bien en autos no consta el porcentaje que corresponde a cada condómino considero que al momento de escriturar de los documentos arriados para tal efecto se podrá aclarar dicha situación.

Que, en tales condiciones corresponde revocar el Acuerdo y Sentencia N° 78 de fecha 11 de junio de 2.008. En cuanto a las costas, conforme el Art. 192 del C.P.C. corresponde imponerlas a la perdedora. Es mi voto.

A la segunda cuestión planteada, el ministro Torres Kirmser dijo: En primer orden, debemos establecer cuál es el thema decidendum en el caso de autos. El actor ha demandado la formalización de la escritura pública de transferencia de dominio de la Finca N° 884, Cta. Cte. N° 13-484-24, del Distrito de Lambaré, sobre la base de un documento unilateral firmado por los demandados, propietarios registrales de la finca en cuestión, obrante a foja 9, en el que se obligaron a formalizar la transferencia. Los demandados no negaron la obligación asumida en dicho documento, pero disintieron en la interpretación de los términos del mismo. Ninguna de las partes mencionó la causa que dio origen a la obligación contenida en el instrumento en cuestión.

En síntesis, conforme a los términos en que quedó trabada la litis, la cuestión controvertida versa en el cumplimiento de la obligación contenida en el documento de foja 9.

Si bien en la expresión de agravios formulada en segunda instancia, los demandados mencionaron que la causa de la obligación era una simulación, léase en el segundo párrafo de fojas 66: “2) La declaración unilateral realizada por mis mandantes no es un contrato; 3) quienes formalizaron un acuerdo, son por una parte, los señores Julián Doncel y Eladia González de Doncel y, por otra parte, sus hijos, Julián Isacio Doncel (demandante) y la señora Blanca Doncel de Morales; y 4) Mis mandantes no son parte en el acuerdo en que han arribado las personas mencionadas precedentemente” (sic); sin embargo, tal circunstancia no fue planteada en la etapa oportuna, por lo que no puede ser considerada en esta instancia, a tenor de lo dispuesto en el artículo 420 del C.P.C.

Entonces, la cuestión debatida consiste únicamente en determinar el alcance de los términos en que fue redactado el documento de foja 9, por lo que corresponde un análisis minucioso, para interpretarlo literal y contextualmente.

En dicho instrumento los propietarios registrales de la Finca N° 884, Cta. Cte. N° 13-484-24, del Distrito de Lambaré, señores Gustavo Adolfo Morales Cocuesta y Lourdes Betina Agüero de Morales, manifestaron que los reales y legítimos propietarios de dicha finca son los señores Julián Isacio Doncel y Blanca Doncel de Morales, y se obligaron en los siguientes términos: “Y por lo tanto, nos obligamos formalmente a formalizar la escritura de transferencia a favor de los propietarios reales, Sr. Julián Isacio Doncel y/o Blanca Doncel de Morales, cuando así lo soliciten(...)”(sic).

Como ya se ha dicho, no existe controversia respecto a que los hoy demandados se obligaron a formalizar la transferencia de dominio de la Finca N° 884, Cta. Cte. N° 13-484-24, del Distrito de Lambaré; la controversia gira en torno a las condiciones en que debe cumplirse dicha obligación.

Al analizar la cláusula citada precedentemente, identificamos dos partes o aspectos perfectamente distinguibles. Por un lado, a favor de quiénes se debe formalizar la transferencia; y por otro lado, cuándo se debe formalizarla.

En cuanto al primero de estos aspectos, los demandados se comprometieron a formalizar la transferencia a favor de “Julián Isacio Doncel y/o Blanca Doncel de Morales”.

El uso de la conjunción copulativa “y”, que une ideas en forma positiva, seguida mediante una barra, de la conjunción disyuntiva “o”, que une ideas en sentido alternativo, ha generado ya varias opiniones contrapuestas. En ese sentido, creemos que debido al carácter civil del documento, el uso de la conjunción “y” seguida de la conjunción “o”, barra mediante, formando “y/o”, debe ser entendido de acuerdo a la interpretación usual realizada en el tráfico civil y comercial. En ese marco, cuando se reconoce un derecho a favor de más de una persona, relacionándolas con “y/o”, comúnmente se entiende como una facultad para ejercer el derecho en forma conjunta o alternativa.

De lo dicho se desprende que los demandados se obligaron a formalizar la transferencia de dominio a favor de Julián Isacio Doncel y Blanca Doncel de Morales, conjunta o indistintamente. En otras palabras, se estableció la alternativa de escriturar a favor de ambos o de cualquiera de ellos. Así mismo, existiendo una alternativa, debe establecerse quién debe realizar la elección. Atendiendo a la oración subordinada “Cuando así lo soliciten”, empleada inmediatamente después de enunciar a los beneficiarios de la obligación, tenemos que se ha dejado tácito el sujeto, lo que implica que dicho sujeto está determinado por lo enunciado en forma inmediatamente anterior, que en este caso, son los señores Julián Isacio Doncel y Blanca Doncel de Morales. Entonces, la oración “cuando así lo soliciten”, denota que los obligados esperarán una solicitud conjunta de los señores Julián Isacio Doncel y Blanca Doncel de Morales, que indique cuál de las alternativas de escrituración eligen. Esta tesis se ve reforzada atendiendo a que en el mismo documento se ha dicho que los señores Julián Isacio Doncel y Blanca Doncel de Morales son los “reales y legítimos propietarios” de la finca, y como no conocemos los demás elementos de la relación que dio origen a dicho documento, resulta indubitable que la decisión ha quedado determinada a favor de ambos sujetos nombrados.

Entonces, se concluye que la transferencia debe formalizarse a favor de ambos o de cualquiera de ellos, a elección conjunta de ellos mismos.

En segundo lugar, respecto al momento en que debe cumplirse la obligación de escriturar, la cláusula en análisis dispone “cuando así lo soliciten”. El verbo en plural implica, sin lugar a dudas, que los hoy demandados se obligaron a formalizar la transferencia de dominio cuando ambos beneficiarios de la obligación lo soliciten; y no, cuando uno solo de ellos lo haga.

Ambas conclusiones arribadas en los párrafos precedentes, tienen como consecuencia necesaria que tales beneficiarios, Julián Isacio Doncel y Blanca Doncel de Morales, son los que deberían manifestar su voluntad sobre la transferencia,

tanto para determinar la alternativa elegida respecto a quién será instituido titular, como para hacer exigible la obligación contenida en el documento de foja 9. Sin embargo, analizando las constancias de autos, tenemos que la señora Blanca Doncel de Morales no ha manifestado su voluntad al respecto. Por el contrario, a foja 22, obra una nota con certificación de firma, que prueba la manifestación extrajudicial de la citada señora en el sentido de no autorizar aún la transferencia de dominio del inmueble que nos ocupa. En consecuencia, no corresponde hacer lugar a la demanda de obligación de hacer escritura pública incoada en estos autos.

En cuanto a las posibles consecuencias que esta decisión pueda acarrear a los derechos del hoy actor, en calidad de condómino no registral de la finca en cuestión, no pueden ser dilucidadas en este proceso, ya que no ha sido cuestión de debate en la etapa oportuna; por lo que tampoco se integró la litis con la otra beneficiaria de la obligación, señora Blanca Doncel de Morales. En consecuencia, no habiéndose planteado esta cuestión como pretensión inicial, cualquier manifestación o decisión al respecto atentaría contra el principio de congruencia que debe imperar en la función jurisdiccional, que afectaría derechos de terceros ajenos al proceso, lo que no puede admitirse desde ningún punto de vista.

Por los fundamentos esgrimidos precedentemente, corresponde confirmar el acuerdo y sentencia apelado. En cuanto a las costas, atendiendo a que se trata de una cuestión de interpretación, corresponde imponerlas en el orden causado, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 193 y 205 del C.P.C.

Con lo que se dio por finalizado el Acto, firmando SS.EE todo por Ante mí de que certifico, quedado acordada la Sentencia que inmediatamente sigue: R E S U E L V E: Declarar Desierto el Recurso de Nulidad interpuesto. Confirmar el Acuerdo y Sentencia Número 78, con fecha 11 de Junio del 2.008, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala, conforme a las motivaciones expuestas. Anotar, registrar y notificar.

Ministros: César Antonio Garay, Raúl Torres Kirmser y Miguel Oscar Bajac Ante mí: Alejandrino Cuevas. Secretario Judicial.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 70

RECURSO DE NULIDAD. Recurso de nulidad contra sentencia definitiva

Es insuficiente la fundamentación del Tribunal de alzada en razón que confirmó el fallo del inferior sin esbozar las razones por las que estimó que lo resuelto por el A quo, se halla ajustado a derecho, se advierte que el voto de la mayoría se limitó a realizar la descripción de las exposiciones de las partes, sin emitir pronunciamiento alguno con relación a uno de los puntos centrales que fuera impugnado y que guarda estricta relación con la observancia de la ley penal de fondo, respecto a la aplicación del art. 105 inc. 3° del Código Penal, por lo que corresponde declarar admisible el recurso de casación y anular la resolución.

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

La decisión se halla afectada de un vicio estructural, denominado incongruencia omisiva, no ha procedido al estudio, análisis y decisión, de las cuestiones principales impugnadas y con ello, omitió otorgar una respuesta jurisdiccional lógica, expresa, precisa y congruente a los agravios y por tanto ante la notoria existencia del defecto, corresponde la nulidad de la resolución del Tribunal de Apelación

SENTENCIA. Motivación de sentencia. Vicios de la sentencia

Conforme a los principios de celeridad y economía procesal que gobiernan el actual sistema procesal, en atención a los agravios expuestos por el casacionista contra la sentencia de mérito, la cual si bien no es en principio objeto de estudio, conforme a la facultad concedida a esta sala penal por el art. 474 del CPP en concordancia con el art. 480 corresponde el análisis de los mismos y abocarse al control de logicidad de la sentencia de primera instancia, a fin de verificar si la misma se halla motivada lógicamente y jurídicamente.

SENTENCIA. Motivación de sentencia

Atendiendo que la sentencia judicial es una operación lógico-jurídica, fundada en la certeza de la demostración y vinculación de los hechos, sobre la base de los principios lógicos y legales que gobiernan la elaboración de los juicios y dan base y sustento cierto para determinar cuales son verdaderos o falsos, si ella resulta violada, el razonamiento no existe y la fundamentación, aunque aparezca como acto escrito, no tiene vida como pensamiento jurídico.

SENTENCIA. Principio de razón suficiente

Corresponde mencionar que la violación al principio de razón suficiente -requisito necesario para la validez de toda resolución judicial-se puede verificar en los siguientes casos: ausencia de fundamentación, defectuosa, cuando existe contradicción entre los puntos del dispositivo inclusive, con los argumentos esgrimidos en el considerando de la resolución en los casos de fundamentación aparente o insuficiente. Lo que se quiere de la motivación correcta de las sentencias es que quede bien claro dos principios: de la verificabilidad y de la racionalidad.

SENTENCIA. Nulidad de sentencia. Vicios de la sentencia

El fallo del A quo debe ser anulado, por adolecer de vicios en el razonamiento judicial (vicios in cogitando), y no pudiéndose reparar el error detectado ante esta instancia, debido a que en la tarea de encuadre legal de la conducta por la existencia de ciertos hechos que podrían modificar notablemente la calificación final del hecho y la sanción penal impuesta, no corresponde el reenvío al solo efecto de un nuevo juicio sobre la pena, sino mas bien, para la realización de un nuevo juicio oral y público, ante otro Tribunal de Sentencia.

CSJ, Sala Penal.12-03-10 “Recurso de Casación interpuesto por la Agente Fiscal de San Juan Bautista Misiones Abog. María Julia Valdez Caballero en la causa: M.P. c. Nazario Celso Otazú s/ Sup.H.P. c/ la vida (Homicidio en grado de tentativa.)”. (Ac. y Sent.70)

C U E S T I O N E S:

1° ¿Es admisible para su estudio el recurso de casación interpuesto?

2° ¿En su caso, resulta procedente?.

A los efectos del análisis correspondiente de las cuestiones a ser estudiadas y con el objeto de establecer un orden en la emisión de los votos, se procede al sorteo, arrojando el siguiente resultado: Blanco, Pucheta de Correa y Bajac Albertini.

A la primera cuestión propuesta, el Ministro Sindulfo Blanco, dijo: El recurso extraordinario de casación fue interpuesto por la Agente Fiscal interviniente en estos autos, Abog. María Julia Valdez Caballero, en contra del Acuerdo y Sentencia N° 60, del 01 de noviembre de 2007, dictada por el Tribunal de Apelación de la Circunscripción Judicial de Misiones (fs. 142 al 154 y Vlto.).

Por la citada resolución, el Tribunal de Apelación, resolvió, en mayoría: “...2- Confirmar la sentencia apelada...(sic)”.

En primer término, corresponde pronunciarse acerca de la admisibilidad de la impugnación interpuesta. En ese sentido, el artículo 477 del Código Procesal Penal, dispone, en relación al objeto del recurso: "Solo podrá deducirse el recurso extraordinario de casación contra las sentencia definitivas del tribunal de apelaciones o contra aquellas decisiones de ese tribunal que pongan fin al procedimiento, extingan la acción o la pena, o denieguen la extinción, conmutación o suspensión de la pena".

La resolución recurrida, es un Acuerdo y Sentencia dictado por un Tribunal de Apelación que en su parte dispositiva, resolvió confirmar la sentencia dictada por el Tribunal de Mérito. Con tal decisorio, es evidente la naturaleza conclusiva de la resolución, por tanto, tratándose de una sentencia dictada por el Tribunal de Apelación, la cual tiene la virtualidad de poner fin al procedimiento, a tenor de lo previsto en los Artículos 465 y 402 del CPP, el presupuesto de impugnabilidad objetiva, se halla satisfecho.

Debe verificarse además que el sujeto este legitimado para impugnar por tener un interés jurídico en la impugnación y capacidad legal para interponerla con relación al gravamen que la resolución le ocasiona (impugnabilidad subjetiva); y, finalmente deben observarse los requisitos formales de Modo, Lugar y Tiempo en la interposición del recurso como acto procesal.

Al respecto, la norma procesal que nos rige consagra en los artículos 477, 478, 480 y 468 del Código Procesal Penal, las condiciones de interposición del recurso en cuestión, estableciendo expresamente la conminación de inadmisibilidad, la que se hará efectiva cuando el acto se cumpla en violación a los requisitos formales o a su contenido. Con referencia a la impugnabilidad subjetiva, de las actuaciones que obran en el expediente se advierte que el recurso fue interpuesto por la Abog. María Julia Valdez Caballero, Agente Fiscal interviniente en el proceso, estando efectivamente cumplida la condición de impugnabilidad subjetiva, conforme al Art. 17 de la Constitución Nacional, en concordancia con lo previsto en el Art. 8°, del Pacto de San José de Costa Rica y el Art. 449 del CPP.

Ahora bien, con respecto a los requisitos de modo, lugar y tiempo se tiene que la casacionista lo interpone ante la Secretaría de la Sala Penal, dentro del plazo previsto en la norma procesal (10 días) por escrito fundado y alegando el motivo previsto en el Art. 478, inciso 3) del Código Procesal Penal. En ese sentido, deberá abrirse competencia para el estudio respecto a la existencia o no de un fallo manifiestamente infundado. Es mi voto.

A sus turnos, los Ministros Pucheta de Correa y Bajac Albertini, manifiestan adherirse al voto que antecede, por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada, el Ministro Sindulfo Blanco, dijo: Que por la resolución impugnada, el Tribunal de Apelación, en Mayoría, resolvió: “ Confirmar la sentencia apelada...(sic)”.

La resolución impugnada, tiene como antecedente el recurso de apelación especial que fuera interpuesto por la Representante del Ministerio Público, en contra de la S.D. N° 19, de fecha 27 de julio de 2007, por la que el Tribunal de Sentencia, tras el debate oral y público, dispusiera: “2- Declarar que Nazario Celso Otazú Martínez es autor reprochable del hecho punible de Homicidio en Grado de Tentativa; 3. ...; 4. ...; 5. Calificar el hecho punible contra la vida dentro de lo preceptuado en el Art. 105 Inc. 3°) numeral 1 del C.P., en concordancia con el Art. 29 del mismo cuerpo legal; 6. condenar a Nazario Celso Otazu Martinez... a la pena de 5 (cinco) años de pena privativa de libertad...(sic). ”.

La Recursista, en su escrito de interposición del recurso, sostuvo: 1) Que la resolución dictada por el A quem, es infundada, porque no ha respondido a los agravios que fueron expuestos por su parte al interponer el recurso de apelación especial; específicamente, no se ha pronunciado con relación a la errónea aplicación del Art. 105 Inc. 3°) (excitación emotiva) al caso en estudio, vulnerando con ello la disposición del Art. 256 de la Constitución Nacional y el Art. 125 del CPP; 2) Que esta Representación al interponer el recurso de apelación especial, ha señalado concretamente los vicios de que adolecen la resolución del Tribunal de Sentencia. En ese sentido, señaló primeramente la incorrecta fundamentación por parte del A quo, al analizar la tipicidad, por haber introducido en su estudio apreciaciones fácticas y jurídicas que no son relevantes para acreditar la existencia del dolo; 3) Idéntico error cometió el A quo, al fundar la reprochabilidad de la conducta de Nazario Otazú. En efecto, señaló que “...el Tribunal de Sentencia incurrió en un error en la interpretación de la ley de fondo al creer equivocadamente que la situación de analfabetismo del señor Narciso Otazu, era motivo suficiente para excluir su capacidad de conocer la antijuridicidad de su conducta, o en su caso, que la excitación emotiva incide en el aspecto intelectual de la reprochabilidad”, sin embargo, en violación a los principios lógicos que deben regir el razonamiento judicial, concluye que el mismo es reprochable; 4) Solicita se anule la resolución del Tribunal de Apelación y, que por decisión directa, esta Sala resuelva la modificación de los apartados 5 y 6 del fallo de primera instancia, inclusive y que previa calificación de la conducta dentro del Art. 105, Inc. 1°) y 29 Inc. 1°), ambos del Código Penal, se reenvíe la presente causa a un nuevo Tribunal de Mérito, al solo efecto de la medición de la pena.

El planteamiento recursivo, es contestado por el Abog. Juan Pablo Mendoza Benítez, Defensor Público del Primer Turno de la Circunscripción Judicial de Misiones, quien en el escrito que obra a fs. 48/53 de autos, señaló en síntesis, cuanto sigue: 1) Que la Recurrente dedica más del setenta por ciento de su escrito de interposición a la crítica de la resolución de Primera Instancia; que en tal sentido, debió plantear en tiempo oportuno, el recurso de casación per saltum; 2) Que con tal temperamento lo que evidentemente pretende la Casacionista, no es más que una nueva revisión de todo el material probatorio; 3) Solicita que el recurso interpuesto contra el Acuerdo y Sentencia N° 060, del 01 de noviembre de 2007, sea rechazado.

Una vez sorteado el examen de admisibilidad, corresponde el análisis de los argumentos esgrimidos por la Casacionista, abriéndose competencia para analizar el motivo expuesto, - Art. 478, Inc. 3) - del CPP. Con respecto a la falta de fundamentación alegada, corresponde en primer término definir los alcances del motivo invocado, y en ese sentido: la falta de fundamentación predicada por la norma como causal de casación, consiste en la ausencia de una exposición de motivos que justifiquen la convicción del órgano juzgador en cuanto al hecho, las razones jurídicas que determinaron la aplicación de la norma a ese hecho, y sin tener en consideración todas las cuestiones sometidas a su decisión.

El Art. 256 de la Constitución Nacional, establece que toda sentencia judicial debe estar fundada en la Constitución y en la Ley. El Código de Formas, en su Art. 125, consagra también la existencia de que las sentencias definitivas contengan una clara y precisa fundamentación de la decisión adoptada. El Tribunal debe indefectiblemente expresar los motivos de hecho y de derecho en que basa sus disposiciones. La simple relación de los documentos del procedimiento no reemplaza a la fundamentación

De las normas señaladas precedentemente, se desprende que el actual esquema procesal impone a los jueces la obligación de fundar sus decisiones y expresar las cuestiones que los llevan a concluir de un determinado modo y no de otro. En ese sentido, una sentencia carece de fundamentación cuando no expresa los motivos que justifican la convicción del juez en cuanto a su decisión y las razones jurídicas que la determinan, comprendiendo todas las cuestiones sometidas a decisión. La resolución del tribunal debe ser clara, completa, legítima y lógica.

A fin de realizar un análisis ordenado de la cuestión, corresponde en primer lugar plasmar los fundamentos que fueron esgrimidos por el Tribunal, en mayoría al dictarse la resolución hoy cuestionada, para posteriormente realizar el análisis sobre la existencia del motivo alegado por la Casacionista.

En ese sentido, el Tribunal de Segundo Grado, esbozó: "...es importante entender que el juzgamiento de la causa ha sido por una Tentativa de Homicidio que por cierto las posiciones contradictoria se ha instalado en el grado de responsabilidad del condenado y no sobre la autoría por lo que en ese sentido es importante entender que las condiciones en que han sido valoradas las pruebas que hacen a la demostración fáctica del hecho y el grado de reprochabilidad de la conducta del condenado ha sido determinado de las ingentes pruebas arrimadas al juicio y que han demostrado que el Órgano Juzgador ha aplicado la sana crítica en la valoración de las pruebas producidas, cada una de ellas en particular y finalmente en su conjunto de conformidad a las exigencias del Art. 175 del CPP, producto de las condiciones establecidas en el articulado, la conducta del condenado ha sido adecuado a las condiciones enumerados por el Art. 65 del C.P., de lo que en consecuencia la calificación final de su conducta ha sido adecuada a la tipicidad extractado en el marco penal de acuerdo al tipo descripto, de lo que finalmente ha surgido que los mismos han aplicado la logicidad para arribar de esa forma a una posición congruente... (sic) Acuerdo y Sentencia N° 060, Hoja N° 11.

Los argumentos trascriptos precedentemente, son reveladores de la fundamentación insuficiente en que incurrió el Tribunal de Alzada, en razón de que dicho Órgano confirmó el fallo del inferior, pero sin esbozar las razones por las que estimó que lo resuelto por el A quo, se halla ajustado a derecho. Analizado el fallo, se advierte que el voto en mayoría, se limitó a realizar la descripción de las exposiciones de las partes, sin emitir pronunciamiento alguno con relación a uno de los puntos centrales que fuera impugnado y que guarda estricta relación con la inobservancia de la ley penal de fondo, respecto a la aplicación del Art. 105, Inc. 3°) del Código Penal. De modo alguno, se advierte que el Tribunal de Alzada, se haya expedido con respecto a este punto (errónea aplicación de la ley penal de fondo) cuestionado y, con este temperamento, transgredió además el principio de congruencia, que debe primar en todo proceso penal, ignorando la prescripción contenida en el Art. 398 del CPP, que consigna como requisito ineludible de la sentencia, el voto de los jueces sobre cada una de las cuestiones planteadas, con la exposición de los motivos que lo fundan.

En ese mismo sentido, el Art. 456 del Código Ritual, al definir la competencia del Tribunal consagra el principio: "tantum appellatum quantum devolutum", según el cual, los agravios del recurrente son lo que definen la competencia del tribunal superior, que debe resolver sobre ellos y limitado a los aspectos contenidos en los mismos. Al obviar el estudio y pronunciamiento de la cuestión impugnada en segunda instancia, el tribunal inobservó las disposiciones legales citadas precedentemente, que rigen el procedimiento en alzada, convirtiendo el fallo, en mayoría, en una decisión arbitraria.

A este respecto, la doctrina señaló: "la sentencia penal debe dar respuesta a todos y cada una de las pretensiones jurídicas sostenidas por las partes del enjuiciamiento. Su inobservancia da lugar a la denominada incongruencia omisiva o "fallo corto", en la que el tribunal de instancia dicta una sentencia incongruente con la solicitud de las partes, en definitiva, sin dispensar la tutela judicial efectiva proclamada en la Constitución que en su manifestación sobre el contenido de la sentencia exige que el tribunal de una respuesta jurídica a las pretensiones deducidas estimándolos o no, pero siempre resolviendo lo solicitado por las partes". (Andrés Martínez Arrieta. El Recurso de Casación penal. Segunda Edición. Editorial Comares, Granada 1996).

Por tanto, la decisión se halla afectada de un vicio estructural, denominado incongruencia omisiva; evidentemente, no ha procedido al estudio, análisis y decisión, de las cuestiones principales impugnadas, y con ello, omitió otorgar una respuesta jurisdiccional lógica, expresa, precisa, y congruente a los agravios y, por tanto, ante la notoria existencia del defecto, corresponde que esta Sala Penal, disponga la nulidad del Acuerdo y Sentencia N° 60, del 01 de noviembre de 2007.

Las características que denota la cuestión objeto de estudio habilitan su reparo por la vía de la decisión directa, a fin de corregir el error in procedendo en que incurrió el Tribunal de Alzada. En ese sentido, el Art. 474 del CPP, dispone: “Decision directa. Cuando de la correcta aplicación de la ley resulta 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”.

A esta conclusión nos conducen los principios de celeridad y economía procesal que gobiernan el actual sistema procesal, en atención a los agravios expuestos por la Casacionista contra la sentencia de mérito, la cual si bien no es en principio objeto de estudio, conforme a la facultad concedida a esta Sala Penal por el Art. 474, en concordancia con el Art. 480 del Código Ritual, corresponde el análisis de los mismos. Por tanto, corresponde abocarse al control de logicidad de la Sentencia de Primera Instancia, a fin de verificar si la misma se halla motivada lógicamente y jurídicamente.

En este contexto, analizadas las constancias de autos, específicamente la S.D. N° 19, del 27 de julio de 2007, puede inferirse, sin temor a equívocos, la existencia de un vicio en el razonamiento de los Juzgadores. En el caso en estudio, se juzgó la supuesta comisión del hecho punible de homicidio doloso (Art. 105 del C.P.) en grado de tentativa, cometida por el encausado Nazario Otazú. De los fundamentos vertidos, resulta que el Tribunal ha realizado el estudio con respecto a la existencia de los presupuestos de punibilidad del tipo penal de Homicidio Doloso; entiéndase la tipicidad, antijuridicidad, reprochabilidad y punibilidad, y en ese orden, al ocuparse del primero de los elementos, el voto plasmado en el considerando, si bien los juicios se fundaron en constancias probatorias producidas en el juicio oral y público, la conclusión a la que arribaron resultó contradictoria y pone en evidencia un erróneo y débil razonamiento judicial sobre el cual no puede sustentarse la declaración de la tipicidad de la conducta, sin vulnerar el principio de Legalidad, Art. 1° del Código Penal.

En efecto, el A quo, sostuvo primeramente la existencia de los elementos objetivos del tipo de homicidio doloso y al adentrarse al estudio del elemento subjetivo, señaló que se daban los presupuestos cognoscitivos y volitivos del dolo, sin embargo, a renglón seguido, afirmó que el acusado no tenía conciencia y voluntad para inferir heridas de tal magnitud contra la víctima. En la S.D. N° 19, en su parte, pertinente el Tribunal, sostuvo: “En los casos de hechos punibles dolosos, como el homicidio... el autor debe conocer y saber la realización de la conducta y el resultado (muerte) que en este caso no se dio por la rápida atención que tuvo la víctima, que el victimario lo dejó totalmente ensangrentada y a su suerte, por lo tanto, a partir de la acción del acusado, tipo de arma utilizada, lugar donde se infirieron las lesiones y la relación conflictiva por la que el Sr. Nazario Otazú, por la misma enfermedad de su hijo y el abuso sexual perpetrado a su hija, se excluye que el imputado tenía conciencia y voluntad para provocar las heridas de gravedad contra la humanidad del Sr. Ignacio Ayala. En base a lo precedentemente expuesto, podemos afirmar que la conducta de Nazario Otazú es típica.

En esta tesitura, el mecanismo de impugnación, debe prosperar. La fundamentación así expuesta, resulta violatoria a las reglas del pensamiento lógico. En la construcción de las premisas de cuanto expone el A quo, se advierten dos juicios, contradictorios entre sí, a saber, 1°) El A quo, excluye la existencia de conciencia y voluntad por parte del imputado y; 2) El A quo, afirma que la conducta del encausado es típica. En tales condiciones, la declaración de que la conducta del acusado es típica, resulta infundada, por violación a los principios lógicos de no contradicción y razón suficiente, lo que deviene en una decisión defectuosa por adolecer de vicios en el pensamiento (vicios in cogitando) en razón de que tal conclusión no resulta consecuencia directa de las premisas elaboradas por el Tribunal de Mérito.

De lo expuesto, y atendiendo a que la motivación de una Sentencia Judicial es una operación lógico-jurídica, fundada en la certeza de la demostración y vinculación de los hechos, sobre la base de los principios lógicos y legales que gobiernan la elaboración de los juicios y dan base y sustento cierto para determinar cuales son verdaderos o falsos, si ella resulta violada (como en este caso lo hizo el Tribunal de Sentencia), el razonamiento no existe y la fundamentación, aunque aparezca como acto escrito, no tiene vida como pensamiento jurídico.

La afectación al principio de legalidad se verifica en el sub-examine en razón de que, de la sentencia de mérito no puede concluirse válidamente, con certeza positiva que la conducta del encausado resultó típica, por encontrarse reunidos en la conducta del encausado, los elementos objetivos y subjetivos del hecho punible de homicidio doloso; o si por el contrario, resultó atípica por la inexistencia del dolo en su conducta.

Evidentemente, existió un quiebre en el análisis del caso, pues, no resulta lógico ni penalmente válido, declarar típica una conducta sin concluir de manera precisa y determinante el elemento subjetivo del mismo (dolo), ya que por dogmática penal se entiende, que para declarar típica una conducta penalmente relevante, primigeniamente se debe determinar los aspectos objetivos y subjetivos de la conducta, representada por el conocimiento de todos los elementos objetivos del tipo penal y subjetivos, representada – en el caso – por el dolo de hecho.

En esa tesitura, corresponde mencionar que la violación al principio de razón suficiente – requisito necesario para la validez de toda resolución judicial – se puede verificar en los siguientes casos: ausencia de fundamentación; fundamentación defectuosa, es decir, cuando existe contradicción entre los puntos del dispositivo o inclusive, con los argumentos esgrimidos en el considerando de la resolución, o en los casos de fundamentación aparente o insuficiente. Lo que se quiere con la motivación correcta de las sentencias es que “...queden bien en claro dos principios: de la verificabilidad y de la racionalidad”. (Olsen Ghirardi. Obra: “El razonamiento débil – Motivación de las resoluciones judiciales. El control de Logicidad. Los Errores In Cogitando. El Writ of Certiorari y la Suprema Corte de la Nación, Pag. 49).

En esas condiciones, el fallo del A quo debe ser anulado, por adolecer de vicios en el razonamiento judicial (vicios in cogitando), y no pudiéndose reparar el error detectado ante esta Instancia, debido a que en la tarea de encuadre legal de la conducta, las partes controvierten la existencia o no de ciertos elementos fácticos que podrían modificar notablemente la calificación final del hecho y la sanción penal a ser impuesta, los que –como en todo proceso penal- requieren de la valoración de circunstancias de hecho, que solo pueden apreciarse en la instancia de mérito, no corresponde el reenvío al

solo efecto de un nuevo juicio sobre la pena, sino mas bien, para la realización de un nuevo juicio oral y público, ante otro Tribunal de Sentencia, en función a lo dispuesto por el Art. 473 del CPP, en concordancia con lo previsto en el Art. 480 del mismo cuerpo legal. Por tanto, y en atención a la forma como queda resuelta la cuestión, el estudio respecto a la inobservancia o errónea aplicación al caso concreto del Art. 105, Inc. 3º) del Código Penal, resulta inoficiosa. Es mi voto.

A su turnos, los Ministros Pucheta de Correa y Bajac Albertini, manifestaron que comparten el voto del Ministro Primer opinante, por los mismos fundamentos.

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

R E S U E L V E: 1.- Declarar admisible el Recurso de Casación interpuesto por la Abog. María Julia Valdez Caballero, Agente Fiscal de la Unidad Penal Nº 01, de la Fiscalía Regional de San Juan Bautista, Misiones, en contra del Acuerdo y Sentencia Nº 60, del 01 de noviembre de 2007, dictado por el Tribunal de Apelación de la Circunscripción Judicial de Misiones. 2.- Anular el Acuerdo y Sentencia Nº 60, de fecha 01 de noviembre de 2007, por los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. 3.- Anular la S.D. Nº 19, del 27 de julio de 2007, dictada por el Tribunal de Sentencia Colegiado de San Juan Bautista, Misiones y, de conformidad a lo previsto en los Artículos 473, en concordancia con el Art. 480 del CPP, reenviar la presente causa a otro Tribunal de Sentencia para la realización de nuevo juicio oral y público, por los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. 4.- Remitir estos autos al Juzgado de Origen. 5.- Anotar, notificar y registrar.

Ministros: Sindulfo Blanco, Alicia Beatriz Pucheta de Correa y Miguel Oscar Bajac. Ante mí: Karinna Penoni de Bellassai. Secretaria judicial

ACUERDO Y SENTENCIA Nº 72

Cuestión debatida: Acerca de una extinción de la acción penal por supuesto cumplimiento el plazo máximo de duración del proceso penal.

PROCESO PENAL. Duración del proceso penal. Extinción del proceso penal

La resolución recurrida es un auto interlocutorio dictado por un tribunal de apelación que revoca la extinción de la acción penal, lo que conforme a la redacción del art. 477 del CPP es una resolución que no admitiría en principio, la interposición del recurso extraordinario de casación, no obstante, al ser la cuestión discutida declarable de oficio – extinción de la acción penal- y configurar ésta una cuestión de orden público, conforme al art. 137, corresponde el estudio de la misma y determinar si ha transcurrido o no el plazo de duración del procedimiento y las posibles afectaciones a las garantías del debido proceso en cuanto al plazo razonable de decisión de las causas penales.

PLAZOS PROCESALES. Plazo razonable

El principio de plazo razonable implica una limitación al ius puniendo estatal, por el cual el Estado no puede tener enjuiciadas a las personas sin un tiempo límite, presumiendo que en cualquier momento se probara su culpabilidad, lo que atenta contra el principio de inocencia, circunstancia inaceptable en el sistema democrático, correspondiendo a los propios órganos estatales, la jurisdicción, el deber de velar por su vigencia efectiva, no pudiendo consentirse en manera alguna su vulneración, prescindiendo del órgano que provenga.

PROCESO PENAL. Duración del proceso. **PLAZOS PROCESALES.** Plazo razonable

Todo derecho penal tendrá una duración de tres años y seis meses que el art. 136 del CPP dispone para la duración máxima del proceso, incluidos los seis meses a los efectos de la tramitación de los recursos desde el primer acto de procedimiento a partir del cual se contabiliza el plazo, la notificación del acta de imputación.

PROCESO PENAL. Notificaciones en el proceso penal

La notificación de la sentencia judicial tiene una doble función: por un lado hacer funcionar la garantía de la defensa en juicio (derecho a recurrir) y por otro la eficiencia del sistema (decisiones que se ejecutan y restablecen la paz social).

PROCESO PENAL. Extinción del proceso penal

La extinción de la acción penal es una cuestión de orden público, que interesa a la justicia y a los órganos jurisdiccionales, dado que implica el respeto de derechos y garantías fundamentales de la persona humana, en este caso del individuo sometido a un proceso penal, de los cuales el Poder Judicial, a través de sus órganos por mandato constitucional del art. 247 se constituye en custodio.

CSJ, Sala Penal.12-03-10 “Recurso Extraordinario de Casación interpuesto por el Abog. Rafael Gorostiaga Saguier en los autos: “Nelson Rubén Mendoza Osorio s/Homicidio Doloso.” (Ac. y Sent. Nº 72)

CUESTIONES:

¿Es admisible para su estudio el recurso de casación interpuesto?

¿En su caso, resulta procedente?

A los efectos del análisis correspondiente de las cuestiones a ser estudiadas y con el objeto de establecer un orden en la emisión de los votos, se procede al sorteo, arrojando el siguiente resultado: Blanco, Pucheta de Correa y Jose Raul Torres Kirmser.

A la primera cuestión planteada, el ministro Blanco, dijo: a la primera cuestión planteada, el ministro blanco, dijo: El recurso extraordinario de casación fue interpuesto por el Abog. Rafael Gorostiaga saguier en contra del Auto Interlocutorio N° 113 de fecha 07 de junio de 2007, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Criminal, 3ª. Sala, de la circunscripción judicial del la capital (fs. 299/302).

La mencionada resolución dispone: "(1) Declarar la competencia para que este Tribunal de Apelaciones en lo Penal pueda sustanciar y resolver el Recurso de Apelación General interpuesto por el Abog. Williams Dante Justiniano, en ejercicio de la defensa de Nelson Ruben Mendoza Osorio, acusados por el supuesto hecho punible contra la vida (Homicidio doloso), contra el A. I. No. 80 de fecha 5 de marzo del 2007, dictado por el Juez Penal de Ejecución Abogado Isacio Cuevas. 2) Declarar la admisibilidad del recurso de apelación planteado. 3) Revocar la resolución A. I. No. 80 de fecha 5 de marzo del 2007, dictado por el Juez Penal de Ejecución Abogado Isacio Cuevas..."

En primer término corresponde pronunciarse acerca de la admisibilidad de la impugnación interpuesta. En ese sentido, el artículo 477 del Código Procesal Penal, dispone en relación al objeto del recurso: "Solo podrá deducirse el recurso extraordinario de casación contra las sentencia definitivas del tribunal de apelaciones o contra aquellas decisiones de ese tribunal que pongan fin al procedimiento, extingan la acción o la pena, o denieguen la extinción, conmutación o suspensión de la pena".

La resolución recurrida, es un Auto Interlocutorio dictado por un Tribunal de Apelación que revoca la extinción de la acción penal, lo que conforme a la redacción del citado artículo es una resolución que no admitiría en principio la interposición del recurso extraordinario de casación, no obstante al ser la cuestión discutida la extinción de la acción penal en razón al transcurso del plazo dispuesto por el art. 136 del C.P.P. y configurar esta una cuestión de orden público, declarable de oficio conforme a los parámetros del art. 137 del mismo cuerpo legal, corresponde el estudio de la misma y determinar si ha transcurrido o no el plazo de duración del procedimiento y las posibles afectaciones a las garantías del debido proceso en cuanto al plazo razonable de decisión de las causas penales (art. 17, 137 de la C.N. en concordancia con el art. 8 inc. 1 del Pacto de San José de Costa Rica).

La Constitución Nacional en su art. 17 dispone: "...De los derechos procesales. En el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a: inc. 10.....El sumario no se prolongará más allá del plazo establecido por la ley". El artículo 8 inc. 1 del Pacto de San José de Costa Rica, que por imperio de la norma constitucional del art. 137, tiene plena vigencia para los casos sometidos a jurisdicción nacional y de aplicación preeminente señala: "...Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable..."

El principio de plazo razonable implica una limitación al ius puniendi estatal, por el cual el Estado no puede tener enjuiciadas a las personas sin un tiempo límite, presumiendo que en cualquier momento se probará su culpabilidad, lo que atenta contra el principio de inocencia, circunstancia inaceptable en el sistema democrático, correspondiendo a los propios órganos estatales, en este caso, la jurisdicción, el deber de velar su vigencia efectiva, no pudiendo consentirse en manera alguna su vulneración, prescindiendo del del órgano que provenga.

Es por ello, que el art. 136 del C.P.P., dispone: "...Duración máxima. Toda persona tendrá derecho a una resolución judicial definitiva en un plazo razonable. Por lo tanto, todo procedimiento tendrá una duración máxima de tres años, contados desde el primer acto del procedimiento. Este plazo solo se podrá extender por seis meses más cuando exista una sentencia condenatoria, a fin de permitir la tramitación de los recursos". Por otro lado, esta Sala Penal ha determinado como primer acto de procedimiento a partir del cual se contabiliza el plazo, la notificación del acta de imputación en los siguientes términos: "...la duración máxima del procedimiento debe ser evaluada a partir de la notificación al imputado del acta de imputación correspondiente" (Acuerdo y Sentencia No. 1322 de fecha 24 de setiembre del 2004 en la causa Valeria Ortiz y otros s/ lesion de confianza).

Tomando en consideración lo señalado corresponde abocarse al estudio del caso en cuestión en cuanto a su duración total: 1) la causa fue notificada al señor Nelson Ruben Mendoza Osorio en fecha 29 de agosto del 2001, durante la sustanciación de la audiencia prevista en el art. 242 del C.P.P. (fs. 15);

2) En fecha 07 de octubre del 2002, el Tribunal de Sentencia conformado al efecto condenó a Nelson Ruben Mendoza Osorio a la pena privativa de libertad de Diez años (fs. 198/203);

3) Por Acuerdo y Sentencia No. 22 de fecha 19 de marzo del 2003, el Tribunal de Apelación, 3ª. Sala resuelve confirmar el fallo apelado (fs. 237/239);

4) En fecha 11 de agosto del 2005, fue notificada la resolución de la Cámara de Apelación al condenado (fs. 232);

5) Por escrito de fecha 18 de noviembre del 2005 el defensor del procesado plantea la extinción de la acción penal (fs. 246/248);

6) Por A. I. No. 109 de fecha 21 de febrero del 2007 la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia declara que el Juez de Ejecución Penal es competente a los efectos de expedirse en relación a la extinción de la acción penal planteada;

7) Por A. I. No. 80 de fecha 05 de marzo del 2007, el Juez de Ejecución Penal No. 3 decreta la extinción de la causa por el trascurso del tiempo (fs. 270/271);

8) Por A. I. No. 113 de fecha 07 de junio del 2007, el Tribunal de Apelación en lo Penal 3ª. Sala revoca la resolución dictada por el Juez de Ejecución Penal (fs. 299/302).

Conforme a lo constatado precedentemente, desde la notificación del acta de imputación (29 de agosto del 2001) al momento de dictarse la sentencia de primera instancia (07 de octubre del 2002) habían transcurrido Un año un mes y ocho días, a su vez desde que se dictó la sentencia definitiva (07 de octubre del 2002) hasta que fue confirmada en segunda instancia (19 de marzo del 2003), cinco meses y diecisiete días. Por otro lado, la notificación al condenado de la resolución del Tribunal de Apelación se produjo en fecha 11 de agosto del 2005, dos años cuatro meses y veintitrés días después que se dictó la resolución del A quem.

En total, desde la notificación del acta de imputación (29 de agosto del 2001) hasta la notificación de la sentencia del tribunal de apelación (11 de agosto del 2005) transcurrieron tres años once meses y dieciocho días, habiéndose extinguido la causa en fecha 28 de febrero del 2005, en la cual se agotó el plazo de tres años y seis meses que el citado art. 136 del C. P. P. dispone para la duración máxima del proceso, incluidos los seis meses a los efectos de la tramitación de los recursos.

Es dable afirmar, ante las constancias de autos, que la causa ya se había extinguido al tiempo de la notificación personal al condenado de la resolución del A_quem (11 de agosto del 2005), presupuesto fundamental e ineludible previsto en los artículos 153 y 154 del C.P.P., que imponen al órgano jurisdiccional la obligación de notificar las sentencias definitivas remitiendo copias de las mismas a los fines de que las partes puedan hacer uso de las herramientas procesales correspondientes, asimismo, tiene como objetivo que sus decisiones sean controladas públicamente, puesto que son un acto de gobierno y por último porque al ser la sentencia judicial una norma jurídica que presupone su ejecutoriedad posterior, requiere necesariamente que la misma ya no pueda ser discutida en cuanto a su firmeza, en otras palabras que sea una cosa juzgada.

La notificación de la sentencia judicial tiene una doble función: por un lado hacer funcionar la garantía de la defensa en juicio (derecho a recurrir) y por otro la eficiencia del sistema (decisiones que se ejecutan y restablecen la paz social). En ambos casos, el órgano jurisdiccional se constituye en garante del derecho a la defensa en juicio, por que le importa que sus pronunciamientos sean validos y legales y por que en definitiva todo su actuar resultaría inocuo si no asegura la ejecución de sus pronunciamientos.

Consecuentemente, a la vista de tales circunstancias, la extinción de la acción penal en la presente causa se produjo en razón a la omisión de la notificación del Acuerdo y Sentencia No. 22 de fecha 19 de marzo del 2003, tiempo en el cual el expediente principal permaneció en el Tribunal de Apelación en lo Penal 3ª. Sala.

En ese orden de cosas, estimo necesarias algunas consideraciones respecto al fallo de la Cámara de Apelación en lo Criminal 3ª. Sala, en cuanto a las interpretaciones en ella plasmadas referidas a la resolución del pedido de extinción de la acción penal de autos y la forma en que se abordó la cuestión con la consecuente decisión adoptada. Esto es así por que la extinción de la acción penal es una cuestión de orden público, que interesa a la justicia y a los órganos jurisdiccionales, dado que implica el respeto de derechos y garantías fundamentales de la persona humana, en este caso del individuo sometido a un proceso penal, de los cuales el Poder Judicial, a través de sus órganos y por mandato constitucional del art. 247 se constituye en custodio.

El Auto Interlocutorio No. 113 de fecha 07 de junio del 2007 dictado por el Tribunal de Apelación en lo Penal Tercera Sala es nulo por ser incongruente. El mismo fue dictado en abierta contravención a disposiciones constitucionales y legales.

La querrela, al momento de interponer el recurso de apelación se agravio señalando que la sentencia dictada en autos se encontraba firme al momento de la resolución de extinción penal declarada por el Juez de Ejecución Penal (fs. 276). Igualmente afirma que no es competencia material del citado órgano jurisdiccional la declaración de extinción de la causa (fs. 277). El Ministerio Público, al contestar el planteo señala que la apelación general deviene improcedente en razón a que la extinción de la causa se produjo por el transcurso del plazo, al igual que lo afirmado por la defensa del procesado Nelson Rubén Mendoza Osorio.

No obstante ello, el Tribunal de Apelación centró su estudio en la competencia material del Juez de Ejecución Penal a los efectos de la declaración de extinción de la acción penal, lo cual excede el marco de su competencia decisoria puesto que la misma _competencia para declarar la extinción de la acción penal_ ya fue definida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (A. I. No. 109 de fecha 21 de febrero del 2007) para la presente causa, por lo cual, aún cuando, ni las partes ni los magistrados, estuvieran de acuerdo con lo resuelto por el alto Tribunal, la cuestión sobre competencia material ya fue definida por una resolución firme.

Si bien es cierto el apelante introdujo la cuestión entre sus agravios, el Tribunal no debió emitir un pronunciamiento de las características del citado auto, por cuanto revoca una resolución sobre la base de una controversia que ya ha sido decidida debidamente en una etapa que quedó preclusa, obviando la respuesta al cuestionamiento central del apelante, que se constituía no sólo en la competencia del Juez de Ejecución Penal, sino en que se produjo la extinción de la acción penal por el transcurso del plazo razonable previsto en el art. 136 del C. P. P.. A lo largo de la resolución en estudio no se vislumbra razonamiento alguno en cuanto al cómputo del plazo y a su correcta o errónea aplicación y cálculo por parte del Juez A_quo, por lo cual la resolución es incongruente por ser citra petita.

Es por ello que, en ejercicio de sus facultades de superintendencia previstas por la Ley 609, corresponde a mi criterio, la remisión de las compulsas de estos autos al Consejo de Superintendencia, para la apertura de un sumario en averiguación y constatación de las actuaciones procesales llevadas a cabo por los profesionales abogados, auxiliares de la justicia, así como de los órganos jurisdiccionales en lo atinente a su adecuación a los plazos legales de resolución, por las dilaciones indebidas, retardo injustificado o ejercicio abusivo del derecho, configurados en la tramitación del presente proceso.

Consecuentemente, y dado que el Tribunal de Apelación en lo Penal 3ª. Sala, al resolver una cuestión de orden público, como lo es la vigencia y aplicación del principio constitucional del plazo razonable, obró afectando seriamente el principio de legalidad y el derecho a la defensa en juicio, revocando la declaración de extinción de la acción penal sobre la base de argumentos arbitrarios, es que entiendo procedente declarar nulo el fallo, disponiendo en consecuencia la extinción de la acción penal en la presente causa seguida al Señor Nelson Rubén Mendoza Osorio, con el consecuente sobreseimiento definitivo tal como lo dispone el art. 359 del C.P.P., conforme los fundamentos expuestos precedentemente y a lo dispuesto por los art. 16, 17, 137, 247, 256 de la C.N., art. 8 inc. 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), art. 5, 6, 39, 40, 127, 136, 153, 154, 359, 480 y concordantes del C.P.P.. Es mi voto.

A su turno, los Ministros Pucheta de Correa y Torres Kirmser manifiesta que se adhiere al voto que antecede por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada, el ministro Sindulfo Blanco, dijo: No procede el estudio de la segunda cuestión, dada la manera en que fue resuelta la primera, así doy mi voto.

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

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

RESUELVE: Anular el Auto Interlocutorio No. 113 de fecha 07 de junio del 2007 dictado por el Tribunal de Apelación en lo Penal Tercera Sala, por los fundamentos expuestos en el exordio que antecede. Declarar la extinción de la acción penal en la causa seguida a Nelson Rubén Mendoza Osorio por los motivos precedentes y disponer el sobreseimiento definitivo en el marco de la presente causa por imperio del art. 359 del C.P.P.R emitir estos autos al Juzgado competente a los fines pertinentes. Remitir compulsas de estos autos al Consejo de Superintendencia de la Corte Suprema de Justicia a los efectos previstos en el exordio del presente fallo. Anotar, notificar y registrar.

Ministros: Sindulfo Blanco, Alicia Beatriz Pucheta de Correa y José Raúl Torres Kirmser. Ante mí: Karinna Penoni de Bellassai. Secretaria judicial.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 73

Cuestión debatida: Se pretende la revisión de la sentencia invocando que un elemento probatorio fundamental en esta causa no ha sido rendido, a pesar de haber sido peticionado y admitido (la declaración del denunciante), el que resulta definitivo a los fines de determinar la verdad de lo ocurrido.

RECURSO DE REVISIÓN. Admisibilidad y procedencia del recurso de revisión

El hecho que el denunciante no se presente a testificar no implica que será motivo para una posterior revisión de la sentencia dictada en autos. La revisión en este caso resulta procedente por cuanto existen otros elementos específicos con los cuales será confrontado, que no han podido ser constatados por carecer de otros elementos de prueba directos en la causa.

RECURSO DE REVISIÓN. Reenvío de autos en el recurso de revisión

El art.485 del CPP determina que en caso de que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia considere como solución la nulidad en la causa revisada deberá disponer su reenvío a un nuevo juicio o la solución directa para el caso. En este sentido corresponde se disponga el reenvío de la presente causa a fin de un nuevo juzgamiento de la misma con la necesaria comparecencia del denunciante, quien de conformidad al art. 203 del CPP tiene un deber de testificar sobre los hechos que llegaron a su conocimiento.

RECURSO DE REVISIÓN. Principios generales

El recurso de revisión es extraordinario, porque se concede de las sentencias pasadas en cosa juzgada. No está dirigido al reexamen de la causa, sino que provoca una nueva actividad judicial para enervar los efectos de una sentencia, en base a elementos distintos de los que determinaron la decisión. La finalidad de la revisión es hacer prevalecer el valor justicia sobre el de seguridad jurídica que inspira la cosa juzgada. (Voto en disidencia del Ministro Víctor Núñez)

RECURSO DE REVISION. Hecho nuevo

De acuerdo a la casuística invocada por el revisionista la misma se halla prevista en el inc. 4° del art. 481 del CPP – hechos nuevos- que se constituye en una de las causales propias del recurso de revisión capaz de enervar al autoridad de la cosa juzgada frente a los graves y evidentes errores que puedan haberse producido en el juicio penal. (Voto en disidencia del Ministro Víctor Núñez)

RECURSO DE REVISION. Motivo del recurso de revisión

La normativa del art. 481 inc. 4° del CPP exige como condición de procedencia del recurso que los hechos alegados sean sobrevivientes a la condena o descubiertas después de que ella haya recaído y siempre y cuando dejen trasuntar una inequívoca y precipua incidencia sobre el caudal probatorio meritados en la sentencia revisada. (Voto en disidencia del Ministro Víctor Núñez)

RECURSO DE REVISION. Hecho nuevo

Los hechos nuevos deben tener la entidad suficiente para alterar el caudal fáctico que sirvió de base a la sentencia condenatoria, de modificar el juicio de reprochabilidad ya probado y del cual se tuvo plena convicción en la sentencia de condena. (Voto en disidencia del Ministro Víctor Núñez)

CSJ, Sala Penal.15-03-10 “Recurso de Revisión interpuesto por el señor Miguel Roberto Gaona Nacimiento, por derecho propio y bajo patrocinio de los Abogados Pedro Ovelar y Luis Fernando Rosetti en la causa: “Miguel Roberto Gaona Nacimiento s/cohecho pasivo agravado.” (Ac.y Sent. N° 73)

CUESTIONES :

Es admisible el recurso de revisión planteado en autos?

En su caso, resulta procedente?

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

A la primera cuestión planteada, el Dr. Blanco dijo: En primer término corresponde realizar el examen de admisibilidad del recurso interpuesto, y en tal sentido, se advierte que los requisitos formales de interposición se hallan debidamente acreditados, a tenor de lo dispuesto en los artículos 481, 482 y 483 del Código Procesal Penal, conforme se expone a continuación: a) Objeto impugnado: Los fallos atacados constituyen sentencias definitivas (Acuerdo y Sentencia No. 206 de fecha 16 de abril del 2009 dictado por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia; Acuerdo y Sentencia N° 07 de fecha 20 de febrero de 2007, dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal, 3ª. Sala de la Circunscripción Judicial de la Capital, y la S.D. No. 182 de fecha 31 de mayo del 2006 dictada por el Tribunal de Sentencias de la Capital conformado al efecto respectivamente) con calidad de firmes, vale decir, contra las mismas no cabe recurso alguno; b) Plazo: procede en todo tiempo; c) Sujeto Legitimado: El Señor Miguel Roberto Gaona Nacimiento se halla debidamente legitimado para interponer el recurso en examen, a tenor de lo dispuesto en el artículo 482 inc. 1 del citado cuerpo legal de forma; d) Forma de interposición: El planteamiento en estudio reúne las condiciones de escrito fundado, conforme a las disposiciones del art. 483 del Código Procesal Penal.

En resumen: estimo que el recurso de revisión reúne las condiciones requeridas para declararlo admisible y, en consecuencia, procede entrar a analizar el fondo de la impugnación. Es mi voto.

A sus turnos, los doctores Bajac y Nuñez, manifiestan cuanto sigue: que se adhieren al voto del ministro preopinante Dr. Blanco.

A la segunda cuestión planteada, el Dr. Blanco dijo: A fin de plasmar de una manera ordenada la materia decisoria del presente pronunciamiento, en primer término se expondrán los argumentos del revisionista, luego la respuesta del Ministerio Público, así como una breve reseña del devenir procesal de la presente causa, por último la solución propuesta para el presente caso.

Argumentos del revisionista: Sostiene el recurrente, en su escrito de fecha 23 de julio del 2007, obrante a fs. 319-327 de autos, que su parte se ha visto imposibilitada de ejercer su defensa material en base a una tesis de descargo, debido a que el principal testigo del hecho, el denunciante, Marcos Pérez Penner desapareció. Sostiene que el Tribunal de Sentencia tuvo por probados los extremos afirmados por el denunciante al momento de poner a conocimiento del Ministerio Público los hechos por los que posteriormente fue juzgado y condenado. Sin embargo, ello no pudo ser contrastado con una declaración del Señor Pérez Penner al momento del debate y contraexaminado sobre la teoría que la defensa pretendía acreditar en juicio: una relación comercial previa entre ambos, razón por la cual se produjo el encuentro, que finalmente fue grabado y tenido por probado como un hecho punible de Cohecho Pasivo Agravado.

Alega además que actualmente se verifican las condiciones para una reapertura de la causa, por cuanto existen personas en condiciones de testificar el lugar donde se encuentra el Señor Marcos Pérez Penner, a fin de que con el auxilio de la fuerza pública comparezca en juicio y pueda contrastarse su declaración, en relación con la grabación obtenida de la conversación mantenida entre ellos y que supuestamente sustenta la tesis del Ministerio Público en cuanto a la configuración del hecho punible que finalmente fue condenado. Agrega copias autenticadas de actas de manifestación de tres personas que acreditarían el probable domicilio del Señor Pérez Penner.

Fundamenta su pretensión en lo dispuesto por el art. 481 inc. 4 del C.P.P. y peticiona la nulidad de la sentencia impugnada y se ordene en consecuencia el reenvío de la causa a un nuevo juicio oral y público.

Argumentos del Ministerio Público: La Fiscal Adjunta, Abog. María Soledad Machuca Vidal, por requerimiento de fecha 1 de octubre del 2007 recomienda el rechazo de la impugnación interpuesta, por cuanto no se encuentran acreditados los extremos requeridos por el art. 481 inc. 4 del C.P.P., en cuanto a la configuración de hechos nuevos posteriores a la sentencia dictada en el proceso y que tuvieren la cualidad de modificarla sustancialmente.

Reseña procesal: Atendiendo a que el material de discusión versa sobre elementos probatorios ya valorados en contrastación con aquellos no han sido objeto de debate, es menester ubicar cronológicamente aquellos cuya valoración conjunta solicita el peticionante, conforme han sido ofrecidos, admitidos y eventualmente producidos en la presente causa.

La declaración testifical de Marcos Pérez Penner: fue ofrecida por el representante del Ministerio Público en su requerimiento acusatorio de fecha 20 de abril del 2004 (fs.81-86), admitido por A.I. No. 992 de fecha 2 de junio de 2005 (fs. 202-205). Durante la tramitación del juicio oral y público, él mismo no se presentó a prestar declaración testifical, disponiéndose su captura al efecto (fs. 208);

La filmación de la entrevista entre el Señor Gaona Nacimiento y Pérez Penner: de fecha 18 de octubre del 2003 (acta obrante a fs. 17), ofrecida por el representante del Ministerio Público, admitido por A.I. No. 992 de fecha 2 de junio de 2005 (fs. 202-205) en base a cuyo contenido el Tribunal de Sentencia consideró probado el hecho punible de Cohecho Pasivo agravado.

Contrato Publicitario suscripto entre el Señor Pérez Penner y el Señor Gaona Nacimiento: ofrecido por la defensa durante la sustanciación del juicio oral y público (fs. 206-207) y admitido por el Tribunal de Sentencias.

Análisis de procedencia.

El fundamento normativo expuesto por el revisionista se sustenta en lo dispuesto por el art. 481 del Código Procesal Penal, el cual en relación al recurso planteado dispone: Procedencia. La revisión procederá contra la sentencia firme, en todo tiempo, y únicamente a favor del imputado, en los casos siguientes: ...4) cuando después de la sentencia sobrevengan hechos nuevos o elementos de prueba que solos o unidos a los ya examinados en el procedimiento, hagan evidente que el hecho no existió, que el imputado no lo cometió o que hecho cometido no es punible o corresponda aplicar una norma más favorable”.

Pues bien, examinado el expediente a fin de resolver lo peticionado por el recurrente, tenemos que se pretende la revisión de la sentencia invocando que un elemento probatorio fundamental en esta causa no ha sido rendido, a pesar de haber

sido peticionado y admitido (la declaración del denunciante), el que resulta definitivo a los fines de determinar la verdad de lo ocurrido, puesto que sólo él mismo y el condenado pueden explicitar ciertos extremos, como la relación existente entre ambos (contrato publicitario) y hasta la conversación que tuvieron el día de la filmación, puesto que el sonido de la misma no resulta audible.

Ciertamente, la declaración testifical del denunciante _Marcos Pérez Penner_ ha sido ofrecida ya con anterioridad. No fue rendida por que él mismo no acudió al llamado de prestar declaración en la causa que justamente inició con su denuncia. En otras palabras, sin su versión inicial de los hechos la noticia criminis no hubiera llegado a conocimiento del Ministerio Público. Por lo cual, su declaración resultaba fundamental, ya que sólo fue oído por el representante del Ministerio Público, más no fue examinado por la defensa.

La declaración del denunciante en casos como éste _cohecho pasivo agravado_ resulta de vital importancia, puesto que reafirma con sustento fuerte la teoría del caso que sustente el Ministerio Público. Al ser el particular afectado por el “pedido de coima”, solo él conoce los antecedentes que precedieron al día en que se produjo la filmación del encuentro con el condenado. Las declaraciones de los demás testigos e incluso la versión fiscal se fundamenta, en gran medida, en lo aportado por el Señor Pérez Penner, que no ha sido controlado o corroborado por otros medios de igual valor, en este caso sería un examen y contraexamen de las partes.

Se cuenta con una filmación autorizada por orden judicial y cuya validez está fuera de discusión, conforme ya lo expuse en oportunidad de expedirme ante el Recurso Extraordinario de Casación interpuesto por la defensa, oportunidad en la que no se ha valorado su contenido, dada la imposibilidad legal de hacerlo, sino su validez procesal. Dicha filmación contiene el testimonio de la entrevista de fecha 18 de octubre de 2003 entre Pérez Penner y Gaona Nacimiento y de la cual tomaron conocimiento los intervinientes en la filmación, así como funcionarios del Ministerio de Hacienda.

La declaración de Pérez Penner resulta por tanto trascendental a los efectos de un correcto ejercicio de la defensa material del condenado, ello debido a que su versión de los hechos no ha sido controlada por la defensa. Se requiere de la misma y su confrontación con la filmación y los demás elementos probatorios admitidos y producidos en autos.

Si bien dicha declaración testifical no aparece como elemento probatorio posterior nuevo para el caso, la misma al no haber sido rendida oportunamente no permitió su valoración conjunta con dos elementos que surgieron como importantes, tanto para la teoría del caso del Ministerio Público, como los argumentos de la defensa: 1) la filmación del acto de entrega de dinero; y 2) el contrato publicitario suscrito entre los mismos. Constituye por tanto, un elemento que aportará novedad en cuanto a los hechos que dieron origen y continuidad a la presente causa.

Esto no implica de manera alguna que cada caso en donde no se presente el denunciante a testificar será motivo para una posterior revisión de la sentencia dictada en autos. En éste caso ello se verifica porque: a) existe una filmación de un acto de entrega de dinero entre el denunciante y el condenado, pero no existe constatación de las entrevistas anteriores y su contenido más que por testigos de referencia, es decir ninguno de ellos presencié o escuché conversaciones anteriores sobre el pedido de dinero _son todos funcionarios públicos denunciantes e intervinientes en el acto, en qué concepto se pidió y el trato al que llegaron, así como tampoco existen testigos con relación directa con la víctima (como lo sería su cónyuge, un empleado de confianza, etc.), que pudieran atestiguar sobre estos momentos anteriores al hecho; b) existe un contrato de servicios suscrito entre ambos, admitido como elemento probatorio en autos, cuya confrontación será esencial para el descubrimiento de la verdad real en esta causa. En otras palabras, la revisión en este caso resulta procedente por cuanto existen otros elementos específicos con los cuales será confrontado, que no han podido ser constatados por carecer de otros elementos de prueba directos en la presente causa.

En ese contexto, deberá agregarse como elemento determinante a los fines de conocer el paradero de Marcos Pérez Penner las declaraciones de los señores Rossana Gamarra Molinas, Edgar Daniel Rodas Maciel y Adolfo Roberti Ruiz.

Como es posible vislumbrar se ha constatado la existencia de un elemento nuevo en la causa y que, deberá ser recogido a los fines de su contrastación puntual con los elementos mencionados precedentemente y con los demás ya producidos en el transcurso del presente proceso. El art. 485 del C.P.P. determina que en caso de que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia considere como solución la nulidad en la causa revisada deberá, disponer su reenvío a un nuevo juicio o la solución directa para el caso. En este sentido corresponde se disponga el reenvío de la presente causa a fin de un nuevo juzgamiento de la misma con la necesaria comparecencia del denunciante, Señor Marcos Pérez Penner, quien de conformidad a lo dispuesto por el art. 203 del C.P.P. tiene un deber de testificar sobre los hechos que llegaron a su conocimiento.

En consecuencia, corresponde hacer lugar al recurso extraordinario de revisión interpuesto por el Señor Miguel Gaona Nacimiento por derecho propio y bajo patrocinio de los Abogados Luis Fernando Rosetti y Pedro Ovelar y en consecuencia declarar la nulidad del Acuerdo y Sentencia No. 206 de fecha 16 de abril del 2009 dictado por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia; Acuerdo y Sentencia N° 07 de fecha 20 de febrero de 2007, dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal, 3ª. Sala de la Circunscripción Judicial de la Capital, y la S.D. No. 182 de fecha 31 de mayo del 2006 dictada por el Tribunal de Sentencias de la Capital y en consecuencia ordenar el reenvío de la causa a un nuevo juicio oral y público donde deberá rendir declaración el denunciante, Señor Marcos Pérez Penner, todo ello de conformidad a lo dispuesto por los artículos 203, 481, 482, 483 y 485 del C.P.P. Es mi voto.

A su turno el Dr. Núñez manifiesta: que: Disiento con los argumentos vertidos por el Señor Ministro preopinante en el voto que antecede en base a las siguientes consideraciones: La causa llega a esta instancia con resoluciones firmes y con fuerza de ejecutoria. En este contexto, cabe referirnos a los precedentes procesales operados en la causa, así por el hecho de Cohecho Pasivo Agravado fue enjuiciado el Señor Miguel Roberto Gaona Nacimiento. Por SD N° 182 de fecha 31 de mayo de 2006, el Tribunal de Sentencia de la Capital lo condenó a tres (3) años de pena privativa de libertad, resolución confirmada por Acuerdo y Sentencia N° 07 de fecha 20 de febrero de 2007, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Penal Tercera Sala de la Capital y el Acuerdo y Sentencia N° 206 del 16 de abril de 2007, dictado por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

En este estado la defensa plantea Recurso Extraordinario de Revisión fundado en el artículo 481 inciso 4 del Código Procesal Penal, con la propuesta de que se anulen los fallos recurridos y se ordene el reenvío de la causa a un nuevo juicio oral y público. Sostiene el revisionista que el Tribunal de Sentencia arribó a una decisión judicial en base a una apreciación errada de los hechos debido a la desaparición del principal testigo de la causa, el denunciante Sr. Marcos Pérez Penner. Esta circunstancia –prosigue- imposibilitó acreditar la teoría del caso sostenida por la defensa consistente en la existencia de una relación comercial previa entre el denunciante (Sr. Pérez Penner) y el condenado (Sr. Gaona Nacimiento), motivo por el cual se produjo el encuentro, que finalmente fue grabado y tenido por probado como un hecho punible de Cohecho Pasivo Agravado. Peticiona la reapertura de la causa pues existen personas en condiciones de testificar el lugar donde se encuentra el Señor Marcos Pérez Penner, a fin de que este comparezca a deponer en juicio.-

La Fiscal Adjunta María Soledad Machuca, por Dictamen N° 1254 de fecha 28 de septiembre de 2007 (fs. 329/334), solicitó que el recurso fuera declarado inadmisibile, señalando que el recurrente pretende por esta vía recursiva, el examen de fallos que no constituyen objeto del recurso de revisión.

En primer lugar debe señalarse que el recurso de revisión es extraordinario, porque se concede de las sentencias pasadas en cosa juzgada. No está dirigido al reexamen de la causa, sino que provoca una nueva actividad judicial para enervar los efectos de una sentencia, en base a elementos distintos de los que determinaron la decisión. La finalidad de la revisión, enseña Rubianes “es hacer prevalecer el valor justicia sobre el de la seguridad jurídica que inspira la cosa juzgada” (Manual de Derecho Procesal Penal, Tomo III, pág. 401).

El profesor Alberto Binder, en su obra Introducción al Derecho Procesal Penal, pág. 306, 2da. Edición actualizada, dice: “Nunca la revisión puede constituirse en una forma de repetir la valoración de la información; de lo contrario el mismo principio de la cosa juzgada perdería sentido y las decisiones estatales tendrían siempre un carácter provisional, inadmisibile en un Estado de Derecho”.

La norma invocada por el revisionista –en su parte pertinente- refiere: “Artículo 481. Procedencia. La revisión procederá contra la sentencia firme, en todo tiempo, y únicamente a favor del imputado, en los casos siguientes:... 4) cuando después de la sentencia sobrevengan hechos nuevos o elementos de prueba que solos o unidos a los ya examinados en el procedimiento, hagan evidente que el hecho no existió, que el imputado no lo cometió o que el hecho cometido no es punible o corresponda aplicar una norma más favorable...”.

De acuerdo a la casuística invocada por el revisionista la misma se halla prevista en el inciso 4º del citado artículo 481 del CPP –hechos nuevos- que se constituye en una de las causales propias del Recurso de Revisión capaz de enervar la autoridad de la cosa juzgada frente a los graves y evidentes errores que puedan haberse producido en el juicio penal. La normativa exige como condición de procedencia del recurso que los hechos alegados sean sobrevivientes a la condena o descubiertas después de que ella haya recaído y siempre y cuando dejen trasuntar una inequívoca y precipua incidencia sobre el caudal probatorio meritados en la sentencia revisada.

La jurisprudencia internacional ha expuesto: “La causal de hecho nuevo requiere no solo la aparición de nuevos hechos o nuevos elementos de prueba, sino también que estos tengan la capacidad de producir certeza total sobre la inexistencia del suceso, la inocencia del imputado o la necesidad de encuadrarlos en una norma legal mas favorable, o sea, que no resulta suficiente la mera alusión a nuevos hechos o material probatorio, sino que su transcendencia debe ser tal, que incida definitiva y favorablemente, en lo resuelto en sentencia.” (Corte Suprema de Justicia, Sala Tercera, República de Costa Rica, Sentencia del 27 de agosto de 1993).

En el caso sub-examen el recurso intentado esta orientado a demostrar que el condenado Miguel Roberto Gaona Nacimiento no ha cometido el ilícito que se le ha atribuido, en este sentido -según manifestaciones del recurrente- en autos ha surgido un nuevo elemento de prueba, consistente en la declaración testifical del Señor Marcos Pérez Penner, que hace evidente que el hecho no existió. El recurrente pretende introducir como objeto de discusión cuestiones relativas a circunstancias fácticas que –considera- no fueron tenidas en cuenta por el Tribunal de Sentencia motivando una errada apreciación de los hechos, sostiene que el verdadero motivo de la reunión con Pérez Penner fue honrar una deuda comercial mantenida entre ambos y no el pedido de coima por parte del condenado como concluyó el Tribunal de Mérito.

Ahora bien, de las constancias de autos surge que la presente causa tuvo inicio con la denuncia formulada en fecha 17 de octubre de 2003, por el Señor Pérez Penner ante la Subsecretaría de Estado de Tributación y puesta a conocimiento de la Fiscalía de Delitos Económicos conteniendo una relación circunstanciada del hecho denunciado (el Sr. Gaona Nacimiento siendo funcionario del Ministerio de Hacienda ofreció a Pérez Penner informar a Hacienda que su unipersonal no adeudaba tributo alguno al fisco, imponiendo como condición el previo pago de la suma de guaraníes dos millones), motivando el inicio de la investigación que desembocó en el fallo condenatorio del recurrente.

Cabe mencionar que para arribar a la decisión judicial condenatoria los Miembros del Tribunal de Sentencia han valorado un conjunto de elementos probatorios (testimoniales, filmación, constitución del Tribunal a la sede de la Teledifusora Telefuturo a fin de la visualización del contenido del casete evidencia, fotocopia de los billetes entregados, etc.) que les permitió arribar a la convicción de la responsabilidad del Sr. Gaona Nacimiento en el ilícito investigado.

Por otro lado no debe perderse de vista, que el testimonio del Sr. Pérez Penner ya fue ofrecido y admitido en el auto de apertura a juicio no siendo recepcionada en la audiencia de juicio oral y público debido a su incomparecencia, circunstancia que motivó incluso el dictado de una orden de detención en su contra a los efectos de su deposición, sin resultado alguno -éste dato lo brinda el propio recurrente en su escrito de interposición del recurso en estudio-, vale decir, que al cotejar los argumentos esgrimidos por el revisionista en función a la causal que apuntala su pretensión, el mismo resulta improcedente con las exigencias y alcances del citado enunciado procesal, pues la norma exige que el hecho alegado sea nuevo, es decir, se presente con posterioridad a la condena y que haga evidente que el hecho no ha existido o que el condenado no ha cometido el hecho que se le ha atribuido. Desde esta perspectiva, los hechos nuevos deben tener entidad suficiente para alterar el caudal fáctico que sirvió de base a la sentencia condenatoria, de modificar el

juicio de reprochabilidad ya probado y del cual se tuvo plena convicción en la sentencia de condena, que –reiteramos- se sustentó en la valoración armónica de un caudal probatorio concluyente de la responsabilidad del recurrente en el hecho punible de Cohecho Pasivo Agravado.

Así se explica que la vía recursiva procurada se sustenta sobre cuestiones no captadas por el enunciado normativo que subyace en la casuística argüida como fundamento y por ende, incapaz de apadrinar el destierro de la cosa juzgada y alterar las consecuencias jurídicas que les son consustanciales. En consecuencia, conforme a las consideraciones vertidas y al no configurarse la causal impetrada en los términos del Art. 481 incisos 4 del C.P.P., corresponde no hacer lugar al recurso de revisión interpuesto, quedando incólume la condena de 3 años de pena privativa de libertad que se le ha impuesto al condenado Miguel Roberto Gaona Nacimiento, por Sentencia Definitiva N° 182 de fecha 31 de mayo de 2006, y su confirmatoria, plasmado en el Acuerdo y Sentencia N° 07 de fecha 20 de febrero de 2007, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Penal Tercera Sala de la Capital y el Acuerdo y Sentencia N° 206 del 16 de abril de 2007, dictado por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, debiendo remitirse los autos al Juzgado de Ejecución Penal competente, sin perjuicio del derecho subsistente –acotado por la puntual limitación impugnativa- que asiste al condenado en los términos que emergen del artículo 489 del C.P.P. Es mi voto.

A su turno el Dr. Bajac manifiesta: que se adhiere al voto del Dr. Blanco por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto firmando S.S.E.E., todo por ante mi de que certifico quedando acordada la sentencia que inmediatamente sigue: **R E S U E L V E:** 1.- Declarar admisible, el presente Recurso de Revisión planteado. 2.- Hacer lugar, al recurso de revisión interpuesto por el Señor Miguel Roberto Gaona Nacimiento, bajo patrocinio de los Abogados Pedro Ovelar y Luis Fernando Rosetti. 3.- Anular, del Acuerdo y Sentencia No. 206 de fecha 16 de abril del 2009 dictado por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia; Acuerdo y Sentencia N° 07 de fecha 20 de febrero de 2007, dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal, 3ª. Sala de la Circunscripción Judicial de la Capital, y la S.D. No. 182 de fecha 31 de mayo del 2006 dictada por el Tribunal de Sentencias de la Capital; en consecuencia, Ordenar el reenvío de la presente causa a un nuevo juicio oral y público, por los motivos expuestos en el exordio del presente fallo. 3.- Anotar, registrar y notificar.

Ministros: Sindulfo Blanco, Miguel Oscar Bajac y Víctor M. Núñez. Ante mi: Karinna Penoni de Bellasai. Secretaria Judicial.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 78

Cuestión debatida: Se pretende hacer valer una homologación en la cual se debate la validez entre dos acuerdos de cumplimiento de contrato y obligación de hacer escritura pública, que fueron firmados en la misma fecha por las mismas personas, diferenciándose en la cantidad de bienes transferidos a una de ellas.

CONTRATO. Obligación de hacer escritura pública

La ley no establece con meridiana claridad la disposición expresa que debe existir en un contrato posterior para dejar sin efecto otro, sino muy por el contrario a falta de dicha normativa tenemos que cuando ello no está estipulado taxativamente no puede el Juzgador realizar una interpretación restrictiva, ello con atención al principio general que rige nuestro ordenamiento civil: “lo que no está expresamente prohibido está permitido”.

CONTRATO. Obligación de hacer escritura pública

Corresponde el rechazo de la demanda por obligación de hacer escritura pública habida cuenta que el acuerdo base de la presente demanda fue dejado sin efecto por otro, el cual fue homologado judicialmente y que las partes acordaron debía ser presentado para su homologación y no lo fue.

MODO DE TERMINACION DE LOS PROCESOS. Transacción

La transacción consiste en la renuncia recíproca con el objeto de extinguir un litigio y que cuando este sea judicializado, requiere el pronunciamiento del juez que entienda en la causa sobre la validez de lo acordado.

MODO DE TERMINACION DE LOS PROCESOS. Transacción

Las transacciones homologadas son ejecutables por la vía de la ejecución de las resoluciones judiciales y una de las defensas procedentes en este tipo de procesos es la inhabilidad de título.

MODO DE TERMINACION DE LOS PROCESOS. Transacción

El contrato de transacción debe ser interpretado en sentido restrictivo, si el juicio sobre el que se transigió se extingue, antes de que la transacción haya sido celebrada en debida y legal forma, el acuerdo transaccional automáticamente queda invalidado, ya que su causa eficiente ha dejado de existir.

MAGISTRADO. Competencia de los magistrados

El juez del juicio de reconocimiento de sociedad de hecho era ya incompetente para decidir sobre la homologación de un acuerdo sobre una cuota litis instancia ya había sido cerrada y finiquitada. Los casos de actuación del juez con posterioridad al cierre de la instancia son excepcionales y de interpretación restrictiva, por lo que aún cuando efectivamente hubiese sido presentado el acuerdo, sería inhábil por la incompetencia del juez por preclusión de las etapas procesales.

PROMESAS UNILATERALES.

En vez de que el acreedor, según los principios generales de la carga de la prueba, sea quien deba probar el título constitutivo del crédito, será el deudor, para sustraerse del pago quien deberá probar la inexistencia del referido título. CSJ, Sala Civil. 17-03-10 “Elida Doris Zarza Schuller c/ Isabelino Raul Fretes Mendoza s/ cumplimiento de Acuerdo y obligación de hacer escritura pública.” (Ac. y Sent. N°78)

CUESTIONES:

Es nula la Sentencia recurrida?

En su caso, se halla ajustada a Derecho?

Practicado el sorteo de Ley para determinar el orden de votación dio el siguiente resultado: Miguel Oscar Bajac Albertini, Raul Torres Kirmser Y Cesar Antonio Garay.

A la primera cuestion planteada el señor Ministro Miguel Oscar Bajac Albertini, dijo: El recurrente desistió expresamente del recurso de nulidad que interpusiera, situación esta que amerita tenerlo por desistido, no sin antes advertir que del estudio de oficio de la resolución 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 el Doctor Torres Kirmser manifestó que: A pesar de que el recurrente desistió expresamente del recurso de nulidad (f. 273 de autos), esta magistratura debe abocarse de oficio al estudio de la validez de los pronunciamientos de la sentencia recurrida, en virtud de lo establecido por los Arts. 420 y 113 del Código Procesal Civil.

En este sentido, el Tribunal sostuvo que ninguno de los acuerdos sería válido, como consecuencia de un supuesto desistimiento de la acción. Esta afirmación excede la competencia del Tribunal de alzada en lo que refiere al acuerdo de f. 70 del expediente de reconocimiento de sociedad de hecho e invocado por el demandado. La competencia del Tribunal sobre la validez del mentado acuerdo transaccional debió circunscribirse a la determinación de los efectos que este contrato pueda tener con relación al contrato de fs. 5 y 6 de autos, cuya ejecución solicita la parte actora, no así en cuanto a la posibilidad de ejecutarlo o fuerza vinculante sobre los derechos allí discutidos, o en otros términos; el pronunciamiento debió limitarse a su validez como medio de defensa contra la pretensión de la parte actora. La ejecución y cumplimiento de dicho contrato no requeridos por las partes en estos autos, por lo que tal referencia constituye un pronunciamiento *extra petitio*, violatorio tanto del principio de congruencia, como del principio dispositivo.

Por lo tanto, la resolución recurrida debe ser declarada parcialmente nula, en cuanto resta la validez al acuerdo invocado por la demandada. No corresponde pronunciarse sobre el fondo de la cuestión en este punto, bajo riesgo de volver a incurrir en el mismo vicio apuntado. Es mi Voto.

A Su Turno El Señor Ministro Cesar Antonio Garay Manifestó: Que se adhiere al voto del Ministro Raúl Torres Kirmser, por sus mismos fundamentos.

A la segunda cuestion planteada el señor Ministro Miguel Oscar Bajac Albertini **dijo**: Elida Doris Zarza Schuller demandó a Isabelino Raúl Fretes Mendoza por cumplimiento de acuerdo y obligación de hacer escritura pública, firmado en fecha 6 de octubre de 1.989 en el cual el demandado se comprometió a transferir a la actora tres inmuebles y un vehículo.

Por S.D.N° 23 de fecha 13 de febrero de 2.006 el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Décimo Tercer Turno resolvió: “Hacer Lugar a la presente demanda que por cumplimiento de acuerdo y obligación de hacer escritura pública promoviera la Sra. Elida Doris Zarza Schuller Contra El Sr. Isabelino Raul Fretes Mendoza, y en consecuencia, condenar al accionado a que en el perentorio plazo de 10 días otorgue al accionante las correspondientes escrituras traslativas de dominio respecto de los bienes individualizados como a) El inmueble situado en el Dto. De San Bernardino inscripto en el Registro Público a nombre del Cap. Raúl Fretes Mendoza, como Finca N° 629, al folio 7 y sgtes, año 1.984; b) Inmueble situado en el Dto. Stroessner (hoy ciudad del Este) Barrio Boquerón, inscripto en el Registro Público a nombre de Raúl Fretes Mendoza, como Finca N° 2020 al folio 1 y sgtes, año 1.978; c) Inmueble situado en el Dto. de Stroessner (hoy Ciudad del Este) calle 10 Acaray, inscripto en el Registro Público a nombre de Raúl Fretes Mendoza como Finca N° 510 al folio 3 y sgtes. Año 1.977; y d) Un automóvil marca Mercedes Benz, tipo 200 D, modelo año 1.985, Motor N° 601912-10-012627, Chasis N° WDB124120-1ª-051842, inscripto en el Registro Público a nombre de Raúl Fretes Mendoza, Registro N° 1 Automotores N° 63964 al folio 654 vlto. y sgtes. Serie “C”, año 1985, bajo apercibimiento de que si así no lo hiciera este Juzgado lo suscribirá en su nombre y representación...”.

Apelada la sentencia de Primera Instancia, previa sustanciación de los recursos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial Quinta Sala, de la Capital, por Acuerdo y Sentencia N° 48 de fecha 19 de abril de 2.007, resolvió entre otras cosas revocar la sentencia, fundamentando que: “**1.-**El cumplimiento del contrato que se pretende fue base de un acuerdo presentado dentro de un juicio de reconocimiento de sociedad de hecho y su liquidación que fue desistido antes de la presentación del acuerdo. Al desistir del juicio por el que solicitara el reconocimiento de una sociedad de hecho en fecha 9 de octubre de 1989 el efecto de dicha acción desistida es que no existe el derecho invocado dentro de dicha acción y no puede renovarse por un acuerdo posterior, pues el juicio quedó extinguido. **2.-** No puede dentro de un proceso extinguido por desistimiento presentar un acuerdo privado sobre el derecho que ya no existe, pues el efecto del desistimiento es la desaparición del derecho subjetivo. No puede después de declararse extinguido el proceso, homologarse un acuerdo, sobre un derecho renunciado con el desistimiento, porque las normas procesales son de orden público y no puede alterarse el proceso, ni con acuerdo de partes. **3.-** El A.I.N° 942 que homologa el supuesto acuerdo, no puede hacer valer el derecho a su cumplimiento, cuando antes ya se desistió de la acción y consecuentemente del derecho. Siendo así no puede pedirse cumplimiento de un contrato presentado en un proceso desistido, cuando se declaró primero el desistimiento y después la homologación, pues lo que prevalece es el desistimiento por tener fecha anterior.”

Los agravios vertidos en contra de la resolución apelada se encuentran contenidos en el escrito de fs. 273/283 de autos, y exponen los fundamentos que ameritarían –a criterio del recurrente- la revocación del Acuerdo y Sentencia N° 48 de fecha 19 de abril de 2.007 y que giran en torno a los siguientes puntos: **1.-** El acuerdo cuyo cumplimiento se solicita es anterior al pedido de desistimiento y homologación presentado en los autos caratulados: “Elida Doris Zarza Schuller C/ Cap. P.A.M. (S.R.) Raul Fretes Mendoza S/ Reconocimiento de Sociedad de Hecho y su Disolución y Liquidación”. En el escrito de desistimiento, se aclaró al juzgado que se pediría la homologación del acuerdo arribado. **2.-** No se pretendió renovar el juicio mencionado, se promovió otro tipo de juicio “cumplimiento de contrato y obligación de hacer escritura pública”. **3.-** No se puede anular un acuerdo arribado entre las partes, que culminó exitosamente y de oficio, incluso la demandada reconoció haber firmado un acuerdo que posteriormente sirvió para desistir del proceso. **4.-** No existió renuncia al derecho sino todo lo contrario, las partes acordaron distribuirse los bienes existentes. **5.-** Al contestar el traslado de la fundamentación del Recurso de Apelación contra la sentencia de primera instancia se manifestó, que el acuerdo obrante a fs. 5/6 era el que tenía validez, por haber existido un reconocimiento judicial por parte de la demandada. **6.-** El demandado no niega la existencia del acuerdo obrante en estos autos a folios 5 y 6, lo que manifiesta es que éste fue dejado sin efecto por otro firmado también en la misma fecha, en el cuál se cercenaron propiedades destinadas a la actora. **7.-** En el A.I.N° 942 de fecha 12 de diciembre de 1.989 que homologa el acuerdo, en su parte resolutive no aclara cual de los acuerdos homologa. **8.-** Sin embargo existió reconocimiento judicial a través del escrito presentado por el Abogado del hoy demandado cuya copia se halla a folios 9/13 de autos, el cual fuera presentado en el juicio: “Elida Doris Zarza De Fretes C/ Raul Fretes Mendoza s/ Disolución y Liquidación de la sociedad conyugal” en fecha 6 de agosto de 1.993. Termina solicitando revoque la resolución en estudio.

El apelado, contestó el traslado que le fuera corrido argumentando a fs.287/298 que, conforme obra en el expte. caratulado: “Elida Doris Zarza Schuller C/ Cap. P.A.M. (S.R.) Raul Fretes Mendoza S/ Reconocimiento de sociedad de Hecho y su Disolución y Liquidación”, el cual obra por cuerda separada a estos autos, el único acuerdo válido firmado el 6 de octubre de 1.989 y en su caso ejecutable por estar homologado judicialmente por A.I.N° 942 de fecha 12 de diciembre de 1.989 por el Juez competente y no el que se pretendió hacer valer en este juicio, es en el que se transfiere un solo inmueble, y no en el que se transfieren tres inmuebles y un vehículo que también fue firmado en la misma fecha, pero que fue dejado sin efecto. En su amplia contestación hace referencia a los diferentes juicios que fueron promovidos por la actora, los cuales según sus manifestaciones ninguno de ellos tienen “asidero legal” puesto que han culminado con sentencias negativas para la demandante y en muchos casos con su propio desistimiento. Finalmente solicita que el acuerdo en estudio sea confirmado con imposición de costas.

De autos se desprende que: 1.- A fs. 5/6 obra un acuerdo privado celebrado entre Elida Doris Zarza Schuller e Isabelino Raúl Fretes Mendoza en el que acordaron entre otras cosas transferir a Elida tres inmuebles y un vehículo, igualmente en el mismo se dispuso que: “...*todo lo cual será materia de petición judicial para su ulterior homologación ante el juez que interviene en el juicio* : “Elida Doris Zarza Schuller c/ Cap. (S.R.) Raúl Fretes Mendoza s/ Reconocimiento, Disolución y Liquidación de Sociedad de Hecho; Juzgado Civil y Comercial 6° Turno, Secretaria N° 11” este es el acuerdo cuyo cumplimiento pretende la actora con la promoción de la presente demanda. **2.-** En los autos mencionados que obra por cuerda separada al principal a fs. 57 en fecha 9 de octubre de 1.989 Elida desiste del juicio en cuestión y entre cosas en el escrito manifiesta textualmente que: “*Se funda este desistimiento señor Juez en que hemos llegado a un feliz acuerdo con la parte demandada, acuerdo cuya homologación se petitionará en su oportunidad al Juzgado*”, a fs. 61,64 (doble foliatura) por A.I.N° 712 de fecha 9 de octubre de 1.989 el Juzgado resolvió tener por desistida a la Sra. Elida Doris Zarza Schuller, del juicio entablado contra el Capitán S.R. Raul Fretes Mendoza, a fs. 70,73 (doble foliatura) rola el acuerdo privado celebrado entre Elida e Isabelino el que acordaron transferir a Elida un inmueble, a fs. 72 por A.I.N° 942 de fecha 12 de diciembre de 1.989 el juzgado resolvió homologar el referido acuerdo en los términos de la instrumental presentada al Juzgado.

Es así que nos encontramos ante una demanda de cumplimiento de contrato y obligación de hacer escritura pública, en la cual existen dos acuerdos, que fueron firmados en la misma fecha por las mismas personas, diferenciándose en la cantidad de bienes que son transferidos a una de ellas, es decir en uno se transfiere a Elida tres inmuebles y un vehículo y en el otro se le transfiere un inmueble, siendo el acuerdo base de esta demanda el primero de ellos.

Por lo que el presente juicio se halla subsumido en lo dispuesto en el Artículo 718 del Código Civil Paraguayo que establece: “Las partes pueden extinguir por un acuerdo los efectos de un contrato anterior, pero la rescisión acordada no perjudicará en ningún caso los derechos adquiridos por terceros, a consecuencia del contrato rescindido”.

La ley no establece con meridiana claridad la disposición expresa que debe existir en un contrato posterior para dejar sin efecto otro, sino muy por el contrario a falta de dicha normativa tenemos que cuando ello no está estipulado taxativamente no puede el Juzgador realizar una interpretación restrictiva, ello en atención al principio general que rige nuestro ordenamiento civil: “lo que no está expresamente prohibido está permitido”.

Así las cosas de las constancias obrantes en autos y la disposición legal transcrita soy del criterio que corresponde el rechazo de la presente demanda, habida cuenta que el acuerdo base de la presente demanda fue dejado sin efecto por otro, el cual reiteramos fue homologado judicialmente en los autos mas arriba mencionado y a mayor abundamiento y como lo transcribiéramos precedentemente las partes acordaron que debía ser presentado en el juicio para su homologación, y no lo fue.

Que, en tales condiciones corresponde confirmar el Acuerdo y Sentencia N° 48 de fecha 19 de abril de 2.007. En cuanto a las costas, conforme el Art. 192 del C.P.C. corresponde imponerlas a la perdedora. Es mi voto.

A Su Turno El Doctor Torres Kirmser manifestó que: En esta instancia se discute la validez del acuerdo obrante a fs. 5 y 6 de autos, celebrado entre actora y demandado con el objetivo de extinguir un litigio existente sobre la declaración y posterior liquidación de una supuesta sociedad de hecho entre las partes.

Este derecho litigioso ya era objeto de un debate ante las instancias judiciales al momento de celebración del acuerdo cuya ejecución se pretende. Las partes están contestes en que existió un “desistimiento del juicio”, como consecuencia del acuerdo al que habrían arribado; sin embargo, la parte demandada sostiene que el acuerdo que la accionante pretende ejecutar habría sido dejado sin efecto por otro posterior, firmado en el mismo día y que en definitiva sería el que fue presentado para su homologación al juzgado donde se debatía el derecho litigioso.

La parte actora y recurrente presentó sus agravios en los términos del escrito obrante a fs. 273 a 284 de autos. Expresó: “Para poder revocar la sentencia de primera instancia, el Tribunal de Apelación 5ta. Sala, revisó y anuló, una resolución dictada en otro juicio, hace 18 años, que se hallaba con homologación firme y ejecutoriada, por libre elección y pedido de las partes”-f.276-. Indicó que sería irrelevante que la homologación se haya solicitado con posterioridad al desistimiento del juicio, ya que el acuerdo fue anterior al desistimiento y que este fue una consecuencia del acuerdo arribado. Afirmó también: “No siendo necesario siquiera alegar, que dicho escrito fue objeto de una homologación posterior en otro juicio, porque este hecho era incluso irrelevante. Es decir, el acuerdo suscripto entre las partes, repito vale por sí”-sic. F.278- Respecto de la validez del contrato invocado por la demandada y la supuesta rescisión del que la actora pretende ejecutar, expresó que si la intención de las partes era la de rescindir el primer acuerdo, así lo habrían establecido expresamente y agregó, a continuación, que el reconocimiento de los representantes de la demandada demuestra que el contrato válido es el invocado por su parte.

El primer punto que debe ser resaltado y en el que las partes se hallan contestes, es que el acuerdo entre las mismas fue celebrado ya cuando los derechos litigiosos estaban siendo discutidos ante los estrados judiciales –esto surge claramente, además, de la instrumental de fs. 2 y 6 del principal con el cotejo del expediente sobre reconocimiento de sociedad de hecho-. Esto es relevante puesto que el acuerdo al que arribaron las partes es un tipo de contrato específico, típico y nominado; estamos hablando del contrato de transacción, legislado por los Arts 1495 a 1506 del Código Civil. El Art. 1495 dispone: “Por el contrato de transacción las partes, mediante concesiones recíprocas, ponen fin a un litigio o lo previenen”.

El Art. 1500 claramente establece que toda transacción arribada sobre derechos litigiosos que estén siendo debatidos judicialmente, deberá ser presentada al juez de la causa para su homologación.

Esto denota uno de los errores en la postura del recurrente, quien considera al acuerdo arribado como un contrato, hasta se podría decir incausado, cuando la verdad es que la transacción consiste en la renuncia recíproca con el objeto de extinguir un litigio y que cuando este sea judicializado, requiere el pronunciamiento del juez que entienda en la causa sobre la validez de lo acordado.

No puede decirse, como pretende el recurrente, que el contrato sea válido por sí mismo. El Art. 520 del Código Procesal Civil establece que las transacciones homologadas son ejecutables por la vía de la ejecución de las resoluciones judiciales y que una de las defensas procedentes en este tipo de procesos es la de “inhabilidad de título”-Art. 526 del mismo cuerpo legal- Si la ley requiere la homologación del acuerdo transaccional celebrado respecto de un derecho litigioso discutido en juicio y la inhabilidad de título es una defensa oponible, necesariamente el estudio sobre la validez de la resolución que resolvió la homologación y la competencia del órgano jurisdiccional que se pronunció en dicho sentido, será parte de la litis en la que se pretenda la ejecución de la misma. Es así cuando la parte accionante haya optado por el procedimiento ordinario en lugar del de ejecución, ya que la consecuencia de dicha elección no es otra que la de ampliar el debate.

Ahora bien, como primer punto, del estudio de las constancias del expediente caratulado: “reconocimiento de sociedad de hecho” surge como primer punto irrefutable que el acuerdo que la parte accionante pretende hacer valer en estos autos, el de fs. 5 y 6, no fue presentado al juzgado de la litis para su homologación. Si verdaderamente pretendía sostener lo contrario –que efectivamente fue el contrato de fs. 5 y 6 de autos el presentado para su homologación en el juicio de reconocimiento de sociedad de hecho-, la actora contaba con los medios procesales pertinentes-tales como la reconstitución de expediente, en el caso que falte algún folio; o el incidente de nulidad, en el caso que se haya adulterado el contenido- para probarlo. Pero la verdad procesal es otra. El acuerdo cuya ejecución pretende hoy la parte demandante no fue presentado para su homologación en el juicio donde se debatían los derechos litigiosos transigidos y eso hace que el acuerdo celebrado sea inoponible, por expresa disposición del Art. 1500, concordante con lo establecido con los Arts. 700 inc. g), 701 y 716 del Código Civil: cuando un contrato requiera una forma específica, no valdrá como tal hasta que las partes se hayan manifestado legítimamente, postura por demás concordante con lo establecido por el Art. 171 del Código Procesal Civil. Por lo que puede afirmarse, sin temor a equívocos, que la forma en este caso se constituye no en un mero requisito probatorio, sino en un verdadero propio requisito *ad solemnitatem*.

Aquí surgen dos elementos que deben ser destacados: el primero es que el acuerdo celebrado ya no puede ser objeto de homologación puesto que la actora desistió del juicio, es decir, renunció al debate controversial ante el órgano jurisdiccional, lo que equivale al desistimiento de la instancia-Art. 167 del Código Procesal Civil-, por lo que la resolución debe ser modificada en este punto. Ahora, si bien su derecho material no se vio afectado por dicho desistimiento, el acuerdo celebrado con anterioridad al desistimiento no puede ser considerado como vigente. El Art. 1499 del Código Civil establece que el contrato de transacción debe ser interpretado en sentido restrictivo; por ende, si el juicio sobre el que se transigió se extingue, antes de que la transacción haya sido celebrada en debida y legal forma, el acuerdo transaccional automáticamente queda invalidado, ya que su causa eficiente ha dejado de existir y por imperio de la interpretación restrictiva exigida por la ley, no puede considerarse al mismo acuerdo como válido para transigir sobre el derecho material subsistente luego del desistimiento de la instancia.

Esto nos lleva al segundo punto que merece ser destacado: la posterior homologación hecha por A.I.Nº 942 del 12 de diciembre de 1989 –expediente del juicio de reconocimiento de sociedad de hecho – es notoriamente inoficiosa y carente de toda virtualidad jurídica para la presente causa. Primeramente, porque el acuerdo que fue presentado para la homologación no es el que la actora de la presente causa pretende ejecutar, como claramente surge del cotejo de las fs. 5

y 6 de estos autos con las fs. 69 a 71 del expediente de reconocimiento de sociedad de hecho. Por si ello no fuera poco, el juez del juicio de reconocimiento de sociedad de hecho era ya incompetente para decidir sobre la homologación de un acuerdo sobre una cuota litis cuya instancia ya había sido cerrada y finiquitada. Los casos de actuación del juez con posterioridad al cierre de la instancia son excepcionales y de interpretación restrictiva -Art. 163 del Código Procesal Civil-, por lo que aún cuando efectivamente hubiese sido presentado el acuerdo de fs. 5 y 6 para la homologación en dicho juicio, el título, la resolución judicial pronunciada homologando el acuerdo, sería igualmente inhábil como consecuencia de la falta de competencia del juez que la pronunció, falta de competencia generada por la preclusión de las etapas procesales.

El supuesto reconocimiento de los representantes convencionales de la parte demandada tampoco puede tener como consecuencia otorgar validez al acuerdo celebrado. Si bien tal extremo fue empleado para justificar el rechazo de la excepción de prescripción interpuesta –postura por demás cuestionable en virtud del Art. 884 inc. e), que requiere poder especial para el reconocimiento de obligaciones anteriores al mandato, pero que ha pasado a autoridad de cosa juzgada-; dicho reconocimiento no puede tener la virtualidad de dar validez a algo que ya acrecía de cualquier entidad jurídica como consecuencia de la mutación del presupuesto fáctico en el que se basó la transacción-desistimiento del juicio o de la instancia y su consecuente finiquito-. El reconocimiento de una obligación tiene por efecto producir la presunción sobre la existencia de la relación substancial- el contrato de fs. 5 y 6 de autos en este caso-; pero esta presunción es tan solo *iuris tantum* y admite prueba en contrario, como claramente lo dispone el Art. 1801 del Código Civil: “La promesa de pago o el reconocimiento de una deuda, exime a aquel a favor de quien se la otorgue de probar la relación fundamental la existencia de ésta se presume, salvo prueba en contrario”. La más autorizada doctrina extranjera tiene sentado sobre este punto: “Se produce una inversión de la carga probatoria: “La existencia de esto se presume, hasta prueba en contrario”. Se suele hablar, sobre este respecto, de abstracción solo procesal de la causa: en vez de que el acreedor, según los principios generales de la carga de la prueba, sea quien deba probar el título constitutivo del crédito, será el deudor, para sustraerse del pago, quien deberá probar la inexistencia del referido título(...). La promesa puede ser superada por el promitente con la prueba contraria(que el crédito no nació nunca, que nació de un contrato nulo, que ya fue satisfecho por un tercero, y así en continuación)”; “El reconocimiento del derecho de otro es, en vez, una declaración de voluntad, que produce el efecto de invertir, como ya ha sido para el reconocimiento del débito, la carga de la prueba. En cuanto acto unilateral entre vivos (sometido, como tal, a las normas de los contratos, en cuanto compatibles), el reconocimiento es impugnabile en todos los casos en los cuales es inválido un contrato” (Francesco Galgano. Diritto Privado Tredicesima Edizione. CEDAM, Pádova- Italia. Año 2006, págs. 245,246 y 928). En autos ha quedado claramente demostrado que la relación substancial- contrato de transacción presentado a fs. 5 y 6 de estos autos- en que se fundaba la obligación reconocida carecía de toda validez jurídica, como ya se ha indicado.

En este punto, debe ser igualmente analizado –al solo efecto de determinar las consecuencias sobre el contrato de transacción que pretende ejecutar la actora- el contrato o acuerdo invocado por el demandado y presentado a f. 70 del expediente de reconocimiento de sociedad de hecho. Del cotejo de ambos contratos, surge que uno, el presentado para su ejecución en estos autos, fue celebrado con el objeto de transigir sobre derechos discutidos en una litis; mientras que el segundo, el invocado por la demandada – cuya copia autenticada del original, con firmas certificadas por notario público fue agregada por cuerda separada y que por lo tanto hace plena prueba de su autenticidad, ante la falta de impugnación y de conformidad con lo establecido por los Arts. 375 inc. b) y d) y 383 del Código Civil, 152 del Código de Organización Judicial y 307, 308 del Código Procesal Civil- tuvo por objeto transigir sobre el derecho substancial que se debatía en la litis y presuponía como un hecho consumado el desistimiento del juicio (f. 70 del expediente de reconocimiento de sociedad de hecho). Por tanto este acuerdo, que previó un acontecimiento posterior, fue celebrado con el evidente interés de sustituir al que pretende hacer valer la parte actora en el presente proceso, de conformidad con lo establecido por el Art. 718 del código civil. Ahora bien, mayores consideraciones sobre la validez y posibilidad de ejecución del contrato de fs. 70 del expediente de reconocimiento de sociedad de hecho no pueden ser realizadas, bajo el riesgo de incurrir en el mismo vicio que motivó la declaración de nulidad parcial de la resolución recurrida y de conformidad con lo dispuesto por los Arts. 159 inc. c), 160 y 420 del Código Procesal Civil.

La ley es clara: El contrato de transacción celebrado por causa de un derecho en juicio, debe ser homologado por el juez de la causa-Art.1500 del Código-; el acuerdo que la parte actora pretende ejecutar no reúne ese requisito-fs. 5 y 6 del principal y f. 70 del juicio de reconocimiento de sociedad de hecho-. El contrato de transacción solo es útil y válido para las situaciones específicas a las que hace referencias y debe ser interpretado en sentido restrictivo –Art. 1499 del Código Civil-; las circunstancias tenidas en consideración por el acuerdo cambiaron sustancialmente antes de que dicho acuerdo haya reunido todos los requisitos legales para su validez, por lo que dicho contrato es ineficaz. Por último, el reconocimiento de los mandatarios del demandado- que desde un inicio no podría haberle sido opuesto al mandante- tan solo generó una presunción *iuris tantum*, que fue rebatida en autos- Art. 1801 del mismo cuerpo legal-. Por todos estos argumentos, el contrato de transacción presentado a fs. 5 y 6 de autos no reúne los requisitos legales para su validez y la acción de cumplimiento de contrato incoada debe ser rechazada por improcedente. La sentencia apelada debe ser confirmada en este punto, con la expresa y puntual modificación de que el desistimiento producido en el juicio de reconocimiento de sociedad de hecho debe ser interpretado como un desistimiento de la instancia, de conformidad con lo ya indicado líneas más arriba.

En cuanto a las costas, el Art. 193 del Código Procesal Civil autoriza al órgano jurisdiccional a exonerar al litigante vencido de las costas del proceso, siempre que encontrare razones para ello. Conteste con la línea ya expuesta en fallos anteriores, la creencia fundada en la propia razón para litigar constituye un argumento suficiente para la aplicación de la mentada norma. Las expresiones de los representantes convencionales de la parte demandada, así como los sucesivos contratos o acuerdos celebrados entre las partes sobre los derechos litigiosos, son más que suficientes para generar en la parte actora la convicción sobre la razón que le asistía al litigar, sin bien no han podido justificar el pronunciamiento

favorable a sus pretensiones. Por lo tanto, las costas del juicio deben ser impuestas en el orden causado. La resolución apelada debe ser modificada en este punto. Es mi voto.

A Su Turno El Señor Ministro Cesar Antonio Garay Manifestó: Que se adhiere al Voto del Ministro Raúl Torres Kirmser, por sus mismos fundamentos.

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

R e s u e l v e: declarar la nulidad parcial de la resolución en estudio. Confirmar parcialmente el acuerdo y sentencia número 48 de fecha 19 de abril de 2.007, dictado por el tribunal de apelación en lo civil y comercial de la quinta sala por los fundamentos esgrimidos en el exordio de la presente resolución. Imponer costas del juicio en el orden causado, en las tres instancias. Anotar, registrar y notificar .

Ministros: Raúl Torres Kirmser, Miguel Oscar Bajac y César Garay Zuccolillo. Ante mí: Alejandrino Cuevas. Secretario Judicial.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 89

Cuestión debatida: Sobre la arbitrariedad de la resolución penal por haber dado intervención con documentos insuficientes a la autoridad administrativa en un caso penal de evasión de impuestos, no cumpliéndose el requisito de el pronunciamiento prejudicial en cuestiones tributarias.

LEY PENAL. Ley Penal en blanco

La Corte Suprema de Justicia ha dejado sentado que la norma contenida en el art.261 del CP, el cual tipifica el delito de evasión de impuestos, constituye una ley penal en blanco; mal podría concebirse el enjuiciamiento sin que previamente se haya determinado, por un procedimiento extrapenal, uno de los elementos constitutivos del tipo penal o la concurrencia de todos ellos.

IMPUESTOS. Evasión impositiva

La determinación de la obligación tributaria es una facultad exclusiva de la Administración tributaria (Subsecretaría de Estado de Tributación. SSET-M. de Hacienda), por imperio de la ley es el único órgano que tiene competencia para determinar la existencia de deudas y su cuantía de conformidad con la Ley n° 125/9 para que pueda determinarse la existencia de una evasión de impuestos debe existir pronunciamiento del órgano de aplicación de la norma tributaria.

SENTENCIA ARBITRARIA

La doctrina de la arbitrariedad tiene por objeto resguardar la garantía del debido proceso y la defensa en juicio, al exigirse que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente, con aplicación de las circunstancias comprobadas en la causa.

CSJ, Sala Constitucional.04-03-10 Acción de Inconstitucionalidad en el Juicio: “Nabil Chamsedine s/ supuesto hecho punible c/ el Erario en Ciudad del Este s/ Evasión Impositiva”. (Ac.y Sent. N° 89)

CUESTION:

¿Es procedente la acción de inconstitucionalidad deducida?.

A la cuestión planteada el Doctor Núñez Rodríguez dijo: Se presenta ante la Corte Suprema de Justicia, la Abog. Juliana Espínola Oliveira, por la representación del Sr. Nabil Chamseddine, a promover acción de inconstitucionalidad contra el AI N° 172, de fecha 11 de setiembre de 2009, dictado por el Tribunal de Apelación, Tercera Sala, de la entonces Circunscripción Judicial de Alto Paraná y Canindeyu, en los autos: incidente de sobreseimiento definitivo en los autos: “Nabil Chansedine s/ sup.h.p. c/ el erario (evasión impositiva).

1.- Alega la profesional como fundamento de su acción que, la resolución recurrida no se encuentra ajustada a derecho por ser arbitraria, infundada y contraria a la Constitución Nacional, por la errónea aplicación de preceptos constitucionales en que se funda; agraviando la imparcialidad jurisdiccional requerida, el debido proceso y la igualdad de trato ante la ley. Afirma que, de la lectura del fallo impugnado, se puede observar que el Tribunal se limita a hacer afirmaciones genéricas y reitera todos los planteamientos realizados por la Fiscalía en su escrito de expresión de agravios omitiendo los fundamentos de la defensa y del Juzgado Penal de Garantías; quien había considerado que la inexistencia de elementos probatorios y de argumentos de cargo por parte de la Fiscalía, respecto a algún hecho punible, y que esta situación, ameritaba el sobreseimiento definitivo.

Sostiene la parte actora la arbitrariedad del fallo en que, el Tribunal de Apelación consideró que el A quo sólo “presumió” que la representación fiscal ya no poseía documentación para la continuidad de su investigación, y que el excesivo tiempo transcurrido no puede ser imputado al Ministerio Público, pues el proceso estaba suspendido por un incidente de prejudicialidad, con lo cual la causa estaba abierta de manera extorsiva sin rumbo ni avance alguno. Esto, máxime cuando, la repartición administrativa del Ministerio de Hacienda consideró que, para la existencia de un hecho punible de evasión de impuestos, se requería de más pruebas instrumentales, pues, con lo arrimado por el Ministerio Público, no era suficiente.

2.- Por el AI N° 172, el Tribunal de Apelación, Tercera Sala, de Alto Paraná, resolvió: “1. Admitir, el recurso de Apelación General interpuesto por el representante del Ministerio Público... contra el AI N° 1029 de fecha 23 de julio de 2009, dictado por la Jueza Penal de Garantías N° 4 de esta Circunscripción. 2. Anular, la resolución apelada conforme lo expresado en el exordio de esta decisión jurisdiccional...”; exordio que refiere, que al tratarse de un sobreseimiento definitivo que pone fin al proceso, debe actuarse con mucha prudencia; sin embargo, sostienen, la A quo presumió que el Ministerio Público ya no podría aportar documentos a la SSET para analizar y concluir la investigación impositiva y que es excesivo el tiempo transcurrido de la etapa procesal. Extremos que consideraron nefastos y sin soporte alguno, soslayando que ella misma había suspendido el procedimiento. Concluyen afirmando que, no están reunidos los elementos mínimos para la aplicación del sobreseimiento definitivo.

3.- La acción debe prosperar.

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; sobre todo en materia penal, donde está en juego, la libertad, la integridad y la seguridad de las personas.

Estamos en presencia de una investigación sobre supuestos delitos tributarios, los cuales como sabemos, necesitan una acreditación previa de la existencia de elementos generadores que por sí puedan encuadrarse en el tipo. El ente encargado de proporcionar razón de estos elementos generadores del ilícito tributario es el Ministerio de Hacienda, a través de la Sub Secretaría de Estado de Tributación (SSET), sin que la Fiscalía pueda arrogarse competencia administrativa – tributaria. La Corte Suprema de Justicia ha dejado sentado que la norma contenida en el Art. 261 del CP, el cual tipifica el delito de evasión de impuestos, constituye una ley penal en blanco; entonces, mal podría concebirse el enjuiciamiento sin que previamente se haya determinado, por un procedimiento extra penal, uno de los elementos constitutivos del tipo legal o la concurrencia de todos ellos. La determinación de la obligación tributaria es una facultad exclusiva de la Administración Tributaria, que por imperio de la ley es el único órgano que tiene competencia para determinar la existencia de deudas y su cuantía de conformidad a la Ley N° 125/91. Por consiguiente, para que pueda determinarse la presencia de evasión de impuestos debe existir pronunciamiento del órgano de aplicación de la norma tributaria, en este caso la Sub Secretaría de Estado de Tributación del Ministerio de Hacienda.

La presente causa tuvo como inicio de investigación la noticia criminis a través de una denuncia realizada por una persona, que no deja de ser llamativa. Primero es hecha por una persona de oficio, electricista, con un grado de instrucción bajo (4to. Grado), no idónea para afirmar o conocer sobre la existencia de un hecho tan complejo como la evasión impositiva (tan complejo, que incluso se necesita la intervención del SSET para determinar la concurrencia de los elementos del tipo); a través de una denuncia que no ofrece prueba alguna que corrobore su existencia, o del modo como llegó a su conocimiento. Noticia criminis, formalizada en denuncia escrita, en clara falencia a lo dispuesto por el Art. 285, última parte; pues que no reúne los mínimos elementos de convicción y solidez para impulsar una investigación. Ante esta denuncia, el Ministerio Público procede a abrir la investigación con el allanamiento de la firma denunciada, de donde son incautados todos los documentos relacionados con el giro comercial; los cuales son sometidos, en primer término, a un pericia contable (determinado por Resolución N° 69, del 11 de setiembre de 2007), que arroja como conclusión que no se encuentra diferencia en perjuicio de lo declarado al fisco por los periodos analizados, por todo el periodo hasta el año 2007. Los documentos también fueron remitidos a la SSET para que el mismo proceda al análisis tributario de los mismos, a fin de acreditarse elementos que puedan configurar el ilícito denunciado (06/11/2008). La SSET, por nota SET/ITDF N° 82/09, del 11 de mayo de 2009, refiere que los documentos remitidos por la Fiscalía son insuficientes para la determinación de la cuantía de evasión solicitada, por lo que solicita la remisión de la documentación complementaria, así como de los resultados de las pericias contables ordenadas por la Fiscalía. También la SSET informó por nota CGD/S.E.T./N° 2378, del 2 de octubre de 2007, que la firma IMPAR SA no cuenta con antecedentes de fiscalización, ni verificación al contribuyente (informe DAF N° 038/07, del 14 de setiembre de 2007).

La decisión de la Juez de Garantías, en el sentido disponer el sobreseimiento definitivo del imputado, con fundamento en el artículo 359 del Código Procesal Penal, ha sido correcta, pues, sostiene, ha interpretado en su verdadera dimensión la anomalía procesal que viciaba la prosecución de la investigación, cual es la falta de elementos que configuren de modo tajante y real el hecho punible de evasión impositiva, e impide la prosecución de la causa, es decir, falta de pronunciamiento respecto de la evasión por parte de la SSET, por falta de documentación suficiente. Entonces, qué sentido tiene forzar el aparato judicial, si no se cuentan con pruebas y elementos que puedan sostener válidamente una acusación y posterior juicio oral y público; en base a qué?, ha de proseguir la Fiscalía su investigación. Considero que fue correcto lo resuelto por el A quo, quien en base a las constancias de la causa y en aplicación del principio de economía procesal, garantías procesales del imputado y sentido común, determinó el sobreseimiento del Sr. Nabil Chamseddine; y no en base a meras suposiciones como dijera la Cámara de Apelación para revocar el sobreseimiento, sino en base a la inexistencia de tipo penal alguno.

De todo lo referido precedentemente, considero que el auto impugnado a través de esta acción, deviene inconstitucional, por arbitrariedad, por su interpretación fragmentada de los hechos. Néstor Pedro Sagües afirma que

“...si la interpretación del juez se limita a un análisis parcial y aislado de los diversos elementos del juicio, pero no los integra ni armoniza debidamente en su conjunto, el fallo pasa a ser arbitrario. Tal sería una evaluación incompleta y asistemática de las conductas a meritarse en la sentencia” (N.P. Sagües, “Derecho Procesal Constitucional – Recurso Extraordinario”, Bs. As, T. II, 2º Ed., 1989, pág. 334).

La doctrina de la arbitrariedad tiene por objeto resguardar la garantía del debido proceso y la defensa en juicio, al exigirse que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente, con aplicación de las circunstancias comprobadas en la causa. En ese orden de ideas, en mi opinión, la sentencia atacada es inconstitucional, por cuanto se han violado las garantías contempladas en los artículos 16, 17, incisos 1) y 3) y 256 de la Constitución Nacional, como también, por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8, numerales 1 y 2, incorporada a nuestro derecho positivo nacional, en virtud de lo dispuesto en el artículo 137 de la Constitución.

En atención a las circunstancias fácticas y legales señaladas, considero que el fallo impugnado no debe ser calificado como acto judicial por ser arbitrario. En efecto, no cabe duda que el análisis de los diversos elementos de juicio presentados en la presente causa fueron evaluados por el Tribunal de modo parcial e incompleto, lo que lo llevó a un decisorio equivocado carente de fundamentación suficiente, lo que convierte al fallo en un acto jurídico nulo.

Por todo lo expuesto y tratándose de una acción autónoma que pretende la vigencia de derechos y principios de rango constitucional a través de la declaración de nulidad del acto o actos impugnados, por tanto, considero que la resolución impugnada debe ser declarada inconstitucional desde el momento que vulneraron garantías de rango constitucional, en detrimento del debido proceso y la defensa en juicio. Costas a la perdedora. Es mi voto.

A su turno el Doctor Fretes dijo: Luego de una minuciosa lectura del fallo atacado surgen cuatro extremos que imposibilitan la declaración de inconstitucionalidad del fallo atacado. El primero de ellos emerge de la simple lectura del auto interlocutorio, el cual en lo tocante a la estructural lógico formal se encuentra adecuadamente confeccionado, el tribunal pone a consideración las pretensiones de ambas partes en lo relativo al recurso interpuesto, construye sobre las mismas las premisas que desencadenan en una conclusión forzosa e indiscutible, en este aspecto considero detalladamente las alegaciones de las partes en relación al auto de primera instancia a los efectos de cerciorarse del cumplimiento de los requisitos que viabilicen la aplicación del artículo 359 del Código Procesal Penal en la forma en que lo hiciera el A Quo concluyendo en este sentido que la instancia inferior basó su decisorio en meras suposiciones apartándose de la certeza jurídica exigida al órgano juzgador, amen de ello constató la incoherencia procesal que acusa la magistrada al manifestar la correspondencia del sobreseimiento definitivo debido a la excesiva duración del proceso que fuera interrumpido por su propia disposición en virtud a la deducción de un incidente de prejudicialidad administrativa que, estando aun pendiente, fue considerado por ella como acorde a derecho sin poder pretender desconocer luego las implicancias de carácter temporal que aquello acarrea.

El segundo motivo radica en preocupantes falencias del A Quo al manifestar por una parte la correspondencia del sobreseimiento estando en expectativa una resolución firme de la instancias administrativa por plantearse “una situación muy rescatable para esta Juzgadora que justamente tiende a ser válidamente considerada *“demora excesiva y estado de indefensión del caso”* (sic), corresponde preguntarse aquí cual sería el estado de indefensión que vio la jueza siendo que el trámite pendiente de la Administración Tributaria transcurriría en forma independiente. Otro aspecto no menos alarmante es el emergente de las suposiciones realizadas por la juzgadora a fin de justipreciar su fallo, específicamente cuando refiriéndose al informe remitido por la Administración Tributaria respecto del material probatorio enviádole por la representación fiscal expresa: *“por lo que esta Juzgadora conociendo la labor que frecuentemente desplegada por la Agente Fiscal interviniente presume que la misma ya ha remitido todas las documentaciones que tenía en su poder, no pudiendo supeditar al ciudadano a un proceso en el cual no existen la posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba como es el caso de autos”* (sic). En este punto llega aun más lejos ya que alcanza a tener conocimiento inclusive del material probatorio con que eventualmente cuenta el agente fiscal y basándose en la familiaridad que alega con el *modus operandi* del representante fiscal asume sin sustento lógico serio la imposibilidad de éste de arrimar a futuro mayores elementos probatorios al proceso, situaciones estas que ameritan la declaración de nulidad del fallo.

El tercer motivo versa sobre la incoherencia explayada por el auto atacado respecto del fallo de la instancia inferior, incoherencia que fue adecuadamente demostrada al expedirse sobre las incompatibilidades entre las disposiciones procesales que adoptara el A Quo y la conclusión a la que arribara respecto de ellas, específicamente hablando, en lo tocante a la duración del proceso estando en trámite el proceso extra penal que la misma dispusiera.

En lo tocante al cuarto argumento, tenemos que la parte accionante afirma que el fallo adolece de inconstitucionalidad al anular el auto de primera instancia cuando lo que correspondía acorde a lo solicitado era la revocación. Sobre el parecer del accionante caben explicar dos puntos, primero acorde a los términos del auto dictado por la Cámara de Apelaciones se constata que uno de los basamentos fundamentales para anular el de primera instancia yacía en discordancias emergentes de la motivación del A Quo, sobre ello cabe resaltar que en los casos de fundamentación contradictoria propiamente dicha, hay afirmaciones de hecho o de derecho que se contradicen entre sí, pueden apreciarse en el

considerando entre el considerando y el resuelve y solo en el resuelve; y, el hecho de ser detectadas habilita a la anulación por vicios de forma entendiendo esta como la composición estructural lógica de la sentencia.

Así mismo no puede desconocerse por otro lado que la labor del tribunal de alzada al analizar el proceso de razonamiento formal, no analiza solo el contenido formal sino la corrección del razonamiento del juez desde el punto de vista lógico formal. La estructura mental de su pensamiento lógico (del juez) y consiguientemente detectar en su caso la existencia de vicios. Estos vicios son atacables por el recurso de nulidad y de oficio por el tribunal de alzada tal y como se suscitara en autos.

Como cuarto motivo y en relación a lo manifestado precedentemente considero acertado lo señalado por el dictamen fiscal respecto de los efectos que significarían a la accionante el hecho de ser revocada o anulada la resolución de primera instancia, si bien son maneras diferentes de privar de efectos a una resolución, en el caso en cuestión de una u otra manera el efecto sería el mismo y contrario a las intenciones de la defensa técnica, situación que traída al campo de la acción de inconstitucionalidad no demuestra otra pretensión que la de anular el auto atacado por el sólo beneficio de la Ley, extremo vedado a una acción como la incoada como en tantas oportunidades lo ha señalado unánimemente esta Sala.

Analizando las pretensiones de la accionante canalizadas por la presente acción concluimos que las mismas no reúnen los requisitos exigidos por la norma para enervar la validez de la resolución, ello se dan en base a la falta de expresión detallada del agravio concreto por parte de la actora. En ese sentido, esta Sala ha especificado siempre en situaciones similares lo imprescindible de señalar la obligación de la existencia un nexo efectivo entre el agravio y la garantía constitucional a invocarse, en el caso particular ese nexo no se encuentra detallado en el escrito de promoción de la acción.

En el caso en cuestión los agravios forzosamente debieron emerger trasluciendo a la luz de las garantías o preceptos que se denuncian como violentados, este requisito *sine qua non* ha sido obviado. En este sentido y luego de la lectura de los términos de la acción entendemos que el solicitante no ha enhebrado adecuadamente una fehaciente exhibición de los mismos a la luz de las garantías que consagra nuestra Ley Fundamental. En consecuencia, a criterio de esta Sala, ante esta circunstancia entendemos entonces la pretensión contenida en la presente demanda como apuntada a un pronunciamiento en abstracto de la inconstitucionalidad, lo que le está vedado a esta Sala decidiendo así la suerte de la presente acción.

Finalmente creemos que cabe aquí traer a colación lo expresado por el Dr. Casco Pagano en su obra Código Procesal Civil Comentado y Concordado cuando en referencia a la declaración en abstracto y el interés legítimo en este tipo de acciones nos dice: “...*debe existir un interés en obtener la declaración por parte del afectado, de modo a tutelar efectivamente un derecho violado. Siendo así, no se concibe la declaración en abstracto de la inconstitucionalidad, vale decir, en el sólo beneficio de la ley, sin un concreto y legítimo interés en su declaración*”.

Por lo precedentemente expuesto, en atención a las disposiciones legales citadas y en concordancia con el parecer del Ministerio Público, considero que la presente acción no puede prosperar. Es Mi Voto.

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

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

R E S U E L V E: Hacer Lugar, a la Acción de Inconstitucionalidad planteada y, en consecuencia declarar la Inaplicabilidad del A.I. N° 172, de fecha 11 de Setiembre De 2009, Dictado por el Tribunal de Apelación, Tercera Sala, De la entonces Circunscripción Judicial De Alto Paraná y Canindeyu. Costas A la perdidosa. Anotar, Registrar y Notificar.

Magistrados: Víctor Manuel Núñez Rodríguez, Antonio Fretes y Sindulfo Blanco. Ante mí: Héctor Fabián Escobar Díaz (Secretario Judicial I)

ACUERDO Y SENTENCIA N° 93

Cuestión debatida: Acerca de la correcta fundamentación del recurso de revisión.

SENTENCIA. Fundamentación

El actual esquema procesal impone a los jueces la obligación de fundar sus decisiones, expresando las cuestiones que los llevan a concluir de un modo y no de otro. Esta sala viene sosteniendo que una sentencia carece de fundamentación cuando no expresa los motivos que justifican la convicción del juez en cuanto a su decisión y las razones jurídicas que la

determinan, comprendiendo todas las cuestiones sometidas a decisión. La resolución del tribunal debe ser clara, completa, legítima y lógica.

RECURSO DE CASACION. Analogía con el recurso de Apelación

Teniendo en cuenta la declaración de nulidad, corresponde determinar el alcance de la presente resolución, el art. 480 del CPP, establece lo procedente en cuanto al trámite y resolución del recurso extraordinario de casación, deriva a la aplicación analógica de las disposiciones relativas al recurso de apelación de la sentencia de primera instancia.

RECURSO DE CASACION. Decisión directa en el recurso de casación. Reenvío en el recurso de casación

Ante el presente recurso, nos encontramos con dos posibles soluciones: 1) la reglada por el Art. 473 del CPP, es decir el reenvío y 2) la del art.474 del CPP que establece la decisión directa.

RECURSO DE CASACION. Decisión directa en el recurso de casación

Se aplica toda vez que se reclame la correcta aplicación de la ley penal sustantiva a los hechos que ya fueron debidamente acreditados por el tribunal de mérito, y en ese contexto, pueda realizarse un limitado estudio de tales agravios en ocasión del recurso de casación...a los efectos de corregir eventuales errores de derechos o de fundamentación en la que pudieron haber incurrido los jueces,.. es importante revisar el alcance de lo que podría constituirse en materia de revisión y corrección, los denominados *errores iuris in indicando*.

CSJ, Sala Penal.25-03-10 "Recurso de Casación interpuesto por el Abog. Raúl Peralta Vega en la causa: Herculano Filemón Sánchez Colman s/ Homicidio doloso". Causa N° 01-01-02-05.2005.2131. (Ac.y Sent. N° 93).

C U E S T I O N E S:

1º) ¿Es admisible para su estudio el recurso de casación interpuesto?

2º) En su caso, ¿resulta procedente?.

A los efectos del análisis correspondiente de las cuestiones a ser estudiadas y con el objeto de establecer un orden en la emisión de los votos, se procede al sorteo, arrojando el siguiente resultado: Doctores: Blanco; Pucheta de Correa y Bajac Albertini.

A la primera cuestión planteada, el Doctor Sindulfo Blanco, dijo: De conformidad a las constancias de autos, el Abog. Raúl Peralta, previa solicitud de intervención en carácter de defensor del encausado, interpone recurso de casación en contra del Acuerdo y Sentencia N° 26, del 13 de mayo de 2008, a tenor de los argumentos que obran en el escrito respectivo. Esta resolución judicial, en su parte dispositiva, resolvió: "*Confirmar la S.D. N° 221, de fecha 07 de agosto de 2007, dictada por el Tribunal de Sentencia...*"

Y en este contexto, corresponde someter a la presentación a un examen previo de admisibilidad, para verificar el cumplimiento de los requisitos formales en la formulación.

Primeramente, debe traerse a colación lo preceptuado por el artículo 477 del Código Procesal Penal, que dispone, en relación al objeto del recurso: "*Solo podrá deducirse el recurso extraordinario de casación contra las sentencia definitivas del tribunal de apelaciones o contra aquellas decisiones de ese tribunal que pongan fin al procedimiento, extingan la acción o la pena, o denieguen la extinción, conmutación o suspensión de la pena*".

Iniciado el estudio con respecto al recurso interpuesto, se advierte que el recurso se dirige en contra del Acuerdo y Sentencia N° 26, dictado por el Tribunal de Alzada, cumpliendo así con el objeto previsto en el Art. 477 del CPP.

La resolución recurrida, es un Acuerdo y Sentencia dictado por un Tribunal de Apelaciones, que confirma la sentencia definitiva dictada por el Tribunal de Mérito y, consecuentemente, la condena impuesta al encausado Herculano Sánchez Colmán. La decisión sobrevino tras el estudio del recurso de apelación especial que fue interpuesto por la Defensa. Por tanto, tratándose de una sentencia dictada por el Tribunal de Apelación, el cual tiene la virtualidad de poner fin al procedimiento, a tenor de lo previsto en el Art. 398 del CPP, en concordancia con lo previsto en el Art. 401 del mismo cuerpo legal, el presupuesto de impugnabilidad objetiva, se halla satisfecho.

Debe verificarse además que el sujeto este legitimado para recurrir, merced a un concreto interés jurídico en la impugnación y capacidad legal para interponerla con relación al gravamen que la resolución le ocasiona (impugnabilidad

subjetiva); y, finalmente deben observarse los requisitos formales de Modo, Lugar y Tiempo en la interposición del recurso como acto procesal.

Con referencia a la impugnabilidad subjetiva, de las actuaciones que obran en el expediente se advierte que la resolución del Tribunal de Alzada, es atacada por la defensa técnica del encausado Herculano Sánchez Colmán y, en tal sentido, puede sostenerse que la condición de impugnabilidad subjetiva, se halla debidamente cumplida en atención a las disposiciones del Art. 8º, del Pacto de San José de Costa Rica y el Art. 449 del CPP.

Ahora bien, con respecto a los requisitos de Modo, Lugar Y Tiempo se tiene que el Casacionista lo interpone ante la Secretaría de la Sala Penal, dentro del plazo previsto en la norma procesal (10 días); por escrito fundado y alegando el motivo previsto en el Art. 478, inciso 3) del Código Procesal Penal. Por lo tanto, deberá abrirse competencia para el estudio respecto a la existencia o no de un fallo manifiestamente infundado. De esta manera emito mi VOTO.

A su turnos, los Ministros Alicia Pucheta de Correa y Miguel Oscar Bajac, manifiestan adherirse al voto del Ministro preopinante, por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada, el Ministro Sindulfo Blanco, prosiguió diciendo: El Acuerdo y Sentencia N° 26, dispuso: “1- Declarar la competencia de este Tribunal...; 2-...; 3 -Confirmar la S.D. N° 221 de fecha 07 de Agosto de 2007, dictada por el Tribunal de Sentencia, presidido por el Juez Penal...”;4- Imponer las costas en esta instancia a la parte perdidosa...”.

El Recurrente, impugna la presente resolución y sustentan sus agravios en los siguientes términos, en resumen: 1) Que el Tribunal de Apelación ha inobservado el deber de fundamentación, “...el órgano jurisdiccional de segunda instancia no respondió debidamente a los recamos específicos que el apelante habilitó al implementar el recurso de apelación especial”; no ha realizado la revisión del razonamiento seguido por el Tribunal para la calificación del hecho acusado y la elevada sanción impuesta por el inferior; no se ha abordado el análisis sobre la correcta o incorrecta aplicación del Art. 65 del Código Penal; 2) Que con tal decisión el Órgano de Alzada ha violado las disposiciones de los Artículos 256 de la Constitución Nacional y 125 del CPP; 3) Ofreció como propuesta de solución la declaración de nulidad parcial del fallo de segunda instancia y el ajuste de la sanción penal a la pena de 05 años de privación de libertad.

Atento a los agravios expuestos por el Casacionista, se dispuso la sustanciación correspondiente y, en este sentido, el Abog. Lorenzo Carrillo Motte, Representante de la Querrela Adhesiva, al expedirse con relación a los agravios formulados por la Defensa, alegó que corresponde que esta Sala declare inadmisibile el recurso interpuesto, por cuanto, que no hace más que pretender la revaloración de las pruebas ya producidas en el Juicio; tampoco ha expresado una adecuada propuesta de solución jurídica al caso planteado. Solicita el rechazo del recurso.

A su turno, la Abog. María Soledad Machuca Vidal, Fiscal Adjunta, primeramente, tras mencionar la concurrencia de los presupuestos que tornan admisible el recurso interpuesto, sostuvo la imposibilidad de los órganos de alzada de realizar modificaciones como las pretendidas por el Recurrente y que guardan relación con la sanción dictada en el Juicio. Sobre el punto, alegó que efectivamente, el Defensor reputa elevada la pena dictada, alegando que la misma supera el reproche del autor. Señaló que las demás impugnaciones de la Defensa “...resultan ser críticas muy genéricas, relacionadas con la falta de fundamentación de las resoluciones judiciales”. Por otra parte, señaló que la calificación de la conducta, ha sido adecuadamente estudiada por el Tribunal de Alzada. Concluyo manifestando “...es de destacar que observado el fallo emitido por el Ad-quem, se verifica que ha realizado correctamente el control de legalidad que le es exigido y, específicamente sobre el tema, ha brindado los fundamentos suficientes, comprobando correctamente el trabajo realizado por el mérito, concluyendo con decisiones acertadas, ajustadas a derecho y a las reglas del pensar humano”, por las razones apuntadas, en síntesis, recomiendan a esta Sala Penal, el rechazo del recurso.

Atento a exposición resumida efectuada líneas arriba, esta Sala advierte que se erigen en objetos centrales de impugnación dos cuestiones puntuales: la falta de fundamentación de la resolución dictada por el Tribunal de Alzada, por que no ha respondido adecuadamente a los agravios formulados en el Recurso de Apelación Especial, lo que convierte a la decisión en defectuosa a tenor del Art. 478, Inc. 3) del CPP y; los defectos en la aplicación de las disposiciones de los Artículos 65 y 105 del Código Penal, es decir, la errónea imposición de la pena y el error en la calificación de la conducta del acusado Herculano Sánchez Colmán.

Abordado el análisis respecto a la fundamentación insuficiente, resulta necesaria exponer las razones consideradas por el Órgano de Alzada para confirmar el fallo atacado vía recurso de apelación especial; ello sin duda servirá no solo para percibir su tarea motivadora, sino además, para advertir su insuficiencia o inadecuada respuesta a los agravios que le fueron expuestos, en este caso concreto por la defensa del encausado Herculano Sánchez. En ese contexto, el Tribunal de Apelaciones –Tercera Sala –ingresó al estudio y análisis de los agravios expuestos por la Defensa, otorgando la siguiente respuesta: “La excelentísima Miembro del Tribunal de apelación en lo Penal, Natividad Mercedes Meza continúa diciendo Se observa que, los medios probatorios ofrecidos en legal forma y probados en juicio, han sido valorados de manera conjunta y armónica, de modo que se puede concluir que la resolución recurrida, reúne

los requisitos indispensables para desplegar su eficacia y conservar su validez. Vemos también que en la sentencia se consignó el contenido relevante de los elementos de convicción recabados – fundamentación probatoria descriptiva – y a la vez, esas piezas procesales se sometieron a un ponderación crítica según las normas del correcto entendimiento humano – fundamentación intelectual – examinando el material probatorio de manera lógica e integral es decir, que el Tribunal de Sentencia, formó su convicción, de la valoración conjunta y armónica de todas las pruebas producidas en juicio oral y público, todo con arreglo a derecho; 393, 394 y 395 del CPP, para calificar la conducta del acusado se constata que el mismo acusado ha confesado haber disparado, si bien es cierto hubo peleas entre víctima y victimario, se ha comprobado que el acusado ha iniciado la provocación de la pelea al acusar a la familia ortega de ladrones, que generó la pelea entre ellos, tampoco se ha demostrado causa de justificación legal que favorezca al acusado. Vale decir, que la calificación impuesta por el Tribunal de Sentencia, ha sido objeto de estudio en este proceso basado en la regla de la Sana Crítica – Art. 175 y 395 del CPP - . Se observa que el A quo también ha analizado las circunstancias personales del autor, consecuentemente, la sentencia impugnada debe ser confirmada por estar ajustada a derecho”.

Como puede verse, uno de los reclamos del Casacionista se centra en el incumplimiento de un requisito esencial que debe cumplir cualquier decisión jurisdiccional. La fundamentación. Ello obliga previamente a reafirmar los principios consagrados en nuestro derecho positivo, respecto al deber de los jueces de motivar adecuadamente sus decisiones, en salvaguarda del derecho de cada uno de los habitantes de una sociedad y de los justiciables en particular, de conocer las razones que tuvo en cuenta el magistrado para resolver el conflicto puesto a su consideración de una manera determinada, permitiendo así el control republicano de sus actos y a la vez facilitando el control del fallo por parte de los tribunales de alzada.

Al respecto, el Art. 256 de la Constitución Nacional, establece que *toda sentencia judicial debe estar fundada en la Constitución y en la Ley*. El Código de Formas, en su Art. 125, consagra también la existencia de que *las sentencias definitivas contengan una clara y precisa fundamentación de la decisión adoptada*. El Tribunal debe indefectiblemente expresar los motivos de hecho y de derecho en que basa sus disposiciones. La simple relación de los documentos del procedimiento no reemplaza a la fundamentación. Se combinan así en el deber de motivación o fundamentación – Art. 256 de la Constitución Nacional – dos principios fundamentales: el de la garantía de la defensa en juicio y el de la forma republicana de gobierno, pues, se emerge en el mecanismo de contralor en poder de los justiciables y de la ciudadanía, de los actos jurisdiccionales.

De las normas señaladas precedentemente, se desprende que el actual esquema procesal impone a los jueces la obligación de fundar sus decisiones, expresando las cuestiones que los llevan a concluir de un determinado modo y no de otro. En ese sentido, esta Sala viene sosteniendo que una sentencia carece de fundamentación cuando no expresa los motivos que justifican la convicción del juez en cuanto a su decisión y las razones jurídicas que la determinan, comprendiendo todas las cuestiones sometidas a decisión. La resolución del tribunal debe ser expresa, clara, completa, legítima y lógica.

Efectivamente, a fin de cumplir con el requisito de completitud se ha sostenido que a través de la sentencia, el órgano jurisdiccional debe brindar respuesta a las cuestiones que las partes han planteado, a los argumentos y razones que ellos le han sometido a consideración y decisión. Por lo tanto, no pueden cancelar - por si - las razones de las partes; pueden si, considerarlas no atendibles, pero dando cuenta del porqué, previa realización de un examen crítico.

En este contexto y a la vista de los argumentos vertidos en la resolución cuestionada, se percibe que en parte alguna del fallo se ha procedido a realizar un estudio respecto a la aplicación al caso concreto de las disposiciones del Art. 105 y 65 del Código Penal. En efecto, a través del recurso de apelación especial, se ha objetado y argumentado la errónea aplicación del Art. 105 y 65 del Código Penal, sustentado en la existencia de algunos elementos típicos del hecho punible de homicidio doloso, que ameritarían incursar el comportamiento del acusado dentro de las disposiciones del Art. 105, Inc. 3º) – excitación emotiva - , como también la inobservancia de las reglas previstas en el Art. 65 para la adecuada aplicación de la pena. De esta manera han puesto en duda y sostenido una deficiente labor de encuadre o subsunción por parte del Tribunal de mérito, como también fue puesto en entredicho la labor de los jueces de primera instancia para la correcta aplicación del art. 65 del Código Penal – bases de medición - en la determinación judicial de la pena.

Evidentemente, sobre estos cuestionamientos, el Tribunal de Alzada, se limitó a brindar afirmaciones genéricas, conforme surge del examen realizado al fallo impugnado, omitiendo en absoluto realizar un análisis argumentado respecto a las dos cuestiones que fueron objeto del recurso. Por ello y ante esta forma de pronunciamiento, es evidente la deficitaria función motivadora, pues, estas conclusiones no resultan acordes con el deber de fundamentación.

Como ya fuera señalado en otros fallos dictados por esta Sala, el Tribunal de Apelaciones, ante la promoción de tales agravios por la parte Recurrente, no necesita alterar y ni tan siquiera ingresar al contenido fáctico producido durante el debate; sino que debe analizar y expedirse sobre la aplicación al caso concreto de las normas penales de fondo y de forma, a fin de responder si ellas fueron aplicadas por el Tribunal correctamente o, si en caso contrario, se advierte “*la inobservancia o errónea aplicación de un precepto legal*” que amerite su corrección por una de las vías previstas en la ley. Nótese que para tal función es innecesaria la modificación del caudal fáctico y además estas cuestiones resultan esenciales para la solución del conflicto, especialmente, cuando quien recurre la sentencia es el propio condenado, con derecho de conocer y aguardar una resolución judicial que se expida sobre la corrección jurídica de la resolución judicial

que justamente lo declara reprochable por un hecho punible. Ello guarda relación directa con el ejercicio pleno del derecho a la defensa en juicio y del debido proceso, a la luz de instrumentos internacionales ratificados por el Paraguay, en especial el Pacto de San José de Costa Rica, de aplicación obligatoria en el derecho paraguayo, Art. 137 Constitución de la República.

La solución aparece reforzada con las disposiciones de los Artículos 467 y 475 del CPP, cuando dispone: *“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”* y *RECTIFICACIÓN. Los errores de derecho en la fundamentación de la resolución impugnada...serán corregidos en la nueva sentencia...”*.

De esta forma quedó expresado que: *“Obviamente, no es suficiente la excusa destacando que la estimación valorativa de pruebas y las conclusiones fácticas de la Sentencia de Primera Instancia no son atacables por la vía de la Apelación Especial de Sentencia. El Tribunal de Alzada, está obligado a controlar el proceso lógico seguido por el Juez en su razonamiento, y al expresar su conclusión sobre dicha verificación, es su deber, expresar la correlación lógica de argumentos o de razones suficientes que demuestren su conclusión, lo cual, no significa necesariamente incursión del Tribunal en el terreno de los hechos”*. Acuerdo y Sentencia N° 244, del 28 de abril de 2005, dictado en el Recurso de casación interpuesto por el Abogado Pedro Daniel Candia en la causa: *“Ministerio Público c/ Francisco J. Páez Jiménez s/ Lesión de Confianza”*.

Por lo tanto, la resolución dictada en las condiciones transcritas precedentemente, se halla infundada. Ciertamente, no ha otorgado respuesta jurisdiccional a todos los agravios expuestos por la Recurrente al interponer recurso de apelación especial – incongruencia por citra petita - y, a más de ello, se limitó a realizar afirmaciones sin ningún sustento, en razón de que dicho Órgano confirmó el fallo del inferior, pero sin esbozar las razones por las que estimó que lo resuelto por el A quo, se halla ajustado a derecho.

La fundamentación –señala Jose I. Cafferata Nores – *“...permite que los interesados puedan conocer las razones que sostienen el decisorio y las premisas que otorgan sustento al pronunciamiento, ya sea con el fin de resolver su acatamiento o para fundar la respectiva impugnación que el ordenamiento legal concede. Asimismo, ello brindará al Tribunal a quem la disposición de los elementos necesarios para efectuar su control”* Jose I. Cafferata Nores. *La prueba en el proceso penal. Pag. 51, Quinta Edición.*

El defecto que se advierte en el fallo es constitutivo del vicio de incongruencia y, como tal, se ha vulnerado además la prescripción contenida en el Art. 398 del CPP, que consigna como requisito ineludible de la sentencia, *el voto de los jueces sobre cada una de las cuestiones planteadas, con la exposición de los motivos que lo fundan*. En tal sentido, el Art. 456 del Código Ritual, al definir la competencia del Tribunal consagra el principio: *“tantum appellatum quantum devolutum”*, según el cual, los agravios del recurrente son lo que definen la competencia del tribunal superior, que debe resolver sobre ellos y limitado a los aspectos contenidos en los mismos. Al obviar el estudio y pronunciamiento de todas las cuestiones impugnadas en segunda instancia, el tribunal inobservó las disposiciones legales citadas precedentemente, que rigen el procedimiento en alzada, convirtiendo el fallo, en una decisión citra petita.

Por tanto, la decisión se halla viciada del defecto de incongruencia por citra petita o fallo corto y, ante la existencia del defecto, corresponde que esta Sala Penal, disponga la nulidad del Acuerdo y Sentencia N° 26, del 13 de mayo de 2008, dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Criminal, Tercera Sala de la circunscripción Judicial de la Capital.

En este nuevo contexto procesal y teniendo en cuenta la declaración de nulidad del Acuerdo y Sentencia N° 26, corresponde determinar el alcance de la presente resolución y, en este contexto, el Art. 480 del CPP, al establecer el precedente en cuanto al trámite y resolución del recurso extraordinario de casación, deriva a la aplicación analógica de las disposiciones relativas al recurso de apelación de la sentencia de primera instancia. Por ello, y remitido a las previsiones que reglan dicho recurso, nos encontramos con dos vías posibles de solución del caso: 1) la reglada por el Art. 473 del CPP, es decir el reenvió y; por la otra la prevista en el Art. 474 que establece: *“Decisión Directa. 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 sea necesaria la realización de un nuevo juicio, el tribunal de apelaciones podrá resolver, directamente, sin reenvió”*.

Atendiendo a la declaración de nulidad del fallo, estimo la pertinencia de la segunda de las alternativas para el caso en estudio, toda vez que a través del recurso de casación se reclame la correcta aplicación de la ley penal sustantiva a los hechos que ya fueron debidamente acreditados por el Tribunal de Mérito y, en ese contexto, pueda realizarse un limitado estudio de tales agravios en ocasión del recurso de casación. Ello, a los efectos de corregir eventuales errores de derechos o de fundamentación en la que pudieron haber incurrido los jueces integrantes del Tribunal. Sin embargo, en esta faena es de vital importancia precisar antes que nada, el alcance de lo que podría constituirse en materia de revisión y corrección por parte del Tribunal Superior. Y en este sentido, estimamos que no puede ni debe sustraerse al ámbito de estudio de la casación los denominados *errores iuris in iudicando*, vale decir, los posibles defectos de juicio en que pudo

haber incurrido el Juzgador en su tarea de elaboración y selección de las premisas del silogismo que lo conducirá a la adecuada y razonada derivación de la conclusión.

Conteste con la definición dada por la doctrina de que “...*el vicio examinado consiste en el error padecido por el tribunal en la selección o en el alcance de la norma que da el sentido del caso sometido a decisión, de modo que la infracción puede materializarse en forma negativa o positiva....se da la segunda cuando se aplica al hecho una norma que no es la adecuada... o cuando a pesar de haberse aplicado la norma adecuada se le otorga un alcance diverso al que realmente reviste o se le imputa una consecuencia que no le corresponde...*” *Los Recursos en el Proceso Penal. Lino Enrique Palacio, Abeledo Perrot. pag 110*

A más de lo expuesto, principios procesales de celeridad y economía imponen idéntica solución, por lo que en base a tales principios y a la normativa citada nos abocamos al control de logicidad de la Sentencia de Primera Instancia, a fin de verificar si la misma se halla motivada adecuadamente.

Es así que, remitiéndonos al estudio de logicidad de la sentencia de primera instancia, concretamente, a la Tercera cuestión, - sanción aplicable - podemos advertir errores de derecho, provenientes de la existencia de vicios en el razonamiento de los Juzgadores que condujeron a una defectuosa individualización de la pena. El artículo 65 del Código Penal, ha sido erróneamente aplicado al caso en estudio, verificándose el defecto en varias de las expresiones utilizadas por el Tribunal para el fundamento de la pena. En efecto, el primer déficit encontramos en una inadecuada graduación del reproche, el que si bien debe ser analizado por el Tribunal de Sentencia, al momento de fundar la imposición de la sanción no ha sido tomada en cuenta correctamente, lo que amerita una corrección en esta Instancia.

En efecto, si bien el Art. 65 del Código Penal autoriza a los juzgadores a fijar su monto dentro de los límites señalados en cada figura delictiva, esa fijación no puede ser arbitraria ni alejada de los principios de proporcionalidad, justicia e igualdad contenidos en nuestra legislación. La labor del Tribunal de méritos en la fijación de la pena se encuentra muy especialmente tasada en la ley, ya que el propio artículo 65 del Código Penal, inmediatamente señala los parámetros que deben orientar la tasación del monto de la pena en cada caso concreto, sin que el juez pueda recurrir a prejuicios, criterios arbitrarios, o tomar en consideración factores distintos a los previstos por el legislador.

Concretamente, la defensa sostiene una desproporcionada imposición de la pena debido a que no se analizó y apreció el reproche personal del acusado y que se han valorado incorrectamente los motivos señalados en el inciso 2º) del Art. 65 del CP.

Por su parte, la Querrela Adhesiva, sostuvo la incompetencia de los órganos de alzada para revisar las cuestiones fácticas y probatorias rendidas en juicio oral. A su turno, el Fiscal adjunto encargado de vistas y traslados de la Fiscalía General del Estado, también señaló que el Tribunal ha otorgado respuesta a las cuestiones planteadas en el recurso de apelación, sin ingresar al estudio de cuestiones prohibidas por razón de su competencia en materia del recurso de apelación especial.

Sin embargo, efectuado un somero análisis, advertimos una débil tarea de fundamentación de la pena. El recurso de casación interpuesto por la Defensa debe ser atendido favorablemente.

Autorizadamente, se ha sostenido “...*el control de la proporcionalidad de las medidas restrictivas de derechos fundamentales adoptadas por los órganos judiciales en el proceso penal puede ser ejercido por los mismos u otros órganos judiciales, a través de los recursos contemplados...*” (González- Cuellar Serrano, Nicolás. Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal. Colex. Madrid, 1990, p. 330).

Resulta lógico pues, que la decisión debe estar racionalmente motivada y ello a fin de que las partes puedan eventualmente impugnar ante la casación cualquier arbitrariedad en el uso de los criterios que establece la ley para la correcta medición de la pena en el caso concreto, lo cual puede controlarse tanto por la forma, por medio de los vicios de falta de fundamentación o violación a las reglas de la sana crítica, como también por el fondo, impugnando los parámetros utilizados y la arbitrariedad del monto de la pena finalmente escogida.

En idéntico sentido, el Prof. Enrique Bacigalupo, categóricamente señala: “...*la casación, como todo recurso, también y con no menos intensidad, debe perseguir un fin de protección contra la arbitrariedad. Ello significa que, allí donde los medios de que dispone el Tribunal de Casación se lo permitan, éste tiene el deber de sancionar la arbitrariedad*”. (Bacigalupo, Enrique. *La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros temas. Edit. Had- Hoc, Buenos Aires, pags. 47/48*).

Refuerza lo expuesto, el defecto varias veces advertido, en el que caen los Tribunales de Sentencia al incurrir en el vicio de doble valoración. Ejemplificando diremos que si el Tribunal de Mérito, ha incurrido en el defecto señalado, normas constitucionales relativas a la prohibición del doble juzgamiento imponen el deber de corrección en una instancia superior, así la “...*prohibición de doble valoración...ha sido reconocida por vía de interpretación jurisprudencial como un requisito de coherencia lógica de la sentencia, como un derivado del ne bis in idem*”. Patricia S. Ziffer. *El sistema argentino de la medición de la pena. Universidad Externado de Colombia. Pag. 25/26*.

Bajo estos lineamientos expuestos, consideramos verificable la tarea judicial de medición individual de la pena, por esta vía y, en ese sentido, advertimos que los Juzgadores primarios, luego de fijar el marco penal del delito de homicidio doloso, señalaron recurrir al Art. 65 del Código Penal (Bases de medición) a los efectos de la graduación, sin embargo, nada sostuvieron con respecto al inciso primero del citado artículo, vale decir, omitieron referirse con relación al reproche personal del autor, solo mencionaron las pretensiones punitivas tanto de la Querrela como del Ministerio Público. Efectivamente, el Art. 65 dispone en su inciso 1º “*la medición de la pena se basará en la reprochabilidad del autor y será limitada por ella...*”.

Este presupuesto posee directa vinculación al grado de reproche del autor, es decir, la mayor o menor contrariedad con la norma, expresar los motivos que impulsaron al autor a la comisión del hecho punible, todo lo cual resultará decisiva para establecer un adecuado grado de reprochabilidad. Y este análisis resulta fundamental, sin ella no se podrá conocer la magnitud de los obstáculos internos que tuvo que haber superado el autor para dirigir su conducta a la realización del hecho penado en la ley.

El Tribunal de Sentencia, pasó por alto la tarea fundamental previa y necesaria para la tarea de cuantificación punitiva y directamente pasó a referir los criterios del inciso 2º, es decir, los móviles y los fines; la actitud frente al derecho; la intensidad de la energía criminal; la forma de la realización; la vida anterior y la conducta posterior, etc., por lo que aparece palpable la deficiente tarea de individualización judicial de la pena, el cual no solo torna arbitrario el juicio punitivo, sino que convierte en revisable la cuestión en esta instancia, a fin de proveer su corrección.

El efecto, sin formularse juicio de reprochabilidad para cada partícipe, resulta materialmente imposible la operatividad al caso en estudio del principio de proporcionalidad (Art. 2º) y por lo tanto, la sanción jamás podrá ser vinculada con el injusto personal y con la gravedad de cada caso, lo cual torna arbitraria e injusta la decisión. Además, en la especie el Tribunal adujo erróneamente circunstancias constitutivas del tipo legal, las que no pueden ser revaloradas en el juicio sobre la pena. Nótese, por ejemplo, las manifestaciones del Colegiado de Mérito, al intentar sostener el criterio de energía criminal, en el que señaló: "...debe ir en contra del acusado, pues realizó la acción necesaria para infringir una herida suficiente para causar la muerte de su víctima, además de haber realizado varios disparos..." . De esta forma, torna defectuosa su fundamentación al reanalizar los elementos constitutivos del tipo objetivo del homicidio, previsto y penado en el Art. 105 del Código Penal.

Atento al vicio detectado, este criterio objetivo debe ser rectificado (Art. 475) y, por lo tanto, realizada una fundamentación complementaria, en el sentido de mencionar que ante el defecto en la fundamentación no existe otra alternativa, sino aquella por la que debe entenderse a favor del encausado, (Art. 5), por lo que así debe ser declarada.

Además, han sido también valoradas o mejor consideradas a su favor varios de los criterios estudiados en el inciso 2º) y, no obstante ello, concluyeron con la imposición de una pena de ocho (8) años de privación de libertad. Véanse fojas 259/260.

En el presente caso, es evidente que se han violado dos principios esenciales: proporcionalidad y necesaria motivación, razón por la que debe acogerse positivamente el motivo señalado por la defensa y a los efectos de disponer su aplicación adecuada al caso en estudio, debemos recurrir al mecanismo del Art. 474 del CPP, es decir, a la decisión directa.

En tal sentido, para una correcta y adecuada determinación de la pena, debe recurrirse en primer lugar a los fines políticos-criminales delineados e impuestos como fines de la pena y a los principios y garantías consagradas en nuestra Constitución Nacional. De forma específica el artículo 1 que establece el Estado de Derecho y la Garantías de la dignidad humana. Para el Derecho Penal, y de forma muy específica, para la aplicación de la sanción, estos principios y garantías se operativizan en las reglas de individualidad de cada hecho punible y la medición de la pena para cada caso concreto, las que deben estar basadas en la reprochabilidad y deben ser limitadas por el reproche individual.

Por eso sostenemos que el fallo no ha dado cumplimiento al principio de proporcionalidad. Primero: no ha analizado el reproche del acusado en la tercera cuestión y, segundo, pese a la consideración positiva de la personalidad del autor, de su vida anterior, de su actitud frente al derecho y otros de los parámetros establecidos en el Art. 65, impuso una sanción sin fundamentar el porque del monto a que ha llegado. Atento a la expuesto, a la doctrina y jurisprudencias citadas y respetando la forma como el Tribunal de mérito tuvo por acreditado los hechos juzgados, estimamos que la pena que corresponde debe ser la de seis (06) años de privación de libertad.

Este temperamento ya sido aplicado en diversos fallos, como los que se citan a continuación: *Acuerdo y Sentencia N° 1247 del 27 de diciembre de 2005 en la causa: "Recurso extraordinario de Casación interpuesto por los Abogados defensores de Fernando Sorrentino, Ricardo Castillo y Francisco Peterlik en la causa: Juan Peirano Basso y otros s/ lesión de confianza y otros"* y en el *Acuerdo y Sentencia N° 591, del 05 de agosto de 2009, en la causa: Juan Pío Paiva y otros s/ homicidio y otros.*

Como consecuencia práctica del principio de reprochabilidad es que no existen penas absolutas ni tasadas, que no permitan fijar la pena concreta de acuerdo con el grado del reproche individual.

En otras palabras, las disposiciones sobre las conductas delictivas prevén marcos penales que se adecuan, en primer lugar, al ilícito en general y que -además- indican máximos y mínimos que permiten al juez cumplir con el principio establecido en el artículo 2º del Código Penal y 20 de la Constitución Nacional; determinando la pena concreta de acuerdo con el grado del reproche individual y, conforme a estas consideraciones, por decisión directa y atendiendo principalmente a los principios procesales de economía y celeridad, corresponde rectificar la pena, manteniendo incólume la calificación jurídica dispuesto por el Tribunal de Sentencia.

Concluyendo, voto por la procedencia del recurso de casación interpuesto por el Defensor del condenado Herculano Sánchez Colmán y, específicamente en lo que atañe al reclamo expuesto con relación a la existencia de una resolución infundada dictada por el Tribunal de Apelaciones, en lo Penal, Tercera Sala y por ello corresponde casar dicho fallo. Como consecuencia, y en función al Art. 474 del CPP, la presente causa se resuelve por vía de la decisión directa, abocándose al estudio de la estructura lógico-jurídico de la sentencia del Tribunal de Mérito y, en el caso puntual, voto por la revocación parcial de la S.D. N° 221, del 07 de agosto de 2007, específicamente del Apartado N° 05, correspondiendo la aplicación de la pena privativa de libertad de seis (06) años en contra del acusado Herculano Sánchez Colmán, debiendo confirmarse los demás puntos del fallo en cuestión.

Las costas procesales en esta instancia, estimo que deben ser impuestas por su orden, debido a la forma como ha quedado resuelta la cuestión y en atención a la aceptación parcial de los agravios alegados por la Defensa.

Voto en disidencia de la Ministra Alicia Beatriz Pucheta De Correa.

A la segunda cuestión planteada, prosiguió diciendo: Disiento con el voto del Ministro preopinante Dr. Sindulfo Blanco en lo que se refiere a la viabilidad del Recurso Extraordinario de Casación por las consideraciones que paso a exponer:

Para determinar la procedencia o no de la impugnación interpuesta, debemos remitirnos a las normas que regulan la forma de la sentencia judicial y sus requerimientos de validez. El artículo 125 del C. P. P. determina: *“Fundamentación. Las sentencias definitivas y los autos interlocutorios contendrán una clara y precisa fundamentación de la decisión. La fundamentación expresará los motivos de hecho y de derecho en que se basan las decisiones, así como la indicación del valor que se le ha otorgado a los medios de prueba. La simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los requerimientos de las partes no reemplazarán en ningún caso a la fundamentación.”* Igualmente, el artículo 403 del mismo cuerpo legal señala: *“...Vicios de la Sentencia. Los defectos de la sentencia que habilitan la apelación y la casación, serán los siguientes: inc. 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 relator de los hechos o cualquier otra forma de reemplazarla por relatos insustanciales. Se entenderá que es contradictoria la fundamentación cuando no se ha observado en el fallo las reglas de la sana crítica, con respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo...”*.

En ese sentido y ya avocándonos a la tarea del control de la tarea juzgadora del Tribunal cuya decisión es cuestionada, se tiene que si bien ha sido bastante limitada, sin embargo ha esbozado los motivos por los cuales entienden que la resolución dictada en primera instancia es correcta.

Evidentemente, una argumentación judicial refinada implica la adición de citas doctrinales o jurisprudenciales, pero ello no ocasiona ineficacia en la misma por cuanto lo que la Ley impone es del deber de exponer los motivos de la adopción de la resolución, tomando como base de su tarea los argumentos de las partes, junto con las constancias de autos.

Y es que lo que se busca es que los actos de gobierno, como lo es una sentencia judicial, tenga un fundamento legal y que la misma sea posible de ser conocida, interpretada y aplicada, en su caso, por la generalidad. Ello además, por que en definitiva, a través de la tarea intelectual de motivar lo decidido se efectiviza la garantía de la defensa en juicio en todos sus aspectos.

Dentro de este contexto, el Tribunal de Apelación en la presente causa, luego de una breve síntesis de los agravios expuestos por el apelante, contestación de la querrela y del Ministerio Publico, analizo la sentencia impugnada (fs. 237), expresando que la misma reúne los requisitos indispensables para su eficacia. Determino que la calificación de la conducta impuesta por el Tribunal de Sentencia ha sido objeto de estudio basado en la regla de la sana crítica – artículos 175 y 397 del C.P.P. Igualmente expuso que el A quo analizo las circunstancias personales del autor, sin dar lugar a una extralimitación en la materia probatoria ni en cuestiones fácticas que no pueden ser materia de estudio en segunda instancia, por lo cual es dable afirmar que la decisión adoptada no adolece de defectos estructurales debiendo ser confirmada en todos sus términos.

Por otra parte – tal como expone el Ministerio Publico – la única puesta a consideración por el casacionista, es la cuantía de la pena impuesta al condenado.

En el marco del proceso acusatorio, los cuestionamientos a los fallos dictados por el Tribunal de Merito, solo pueden versar sobre el control de la legalidad y logicidad de las conclusiones y razonamientos expuestos por los mismos. Dentro del control de legalidad, se incluye, el análisis de la correcta aplicación del derecho. En cuanto al control de logicidad, se verifica el cumplimiento de las reglas de la lógica formal o del pensamiento correcto.

En dicha tesis, no procede la revaloración probatoria ni los hechos acreditados en el debate oral, aunque si puede atacarse la incorrecta aplicación de las norma para la valoración probatoria. Por otra parte, no corresponde el estudio de los hechos, pero sí que en su construcción se violaron los principios de no contradicción o tercero excluido, o que no se adecue al caudal fáctico acreditado por el Tribunal de Merito, la norma aplicada.

En dicho contexto el quantum de la pena no puede ser objeto de estudio, conforme al principio de inmediación que sirve de sustento al nuevo proceso penal oral (artículo 1, 2° párrafo del CPP), por lo que el reproche penal, como la individualización de la pena y su graduación, al estar basados en hechos, corresponden únicamente al Tribunal de Mérito.

Sobre la cuestión esta Magistratura en forma constante y uniforme ha expresado *“...La individualización de la pena, como la graduación de la misma se basan en “hechos”, cuya valoración corresponde única y exclusivamente al Tribunal de Sentencia interviniente en el juicio, dentro de su poder discrecional; por consiguiente, no pueden ser revisadas por medio del Recurso de Apelación Especial, ni a través del Recurso Extraordinario de Casación. Solo los jueces de mérito pueden apreciar las circunstancias en que se dieron los “hechos”, valorarlos y determinar en consecuencia la pena aplicable. La determinación del monto de la pena depende de apreciaciones y elementos que tienen relación directa con los hechos fijados definitivamente en el juicio, con lo cual solo pueden ser apreciados y evaluados por los jueces de mérito durante la tramitación del Juicio Oral y Público...”* (Acuerdo y Sentencia N° 917 del 16 de junio de 2.004, dictado en la causa: *“Recurso Extraordinario De Casación Interpuesto Por La Defensora Pública Clara Noemí Fernández En: Ministerio Público C/ Pablino González Amarilla Y Julián Armoa González S/ Homicidio En Blas A. Garay”*

Por tanto, en atención a los fundamentos expuestos y con sustento legal en el art. 256 de la Constitución Nacional; los arts. 125, 403, 478 inc. 3 del C.P.P, debe rechazarse el Recurso Extraordinario de Casación interpuesto contra el Acuerdo y Sentencia No. 26 de fecha 13 de mayo del 2008, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Penal 3ª. Sala de la Circunscripción Judicial de la Capital, por así corresponder en derecho. Es mi voto.-

A su turno, el Ministro Miguel Oscar Bajac Albertini, manifiesta adherirse al voto emitido por el Ministro Preopinante Sindulfo Blanco, por los mismos fundamentos.

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

R E S U E L V E: 1.- Declarar admisible el Recurso Extraordinario de Casación, interpuesto por el Abog. Raúl Peralta Vega, defensor técnico de Herculano Sánchez Colmán, contra el Acuerdo y Sentencia N° 26, del 13 de mayo de 2008, dictado por el Tribunal de Apelaciones, en lo Penal, Tercera Sala. 2.- Hacer lugar al Recurso de Casación interpuesto; y en consecuencia ANULAR el Acuerdo y Sentencia N° 26, del 13 de mayo de 2008, dictado por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal, Tercera Sala de la Circunscripción Judicial de la Capital y, en función al Art. 474 del CPP, Revocar parcialmente la S.D. N° 221, del 07 de agosto de 2007, en el Apartado N° 05 y, en consecuencia, imponer la pena privativa de libertad de seis (06) años, fundado en las consideraciones vertidas en el exordio de la presente resolución. 3.- Confirmar los demás apartados de la S.D. N° 221, dictado por el Tribunal de Sentencia. 4.- Imponer las costas procesales en esta instancia, por su orden. 5.- Anotar, registrar y notificar.

Ministros: Sindulfo Blanco, Alicia Beatriz Pucheta de Correa y Miguel Oscar Bajac. Ante mi: Karina Penoni de Bellassai, Secretaria Judicial

TRIBUNAL DE APELACION EN LO CRIMINAL

ACUERDO Y SENTENCIA N° 27

PRUEBA. Legalidad de la prueba

Las pruebas deben ser obtenidas dentro de ciertos límites de legalidad, porque las pruebas obtenidas fuera de un mínimo de rango legal, no tiene validez para el proceso y mucho menos para dar certeza al juez, debe contener su obtención un mínimo ético y moral, en primer lugar porque se procura la represión de un hecho punible y, en segundo lugar porque ése hecho punible no puede a su vez ser pretexto para cometer otro hecho punible.

PRUEBA. Medios de prueba

Para discernir sobre la ilegalidad probatoria, se deben hacer consideraciones acerca de la ilicitud de los medios para obtener la prueba, pudiéndose concluir en la existencia de “vías ilegítimas” para obtener una prueba determinada en concreto.

PRUEBA. Principio de exclusión probatoria

La regla de la “exclusión probatoria”, se sustenta en un principio ético que manda imperativamente que El Estado, representado por sus órganos investigativos, no puede utilizar métodos o vías ilegítimas para obtener la prueba, porque con relación al individuo común, es inmensamente más poderoso en estructura y medios con que cuenta para investigar, que el simple ciudadano para defenderse.

PRUEBA. Principio de exclusión probatoria

La regla de exclusión no toca un hecho lícito en ilícito, sino solo declara la inaprovechabilidad de la prueba ilegítima en cualquier proceso penal. Si se tratara esta cuestión de un simple problema de “altos costos”, para la sociedad, por la impunidad, al que se ve obligada a padecer, sin embargo, en la práctica la no aplicación del principio de exclusión, consagraría en el proceso penal, el principio utilitarista y antiético de que el fin justifica cualquier medio.

PRUEBA. Legalidad de la prueba

El servicio de justicia no puede beneficiarse o utilizar una prueba obtenida mediante la violación de garantías constitucionales; al contrario, por representar a la sociedad, el Fiscal debe ser siempre ejemplo de estricto cumplimiento de la ley; en esta situación, no puede violarla flagrantemente, situación que no debe tolerarse ni siquiera para “probar” la existencia de un hecho punible.

PRUEBA. Anticipo jurisdiccional de prueba

El art. 217 del CPP dispone que en la etapa preparatoria, tanto el Juez de Garantías, como el Fiscal de la causa, pueden ordenar la realización de pericias, pero en calidad de simples actos de investigación, siempre que no se trate de un anticipo jurisdiccional de prueba.

PRUEBA DE PERITOS. Prueba de peritos en materia penal

Las pericias ordenadas por la fiscalía en la etapa preparatoria no son pruebas idóneas para el juicio oral y público, sino simples actos de investigación que no sirven para fundar ninguna condena.

JUICIO ORAL Y PÚBLICO. Recepción de pruebas en el juicio oral. **PRUEBA.** Principio de exclusión de prueba

El principio de libertad probatoria no está concedida para que las partes puedan introducir al juicio oral y público –única instancia procesal para la producción de todas las pruebas- de cualquier prueba, sino sólo de aquellas introducidas respetando las normas que rigen su ofrecimiento y producción y, fundamentalmente el derecho a la defensa, siendo en caso contrario procedente la llamada “exclusión probatoria” en los términos del art. 174 del CPP restando eficacia

probatoria no sólo a la prueba ilegal principal, sino de todas las que sean consecuencia directa e inmediata de aquélla (nulidad en cadena).

PRUEBA DE PERITOS. Prueba de peritos en materia penal

Si la propia pericia como acto de investigación no puede constituir prueba legal en el juicio oral, tampoco se puede introducir la declaración informativa y ampliatoria de los peritos en carácter de supuestas testificales como burdamente lo ha admitido el tribunal de sentencia, violando graves y claras disposiciones legales y constitucionales que perjudicaron aviesamente los derechos de defensa del acusado y, para más las mismas pericias en carácter de documentales que violentan las más elementales normas que regulan la prueba en el proceso penal.

PRUEBA. Legalidad de la prueba. **HECHO PUNIBLE.** Investigación de hecho punible

La persecución y castigo de los hechos punibles, de ningún modo puede significar el quebrantamiento de garantías constitucionales; al contrario, la persecución pública de los hechos punibles debe significar, explícita e implícitamente, la obtención de pruebas de cargo, en todos los casos, en forma legal, descartándose en absoluto la posibilidad de que los investigadores cometan, a su vez, irregularidades con el fin de obtenerlas.

MINISTERIO PÚBLICO. Carga de la prueba. **PRUEBA DE PERITOS.** Principios generales

La declaración de los peritos propuestos por el Ministerio Público son explicaciones, ampliaciones o precisiones técnicas de las operaciones técnicas que en carácter de peritos practicaron en la causa, sus dichos no se refieren a conocimientos directos de los hechos, sino, referidas sólo a las operaciones técnicas que realizaron durante el trabajo pericial.

PRUEBA DE PERITOS. Dictamen pericial. Apreciación de la prueba pericial

El informe oral como prueba testifical rendido por los peritos en la audiencia del juicio oral y público y los dictámenes escritos agregados como supuesta prueba documental, constituyen así, la introducción solapada e ilegítima de unas pruebas periciales que no podían ser introducidas en el juicio oral y público al no haber sido practicados bajo la modalidad de anticipo jurisdiccional de prueba en al etapa preparatoria.

Trib. De Apel. En lo Criminal. Primera Sala. 26-03-10. “Rocío Karina Medina Ortega s/ Apropiación” (AC. Y Sent. N° 27)

CUESTIONES:

1°) ¿Es competente el Tribunal para entender en la presente causa?

2°) ¿Es admisible el recurso o se impone su rechazo?

3°) ¿Se encuentra ajustada a derecho la sentencia impugnada?

Practicado el sorteo entre los Miembros, pare determinar el orden de votación en la deliberación, dio el siguiente resultado: Doctores Cárdenas Ibarrola, Ocampos González y Bray Maurice.

A la primera cuestión planteada el miembro preopinante Dr. Cárdenas Ibarrola, dijo: Traídos a la vista del Tribunal, los autos de la causa “Rocío Karina Medina Ortega s/ apropiación” tenemos que el Tribunal Colegiado de Sentencia, bajo la Presidencia del Abog. Wilfrido Peralta Argüello, y como Miembros Titulares las Abogs. Elsa García Hulskamp y Blanca Gorostiaga, ha dictado la S.D. N° 361 de fecha 2 de octubre de 2009 (fs. 180/197 y vlto.) y, el recurso de apelación especial promovido por el Abogado Hilarión Amarilla Noceda, bajo patrocinio del Abogado Guillermo A. Spiess, representantes de la defensa de la imputada (fs. 200/209), tenemos que a tenor del Art. 40 inc. 1° en concordancia con el Art. 466 ambos del C.P.P., este Tribunal de Apelación es competente para entender en la misma. Voto en forma afirmativa por esta primera cuestión.

A sus turnos los miembros Ocampos González y Bray Maurice, manifiestan adherirse al voto del preopinante por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada el Miembro preopinante, prosiguió diciendo: Corresponde el examen de la legitimidad de la interposición del recurso de apelación especial deducido en la presente causa; así, la doctrina lo denomina presupuesto de “admisibilidad”, en tal sentido, el Capítulo II del Título III “De la apelación” del C.P.P., en su artículo 466 establece: “*Sólo podrá deducirse el recurso de apelación especial contra las sentencias definitivas dictadas por el Juez o el Tribunal de Sentencia en el juicio oral*”, estableciéndose de este modo el objeto del recurso. En referencia a los motivos que la hacen precedente, están expresamente establecidos en el Art. 467 del C.P.P., y así, sólo podrán ser deducidos contra sentencias definitivas en las que se hayan incurrido en inobservancia o 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 hecho la reserva de recurrir, salvo que se trate de nulidad absoluta o de vicios de la sentencia.

En consecuencia, el Tribunal debe comprobar antes, si se reúnen o no las condiciones formales para continuar el análisis, o el procedimiento, según el caso, es decir, según las reglas de la admisibilidad formal del recurso. Si el Tribunal considera que no se reúnen las exigencias de la admisibilidad formal, declarará no admisible el recurso deducido y, en consecuencia ya será innecesario tocar el fondo de lo planteado en el recurso, si por el contrario considera que el recurso ha sido bien deducido, pasará a estudiar los supuestos agravios de los recurrentes.

Establecido de este modo el marco conceptual de la admisibilidad, pasamos a verificar si el recurso interpuesto se encuadra o no dentro de los presupuestos formales exigidos en los artículos antes mencionados. En efecto, los impugnantes recurren de la S.D. N° 361, de fecha 2 de octubre de 2009, dictada por el Tribunal Colegiado de Sentencia bajo la Presidencia del Abog. Wilfrido Peralta Argüello, y como Miembros Titulares las Abogs. Elsa García Hulskamp y

Blanca Gorostiaga en la causa: “Rocío Karina Medina Ortega s/ apropiación”, con lo cual se halla cumplido lo dispuesto en el artículo 466 del C.P.P.

En cuanto a las exigencias del Art. 467 del C.P.P., es decir, a los únicos motivos que deben ser esgrimidos y que posibilitan el juicio favorable de admisibilidad, han sido cumplidos por los impugnantes, tal como se puede constatar con la simple lectura de los fundamentos del recurso y, así, los recurrentes alegan que ha habido inobservancia y errónea aplicación de preceptos legales –error in iudicando– en cuanto a la calificación de la conducta del acusado, en consecuencia, se reúne lo establecido en el Art. 403 inc. 3 del C.P.P..

En cuanto a la forma y tiempo de la interposición de los recursos, tenemos que el Art. 468 del C.P.P., manda imperativamente que sea deducido por escrito fundado y en el término de diez días luego de notificada la sentencia, los que se hallan cumplidos examinando las constancias de autos. En consecuencia, los impugnantes han individualizado en su escrito recursivo, lo que a criterio de los mismos, corresponde a inobservancia o errónea aplicación de preceptos legales en la sentencia impugnada y, por tanto al reunirse los requisitos formales del Art. 467 del C.P.P., el recurso deviene admisible. Voto en el sentido expuesto.

A sus turnos los Dres. Ocampos González y Bray Maurice manifiestan adherirse al voto que antecede por sus mismos fundamentos.

A la tercera cuestión planteada el Dr. Cárdenas Ibarrola dijo: El Tribunal Colegiado de Sentencia como resultado del juicio oral y público, resolvió: “1) Declarar, la competencia del Tribunal de Sentencia Colegiado... 2) Declarar probada en juicio la existencia del hecho punible de Apropiación. 3) Declarar la autoría de la acusada Rocío Karina Medina Ortega, ... en el hecho punible de Apropiación, probado en juicio. 4) Calificar la conducta de la acusada Rocío Karina Medina Ortega, dentro de lo dispuesto en el artículo 160 inciso 1º en concordancia con el art. 29 inciso 1º del Código Penal. 5) Condenar a la acusada Rocío Karina Medina Ortega... a la sanción de dos (2) años y dos (2) meses de pena privativa de libertad que la deberá cumplir en la Correccional del Buen Pastor, una vez firme y ejecutoriada la presente resolución, a cargo del Juzgado de Ejecución. 6) Mantener la medida alternativa a la prisión preventiva, decretada por A.I. Nº 1554 de fecha 9 de octubre de 2007. 7) Declarar, civilmente responsable a la acusada por el hecho punible de apropiación. 8) Librar oficios al Tribunal de Justicia Electoral, a la Sección de Estadísticas en lo Criminal y a la Policía Nacional comunicando la sentencia definitiva una vez firme y ejecutoriada la presente resolución. 9) Costas a la parte perdedora. 10) Anotar...” (sic).

El Tribunal Colegiado de Sentencia argumentó en fundamento de la resolución en alzada, con relación a la calificación y la medición de la pena, en síntesis, lo siguiente: “...En oportunidad de la realización del debate sobre la calificación aplicable, la fiscalía solicitó que la conducta de la acusada Rocío Karina Medina Ortega sea calificada dentro de los términos del Art. 160 inc. 1º del Código Penal. Por su parte los representantes de la defensa solicitaron que su defendida sea absuelta de culpa y pena. Que, de acuerdo a la forma en que han sido recogidos los elementos de juicios y valorados como pruebas, conforme a la regla de la sana crítica, el Tribunal de Sentencia considera que la conducta de Rocío Karina Medina Ortega debe encuadrarse legalmente en el tipo penal del Art. 160 inc. 2º en concordancia con el Art. 29 inc. 1º ambos del Código Penal. En lo referente al Art. 65 del CP, el cual sienta las bases de la medición de la pena, deben ser considerados a favor y en contra del acusado: el numeral 1º que se refiere a los móviles y fines del autor, la obtención del lucro; el numeral 2º que se refiere a la actitud frente al derecho, quebrantar la norma legal; numeral 3º: intensidad de la energía criminal, utilizada en la realización del hecho, el perjuicio ocasionado a su propio empleador en el lugar del trabajo; el numeral 4º: el grado de ilícito de la violación del deber de no actuar o en caso de omisión, de actuar, en este caso no se trata de hechos punibles cometidos por terceros; el numeral 5º: la forma de la realización, los medios empleados, la importancia de la vida de la persona, y las consecuencias reprochables del hecho, se ha valido de la falencia del sistema de seguridad para la perpetración del hecho, a través de los elementos de trabajo a su cargo, ocasionando perjuicio económico a los asociados que le contrató su servicio; el numeral 6º: que se refiere a la vida anterior del autor y sus condiciones personales y económicas, persona que anteriormente no registra vivencia delictiva pero de condición económica humilde; por último el numeral 7º: con relación a la conducta posterior del acusado a la realización del hecho, conducta favorable con posterioridad al hecho, ha procurado reparar el daño, según el Fiscal de la causa, pero sin poder hacerlo. Es así que la actividad por la cual se mide la reprochabilidad de la persona tiene un objetivo concreto en la que también se debe tener en cuenta la oportunidad que se le debe dar a las personas condenadas a la resocialización procurando la regeneración del mismo a fin de que se pueda lograr a que sea nuevamente una persona útil a la sociedad una vez cumplida la sanción penal que en este caso corresponde a la aplicación de dos (2) años y dos (2) meses de pena privativa de libertad, dentro del marco penal previsto en la calificación.

El Abog. Hilarión Amarilla Noceda, bajo patrocinio del Abog. Guillermo A. Spiess, representantes de la defensa de la imputada, en su escrito de apelación especial (fs. 200/209), manifestaron: “...Los agravios de la defensa se sustentan en: Vicios de la sentencia, previsto en el artículo 403 inc. 3 del C.P.P. La sentencia recurrida se basa en medios o elementos probatorios no incorporados legalmente en juicio. La sentencia se basa en pruebas que han sido objeto de impugnación por esta defensa por la vía incidental de exclusión de pruebas y luego por el recurso de reposición interpuestos al inicio del juicio oral y público y que fueran rechazadas por el Tribunal de Sentencia, incorporando al Juicio pruebas obtenidas en violación de las normas procesales previstas en el código de forma, específicamente en los artículos 165, 166, 174 del C.P.P. lo que acarrea indefectiblemente la nulidad de todo el juicio, bajo el principio de nulidad en cascada conocida en la doctrina como la teoría del fruto del árbol envenenado (véase el acta de juicio oral en el que consta el planteamiento hecho por la defensa para la exclusión de la prueba pericial informática ya que la misma fue realizada sin que se haya notificado la resolución por la cual se ordenaba practicar la pericia y los puntos periciales). Al respecto el artículo 218 del C.P.P. establece claramente que antes de iniciar las operaciones periciales el Juez notificará a las partes la orden de practicar una pericia. En ningún momento se ha notificado a mi defendida la orden para practicar la pericia informática ni la pericia contable, lo cual ha causado indefensión a mi defendida. La sentencia además se ha basado en documentos que

no han sido ofrecidos como prueba y además son solo fotocopias simples. Los documentos admitidos y producidos en el juicio oral fueron solo las conclusiones de los informes periciales no así las fotocopias simples que acompañan como anexo a dichos informes. En el juicio oral y público al momento de ser leída la prueba documental solo se ha dado entrada al informe conteniendo la conclusión de los peritos, jamás se ha hecho mención de los anexos que como tal no son informes ni tienen valor probatorio de ningún tipo ya que son simples fotocopias. Específicamente la sentencia se ha basado en una fotocopia de un informe que habría remitido el presidente de la institución al perito informando acerca de las supuestas funciones de la cajera de la institución, este informe como tal no fue individualizado ni mucho menos ofrecido como prueba para ser objeto de debate en el juicio oral y público. Por tanto la prueba pericial informática como los puntos mencionados en la sentencia fueron obtenidos en forma ilegal en violación del artículo 17 de la Constitución Nacional que establece que toda persona tiene derecho a: que ofrezca, practique, controle e impugne pruebas y que no se le opongan pruebas obtenidas o actuaciones producidas en violación de las normas jurídicas. El Tribunal sostiene para fundar su raciocinio que el juicio se ha realizado para esclarecer la existencia de un hecho punible ocurrido en el manejo de la caja y no después de recibir lo depositado, además de cuales eran las responsabilidades de cada cajero sobre el dinero recibido, así como los procedimientos realizados por la misma la pericia informática realizada sobre un backup obtenido en el área de informática y no de la computadora de la caja que ni siquiera fuera revisado por el perito. Dejando bien en claro que el sistema tenía falencia lo que significa que cualquier usuario sin mucho conocimiento de informática podía ingresar en la misma y efectuar modificaciones que sí se realizaron, mas sin poder determinar quién o quiénes efectuaron dichos cambios, a este respecto expuso el perito en forma categórica “No puedo decir con certeza quien usó o cobró”. En otras palabras la pericia informática estableció que las falencias no eran técnicas sino de control interno que afectaba no solo a la computadora de la cajera, sino a todas las otras computadoras del lugar. Se encontraron algunas irregularidades en el programa de caja de la computadora no peritada, sin poder establecer con la debida certeza, quién o quiénes fueron los autores de dichas irregularidades. Por su parte la pericia contable se realizó con los documentos que le proveyó la AFEMEC y en ella se limitaron a establecer si existían o no diferencias entre lo recaudado y el ingreso propiamente dicho, sin poder precisar si las sumas recaudadas ingresaron o no. Tampoco pudieron establecer si lo recaudado se ingresó después, lo cierto es que se encontró un faltante importante de dinero pero no tienen la certeza de quién o quiénes se quedaron con dichos faltantes. Que dentro de las falencias denunciadas por los peritos se anota la de que la institución no tenía reglamento de trabajo alguno en la que se establecieran taxativamente cuales eran las funciones y responsabilidades propias del cajero. A falta de este documento que no fue ofrecido como prueba en el juicio oral y público, se usó para justificar ciertas responsabilidades un informe elevado por el presidente de la institución que individualizaba a la persona que se hallaba al frente de la caja, indicando además cuáles serían las responsabilidades de la misma. La contradictoria fundamentación por que no se han observado en el fallo las reglas de la sana crítica con respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo. La sentencia recurrida carece de la mínima actividad probatoria de cargo exigible para fundamentar un pronunciamiento de reprochabilidad, ya que de las pruebas practicadas en el juicio oral tan sólo puede deducirse racionalmente vagos indicios, poco menos que sospechas, insuficiente en todo caso, e inadecuados, conforme a las disposiciones del C.P.P., respecto de las declaraciones testimoniales, pruebas para condenar a mi defendido. El Tribunal fundamentó su sentencia en hechos casuales dudosos frutos de una suposición no en elementos fácticos trascendentales y determinantes, que pudiera demostrar la autoría de mi defendido del hecho punible de apropiación. Esta defensa se agravia con la sentencia recurrida en atención que el Tribunal de Sentencia no ha realizado una valoración objetiva de las pruebas producidas en el juicio y porque carece de fundamentación, o ésta consistió en un relato insustancial de los hechos, ha hablado por pruebas insuficientes, y que en ningún momento pudieron haber logrado la certeza de la existencia de la autoría del hecho punible, elemento esencial para declarar reprochable a una persona. La falta de fundamentación de la sentencia. La sentencia carece de fundamentación, se basa únicamente en la transcripción de los testimonios de los testigos y carece de una apreciación acerca de la valoración de las pruebas y del modo en el que el Tribunal ha arribado a sus conclusiones. Aplicación errónea de la regla de la sana crítica, Art. 175 del C.P.P. El Tribunal de Sentencia no ha confrontado todas las pruebas entre sí por ello no se ha respetado el proceso de valoración de la sana crítica. Esta representación sostiene que se realizó un análisis sesgado del material probatorio sin hacer que las conclusiones respondan a premisas incontrovertibles o lógicamente validas lo que torna una resolución infundada. En consecuencia brindando la declaración de la testigo Leticia Estigarribia argumentos serios, congruentes y concordantes sobre mi defendida, este elemento probatorio de valor decisivo no fue estudiado como tal es imperioso que los hechos traídos a consideración para el juicio oral y público sean estudiados en su conjunto. Consideramos equivocado el razonamiento del Tribunal en cuanto a la calificación atribuida a mi defendida que según sostienen provienen de los elementos recogidos en el juicio y que fueron valorados como pruebas, sin especificar cuales son dichos elementos y mas cuando se aparta notoriamente de la descripción del hecho punible pues no se ha probado absolutamente que mi defendida se haya apropiado del dinero faltante, es sabido que el tesorero y nadie más es el encargado o custodio del dinero o valores ingresados a través de la caja, y que como lo establecieran los peritos las sumas cobradas eran depositadas al día siguiente, permaneciendo en este tiempo en una caja en poder del tesorero, es decir, si el cajero se apropió del dinero cobrado estaría cometiendo el hecho punible de hurto, en cambio si la misma conducta es realizada por el tesorero o apoderado incurrirá en apropiación. Errónea aplicación del artículo 3 y 65 del Código Penal para la imposición de la pena impuesta. El Tribunal de Sentencia ha condenado a mi defendida a la pena de 2 años y 2 meses de prisión sin justificar los motivos que llevaron al tribunal a tomar esa decisión tal como lo prevé el artículo 65 del Código Penal. Solo se han limitado a realizar una mención de los puntos contemplados en el artículo 65 del CP sin fundar razonablemente la misma, en violación del artículo 3 del Código Penal que establece el fin de la pena, tal es así que la misma tiene como fin la protección de los bienes jurídicos y la readaptación del acusado a una vida sin delinquir...” (sic). Peticionan, se declare la admisibilidad del recurso interpuesto, la absolución de culpa y pena de la señora Rocío Karina Medina y eventualmente si los Miembros del Tribunal consideran lo contrario, se reduzca la pena

impuesta por el Tribunal de Sentencia a un año y seis meses de pena privativa de libertad con suspensión a prueba de la ejecución de la condena.

A su turno, a fs. 212/215, el Agente Fiscal, Abog. Edgar Gustavo Sánchez Caballero, contesta el traslado en los siguientes términos: "...Esta representación del Ministerio Público, considera que la Resolución recurrida, se halla ajustada a derecho, en razón de que el punto 1 cuestionado por los Representantes de la Defensa de la señora Rocío Karina Medina Ortega, fue ampliamente debatido en oportunidad de desarrollarse en juicio oral y público (inclusive el mismo ya fue cuestionado en oportunidad de desarrollarse la audiencia preliminar en la mencionada causa), existiendo así mismo oportunidad para replicar las afirmaciones sostenidas, situación que pueden visualizarse en el acta de juicio oral. En ese sentido el Tribunal Colegiado luego del debate amplio del punto debatido, ha adoptado una resolución fundamentando ampliamente su decisión, basado en la libertad probatoria y habiéndose claramente demostrado que la hoy condenada fue debidamente notificada para ambas pericias, siendo esta resolución plenamente compartida por la Fiscalía. Igualmente en los cuestionamientos de los puntos 2 y 3 esta Representación Pública coincide plenamente con el Tribunal de Sentencia en el sentido que son las pruebas producidas en el juicio oral y público, las que de por sí, deben recrear lo que realmente aconteció (realidad histórica) y son éstas las que deben fundamentar una decisión (persuadir al Tribunal sobre una decisión), acompañadas de una valoración jurídica de las mismas y acompañadas de una sana crítica de los encargados de impartir justicia; y no como un mero capricho de la Defensa de intentar una interpretación de lo acontecido a la medida de sus intereses. Con respecto a los cuestionamientos 4 y 5 los mismos se basan en una supuesta "errónea" aplicación de los preceptos legales (concepto equivocado y falso por parte del Tribunal), haciendo una mención dogmática legal, cuestionando doctrinariamente la resolución. Sorprende a esta Representación Fiscal, que no se cuestione puntos exactos o situaciones puntuales que realmente agravia a la Defensa, sino se limita a una enunciación de supuestos errores in iudicando, resultando sumamente difícil rebatir cuando no se individualiza el supuesto vicio de la sentencia. A ello debemos agregar el notable estado de confusión de los profesionales agraviados, pues como solución jurídica plantean la absolución de culpa y pena de la condenada o eventualmente la reducción de la pena impuesta, entonces es palmario la falta de seguridad en los argumentos esgrimidos lo que evidencia la dificultad en rebatir sólidamente los fundamentos lógico jurídicos de la sentencia..." (sic). Solicitó finalmente, se tenga por contestada la vista corrida en la presente causa, y, por consiguiente, se confirme la resolución recurrida, por estar ajustada a estricto derecho.

Entrando a analizar la cuestión planteada, no resulta ocioso, en primer término, hacer consideraciones sobre la materia a estudiar en la presente alzada, tomando en cuenta que una de las cuestiones deducidas en esta instancia, hace a la materia de las nulidades en el proceso penal. En este sentido, el autor Sergio Gabriel Torres, en su conocida obra: "Nulidades en el Proceso Penal", editorial Ad-Hoc, 2da. Edición actualizada y ampliada, dice: "Se ha definido la prueba como el conjunto de actividades destinadas a obtener el conocimiento judicial acerca de los elementos indispensables para la decisión del litigio sometido a proceso". La finalidad de la prueba es dar un estado de certeza acerca de la verdad de una posición, la certeza pertenece al Juez mientras que la verdad se encuentra en los hechos materia de proceso..." (ver ob. cit., pág. 111).

Pero, las pruebas deben ser obtenidas dentro de ciertos límites de legalidad, porque la prueba obtenida fuera de un mínimo de rango legal, no tiene validez para el proceso y mucho menos para dar certeza al Juez, debe contener su obtención un mínimo ético y moral, en primer lugar porque se procura la represión de un hecho punible y, en segundo lugar, porque ése hecho punible no puede a su vez ser pretexto para cometer otro hecho punible (obtención de prueba ilegítima). En este orden de ideas, el citado autor dice: "Entendemos que la persecución penal debe realizarse dentro de ciertos límites, debiendo llegarse a la verdad por las vías legales, no sólo por un principio ético que debe imperar en la represión del delito, sino porque la tutela de los derechos del individuo sometido a proceso tienen un valor tan importante para la sociedad como su castigo si fue autor del delito..." (ver ob. cit. pág. 113).

Para discernir sobre la ilegalidad probatoria, se debe hacer consideraciones acerca de la ilicitud de los medios para obtener la prueba, pudiéndose concluir en la existencia de "vías ilegítimas" para obtener una prueba determinada en concreto.

Varios autores sostienen que un método eficaz para la determinación de la existencia de una prueba ilegítima, consiste en lo que se ha dado en llamar "supresión mental hipotética del acto viciado", de tal manera a determinar, si suprimido el eslabón que vicia, subsistirían otros elementos de prueba, ya sea porque se remontan a una fuente de adquisición distinta e independiente de la viciada o porque, aunque reconocen su origen en esta, provienen directamente de declaraciones de personas que no pueden reputarse prestadas en términos de libre voluntad..." (ver Carlos E. Edwards, págs 30-33, ob. cit.).

Es por ello que la regla de la "exclusión probatoria" se sustenta en un principio ético que manda imperativamente que el Estado, representado por sus órganos investigativos no puede utilizar métodos o vías ilegítimas para obtener la prueba, porque con relación al individuo común, es inmensamente más poderoso en estructura y medios con que cuenta para investigar, que el simple ciudadano para defenderse.

Y en esta situación se genera casi siempre una especie de alternativa axiológica, consistente en aprovechar la prueba ilegítima y castigar el delito o privarla de efectos jurídicos y consagrar la impunidad del hecho, la regla de la "exclusión probatoria", opta por esta última. Esto tiene su justificación en que se quebrantó una garantía constitucional, la cual, debe ser reparada ineludiblemente en todos los casos. De otro lado, la regla de exclusión no troca un hecho lícito en ilícito, sino, solo declara la inaprovechabilidad de la prueba ilegítima en cualquier proceso penal. Si se tratara esta cuestión de un simple problema de "altos costos", para la sociedad, por la impunidad, al que se ve obligada a padecer, sin embargo, en la práctica la no aplicación del principio de exclusión, consagraría en el proceso penal, el principio utilitarista y antiético de que el fin justifica cualquier medio. En este orden de ideas, más que "costo", es una cuestión de la integración de un sistema de garantías constitucionales; con otras palabras, dentro de un sistema de garantías de rango

constitucional, se persigue el castigo de los hechos punibles, tanto como del estricto respeto de las garantías constitucionales que integran el sistema.

El servicio de justicia no puede beneficiarse o utilizar una prueba obtenida mediante la violación de garantías constitucionales; al contrario, por representar a la sociedad, el Fiscal debe ser siempre ejemplo de estricto cumplimiento de la ley; en esta situación, no puede violarla flagrantemente, situación que no debe tolerarse ni siquiera para “probar” la existencia de un hecho punible. A mayor abono, la sociedad representada por el Fiscal, no puede “beneficiarse” de un acto ilegal, porque de admitirse esto, constituiría una grave contradicción, consistente en que el Ministerio Público, quien persigue la comisión de hechos punibles, se aprovecha de una ilicitud, para castigar un hecho punible situación categóricamente inadmisibles, pues, comprometería seriamente el propio servicio de justicia.

En cuanto a la alegación de un posible “conflicto de intereses”, que generaría la aplicación de las reglas de exclusión probatoria y, de su desarrollo axiomático y jurisdiccional denominado “fruto del árbol envenenado”, si bien no se puede negar que de alguna manera existe una sensación de conflicto, sin embargo esta sensación no debe ser óbice para declarar, con énfasis, la prevalencia del respeto irrestricto de los derechos y garantías constitucionales del imputado, por encima, según sostenemos, de la persecución y castigo de un hecho punible.

En realidad, el conflicto no debiera entenderse como tal, sino como una cuestión de conciliación de intereses del mismo rango, porque a la sociedad la interesa un servicio de justicia eficiente, de modo a que los hechos punibles no queden impunes, pero no a cualquier precio; es decir, sin respeto irrestricto a los mecanismos legales y constitucionales para la investigación y sanción de los hechos punibles; aquí no existe contradicción alguna, sino ponderación de intereses.

Con el marco conceptual pergeñado ut supra y, al analizar la resolución apelada, vemos que el Tribunal A quo fundó dicha resolución, en base a las siguientes pruebas: 1) Testificales: de Juan Eduardo de Urraza Taberna, Blas Anselmo Jara Torres y Eugenio Ricardo Zelada Vera, entre otros (ver fs. 183/186 vlto); 2) Documentales: Dictamen pericial contable realizado por los peritos Lic. Eugenio R. Zelada Vera y Lic. Blas A. Jara Torres y, Dictamen pericial informático realizado por el perito Ing. Juan Eduardo Urraza (ver fs. 191).

Las pericias individualizadas en el párrafo anterior fueron ordenadas por el Ministerio Público Fiscal en el marco de la investigación preparatoria en el presente juicio; así, el artículo 217 del C.P.P. dispone que en la etapa preparatoria, tanto el Juez de Garantías, como el Fiscal de la causa, pueden ordenar la realización de pericias, pero en calidad de simples actos de investigación, siempre que no se trate de un anticipo jurisdiccional de prueba. En consecuencia, las pericias ordenadas por la fiscalía no son pruebas idóneas para el juicio oral y público, sino simples actos de investigación que no sirven para fundar ninguna condena.

A mayor abono de la tesis sustentada, tenemos que el artículo 281 del C.P.P. dispone la confección por la fiscalía de un “cuaderno de investigación” o carpeta fiscal donde se agregarán todos los actos de investigación y elementos de convicción, documentos, presentaciones por escrito de las partes, etc. Y, en caso de existir anticipo jurisdiccional de prueba, el Juez determinará si quedan agregados a dicha carpeta fiscal o al expediente judicial. Salvo las actas y los elementos de prueba que el Código autoriza a introducir al juicio oral por su lectura, las actuaciones del cuaderno de investigación no tendrán valor probatorio para fundar la condena del acusado.

En el caso de estudio, vemos que el Tribunal A quo no sólo toleró la inclusión ilegítima de las pericias realizadas en el contexto de la investigación preparatoria, so pretexto de aplicación del principio de libertad probatoria, sino además en forma solapada introduce en carácter de prueba legal los informes verbales de los peritos “convirtiéndolas” en testificales y, las mismas pericias, en forma de supuesta prueba documental, en una actitud que raya el prevaricato, porque se introducen supuestas pruebas legales utilizando, impropiamente, subterfugios legales en evidente y patente indefensión del acusado.

El principio de libertad probatoria no está concedida para que las partes puedan introducir al juicio oral y público, –única instancia procesal para la producción de todas las pruebas– de cualquier prueba, sino sólo de aquéllas introducidas respetando las normas que rigen su ofrecimiento y producción y, fundamentalmente el derecho a la defensa, siendo en caso contrario procedente la llamada “exclusión probatoria” en los términos del artículo 174 del C.P.P., restando eficacia probatoria no sólo a la prueba ilegal principal, sino de todas las que sean consecuencia directa e inmediata de aquélla (nulidad en cadena).

Enfatizamos, no se puede introducir como prueba legal en el juicio oral y público, las pericias ordenadas por el Fiscal de la causa en plena etapa preparatoria como simple acto de investigación y, no como anticipo jurisdiccional de prueba, único caso (anticipo jurisdiccional) en que cualquier prueba puede ser introducida en el juicio oral y público por su lectura. Por lo demás, si la pericia es realizada como un simple acto de investigación y no como anticipo jurisdiccional, no es obligatoria la participación de la defensa, la que si es un requisito de validez cuando es realizada bajo la modalidad de anticipo jurisdiccional de prueba, porque en este caso no está sujeta a la voluntad del imputado, participar o no con un Defensor, en cuya tramitación si el imputado/a no designa un defensor de su confianza, el Juez de Garantías está obligado a nombra un Defensor Público para el control de la prueba anticipada, a fin de que se cumpla el requisito constitucional de la defensa y la prueba sea válidamente introducida al juicio oral y público.

Y si la propia pericia como acto de investigación no puede constituir prueba legal en el juicio oral, tampoco se puede introducir la declaración informativa y ampliatoria de los peritos en carácter de supuestas testificales como burdamente lo ha admitido el Tribunal de Sentencia, violando graves y claras disposiciones legales y constitucionales que perjudicaron aviesamente los derechos de defensa del acusado y, para más, las mismas pericias en carácter de documentales que violentan las más elementales normas que regulan la prueba en el proceso penal.

No se puede aceptar la desnaturalización de la prueba en detrimento, del debido proceso legal y de los derechos de la defensa en juicio de las personas, pues, no es lo mismo una pericia ordenada por el fiscal como acto de investigación y no como anticipo jurisdiccional de pruebas ordenada por el Juez de Garantías. En el primer caso (acto de investigación) sabemos que por disposición del artículo 279 del C.P.P. los actos de investigación del Ministerio Público Fiscal tienen la

finalidad de recolectar los elementos probatorios que permitan fundamentar la acusación en su caso o de otro requerimiento conclusivo conforme el artículo 280 con un criterio objetivo; es decir, sólo tiene efectos jurídicos en la etapa preparatoria y sirven para fundamentar el requerimiento conclusivo que corresponda, según el caso. En esto debemos enfatizar, los actos de investigación como tales tienen sólo efectos en la etapa preparatoria y nunca en el juicio oral y público.

Ahora, también debemos ser claros y enfatizar también en cuanto a que los actos de investigación pueden a su vez ser diligenciados bajo la modalidad de anticipo jurisdiccional de prueba, en cuyo único caso pueden ser introducidos en carácter de prueba legal en el juicio oral y público y surtir plenos efectos jurídicos en contra del acusado.

El Ministerio Público con la aquiescencia espuria del Tribunal A quo ha fundado la acusación y posterior Sentencia N° 361 recaída en la presente causa, en base a pruebas introducidas ilegítimamente en el juicio oral y público, es decir en forma totalmente irregular, tal como se ha explicitado ut supra.

De otro lado, los actos de investigación, constituyen actividad investigativa del Fiscal, consistente en secuencias de hechos que se siguen cronológica y secuencialmente, en una relación de causa y efecto sin solución de continuidad, de un modo tal, que la consecuencia de un acto es antecedente del que le sigue, con relación a todos los actos realizados por el Fiscal; con otras palabras, no son actos estancos, es decir, sin vinculación alguna, los unos con los demás; ejemplo, si se obtiene la incautación del arma de fuego, instrumento del homicidio, se puede obtener las huellas dactilares de quien empuñó el arma, o la identidad de quien la adquirió, o de quien figura en los Registros Públicos como el propietario, etc.; pero, si el arma de fuego fue incautada sin orden judicial, o mediante torturas infligidas al sospechoso, la incautación del arma de fuego es ilegal; luego todas las evidencias que son directamente obtenidas gracias a la incautación, son también ilegales y por ende, nulas.

En el sub litem, el Fiscal produce evidencia probatoria a través de actos de investigación, las que en el caso en estudio no fueron producidas bajo la modalidad de anticipo jurisdiccional de pruebas y, sin embargo, sin hesitación alguna, las ofrece como prueba legal en la acusación para ser introducidas en el juicio oral y público cuando que, evidentemente debía saber que los actos de investigación sólo tiene eficacia probatoria para fundar la acusación, pero que están prohibidas para ser introducidas en el juicio oral y público, actitud que puede ser calificada como desprolija, cuando no ilegítimas, ya que fueron introducidas en el juicio oral y público y sirvieron al Tribunal de mérito para fundar la condena del acusado, en abierta violación de garantías constitucionales del acusado.

Estos extremos han sido ampliamente demostrados ya que el Tribunal de Sentencia introdujo como prueba en el juicio oral y público, un acto de investigación producido en la etapa preparatoria, sin que se haya diligenciado dicho acto bajo la modalidad de anticipo jurisdiccional de prueba, única y excluyente vía procesal para introducir en el juicio una prueba producida en fecha muy anterior a la realización de la audiencia, a fin de evitar la violación del principio de inmediación de la producción de la prueba.

En el orden jurisdiccional comparado, resulta altamente propedéutico, un fallo recogido por nuestro autor Carlos E. Edwards de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, del país vecino –Argentina– que expresa: “...el caso ‘Daray’ del año 1994, es un ejemplo de ello; (de la aplicación de la doctrina del fruto del árbol envenenado) en dicha causa el voto mayoritario del alto cuerpo se inclinó por la aplicación de la inaplicabilidad en el proceso penal de aquella prueba derivada de una ilegalidad inicial; los ministros Fayt, Petracchi, Boggiano y López sostuvieron que a partir del caso ‘Rayford’ esta Corte ha establecido que si en el proceso existe un solo cauce de investigación y éste estuvo viciado de ilegalidad, tal circunstancia contamina de nulidad todas las pruebas que se hubieran originado a partir de aquél” (L.L., Suplemento de Jurisprudencia Penal, año 1995). A su vez, los ministros Nazareno, Moliné O’Connor y Levene (h), según su voto, afirmaron que “esta Corte ha sentado ya el criterio de suspensión mental hipotética del acto viciado, por el cual debe regirse el procedimiento de exclusión probatoria, con el fin de determinar, por esa vía, si suprimido el eslabón viciado subsistirían otros elementos de prueba, ya sea porque se remontan a una fuente de adquisición distinta e independiente de la viciada o porque, aunque reconozcan su origen en ésta, provienen directamente de declaraciones de personas que no puedan reputarse prestadas en términos de libre voluntad” (L.L., Suplemento de Jurisprudencia Penal, año 1995). Es decir que siete ministros de la actual composición de la Corte Nacional (Argentina), han aplicado la doctrina del fruto del árbol venenoso en el citado caso, lo cual indica que dicha doctrina goza de plena vigencia. Sin embargo, los ministros Belluscio y Bossert votaron en disidencia en el caso mencionado, no siendo partidarios de aplicar la inaprovechabilidad de la prueba ilegal derivada; en sus considerandos afirmaron que “la relevancia o irrelevancia del error o defecto del acto objetado será la pauta que determinará si existe agravio que tenga relación directa con la garantía del debido proceso. En efecto, cuando el medio probatorio o la evidencia adquirida ilegítimamente –en el presente caso, por la autoridad de la prevención– sea el único elemento de juicio que conecte a los imputados con el hecho ilícito investigado, estará comprometida tal garantía constitucional. Pero si existen otras pruebas que logran igualmente aquel objetivo, ya no habrá lesión a la garantía del debido proceso. En tal hipótesis sería inaceptable renunciar a todas las pruebas o evidencias recogidas, puesto que se estaría renunciando a la búsqueda de la verdad, esencial para un adecuado servicio de justicia” (L.L. Suplem. Juris. Penal, año 1995). A pesar de este voto minoritario dentro del Alto Tribunal (argentino), que por cierto parece olvidar el fundamento ético de la prueba ilegal por el cual el Estado no puede beneficiarse de aquella actividad probatoria realizada en violación de garantías constitucionales, la mayoría de la Corte (siete ministros) se inclinó por la invalidez de la prueba derivada de la ilegalidad originaria (ver ob. cit. págs. 110-12).

Por todo ello, se declara enfáticamente, que los Agentes investigadores del Ministerio Público, no pueden dejar de respetar impunemente las reglas que rigen para la introducción y producción de las pruebas en el juicio oral y público, porque en este caso, su poder de coacción penal, no ha servido para obtener una prueba lícita, sino una ilícita que viola todo el sistema de garantías constitucionales, siendo nulas, además, todos aquellos actos de investigación que son su inmediata consecuencia. La persecución y castigo de los hechos punibles de ningún modo puede significar el quebrantamiento de garantías constitucionales; al contrario, la persecución pública de los hechos punibles debe

significar, explícita e implícitamente, la obtención de pruebas de cargo, en todos los casos, en forma legal, descartándose en absoluto la posibilidad de que los investigadores cometan, a su vez, irregularidades con el fin de obtenerlas.

No se debe interpretar la posición asumida por el preopinante, como un criterio en contra del Agente Fiscal actuante, sino, como la defensa irrestricta y firme hacia los derechos del imputado, los cuales son de rango constitucional y, que fueron ignorados y flagrantemente conculcados, ya sea por descuido de los deberes del acusador público o por error inexcusable, situaciones que provocaron una grave violación de los derechos de un ciudadano, el que, aún cuando es imputado, conserva intactos todos los derechos y garantías que le son reconocidos por la Constitución Nacional, por aplicación del “principio de inocencia” que le ampara.

Con relación a la prueba testimonial de los peritos que produjeron las pericias en calidad de actos de investigación, no corresponden dichas declaraciones en calidad de testigos, porque testigos son aquéllos que declaran en juicio sobre los hechos que impregnaron directamente a sus sentidos con vista a la reconstrucción histórica de todo cuanto ha acontecido y que constituirían hechos punibles. La declaración de los peritos propuestos por el Ministerio Público son explicaciones, ampliaciones o precisiones técnicas de las operaciones técnicas que en carácter de peritos practicaron en la causa. De este modo, sus dichos no se refieren a conocimientos directos de los hechos, sino, repetimos, referidas sólo a las operaciones técnicas que realizaron durante el trabajo pericial. Estas declaraciones técnicamente corresponden a la prueba pericial y no a la testifical, según se infiere claramente del artículo 223 al establecer que: “El dictamen se presentará por escrito firmado y fechado, sin perjuicio del informe oral en las audiencias”.

En este mismo orden de ideas, los documentos presentados y tenidos como fundamento de la condena por el Tribunal de mérito, no constituyen técnicamente prueba documental sino pericial, ya que son los dictámenes presentados por los peritos como conclusión de la pericia realizada en la etapa preparatoria en calidad de actos de investigación y referida a los trabajos técnicos realizados en el contexto de las cuestiones solicitadas por la fiscalía. El artículo 223 C.P.P. dispone que el dictamen producto de la pericia realizada o conclusión de la misma sea presentado en forma escrita y, sólo por este hecho no vuelve al dictamen en una prueba documental escindida de la prueba pericial y distinta a la misma y, al contrario, forma parte esencial de la misma. En síntesis, el informe oral en la audiencia juntamente con el dictamen en forma de documento por escrito, conforman el todo de la prueba denominada prueba pericial.

El informe oral como prueba testifical rendido por los peritos en la audiencia del juicio oral y público y los dictámenes escritos agregados como supuesta prueba documental, constituyen así, la introducción solapada e ilegítima de unas pruebas periciales que no podían ser introducidas en el juicio oral y público al no haber sido practicados bajo la modalidad de anticipo jurisdiccional de prueba en la etapa preparatoria, tal como lo prescribe en forma clara la ley.

Estos atajos procesales descalifican la actuación del representante del Ministerio Público Fiscal, al punto tal que afectan ineluctablemente a la sentencia en alzada, volviéndola nula por violación flagrante del debido proceso en los términos de los artículos 165, 166, 170 y 171 del C.P.P., según se ha explicitado ut supra, motivo por los cuales, la única solución jurídica, es la declaración absoluta de la nulidad de las pericias introducidas en calidad de prueba documental por el Tribunal A quo en la sentencia apelada y, en aplicación de las reglas de la “exclusión probatoria”, de las testificales individualizadas de los peritos de las pericias informática y contable introducidas bajo la modalidad de prueba documental y de la Sentencia Definitiva, en aplicación del principio “del fruto del árbol envenenado”, consagrados en nuestro ordenamiento procesal penal en los artículos 171 primer párrafo y 174 última parte del C.P.P., tal como se tiene explicitado en el cuerpo del presente voto; correspondiendo en consecuencia la decisión directa establecida en el artículo 474 del C.P.P., ya que al ser declarados nulos todos los actos procesales cumplidos en el presente procedimiento penal, incluida la sentencia definitiva recaída en el juicio oral y público, en aplicación correcta del derecho, no cabe otra alternativa que declarar la absolución de reproche y sanción de la procesada Rocío Karina Medina Ortega en la presente causa penal, voto en tal sentido.

A su turno, el Dr. Gustavo Adolfo Ocampos González, dijo: Adhiero mi voto del Excelentísimo Miembro preopinante por los mismos fundamentos, en cuanto a la primera y segunda cuestión debatida.

En cuanto a la tercera cuestión planteada, referida a si se encuentra ajustada a derecho la sentencia impugnada, vemos que corresponde recurrir a los agravios expuestos por la representación convencional de la defensa, porque los mismos son la medida de su estudio en la Segunda Instancia, en ese sentido, de los contemplados en primer término, se menciona la existencia de vicios en la sentencia, de los contemplados en el artículo 403° inciso 3° del C.P.P., cuando la misma se basa en medios o elementos probatorios no incorporados legalmente al juicio o incorporados por su lectura en violación a las normas generales del juicio oral, al sostener que se tuvo en cuenta y se introdujo al juicio por su lectura la pericia informática realizada como hechos de investigación de la Fiscalía, no en carácter de anticipo jurisdiccional de prueba, y realizado en la indefensión de la defensa al no ser notificada dicha parte, de su realización pericial conforme a lo dispuesto en el artículo 218 del C.P.P., agregando a todo lo expuesto, que como uno de los elementos tenidos como probatorios para la condena, se menciona en la sentencia dicho documento pericial elaborado. Al respecto, de la lectura de los autos principales, como la carpeta fiscal, se colige que lo sostenido por la representación de la defensa, no se ajusta a la realidad de las constancias del expediente, si bien se verifica ciertas desprolijidades en el orden de las fechas, de las resoluciones que ordenaron las pericias tanto contables, como de carácter informático llevadas a cabo por la Fiscalía y las fechas de las notificaciones realizadas a la defensa, dicha circunstancia no puede ser invocada por esa parte, debido a que en su momento a fs. 51 de la carpeta fiscal, consta el ofrecimiento de peritos tanto contables (Jaime Castro Espínola), como informáticos (Miguel Ángel Arriola) por parte de la defensa, ofrecimiento del que luego desisten, expresando a fs. 56: “Considerando igualmente que es de interés de mi mandante, se realice la más amplia investigación en la presente causa, es que solicita a la fiscalía la proposición de un perito nombrado por el Ministerio Público, a los efectos pertinentes”, con lo expresado, no se puede alegar indefensión por violación de lo dispuesto en el artículo 218 del C.P.P., que hacen a la notificación de su realización antes de comenzar las operaciones periciales.

Que, en cuanto a la posibilidad de que las pericias realizadas en esfera fiscal en la etapa preparatoria, pueden ser introducidas por su lectura al juicio oral propiamente dicho, como de excepcionalidad a la regla de la oralidad, vemos que se debe recurrir a lo dispuesto en el artículo 371 del C.P.P., que refiere: “Sólo podrán ser incorporados al juicio por su lectura u otros medios: ... 1) los testimonios o pericias que se hayan recibido conforme a las reglas del anticipo jurisdiccional de prueba, sin perjuicio de que las partes o el Tribunal exijan la comparecencia personal del testigo o perito, cuando sea posible; ... 2) las declaraciones o dictámenes producidos por comisión o informe, cuando el acto se haya producido por escrito, conforme a lo previsto por la ley y siempre que no sea posible la comparecencia del perito o testigo; ... 3) la querrela, la denuncia, la prueba documental o de informes, y las actas de reconocimiento, registro o inspección realizadas conforme a lo previsto por este código. ... Todo otro elemento de prueba que se pretenda introducir al juicio por su lectura, no tendrá ningún valor y su inclusión ilegal producirá la nulidad absoluta de todo el juicio”, del texto de la norma, hace que partamos en principio de un criterio restrictivo, atendiendo a los mismos términos que hablan de la excepción al sistema de la oralidad seguido por nuestro Código Penal de forma, y en ese sentido, se tiene el inciso primero, refiere a que las pericias realizadas en carácter de anticipo jurisdiccional de prueba, pueden ser introducidas por su lectura, pero lo dispuesto en el mismo, no resulta excluyente de otros, cuando el inciso segundo, que hace alusión a declaraciones o dictámenes producidos por comisión o informe, pero agregando como elementos que se deben dar en forma concurrente, para que sea viable su introducción por su lectura, el hecho de que el documento se haya producido por escrito, conforme a lo previsto por la ley y siempre que no sea posible la comparecencia del perito o testigo. En este punto, conviene tener presente, que de acuerdo a las constancias del acta de juicio oral, se introdujeron por su lectura las pericias, tanto contables como informáticas, estando presentes los peritos que la expidieron, siendo admitidos incluso como elemento probatorio, los testimonios de los mismos, con lo que los dictámenes que contienen las pericias, no reunirían las condiciones estipuladas en el inciso 2º del Artículo 371 del C.P.P., para que dichos documentos puedan ser introducidos por su lectura.

Que, de la lectura de la sentencia, surge que el fundamento de acreditación del hecho fáctico investigado y de la autoría, contemplado en la segunda cuestión debatida, parte precisamente de la supuesta prueba documental contenida en la pericia informática realizada por el Ing. Juan Eduardo de Urraza, pero alega que fue reproducido en juicio oral y público, a través de la comparecencia del perito, en la que ha explicado las condiciones y circunstancias de los trabajos realizados y las conclusiones a las que habría arribado, asimismo se hace alusión al testimonio de los peritos contables Lic. Blas Jara y Eugenio Zelada, cotejado a su vez con las otras declaraciones testimoniales tanto de funcionarios como directivos de la Asociación de Funcionarios del Ministerio de Educación y Culto, surgiendo de lo expuesto, que si bien se refiere a la introducción por su lectura de documentos no permitidos o en violación de las normas de carácter procesal, y a su vez, que la sentencia haya sido dictada basado en dichos medios o elementos probatorios no incorporados legalmente al juicio. Sin embargo, se debe tener presente que la declaración de los peritos fue admitido como prueba testimonial, tanto en el auto de apertura a juicio oral y público, y no cuestionada en audiencia preliminar por la defensa, ni en audiencia de juicio oral, en el que conforme a lo contenido en la sentencia y en el acta de juicio oral, proporcionan una versión testimonial de carácter técnico, de acuerdo al conocimiento, arte o experiencia conforme al trabajo que le fuera encomendado, pudiendo en este caso hacerse la pregunta, a los efectos de determinar si la irregularidad esbozada por la defensa como vicio de la sentencia, de basar la misma en pruebas introducidas ilegalmente al juicio, obra el mérito de ocasionar la nulidad total de la resolución impugnada. En esa tesis, nos cuestionamos si al excluir dicha prueba documental que contiene la pericia informática cuestionada, hacen caer todo el sustento de la sentencia, ocasionando inexorablemente su nulidad absoluta, observándose que los demás elementos de convicción mencionados por el Tribunal de Mérito, tienen la suficiente entidad para sostener las conclusiones expuestas, por lo que la nulidad pretendida, no resulta viable, debiendo en consecuencia ser rechazados dichos agravios.

A mayor abundamiento, se tiene que los testimonios de los peritos no fueron cuestionados por la defensa, ni prohibidos expresamente para ser presentados como tales en juicio, por parte del Código Ritual, resultando en consecuencia hábiles, siendo valorados en conjunto y en forma armónica con las demás testimoniales rendidas en juicio, conforme a las reglas de la sana crítica, sentando con ello las convicciones sobre las conclusiones a las que arribaron los juzgadores.

En el punto de los agravios sostenido por la parte impugnante que hace relación, a la contradictoria fundamentación por no observarse en el fallo las reglas de la sana crítica con respecto a medios probatorios, en donde se expresa que haciéndose una fundamentación promiscua, por un lado a la insuficiencia de fundamentación y por la otra el cuestionamiento a la forma de valoración de los elementos probatorios, cuestionando el valor de algunos y refiriendo a supuestos hechos no suficientemente probados. En este punto, conviene analizar los mismos, por parte a los efectos de ordenar la exposición, partiendo en primer término del cuestionamiento de violación de las reglas de la sana crítica, en el análisis y valoración de las pruebas, como de fundamentación. Al respecto, se tiene lo dispuesto en el artículo 175 del C.P.P., que refiere que las pruebas producidas en juicio serán valoradas en forma conjunta y armónica para formar la convicción de los integrantes del Tribunal de Mérito.

Que, al recurrir al análisis de la sentencia en cuestión, se parte de los motivos que originaron la presente causa, de las alegaciones de las partes, pasando luego a la descripciones de los hechos a través de los distintos elementos probatorios aportados, siguiendo con las alegaciones finales, procediendo luego a la valoración de dichas pruebas ofrecidas y producidas, mencionando la información sobre las operaciones periciales realizadas y las conclusiones, estableciendo las coincidencias con las documentaciones y elementos informáticos proporcionados por la entidad damnificada y denunciante, en la acreditación de la existencia del hecho, consistente en el faltante de una importante suma de dinero, siguiendo en su valoración con los datos aportados por los testimonios de funcionarios y directivos de la entidad, como las exposiciones testimoniales de quienes intervinieron como peritos, para la elaboración de los dictámenes correspondientes, concluyendo con el establecimiento de las convicciones sobre el nexo causal o de responsabilidad entre la autoría y el hecho investigado en la persona de la acusada, atendiendo a la acreditación de las funciones específicas

que la misma desempeñaba, con los elementos referidos y las documentales aportadas, de lo que se concluye conforme a lo expuesto, que el Tribunal de Mérito, ha hecho una valoración en forma armónica y en conjunto de los elementos probatorios aportados al juicio, sentando sus posiciones en dicha valoración, al establecer el valor probatorio otorgado a cada una de ellas y exponiendo en forma clara sus conclusiones, por lo que los agravios expuestos y referidos a la violación de las reglas de la sana crítica en la valoración de las pruebas, no se ajustan a las constancias de autos debiendo ser rechazados.

En cuanto al punto de los agravios referido a la existencia de una insuficiente fundamentación de la sentencia, vemos que tampoco corresponde hacer lugar a la misma, por lo expuesto en el párrafo que precede, que demuestran una fundamentación acabada de la sentencia cuestionada, exponiendo los juzgadores en forma clara sus conclusiones y de la forma en que llegaron a establecer sus convicciones sobre la existencia del hecho y la autoría por parte de la acusada.

En lo referido por la parte recurrente, a cuestionamiento de la forma de valoración de las pruebas, como de falta o insuficiencia probatoria para la acreditación de la autoría en la persona de su defendida, vemos que al respecto este Tribunal de Alzada se halla impedido de realizar un nuevo juicio, en base a los elementos probatorios rendidos en juicio oral, precisamente por el hecho de la falta de inmediación en la recepción del caudal probatorio, como para impregnar en sus sentidos, sobre las circunstancias y hechos que se fueron exponiendo en los distintos testimonios y demás pruebas aportadas, para poder sentar sus convicciones, debiendo tenerse presente que a este Tribunal de Apelación corresponde, en el estudio a través del recurso de apelación especial interpuesto por una de las partes, al control de la sentencia y sobre sus fundamentos, es decir, sobre el fundamento legal en que se basa la resolución o sentencia dictada por el tribunal de juicio oral, la corrección jurídica del fallo, en cuanto a la observancia de la ley y las formas esenciales del proceso, no así en cuanto a la relación fáctica que ha sido definitivamente fijada por el Tribunal de Sentencia, conforme a la valoración de los elementos probatorios aportados al juicio oral, aplicando en la misma las reglas de la sana crítica, reiterando que en el principio de inmediación, le está vedado a este Tribunal de Alzada, por lo expuesto los agravios en estos puntos también deben ser desestimados.

Luego de analizados los agravios expuestos en cada punto, procedemos al examen de la sentencia en estudio por vía del recurso de apelación especial que fuera interpuesto por el representante convencional de la defensa de Rocío Karina Medina Ortega, del que tenemos en cuanto a su estructura, cumple con las normas referidas a su deliberación y votación, en lo que hace a su competencia, procedencia de la acción, como de su resolución, las relativas a la existencia del hecho punible, como de la conducta de la acusada, sin entrar este tribunal de apelación a un nuevo análisis de lo probado en juicio, debido a que tropieza con el obstáculo de la falta de inmediación.

En cuanto a los requisitos de la sentencia en cuestión, en la misma se ha hecho mención de la forma de integración del tribunal y el lugar y la fecha en que se ha dictado, la enunciación de los hechos objeto del juicio, la forma en que se votaron las formas planteadas, lo que se estimo acreditado, reservándose en la parte dispositiva lo atinente a las normas aplicables, siendo rubricadas finalmente por los juzgadores intervinientes en juicio.

Del examen de los vicios que pueda contener la misma, se tiene que la imputada ha sido convenientemente identificada, formulándose a su vez en la sentencia una enunciación de los hechos objeto del juicio y de lo que se estimó acreditado, por el Tribunal de Mérito (A quo), como la forma en que fueron valoradas las pruebas producidas en el juicio oral, lo que no puede ser objeto de estudio por este Tribunal. El Tribunal de Mérito valoró de forma, se rige por el sistema de la sana crítica. En este orden, los Jueces han exteriorizado en forma expresa y clara todo el material probatorio producido en el debate.

Cabe puntualizar, en este orden de ideas, que el Tribunal de Sentencia presidido por el Juez, Wilfrido Peralta Argüello e integrado por las Juezas Elsa García Hulskamp y Blanca Gorostiaga, es el órgano encargado de valorar todos los elementos (de cargo y descargo), a favor y en contra de la imputada, con la finalidad de determinar, en caso de verificarse la comisión del hecho punible, la calificación y la pena a ser impuesta, todo ello conforme a los marcos penales fijados en la norma.

Que, finalmente, en mérito de todo lo expuesto, soy del parecer que la sentencia impugnada (S.D. N° 361 de fecha 2 de octubre de 2009), debe ser confirmada por hallarse ajustada a derecho. En consecuencia estoy a la afirmativa de la tercera cuestión planteada. Es mi voto.

A su turno Carlos Alfredo Bray Maurice, manifestó adherirse al voto del Excmo. Miembro preopinante Tomás Damián Cárdenas Ibarrola por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Señores Miembros, ante mí de que certifico, quedando acordada la sentencia que inmediatamente sigue.

RESUELVE: 1) Declarar admisible el recurso de apelación especial, interpuesto por el Abogado Hilarión Amarilla Noceda con el patrocinio del Abogado Guillermo A. Spiess por la defensa de Rocío Karina Medina Ortega, contra la S.D. N° 361 de fecha 2 de octubre de 2009, dictada por el Tribunal Colegiado de Sentencia bajo la Presidencia del Juez Wilfrido Peralta y como Miembros Titulares las Juezas Blanca Gorostiaga y Elsa García. 2) Anular, la S.D. N° 361 de fecha 2 de octubre de 2009, dictada por dicho Tribunal, por las razones y con los alcances señalados en el exordio de la presente resolución y, en consecuencia. 3) Decretar, la absolución de la acusada Rocío Karina Medina Ortega, conforme al Art. 474, en concordancia en el Art. 401 del C.P.P. y. 4) Levantar todas las medidas cautelares decretadas en contra de la citada procesada. 5) Anotar, registrar, notificar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

*Miembros: Gustavo Adolfo Ocampos González, Carlos Alfredo Bray Maurice y Tomás Damián Cárdenas Ibarrola
Ante mí: Abog. Y Not. Pedro Nacer. Actuario Judicial.*

TRIBUNAL DE APELACION EN LO CIVIL Y COMERCIAL

AUTO INTERLOCUTORIO N° 201

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

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

Se estima que la expresión lingüística “la resolución sobre la caducidad” no puede ser interpretada en un sentido amplio o lato al punto de comprender o incluir en dicho enunciado tanto la resolución que declara la caducidad de la instancia, como también a aquella que la rechaza o desestima. Se estima que el art.178 del CPC debe ser interpretado en sentido estricto, entendiéndose que la ley al referirse a la resolución sobre la caducidad esta aludiendo solamente a la “resolución que declara la caducidad.”.(Voto en minoría)

CADUCIDAD DE INSTANCIA. Procedencia de la caducidad de instancia

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

CADUCIDAD DE INSTANCIA. Procedencia de la caducidad de instancia

En precedentes anteriores se ha sostenido que el auto que resuelve no hacer lugar al pedido de declaración de caducidad de instancia debe ser impugnado, en su caso, por la vía del recurso de reposición, puesto que al no ocasionar gravamen irreparable corresponde aplicar en mismo mecanismo legislado en el art.390 del CPC. (Voto en minoría.)

CADUCIDAD DE INSTANCIA. Interrupción de la caducidad

La constancia de reconocimiento pleno por parte del demandado de la deuda reclamada a favor de la parte, mas el deposito de la suma reclamada y la existencia de una liquidación final presuponen el cumplimiento de las vías procesales pertinentes para concluir el juicio, art. 460 del CPC concordante con art. 475 CPC, por ello el impulso procesal dado, constituye la ejecución de saldo restante impago o el cumplimiento de la resolución, lo que impide la caducidad solicitada ya que esta situación esta prevista en el art.176 inc.a) del CPC.(Voto en mayoría)

TApel Civil y Comercial, Primera Sala. 04-05-10 Juicio: “DIPAR S.A.E.C.A. c. Carlos Pérez s/ Cobro de guaraníes”.(A.I. N° 201).

Asunción, 04 de mayo de 2010.

Y VISTOS: Los recursos de apelación y nulidad interpuestos por el SR. Juan Carlos Palavésino bajo patrocinio de abogado, contra el A.I. N° 2248 del 4 de diciembre de 2007 dictado por la Jueza de Justicia Letrada de Sexto Turno, y;

CONSIDERANDO:

Que por la mencionada resolución la A-quo había dispuesto: “I.- No hacer lugar al pedido de caducidad de instancia deducido por el demandado Carlos Pérez Palavésino por los motivos expuestos en el exordio de la presente resolución. II.- Notificar por cédula a las partes. III.- Anotar; registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Cuestión previa – opinión del Magistrado Dr. Marcos Riera Hunter: Antes que nada, corresponde que el Tribunal, en ejercicio de facultades que le son propias, determine si los recursos interpuestos han sido correctamente concedidos.

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

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

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

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

Es en este contexto normativo en el cual debe darse al artículo 178 del C.P.C. la interpretación correcta, entendiéndose por “interpretar” el acto científico y razonable de atribuir a las palabras de la ley un sentido, un alcance y un significado,

constituyendo, precisamente, ese sentido alcance y significado la norma jurídica que se traduce o se manifiesta a través de la palabra de la ley ya que “texto legal” y “norma jurídica” no son conceptos equivalentes o intercambiables.

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

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

Ello es así por las siguientes razones:

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

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

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

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

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

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

A partir de este momento, todo el razonamiento judicial transita por medio de un simple razonamiento silogístico o deductivo. Si la norma jurídica procesal tática que se desprende de la interpretación sistemática del texto del artículo 178 del CPC y del argumento a-contrario prohíbe o no permite la apelabilidad de la resolución judicial que rechaza la caducidad de la instancia (premisa mayor), y si el auto que hoy se encuentra en grado de alzada ante este tribunal rechaza la caducidad de la instancia (premisa menor), la conclusión lógica, necesaria y forzosa que se obtiene es que se prohíbe o no se permite la apelación del auto que hoy se encuentra en grado de Alzada ante el Tribunal.

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

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

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

En cuanto al recurso de nulidad – opinión de la magistrada Valentina Núñez González: Este recurso no ha sido fundado expresamente conforme se desprende de la lectura del escrito de fundamentación presentado, por lo que no existiendo referencia en cuanto al mismo y no observándose en la resolución recurrida vicios de forma o solemnidades que ameriten el estudio de oficio de la misma por el Tribunal, corresponde declarar desierto el mismo.

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

En cuanto al recurso de apelación – opinión de la Magistrada Valentina Núñez González: el recurrente manifiesta que no se encuentra de acuerdo con la argumentación utilizada por la magistrada interviniente para resolver el pedido de caducidad de instancia solicitado. Sostiene que nunca hubo juicio ejecutivo, nunca se declaró un derecho a favor de la parte actora, sentencia mediante y el auto interlocutorio que resuelve la liquidación no puede equivaler a una sentencia

definitiva. Agrega que dada esta situación el plazo de caducidad es aplicable a la ejecución del A.I. de liquidación y por consiguiente corresponde la revocatoria de la resolución.

Corrido traslado a la otra parte, esta contesta en escrito que va de fs. 65/66 de autos, señalado que en el caso en estudio se ha aplicado lo dispuesto en el art. 460 del CPC, habida cuenta del reconocimiento expreso que hiciera el demandado de la deuda reclamada, compartiendo el criterio de la A-quo que señalara que no tendría sentido que una vez abonado el capital reclamado tramitar todo el proceso hasta la sentencia definitiva lo que generaría nuevos costos y costas a cargo del demandado o en caso de no tramitarse hasta al sentencia definitiva, disponer la caducidad retrotrayendo todo lo actuado al estado anterior, solicitando la confirmación de la resolución.

Analizando la cuestión sometida a estudio se observa que el demandado Sr. Juan Carlos Pérez Palavesino, se presentó a reconocer expresamente la deuda reclamada, solicitando apertura de cuenta para el depósito de la misma. A fs. 27 comunica el depósito, solicita devolución de los documentos que sirvieran de base a la ejecución y el finiquito del juicio. Como consecuencia de este pedido y al haberle corrido traslado la Jueza a la parte actora del pedido, esta contesta presentado la liquidación correspondiente, oponiéndose al finiquito dado que existían intereses punitivos compensatorios que abonar y de dicha presentación se hace saber al demandado, quien no contesta y la petición es resuelta por el A.I. N° 2033 del 12 de octubre de 2005, notificada al mismo a fs. 36 de autos, quedando firme dicha resolución, generado un crédito a favor de la parte actora.

La parte demandada ha reconocido la deuda, ha depositado la suma reclamada y ha consentido la liquidación final de la deuda, por consiguiente, esta se encuentra suficientemente acreditada. Al existir un saldo y no abonarse el mismo, obviamente debían proseguirse los trámites para su cobro que es lo que se ha realizado.

La constancia del reconocimiento pleno por la parte del demandado de la deuda reclamada a favor de la parte actora, mas el depósito de la suma reclamada y la existencia de una liquidación final presuponen el cumplimiento de las vías procesales pertinentes para concluir el juicio, tal como lo previene el art. 460 del CPC en concordancia con el 475 del mismo cuerpo legal, por ello el impulso procesal dado constituye la ejecución del saldo restante impago o el cumplimiento de la resolución, lo que impide la caducidad solicitada ya que esta situación se encuentra prevista en el art. 176, inciso a) del CPC, motivo por cual corresponde la confirmación de la resolución recurrida con imposición de costas a la parte perdidosa.

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

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

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

Magistrados: Marcos Riera Hunter, Valentina Nuñez Gonzalez y Oscar Paiva Valdinos. Ante mí: Arnaldo Martinez Rozzano. Actuario Judicial

AUTO INTERLOCUTORIO N° 219

Cuestión debatida: Se trata de la impugnación, vía recurso de apelación, de una medida cautelar otorgada por el Juzgador inferior, por lo que se estudia si en autos se han cumplido o no con los requisitos establecidos en la ley para otorgamiento de la medida cautelar como la que ha sido dictada en este juicio.

MEDIDAS CAUTELARES. Requisitos para la viabilidad de medidas cautelares

La verosimilitud del derecho, quiere decir que el derecho que se invoca tiene que tener apariencia de verdadero, que exista la posibilidad de que efectivamente pueda ser atendido.

MEDIDAS CAUTELARES. Requisitos para la viabilidad de medida cautelar

El peligro en la demora es el requisito razón de ser de las medidas cautelares, en el caso la parte actora, en su escrito de demanda, afirma tener un interés legítimo en el peligro de demora de la sentencia, basándose en una denuncia entablada por la demandada, sobre un supuesto hecho punible de apropiación, mediante la cual ha conseguido una orden judicial para retirar del local arrendado máquinas de su propiedad, las cuales estaban en garantía de fiel cumplimiento de su obligación.

MEDIDAS CAUTELARES. Contracautela.

Debe quedar bien en claro que la caución juratoria personal ya no existe en el Derecho Positivo Nacional como mecanismo de contracautela por cuanto que conforme el nuevo criterio legislativo se ha considerado – con acierto- que esa manifestación personal de la parte interesada en la medida precautoria, denominada caución juratoria personal, nada agrega a la responsabilidad que de por sí importa la promoción de una demanda y obtención en ella de una medida cautelar, en este caso el embargo preventivo. Es por ello por lo que la contracautela, desde la vigencia del nuevo CPC, solo puede consistir en caución real u otra equivalente a criterio del órgano jurisdiccional competente. (Voto en disidencia del DR. Marco Riera Hunter).

TApel Civil y Comercial, Primera Sala. 07-05-10. “Compulsas del expte. “Granitos BETAM S.A. c. Nardo Alejandro Guerrero Durand s/ cumplimiento de contrato y otros”.(A.I. N° 219).

Vistos: Los recursos de apelación y nulidad interpuestos por la parte demandada contra la providencia de fecha 24 de octubre de 2008, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral, Niñez y Adolescencia de la ciudad de J. A. Saldívar, y,

CONSIDERANDO:

Que por la citada providencia, el Juez A-quo resolvió: “Atento a la verificación efectuada por el Juzgado de la existencia de las máquinas aludidas por el actor en la acción planteada, bajo caución juratoria del recurrente. Décretese embargo preventivo sobre los citados elementos en el caso que ellas sean propiedad del demandado señor Alejandro Guerrero Durand hasta cubrir la suma reclamada y más la guaraníes ocho millones setecientos mil (8.700.000) que el Juzgado fija...”.

Recurso de Nulidad – Opinión del magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos: El recurrente ha fundamentado estos recursos pero, analizada la naturaleza de sus agravios, se observa que los mismos son también objeto de estudio en el recurso de apelación, por lo que pueden ser resueltos por dicha vía. No existiendo, por lo demás, vicios o defectos en el auto en alzada que impongan al Tribunal el deber de declarar la nulidad de oficio, no corresponde que el referido recurso sea admitido.

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

Recurso de Apelación – Opinión del magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos: El representante de la parte demandada, el abogado Carlos Montalbetti, funda sus agravios señalados que, el que el A-quo ha incurrido en una errónea apreciación de los hechos y de la ley. Afirma además, la inexistencia del primer requisito para la procedencia de la medida cautelar, al no haber ni siquiera acreditado la posibilidad de la viabilidad del derecho cuya protección cautelar se peticiona. Asimismo, manifiesta que: “la conducta de la parte actora, al solicitar una medida cautelar, presentando a los hermanos Troche Agüero, como testigos de la información sumaria, que tiene por objeto acreditar la verosimilitud de su derecho, debió analizarse dentro de las disposiciones contenidas en el Art. 51 del C.P.C., teniendo en cuenta la malicia de la presentación hecha por la actora”. “Más aún, cuando comparece orondamente el señor Cristian Adonis Troche, a prestar su caución juratoria, no siendo parte del proceso, y siendo uno de los firmantes del contrato de arrendamiento, y teniendo una relación evidente de parentesco con la señora Antonia Manuela Martínez de Troche, el Juez A-quo, debió por contrario imperio dejar sin efecto la concesión que había dispuesto...”.

Que, en el caso en estudio se trata de la impugnación, vía recurso de apelación, de una medida cautelar otorgada por el Juzgado Inferior a pedido de la parte actora, por lo que, en consecuencia, la tarea debe reducirse a estudiar si en autos se han cumplido o no con los requisitos establecidos en la ley para el otorgamiento de una medida cautelar como la que ha sido dictada en este juicio.

En este sentido, el Art. 693 del C.P.C. establece que toda la medida cautelar tendrá como presupuestos genéricos: a) acreditar, prima facie, la verosimilitud del derecho que invoca; b) acreditar el peligro de pérdida o frustración de su derecho o la urgencia de la adopción de la medida, según las circunstancias del caso; y c) otorgar contracautela para responder de todas las costas y de los daños y perjuicios que pudiere ocasionar si la hubiese pedido sin derecho.

Que, de las constancias de autos se advierte que, la parte actora fue notificada en legal y debida forma de la providencia de fecha 13 de mayo de 2009, la cual copiada dice: “Traslado a la otra parte”; sin que la misma se haya presentado a contestar el traslado correspondiente. En consecuencia, este Tribunal, por A.I. N° 378 de fecha 29 de junio de 2009, resolvió: “Dar por decaído el derecho que tenía el Abog. Mario J. Oviedo de contestar el traslado que le fue corrido y notificado, debiendo la instancia seguir su curso, según su estado...”.

Del análisis y estudio de las constancias de autos se tiene que, en relación al primer requisito exigido por el Código de Fondo, se debe resaltar que, al referirse a la “verosimilitud del derecho que invoca”, quiere decir que el derecho que se invoca tiene que tener apariencia de verdadero, que exista la posibilidad de que efectivamente pueda ser atendido. A este punto, cabe mencionar al Prof. Dr. Hernán Casco Pagano que en su Código Procesal Civil Comentado dice: “La ley quiere que se acredite a prima facie el derecho de quien se solicita la medida cautelar es verosímil, creíble, aparentemente cierto (humo de buen derecho)...”, “...verosimilitud no es sinónimo de certeza...”. De lo señalado se puede inferir que, en el caso de autos así lo ha considerado el A-quo y, por otro lado, del escrito de demanda de la parte actora se desprende suficientes fundamentos en sentido de que existe una apariencia jurídica de probabilidad objetiva de que la pretensión pueda prosperar, por lo que se puede concluir que el primer requisito, queda así plenamente justificado en este caso.

En cuanto al segundo requisito, peligro en la demora, como es bien sabido, es este requisito, la razón de ser de las medidas cautelares. En el caso de autos, la parte actora, en su escrito de demanda, afirma tener un interés legítimo en el peligro de demora de la sentencia, basándose en una denuncia entablada por la demandada, sobre un supuesto hecho punible de apropiación, mediante la cual ha conseguido una orden judicial para retirar del local arrendado máquinas de su propiedad, las cuales estaban en garantía de fiel cumplimiento de su obligación.

El mismo ha manifestado que, con su escrito de demanda, adjuntó la fotocopia de la mencionada denuncia pero, en autos no consta dicha documentación. En contrapartida, a fs. 49 de autos, consta la constitución del Juzgado en la Comisaría de la ciudad de Villeta, donde fueron atendidos por el comisario, quien manifestó que las máquinas y accesorios que se encuentra frente a la Comisaría, fueron llevados por el Agente Fiscal Mirtha Rivas Paniagua. Con este hecho se demuestra que, efectivamente, ciertas máquinas fueron de alguna u otra manera sustraídas del local arrendado.

Según el tratadista Di Dorio, Alfredo J. en ‘Nociones sobre la teoría general de las medidas cautelares’ (LL, 1978 –B-825), sostiene: “Siempre existe el peligro de que mientras los órganos jurisdiccionales actúan, la situación de hecho se altere de algún modo tal que haga resultar ineficaces e ilusorias sus providencias, pudiendo llegar estas consecuencias a que el daño sea ya irreparable. De esta manera la garantía cautelar aparece como puesta al servicio de la ulterior actividad jurisdiccional que deberá restablecer de un modo definitivo la observancia del derecho: la misma está

destinada, más que a hacer justicia, a dar tiempo a la justicia de cumplir eficazmente su obra”. Asimismo, se considera pertinente, transcribir lo que sostiene el tratadista argentino Juan V. Acosta, al tratar el proceso cautelar y específicamente ‘El orden público cautelar’, diciendo: “La utilidad de una medida cautelar se define...más que en interés de los individuos, en el interés de la administración de justicia”. Y, en efecto, la paz social requiere que los actos de la jurisdicción no resulten ilusorios, pues si el Estado niega al individuo el derecho de hacerse justicia por mano propia, debe también tutelarlos anticipadamente...”.

Por tanto, debe estimarse que existe un peligro en la demora bien justificado y que, en consecuencia, debe estarse por considerar satisfecha dicho requisito.

Finalmente, cabe señalar que, en cuanto a la caución o contracautela el A-quo, claramente, dio cumplimiento a dicho presupuesto. Es decir, el A-quo ha cumplido y materializado su deber de exigir contracautela (fs. 50); por lo que no se observa incumplimiento alguno a este requisito.

Se itera, puede observarse que, el Juez A-quo ha cumplido con los presupuestos exigidos (requisitos a, b y c) por la ley positiva vigente para conceder una medida cautelar, y asimismo, se advierte que, el A-quo ha utilizado prudentemente el libre arbitrio que le concede el C.P.C. para el dictamiento de una medida cautelar por lo que en consecuencia, la providencia apelada debe ser confirmada.

En cuanto a las costas, por aplicación del Art. 203 corresponde imponerlas en este caso al apelante.

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

Opinión del magistrado Dr. Marcos Riera Hunter: Como es sabido, son tres los requisitos que necesariamente debe concurrir a fin de que pueda otorgarse válida y legalmente una medida cautelar: 1) verosimilitud en el derecho; 2) peligro en la demora; 3) contracautela.

En el caso en estudio, puede advertirse con claridad que el tercero y último de los requisitos antes enunciados no ha sido cumplido para que el Juzgado pueda decretar conforme a derecho la medida cautelar de embargo preventivo solicitada por la parte actora.

En efecto, en primer término, debe quedar bien en claro que la caución juratoria personal ya no existe en el derecho positivo nacional como mecanismo de contracautela por cuanto que conforme el nuevo criterio legislativo se ha considerado con acierto que esa manifestación personal de la parte interesada en la medida precautoria, denominada caución juratoria personal, nada agrega a la responsabilidad que de por sí importa la promoción de una demanda y la obtención en ella de una medida cautelar, como, en este caso, el embargo preventivo. Es por ello por lo que la contracautela, desde la vigencia del nuevo C.P.C., sólo puede consistir en caución real u otra equivalente a criterio del órgano jurisdiccional competente.

En segundo lugar, en el supuesto negado que la caución juratoria personal sea válida como contracautela, se advierte que en el caso la caución ha sido suscripta por una persona que aunque ha suscripto el contrato de arrendamiento de fs. 4 de autos, no ha acreditado la representación y los poderes suficientes como para comprometer a la parte accionante por la obtención del embargo preventivo, más aún si se tiene en cuenta que, conforme se desprende del poder de fs. 38, no es el firmante del contrato de arrendamiento quien representa legalmente a la sociedad demandante, sino la Presidenta de la entidad, que es la que ha otorgado, en nombre de la misma, el poder general al abogado convencional que se presentó a promover la presente demanda por cobro de guaraníes contra la demandada.

Al haberse omitido por completo del requisito de la contracautela, la medida cautelar de embargo preventivo resulta improcedente desde el punto de vista jurídico.

En consecuencia, por tales fundamentos, corresponde que el Tribunal revoque, con imposición de costas, la providencia en grado de recurso (que decreta el embargo preventivo) por no hallarse la misma ajustada a derecho.

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

RESUELVE: Declarar desierto el recurso de nulidad. Confirmar, con costas, la providencia de fecha 24 de octubre de 2008, dictada por el Juez de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral, Niñez y Adolescencia, de la ciudad de J. A. Saldívar. Anotar, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Oscar Augusto Paiva Valdovinos, Valentina Núñez Gonzalez y Marcos Riera Hunter. Ante mí: Arnaldo Martínez Rozzano.Actuario

ACUERDO Y SENTENCIA N° 2

Cuestión Debatida: La cuestión decisiva que se plantea en la presente causa se centra en determinar el alcance y los efectos de la inscripción del matrimonio (extranjero) en el Registro del Estado Civil de las Personas.

MATRIMONIO. Prueba del matrimonio

Un acto jurídico puede ser válido por haberse perfeccionado conforme las exigencias constitutivas de la ley, pero no probarse por haberse omitido un elemento formal requerido por la ley a dicho efecto, es decir, “ad probaionem”. Tal es el caso de la inscripción de los matrimonios celebrados en el extranjero.

MATRIMONIO. Principios generales. Efectos del matrimonio

En el caso, el acta matrimonial de un matrimonio celebrado supuestamente en la Rca. Argentina se encuentra legalizado, pero no se encuentra inscripto en el Registro del Estado Civil de las Personas, razón por la cual, independientemente de la validez de tal acto matrimonial (cuestión que no es objeto de juzgamiento) debe conceptuarse que, de acuerdo con el art. 152 CC y31 de la ley 1266/87 al no hallarse inscripto el documento en el Registro respectivo no tiene efectos de carácter probatorio en este juicio.

MATRIMONIO. Inscripción del matrimonio extranjero

El documento extranjero (acta o certificado) debe ser convenientemente legalizado para tener en el Paraguay el carácter de instrumento público, incluyendo, obviamente el requisito de la inscripción en el Registro del Estado Civil de las Personas.

MATRIMONIO. Inscripción del matrimonio extranjero

El hecho de que el acta o certificado matrimonial no se encuentre inscripto en el Registro del Estado Civil de las Personas no puede determinar la invalidez del acto matrimonial porque la inscripción exigida por los arts. 31 y 39 de la ley N° 1266/87 no es constitutiva del acto en sí.

TApel. En lo civ. Y Com. Primera Sala. 05-02-10. “J. H. W. c. C. A. R. s/ Nulidad de matrimonio”. (AC. Y Sent. N° 2)

CUESTIONES:

Es nula la sentencia en Alzada?

En caso contrario, es ella justa?

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

A la primera cuestión planteada el Magistrado Dr. Marcos Riera Hunter dijo: el recurrente ha desistido expresamente del recurso interpuesto. Por otra parte, no se observan en la resolución recurrida, vicios de forma o solemnidades que ameriten el estudio de oficio por parte del Tribunal por tanto corresponde, tener al recurrente por desistido del recurso de nulidad. Así voto

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

A la segunda cuestión planteada el Magistrado Dr. Marcos Riera Hunter Dijo: de las constancias de los autos se desprende que la parte actora promovió juicio de nulidad de matrimonio contra el demandado fundada en que el acto matrimonial celebrado con el hoy accionado en el año 1985 es nulo por haberse celebrado con impedimento de ligamen (matrimonio anterior válido). En efecto señala que en el año 1982 el hoy demandado había contraído matrimonio en la República Argentina con la Sra. S. N. S.. Posteriormente, en tales condiciones, en el año 1985 contrajo matrimonio en el Paraguay con ella (con la actora). Finalmente en el año 1988 el hoy demandado obtuvo el divorcio vincular del matrimonio celebrando con la Sra. S. N. S. en la Argentina en el año 1982. Todo ello, refiere, acredita con claridad que el matrimonio contraído por la misma (actora) con el demandado en el Paraguay en el año 1985 adolece de nulidad por haberse celebrado con el impedimento del ligamen (matrimonio anterior -1982-válido subsistente).

La parte demandada, al contestar el traslado, manifiesta que la causal invocada por la actora como fundamento de la pretensión de nulidad no resulta admisible por cuanto, dice, el matrimonio celebrado por el demandado en la República Argentina en el año 1982 con la Sra. S. N. S. no puede considerarse válido en el Paraguay por no hallarse inscripto en el Registro de Estado Civil de las Personas. En tal sentido, manifiesta expresamente a fs. 70 de autos que “para la ley nacional el único matrimonio válido es el celebrado en la República del Paraguay y los únicos casos en que los matrimonios extranjeros son reconocidos es cuando éstos son inscriptos en el País por algunos de los contrayentes; al no ser el caso nuestro, no es viable la nulidad de este matrimonio”.

Como fácilmente se puede advertir, la cuestión decisiva que se plantea en la presente causa se centra en determinar el alcance y los efectos de la inscripción del matrimonio (extranjero) en el Registro del Estado Civil de las Personas.

En tal sentido, cabe señalar que los elementos del acto matrimonial son: 1) La capacidad de los contrayentes; 2) La ausencia de impedimentos; 3) El consentimiento de los contrayentes y 4) La forma.

Los tres primeros elementos deben ser considerados, sin posibilidad de ninguna duda, como aquellos absolutamente necesarios para la constitución del acto matrimonial propiamente dicho (elementos constitutivos). En cuanto al cuarto elemento, la Forma, debe discriminarse finamente si dichas formas son exigidas por la ley “Ad solemnitatem” o “Ad probationem”. En el primer caso (forma ad solemnitatem), dicho elemento resultaría constitutivo del acto matrimonial propiamente dicho; en el segundo caso, la forma sería exigida solamente a los efectos probatorios.

En cuanto concierne a los matrimonios celebrados en el extranjero, la forma se rige por la ley del lugar de celebración. Así lo establece el artículo 132 del C.C. que dispone: “La capacidad para contraer matrimonio, la forma y validez del acto se regiran por la ley del lugar de su celebración”, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 13 del Tratado de Montevideo de 1940. Tratándose, pues, del matrimonio supuestamente celebrado en la Argentina por el demandado con S.N. S. en el año 1982, tal acto (en cuanto a su validez, capacidad y forma) se rige por la ley del lugar: es decir por la ley de la República Argentina vigente al tiempo de la celebración de dicho matrimonio. En la especie, no se ha alegado y menos aun probado que tal matrimonio fuese inválido por haberse celebrado en violación de las exigencias o requisitos establecidos por la ley Argentina al tiempo de la celebración del citado acto matrimonial. No se ha alegado, y menos probado, que tal matrimonio se hubiese celebrado en violación de las exigencias formales conforme la ley argentina vigente al tiempo de la celebración de tal matrimonio, y tampoco se ha alegado ni probado que tales exigencias formales fuesen, en tal País, constitutivas del acto matrimonial. Debe presumirse, por tanto, que tal matrimonio era válido en la República Argentina y que subsistió como tal hasta el año 1988 en que se disolvió el vínculo matrimonial por sentencia de divorcio. Igualmente, debe presumirse que dicho supuesto matrimonio era también válido para la República del Paraguay cuando fue celebrado puesto que, se reitera, no se han alegado ni probado causas de invalidez conforme las leyes del lugar de celebración que autoricen a la Magistratura a desconocerlo como tal en los términos del artículo 13 del Tratado de Montevideo de 1940 y el artículo 132 del C.C.

Ahora bien: como se dijo antes, la “forma” es exigida por las legislaciones no solamente como elemento constitutivo del acto jurídico de que trate (ad solemnitatem), sino, en algunos casos, como un elemento probatorio de la existencia del mismo. En otras palabras: un acto jurídico puede ser válido por haberse perfeccionado conforme las exigencias constitutivas de la ley, pero no probarse por haberse omitido un elemento formal requerido por la ley a dicho efecto, es decir, “ad probationem”. Tal es el caso de la inscripción de los matrimonios celebrados en el extranjero. El artículo 152 del C.C. dispone: “El matrimonio se probará por los testimonios de las partidas o los certificados expedidos por el Registro del Estado Civil”. El artículo 31 de la Ley N° 1266/87, del Registro del Estado Civil, establece: “Las partidas del Registro del Estado Civil y las anotaciones marginales, los testimonios de ellas y los certificados legalmente expedidos son instrumentos públicos. Ninguna certificación expedida por otro registro podrá tener fuerza legal probatoria respecto de hechos y actos del Estado Civil, sin la previa inscripción en los libros correspondientes del Registro del Estado Civil, ordenada por juez competente”. Y el artículo 39 de la citada ley preceptúa: “La inscripción de documentos relativos al Estado Civil expedidos en el extranjero se hará, cuando corresponda, previa legalización...”.

En el caso en estudio, se ha agregado al expediente el acta matrimonial de un matrimonio celebrado supuestamente en la República Argentina entre el demandado en este juicio y la Sra. S. N. S., en el año 1982 (fs. 67). Tal documento se encuentra legalizado, pero no se encuentra inscripto en el Registro del Estado Civil de las Personas, razón por la cual, independiente de la validez de tal acto matrimonial (cuestión que no es objeto de juzgamiento), debe conceptuarse que, de acuerdo con las normas antes transcritas, al no hallarse inscripto el documento en el Registro respectivo no tiene efectos de carácter probatorio en este juicio. Es decir, formalmente no se encuentra probado que haya existido entre el demandado en este juicio y S. N. S. un matrimonio celebrado en la Argentina en el año 1982. Obviamente, al no hallarse probado o acreditado tal extremo no podría alegarse como fundamento de la pretensión de nulidad de matrimonio en esta demanda la causa de impedimento de ligamen (matrimonio anterior válido) por no haberse producido en autos la única prueba formal exigida por la ley para acreditar el extremo invocado por la accionante.

La conclusión a la cual ha arribado esta Magistratura concuerda con el dictamen emitido por el propio Ministerio Público a fs. 125 de autos en el cual se expreso: “Por otro lado, el documento extranjero expedido con las formalidades del lugar de expedición debidamente legalizado tiene en Paraguay el valor de un documento público. Todo ello, naturalmente, sin perjuicio de la inscripción en el Registro del Estado Civil Paraguayo conforme a lo previsto en el artículo 31 y 39 de la Ley 1266/87, que no puede entenderse constitutiva hasta el punto de hacer depender la validez del matrimonio de dicha inscripción”. La opinión del Ministerio Público (a pesar de que la conclusión del dictamen es otra porque aconseja la admisión de la demanda) es compartirla por esta Magistratura: la validez del acto matrimonial celebrado en el extranjero (en el caso, en la Argentina) se rige por las leyes del lugar de la celebración del acto matrimonial. También se comparte el criterio de que el documento extranjero (acta o certificado) debe ser convenientemente legalizado para tener en el Paraguay el carácter de instrumento público, incluyendo, obviamente, el requisito de la inscripción en el Registro del Estado Civil de las Personas. Por último, también se comparte que el hecho de que tal documento (acta o certificado matrimonial) no se encuentre inscripto en dicha repartición pública no puede determinar la invalidez del acto matrimonial porque la inscripción exigida por los artículos 31 y 39 de la Ley N° 1266/87 no es constitutiva del acto en si. Pero, lo que el Ministerio Público deja de considerar es que si bien tal acto registral carece de efectos constitutivos del acto matrimonial, si tiene efectos ad probationem, es decir, que es exigido a los efectos de probar o acreditar formalmente en el Paraguay la existencia de que tal acto matrimonial, se ha celebrado efectivamente en el extranjero (en el caso, en la Argentina). Este requisito formal ad probationem es el que ha sido omitido en el presente juicio lo que no puede sino provocar la desestimación de la pretensión de la demandante por no haber probado conforme con la Ley la causal invocada como fundamento de la nulidad (impedimento de ligamen).

En consecuencia, por los fundamentos expresados, corresponde que el Tribunal revoque, con costas, la sentencia apelada (que hace lugar a la declaración de nulidad matrimonial) por no hallarse la misma ajustada a Derecho. Asi Voto.

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

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

RESUELVE: Tener al recurrente por desistido del recurso de nulidad. Revocar, con costas la sentencia apelada. Anotar, registrar y remitir copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia.

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

ACUERDO Y SENTENCIA N° 8

PRUEBA DE CONFESION. Confesión ficta

La confesión ficta no se declara en el momento de la audiencia que ha sido señalada para la absolución de posiciones de una de las partes, y que ha quedado frustrada por incomparecencia de la misma, sino, , en su caso, en el momento de pronunciarse la sentencia definitiva, momento procesal en el cual el juzgado debe apreciar en conjunto el valor probatorio de las probanzas producidas por las partes (art. 302 CPC)

EXCEPCION DE PAGO. EXCEPCION DE INHABILIDAD DE TITULO

Resulta contradictorio, incoherente y violatorio de la teoría de los actos propios alegar pago (reconociendo con ello la obligación) y al propio tiempo oponer la excepción de inhabilidad de título, que supone cuestionar las formas extrínsecas del título respectivo y, con tal cuestionamiento impugnar la fuerza ejecutiva del instrumento respectivo.

EXCEPCION DE PAGO

Oponer pago, por tanto, importa reconocer la obligación y el documento que la instrumenta, con lo cual la excepción de inhabilidad de título (incompatible con el pago alegado) resulta improcedente.

EXCEPCION DE FALSEDAD

Para la admisión de la excepción de falsedad (que supone adulteración o falsificación material) la magistratura debe tener una convicción total sobre tal extremo evidenciado a través de la prueba pericial (no producida) o en su caso a través de signos absolutamente evidentes que se desprenden de los documentos respectivos, lo que en la especie no resultan acabados.

TApel. En lo civ. Y Com. Primera Sala. 25-03-10. “Homogono Reinaldo Draguicevich Sanchez c. Mohan Gopaldas Chandiramani s/ Preparación de acción ejecutiva”. (AC. Y Sent. N° 8)

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia en alzada?

En caso contrario, ¿es ella justa?

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

A la primera cuestión planteada, el magistrado Dr. Marcos Riera Hunter dijo: La parte recurrente sostiene que la sentencia en grado de recurso es nula por cuanto que en estos autos no se ha dispuesto en el Art. 291 del C.P.C. y tampoco se ha dispuesto la apertura del pliego de posiciones en la audiencia señalada para la absolución de la parte actora.

De las constancias del expediente se desprende que en la audiencia señalada para la confesión del accionante (fs. 100), este no se presentó alegando su representante convencional que no ha podido acudir a la audiencia de absolución por razones de salud, razón por la cual solicitó nuevo día y hora de audiencia para dicho efecto. El representante de la parte demandada, por otro lado, reiteró al día siguiente, el pedido de confesión ficta de acuerdo con el Art. 282 del C.P.C. fundado en que no se ha presentado certificado médico alguno, a lo que el Juzgado dictó la providencia de fecha 24 de junio del 2004 (fs. 101, vlta.) por la cual dispuso: “Atento al informe de la actuaria que antecede, de la confesión ficta solicitada, téngase presente”.

Cabe anotar, al respecto, que la confesión ficta no se declara en el momento de la audiencia que ha sido señala para la absolución de posiciones de una de las partes, y que ha quedado frustrada por incomparecencia de la misma, sino, en su caso, en el momento de pronunciarse la sentencia definitiva, momento procesal en el cual el Juzgado debe apreciar en conjunto el valor probatorio de la probanzas producidas por las partes (Art. 302 del C.P.C.). No existe, por esta razón, en la especie, vicio procesal suficiente como para provocar la nulidad de la sentencia recurrida. Por lo demás, como lo señaló la parte recurrida, la providencia del 24 de junio del 2004 no fue objeto de recurso por la parte que se sintió afectada por la misma.

En consecuencia, no existiendo, por otra parte, vicios que impongan al Tribunal el deber de declarar la nulidad de oficio, corresponde que el recurso de nulidad sea desestimado por improcedente. Así voto.

A sus turnos, los magistrados Oscar Augusto Paiva Valdovinos y Valentina Núñez González manifiestan que se adhieren al voto del magistrado Dr. Marcos Riera Hunter por compartir sus mismos fundamentos. A la segunda cuestión planteada el magistrado Marcos Riera Hunter dijo: La parte demandada opuso contra el progreso de la ejecución tres excepciones: 1) Falta de acción fundada en que la demanda debió haber sido dirigida, no contra su persona, sino contra Importadora El Favorito S.R.L. por cuanto que, conforme surge de los documentos base de ejecución, ha sido dicha empresa la que ha librado los cheques objeto de reclamo, habiendo firmado el hoy demandado solamente en calidad de representante de tal persona jurídica; 2) Inhabilidad de título, fundada en que los cheques se encuentran adulterados en la fecha de libramiento, habiéndose convertido el año “2001” en “2002”; 3) Pago total, excepción fundada en que la empresa Importadora El Favorito S.R.L. abonó íntegramente la deuda reclamada presentando como recaudo probatorio los cheques cuyas fotocopias autenticadas se encuentran agregadas a fs. 57 y 58 de autos.

De conformidad, con el principio iura novit curia el órgano jurisdiccional tiene la obligación de calificar las defensas opuestas contra la ejecución conforme al Derecho independientemente de la calificación efectuada por las partes. En tal sentido, se advierte que lo que la parte demandada denominó excepción de falta de acción, atendiendo a sus fundamentos, debe ser calificada como una excepción de inhabilidad de título. La defensa calificada por la parte ejecutada como excepción de inhabilidad de título, por sus fundamentos debe ser calificada como una excepción de falsedad. En consecuencia, las excepciones que el Tribunal debe analizar a fin de decidir su procedencia o improcedencia conforme con el derecho son: inhabilidad de título, falsedad, pago total.

La excepción de pago total no ha sido mantenida en esta instancia de alzada por la parte recurrente quien omitió por completo fundamentar la apelación (análisis razonado de la resolución, conforme al Art. 419 del C.P.C.) contra la sentencia recurrida en la parte que resuelve rechazar la excepción de pago. Al respecto, la parte demandada se limitó solamente a manifestar que “en lo que respecta a la (excepción) de pago mi parte, si necesario, fuere hará uso de la disposición contenida en el Art. 471 del C.P.C.”, expresiones que no cumplen, en modo alguno, con la carga exigida en el citado Art. 419 del C.P.C. Corresponde, en consecuencia, declarar desierto el recurso de apelación en relación a la parte decisoria de la sentencia apelada que resuelve desestimar la excepción de pago total.

La excepción de inhabilidad de título no puede tener acogida favorable por parte de la Magistratura por dos razones claramente discernibles:

1) Porque tal defensa es absolutamente incompatible con la excepción de pago total articulada también en la instancia inferior como defensa por parte del demandado. Esta Magistratura ha sostenido con reiteración que cuando la parte

demandada opone contra el progreso de la ejecución la excepción de pago (sea total o parcial) reconocio expresamente la obligación que es objeto de reclamo (por ello alega haberla pagado) y, consiguientemente, reconoce también la validez o habilidad del o de los títulos que sirven de base a la ejecución. Resulta contradictorio, incoherente y violatorio de la teoría de los actos propios alegar pago (reconociendo con ello la obligación) y al propio tiempo oponer la excepción de inhabilidad de título, que supone cuestionar las formas extrínsecas del título respectivo y, con tal cuestionamiento, impugnar la fuerza ejecutiva del instrumento respectivo. Oponer pago, por tanto, importa reconocer la obligación y el documento que la instrumenta, con lo cual la excepción de inhabilidad de título (incompatible con el pago alegado) resulta improcedente. Ello es así independientemente de que el pago alegado sea total o parcial, sea procedente o improcedente, haya sido mantenido o no en la instancia de alzada por vía de apelación. En este caso, la excepción de pago total fue desestimada por la sentencia recurrida y el recurrente consintió dicho rechazo al no fundar la apelación, pero tal circunstancia procesal no implica que no haya alegado dicho pago. Todo lo contrario, tal alegación ha sido formulada y no puede ser desconocida por el Tribunal, más aún si se tiene en cuenta que el propio apelante ha manifestado en esta instancia que hará valer, eventualmente, su derecho por la vía del juicio posterior legislado en el Art. 471 del C.P.C.

2) En segundo lugar, porque la parte demandada no ha logrado acreditar que la denominación “Importadora El Favorito” responda a una persona jurídica, concretamente, a una Sociedad de Responsabilidad Limitada, como alega, punto es que perfectamente hubiera podido ser probado sin discusión posible con los documentos pertinentes relacionados con la constitución de tal supuesta sociedad. Estos documentos no han sido presentados en ningún momento. Tampoco figuran en los cheques objeto de ejecución sellos u otros signos que pudieran probar lo sostenido por la parte excepcionante, como la sigla S.R.L., por ejemplo.

En tales condiciones, la excepción de inhabilidad de título, por tanto deviene improcedente y debe ser desestimada por el Tribunal como tal.

Por último, la cuestión sometida a decisión se relaciona con la excepción de falsedad (por supuesta adulteración en las fechas de los cheques objeto de reclamo) hay que anotar que la parte demandada había intentado producir la prueba pericial a fin de probar la supuesta adulteración, pero el Juzgado de Primera Instancia, por resolución de fs. 79 de autos resolvió desestimar tal prueba pericial, pronunciamiento, a su vez, que fue confirmado por este Tribunal conforme el auto de fs. 96 de las compulsas pertinentes. La parte demandada por tanto, al no producir la prueba pericial destinada a acreditar la presunta adulteración no ha podido probar dicho extremo esencial para la procedencia de la excepción articulada. En esta instancia de alzada manifiesta, empero, que tal prueba pericial resulta innecesaria puesto que, conforme lo asentado al dorso de los cheques que son objeto de reclamo, dichos instrumentos de pago fueron rechazados por la entidad bancaria respectiva por “fecha deficiente”. Sin embargo, aun cuando lo señalado por el excepcionante pudiera entenderse como un argumento razonable, no resulta suficiente para la concreción de la finalidad perseguida desde el momento en que el mismo (el demandado) intentó producir la prueba pericial respectiva para la acreditación de tal extremo, la que no llegó a ser producida por incumplimiento de las reglas procesales, como se anotó en el fallo respectivo dictado por el Tribunal. Por lo demás, para la admisión de la excepción de falsedad (que supone adulteración o falsificación material) la Magistratura debe tener una convicción total sobre tal extremo evidenciado a través de la prueba pericial (no producida) o, en su caso, a través de signos absolutamente evidentes que se desprendan de los documentos respectivos, lo que en la especie no resultan acabados.

La excepción de falsedad, por tanto, debe ser también desestimada por improcedente.

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

- 1) Declarar desierto el recurso de apelación en relación a la parte decisoria de la sentencia recurrida que resuelve desestimar la excepción de pago opuesta por la parte demandada.
- 2) Confirmar la sentencia en grado de recurso en cuanto resuelve desestimar las excepciones de inhabilidad de título y de falsedad y, consiguientemente, llevar adelante la ejecución con costas.
- 3) Imponer las costas en esta instancia a la parte recurrente. Así voto.

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

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

RESUELVE: Desestimar el recurso de nulidad. Declarar desierto el recurso de apelación en relación a la parte decisoria de la sentencia recurrida que resuelve desestimar la excepción de pago opuesta por la parte demandada. Confirmar la sentencia en grado de recurso en cuanto resuelve desestimar las excepciones de inhabilidad de título y de falsedad y, consiguientemente, Llevar adelante la ejecución con costas. Imponer las costas de esta instancia a la parte recurrente. Anotar, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

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

ACUERDO Y SENTENCIA N° 8

MANDATO. Apoderado

Si bien un tercero no tiene porque saber los límites internos, a las facultades suscriptoras de los distintos niveles de apoderados o personas habilitadas a firmar documentos por el banco, si es de notar que todo banco no deja de ser una sociedad anónima, la cual solo puede obligarse válidamente, por la firma de sus representantes legales, es decir presidente y los directores, siempre por mas de una firma, y solo casi por excepción, con una sola, y esto es un hecho de

conocimiento para cualquier persona que se dedique al comercio, como lo es sin duda el actor, más aún cuando uno de ellos, es una persona jurídica.

CONTRATO. Consentimiento

El art. 673 del CPC señala como requisitos esenciales de los contratos, el consentimiento o acuerdo de las partes, el objeto y la forma, cuando fuere prescripto por la ley bajo pena de nulidad.

CONTRATO. Objeto del contrato

En cuanto al objeto, siendo un objeto imposible, cobro extrajudicial a un deudor con convocatoria de acreedores, no puede generar obligación alguna.

CONTRATO. Forma y prueba del contrato

Los contratos que contengan un valor mayor a diez jornales deben ser hechos por escrito, art. 706 del CPC y en el caso, lo que se ha presentado, es una propuesta, no un contrato concluido.

CONTRATO. Cumplimiento de contrato

No habiéndose acreditado la existencia de un contrato válido entre las partes, no puede estudiarse si existió o no incumplimiento, ni daño y su cuantificación.

TApel. En lo civ. Y Com. Segunda Sala. 10-02-10. “Eugenio Odilon García Agüero y otros c. Banco Sudameris Paraguay SAECA s/ Ind. De daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual”. (AC. Y Sent. N° 8)

CUESTIONES:

Es nula la Sentencia Apelada?

En caso Negativo, está ajustada a derecho?

Practicado el sorteo, resultado que debían votar los Señores Miembros en el siguiente orden: Paredes Bordón, Báez Maiola, María Sol Zucolillo Vouga.

A la primera cuestión el Dr. Paredes Bordón dijo. El recurso no ha sido fundado, razón por la cual debe declararse desierto al no advertirse en la sentencia recurrida, violaciones de forma o solemnidad.

A sus turnos los Dres. Báez Maiola y María sol Zucolillo de Vouga votaron en el mismo sentido.

A la Segunda cuestión el Dr. Paredes Bordón prosiguió diciendo. Por la sentencia apelada, S.D. N° 791 de fecha 16 de octubre de 2008, la A-quo resolvió, rechazar con costas, la demanda de indemnización daños y perjuicios promovida por Virulana S.R.L. y Eugenio Odilon García c/ el Banco Sudameris Paraguay S.A.E.C.A., conforme a lo expuesto en el exordio de dicha resolución.

La parte actora, a fs. 132 presenta sus agravios, señalando que la A-quo, ha cometido una serie de apreciaciones totalmente erróneas, tales como exculpar al banco de la responsabilidad asumida por medio de su apoderado Gabriel Ruiz, señala más adelante que la Jueza ha usado como fundamento para dictar su fallo, única, curiosa y exclusivamente las aseveraciones de la parte demandada respecto a que la nota suscrita por su apoderado era solo para gestiones extrajudiciales, y se pregunta por qué el banco no rechazó la nota y devolvió los cheques con la aclaración que el Señor Ruiz no podía obligar al Banco, expresa quien podría saber que una sola firma no obliga al Banco, que se maneja herméticamente con relación a los clientes, recalca que el Banco tuvo pleno conocimiento de la entrada de los cheques y jamás los ha rechazado, los retuvo en su poder, sin devolverlos, pero a pesar de las probanzas en autos la jueza los ignora totalmente. Recalca que no se ha rebatido el que el Banco haya recibido los cheques y los tuvo en su poder hasta que prescribieron, ocasionando el perjuicio económico a los actores. Culmina su escrito señalando que habiendo el Banco recibido los cheques, retenidos los mismos, no cabe otra interpretación que la operación quedo confirmada, porque de lo contrario debió llamar a su cliente y devolver los cheques. Termina su escrito solicitando la revocatoria de la sentencia y que se haga lugar a la demanda.

Al contestar el traslado que se le corriera, la parte demandada, solicita en primer término se declaren desiertos los recursos, alegando que el escrito presentado, no reúne los requisitos del Art. 419 del CPC.

Para el caso que no ocurra ello, expresa que durante el proceso su parte negó haber realizado el ofrecimiento de gestionar el cobro de los cheques, fundamentalmente porque la libradora se encontraba en convocatoria de acreedores y pretender el cobro de los mismos en perjuicio de los demás acreedores, sería un acto ilícito, recalca que el Banco Sudameris nunca asumió el compromiso de gestionar el cobro ni por si ni por medio de persona alguna que lo representara. Luego de extenderse sobre el hecho que el Banco no asumió ninguna obligación hacia los actores, y que tampoco es responsable de la suerte de los cheques, culmina señalando que no hay motivo serio y razonable para la revocación de la sentencia en recurso, por lo que solicita la confirmación de la misma.

En primer término, respecto a la petición de declarar desierto el recurso, por fundamentación defectuosa, es cierto que el escrito presentado por el apelante, no posee ningún orden en la exposición de sus argumentos, pero aun así y con esfuerzo, es posible atisbar críticas al razonamiento de la A-quo, por lo que resistiendo la tentación, de hacer lo fácil, es decir declarar desierto el recurso en base al cumplimiento de la norma del Art. 419, estudiaremos el fondo de la cuestión.

En autos, el señor Eugenio Odilón García y la firma Virulana S.R.L. promueven demanda de indemnización de daños y perjuicios contra Banco Sudameris Paraguay SAECA, sosteniendo que fueron perjudicados por la actitud del banco que, según, los actores, habían recibido de su parte una cierta cantidad de cheques por valor total de Gs. 105.476.379, que fueran librados por la firma Mickey S.R.L., a favor de los actores, para gestionar su cobro extrajudicial, habida cuenta que la libradora había solicitado la convocatoria de sus acreedores. Siempre de acuerdo a lo expuesto por los actores, el

50% del cobro resultante de la gestión, sería acreditado a la deuda que los mismos tenían en el propio Banco Sudameris, y el otro 50% se les devolvería en efectivo.

Sostienen los actores, que el Banco nada hizo para efectivizar los cheques, los cuales prescribieron, y con ello se ha perdido la acción, lo cual les ocasiona un daño, cuyo resarcimiento vienen a solicitar por medio de la presente demanda. Como prueba del acuerdo señalado, presentan la nota dirigida por ellos mismos, al Banco Sudameris, donde detallan dicha propuesta, y que se encuentra firmada por los actores y una persona identificada como Gabriel Ruiz, a quien sindicaron como apoderado del Banco.

Al contestar la demanda, el banco por medio de sus representantes, desconoció la existencia de compromiso alguno con los actores, señaló que el Sr. Gabriel Ruiz, por sí solo no podía obligar a la entidad, puesto que si bien técnicamente estaba designado como apoderado, su nivel de autorización, Categoría B, según normas del Manual de Poderes Especiales y Régimen de Firmas, que acompaña, le impide suscribir, a él solo documento alguno que obligue al banco. Agrega además, que el banco nunca podría haber asumido un compromiso como el que señala el actor, dado que su objeto, cobro de un crédito de cuyo deudor se encuentra en convocatoria de acreedores, resultaría nulo, ya que es bien sabido por el principio *pars conditio crediturum*, que el deudor no podría efectuar pagos fuera del concurso, por ello, siendo nulo el objeto del contrato, el mismo no podría generar responsabilidad alguna del banco.

Así quedó trabada la litis, y la A-quo, como se tiene dictó fallo, rechazando la demanda.

Como todo reclamo que solicita la indemnización de daños, deberíamos buscar en primer término la fuente. Es decir, es un daño derivado de una relación contractual, Art. 669 y sgs., de CCP, o es un daño cuyo reclamo deviene de un hecho extracontractual, es decir, un ilícito en los términos del Art. 1833 del CCP.

El actor, alega la existencia de un acuerdo, que sería el documento de fs. 18, el reclamo tendría entonces origen contractual. Debe acreditarse entonces, la existencia del contrato, su falta de cumplimiento, y los daños que este incumplimiento causó, su cuantificación, para que prospere la demanda.

Ahora bien, fue perfeccionado el contrato, y en su caso, cual es su naturaleza, es un mandato, una comisión o una gestión.

Puede leerse en el referido instrumento presentado por el actor: "Señores Banco Sudameris Paraguay Saeca At. Lic Gabriel Ruiz. Presente. Ref. cheques devueltos entregados en gestión de cobro extrajudicial. De nuestra consideración: La presente tiene por objeto hacer entrega de cheques varios, conforme fotocopias adjuntas por valor de Gs. 105.476.379.- (Guaraníes ciento cinco millones cuatrocientos setenta y seis mil trescientos setenta y nueve), los cuales han sido devueltos por motivo de cuenta cancelada. De prosperar la gestión de cobro extra judicial a ser encarada por vuestra Institución, el liquido producto de dicha gestión solicito sea destinado a: * 50% a amortización de nuestra deuda en Banco Sudameris Paraguay S.A.E.C.A.- *50% se servirán abonarnos en efectivo o cheque de gerencia. En señal de conformidad y aceptación a lo expuesto precedentemente, ruego vuestras firmas autorizadas a el pie de la presente. Atentamente. Recibido y Conforme". El documento se halla suscrito por los actores, y el señor Gabriel Ruiz, con un sello de Banco Sudameris Paraguay Sociedad Anónima Emisora de Capital Abierto. Gabriel Ruiz Apoderado.

Si bien un tercero no tiene porque saber los límites internos a las facultades suscriptoras de los distintos niveles de apoderados o personas habilitadas a firmar documentos por el banco, si es de notar que todo banco no deja de ser una sociedad anónima, la cual solo puede obligarse válidamente, por la firma de sus representantes legales, es decir el Presidente, y los directores, siempre por más de una firma, y solo casi por excepción, con una sola, y esto es un hecho de conocimiento para cualquier persona que se dedique al comercio, como lo es sin duda el actor, mas aun cuando uno de ellos, es una persona jurídica.

De ahí que no es sostenible la creencia alegada por los actores, que para ellos la firma del Sr. Ruiz, obligaba al Banco.

El documento transcrito, por otro lado, mas que un acuerdo, o un contrato, constituye una propuesta formulada por los actores al banco, para recibir como parte de pago de su deuda, un crédito contra terceros, lo cual es corroborado en el acto de reconocimiento de firma, por el Señor Gabriel Ruiz, fs. 109, cuando señala que la recepción del documento, fue a los efectos de presentar la solicitud de los clientes a consideración de las autoridades del banco.

El Art. 673 del CCP, señala como requisitos esenciales del contrato, el consentimiento o acuerdo de las partes, el objeto y la forma, cuando fuere prescripto por la ley bajo pena de nulidad.

En cuanto al primer requisito, el actor no ha probado que el Banco haya dado su consentimiento a la propuesta que se le formuló. Es evidente que la firma obrante al pie del instrumento presentado, no es una firma válida para obligar al banco. El formato del instrumento, tampoco es el de un contrato, donde se especifiquen las partes, el objeto, y tratándose de personas jurídicas, se mencionan los instrumentos facultativos para la suscripción del contrato.

En todo caso, el instrumento es una propuesta dirigida al banco, cuya respuesta no puede presumirse, por el solo hecho de la recepción, del instrumento, Art. 674 del CCP, y menos cuando el banco no ha hecho, lo que se supone haría en caso de estar de acuerdo con la propuesta, Art. 675 del CCP.

En cuanto al objeto, como lo señala la demandada, siendo un objeto imposible, cobro extrajudicial a un deudor en convocatoria de acreedores, no puede generar obligación alguna.

Y por último, los contratos que contengan un valor mayor a diez jornales deben ser hechos por escrito, Art. 706 del CPC, y en el caso, lo que se ha presentado, es una propuesta, no un contrato concluido.

De modo que no habiendo la parte actora demostrado la existencia de la relación contractual, no puede tampoco estudiarse incumplimiento alguno por parte de la demandada.

Tampoco la actora, probó, ni siquiera lo intentó, demostrar en que forma le ha perjudicado, el supuesto incumplimiento del banco, no se demostró un perjuicio tangible, ni se cuantificó monto alguno, tan solo se requirió, según el escrito inicial, el monto que supuestamente le debía ser entregado de prosperar la gestión de cobro extrajudicial.

Lo único probado, es que los mencionados cheques, aun se encuentran en poder del banco, según la presentación de fs. 103, lo cual por otra parte, no aclara en calidad de que se siguen teniendo esos cheques. Pero esa sola circunstancia es insuficiente para dar por cierto la existencia del contrato de gestión que pretende la actora.

Y por ultimo, como lo señala la Jueza, la propuesta y entrega de los cheques, es del año 2002, y la demandada fue incoada en el año 2007, y no existe constancia de reclamo alguno hecho entre la fecha de la propuesta y la de iniciación de la demanda, por parte de los actores al banco.

En síntesis, no habiéndose acreditado la existencia de un contrato valido entre las partes, no puede estudiarse si existió o no incumplimiento, ni daño y su cuantificación.

La sentencia de la A-quo que desestima la demanda, se halla ajustada a derecho y debe ser confirmada, incluyendo la condenación en costas, a las que deberán sumarse las de esta instancia, por aplicación de los arts. 192 y 203 del CPC. Es mi voto.

A sus turnos los Dres. Báez Maiola y Maria Sol Zuccolillo Garay de Vouga manifestaron adherir al voto precedente por sus mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Señores Miembros, por ante mí quedando acordada la sentencia que sigue a continuación.

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

Magistrados: Juan Carlos Paredes Bordón, Gerardo Báez Maiola y María Sol Zucolillo de Vouga. Ante mi: Abog Maria Teresa Cañete. Actuaría Judicial

ACUERDO Y SENTENCIA N° 22

DERECHO COMERCIAL. Representación comercial

La representación comercial, si bien no es una figura nueva dentro del derecho comercial, del modo en que es concebido modernamente, integra juntamente con otros tipos contractuales, como la distribución, la agencia, el franchising, concesión, una familia de relaciones comerciales y contractuales nuevas en cuanto su aplicación y extensión, con elementos caracterizantes comunes, entre los que cabe destacar: a) que son relaciones de colaboración entre dos empresas independientes y autónomas, b) que su objeto es la comercialización por parte de una de ellas de los productos elaborados o producidos por la otra c) que la relación es de carácter permanente, es decir no limitada a una operación, sino prevista para la realización de un número indeterminado de ellas y por un lapso de tiempo que puede o no estar definido, en general son sin plazo determinado.

CONTRATO INNOMINADO

La mayoría de las representaciones comerciales entran en la categoría de contratos innominados, o sin regulación legal específica, sin embargo en nuestro país a partir de la vigencia de la ley 194/93 algunas de estas modalidades contractuales se hallan tipificadas y reguladas parcialmente, en particular cuando las partes son por un lado una empresa nacional, en calidad de representante o distribuidora, y una firma extranjera en calidad de representada o distribuida.

CONTRATO DE COMISIÓN

La finalización de la distribución es un impacto en la actividad de los operadores, de efectos generalmente mas fuertes para el distribuidor que para el comitente, que cualquiera de las partes podrá decidir cuidando la máxima alterum no laedere, y de ninguna manera hacerlo intempestiva o antifuncionalmente, generando perjuicios innecesarios.

TApel. En lo civ. Y Com. Segunda Sala. 03-03-10. "Hugo Víctor Sánchez Vega y otros c. F.A.V. SRL s/ Reconocimiento de crédito s/ cobro de guaraníes". (AC. Y Sent. N° 22)

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?

En caso negativo, ¿está ajustada a derecho?

Practicado el sorteo, resultó que debían votar los Señores Miembros en el siguiente orden: Paredes Bordón, Báez Maiola y Zuccolillo Garay de Vouga.

A la primera cuestión, el Dr. Paredes Bordón dijo: El recurrente ha desistido de este recurso. Ahora bien, en la estructura de la sentencia se observa la omisión de la Jueza de un pronunciamiento sobre la confesión ficta, tanto de la actora como de la demandada, habiéndose abierto los sobres que contenían los pliegos de posiciones, la Jueza no se expidió sobre si hace o no lugar a la petición de confesión ficta, peticionada por el representante de la parte actora, a fs. 305 de autos. No obstante ello, y dado el desistimiento del recurrente, así como la disposición del Art. 407 del C.P.C., siendo la nulidad de última ratio, pudiendo enmendarse pro vía de apelación, debe tenerse por desistido el recurso.

A sus turnos, los Dres. Báez Maiola y Zuccolillo Garay de Vouga votaron en el mismo sentido.

A la segunda cuestión planteada, el Dr. Paredes Bordón prosiguió diciendo: Por la S. D. N° 579 de fecha 31 de julio de 2008, la A quo ha resuelto: "Rechazar, con costas, la presente demanda que por indemnización de daños y perjuicios promovieron la firma Jardinagro S.R.L. y el Sr. Hugo Víctor Sánchez Vega contra la firma argentina F.A.V. S.R.L., conforme a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. Hacer lugar, con costas, a la presente demanda que por reconocimiento de crédito y cobro de guaraníes promovieron la firma Jardinagro S.R.L. y el Sr. Hugo Víctor Sánchez Vega, contra la firma argentina F.A.V. S.R.L. y en consecuencia, condenar a la parte demandada que en

el plazo de 15 días de quedar ejecutoriada esta resolución pague a la parte actora la suma de dólares americanos veintidós mil quinientos (US\$ 22.500), en concepto de honorarios profesionales del Asesor Técnico”.

La parte actora, representante convencional de por medio, recurre contra el primer apartado por el cual se le rechazó la demanda por indemnización de daños y perjuicios. La parte demandada no ha recurrido la sentencia, por lo que el apartado segundo, queda firme para ambas partes.

En cuanto los agravios del actor, señala que su parte considera totalmente incongruente la determinación del Juez al rechazar la acción por indemnización de daños y perjuicios, ya que su representada Jardinagro S.R.L. ha demostrado el carácter de representante que ejercía sobre los productos argentinos FAV, siendo que la propia Jueza refiere que la demandada no efectuó oposición alguna a dicha alegación.

Rechaza que su representada sea la única responsable de la venta directa de FAV a Distripar, por haber autorizado Jardinagro las importaciones en los meses de enero y mayo de 2006, a favor de Distripar S.R.L., para que ingresen productos de FAV S.R.L. a la República del Paraguay, ya que quedó demostrado que su representada se vio obligada a otorgar dicha autorización de lo contrario no se realizaran nuevas remisiones por parte de la demandada a la actora.

La parte demandada no contestó el traslado del memorial de la parte actora, razón por la que se le dio por decaído dicho derecho por medio del A.I. N° 16 de fecha 6 de febrero de 2009.

En autos, la firma de Jardinagro y el Sr. Hugo Víctor Sánchez Vega, reclaman indemnización por daños y perjuicios a la firma FAV S.R.L. Alegan que la mencionada firma, era la representante y distribuidor exclusivo en el Paraguay de los productos fabricados por la firma, y desarrollo normalmente hasta mediados del año 2005, en que la firma demandada, empezó a demorar el envío de las partidas solicitadas, demorándolas inexplicablemente, con la consecuencia que Jardinagro, la firma FAV a través de su responsable Néstor Screyer negocia directamente con un cliente de Jardinagro, la empresa Distripar la venta por importación directa de los mismos productos representados por Jardinagro. En el mes de enero de 2006, la firma Jardinagro recibe llamados de la firma Distripar para que se autorice la entrada de los productos de FAV, que estaban siendo remitidos directamente por Distripar. Relata al actor, que la firma FAV condicionó el envío de nuevas partidas a Jardinagro a que la misma autorice en calidad de representante legal en el Paraguay de dichos productos, autorizara su ingreso para la firma Distripar, en esta situación señala la actora, no tuvo más remedio que acceder a autorizar dicha importación, lo mismo volvió a ocurrir en el mes de mayo del año 2006.

En síntesis, la actora lo que demanda, y que le fuera denegada por la A-quo, son los daños que le produjo el hecho que la firma argentina, dejando de lado el carácter de representante de la actora, negociara directamente con la otra firma dentro del país, para que la venta de los productos que debían ser remitidos a la actora, en el carácter de representante y distribuidor de los mismos, calidad que invoca la actora.

La demandada, si bien reconoce haber suscrito la autorización a la actora para el registro de sus productos ante las autoridades nacionales, organismos del Ministerio de Agricultura y Ganadería y del Ministerio de Salud publica entre otros, le niega el carácter de representante exclusivo, argumentando que no se ha suscrito ningún contrato en dicho carácter, documento necesario, para acreditar dicha relación, a tenor del Art. 11 de la Ley 194/93.

Como señala el preopinante, la A-quo ha dado por acreditada la existencia de la relación de representante y representada entre las partes, lo cual surge a partir de los convenios suscritos entre las partes en los años 2003 y 2005, que la misma ha considerado a la luz del Art. 12 de la Ley 194/93, como instrumentos válidos para probar la existencia de la calidad de representante de la firma actora, dentro del país, de los productos fabricados por la empresa demandada, ya que la actora ha realizado gastos de propaganda, publicidad, así como ventas enunciando ser representada de la demandada, hechos conocidos por esta última, sin que la misma se haya opuesto o desconocido en su momento dicha calidad, además de los instrumentos obrantes a fs. 80,81, 82 y 137, emanados de entes públicos de nuestro país, donde se reconoce la calidad de representante de los productos fabricados por FAV, a Jardinagro S.R.L.

A ello debemos sumar la propia confesión que surge de la demandada, al solicitar a fs.259 como medida cautelar la autorización para importación a favor de una tercera empresa, Distripar, alegando que se necesita la conformidad de la actora, Jardinagro SRL, lo cual solo puede explicarse por la condición de representante de esta última.

En síntesis, y dado que la demandada no ha interpuesto recurso alguno contra la sentencia, debe concluirse que la misma se halla conforme con la conclusión de la A-quo de reconocer la calidad de representante de la actora.

Sin embargo, a pesar de ese reconocimiento, la A-quo ha denegado la indemnización solicitada, fundado en que fue la propia Jardinagro S.R.L. a través de su representante técnico Hugo Víctor Sánchez, la que autorizó las importaciones y no se probó la responsabilidad de la firma argentina en las autorizaciones otorgadas por Jardinagro para las importaciones de Distripar. Igualmente señaló, la A-quo que el contrato fue rescindido por la demandada, por medio de los telegramas de fecha 3 de enero de 2007, fs. 263 y 237 de autos.

Debemos señalar que en realidad, la relación de representante-representada, no fue rescindida por medio de los telegramas citados por la A-quo, los cuales son inclusive posteriores a la promoción de la presente demanda y su contestación, sino la relación fue rota de hecho, con mucha anterioridad, desde el momento que la demandada procedió a remitir directamente a otra firma dentro del país, los productos, que debió remitir a la actora, en el carácter de representante que la misma ostentaba, no precisamente por un contrato, sino por la relación comercial que de hecho venía existiendo entre ambas partes.

Como un aspecto importante, debe señalarse que en el escrito de contestación de la demanda, fs. 223 de autos, la parte demandada, no ha negado los hechos articulados en el escrito de promoción, referentes a la retención de los pedidos de remisión de productos realizados por la actora, que fueron hechos por la demandada, a fin de que la actora, suscriba las autorizaciones para que Distripar recibiera directamente los productos de la demandada, hecho a su vez, demostrado en forma patente por los documentos presentados por la demandada a fs. 238 a 258 de autos, de remisión de los productos de FAV a Distripar.

Como el Art. 235 inc. a del C.P.C., obliga a la negativa o desconocimiento expreso de cada uno de los hechos articulados en la demanda, y no existiendo la negativa expresamente referida a este punto, cabe tener por acreditada y veraz la versión de la actora, que la misma fue prácticamente coaccionada a autorizar dichas importaciones a favor de otra empresa, a fin de poder, a su vez recibir los productos que le debía enviar la demandada.

La autorización así otorgada, se encuentra entonces viciada por la falta de libertad en el autorizante, Jardinagro, que debía otorgar la misma, a fin de recibir a su vez los productos que necesitaba para cumplir con sus propios clientes.

La representación comercial, si bien no es una figura nueva dentro del derecho comercial, del modo en que es concebido modernamente, integra juntamente con otros tipos contractuales, como la distribución, la agencia, el franchising, concesión, una familia de relaciones comerciales y contractuales nuevas en cuanto su aplicación y extensión, con elementos caracterizantes comunes, entre los que cabe destacar: a) que son relaciones de colaboración entre dos empresas independientes y autónomas, b) que su objeto es la comercialización por parte de una de ellas de los productos elaborados o producidos por la otra, c) que la relación es de carácter permanente, es decir no limitada a una operación, sino prevista para la realización de un número indeterminado de ellas y por un lapso de tiempo que puede o no estar definido, en general son sin plazo determinado.

Dado lo nuevo de dichas relaciones, la mayoría de ellas entran la categoría de contratos innominados, o sin regulación legal específica, sin embargo en nuestro país a partir de la vigencia de la Ley 194/93, algunas de estas modalidades contractuales se hallan tipificadas y reguladas parcialmente, en particular cuando las partes son por un lado una empresa nacional, en calidad de representante o distribuidora, y una firma extranjera en calidad de representada o distribuida.

Estos contratos presentan, como toda relación contractual, situaciones conflictivas y polémicas en los aspectos referidos a su conclusión, es decir el cese de relación entre las partes y la responsabilidad del representante o distribuidor frente a terceros, en particular consumidores, intermediarios y sus propios dependientes.

Normalmente la relación puede terminar por alguna de las siguientes maneras: a) rescisión, b) finalización por terminación del plazo convenido, o por denuncia por una de las partes en ausencia de plazo acordado, c) incumplimiento de una de las partes, invocado o denunciado por la otra, d) imposibilidad de cumplimiento por caso fortuito, fuerza mayor, muerte, falencia, interdicción de una de las partes.

En la obra Responsabilidad Civil, Doctrinas Esenciales, Tomo I, pág. 1.653, al tratar el tema de “La reparación por su ruptura intempestiva y la intempestividad de la ruptura”, el Dr. Eduardo Gregorio Cusellas, comentando un caso similar, de relación contractual no formalizado por escrito, aunque referido a la distribución, señala que: “la finalización de la distribución es un impacto en la actividad de los operadores, de efectos generalmente más fuertes para el distribuidor que para el comitente, que cualquiera de las partes podrá decidir cuidando la máxima alterum no laedere, y de ninguna manera hacerlo intempestivo o antifuncionalmente, generando perjuicios innecesarios”. Y más adelante, en la pág. 1.655 señala que: “La actuación directa por el comitente en la zona exclusiva del distribuido es un incumplimiento contractual con entidad de causal resolutoria a favor del afectado. La excepción a este compromiso reconocido deberá ser expresa, y en su defecto indemnizarse”.

Volviendo al caso concreto, traído a estudio del Tribunal, se trata de un acuerdo de representación, no formalizado por escrito, pero operativo entre las partes a partir antes inclusive de la constitución de la firma Jardinagro, y con posterioridad al inicio de las actividades de la misma, que como quedó acreditado con las pruebas producidas, ha orientado toda o casi exclusivamente su actividad en la introducción al mercado paraguayo de los productos de la firma demandada, FAV S.R.L., en calidad de representante de la misma.

En vista de dichas operaciones, la actora, ha realizado inversión y gastos, en publicidad, alquiler de locales, gestiones ante las autoridades nacionales para el registro de los productos de la demandada, formación de una cartera de clientes, compuesto por empresas privadas y entidades públicas, conforme las notas de fs. 132, 134, 135 y al listado de fs. 183 de autos.

La acción de la empresa demandada, de vencer directamente a una firma, que integraba el listado de clientes regulares de Jardinagro, ver N° 14 del listado de fs. 183 de autos, constituye una violación del acuerdo entre las partes, respecto a la representación que ejercía la actora dentro del territorio nacional de los productos de la demandada, por ende cae dentro de una pauta de incumplimiento, señalado en la doctrina antes transcripta, por ende surge la obligación de la demandada de indemnizar a la actora.

Ahora bien, en cuanto al monto de la indemnización, la parte actora, peritaje mediante acreditó y justificó, tanto los gastos de inversiones, las pérdidas sufridas por deserción de clientes, en los periodos en que la demandada procedió a enviar los productos a la firma Distripar, todo ello surge en los puntos 11, 12, 13, 14 y 15 de la pericia, fs. 276 de autos, y fs. 7 y 8 de la pericia contable agregada por cuerda.

Cabe apuntar, que la demandada, no objetó la prueba, ni el perito propuesto, y tampoco impugno el dictamen pericial presentado, por lo que habiendo tenido por acreditada la existencia de la relación contractual, la responsabilidad de la demandada en el rompimiento del vínculo, a partir del apartamiento del compromiso de vender sus productos por medio de la actora, a quien reconoció como su representante ante las autoridades nacionales, no encontramos razones para apartarnos de las conclusiones del perito, y en consecuencia condenar a la demandada a abonar a la actora, el importe de las pérdidas por importaciones previstas y no realizadas, US\$ 6.693,10 (dólares americanos seis mil seiscientos noventa y tres con diez centavos) y por gastos realizados en la promoción y desarrollo de los productos de FAV S.R.L., entre los años 2003 al 2006, que asciende a la cantidad de Gs. 299.540.632 (guaraníes doscientos noventa y nueve millones quinientos cuarenta mil seiscientos treinta y dos), conforme a la conclusión del peritaje llevado a cabo en autos, más los intereses a partir de la promoción de la presente demanda.

En conclusión voto por revocar el apartado primero de la sentencia, objeto del recurso, haciendo lugar a la demanda por indemnización de daños y perjuicios, condenando a la demandada a abonar las sumas precedentemente señaladas.

A sus turnos, los Dres. Báez Maiola y Zuccolillo Garay de Vouga, manifestaron adherir al voto precedente por sus mismos fundamentos.

Con lo que se terminó 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. Revocar el apartado primero de la S.D. N° 579 del 31 de julio de 2008, haciendo lugar a la demanda por indemnización de daños y perjuicios, y en consecuencia condenar a la demandada a abonar a la actora, el importe de las pérdidas por importaciones previstas y no realizadas, US\$ 6.693,10 (dólares americanos seis mil seiscientos noventa y tres con diez centavos) y por los gastos realizados en la promoción y desarrollo de los productos FAV S.R.L., entre los años 2003 al 2006, que asciende a la cantidad de Gs. 299.540.632 (guaraníes doscientos noventa y nueve millones quinientos cuarenta mil seiscientos treinta y dos), más los intereses desde la promoción de la demanda. Anotar, registrar, y remitir copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Juan Carlos Paredes Bordón, Gerardo Báez Maiola y Maria Sol Zuccolillo Garay de Vouga. Ante mi: Abog. Maria Teresa Cañete. Actuaría Judicial

AUTO INTERLOCUTORIO N° 43

Cuestión debatida: El caso en cuestión trata sobre la actualización de la liquidación de capital, gastos e intereses del presente juicio. La resolución de marras modifica la liquidación presentada por la parte ejecutante.

RREMATE. Pago del precio en el remate

El art. 487 del CPC se desprende que los licitadores sean quienes deban efectuar los gastos que se desprenden del remate; y que por esta razón, quien se adjudique el bien subastado debe cargar con los gastos que hicieron efectiva la subasta y posterior adquisición del inmueble.

COSTAS. Principios generales

Se denomina costas a los gastos en los que las partes incurren como consecuencia de la substanciación del proceso. Son aquellos gastos efectuados por los litigantes, necesarios para la prosecución de la acción judicial.

REMATE. Adjudicación en el remate

Se adjudica el bien subastado al accionante por falta de postores, lo que significa que no se ha podido realizar el remate por ausencia de oferentes, entonces dado que el fin de la acción ejecutiva es saldar la deuda contraída por el demandado, si no se pudiese realizar el remate a dicho efecto, se aplica el art. 486 del CPC.

REMATE. Adjudicación en el remate

Si se diese el caso de que el adquirente ejecutante sea postor en la subasta, varían las circunstancias y los efectos. Cuando hace ofertas o postulaciones de compra durante el remate público, el ejecutante tiene la calidad de postor como cualquier otro, aunque sea el único que ha hecho ofertas o posturas. En efecto la cantidad o número de postores no inhibe ni impide la configuración y realización de una subasta. Al ser postor se le aplican las reglas comunes para cualquier comprador.

TApel. En lo civ. Y Com. Tercera Sala. 12-02-10. "A.J.S. Administración y Mandato S.A. c. CODEAGRO SRL y otros s/ Cobro de guaraníes". (A.I. N° 43)

Asunción, 12 de febrero de 2010

Vista: Los recursos de apelación y nulidad interpuestos por el Abog. Víctor Bogarín Geymayr contra el A.I. N° 2719 de fecha 25 de noviembre de 2008, dictado por el Juzgado de la Justicia Letrada en lo Civil y Comercial del Cuarto Turno, y,

Considerando:

Que por el referido auto interlocutorio el a quo resolvió: "Actualizar la presente liquidación de capital, gastos e intereses en el presente juicio en la suma de guaraníes treinta y un millones setecientos cuarenta y siete mil (Gs. 31.747.000) con un saldo a favor del demandado por la suma de guaraníes siete millones doscientos cuarenta y tres mil (Gs. 7.243.000). Anotar..." (fs. 320 vlt.).

En cuanto al recurso de:

Nulidad: el recurrente desistió expresamente del recurso de nulidad por él interpuesto; y dado que no se advierten en el auto recurrido, vicios o defectos que autoricen a declarar de oficio su nulidad, el recurso se debe tener por desistido.

Apelación: el Abog. Víctor G. Bogarín Geymayr en el escrito obrante a fs. 334/335 se agravia de la resolución del inferior y manifiestan que el auto interlocutorio apelado insólitamente exonera de costas procesales, gastos de remate, al ejecutado contraviniendo expresas disposiciones legales, amén de establecer un saldo a favor del demandado por la suma de Gs. 7.243.000 sin saber en que concepto ni sustento legal se basó.

Manifiesta además que la Jueza erróneamente ha invocado el art. 487 del C.P.C. como fundamento para exonerar al ejecutado de los rubros de: publicación en el diario, comisión de rematador público y comisión del actuario judicial, olvidando que su parte es el ejecutante adquirente y no un tercero licitador, ignorando de esta manera el art. 492 del C.P.C. Se agravia además el representante convencional porque sostiene el desconocimiento de claras disposiciones y fallos legales que regulan la materia, al respecto menciona los Arts. 192, 474, 246 del C.P.C. y jurisprudencia nacional. Por último solicita se modifique el interlocutorio recurrido, incluyendo los rubros mencionados anteriormente, que comprende la liquidación presentada por su parte a fs. 312 de autos.

Por A.I. N° 860 de fecha 19 de octubre del 2009 este Tribunal resolvió dar por decaído el derecho que ha dejado de usar el Sr. Ovidio Ramón Rodríguez, para presentar su escrito de contestación de traslado corrídole.

El caso en cuestión trata sobre la actualización de la liquidación de capital, gastos e intereses del presente juicio. La resolución de marras modifica la liquidación presentada por la parte ejecutante a fs. 312 de autos.

Conviene primeramente realizar un breve análisis de los rubros mencionados por la a quo en la resolución recurrida en base al proyecto presentado por el recurrente. Así, distinguen: en primer lugar la última liquidación contenida en el A.I. N° 1642 de fecha 26 de diciembre del 2003, la cual entre capital, intereses y gastos de justicia asciende a Gs. 15.976.800; en segundo lugar la actualización de los intereses, calculado en base al 3% del capital, Gs. 285.300 multiplicado por 54 meses, contados desde la fecha a la última liquidación hasta la fecha de aprobación del remate. Lo que da un total de Gs. 15.406.200; en tercer lugar los gastos de justicia, estos también calculados a partir de la última liquidación.

Estos ascienden a Gs. 364.000, calculado sobre el total de 28 cédulas de notificación a Gs. 13.000 cada una.

Los tres rubros citados precedentemente dan como total la suma de Gs. 31.747.000, de lo que se ha deducido el precio de la subasta Gs. 38.990.000, para resultar finalmente con un saldo a favor de la parte demandada de Gs. 7.243.000.

Ahora bien, el punto en cuestión discutido en el presente caso consiste en el rubro de gastos de remate, pretendidos por el recurrente como costas del presente juicio, que fuera denegado, en la actualización de liquidación presentada por el ejecutante, en la resolución apelada. Dentro de las pretensiones del ejecutante, se señalan las publicaciones del diario Última Hora; Gs. 8.497.209, comisión del Rematador Público Gs. 847.000 y comisión del actuario judicial; Gs. 300.000, lo que da una suma total de Gs. 9.644.209 en tales conceptos.

Como fundamento expuesto por la a quo respecto de los gastos de remate, la misma recurre al art. 487 del C.P.C., el que establece que: “Los licitadores deberán entregar a los martilleros en el acto de la compra, su comisión, los gastos de remate y el diez por ciento en concepto de seña, que será depositada a la orden del Juez, dentro del día siguiente en el Banco en que se hacen los depósitos judiciales”. Señala la juzgadora que de la norma citada se entiende que los licitadores sean quienes deban efectuar los gastos que se desprenden del remate; y que por esta razón, quien se adjudique el bien subastado debe cargar con los gastos que hicieron efectiva la subasta y posterior adquisición del inmueble. En este caso el adjudicado es la parte actora, A.J.S. Administración y Mandato S.A.

Argumenta por el contrario el apelante que corresponde la inclusión de los gastos de remate dentro de la actualización de la liquidación, ya que los mismos deben ser considerados como costas del presente juicio.

Debemos entonces analizar el concepto de las costas y partiendo de este, examinar si los gastos de remate en el caso de los autos pueden ser considerados como costas del juicio a los efectos de ser incluidos como tales en la liquidación puesta en cuestión.

El Art. 206 del Código Procesal Civil establece: “La condena en costas comprenderá todos los gastos ocasionados por la sustanciación del proceso”. Así pues, se denomina costas a los gastos en los que las partes incurren como consecuencia de la sustanciación del proceso. Son aquellos gastos efectuados por los litigantes, necesarios para la prosecución de la acción judicial. El principio general sobre la imposición de las costas se encuentra establecido en el Art. 192 del Código Procesal Civil, el cual dispone: “La parte vencida en el juicio deberá pagar todos los gastos de la contraria, aun cuando esta no la hubiere solicitado”. En la citada norma, se señala que quien debe pagar todos los gastos del juicio es la parte vencida, vale decir, en estos autos, la parte demandada.

Ahora bien el punto importante en el asunto consiste en establecer si los gastos de remate integran o no las costas del juicio. El supra mencionado Art. 487 del Código Procesal Civil expone que tales gastos corresponden a los licitadores por lo que se concluye que el pago de los mismos corresponde al licitador comprador. De lo anterior, en principio, no pueden ser considerados dentro del rubro costas del juicio ya que estos son atribuidos legalmente como carga al licitador y recaen sobre el adquirente del bien subastado.

En autos se configura un caso singular, ya que el comprador de la parte del condominio de los inmuebles puestos en subasta es también el ejecutante de la presente acción. Esta premisa resulta indispensable para resolver la cuestión y nos lleva a referir el A.I. N° 1318 de fecha 3 de junio del 2008 (fs. 306), por el que se aprobó el remate efectuado por el Rematador Público Carlos Federico Toledo Falcón, en fecha 10 de setiembre de 2007. De dicha resolución se constata que la única oferta o postura fue la de la parte actora A.J.S. Administración y Mandato S.A., ante la inexistencia de otros postores.

Resulta pertinente ahora hacer referencia a la subasta, la cual constituye un medio procesal indispensable a fin hacer líquido el bien embargado en la acción ejecutiva, y se produzca la suma de dinero para solventar el monto reclamado por la parte ejecutante.

Es necesario ahora, para resolver la cuestión, considerando que fue el mismo ejecutante que se adjudica el bien subastado en autos, hacer una distinción entre dos supuestos distintos. Cuando el ejecutante es adquirente por falta de postores y cuando el ejecutante es adquirente postor aunque sea único. En el primer supuesto, se adjudica el bien subastado al accionante por falta de postores, lo que significa que no se ha podido realizar el remate por ausencia de ofertantes. Entonces, dado que el fin de la acción ejecutiva es saldar la deuda contraída por el demandado, si no se pudiese realizar el remate a dicho efecto, se aplica el art. 486 del C.P.C. que dispone lo siguiente: “Si no se realizare el primer remate por falta de postores quedara al arbitrio del ejecutante pedir: a) un nuevo remate, previa reducción de la base de la subasta en un veinticinco por ciento; o b) que se adjudiquen los bienes por las dos terceras partes de dicha base. Si, no obstante la reducción a la que se refiere el inciso primero, no se presentaren postores a la segunda subasta, se ordenará la venta sin base”, consecuentemente se adjudica el bien puesto en subasta al ejecutante. En el supuesto b) el ejecutante adquiere el bien, pero no en calidad de postor sino en calidad de acreedor. Esto constituye un acto fundamental para la satisfacción de la deuda reclamada, así como también un acto fundamental para el cumplimiento de la sentencia y el fin del proceso judicial. En consecuencia, los gastos devengados serían considerados como costas del juicio y recaerían sobre la parte vencida.

En el segundo supuesto, si se diese el caso de que el adquirente ejecutante sea postor en la subasta, varían las circunstancias y los efectos. Cuando hace ofertas o postulaciones de compras durante el remate público, el ejecutante tiene la calidad de postor como cualquier otro, aunque sea el único que ha hecho ofertas o posturas. En efecto, la cantidad o número de postores no inhibe ni impide la configuración y realización de una subasta. Al ser postor, no se le aplican las reglas citadas más arriba, sino aquellas comunes para cualquier comprador.

Con respecto a estos autos, en el remate mencionado en la resolución citada más arriba, el ejecutante aparece ofertando o postulando. El hecho de que sea el único, como vimos, no altera su calidad de tal. Esto nos lleva a referirnos nuevamente al Art. 487 del C.P.C., que dispone que en el licitador comprador es en quien recaen los gastos del remate. Se considera así al comprador –independientemente de que sea o no el ejecutante de la acción –como responsable de los gastos ocasionados por el acto de subasta, ya que todos los postores se encuentran en igualdad o paridad de circunstancias y con las mismas obligaciones en el caso de adjudicarse el bien. Una discriminación en este sentido, distinguiendo entre postor ejecutante y postor no ejecutante vulneraría seriamente el principio de igualdad, que no solo tiene acogida en el sistema procesal paraguayo, sino también rango constitucional. Es, pues, el ejecutante como cualquier otro postor, un licitador más, y debe cargar con los gastos del remate del cual obtuvo el bien subastado.

Por consiguiente, considerando que la firma A.J.S. Administración y Mandato S.A ha adquirido el bien rematado, siendo el licitador comprador, le corresponden los gastos derivados de tal compra. Por tanto, no se debe incluir en la liquidación puesta en cuestión el rubro de gastos de remate en carácter de costas del presente juicio.

En definitiva, a mérito de lo anteriormente expuesto, corresponde confirmar la resolución de la liquidación recurrida.

En cuanto a las costas, corresponde su imposición a la parte perdedora, de conformidad con lo establecido en el Art. 203, inc. b) del C.P.C.

Por lo tanto, el Tribunal de Apelación Civil y Comercial, Tercera Sala,

Resuelve: Tener por desistido al recurrente del recurso de nulidad por él interpuesto. Confirmar la resolución apelada. Imponer costas a la perdedora. Anótese, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Mercedes Boungermini Palumbo, Arnaldo Martínez Prieto y Neri E. Villalba. Ante mí: Abg. Pablo Costantini. Actuario Judicial.

AUTO INTERLOCUTORIO N° 82

Cuestión debatida: Se discute el monto de la regulación de honorarios profesionales en una verificación de crédito. Se interpusieron recursos solicitando tanto la retasa en más como en menos de los honorarios profesionales, este tribunal está facultado a decidir en uno u otro sentido.

CONVOCATORIA DE ACREEDORES. Verificación de crédito. **REGULACION DE HONORARIOS.** Base del cálculo para la regulación de honorarios

Tratándose de una verificación de crédito, corresponde aplicar el art. 53 numeral 5 de la ley 1376/88, el monto base está dado por la cantidad percibida, es decir, sobre las sumas percibidas, real y efectivamente ingresadas al patrimonio de la incidentista de verificación de crédito en una convocatoria de acreedores, y no sobre el monto de la condena, la que, si bien es un paso previo, todavía no constituye un ingreso material de activos a favor del titular del crédito.

TApel. En lo civ. Y Com. Tercera Sala. 26-02-10. “R.H.P del Abog. Osvaldo Bergonzi Morales en el expte. INDUSQUIM SRL s/ convocatoria de acreedores”. (A.I. N° 82)

Asunción, 26 de febrero de 2010

Vistos: Los recursos de apelación y nulidad interpuestos por los abogados Francisco Báez Otazo y Osvaldo Bergonzi Morales contra el A.I. N° 961 de fecha 7 de junio de 2009, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Duodécimo Turno, y,

Considerando:

Que por el referido auto interlocutorio el A-quo resolvió: “1. Regular los honorarios profesionales del Abog. Osvaldo Bergonzi Morales, en su doble carácter de abogado patrocinante y procurador en la suma de dólares americanos cuatrocientos sesenta y ocho (USD 468); y en la suma de guaraníes tres millones novecientos setenta mil setecientos quince (Gs. 3.970.715), en atención a las consideraciones expuestas en el exordio de la presente resolución. 2. Establecer la suma de dólares americanos cuarenta y siete (USD 47); y la suma de guaraníes trescientos noventa y siete mil setenta y uno (Gs. 397.071), en concepto de impuesto al valor agregado. 3. Anotar...” (sic) (fs. 2 y vlta.).

En cuanto al recurso de:

Nulidad: El Abg. Francisco Báez Otazo desiste expresamente del presente recurso. Por su parte, el Abg. Osvaldo Bergonzi Morales no ha fundado el recurso de nulidad por él interpuesto. En consecuencia, dado que no se advierten en el auto recurrido, vicios o defectos que autoricen a declarar de oficio su nulidad, corresponde tener por desistido al Abg. Francisco Báez Otazo del presente recurso y declarar desierto el recurso de nulidad interpuesto por el Abg. Osvaldo Bergonzi.

Apelación: El Abg. Francisco Báez Otazo, en el escrito obrante a fs. 15/16 se agravia de la resolución del inferior y manifiesta que los honorarios deben ser retasados en la suma de G. 1.985.358 y USD 238. Sostiene que su parte niega que el solicitante de los honorarios haya gestionado ni mucho menos obtenido el pago de cuotas a favor de su parte. Arguye que si los créditos no fueren percibidos o cobrados por el profesional, la regulación debe realizarse sobre la misma base pero en un porcentaje inferior. Por todo ello solicita se retrasen los honorarios profesionales del solicitante.

La adversa contesta el traslado en los términos del escrito de fs. 17 y sostiene que más que un agravio, el escrito de fundamentación de recursos constituye una desatinada exposición sin mucho sentido. Manifiesta que al no haber agravios sensatos a lo resuelto por el inferior corresponde confirmar la resolución recurrida.

El Abg. Osvaldo Bergonzi fundamenta el presente recurso en los términos del escrito de fs. 18 manifiesta que el inferior ha justipreciado sus honorarios en una suma muy inferior a la que le corresponde según la ley arancelaria, considerando el porcentaje del 10% establecido en el Art. 53 inc. 5) del mismo cuerpo legal. Por todo ello, solicita se retasen sus honorarios en la suma de Gs. 14.181.127 más la de USD 1.670.

La adversa contesta el traslado en los términos del escrito de fs. 20/21 y manifiesta que su parte solicita se retasen los honorarios del abogado solicitante en una suma menor. Sostiene que su parte niega que el profesional haya gestionado ni mucho menos obtenido el pago de cuotas a favor de su parte. Arguye que si los créditos no fueron percibidos o cobrados por el profesional, la regulación debe realizarse sobre la misma base pero en un porcentaje inferior. Por todo ello solicita se retasen los honorarios profesionales del solicitante.

En autos se discute el monto de la regulación de honorarios profesionales del Abg. Osvaldo Bergonzi. Como se interpusieron recursos solicitando tanto la retasa en más como en menos de los honorarios profesionales, este Tribunal está facultado a decidir en uno u otro sentido.

En cuanto al monto base, tratándose de una verificación de crédito, corresponde aplicar el Art. 53 numeral 5 de la Ley 1376/88 por lo que debemos estudiar el alcance de dicho artículo. El artículo mencionado reza: "...Verificación de crédito y su reconocimiento hasta el cobro efectivo: diez por ciento sobre la cantidad percibida". Atendiendo dicho artículo, en los incidentes de verificaciones de crédito, el monto base está dado por la cantidad percibida, es decir, sobre las sumas percibidas, real y efectivamente ingresadas al patrimonio de la incidentista, y no sobre el monto de la condena, la que, si bien es un paso previo, todavía no constituye un ingreso material de activos a favor del titular del crédito, Banco Continental. De las constancias de las compulsas de los autos principales en los cuales esta regulación corre por cuerda separada, surge que la suma que efectivamente ingresó al patrimonio del Banco Continental es la de USD 4.680 (cuatro mil seiscientos ochenta dólares americanos) más la de G. 39.707.155 (treinta y nueve millones setecientos siete mil ciento cincuenta y cinco guaraníes) (fs. 36 de dichas compulsas). En consecuencia, siendo ésta la suma que efectivamente ingresó al patrimonio del mandante del solicitante de los honorarios, es la que constituye el monto base para el justiprecio de los honorarios.

Atendiendo que dicho monto está constituido por sumas tanto guaraníes como en dólares americanos, corresponde aplicar a la suma que está en dólares americanos, es decir a la de USD 4.680, el Art. 26 inc. e) que debe establecerse el valor del juicio en base al valor de la cotización libre en plaza al día de la regulación. Este valor asciende a la suma de G. 23.563.800, que sumado al monto establecido en guaraníes –G. 39.707.155–, nos da la suma total de G. 63.270.955. A este monto corresponde aplicar los porcentajes establecidos en el Art. 53 inc. 5) de la Ley arancelaria, en un 10% para el patrocinante y 5% para el procurador dada la actuación del solicitante en tales caracteres. Todo ello arroja la suma de nueve millones cuatrocientos noventa mil seiscientos cuarenta y tres guaraníes (G. 9.490.643), suma en que deben ser retasados los honorarios del Abg. Osvaldo Bergonzi.

En cumplimiento de la Acordada N° 337, de fecha 24 de noviembre de 2004, dictada por la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, debe adicionarse el importe al impuesto al valor agregado –IVA–, que de conformidad con la legislación tributaria vigente en el tema, la ley 2421/04, es el 10% sobre el monto base, que en este caso es la suma regulada conforme lo dispone la acordada de referencia que asciende a la suma novecientos cuarenta y nueve mil sesenta y cuatro guaraníes (G. 949.064).

Por lo tanto, el Tribunal de Apelación Civil y Comercial, Tercera Sala,

Resuelve: Declarar desierto el recurso de nulidad interpuesto por el Abg. Osvaldo Bergonzi. Tener por desistido al Abg. Francisco Báez Otazo del recurso de nulidad. Retasar los honorarios del Abg. Osvaldo Bergonzi, dejándolos establecidos en la suma de nueve millones cuatrocientos noventa mil seiscientos cuarenta y tres guaraníes (G. 9.490.643), en el doble carácter de abogado patrocinante y procurador de la parte gananciosa, fijando el monto del Impuesto al Valor Agregado en la suma de novecientos cuarenta y nueve mil sesenta y cuatro guaraníes (G. 949.064). Anótese, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Ma. Mercedes Boungermini Palumbo, Arnaldo Martínez Prieto y Neri E. Villalba. Ante mí: Abg. Pablo Costantino. Actuario Judicial.

AUTO INTERLOCUTORIO N° 86

RECUSACION. Recusación con causa

Del art. 20 inc. b) surge que el interés alegado debe consistir en algún tipo de derecho propio del recusado –o de algún pariente dentro de los grados de afinidad legalmente establecido–, relacionado con la causa, es decir, que no se refiere a una expresión abstracta o simplemente emocional, sino a la relación entre derechos del juzgador y los extremos que se ventilan en el juicio. Dicha relación no surge de la exposición de la parte recusante.

RECUSACION. Recusación con causa. Interés en el pleito

Jamás puede entenderse por interés, art. 20 inc. b), el modo como un juez ha juzgado un asunto pues ello lo hace en ejercicio legítimo de atribuciones constitucionales y legales.

RECUSACION. Efectos de la recusación

En los casos de recusación con causa, la separación de un juez por razones invocadas por una de las partes, sólo puede darse cuando se prueba de modo categórico o según posiciones muy serias, sobre la base de indicios suficientemente

probados, que el juez está incurso en una de las causales previstas en el CPC, pero el instituto de la recusación, no puede servir de instrumento en ningún caso para apartar a un juez de una causa determinada, por circunstancias que respondan meramente al interés o a las opiniones particulares de cualquiera de las partes.

TApel. En lo civ. Y Com. Tercera Sala. 12-02-10. “Recusación con causa interpuesta por la Abog Ivanna Teresita de Cardozo en los autos: Nicolas GAona s/ sucesión c. el juez de primera instancia del tercer turno”. (A.I. N° 86)

Asunción, 26 de febrero de 2010.

Vista: La recusación con causa promovida por la Abg. Ivanna Teresita de Cardozo, contra el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Tercer Turno, en los autos caratulados: “Nicolás Gaona s/sucesión”, y,

Considerando:

Que la Abg. Ivanna Teresita de Cardozo ha recusado con causa al Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Tercer Turno, Dr. Miguel Ángel Rodas Ruiz Díaz, quien impugnó la mencionada recusación, en el informe elevado a este Tribunal y solicitando, en consecuencia el rechazo de la misma.

De la lectura del escrito de recusación con causa presentado por la recusante, se puede apreciar que la misma invoca como causal el Art. 20 inc. b) del C.P.C.

El Juez recusado en el informe elevado a este Tribunal, manifiesta que las actuaciones realizadas en la presente acción se han desarrollado dentro del marco de lo que ordenan las leyes procesales. Asimismo, niega los hechos manifestados por la recusante y solicita el rechazo de la recusación.

De lo expuesto por las partes surge que el punto de discusión es la existencia o no de interés por parte del Juez en la causa, lo cual constituiría una causal de recusación según los Arts. 26, 20 inc. b) del C.P.C.

El recusante en su escrito de recusación manifiesta que el Juez inferior ha demostrado interés directo en la suerte del debate, en detrimento de los legítimos derechos constitucionales de su mandante, contrariando su deber de imparcialidad, ya que su parte ha tenido conocimiento cierto de que el Juez Inferior va a ordenar el secuestro del automotor componente del acervo hereditario, pese a que su mandante es depositaria judicial y asimismo administradora de dicho bien, situación de la cual son testigos varios funcionarios del Juzgado Inferior, así pues ofrece las declaraciones de los mismos como prueba. Sin embargo la recusante no ha ofrecido ni ha acompañado prueba alguna del interés que podría tener el recusado en la presente causa, de conformidad con lo prescripto por el Art. 29 del C.P.C., es así que cita como testigos a funcionarios del Juzgado Inferior sin siquiera identificarlos, por todo ello corresponde el rechazo de la presente recusación, sin sustanciación, de acuerdo con lo establecido con el Art. 30 del C.P.C.

A mayor abundamiento, debemos precisar que el inciso en cuestión establece cuanto sigue: Art. 20 inc. b) “interés, incluidos los parientes en el mismo grado, en el pleito o en otro semejante, o sociedad o comunidad, salvo que la sociedad fuera anónima”.

Del texto transcrito surge que el interés alegado debe consistir en algún tipo de derecho propio del recusado –o de algún pariente dentro de los grados de afinidad legalmente establecidos, relacionado con la causa. Es decir, que no se refiere a una expresión abstracta o simplemente emocional, sino a la relación entre derechos del juzgador y los extremos que se ventilan en el juicio. Dicha relación no surge de la exposición de la parte recusante. Jamás puede entenderse por interés el modo como un juez ha juzgado un asunto pues ello lo hace en ejercicio legítimo de atribuciones constitucionales y legales.

Así pues, no habiendo expresado la recusante, con la debida precisión y diligencia, las circunstancias que concretamente puede hacer a la recusación fundada en el Art. 20 del C.P.C. inc. b), ni habiendo aportado prueba alguna que sustente sus afirmaciones y teniendo en cuenta el informe remitido por el Juez recusado, en el que niega la existencia de algún hecho que haga a la causal invocada, corresponde el rechazo liminar de la misma. Debe tenerse presente, además, que en los casos de recusación con causa, que la separación de un juez por razones invocadas por una de las partes, solo puede darse cuando se prueba de modo categórico o según posiciones muy serias sobre la base de indicios suficientemente probados, que el juez esta incurso en una de las causales previstas en código de forma. Pero el instituto de la recusación, no puede servir de instrumento en ningún caso para apartar a un juez de una causa determinada, por circunstancias que respondan meramente al interés o a las opiniones particulares de cualquiera de las partes.

Atento a las consideraciones vertidas, la recusación incoada debe ser rechazada in limine por su ostensible improcedencia.

Por lo tanto, el Tribunal de Apelación Civil y Comercial, Tercera Sala,

Resuelve: Rechazar in limine la recusación con causa promovida por la Abg. Ivanna Teresita de Cardozo, contra el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Tercer Turno, en los autos caratulados: “Nicolás Gaona s/ sucesión”, por los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. Hágase saber a la Jueza subrogante a fin de que devuelva los autos al Juez recusado, de conformidad al Art. 36 del C.P.C. Hágase saber al Juez subrogado para que entienda en la causa. Anótese, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Ma. Mercedes Bungermini Palumbo, Arnaldo Martinez Prieto y Neri E. Villalba F. Ante mí: Abg. Pablo Costantini. Actuario Judicial.

AUTO INTERLOCUTORIO N° 103

NULIDAD PROCESAL

Las nulidades procesales pueden argüirse por dos vías: el incidente y el recurso, pero estas vías no son fungibles o intercambiables. El incidente queda reservado para las actuaciones y el recurso se establece para las resoluciones.

INCIDENTE. Incidente de nulidad

El incidente de nulidad no es la vía idónea para impugnar una providencia, tampoco cabe la reinterpretación del incidente de nulidad como recurso, vía iura novit curia, puesto que el escrito presentado ha expresado los fundamentos del pedido de nulidad y técnicamente el recurso es prohibido de fundar ante la instancia de interposición y sólo cabe hacerlo en alzada.

EMBARGO. Mandamiento de embargo

En el caso, el mandamiento de embargo no fue diligenciado personalmente con el demandado, no obstante ello no le resta validez, a tenor de lo dispuesto en el art. 451 in fine del CPC. Lo que esta norma requiere es la posterior notificación de la intimación por cédula.

EMBARGO PREVENTIVO. Procedimiento en el embargo preventivo

Dado que el embargo preventivo es una actuación lógica antecedente al embargo ejecutivo en el curso del proceso, es a partir de allí que el ejecutado tenía el plazo de cinco días para impugnar el vicio relativo al embargo preventivo.

EMBARGO. Acta de diligenciamiento de embargo ejecutivo

El acta de diligenciamiento de mandamiento de embargo ejecutivo tiene calidad de instrumento publico depósito de certeza y como tal la ley le reserva un tratamiento particular para obtener el desmerecimiento de su contenido, cual es la argución y prueba de falsedad.

EMBARGO. Mandamiento de embargo. Procedimiento en el embargo

Para la procedencia de la declaración de nulidad es necesario demostrar, amén del acto viciado, el perjuicio sufrido. Siendo en éste caso la actuación impugnada la intimación de pago, se debe decir que dicha actuación tiene por fin dar al deudor la oportunidad de pagar la cantidad reclamada y evitar el embargo, por lo cual el recurrente para demostrar el perjuicio sufrido debió alegar que quería realizar el pago u ofrecer un bien en embargo por la cantidad requerida, lo cual no ocurrió en el caso.

TApel. En lo civ. Y Com. Tercera Sala. 11-03-10. “Antonio Morínigo Almirón c. Amado Enrique Yambay Velázquez s/ Acción preparatoria de juicio ejecutivo”. (A.I. N° 103)

Asunción, 11 de marzo de 2010.

Visto: Los recursos de apelación y nulidad interpuestos por el Sr. Amado Enrique Yambay Velázquez, por derecho propio y bajo patrocinio de abogado, contra el A.I. N° 919 de fecha 28 de julio de 2009, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Primer Turno, y,

Considerando:

Que por el referido auto interlocutorio el A quo resolvió: “Rechazar con costas el incidente de nulidad de actuaciones deducido por el demandado Amado Enrique Yambay Velázquez, por improcedente por los motivos expuestos en el exordio de la presente resolución. Notificar por cédula. Anotar...” (sic.) (fs. 68).

En cuanto al recurso de:

Nulidad: El recurrente, en el escrito obrante a fs. 75/80 de autos se agravia de la resolución del inferior y manifiesta que la resolución recurrida debe ser declarada nula debido a que la misma implica una violación al principio de congruencia y al deber de fundamentación suficiente, coherente y racional.

Al respecto se debe decir que del análisis de la resolución recurrida, A.I. N° 919 de fecha 28 de julio de 2009, surge que la misma se encuentra correctamente fundada y no presenta vicios de congruencia. En efecto el resuelve se encuentra en concordancia con los fundamentos esgrimidos por el inferior en el considerando, por lo que los vicios alegados por el recurrente no se encuentran configurados.

En consecuencia al no advertirse otros vicios que ameriten la declaración oficiosa de la nulidad corresponde desestimar el presente recurso.

Apelación: El Sr. Amado Enrique Yambay Velázquez, en su escrito de fundamentación de recursos de fs. 75/80 manifiesta que la resolución recurrida no se ajusta a derecho puesto que la misma implica una violación a su derecho de defensa, expresa que la notificación obrante a fs. 13/14 no fue realizada efectivamente en su domicilio o recibida por persona alguna que le entregara posteriormente. Así también, en relación con los mandamientos de embargo preventivo y ejecutivo, manifiesta que en el primero de ellos, de fecha 20 de mayo de 2008, el oficial de justicia actuante hace mención de una tal Sra. María Servín, persona a quien desconoce totalmente. En cuanto al mandamiento de embargo ejecutivo de fecha 23 de julio de 2008 expresa que es falso que él lo haya recibido. Expresa por otro lado que existe una grave discrepancia entre el petitorio de la parte actora y lo providenciado por el juzgado, siendo así que la parte actora reclama la suma de Gs. 28.000.750, y que sin embargo el juzgado admite la presente acción preparatoria de juicio ejecutivo por la suma de Gs. 28.750.000. Expresa que esto deja a su parte en un estado total de indefensión, al no poder tener conocimiento certero del objeto del presente juicio. Continúa diciendo que el juzgado inferior, por providencia de fecha 16 de mayo de 2008 dispuso “Decretase embargo preventivo sobre bienes suficientes del demandado y en especial sobre el inmueble individualizado en el escrito que antecede hasta cubrir la suma reclamada y más la de guaraníes un millón ochocientos mil (Gs. 2.875.000), que el juzgado fija como gastos de justicia...”, siendo que la parte actora en su escrito obrante a fs. 9/10, en el cual solicita la medida cautelar de embargo preventivo sobre los bienes del demandado, no ha solicitado el embargo preventivo de ningún inmueble y menos aún de algún inmueble individualizado. Además afirma que existe incongruencia entre las sumas de dinero que el Juzgado fija provisoriamente como gastos de justicia, ya que difieren claramente lo establecido en forma numérica y lo establecido en forma literal. Agrega que en la

providencia de iniciación de la presente acción se presentan más incongruencias entre lo peticionado y lo providenciado, que en la citada providencia el Juzgado se refirió al quinto punto de la siguiente manera: “como se pide, ordénese la apertura de una cuenta judicial a nombre del presente juicio y a la orden de este juzgado en el Banco Nacional de Fomento, y para el efecto, ofíciase...”, pero que sin embargo lo peticionado por la parte actora en el punto quinto de su petitorio es “ordenar embargo preventivo suficiente sobre los bienes de la deudor”. Reitera el apelante que esto deja a su parte en un total estado de indefensión al no poder tener en forma certera conocimiento de lo solicitado por la actora como de las medidas dictadas por el Juzgado. Por último solicita que el acto interlocutorio apelado sea revocado.

La parte contraria contesta el memorial en los términos del escrito de fs. 82/83, expresa en el mismo que el agravio del apelante se limitó únicamente a la supuesta indefensión por la incongruencia entre lo peticionado en el escrito de promoción de la acción preparatoria y lo resuelto por el A quo en la providencia de fecha 16 de mayo de 2008. Manifiesta que el escrito de expresión de agravios del recurrente es sólo una transcripción del escrito de promoción del incidente de fs. 42/48, aduce que el mismo no cuenta con una sola crítica razonada a la resolución recurrida. Por último solicita que se confirme la resolución apelada.

Se debate en autos la procedencia de un incidente de nulidad de actuaciones en un juicio ejecutivo. El objeto de dicho incidente es impugnar: la providencia de fecha 16 de mayo de 2008, la cédula de notificación de fs. 13 y 14 de autos y los mandamientos de embargo ejecutivo y preventivo obrantes a fs. 30, 31 y 36 respectivamente.

En primer lugar se analizará la procedencia del incidente de nulidad contra la providencia de fecha 16 de mayo de 2008, al respecto se debe recordar que las nulidades procesales pueden argüirse por dos vías: el incidente y el recurso. Pero estas vías no son fungibles o intercambiables. El incidente queda reservado para las actuaciones y el recurso se establece para las resoluciones, según lo previenen los Arts. 117 y concordantes, 111 y 404 del C.P.C. Del análisis de la interposición del incidente de nulidad (fs. 42/48), surge que el recurrente ha incoado un incidente de nulidad de actuaciones pretendiendo la anulación de todas las actuaciones rendidas en autos “desde fs. 11 de autos, a partir de la providencia de fecha 16 de mayo de 2008” (sic.). Con respecto de la providencia antedicha se debe decir que el incidente de nulidad no es la vía idónea para impugnarla. Tampoco cabe la reinterpretación del incidente de nulidad como recurso, vía iura novit curia, puesto que el escrito de fs. 42/48 ha expresado los fundamentos del pedido de nulidad, y técnicamente el recurso es prohibido de fundar ante la instancia de interposición y sólo cabe hacerlo en alzada. Al no haber objetado correctamente la resolución –por medio de los recursos ella queda consentida y la etapa para impugnarla ha quedado precluida. Entonces, la alegación de nulidad en este caso no está dirigida, como debiera, a un vicio procesal, esto es a un defecto en uno o más de los actos concatenados que forman la estructura del proceso, sino que lo que pretende el recurrente es la nulidad de una resolución judicial, por lo que el rechazo del incidente de nulidad en cuanto a la providencia en cuestión se encuentra ajustado a derecho.

Con respecto de la cédula de notificación de fecha 5 de junio de 2008, obrante a fs. 13/14 de autos, se debe decir primeramente que las nulidades tiene requisitos esenciales de procedencia, a saber: el vicio, el perjuicio cierto y actual y la temporaneidad del pedido que impida la convalidación tácita del acto. Así pues, del análisis del acta de la ujier notificadora se advierte que la notificación fue realizada en el domicilio del Sr. Amado Enrique Yambay Velázquez. En tal sentido la citada funcionaria informa que siendo recibida por una mujer que no quiso identificarse pero confirmándole la misma ser el domicilio del demandado, entregó la cédula de notificación a la citada mujer quién se comprometió entregarla al demandado. Al respecto, el Art. 138 del Código de Forma establece: “Cuando el notificador no encontrare a la persona en su domicilio a quien va a notificar, entregará la cédula a otra persona de la casa, departamento u oficina, o en su defecto, al encargado del edificio... Si no pudiere entregarla fijará en la puerta de acceso...”. Nótese que la ujier procedió conforme con la norma transcrita, según el acta obrante a fs. 14 vlt. Debe puntualizarse, además, que la cédula de fs. 14 tiene calidad de instrumento público, depósito de certeza, y como tal la ley le reserva un tratamiento particular para obtener el desmerecimiento de su contenido, cual es la argución y prueba de su falsedad. El incidentista se ha limitado a redargüir de falso el acta del ujier. Empero no ofreció probanza alguna que sustente esta afirmación.

En tal sentido, se debe decir que el diligenciamiento de la notificación cédular practicado en fecha 5 de julio de 2008 no adolece de vicio procesal alguno que autorice a declarar su nulidad.

Por último en relación con los mandamientos de embargo preventivo y ejecutivo impugnados por el recurrente se debe decir que nuestro derecho positivo, en materia de nulidades, sostiene el principio según el cual todas las nulidades procesales son relativas, es decir, no es procedente la declaración de nulidad sin perjuicio que sea resultado de la misma. Siendo así, es necesario demostrar, amén del acto viciado, el perjuicio sufrido.

La primera cuestión a ser dilucidada en este sentido es la existencia del acto viciado. Con respecto del mandamiento de embargo preventivo de fecha 20 de mayo de 2008 obrante a fs. 36 y vlt. De autos, se debe decir que en el acta del oficial de justicia, de fecha 28 de mayo de 2008, se advierte que el citado mandamiento fue diligenciado en el domicilio del Sr. Amado Enrique Yambay Velázquez. En tal sentido el citado funcionario informa que siendo atendido por una señora quien dijo llamarse María Servín, quien le manifestó que el Sr. Amado Enrique Yambay Velázquez no se encontraba presente pero que a su regreso a dicho domicilio pondría a su conocimiento la citada orden judicial. Al respecto se debe decir que dicho mandamiento de embargo no fue diligenciado personalmente con el demandado, no obstante ello no le resta validez, a tenor de lo dispuesto en el Art. 451 in fine del C.P.C., donde expresamente se hace alusión a dicho supuesto. Lo que esta norma requiere es la posterior notificación de la intimación. De las constancias de autos se advierte que esta no se efectuó cédularmente al deudor. Posteriormente, por providencia de fecha 22 de agosto de 2008 se cita al demandado a oponer excepciones, sin embargo dicha providencia tampoco le fue notificada cédularmente. Al no llevarse a cabo ninguna de las notificaciones dispuestas por el A quo el accionado no pudo tener conocimiento del mandamiento de embargo preventivo diligenciado en su domicilio en su ausencia, es así que se advierte un vicio en el diligenciamiento del embargo antedicho, por omisión de notificación. No obstante, advertimos que en fecha 5 de agosto de 2008 se llevó a cabo el diligenciamiento del mandamiento de embargo ejecutivo de fecha 23 de julio de 2008, el cual fue efectuado

personalmente con el demandado, según surge del acta respectiva (fs. 31). La validez de esta actuación no ha podido ser atacada eficazmente por el demandado. Ahora bien, dado que el embargo preventivo es una actuación lógicamente antecedente al embargo ejecutivo en el curso del proceso es a partir de allí que el ejecutado tenía el plazo de cinco días para impugnar el vicio relativo al embargo preventivo, pero no lo hizo así. Así pues, en relación con el mandamiento de embargo ejecutivo de fecha 23 de julio de 2008, se debe decir que en el acta del oficial de justicia se advierte que el citado mandamiento fue diligenciado en el domicilio del Sr. Amado Enrique Yambay Velázquez. En tal sentido, el citado funcionario informa que siendo atendido por un señor quien dice llamarse Amado Enrique Yambay Velázquez, quien manifestó ser el demandado en el presente juicio. Al respecto debe decirse que el acta de diligenciamiento de mandamiento de embargo ejecutivo en cuestión, obrante a fs. 31 de autos, tiene calidad de instrumento público, depósito de certeza, y como tal la ley le reserva un tratamiento particular para obtener el tratamiento particular para obtener el desmerecimiento de su contenido, cual es la argución y prueba de su falsedad. El incidentista se ha limitado a redargüir de falsa el acta del oficial de justicia. Sin embargo no ofreció probanza alguna que sustente esta afirmación. Así pues, debemos tener por cierto el conocimiento del demandado de la diligencia de embargo ejecutivo. Ello lógicamente implica también el anoticiamiento del embargo preventivo. En efecto ello convalida el vicio de diligenciamiento referido. Por ende, si tenía el incidentista alguna nulidad que alegar respecto del procedimiento anterior, debió hacerlo dentro de los cinco días de efectuado dicho diligenciamiento, expresando concretamente el perjuicio que la misma le hubiese provocado, en este caso, siendo la actuación impugnada el diligenciamiento del mandamiento de embargo preventivo se debe decir que dicha actuación tiene por fin dar al deudor la oportunidad de ofrecer a embargo determinados bienes, por lo cual el recurrente para demostrar el perjuicio sufrido debió alegar que quería dar a embargo otros bienes individualizados, distintos de los embargados, por la cantidad requerida. Sin embargo el demandado no lo hizo así, con lo que cualquier vicio que pudiera haberse producido con anterioridad queda consentido y por ende convalidado.

Con ello queda claro que el incidente de nulidad de actuaciones planteado por el Sr. Amado Enrique Yambay Velázquez en fecha 5 de setiembre de 2008, con respecto del mandamiento de embargo preventivo es extemporáneo.

Luego se debe examinar la actuación de intimación de pago, también atacada. Aquí caben las mismas consideraciones que las relativas a la fehaciencia del embargo ejecutivo, ya expuestas –dado que el acto se hizo conjuntamente con aquél–. Además, para la procedencia de la declaración de nulidad es necesario demostrar, amén del acto viciado, el perjuicio sufrido. Siendo en este caso la actuación impugnada la intimación de pago, se debe decir que dicha actuación tiene por fin dar al deudor la oportunidad de pagar la cantidad reclamada y evitar el embargo, por lo cual el recurrente para demostrar el perjuicio sufrido debió alegar que quería realizar el pago u ofrecer un bien en embargo por la cantidad requerida, lo cual no ocurrió en autos.

En ese sentido se debe decir que el mandamiento de embargo ejecutivo de fecha 23 de julio de 2008 no adolece de vicio procesal alguno que autorice a declarar su nulidad.

En estas condiciones no cabe sino desestimar la incidencia. La resolución que así lo decide debe ser confirmada.

Las costas deben ser impuestas a la perdedora, por aplicación del Art. 203 del C.P.C.

Por tanto, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala,

RESUELVE: Desestimar el recurso de nulidad interpuesto. Confirmar la resolución apelada. Imponer las costas a la perdedora. Anótese, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Ma. Mercedes Buonghermini Palumbo, Arnaldo Martínez Prieto y Neri E. Villalba. Ante mí: Abg. Pablo Costantini. Actuario Judicial.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 4

Cuestión debatida: Se trata de determinar la procedencia de una demanda de daños y perjuicios derivados de una relación contractual por prestación de servicios mecánicos y de mantenimiento de automóvil. La parte demandada discute la legitimación pasiva.

DERECHOS DEL COMSUMIDOR

La relación de consumo permite establecer o identificar al verdadero proveedor del servicio, pese a cualquier mecanismo de tercerización del cual se eche mano art. 5 de la ley 1334/98, en concordancia con los arts. 8, 25 inc. a y 35 de la misma norma.

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

Los documentos privados que no emanan de la contraparte en un juicio, deben ser reconocidos por sus suscriptores para servir de prueba; reconocimiento que debe hacerse con las formalidades de una testifical.

DERECHO DEL CONSUMIDOR

La ley del consumidor estatuye la necesidad de establecer la real relación de consumo, a despecho de cualesquiera simulaciones que pudieran existir al respecto. Y a tal efecto es relevante cómo se hace la oferta de los productos y servicios, la publicidad que se hace de los mismos y si el consumidor puede, verosímelmente interpretar ello en un cierto sentido.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad extracontractual

La responsabilidad extracontractual tiene semejantes requisitos a la contractual, con la diferencia en que su sustento se encuentra no en el incumplimiento de un contrato sino en un acto o hecho antijurídico.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño moral

En casos particulares, donde el interés de la vinculación radica precisamente en no ser vulnerado en tales aspectos, debe si considerarse el daño moral. Esto ocurre de ordinario en los contratos de disfrute o vinculados al disfrute, en el caso, una prestación de servicios de mecánica que derivó en el fracaso de un viaje vacacional, y en una serie de incomodidades y frustraciones consiguientes. Este daño debe verse como congruente con el curso natural de las cosas y por ende sujeto a indemnización.

TApel. En lo civ. Y Com. Tercera Sala. 04-02-10. "Christian Tuma c. TACPY y otros s/ Indem. De daños y perjuicios". (Ac. Y Sent. N° 4)

Cuestiones:

¿Es nula la sentencia apelada?

En su caso, ¿se dictó conforme a derecho?

Practicando el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: Villalba Fernández, Buongermini Palumbo y Martínez Prieto.

A la primera cuestión planteada, el Dr. Villalba Fernández dijo: El recurrente ha desistido de este recurso interpuesto, y siendo, los agravios vertidos por el mismo en sustento de este recurso pudiendo ser resuelto por vía de 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 autorice a este 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. Boungermini Palumbo, dijo; Nulidad: El recurrente desistió expresamente del recurso de nulidad por él interpuesto; y dado que no se advierten en el auto recurrido, vicios o defectos que autoricen a declarar de oficio su nulidad, debe tenérselo por desistido de dicho recurso.

A su turno, el Dr. Martínez Prieto, manifiesta: Que se adhiere al voto de la Magistrada precedente.

A la segunda cuestión planteada, el Dr. Villalba Fernández, dijo: Por la Sentencia apelada N° 831 de fecha 26 de noviembre de 2008, la instancia anterior resolvió: "I.-No hacer lugar a la excepción de falta de acción interpuesta como medio general de defensa por el Touring y Automóvil Club Paraguay con costas. II.-Hacer lugar con costas a la demanda de indemnización de daño y perjuicio promovida por Christian Tuma contra I.F.I.S.A. y el Touring y Automóvil Club Paraguay y, en consecuencia, condenar a estos a abonar al actor, dentro de los cinco días de quedar firme la sentencia, la suma de guaraníes cinco millones cuatrocientos mil (5.400.000) en concepto de indemnización de daños materiales y morales, más un interés equivalente al 2,75% mensual, a computarse desde el inicio de la demanda y hasta el efectivo pago. III.-Anotar..." (fs. 170/173 y vlta.).

De dicha sentencia recurre el representante convencional de la parte codemandada Touring y Automóvil Club Paraguay y presenta su escrito de expresión de agravios, que obra a fs. 180/184, manifestando su desacuerdo con la sentencia pronunciada por el a quo en lo que se refiere a la excepción de falta de acción desestimada. Afirma que: a) su mandante ha probado en juicio la autenticidad de los documentos que justifican que el inmueble en el que ocurrió el hecho que motiva esta demanda esta alquilando a Shell y que esta a su vez lo subalquila a la firma Industrial Forestal de Itá (IFISA); b) el actor reconoció expresamente que los servicios que dieron origen a esta demanda fueron prestados por los empleados de la firma IFISA; c) el hecho que su mandante sea propietario del inmueble no implica que sea culpable del hecho que motivo la presente demanda habida cuenta que, la posesión del inmueble la tiene la firma IFISA y quien presta los servicios también es la firma IFISA. Termina su exposición solicitando la revocación de la sentencia en la parte que se refiere a la excepción de falta de acción.

La contraparte, contesta el traslado de los agravios de la adversa fundando la defensa de la sentencia recurrida. Manifiesta que el Touring y Automóvil Club Paraguay es propietario del inmueble donde se produjo el hecho dañoso y que para eximirse de la obligación debió probar la locución y el subarriendo a la Shell y la firma IFISA y, que los documentos privados presentados no fueron debidamente reconocidos porque las personas que brindaron sus testimonios no acreditaron su representación. Afirma que el Juzgado valoró suficientemente todos los medios probatorios practicados y la parte codemandada Touring y Automóvil Club Paraguay es responsable del daño sufrido por el vehículo de su propiedad. Concluye su contestación, formulando el petitorio correspondiente.

De las constancias de autos, y a los efectos del reexamen de la sentencia en alzada, se debe partir del análisis de la ocurrencia o no del hecho y su vínculo causal con la parte codemandada el Touring y Automóvil Club Paraguay. En este sentido, del relato de los hechos por la parte actora, se concluye que efectivamente en fecha 31 de diciembre de 2002, el accionante había depositado su vehículo en el local del Touring y Automóvil Club Paraguay para la realización de un servicio de mantenimiento del automotor de su propiedad. Mantenimiento que fue prestado por la firma Industrial Forestal de Itá (IFISA). Posteriormente durante un viaje realizado su vehículo sufrió desperfectos mecánicos en el motor que le obligara retornar. Una vez realizado el análisis del problema mecánico se concluyó que tales desperfectos fueron ocasionados por el mal servicio brindado. Todos estos extremos mencionados se encuentran acreditados en el proceso y no es materia de discusión.

Ahora bien, el tema de decisión en esta apelación se limita a la excepción de falta de acción pasiva en la persona del Touring y Automóvil Club Paraguay (TACPY). La cuestión se funda en que el TACPY no tiene responsabilidad en los daños y perjuicios sufridos en la cosa del demandante, en razón, de que el TACPY arrienda el local a la firma Shell Paraguay Limited y ésta a su vez a la firma IFISA.

A fs. 29/42 obran los contratos privados celebrados entre el TACPY y Shell y, ésta a su vez, con la firma IFISA, por los cuales se arriendan y subarriendan la estación de servicio propiedad del TACPY.

La pretensión del apelante es darle valor jurídico en este proceso a los mencionados contratos. Y la de la actora es desvirtuarlos, porque no reúnen las condiciones legales para su reconocimiento en juicio.

En ese sentido, establece el Art. 307 del C.P.C. que: “Los documentos presentados en juicio por una de las partes, y atribuidos a la otra, se tiene por auténticos salvo impugnación y prueba en contrario. Cuando los documentos privados fuesen atribuidos al causante a título universal o singular, los sucesores podrán limitarse a manifestar que ignoran si la firma, la letra o el contenido, son o no auténticos. Los documentos privados emanados de terceros que no son partes en el juicio, ni causantes de las mismas, deberán ser reconocidos mediante la forma establecida para la prueba testifical, en cuyo caso no regirá la limitación del Art. 318”. Entonces, la norma procesal impone, su párrafo in fine, que tales instrumentos privados sean reconocidos mediante la forma establecida para la prueba testifical.

Con ese requisito legal, a fs. 134 de autos ha comparecido el testigo Víctor Blas González Aguilera en representación de la firma Shell Paraguay Limited, a reconocer los documentos privados agregados por la parte demandada. A fs. 135, comparece el señor Eusebio Viveros Romero, reconociendo así la autenticidad de los contratos privados.

En primer lugar, lo que respecta al representante de la firma Shell, éste al momento de presentarse a la testifical no ha acreditado su representación con el instrumento habilitante que prueba la representación legal de la persona jurídica invocada. Desvirtuándose así todo lo manifestado por el mismo.

En cuanto a la comparecencia del señor Eusebio Viveros Romero, en el acta de fs. 135, ni aunque sea se menciona en que carácter ejercita su comparecencia. Desestimándose así todo lo declarado en el acta testifical.

Por esos fundamentos notados en los párrafos anteriores, es evidente que tales reconocimientos no reúnen los requisitos del Art. 307 del C.P.C. Por tanto no pueden ser estimados en este proceso.

Pero, si bien el pretender probar la falta de legitimación pasiva en la persona del TACPY con la agregación y valoración de los contratos privados agregados donde el TACPY arrienda su estación de servicio a la firma Shell y éste a su vez subarrienda el local a la firma IFISA, no pueden ser valorados como pruebas aceptables en este juicio, hay que destacar ciertas cláusulas impuestas en el contrato celebrado entre el TACPY y la Shell. En la cual, el TACPY pone especial preocupación en el buen servicio que la Shell le brinde a terceros. Así, la cláusula cuarta, se establece que la arrendataria se obliga a prestar en forma eficaz todos los servicios propios de una estación de servicios. En la cláusula octava prevé que el TACPY podrá exigir que los uniformes del personal de la estación de servicios lleven el distintivo del TACPY. En la cláusula décimo novena se acuerda que si por cualquier causa fuere responsabilizado al TACPY, este tendrá derecho a repetir de la arrendataria. Y en la cláusula vigésimo sexta, el TACPY impone su derecho de designar a un funcionario suyo para la fiscalización de los servicios brindados por la firma inquilina. A esto se suma que en la cláusula vigésimo tercera el arrendante podrá subarrendar la estación de servicios, pero con la conformidad del TACPY.

Entonces, en el supuesto que pudiera adquirir valor jurídico en el juicio estos contratos privados, más que eximirle al TACPY de toda obligación por el hecho dañoso, le aproxima al nexo causal entre el hecho ocurrido ya que el mismo TACPY ha prestado un especial cuidado de su imagen ante terceros al momento de la celebración del contrato y, lógicamente, si del buen servicio se aprovecha el TACPY, también del mal servicio debe verse afectado.

En conclusión, de todo lo expuesto por éste Miembro preopinante es criterio que la sentencia apelada debe ser confirmada en todas sus partes.

En cuanto a las costas, ellas deben ser cargadas a la parte perdedora de conformidad a lo establecido en el Art. 203 del C.P.C.

Opinión de la Dra. Buongermini Palumbo, dijo: Apelación: Se trata de determinar la procedencia de una demanda de daños y perjuicios derivados de una relación contractual por prestación de servicios mecánicos y de mantenimiento de automóvil.

Ha de advertirse desde ya que la parte demandada no ha cuestionado el hecho en sí del incumplimiento, ni los rubros aplicados, sino tan solo la legitimación pasiva de la demanda, arguyendo que no ha proveído ni, por ende, es responsable del mal cumplimiento de los servicios que han dado origen al reclamo.

Desde ya ha de tomarse en consideración –aunque las partes no hayan hecho alusión a la normativa específica – que la relación aducida como base de la presentación es una relación de consumo. En efecto, se trata de una persona física – usuario de un servicio– que ha recibido –o no– la prestación de parte de un proveedor de tales servicios.

En este marco en el que se debe analizar la posible relación que se dio entre actora y demandada.

La relación de consumo permite establecer o identificar al verdadero proveedor del servicio, pese a cualquier mecanismo de tercerización del cual se eche mano, Art. 5 de la Ley 1334/98, en concordancia con los Arts. 8, 25 inc. a) y 35 de la misma ley. Aquí se ha alegado que el proveedor del servicio es o era Touring y Automóvil Club Paraguay (T.A.C.P.Y), sobre la base de que el lugar físico en el que son prestados los mismos es propiedad de la demandada. Esta entidad ha sostenido a su vez que se limita a locar el lugar donde se ofrecen y prestan los servicios, sin ofrecerlos o prestarlos por sí misma. A tal efecto ha presentado contratos de locación con la entidad Shell Paraguay Limited, la cual a su vez ha presentado un contrato de delegación de prestación de servicios, en la empresa Industria Forestal de Itá Sociedad Anónima (IFISA). Estos documentos han sido presentados por la demandada, pero su eficacia probatoria había sido disputada por la contraria. Es sabido que los documentos privados que no emanan de la contraparte en un juicio, deben ser reconocidos por sus suscriptores para servir de prueba; reconocimiento que debe hacerse con las formalidades de una testifical. Dicho reconocimiento obra en autos a fs. 134/135. De modo que se ha seguido el íter procesal para que dichos instrumentos tengan validez probatoria. Otra cosa es su eficacia como medio de demostración de los hechos que se alegan. Siendo un instrumento privado, su fecha es solo cierta para las partes, no así para terceros. Empero en esta litis no está en disputa la cuestión de la temporaneidad del acto que contienen dichos instrumentos –que es el de un contrato de locación y de derivación de servicios, sino el hecho mismo de estos contratos y su incidencia en la pretensión resarcitoria. Dicho ello, y ante el reconocimiento que se hiciera de los instrumentos referidos más arriba, no podemos

sino concluir que los actos allí contenidos han sido efectuados. Otra cuestión, como dijimos, es su eficiencia para demostrar la no vinculación contractual entre el actor y la demandada en la relación de servicio.

La normativa de derecho de consumo, como hemos visto, estatuye la necesidad de establecer la real relación de consumo, a despecho de cualesquiera simulaciones que pudieran existir al respecto. Y a tal efecto es relevante cómo se hace la oferta de los productos y servicios, la publicidad que se hace de los mismos y si el consumidor puede, verosímilmente interpretar ello en un cierto sentido. De estos datos es que se extrae el prestador verdadero. Ahora bien, en este caso el usuario afirma que el prestador verdadero, independientemente de los contratos arriba citados, es en realidad el Automóvil Club Paraguayo. Esta es una entidad jurídica bajo la forma de una asociación, según surge de los documentos de fs. 26/28. Las asociaciones, por su naturaleza, tienen un objeto social no comercial, y por ende no son proveedores de servicios en el sentido de la ley de consumidor, que en su Art. 4 inc. b) define esta figura como: Toda persona física o jurídica, nacional o extranjera, pública o privada que desarrolle actividades de producción, fabricación, importación, distribución, comercialización, venta o arrendamiento de bienes o de prestación de servicios a consumidores o usuarios, respectivamente, por los que cobre un precio o tarifa.

Así pues, no puede afirmarse que los contratos en los cuales se apoya la demandada para sostener que no es el proveedor del servicio sea una mera simulación o fachada, dado que el objeto social de la accionada no le permite realizar los negocios que involucran la prestación de servicios en cuya virtud se demanda aquí. Las personas jurídicas, a diferencia de las físicas, como son meras ficciones legales, solo pueden realizar los actos propios de su objeto y se encuentran limitadas en su accionar por sus estatutos. Así entonces, es imposible presumir que los servicios en cuya virtud aquí se reclaman fueron proveídos por quien no estaba habilitado para ello, y sí es verosímil que la asociación solo sea la propietaria locadora del lugar físico en el cual se prestaba el servicio. Este tipo de actos –locación– sí es un objeto permitido a las asociaciones.

Concluimos pues que el Touring y Automóvil Club Paraguayo no formaba parte de la relación contractual por cuya virtud se demanda, y solo es un tercero locador del lugar de la prestación del servicio. El tercero –aún locador– no es responsable civilmente del contrato de servicios concertado entre otros sujetos.

Descartada la responsabilidad contractual de una de las demandadas, el Touring y Automóvil Club Paraguayo, debemos también comprobar si no ha mediado una responsabilidad civil extracontractual respecto de la misma. Sabido es que la responsabilidad extracontractual tiene semejantes requisitos a la contractual, con la diferencia en que su sustento se encuentra no en el incumplimiento de contrato sino en un acto o hecho antijurídico.

Y aquí debemos igualmente volver a echar mano de la Ley del Consumidor. En efecto, la cuestión que tratamos se inscribe dentro de las relaciones de consumo y el demandante es un consumidor de servicio –y accesoriamente de bienes–. Luego, su posicionamiento respecto de la expectativa de calidad y modo de prestación del servicio ha de verse globalmente, considerando todas las circunstancias ajenas a la relación de consumo y todos los elementos que han llevado al consumidor a contratar. Entre éstos son de especial relevancia la publicidad tanto explícita e implícita y la promoción de los servicios o productos sobre la base de elementos no explicitados pero sí implícitos en la oferta por el proveedor.

Así, ha de verse en este caso el conjunto de los elementos que llevaron al consumidor a contratar. Y entre ellos adquiere especial relevancia la vinculación no jurídica –que como vimos no está dada – pero sí fáctica entramos en la situación de consumo. En este orden de ideas, vemos que la demandada no ha negado que el local donde tiene su sede es también el local en que se prestan los servicios de mecánica y derivados. También resulta evidente que la indicación de la localización de la entidad, a través de carteles y señalización en el mismo sitio de la prestación del servicio por tercero es un factor de incidencia no menor en la decisión de consumo, y que induce al consumidor a asociar la calidad del servicio tomado con el nombre de la asociación propietaria del local. A todo esto hay que agregar que la entidad, una asociación de automovilismo, tiene un nombre ganado en la consideración colectiva y un predicamento entre los consumidores de servicios relacionados con automóviles y automotores, todo lo cual es un hecho notorio. Luego, es evidente que la empresa Industrial Forestal de Itá Sociedad Anónima (IFISA), que presta efectivamente el servicio, tiene a raíz de estos factores un rango de preferencia entre el público consumidor, lo que le permite incrementar su éxito comercial. Estas circunstancias no pueden ser ignoradas por la entidad automovilística demandada. Si la entidad apaña o cuando menos tolera esta situación, omitiendo ante el consumidor la información necesaria para evitar la asociación o asimilación entre el prestigio de la una y la calidad de los servicios de la otra –v.gr. a través de carteles explicativos de la no vinculación técnica o de supervisión de calidad –, está obrando culposamente e incurriendo en una omisión contraria a derecho. Máxime si consideramos que su omisión no le resultaría económicamente neutral, según el curso ordinario de las cosas, habida cuenta que al ser locadora de las dependencias donde la prestataria del servicio atiende y provee al público, la citada asimilación o asociación de calidad le permitiría sin duda obtener una mayor oferta de locatarios y un mejor canon de arrendamiento.

En cuanto a la prestación del servicio en sí y la alegada deficiencia en su ejecución, no fue objeto de agravios en los recursos interpuestos ya que la parte recurrente solamente se ha agraviado en lo que a la calidad de parte o legitimación pasiva le correspondía, por lo que siguiendo el principio de “*tantum appellatum quantum devolutum*”, no cabe el estudio acerca de la ocurrencia del hecho, la deficiencia de la prestación del servicio, la imputabilidad directa del mismo a quienes prestaron el servicio y el nexo causal entre el servicio y los daños materiales producidos.

Así pues, se concluye que la demandada obró contrariamente a derecho, lesionado culposamente bienes de terceros, por lo que le atañe la responsabilidad civil prevista en el Art. 1834 y sgtes. del Código Civil.

Establecida la responsabilidad, debe verse la entidad y la valuación de los daños. Estos tampoco han sido disputados por la recurrente en esta sede. No obstante haremos algunas precisiones al respecto.

El actor alega daños materiales patrimoniales y daño extrapatrimonial. En cuanto a este último, sabido es que situaciones como ésta, donde existen primariamente lesiones patrimoniales, usualmente no se admite el daño extrapatrimonial o

moral, dado que éste es definido como toda situación disvaliosa del espíritu relativa a esferas de la personalidad. La incomodidad o las desventajas no patrimoniales de menor entidad deben ser soportadas como parte de la vida de relación, como parte del curso normal de las cosas. Ahora bien, en casos particulares, donde el interés de la vinculación radica precisamente en no ser vulnerado en tales aspectos, debe sí considerarse el daño moral. Esto ocurre de ordinario en los contrataos de disfrute o vinculados al disfrute. Aquí tenemos una prestación de servicios de mecánica que derivó en el fracaso de un viaje vacacional, y en una serie de incomodidades y frustraciones consiguientes. Atendiendo al tenor de los servicios solicitados por el consumidor y a la época del año no era imprevisible que la deficiente prestación del servicio resultase en el malogro de un viaje de placer y los sinsabores e infortunios que ello acarrea. Así es que este daño debe verse como congruente con el curso natural de las cosas, y por ende sujeto a indemnización.

Los accesorios de la obligación de indemnizar, vale decir, los intereses, tampoco han sido cuestionados.

Con ello, no cabe sino confirmar la sentencia apelada.

En cuanto a las costas, corresponde la imposición a la parte perdedora de conformidad con el Art. 203 del Código Procesal Civil.

A su turno, el Dr. Martínez Prieto dijo: Que adhiere su voto al de la Dra. María Mercedes Buongermini Palumbo, con los mismos fundamentos.

Con lo que se terminó el acto, firmando los Señores Miembros de conformidad y quedando acordada la sentencia que sigue a continuación, todo por ante mí, de que certifico.

RESUELVE: Tener por desistido al recurrente el recurso de nulidad. Confirmar la sentencia apelada. Imponer las costas a la perdedora. Anótese, regístrese, y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Arnaldo Martínez Prieto, María Mercedes Boungermini Palumbo, y Neri Eusebio Villalba Fernández. Ante mí: Abg. Pablo Costantini. Actuario Judicial.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 25

Cuestión debatida: La cuestión a ser decidida en autos gira en torno de la admisibilidad de la pretensión de supresión y cese de uso del nombre comercial de la parte demandada.

NOMBRE COMERCIAL

La protección de exclusividad no se extiende a los elementos de uso común en el comercio. El conjunto respecto del cual se debe producir el requisito de novedad no incluye aquellos elementos genéricos o de uso común.

MARCA DE FÁBRICA. Registro de marca

Hallándonos ante una marca registrada en el territorio nacional, y utilizada en el extranjero conforme con la disposición reglamentaria recién mencionada, resulta superfluo acudir al instituto de la marca notoria, puesto que el registro y el uso son requisitos suficientes para proceder a la tutela, sin que se requiera el elemento adicional de la notoriedad, en los términos de los arts. 15 y 18 de la Ley 1294/1998.

MARCA DE FÁBRICA. Confusión

Ninguna norma de la ley marcaria ni de su decreto reglamentario requiere de la mala fe del infractor porque la confundibilidad se aprecia en virtud de criterios objetivos, ya que el interés que la normativa marcaria tutela no es individual, sino que protege un interés general, al funcionamiento leal y correcto de la actividad comercial en el mercado, y a tal efecto el legislador atribuye un derecho exclusivo al titular de la marca.

MARCA DE FÁBRICA. Confusión

No se requiere la consideración del momento volitivo por parte del infractor, puesto que el uso exclusivo al cual el registro da derecho prescinde de toda consideración de la buena o mala fe del infractor, dado que se trata de tutelar un derecho absoluto, *erga omnes*.

MARCA DE FÁBRICA. Nombre comercial

El hecho de que el nombre comercial sea utilizado en el extranjero no resulta óbice para denegar la protección ya en la Convención Gral. Interamericana de Protección Marcaria y Comercial. Ley 9/1948, que protege el nombre comercial “sin necesidad de registro o deposito, forme o no parte de una marca”, entendiéndose por nombre comercial la denominación usada legalmente por las sociedades de acuerdo con las disposiciones de las leyes nacionales.

MARCA DE FÁBRICA. Cancelación de fábrica

La Convención Interamericana comprende la legitimación para solicitar el cese de uso y cancelación del nombre comercial, siempre que dicho nombre sea utilizado dentro del Estado en el cual la tutela se solicita.

MARCA DE FÁBRICA. Nombre comercial

Esta protección anterior es inferior a la acordada por el Convenio de París, ley 300/1994, en la que no se requiere el uso efectivo en el país donde se vaya a solicitar la tutela del nombre comercial extranjero, el nombre comercial es protegido en todos los países de la Unión sin necesidad de registro.

MARCA DE FÁBRICA. Protección legal

Por el Convenio de París las partes se comprometen recíprocamente a acordar protección legal a los efectos de la represión de actos que implican lesión al derecho de propiedad industrial configurado por la marca o por el nombre comercial.

Este Convenio es de una mayor esfera de aplicación que la convención interamericana, porque es a nivel mundial.

MARCA DE FÁBRICA. Cancelación de marca

El mecanismo para poner fin a la confusión de marcas es una demanda que obligue a dejar de usar ese nombre al demandado y si, al mismo tiempo, es una razón o denominación social de éste, a que el juez ordene la cancelación de la inscripción en el Registro Público de Comercio, pues mientras se mantenga inscrita continuará el uso o posibilidad de el.

MARCA DE FÁBRICA. Cancelación de marca

La completa supresión de la denominación con las implicancias que conlleva, es una consecuencia grave que se justificaría solo en cuanto al interés de la actora se vea efectivamente tutelado. El examen de los extremos de la controversia permite concluir que la supresión no debe ser absoluta, sino relativa, con lo que se permite una armoniosa confluencia de los principios de derecho societario y de derecho marcario.

MARCA DE FÁBRICA. Denominaciones genéricas

La consideración unitaria del régimen de los signos distintivos indica que las denominaciones genéricas no son idóneas para ninguna distinción, por lo que pueden ser utilizadas por los competidores en el mercado.

TApel Civil y Comercial, Tercera sala. 28-04-10. "UBS AG c/ UBS FINANCIAL SERVICE GROUP S.A. s/ Acción por uso indebido de nombre".(Ac y Sent N° 25).

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?

En su caso, ¿se dictó conforme a derecho?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: Buonghermini Palumbo, Martínez Prieto y Villalba Fernández.

A la primera cuestión planteada, la Dra. María Mercedes Buonghermini Palumbo dijo: La recurrente, pese a interponer recursos de nulidad y apelación en su presentación ante la baja instancia (fs. 289 y vlto., donde obra la providencia de concesión de los recursos); fundamentó ante este Tribunal exclusivamente el recurso de apelación (fs. 293/298). De este modo, efectuado el estudio oficioso de la resolución recurrida de conformidad con el Art. 113 del C.P.C., al no advertirse vicios o defectos que ameriten pronunciamiento en tal sentido, el presente recurso debe ser declarado desierto conforme con el Art. 419 del Código de Rito. Así voto.

A sus turnos los Doctores Martínez Prieto y Villalba Fernández manifestaron que votan en idéntico sentido.

A la segunda cuestión planteada, la Dra. María Mercedes Buonghermini Palumbo prosiguió diciendo: Por la sentencia apelada N° 891, de fecha 31 de octubre de 2008, el A quo resolvió: "1. Hacer lugar, con costas, a la demanda planteada por UBS AG y, en consecuencia, disponer la supresión y el cese del uso indebido del nombre comercial UBS Financial Service Group S.A. de la demandada. 2. Ejecutoriada que sea esta sentencia, librar oficio a la Dirección de los Registros Públicos, Sección Registro de Personas Jurídicas y Asociaciones y Sección Registro Público de Comercio, para que se tome nota de esta sentencia en los Libros correspondientes a la inscripción del nombre comercial de la demandada. 3. Anótese..." (fs. 286).

De dicha sentencia recurre la parte demandada y presenta su escrito de expresión de agravios, que obra a fs. 293/298. Manifiesta al respecto que la sentencia apelada omitió considerar el hecho que la mala fe de su representada es la única circunstancia que haría procedente la demanda, extremo éste que no ha sido demostrado en autos. Niega que el nombre comercial y marcas de la contraria sean iguales a la de su representada, al tiempo de puntualizar que no existe una base de datos que permita conocer la existencia de antecedentes de similitud de nombres comerciales. Reitera que la elección de la denominación de su representada se produjo de buena fe, sin que haya tenido conocimiento previo de la existencia y uso de la marca en Paraguay. Aclara que su parte no niega que la marca UBS es el nombre comercial de la adversa. Señala que no se ha probado la notoriedad de la marca UBS ni del nombre comercial UBS A.G. en el territorio de la República, agregando que la denominación en conjunto, es diferente de la utilizada por sus mandantes, por lo que en tal sentido debe producirse la apreciación conforme con el Art. 72 de la Ley 1294/98. Niega que haya habido actividad publicitaria por parte de la actora en el Paraguay a los efectos de la demostración de la notoriedad de la marca, que debe configurarse en el territorio nacional. Arguye que el objeto social de su representada no corresponde al sector en el que presta servicios la actora ni a las clases en las que se encuentra registrada su marca. Repite que no existe un registro mundial que permita conocer la existencia de nombres comerciales similares, al tiempo de ampararse en la observancia de la normativa nacional. Considera insólito el precedente de hacer lugar a la demanda de cese de uso de nombre comercial en base al registro de marcas, y por los fundamentos reseñados solicita la revocación de la sentencia apelada.

La parte demandada, a través del memorial de descargo de fs. 300/306, contesta dichos agravios sosteniendo que la mala fe de la parte demandada fue demostrada en autos, dado que la marca UBS fue registrada en el Paraguay y en diversos países latinoamericanos limítrofes desde el año 1998, por lo que existía una inscripción perfectamente oponible a la actora. También alega que la notoriedad de la marca fue debidamente acreditada a través de los registros marcarios en países limítrofes y del material publicitario relativo a la actividad de su mandante, lo que puede llevar a caer en engaño al consumidor, que pensará que la demandada es una componente más del grupo financiero UBS AG. Reitera que la adversa utiliza la misma denominación UBS, perteneciente a su parte, como elemento diferenciador. Agrega que la marca de su mandante, UBS, constituye también un nombre comercial, protegido por el art. 8 y concordantes del

Convenio de París por lo que se beneficia de una doble protección. Sostiene que el objeto social de la parte accionada está estrechamente relacionado con el de su representada. Tras reiterar que la adversa pretende adueñarse de una marca notoria y del nombre comercial de su parte, solicita la confirmación, con costas, de la sentencia en recurso.

La cuestión a ser decidida en autos gira en torno de la admisibilidad de la pretensión de supresión y cese de uso del nombre comercial de la parte demandada, “UBS Financial Service Group S.A.”. La sola delimitación del objeto de la contienda es suficiente para rechazar el agravio de la apelante relativo a la pretendida inaplicabilidad de la ley (“registro”, fs. 297) de marcas para resolver cuestiones relativas al nombre comercial. El título II de la ley de marcas, 1294/98, legisla expresamente sobre el nombre comercial, que debe ser novedoso no solo respecto de otros nombres comerciales sino que también respecto de cualquier otro signo utilizado en el comercio, en los términos de los Arts. 73 y 76 de la citada normativa, lo que es confirmado por el inc. e) del Art. 84 de la ley en cuestión y por el propio Código Civil, en su Art. 46. En consecuencia, tanto la ley marcaría como el registro que en su consecuencia se instituye, tienen como objeto también la tutela de la novedad del nombre comercial.

No debe sorprender la elección valorativa de nuestra ley, puesto que a nivel mundial se asiste a idéntico fenómeno, que encuentra su fundamento y profunda justificación en el hecho de que los signos distintivos –enseña, nombre comercial, marca, incluso dominio web– tienen una función común y concurrente en la economía de mercado: la formación y mantenimiento de la clientela, y al mismo tiempo, la posibilidad para el consumidor de distinguir entre los distintos operadores en el mercado y de efectuar, en consecuencia, una elección informada. Por ello, la moderna doctrina, al estudiar el régimen de los signos distintivos, hace hincapié en la “unidad del sistema jurídico de los signos distintivos” (Campobasso, Gian Franco. *Diritto commerciale, 1. Diritto dell’impresa*. 5ª ed., Torino, UTET, 2006, pags. 162 y 164).

Lo dicho nos permite reafirmarnos en la consideración hecha párrafos arriba, en el sentido de que la valoración de la novedad del nombre comercial debe realizarse respecto del universo de signos distintivos utilizados por los competidores en el mercado. Por lo demás, esto coincide plenamente con el espíritu de la ley 1294/98, ya que es un principio al que responden, entre otros, los Arts. 2 inc. g), 73, 76 y 84 inc. a) de la normativa mencionada, por citar los artículos que hacen a nuestro caso.

Establecido el criterio interpretativo y la plena aplicabilidad de la ley marcaría, podemos adentrarnos al estudio del material probatorio arrojado a estos autos. No es controvertido que UBS AG es tanto una marca registrada a favor de la actora, sino que su propio nombre comercial. La demandada reconoce explícitamente tal extremo en su expresión de agravios ante esta instancia (fs. 294), y desde luego que las instrumentales arrojadas, y agregadas por proveído de fecha 14 de julio de 2003 (fs. 262 vlto.) confirman este extremo: a fs. 144, en la legalización del poder que acredita la personería de la actora, se aprecia la indicación notarial que “UBS AG es una sociedad con casa matriz registrada en Zurich y Basel”, atestación comprobada a través de la consulta on line de la certificación oficial.

Prescindimos de la demostración del registro de marcas en numerosos otros países, que de todos modos se ha producido, conforme con las instrumentales obrantes en idioma nacional, a fs. 153/158 (Argentina), 165/167 (Chile), 169 (con indicación de las clases registradas pero sin traducción que permita determinar el ámbito de validez), 174/177 (Ecuador), 178/179 (México), 180/181 (Panamá), para limitarnos, por el momento, a constatar que el nombre comercial en cuestión también se halla registrado como marca en la República del Paraguay, a favor de la parte actora, con distintos agregados e incluso sin ellos (fs. 15, 17, 22), en la clase 36, referida a servicios de seguros y finanzas (fs. 9/22). El título de marca nacional se halla agregado a fs. 182/183.

Tenemos, pues, que la presente controversia, en puridad, puede ser resuelta exclusivamente utilizando la tutela que a la actora le confiere el registro de la marca UBS y etiqueta. El nombre comercial de la parte demandada, “UBS Financial Service Group Sociedad Anónima”, es claramente idéntico, en su primera palabra, “UBS”, a la marca registrada por la accionante, conforme se aprecia a fs. 211, en la escritura de constitución de la sociedad UBS Financial Service Group Sociedad Anónima; con lo que el requisito de la no confundibilidad, establecido claramente en los Arts. 74 y 84 inc. a) de la ley 1294/98 ha sido patentemente desatendido por parte de la demandada. No valen en propósito las justificaciones de ésta, que pueden resumirse en: 1) la ausencia de mala fe por su parte; 2) la ausencia de confundibilidad en el conjunto de los signos distintivos; 3) su actividad en áreas comerciales distintas a las de la actora.

En cuanto a la ausencia de confundibilidad, la ley de marcas es clara en indicar que lo que debe constatarse no es solamente el conjunto, ni una palabra aislada. Muy por el contrario, el Art. 76 de la ley 1294/98 requiere la “susceptibilidad de causar confusión o un riesgo de asociación con la empresa del titular o con sus productos o servicios, o pudiera causar al titular un daño económico o comercial injusto por razón de un aprovechamiento indebido del prestigio del nombre o de la empresa del titular”. El mismo criterio distintivo se aprecia en el Art. 2 incs. f) y g). Es decir, uno de los criterios para determinar la posibilidad de confusión está dado, clara y categóricamente, por la posibilidad de aprovechamiento del prestigio del titular de la marca, o por el riesgo de asociación. Y nótese, en passant, que la unidad de criterios distintivos, que no conoce diferencia en cuanto a su aplicabilidad respecto del nombre comercial o de la marca, es una demostración más de la unidad del sistema jurídico de los signos distintivos al que aludíamos supra.

Es claro que la utilización del acrónimo UBS, idéntico al de la marca –y al nombre comercial– del actor, delante de una denominación completamente genérica y anodina como “Financial Service Group”, que evoca servicios financieros que son precisamente los que distingue la marca del actor (fs. 183), es sobremanera idónea a generar la confusión, en el consumidor y en el mercado, que las disposiciones citadas líneas arriba buscan evitar. En efecto, se presenta aquí la identidad absoluta del acrónimo UBS con una dicción genérica que, asociada con éste, se vincula fuertemente con el sector de servicios en el cual la marca UBS se halla registrada, lo que viene a generar una similitud conceptual que evoca la misma cosa (Otamendi, Jorge. *Derecho de marcas*. 5a. Ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, 2003, pág. 160), impidiendo al consumidor distinguir una de otra y generando una asociación idónea al engaño.

A mayor abundamiento, se debe notar que precisamente dentro del “conjunto” que invoca la parte demandada, el único elemento verdaderamente distintivo es el de UBS, puesto que la expresión “Financial Service Group”, es completamente anodina, al significar “grupo de servicios financieros”, como bien lo señala la actora a fs. 303. Esta denominación, que no solo carece de todo elemento novedoso sino que además se concreta en la mera descripción del tipo de servicios, viene a empeorar la posición de la parte demandada, puesto que entra en juego el criterio de apreciación del Art. 16 de la Ley 1294/98, según el cual la protección de exclusividad no se extiende a los elementos de uso común en el comercio. Esto indica que “el conjunto” respecto del cual se debe producir el requisito de novedad no incluye aquellos elementos genéricos o de uso común (Módica, Carmelo. Derecho Paraguayo de Marcas, 1a ed., Asunción, Arandurá, 2007, pág. 155), con lo que es patente la identidad entre UBS y etiqueta –marca de la actora– y UBS –único componente no genérico del nombre comercial del actor–. Una vez más, subrayamos que tratándose de criterios para determinar la confundibilidad, el régimen unitario de los signos distintivos impone la consideración de los principios establecidos en la legislación marcaria de modo coherente y armónico, dado que el nombre comercial también debe diferenciarse de la marca ya registrada con anterioridad, como lo disponen las normas ya varias veces citadas.

No puede, así, haber sombra de duda sobre la notoria confundibilidad y riesgo de asociación entre la marca de la actora y el nombre comercial de la demandada. A modo de obiter dicta, pese a no haber sido alegada tal circunstancia, notamos que la marca en cuestión es utilizada en América Latina a través de campañas publicitarias, conforme se aprecia en la instrumental de fs. 201, y en las instrumentales –consideramos solo aquellas en idioma español, puesto que existen documentos en idioma extranjero que no cumplen con los recaudos establecidos por el Art. 105 del C.P.C.– de fs. 194, 195 –publicidad de Colombia–, 196 –Argentina–, y demás (fs. 197/200), que demuestran el uso de la marca, con lo que es suficiente amparo a los efectos de la tutela nacional, conforme con el Art. 23 del Decreto 22.365/1998, reglamentario de la Ley 1294/98, dictado en virtud del Art. 137 de la misma.

Esto indica también que, hallándonos ante una marca registrada en el territorio nacional, y utilizada en el extranjero conforme con la disposición reglamentaria recién mencionada, resulta superfluo acudir al instituto de la marca notoria, puesto que el registro y el uso son requisitos suficientes para proceder a la tutela, sin que se requiera el elemento adicional de la notoriedad, en los términos de los Arts. 15 y 18 de la Ley 1294/98.

Esta misma puntualización sirve también para superar la segunda objeción de la apelante, relativa a la ausencia de mala fe de su parte. Ninguna de las normas que hemos mencionado requiere la mala fe del infractor –puesto que de infracción estamos hablando, en los términos del Art. 84 inc. e) de la Ley 1294/98–, porque la confundibilidad se aprecia en virtud de criterios objetivos, ya que el interés que la normativa marcaria tutela no es individual, sino que protege un interés general, al funcionamiento leal y correcto de la actividad comercial en el mercado; y a tal efecto el legislador atribuye un derecho exclusivo al titular de la marca.

Siendo éstos los intereses tutelados, la buena y mala fe del infractor no interesa, puesto que el riesgo de confusión o asociación existe independientemente del momento volitivo del agente. Por lo demás, el Art. 15 de la Ley 1294/98, ya mencionado, tampoco requiere la consideración del momento volitivo por parte del infractor, puesto que el uso exclusivo al cual el registro da derecho prescinde de toda consideración de la buena o mala fe del infractor, dado que se trata de tutelar un derecho absoluto, erga omnes. Este extremo es totalmente pacífico, y así lo indica la mejor doctrina nacional “Para la promoción de una acción civil marcaría tienen que estar presentes los siguientes presupuestos (...) No es necesario probar ninguna mala fe del infractor. Basta con que se viole el derecho del titular de la marca o el nombre” (Módica, Carmelo. Derecho Paraguayo de Marcas. 1ª ed., Asunción, Arandurá, 2007, págs. 375 y 377, donde puede encontrarse pertinente y amplia cita doctrinaria conforme).

Siendo así, es claro que la peregrina alegación de la ausencia de un “registro mundial de nombres comerciales” al que alude la actora para defenderse, pierde fuerza no solo por lo dicho en líneas arriba en el sentido del carácter absoluto del derecho tutelado, sino también porque la marca UBS se halla debidamente inscrita y tutelada en el territorio nacional, lo que es suficiente dispensa respecto de la consideración ulterior de este agravio.

El agravio relativo a que el campo de actividad de la sociedad demandada no se superpone al de la actora sencillamente no se compadece de las constancias de autos. En efecto, hemos ya señalado que la marca UBS y etiqueta distingue servicios financieros, bancarios, transacciones financieras, administración financiera de propiedades, corretajes, asesorías tributarias, entre otros. (fs. 183). Mientras tanto, en la descripción del objeto social de la parte demandada, puede apreciarse, en el artículo cuarto de sus estatutos, la indicación de “administración de toda clase de inmuebles rurales y urbanos, inclusive sobre propiedad horizontal” (fs. 212); “compraventa o cesión de toda clase de títulos, acciones, valores públicos y privados, mediante depósitos para inversión de capitales” (fs. 213); “adquirir el activo y pasivo de otras sociedades actualmente existentes...” (fs.213 vlto.); “adquirir o participar en toda clase de empresas...” (fs. 213 vlto.)

Resulta claro que, pese a una hábil operación de mimetización del objeto social, en el mismo existen actividades del campo financiero ampliamente cubiertas por la marca UBS. Las transacciones financieras no son otra cosa que “la compraventa de títulos y acciones, valores públicos o privados”; mientras que “la administración de toda clase de inmuebles”, describe la misma actividad que la “administración financiera de propiedades”. No se debe caer en el error de considerar que las actividades financieras son solamente las de “bancos” –para las cuales, por lo demás, la demandada no cumple con los requisitos establecidos por el art. 11 de la Ley 861/96–, sino también las de operación en el mercado secundario, cuales son precisamente la compraventa de “empresas”, acciones, títulos valores. Y esto no es un antojo, sino el resultado de una precisa disposición normativa: en la especie el art. 33 de la Ley 1284/98. Es decir, tanto normativas como descriptivamente, la actividad comprendida en el objeto social de la firma demandada comprende los servicios protegidos por la marca de la actora.

Lo dicho resultaría suficiente para pasar al análisis de las consecuencias de la procedencia de la presente demanda. Empero, el hecho de que la parte demandada no tenga una marca registrada, sino un nombre comercial, por lo que a éste

refiere la pretensión de cese de uso, sumado al hecho de que también el acrónimo “UBS AG” es el nombre comercial de la parte actora, imponen, aunque más no sean a títulos de excursus, reflexiones ulteriores, por la importancia y novedad de la cuestión.

En efecto, esta colisión ulterior, de “nombre comercial con nombre comercial”, permite, efectivamente, referir a la doble tutela en la que expresamente se ampara la actora en esta instancia (fs. 303). A su vez, esta doble tutela no es solo uno de los perfiles de la unidad del sistema jurídico de signos distintivos, al que nos referimos antes. La prohibición de utilizar como nombre comercial el signo ya utilizado por otro como elemento distintivo (arts. 73, 74 y 84 inc. e) de la Ley 1294/88), y la idéntica inversa relativa a la utilización como marca (arts. 84 inc. e) y 2 incs. f), g) y h) de la misma normativa) implica “que la adopción de un signo en cualquiera de sus funciones distintivas –de la empresa, de los locales comerciales o de los productos confiere al comerciante que lo haya adoptado el derecho exclusivo de utilizarlo también en relación con las demás funciones: esto le permite pasar, sin solución de continuidad, de una a otra función (distintiva) en relación con las exigencias concretas que el desarrollo de la actividad de la empresa plantea” (Abriani, Cottino, Ricolfi. *Diritto Industriale en: Trattato di diritto commerciale*, tomo II, 1ª ed., Padova, CEDAM, 2001, pág. 8).

Nos encontramos, así, ante un nombre comercial utilizado en el extranjero e idéntico a un nombre comercial registrado, con posterioridad, en el Paraguay. Ya la sola presencia de un nombre comercial extranjero es otro argumento de peso a favor de la actora, desde que existe jurisprudencia conforme de este Tribunal en el sentido de reconocer la protección del nombre comercial en el ámbito del derecho industrial, por el solo hecho de su utilización (Acuerdo y Sentencia N° 90, de fecha 14 de setiembre de 2001, in re: “Motul S.A. c/ Ernesto García y otro s/ nulidad de la marca Motul”). Por supuesto, esta jurisprudencia se apoya en expresas previsiones legales, a saber, los Arts. 72 y 75 de la Ley 1294/98. También el nombre comercial, como lo dijéramos, debe diferenciarse suficientemente de otros nombres utilizados precedentemente por otro sujeto que realice la misma actividad económica (Art. 73 de la mencionada ley).

Ya hemos puntualizado los criterios que deben utilizarse para apreciar la diferenciación entre los nombres, y concluido que en el caso de autos la posibilidad de confusión existe, por lo que lo allí dicho debe ser considerado como íntegramente repetido aquí, debiendo ser los criterios de valoración unitarios, según ya lo hemos justificado, en virtud de la unitariedad del sistema de los signos distintivos.

El hecho de que el nombre comercial sea utilizado en el extranjero no resulta óbice para denegar la protección. En efecto, este problema no es nuevo a nivel internacional. Ya en el año 1929, se celebró en Washington la Convención General Interamericana de Protección Marcaria y Comercial, vigente en nuestro país en virtud del Decreto Ley N° 71/1943; posteriormente ratificado por Ley N° 9/1948; que protege el nombre comercial “sin necesidad de registro o depósito, forme o no parte de una marca” (Art. 14), entendiéndose por nombre comercial la denominación usada legalmente por las sociedades de acuerdo con las disposiciones de las leyes nacionales (Art. 15). La tutela acordada por esta Convención comprende la legitimación para solicitar el cese de uso y cancelación del nombre comercial, siempre que dicho nombre sea utilizado dentro del Estado en el que la tutela se solicita (Art. 18, inc. b). Como lo señala la doctrina nacional, esta protección es inferior a la acordada por el Convenio de París, en la que no se requiere el uso efectivo en el país donde se vaya a solicitar la tutela del nombre comercial extranjero (Módica, Carmelo. *Derecho Paraguayo de Marcas*. 1ª ed., Asunción, Arandurá, 2007, pág. 321).

Acabamos de referirnos al Convenio de París, aprobado por Ley 300/1994, repetidamente invocado por la partes en sus escritos ante esta instancia. Ciertamente el mismo resulta aplicable al presente caso, y dilucida diáfanoamente el problema que se presenta en autos en su Art. 8, según el cual el nombre comercial es protegido en todos los países de la Unión sin necesidad de registro. Esto se compadece con la disposición del Art. 10 del mismo Convenio, por el cual las partes se comprometen recíprocamente a acordar protección legal a los efectos de la represión de actos que, en definitiva, implican lesión al derecho de propiedad industrial configurado por la marca o por el nombre comercial. Por lo demás, este Convenio es de una mayor esfera de aplicación que el primeramente mencionado, que opera en ámbito interamericano, mientras que el Convenio de París lo hace en ámbito mundial. Y no debemos olvidar, como ya lo puntualizamos, que la demandante tiene casa matriz en Suiza (fs. 144).

Así las cosas, resulta palmaria la procedencia de la pretensión del cese de uso impetrada por la parte actora. Establecido este aspecto, queda por analizar los límites en los cuales puede hacerse lugar a la misma, teniendo en cuenta que aquí no nos hallamos ante la pretensión de cese de uso de una marca, sino de un nombre comercial que a su vez es la denominación, en los términos del Art. 1050 inc. b) del Código Civil, en su redacción modificada por el Art. 4 de la Ley 388/94, de la parte accionada en estos autos. En otras palabras, el nombre comercial UBS Financial Service Group S.A. es también la denominación de la sociedad anónima demandada, lo que debe ser considerado a los efectos de determinar el alcance de la decisión. Conviene reiterar y precisar los conceptos aquí vertidos, aún a costa de ser reiterativos: no puede haber duda de que existe posibilidad de confusión y similitud entre la marca y nombre comercial de la actora y el nombre comercial de la sociedad demandada, pero el hecho de que dicho nombre comercial sea, a su vez, su denominación impone delimitar los alcances del pronunciamiento a ser dictado, por las incidencias en el régimen de derecho societario, que sin dudas debe ser coordinado con la ley de marcas.

Dicho esto, la pretensión de supresión y cese de uso se encuentra amparada, en cuanto a su proponibilidad, por la clara disposición del Art. 84 de la ley de marcas, y sobre todo por el posible contenido de la condena a recaer en juicios por infracción. El Art. 85 de la Ley 1294/98 dispone, a tal respecto: “En la sentencia definitiva de una acción por infracción podrán ordenarse las siguientes medidas, entre otras: a) la cesación de los actos que constituyen la infracción (...) e) las medidas necesarias para evitar la continuación o la repetición de la infracción”. No caben dudas de que tal temperamento es exactamente el solicitado en el escrito de demanda (fs. 139), y el concedido en la sentencia definitiva (fs. 286). Siendo el nombre comercial la identificación de la actividad en el mercado, y pudiendo el mismo consistir en la denominación social adoptada (art 72, Ley 1294/1998), resulta claro que el cese de uso y la supresión de dicho nombre son exactamente las medidas que impedirán la confusión entre marca y nombre comercial que la actora, fundadamente, lamenta.

La literatura nacional más autorizada no se quita de esta interpretación, enseñando que “el mecanismo para poner fin a la confusión es una demanda que precisamente obligue a dejar de usar ese nombre al demandado y si, al mismo tiempo, es una razón o denominación social de éste, a que el Juez ordene la cancelación de la inscripción en el Registro Público de Comercio, pues mientras se mantenga inscrita continuará el uso o, por lo menos, la posibilidad de él” (Módica, Carmelo. Derecho Paraguayo de Marcas. 1ª ed., Asunción, Arandura, 2007, pág. 324). Líneas más adelante, el mismo autor indica que esta practicidad justifica la redacción amplia del art. 72 de la Ley 1294/1998, por los inconvenientes que implicaría considerar el nombre comercial y la denominación con criterios separados.

Esto es pacíficamente admitido también por la doctrina extranjera. En efecto, lo solicitado por la actora en estos autos no es sino el clásico remedio de la inhibitoria, por el cual se busca impedir la continuación o repetición de la utilización indebida del signo distintivo (Abriani, Cottino, Ricolfi. Diritto Industriale, en: Trattato di diritto commerciale, tomo II, 1ª ed., Padova, CEDAM, 2001, pág. 89). En este sentido, lo solicitado resulta comprendido dentro de las facultades del juzgador, como medida necesaria, y en este caso indispensable, puesto que la denominación es, en este caso, el nombre comercial, por lo que la demandada gira bajo dicha identificación, conforme con los arts. 980 y 1050 inc. b) del Código Civil, en su redacción modificada por el art. 4 de la Ley 388/1994.

Ahora bien como ya se dijera, el acrónimo UBS es completamente coincidente con el componente “UBS” del nombre comercial de la demandada, y que la parte restante de la denominación es completamente genérica. Dijimos también que dicha parte restante, en cuanto completamente genérica, no debía ser tenida en cuenta para el cotejo. Esto nos permite adentrarnos en el análisis del alcance de la supresión solicitada, teniendo siempre presente las repercusiones de derecho societario.

En efecto, la supresión y cese de uso de la totalidad del nombre comercial de la demandada implican que la sociedad se encontrará sin denominación, esto es, imposibilitada de girar por ausencia de contemplatio domini a la cual referir la gestión de los directores (Arts. 980 y 1102 del Código Civil). Esta situación, que configuraría una verdadera imposibilidad de giro, determinaría sin dudas la extinción de la sociedad a norma del Art. 1003 inc. c) del Cód. Civ., puesto que la imposibilidad de girar traerá como consecuencia inmediata la imposibilidad de alcanzar el fin de lucro que es conatural a toda sociedad comercial conforme con el Art. 1013 del mismo cuerpo legal.

Esta consecuencia, sin dudas, implica un sacrificio exagerado del interés de la demandada sin que este sacrificio corresponda a la tutela acordada por la ley a la parte actora. La completa supresión de la denominación, con las implicancias que conlleva, es una consecuencia grave que se justificaría solo y en cuanto el interés de la actora se vea efectivamente tutelado por dicha decisión. El examen de los extremos de la controversia permite concluir que la supresión no debe ser absoluta, sino relativa, con lo que se permite una armoniosa, confluencia de los principios de derecho societario y de derecho marcario.

En efecto la tutela acordada por este último conjunto de normas se justifica en cuanto impide la posibilidad concreta de confusión, como lo tenemos ampliamente dicho. En el caso concreto que nos ocupa, dicha posibilidad se configura plenamente respecto del acrónimo UBS. Pero la parte restante de la denominación, “Financial Service Group S.A.”, es completamente genérica, como lo hemos dicho líneas arriba, por lo que no solo no se tuvo en cuenta para el cotejo, sino que incursa plenamente en la disposición del Art. 2 inc. e) de la Ley 1294/98. En otras palabras, la consideración unitaria del régimen de los signos distintivos indica que las denominaciones genéricas no son idóneas para ninguna distinción, por lo que pueden ser utilizadas por los competidores en el mercado.

Empero, esa denominación genérica no encuentra obstáculos para configurar la denominación de una sociedad anónima, conforme con el Art. 1049 del Código Civil, y podrá ser utilizada como nombre comercial conforme con el Art. 72 de la Ley 1294/98, precisamente por ser una denominación válida. A los efectos de evitar confusiones, nos referiremos a la situación concreta estudiada: la denominación “Financial Service Group S.A.”, no vulnera ninguna norma de derecho societario, por lo que puede constituir válida denominación y, por consiguiente, nombre comercial; pero no puede constituir marca por ser designación genérica, y por lo mismo no puede inducir a confusión alguna, ya que el nombre comercial y marca de la demandada es bien distinto (“UBS AG”).

La circunstancia señalada, entonces, nos permite proteger razonablemente dos intereses distintos, que en el presente caso entran en juego: la protección de la exclusividad del derecho de la actora y la preservación del giro comercial y la existencia de la demandada, irremediablemente comprometidos en caso de supresión total del nombre comercial que, en este caso, por postulación no desmentida por la demandada, se corresponde con la denominación. La doctrina indica que, en estos casos, en los que el nombre de una sociedad es igual al elegido por otro competidor, la denominación social deberá ser modificada o integrada con indicaciones idóneas para su diferenciación (Abriani, Cottino, Ricolfi. Diritto Industriale, en: Trattato di diritto commerciale, tomo II. 1ª ed., Padova, CEDAM, 2001, pág. 149). Lo que coincide también con las disposiciones de los Arts. 44 y, sobre todo, 46 del Código Civil, que refiere inequívocamente, también a la denominación –nombre de las sociedades anónimas– el requisito de la novedad, con referencia expresa a agregados o supresiones.

En el presente caso, la supresión de la palabra “UBS” del nombre comercial –que a su vez configura la denominación de la demandada permite conjugar todas las agencias señaladas, desde el momento que dicha sigla es el único elemento de confusión con el nombre y marca del actor; siendo la parte restante del nombre, “Financial Service Group S.A.”, plenamente idónea para fungir de nombre comercial –sin que ello impida en modo alguno el ejercicio de la facultad, por parte de la demandada, del cambio de denominación a tenor del Art. 1080 del Código Civil, respetando, claro está, el principio de la novedad–, y al mismo tiempo inidónea para generar confusión por el carácter genérico de la misma, con la consiguiente ausencia de protección por parte de la ley marcaría a la eventual identificación del producto ofrecido en el mercado en tal sentido. Se conjuga así la protección del interés de la actora, que ya no verá afectado su derecho a la exclusividad, con el de la demandada, que no verá suprimido la totalidad de su nombre comercial con las gravosas consecuencias que ello conlleva y que han sido detalladas.

Lo expuesto implica que la sentencia debe ser modificada en su primer apartado, limitando la supresión dispuesta exclusivamente a la palabra “UBS” del nombre comercial de la demandada, manteniendo lo demás decidido.

En cuanto a las costas, el decisorio propuesto mantiene la imposición de las mismas en la baja instancia. Las costas de esta alzada deberán seguir igual suerte, puesto que aquí se produjo el acogimiento de las pretensiones de la demandada y la tutela por ella reclamada. En efecto, no hubo acogimiento de las defensas de la demandada, ni tampoco vencimientos mutuos. La modificación resultante del análisis de autos implicó simplemente la armonización de la tutela del derecho de la accionante, plenamente reconocido, con otros intereses de la demandada que no se relacionan propiamente con el derecho industrial tutelado y que tampoco fueron por ésta alegados. En otras palabras, las calidades de gananciosa y perdidosa no se vieron alteradas ni modificadas, obteniendo la actora la protección solicitada. Por ello, no habiendo vencimientos recíprocos la norma del Art. 195 del Cód. Proc. Civ., y siendo el derecho de la accionante patente, no existen motivos para apartarse del principio general en cuanto a la imposición de costas, consagrado en el Art. 192 del Cód. Proc. Civ., por lo que las mismas deben ser impuestas a la perdidosa. En estos términos propongo mi voto a acuerdo.

A sus turnos, los Dres. Martínez Prieto y Villalba Fernández, manifestaron que votaban en igual sentido.

Con lo que se terminó el acto, firmando los Señores Miembros de conformidad y quedando acordada la sentencia que sigue a continuación, todo por ante mí, de que lo certifico.

Resuelve: Declarar desierto el recurso de nulidad. Modificar el primer apartado de la sentencia apelada, limitando la supresión dispuesta exclusivamente a la palabra “UBS” del nombre comercial de la demandada y manteniendo lo demás decidido. Imponer las costas a la perdidosa. Anótese, regístrese, y remítase una copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Arnaldo Martínez Prieto, María Mercedes Buongermini Palumbo y Neri Eusebio Villalba Fernández. Ante mí: Abog Pablo Costantini. Actuario Judicial

ACUERDO Y SENTENCIA N° 31

Cuestión debatida: Se trata de determinar la procedencia de una excepción de inhabilidad de título, fundada en que en el título presentado a ejecución no se cumplieron los requerimientos de la ley especial que rige la conformación del título en este caso.

JUICIO EJECUTIVO. Título ejecutivo. Certificado de deuda

Las certificaciones de deuda constituyen titulaciones formales de obligaciones preexistentes a fin de dotarles de fuerza ejecutiva y posibilitar la vía correspondiente de cobro. En el caso se trata de títulos formales, puesto que la certificación y su correspondiente ejecutividad constituyen una excepción al principio de creación de títulos, que normalmente emanan del deudor, y no del acreedor.

DERECHO ADMINISTRATIVO

En el derecho administrativo los actos deben regirse por el principio de legalidad y la competencia del órgano hace a la validez de la actuación. Cualquier interpretación en este sentido debe hacerse con criterio restrictivo justamente porque en la administración rige la regla inversa al principio de la libertad y sólo está permitido lo que la ley expresamente manda o faculta.

EXCEPCION DE INHABILIDAD DE TITULO. Prueba de la excepción de la inhabilidad de titulo

Es inhábil el certificado de deuda emanado del IPS originada de la obligación aporte obrero patronal, en el cual ha consignado un monto global por los aportes obreros patronales y recargos legales en conjunto sin discriminación, sin distinguir entre lo que corresponde a aporte, intereses y a recargo legales y tampoco se ha especificado lapsos a los cuales corresponde la deuda de aporte, siendo que ella es periódica y no única.

EXCEPCION DE INHABILIDAD DE TITULO

Las especificaciones de los lapsos a los cuales corresponde la deuda hacen a la explicitación del origen de la misma, las cuales no pueden satisfacerse con una alusión genérica, lo que imposibilita el planteamiento de excepciones extintivas que pudieran hacer a la defensa del demandado y que colocaría a éste en una situación de indefensión.

TApel. En lo civ. Y Com. Tercera Sala. 18-03-10. “Instituto de Previsión Social c. Ysapy Empresa de Transporte SRL s/ Acción ejecutiva”. (Ac. Y Sent.. N° 31)

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?

En su caso, ¿se dictó conforme a derecho?

Practicado el sorteo de ley, resultó el siguiente orden de votación: Buongermini P., Villalba F. y Gómez F.

A la primera cuestión planteada, la Dra. Buongermini Palumbo dijo: El recurrente ha desistido expresamente del recurso de nulidad interpuesto, conforme surge del escrito de expresión de agravios obrante a fs. 1/7. Por consiguiente, y al no advertirse vicios o defectos que autoricen a declarar la nulidad de las resoluciones recurridas de oficio, el mismo debe tenerse por desistido.

A sus turnos, los Dres. Villalba Fernández y Gómez Frutos manifiestan que vota en igual sentido.

A la segunda cuestión planteada, la Dra. María Mercedes Buongermini prosiguió diciendo: Por la Sentencia apelada N° 395 de fecha 18 de mayo de 2009 el A-quo resolvió: “1. No hacer lugar, con costas, a la Excepción de Inhabilidad de

título opuesta por la parte demandada Ysapy Empresa de Transporte S.R.L. contra la ejecución promovida por Instituto de Previsión Social (I.P.S.), por improcedente; 2) Llevar adelante la presente ejecución hasta que el acreedor se haga íntegro pago del capital de Guaraníes cuatrocientos sesenta y dos millones novecientos setenta mil ochocientos veinticuatro (Gs. 462.970.824), más intereses y costas del presente juicio; 3) Anotar..." (65 fs. vlto.).

De dicha sentencia recurre la parte demandada y presenta su escrito de expresión de agravios, que obra a fs. 71/73. Manifiesta que la sentencia recurrida no se halla ajustada a derecho porque el pretendido título ejecutivo no es de aquellos que conforme a los requerimientos de ley traen aparejada ejecución. Expresa que el argumento sobre el cual se sostiene la sentencia apelada constituye que el documento de fs. 4 de título ejecutivo atento a lo establecido en el Art. 438, inc. h) del C.P.C., normativa que nada alude a este extremo. Manifiesta que el documento de fs. 4, si bien está suscrito por el titular del Instituto de Previsión Social, Ing. Pedro Ferreira, no está suscrito por el Gerente Administrativo del Instituto de Previsión Social quien debió haber suscrito el certificado conjuntamente con el Presidente, ya que el Lic. Oscar Toledo no es Gerente Administrativo. Entiende que el inferior se equivocó cuando equiparó "per se" el cargo de "Director Financiero" al de "Gerente Administrativo", al que alude el Art. 66 de la Ley N° 98/92, sin dar un solo argumento de porqué lo hizo. Termina transcribiendo doctrina y jurisprudencia y solicitando la revocación de la sentencia apelada.

El representante convencional de la actora contesta dichos agravios en su escrito obrante a fs. 74/76, solicitando se declare desierto el recurso de apelación. Arguye que el certificado de estado de cuenta que sirve de base a la ejecución es título ejecutivo de acuerdo a lo dispuesto en el Art. 448, inc. h del C.P.C. en concordancia con los Arts. 375 y 439 del Código Civil, así como lo dispuesto en el Art. 66 del Decreto Ley N° 1860/50, aprobado por la Ley N° 375/56 "y sus modificatorias artículo 2 de la Ley N° 98/92". Entiende que el título cuenta con todos los requisitos propios del título ejecutivo, la legitimación activa y pasiva, instrumenta una obligación de dar sumas de dinero líquida y determinada y es exigible porque no está sujeta a plazo o condición, es decir, es suficiente por sí mismo sin necesidad de otras probanzas. Sostiene que la ejecutividad del certificado tiene su fundamento en la necesidad de que el Estado y sus entes autónomos y autárquicos cobre sin mucha dilación las sumas que los contribuyentes adeudan. En relación con la "supuesta falta de firmas autorizadas" en el certificado de deuda, sostiene que este argumento no fue deducido en primera instancia, ni fue materia de controversia, por lo tanto en virtud de la máxima tantum apelatum quantum devolutum no puede ser materia de estudio en esta Alzada. Finalmente arguye que la excepción de inhabilidad de título es improcedente porque el demandado no negó la deuda.

Se trata de determinar la procedencia de una excepción de inhabilidad de título, fundada en que en el título presentado a ejecución no se cumplieron los requerimientos de la ley especial que rige la conformación del título en este caso. En efecto, en el sub examine la actora pretende la ejecución de un certificado de deuda emanado del Instituto de Previsión Social originada en la obligación de aporte obrero-patronal del sistema de previsión social. En primer lugar, debemos decir que las certificaciones de deuda constituyen titulaciones formales de obligaciones preexistentes a fin de dotarlas de fuerza ejecutiva y posibilitar la vía correspondiente de cobro. Se debe enfatizar que se trata de títulos formales, puesto que la certificación y su correspondiente ejecutividad constituyen una excepción al principio de creación de títulos, que normalmente emanan del deudor, y no del acreedor. De modo que en cada caso la ley especial respectiva indica cuáles son los requisitos imprescindibles en la confección del certificado. En este caso estamos ante un Certificado de Deuda por prestaciones de la seguridad social, las cuales se rigen por el Decreto Ley N° 1860/50 aprobado por Ley N° 375/56 y sus sucesivas modificaciones en la Ley N° 1085/65, Ley N° 430/73, Ley N° 1286/87, Ley N° 98/92, Ley N° 532/94, Ley N° 2263/03 y Ley N° 2755/05. En estas normas se requiere que en el certificado conste el importe de lo adeudado, el origen de la deuda y los intereses legales, y que el mismo esté firmado y sellado por el Presidente del Instituto de Previsión Social y por el Gerente Administrativo del mismo. Al examinar el certificado presentado en autos y que obra a fs. 4 se advierte que se ha consignado un monto global por los aportes obreros patronales y recargos legales en conjunto, sin discriminarlos. Esto es, sin distinguir entre lo que corresponde a aporte, a intereses y a recargos legales, y tampoco se ha especificado lapsos a los cuales corresponde la deuda de aporte, siendo que ella es periódica y no única. Estas modificaciones hacen a la explicitación del origen de la deuda, las cuales no pueden satisfacerse con una alusión genérica. Ello imposibilitaría, como ya se ha establecido en jurisprudencia de este Tribunal, el planteamiento de excepciones extintivas –pago, novación, prescripción, etc.– que pudieran hacer a la defensa del demandado y que colocaría a éste en una situación de indefensión. Pero de aún mayor relevancia es el argumento que se planteó en primera y segunda instancia por parte de la demandada, y que consiste en la falta de correspondencia con el órgano o los órganos a los cuales la ley especial asigna competencia para suscribir el título. En el caso de aportes de la previsión social la ley establece, claramente, en sus sucesivas modificaciones que el certificado debe estar firmado por el Presidente del Instituto de Previsión Social y el Gerente Administrativo. Sin embargo, el certificado que obra a fs. 4, presentado por la actora, contiene la firma del Presidente del Instituto de Previsión Social y de un "Director Financiero". Es sabido que en el Derecho Administrativo los actos deben regirse por el principio de la legalidad y la competencia del órgano hace la validez de la actuación. Cualquier interpretación en este sentido debe hacerse con criterio restrictivo justamente porque en la Administración rige la regla inversa al principio de la libertad y sólo está permitido lo que la ley expresamente manda o faculta. Ahora bien, eventualmente sería posible que a lo largo de las sucesivas modificaciones orgánicas del Instituto de Previsión Social el cargo de Gerente Administrativo se hubiera transformado o cambiado de denominación. Empero, esta circunstancia no fue alegada por la actora en la contestación de la excepción planteada por el demandado; y aún más, de una atenta y minuciosa lectura de la Carta Orgánica del Instituto de Previsión Social y las leyes y decretos sucesivos de modificación no se advierte que tal transformación se hubiera operado. En rigor, ni tan siquiera el origen o ubicación esquemática del cargo de Gerente Administrativo aparece en la normativa legal que rige el Instituto de Previsión Social, de modo que, la existencia y composición de estos órganos, que reiteramos, no constan o no se asientan en las leyes relativas al Instituto, debió ser mínimamente provista por la actora. No haciéndolo así, es imposible para este

Tribunal presumir o suponer esa competencia o las posibles transformaciones orgánicas y sistémicas que sustentarían la facultad de suscribir la certificación tal y como aparece en autos.

Por todas estas consideraciones se debe concluir que el documento presentado a ejecución no satisface los requerimientos formales a los cuales se encuentra supeditada su ejecutividad, y por ende, no puede ser reclamado por la vía ejecutiva. La sentencia debe ser revocada, la excepción de inhabilidad de título admitida y la pretensión ejecutiva rechazada.

En cuanto a las costas, corresponde su imposición a la parte perdedora, de conformidad con lo establecido en el Art. 203 del C.P.C.

A sus turnos, los Dres. Villalba Fernández y Gómez Frutos manifestaron que votan en igual sentido.

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 que lo certifico:

RESUELVE: Tener por desistido el Recurso de Nulidad interpuesto por la demandada. Revocar la sentencia apelada, y en consecuencia, hacer lugar a la excepción de inhabilidad de título opuesta por la demandada y por ende, rechazar la pretensión ejecutiva. Imponer las costas de esta instancia a la perdedora. Anótese, regístrese, y remítase copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: María Mercedes Buonghermini Palumbo, Raúl Gómez Frutos y Neri Eusebio Villalba Fernández. Ante mí: Abog Pablo Costantini. Actuario Judicial

AUTO INTERLOCUTORIO N° 93

Cuestión debatida: Suspensión de la Ejecución de sentencia.

REMATE. Suspensión del remate

Los remates judiciales no podrían más que ser suspendidos por causas verdaderamente atendibles, ej: la nulidad procesal que se presenta, prima facie verosímil, un planteo que denote una indefensión procesal, cuando la suma reclamada es depositada a la orden del juzgado.

SENTENCIA. Ejecución de sentencia

El objeto del proceso de ejecución se tornaría estéril si el pretendiente – ejecutante-satisfizo su pretensión en el plano meta-procesal.

SENTENCIA. Ejecución de sentencia

La providencia recurrida es injusta puesto que la mera comunicación unilateral (del ejecutado) de la extinción de la obligación es insuficiente para motivar la motivación del A-quo (extinción de la acción).

TApel Civil y Comercial, cuarta sala. 10-03-10. “Municipalidad de Asunción c. Cinematográfica del Paraguay S.A. s/ Ejecución de Sentencia”(A.I N° 93).

Asunción, 10 de marzo de 2010

Visto: El recurso de apelación interpuesto a fojas 235/236 de autos, por la abogada Ada Zacarías, representante convencional de la Municipalidad de Asunción, contra la providencia de fecha 27 de julio de 2007 dictado por la Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Décimo Turno de la Capital, que resolvió: “...Téngase por presentado la extinción de la obligación en los términos del escrito que antecede, del mismo córrase traslado a la adversa por todo el término de ley. Ordénase la suspensión de la subasta fijada para el día 31 de julio de 2007, a las 15:00 horas, previo cumplimiento de lo dispuesto en el Art. 167 del C.O.J.”, y,

Considerando:

Nulidad: Este recurso no fue fundado por la impugnante y efectuados los controles formales, no observamos vicios en la resolución recurrida que ameriten la declaración de nulidad ex officio con arreglo a cuanto dispone el art. Art. 404 del C.P.C. Por tanto, el recurso de nulidad debe ser declarado desierto.

Apelación: La abogada Ada Zacarías, representante convencional de la Municipalidad de Asunción, se presentó en esta Instancia a expresar agravios –fs. 239/241– contra la resolución recurrida diciendo, en lo sustancial, que la suspensión del remate ordenado en autos, es una decisión injusta por no estar debidamente motivada. En efecto, dice la recurrente que el ejecutado invocó una supuesta extinción de la obligación sin justificar este aserto con algún recibo de pago o documento que acredite transacción entre los contendientes. Señala, la misma, que cuanto se ejecutó es un certificado de deuda suscripto por el Intendente de la Municipalidad de Asunción y que el finiquito de este juicio sólo puede ser autorizado por el mismo, situación que no se observa en este proceso. Finaliza su presentación solicitando la revocación de la providencia recurrida y la realización de la subasta pública de los bienes inmuebles embargados en autos.

Trasladados los agravios al ejecutado, el abogado Oscar Paciello (h), quien representa a Cinematográfica Internacional del Paraguay S.A., se presentó ante este Tribunal a sostener que el recurso de apelación quedó infundado, puesto que la apelante no se ocupó de denotar cuál es el error in judicando que afecta a la resolución impugnada. Con este argumento solicitó se declare desierto el recurso de apelación que nos ocupa por imperio de cuanto dispone el Art. 419 del C.P.C.

El debate en esta Instancia de Revisión fue clausurado por medio de la providencia de fecha 25 de setiembre de 2007, por la que se llamó autos para resolver. Resolución firme y ejecutoriada a la fecha.

Así resumidas las actuaciones en Alzada y efectuados los controles de veracidad, logicidad y normatividad, pasamos al estudio de las cuestiones planteadas.

En primer término, corresponde analizar el señalamiento del apelado con respecto a la forma de fundamentación del recurso que nos ocupa.

Al respecto, dice el mismo que la providencia traída a revisión no fue objetada en todas sus partes, sino, únicamente, en lo que atañe a la suspensión de la subasta ordenada en autos. Siendo así, señala que cuestiones relativas a la procedencia o no del planteo sustancial –esto es, la extinción de la obligación– no deben ser tenidas en cuenta que ello dice relación con el planteo en sí, mas no con la suspensión de la subasta, que es lo que se discute en esta Instancia.

A lo dicho respondemos diciendo que la suspensión de la subasta ordenada en autos, claramente, no es más que la consecuencia del planteo sustancial. Es decir, la comunicación al Juzgado de la extinción de la obligación es la causa inmediata de la suspensión del remate público. Por tanto, sin ir más, no cabe más que rechazar la petición del recurrido con respecto a la declaración de la deserción del recurso de apelación, puesto que resulta una obviedad que la justicia de la decisión de alzada no podrá más que ser analizada a la luz de la comunicación de la extinción de la obligación que aquí se ejecuta.

Resuelta así la petición del apelado, pasemos al análisis de la justicia de lo fallado.

Una de las primeras cuestiones que debemos apuntar es que nos encontramos ante un juicio de ejecución de sentencia, en el que ya fue dictada la sentencia de remata –fs. 68–. Por definición conceptual, al decirlo con el Prof. Casco Pagano, estamos ante “una ejecución pura, en el sentido de que no cabe la oposición de excepciones fundadas en hechos posteriores a la sentencia de remate” (sic).

Siendo así, los remates judiciales no podrían más que ser suspendidos por causas verdaderamente atendibles, a guisa de ejemplo citamos: la nulidad procesal que se presenta, prima facie verosímil; un planteo que denote una indefensión procesal; cuando la suma reclamada es depositada a la orden del juzgado, etc.

En el caso d’ espèce la suspensión devino como consecuencia de la comunicación de “la extinción de la obligación” formulada “unilateralmente” por el “deudor-ejecutado”.

Al respecto, referimos que, sin lugar a equívocos, la extinción de la obligación reclamada, más sus accesorios legales, debidamente acreditada, es un evento jurídico susceptible de conmocionar una orden judicial de venta en subasta pública de los bienes embargados. Esto es así, puesto que el objeto del proceso de ejecución se tornaría estéril si el pretendiente –ejecutante– satisfizo su pretensión en el plano meta-procesal.

Sin embargo, entendemos que en el caso in examine no están dadas las condiciones para ordenar la suspensión de la subasta de bienes, puesto que la comunicación de la extinción de la obligación fue, exclusivamente, unilateral. Por lo demás, la cuestión mereció el trámite incidental y aún no fue resuelta, ni sustanciada en la Instancia de origen. Asimismo, del análisis de las instrumentales acompañadas por el ejecutado con la mentada comunicación se puede inferir, claramente, que las mismas resultan insuficientes, per se, para concluir que la deuda, efectivamente, quedó extinta. Ergo, cuanto tenemos, en puridad, es una comunicación –insistimos: unilateral– a la cual se le dio el trámite incidental. No más.

En este estado de cosas, no podemos apresurarnos en afirmar que la deuda reclamada está, efectivamente, extinta. Esto se verá, luego de sustanciada la presentación del ejecutado.

Por otro lado, conviene precisar que en esta ocasión no realizamos un análisis de la viabilidad o no del planteo del ejecutado. No asentimos, ni negamos que se haya producido la extinción de la obligación que se ejecuta. Sencillamente, afirmamos que la cuestión no aparece incuestionable y por lo mismo no es susceptible de motivar la suspensión de la subasta ordenada en autos.

En suma, por las razones expuestas, entendemos que la última parte de la providencia recurrida es injusta puesto que la mera comunicación unilateral de la extinción de la obligación es insuficiente para motivar la decisión de la A-quo.

Por tanto, por las razones expuestas, no cabe más que resolver revocar la última parte de la providencia de fecha 27 de julio de 2007 dictada en estos autos y disponer, en consecuencia, que se ordene la venta en pública subasta de los bienes embargados en autos, debiendo fijarse nueva fecha para el efecto.

En cuanto a las costas, de conformidad al Art. 203 inc. b) del C.P.C., las mismas deberán ser soportadas por el ejecutado-recurrido.

Por tanto, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Cuarta Sala,

Resuelve: Declarar desierto el recurso de nulidad. Revocar, la última parte de la providencia de fecha 27 de julio de 2007, dictada por la Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Décimo Turno de la Capital, por los argumentos expuestos en el exordio de esta resolución. En consecuencia, disponer que se ordene la venta en pública subasta de los bienes embargados en autos, debiendo fijarse nueva fecha para el efecto. Imponer las costas al ejecutado-recurrido. Anotar, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Raúl Gómez Frutos, Basilio García Ayala y Eusebio Melgarejo Coronel.

Ante mí: Letizia Pereira. Actuaría Judicial.

AUTO INTERLOCUTORIO N° 140

PRUEBA DE TESTIGO. Tacha de testigos antes de la declaración testifical de los mismos

La tacha de testigos promovida por la demandada debe ser resuelto por el inferior juntamente con el incidente de nulidad de actuaciones, exclusión de bienes y levantamiento de medida cautelar promovido por el actor, el auto recurrido que hizo lugar al incidente de tacha de testigos rechazando las testificales de los hermanos y madre de actor no se halla ajustado a derecho y en consecuencia debe ser revocado dejándose establecido que deben tomarse las declaraciones a los testigos propuestos por el actor para posteriormente resolverse acerca de la idoneidad de los mismos juntamente con el incidente de nulidad de actuaciones, exclusión de bienes y levantamiento de medida cautelar.

TApel Civil y Comercial, Cuarta sala. 24-03-10. "A. B. y J. A. V. M. s/ Disolución de la sociedad conyugal".(A.I N° 140).

Asunción, 24 de marzo de 2010.

Visto: Los recursos de apelación y nulidad de fs. 464, interpuestos por el abogado César Ruffinelli B., contra el A.I. N° 1686 del 14 de octubre de 2008, dictado por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Duodécimo Turno, que resolvió: "I. Hacer lugar al incidente de tacha de testigos, formulada por la abogada N. P. y en consecuencia, rechazar la prueba testifical de los señores E. B. C., Y. B. Ch. de S., de conformidad a las consideraciones expuestas en el exordio de la presente resolución. II. Costas a la perdidosa. III. Anotar, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia", y,

Considerando:

Nulidad: El recurrente no fundamenta expresamente el recurso, y como no se observan vicios en el procedimiento que motive la declaración de nulidad de oficio por este Tribunal, de conformidad al Art. 419 del C.P.C., el mismo debe ser declarado desierto.

Apelación: Contra el citado interlocutorio, se alza el recurrente y fundamenta la apelación en su escrito en fs. 542/544, en el que manifiesta: "Efectivamente, el Juzgado ha incurrido en un error grave de aplicación e interpretación de las normas procesales al establecer que el Art. 315 del C.P.C. resulta aplicable al caso particular presentado en cuanto a la tacha de testigos formulado en autos y referida a los hermanos de nuestro mandante".

"El Juzgado interpreta y centra como fundamento de su resolución la circunstancia que los testigos ofrecidos por nuestra parte, al ser hermanos del señor Adib Bittar Chaer, no pueden ser ofrecidos como testigos, ya que son parientes colaterales".

En el párrafo siguiente agrega: "No obstante la interpretación que el Juzgado ha hecho de la normativa contenida en el Art. 315 del C.P.C. es totalmente equivocada y no excluye a los hermanos".

A continuación transcribe el Art. 315 del C.P.C. y luego agrega: "El desacierto interpretativo está en que no excluye a los hermanos, pues no son consanguíneos en línea recta ni afines en línea recta".

En la exclusión quedan comprendidos los consanguíneos o afines en línea recta. Es decir, dentro del parentesco por consanguinidad, solamente los parientes en línea recta quedan excluidos. No así los de línea colateral".

Asimismo sostiene: "El error del Juzgado, no sólo está en distinguir donde la ley no distingue, sino que también radica en no reconocer que la línea, que es a su vez la sucesión ininterrumpida de grados, pueden ser de dos clases: a) La línea recta o directa: que es la serie de grados de personas que descienden una de otra; y b) Línea colateral: es la serie de grados entre personas que tienen un ascendiente común aunque no descienden una de otras, cuyo ejemplo clásico es o son los hermanos. Todo esto quiere decir, que los testigos propuestos –si bien es cierto– al ser hermanos de nuestro mandante, y por tanto sus parientes en línea colateral. No están excluidos, para brindar testimonio válido, puesto que ningún impedimento válido, ni legal, pesa o recae sobre ellos".

"Los hermanos no son testigos excluidos porque no son consanguíneos ascendentes o descendentes en línea recta, sino colaterales, que para entender el grado debe subirse hasta el ascendente común, haciendo esto que el colateral no esté incluido en la exclusión del testimonio".

Sigue formulando consideraciones y luego agrega: "Queda así bien delimitado y definido que el testimonio de los hermanos de nuestro mandante, puede ser legalmente admitido, y es absolutamente infundada e ilegítima la decisión tomada en el A.I. N° 1686 de fecha 14 de octubre de 2008, obrante a fs. 463 de autos, que hizo lugar al incidente de tacha de testigos, por un error de aplicación directo de la ley".

Finaliza su escrito solicitando al Tribunal dictar resolución revocando, con costas, la resolución recurrida.

La representante convencional de la parte demandada, contesta el traslado de la fundamentación del apelante en el escrito de fs. 545/546, en el que expresa: "que mi parte desde ya solicita la confirmación en todas sus partes del A.I. N° 1686 de fecha 14 de octubre de 2008, en efecto el A-quo acertadamente fundamenta el hacer lugar a la tacha de testigos, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 315 del C.P.C. que reza: "No podrán ser ofrecidos como testigos los consanguíneos o afines en línea directa de las partes, ni el cónyuge, aunque estuviere separado legalmente, salvo si se tratare de reconocimiento de firma, o de disposiciones especiales de otras leyes".

Seguidamente agrega: "Que, en estos autos se ha probado que los testigos tachados señores E. B. Ch., Y. B. Ch. de S., A. M. B. Ch. y R. B. Ch. son hermanos del señor A. B. Ch. (ver fojas 447, 448, 449 y 450) por lo que necesariamente debe hacerse lugar a la tacha de testigos y en consecuencia confirmar la resolución apelada en todas sus partes".

Finaliza, en estos términos: "Que, debemos de tener presente de que los testigos propuestos, según manifestaciones vertidas en el ofrecimiento de pruebas del incidente de nulidad planteada por el señor A.B. Ch., dice que son sus hermanos de padre y madre, situación esta que resta fe a sus testimonios ya que los mismos están comprendidos en las generales de la ley, presumiendo mi parte con justa razón la parcialidad manifiesta ya que están interesados en las pretensiones del señor A. B. Ch. prospere favorablemente".

Concluye su escrito reiterando que la resolución recurrida debe ser confirmada en todas sus partes, por así corresponder en derecho.

Ante las posiciones asumidas por las partes litigantes, corresponde a este tribunal, el análisis del caso en estudio para determinar si el auto interlocutorio recurrido que hizo lugar, con costas, al incidente de tacha de testigos planteado por la parte demandada se ajusta o no a derecho.

Comenzamos dicha tarea, remitiéndonos a lo establecido en el Art. 315 del Código Procesal Civil que dispone: "Testigos excluidos: No podrán ser ofrecidos como testigos los consanguíneos o afines en línea recta de las partes, ni el cónyuge, aunque estuviere separado legalmente, salvo si se tratase de reconocimiento de firmas, o de disposiciones especiales de otras leyes".

A este mismo respecto el Art. 342 del mismo cuerpo legal establece: “Idoneidad de los testigos: Dentro del plazo de prueba, las partes podrán alegar y probar, por vía de incidente, acerca de la idoneidad de los testigos. El Juez apreciará, según las reglas de la sana crítica, y en oportunidad de dictar sentencia definitiva, las circunstancias y motivos que corroboren, disminuyan o invaliden la fuerza de sus declaraciones”.

Analizadas las constancias del expediente principal vemos que por proveído de fecha 26 de marzo de 2008, fs. 437 vlto., se ordenó la apertura a prueba por todo el plazo de ley del incidente de nulidad de actuaciones, exclusión de bienes y levantamiento de medidas cautelares promovido por la parte actora y se admitieron las pruebas ofrecidas por las partes; entre ellas las testificales de los señores E. B.C., Y.B. C. de S., A. M. B. C. y R. B. C., hermanos de padre y madre del actor.

Posteriormente, el 2 de abril de 2008, la representante convencional de la demandada, abogada Nélide Palacios, formula oposición y tacha de testigos en contra de los propuestos por el actor citados precedentemente; del cual se corrió traslado a la adversa por proveído de fecha 4 de abril de 2008, fs. 457. El 9 de abril de 2008, el abogado César Ruffinelli B. contesta el traslado y finalmente el Juzgado dictó el A.I. N° 1686 que hizo lugar al incidente de tacha de testigos, hoy objeto de estudio, fundando su decisión en el Art. 315 del C.P.C.

Atento al Art. 342 del Código de Forma precedentemente citado podemos colegir que el incidente de tacha de testigos promovido por la representante convencional de la parte demandada debe ser resuelto por el inferior juntamente con el incidente de nulidad de actuaciones, exclusión de bienes y levantamiento de medida cautelar promovido por el representante convencional del actor, por lo que llegamos a la conclusión de que el auto interlocutorio recurrido no se halla ajustado a derecho y en consecuencia debe ser revocado por este Tribunal, dejándose establecido que deben tomarse las declaraciones a los testigos propuestos por el actor para posteriormente resolverse acerca de la idoneidad de los mismos juntamente con el incidente de nulidad de actuaciones, exclusión de bienes y levantamiento de medida cautelar.

En cuanto a las costas, dada la forma en que se resuelve el tema sometido a consideración, las mismas deben ser impuestas en el orden causado atento a lo dispuesto por el Art. 193 del C.P.C.

Por tanto, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Cuarta Sala,

RESUELVE: Declarar desierto el recurso de nulidad. Revocar el A.I. N° 1686 de fecha 14 de octubre de 2008, dictado por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Duodécimo Turno, conforme a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. Imponer las costas en el orden causado. Anotar, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Valentina Nuñez Gonzalez, Raul Gómez Frutos y Basilio García Ayala. Ante mí: Letizia Pereira. Actuaría Judicial.

AUTO INTERLOCUTORIO N° 183

Cuestión debatida: Se promovió la acción indemnizatoria en forma extemporánea, después de haber quedado operada la prescripción para la reclamación.

PRESCRIPCIÓN. Excepción de prescripción

Se hace lugar a la excepción de prescripción en razón que el demandante por daños y perjuicios presentó dicho juicio extemporáneamente, el mismo obtuvo absolución de culpa y pena quedando firme la sentencia ya que la imposición de costas es una cuestión accesoria.

PRESCRIPCIÓN. Excepción de prescripción. COSTAS

El fundamento del apelante de que no está firme la sentencia absolutoria, por haberse recurrido las costas, carece de sustento jurídico, puesto que las costas son meros accesorios del principal, por lo que tal alegación es infundada y no se ajusta a la realidad procesal que debe observarse en toda contienda judicial, y podemos afirmar que el auto interlocutorio recurrido se halla ajustado a derecho.

TApel Civil y Comercial, Cuarta sala. 08-04-10. “Porfirio Zarate Reyes c. Jose Eligio Chavez Silvero s/ Indemnización de Daño Moral”.(A.I N° 183).

Asunción, 8 de abril de 2010.

Visto: Los recursos de apelación y nulidad interpuestos, de fs. 118 de autos, por el representante convencional de la parte actora, abogado Timoteo González Galván, contra el A.I.N° 1886 de fecha 11 de noviembre de 2008, dictado por la Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Quinto Turno, que resolvió: “...Hacer lugar a la excepción de prescripción deducida en autos como de previo y especial pronunciamiento, por el Abog. Benito Alejandro Torres Aceval, en representación de la parte demandada en estos autos, los Señores José Eligio Chávez Silvero y Juan Gualberto Miranda a mérito de las fundamentaciones acabadamente expuestas en el exordio que antecede. Costas a la perdidosa. Anotar, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia”, y, Considerando:

Recurso de nulidad: El recurrente nada dice respecto a este recurso en su escrito de fundamentación de fs. 121/122. Asimismo este Tribunal no encuentra vicios o errores en el procedimiento que ameriten su tratamiento de oficio, por lo que corresponde declararlo desierto.

Recurso de apelación: El recurrente Abog. Timoteo González Galván, se alza contra el referido Auto Interlocutorio y al fundamentar la apelación en los términos de su escrito de fs. 121/122, manifiesta: "...Mi parte se agravia del referido interlocutorio por las siguientes razones, *La inferior no analizó las constancias de autos, *No tuvo en cuenta los fundamentos de la contestación de la excepción de prescripción opuesta por la otra parte y las pruebas mencionadas, *Se limitó a resolver en base a lo que dispone el Art. 647, inc. a, del C.Civil, paso a relacionar estos fundamentos punto por punto".

Más adelante manifiesta: "...Mi parte en el escrito de responde de la citada excepción que rola a fs. 106/108, de autos, ha desarrollado varios fundamentos, y como Segundo Fundamento, fs. 107, había mencionado que el plazo de prescripción no podría correr, se hallaba suspendido conforme al Art. 64, inc. e del C.P.C., pues una de las querelladas, doña María Irene López de Zárate, había fallecido, extremo denunciado oportunamente en autos por su apoderado, abogado Hugo Amarilla Antúnez, y mencionado en la Sentencia Definitiva N° 16 cuya copia corre desde fs. 76/94, en esta sentencia se ha mencionado que la citada querellada había fallecido, por lo que no se notificó ni a los herederos, ni al defensor de la misma, abogado Hugo Amarilla Antúnez, consecuentemente el plazo se hallaba suspendido".

Culmina su presentación solicitando al Tribunal hacer lugar a la apelación con costas.

En el escrito de fs. 124/128 el representante convencional de la parte demandada Abog. Benito Alejandro Torres contesta el traslado corrido a su parte en el que manifiesta: "...Que, esta representación se adelanta a solicitar el rechazo de los recursos interpuestos, por su notoria improcedencia, conforme quedará demostrado en esta presentación".

Más adelante expresa: "...Que, un simple análisis de las constancias de autos, podrá permitir a VV.EE. arribar a la conclusión cierta de que el plazo para que quede operada la prescripción ya ha transcurrido al momento de notificarse esta demanda, como bien lo ha resuelto la Magistrada inferior. En efecto, las constancias de autos dan cuenta de que sin lugar a dudas, esta demanda fue notificada a mi representado el 25 de mayo de 2007".

Finaliza la presentación, solicitando al Tribunal dictar resolución, confirmando, con costas la resolución recurrida.

Corresponde a este Tribunal determinar si la resolución, enalzada, se ajusta o no a derecho.

Comenzamos el análisis del caso sometido a estudio, remitiéndonos al Art. 145 del Código Procesal Civil que dispone: "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 parte ni declaración judicial".

En el caso que nos ocupa, se trata de un plazo procesal de rigurosa observancia y de aplicación obligatoria, al ser de orden público debiendo las partes ajustar su conducta procesal a esa norma mencionada, el demandante Sr. Porfirio Zárate Reyes, promovió la acción indemnizatoria en forma extemporánea, después de haber quedado operada la prescripción para la reclamación.

La resolución recurrida se ajusta a derecho, pues, el demandante Sr. Porfirio Zárate, obtuvo la absolución de culpa y pena por S.D. N° 16 del 31 de marzo de 2005, notificándose en fecha 10 de mayo de 2005 a fs. 98 de autos, quedando de esa manera, firme la sentencia ya que la imposición de costas es una cuestión accesoria y a partir de esta última fecha y año, empezó a correr el plazo liberatorio y se notificó de la demanda resarcitoria e indemnizatoria recién en fecha 25 de mayo de 2007, ya transcurrido el plazo de dos años establecido en el Art. 663 del Código Civil. Más teniendo en cuenta que se interrumpe la prescripción sólo por demanda notificada, Art. 647 del Código Civil.

El fundamento del apelante de que no está firme la sentencia absolutoria, por haberse recurrido las costas, carece de sustento jurídico, puesto que las costas son meros accesorios del principal, por lo que tal alegación es infundada y no se ajusta a la realidad procesal que debe observarse en toda contienda judicial, podemos afirmar que el Auto Interlocutorio recurrido se halla ajustado a derecho y en consecuencia, este Tribunal debe confirmarlo imponiendo las costas a la parte apelante, aplicando el Art. 192 y el Art. 203 del Código Procesal Civil.

Por tanto, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Cuarta Sala,

Resuelve: Declarar desierto el recurso de nulidad. Confirmar, con costas, el A.I. N° 1866 de fecha 11 de noviembre de 2008, dictado por la Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Quinto Turno, conforme a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. Anotar, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Eusebio Melgarejo Coronel, Raúl Gómez Frutos y Basilio García Ayala Ante mí: Letizia Pereira. Actuarial Judicial.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 23

COMPRAVENTA. Modificación equitativa de contrato

Corresponde hacer lugar a la modificación equitativa de contrato de compraventa de inmueble porque teniendo en cuenta el valor promedio de mercado del inmueble en cuestión a las pruebas rendidas en autos, no se justifica su venta por un monto que casi duplica dicho valor promedio, por lo que resulta considerable la aplicación del art. 671 del C.C. (Voto de la mayoría)

COMPRAVENTA. Precio de la compra

El hecho de que el actor accionante de la modificación equitativa de contrato de compraventa de inmueble haya tenido el asesoramiento de un buffet de abogado de plaza y el asesoramiento del agregado comercial de la embajada francesa y de las pericias realizadas por profesionales nombrados en autos, de cuya evaluaciones la jueza inferior obtuvo un precio promedio es prudente y objetivamente aceptable disminuir el saldo pendiente. (Voto de la mayoría)

COMPRAVENTA. Modificación equitativa de contrato

Para la procedencia de la pretensión del actor (modificación equitativa de contrato) es necesaria la concurrencia simultánea de un factor objetivo: desproporción injustificada entre las prestaciones y un factor subjetivo, que en este caso, sería: la inexperiencia del accionante y un elemento volitivo por parte del que salió beneficiado con la operación comercial: aprovechamiento o engaño. (Voto de la minoría)

PRUEBA DE PERITOS. Apreciación de la prueba pericial

Las conclusiones de los peritos deben ser analizadas siguiendo la regla establecida en el artículo 360 del CPC conjugándolas con: a) la ponderación de la competencia de los peritos b) la conformidad y disconformidad de sus opiniones y c) los principios científicos en que se funden y d) las demás pruebas incorporadas al proceso. (Voto de la minoría)

PRUEBA DE PERITOS. Inscripción de perito en la matrícula

No es competencia del órgano jurisdiccional juzgar a los peritos comparándolos entre sí, la norma no empuja a los magistrados al absurdo de realizar un concurso de méritos y aptitudes entre peritos de una misma rama. Es suficiente constatar si ellos son competentes confrontado, únicamente, la especialidad en la cual fueron matriculados en el CSJ y los puntos propuestos como objeto de pericial. (Voto de la minoría)

PRUEBA DE PERITOS. Apreciación de la prueba pericial. **MAGISTRADO.** Facultades del magistrado

El juez es el perito de peritos, ningún informe pericial es vinculante y todo está sujeto al control jurisdiccional. El control con respecto a los principios técnicos utilizados es un control de racionalidad, sin profundidad científica. El control transita por el análisis lógico, sin entrar a juzgar el contenido intrínseco de la labor realizada por los peritos. (Voto de la minoría)

MAGISTRADO. Facultades del magistrado. **PRUEBA DE PERITOS**

La etiología de la participación de expertos, en determinada área de conocimiento, es justamente el desconocimiento del juez en dicha área. Reconociendo esta limitación mal podría el magistrado entrar a juzgar el valor intrínseco del trabajo presentado por un especialista. (Voto de la minoría)

PRUEBA DE PERITOS. Apreciación de la prueba pericial

El criterio aplicable para valorar el trabajo presentado por un perito es que refiere nuestro código procesal, cual es el control de los principios científicos y el análisis de racionalidad. (Voto de la minoría)

PRUEBA DE PERITOS

Si bien es cierto que la prueba pericial es de capital importancia para la determinación del valor real de la heredad litigiosa, no es menos cierto que ella no excluye a los demás medios probatorios admitidos para este tipo de juicios. (Voto de la minoría)

PRUEBA. Apreciación de la prueba

No es correcto limitar los medios probatorios dada la importancia de determinada prueba, una conclusión en este sentido limitaría incorrectamente las herramientas que el código procesal pone al alcance de los litigantes para probar sus afirmaciones controvertidas. (Voto de la minoría)

PRUEBA DE TESTIGOS. Apreciación de la prueba testimonial

Uno de los métodos de valoración de propiedades es el comparativo, teniendo como valores de referencia propiedades similares, lo cual puede probarse por testificales. (Voto de la minoría)

COMPRAVENTA. Modificación equitativa de contrato

Resulta lógico que si los vendedores del inmueble apuntan al mercado comercial estaban buscando mayor rentabilidad en su operación. No solo deben considerarse los gastos realizados para ofertar una propiedad en Francia, sino la capacidad de los vendedores para instalar su oferta en dicho país. En términos comerciales esta combinación de factores no pueden más que desembocar en mayores beneficios en la operación. El ingenio comercial también debe ser compensado. (Voto de la minoría)

COMPRAVENTA. Modificación equitativa de contrato

El objeto final de la ley (art. 671 C.C.) no es combatir la sola desproporción en los negocios jurídicos, porque entendemos que la oferta y la demanda son el alma que mueve los negocios jurídicos si no fuera por las mismas, se fosilizarían las posibilidades de intercambios, se cristalizarían los tráficó en el derecho, porque el interés económico, el margen de ganancias constituyen las fuentes principales de todo negocio jurídico. (Voto de la minoría)

COMPRAVENTA. Modificación equitativa de contrato

Se puede arrimar sin equivocación alguna que en cada negocio jurídico existe desproporción en las prestaciones sin que la misma sea remotamente lesiva. Esto nos demuestra que la protección legal se refiere o debe referirse, exclusivamente a la desproporción injusta: esta desproporción injusta existe, pues, porque previamente existió un abuso o aprovechamiento de una de las circunstancias previstas en el ley. Este aprovechamiento consiste en un acto inmoral,

atentatorio contra la buena fe que debe presidir los negocios jurídicos, debe ser sancionado por la ley. (Voto de la minoría)

COMPRAVENTA. Modificación equitativa de contrato

Al no haberse demostrado que el actor haya adquirido con anterioridad establecimientos ganaderos ni que éste se haya dedicado al negocio inmobiliario o agropecuario no podemos más que concluir en que el mismo carecía de experiencia, que el actor sea abogado, haya obtenido un PHD o se dedique al comercio internacional de antigüedades no cambia la conclusión. (Voto de la minoría)

LESION

La experiencia no puede más que ser concluida de la realización anterior de actos de similar naturaleza. (Voto de la minoría)

PRUEBA. Carga de la prueba

La actividad probatoria por más que no se den las condiciones para entender invertida la carga de la prueba virtualmente, gravita, mayormente sobre el demandado. Esto es así, pues la inexperiencia debe ser alegada, pero la actividad probatoria en este sentido no puede ser tamizada por altos grados de exigencia, puesto que se trata de un hecho inexistente. (Voto de la minoría)

DERECHO COMERCIAL

En todo emprendimiento comercial uno de los factores concomitantes es el análisis del tiempo de retorno de la inversión. Es por ello que una incorrecta información en este sentido podría derivar en soluciones desacertadas. (Voto de la minoría)

COMPRAVENTA. Modificación equitativa de contrato

La inexperiencia del actor en el tipo de negocio celebrado no fue aprovechada por los accionados, puesto que éstos demostraron que aquél fue asesorado en la compra y que realizó los análisis y consultas que creyó necesarias. En ningún momento se alegó un plan orquestado para que las personas consultadas por el actor omitan datos o brinden valores irreales, es decir no existe el factor engaño en el caso. (Voto de la minoría)

PAGARE. Efectos del pagaré

Los pagarés suscritos por el actor por la compra del inmueble no pueden ser declarados nulos y sin valor al hacerse lugar a la demanda Modificación equitativa de contrato de compraventa de inmueble, porque son esencialmente circulatorios por su autonomía, literalidad y abstracción, es decir son títulos circulatorios autosuficientes para el ejercicio de derecho literal en él contenido, debió pedirse como medida cautelar el depósito de los mismos a la orden del juzgado. (Voto de la minoría)

TApel. En lo civ. Y Com. Cuarta Sala. 08-04-10. “Patrick Etienne Emmanuel Meyer c. Alain Mauricio Duval y Laurette Clementine Jeanne Boakaya de duval s/ Modificación equitativa de contrato de compraventa de inmueble”. (Ac. Y Sent. N° 23)

CUESTIONES:

¿Es Nula La Sentencia Apelada?

En Caso Contrario, ¿Se Dictó Conforme a Derecho?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: Raúl Gómez Frutos, Basilio García Ayala, y Dr. Eusebio Melgarejo Coronel.

A La Primera Cuestión Planteada, El Conjuez Gómez Frutos Dijo: El recurrente, en apretada síntesis, al descalificar a la sentencia en revisión como acto jurisdiccional, adujo que la misma es arbitraria puesto que en ella no se consideró el *dossier* de pruebas, incorporadas por el mismo al proceso, que sopesan tanto las conclusiones de la *A-quo* como la tesis del actor. Asimismo, señaló que se faltó a la verdad sobre una serie de hechos y que, como colofón, no se declaró confeso al actor ante su incomparecencia a la audiencia fijada para la absolución de posiciones; incluso, el sobre que contenía las posiciones ni siquiera fue abierto por la Jueza y, sin embargo, ésta sostuvo en su fallo que esta confesión fue apreciada por la misma. Más adelante agregó que no se realizó una apreciación objetiva de las pruebas periciales, dejándose de lado la producida por el perito propuesto por el mismo; y que es un criterio erróneo considerar que un masterado en administración de empresas en EE.UU., la condición de abogado del pretendiente, y el ejercicio del comercio de artesanías africanas no son suficientes para probar la experiencia del actor, procurando denotar con ello la ausencia del factor subjetivo para la procedencia de esta demanda. Consideraciones todas que nos permiten concluir en la arbitrariedad de la sentencia en revisión.

Por su parte, el recurrido se presentó en esta Instancia a controvertir los argumentos esgrimidos por el nulidicente, oponiéndose al pedido de declaración de nulidad de la sentencia impugnada.

Así resumidos los argumentos del nulidicente, cabe referir que, en gran medida, como lo advirtió el recurrido, los mismos atacan la motivación de la decisión contenida en el fallo, por lo que, en principio, ellos deberían ser estudiados

apropósito del recurso de apelación, también interpuesto. Sin embargo, es de advertir que el impugnante expone sus críticas con respecto a la labor de juzgamiento para arribar a la conclusión de que la sentencia en revisión es arbitraria. Esta última puntualización hace que los señalamientos a la justicia del fallo trasciendan del ejido del recurso de apelación para instalarse en el campo del de la nulidad. Por estas razones, los argumentos del nulidicente serán atendidos bajo este epígrafe.

Abocado a esta tarea, observo, *prima facie*, que las invectivas del recurrente, expuestas contra el fallo en revisión, no se alejan de la realidad objetiva procesal.

Tal es así, que, leído el fallo *in examine*, notamos que, efectivamente, ni siquiera se mencionaron varias pruebas rendidas por los pretendidos en estos autos. Así, no existe referencia a las testificales ofrecidas y producidas por los accionados, como tampoco transluce un análisis serio de las conclusiones del perito que sostenía la tesis contraria a quienes favorecían a la tesis de la actora.

En efecto, el factor fundamental que determinó la convicción de la *A-quo* es la prueba pericial rendida por el perito de la actora y el tercero nombrado por la misma. Ello es así, pues, en lo sustancial, en el análisis efectuado por la juzgadora se observa una profusa remisión a estas conclusiones periciales. Sin embargo, solo se menciona la conclusión final del perito propuesto por los demandados, la que no fue merecedora de ningún análisis por la Jueza. Asimismo, se omitió el estudio de las pruebas testificales producidas por los accionados.

Cabe advertir, que menesterosas referencias como: “... en juicios de la naturaleza del que nos ocupa, tendientes a demostrar una considerable desproporción entre las prestaciones contratadas, la prueba pericial evaluadora es la más apropiada para resolver la cuestión.” o “...apreciada la confesión judicial del demandante, conjuntamente con las demás pruebas rendidas en juicio”, resultan insuficientes para justificar la prescindencia de las demás pruebas rendidas en juicio. Es hartamente sabido que la prueba pericial es una prueba más, importante, pero, bajo ningún concepto autosuficiente o determinante para llegar a la verdad real, sobre la cual se fallará en definitiva.

Ante estas consideraciones mi conclusión es que en el fallo en revisión no se sopesaron debidamente los eventos fácticos procesales contrapuestos. En rigor, no se confrontaron la tesis del pretendiente con la antítesis de los pretendidos para resolver el conflicto de intereses existente entre las partes. Así las cosas, concluyo que la sentencia nulidicha es, como lo califica el recurrente, arbitraria.

Lo expuesto por el recurrido, con respecto a este hecho, no cambia esta conclusión, puesto que es falso que la prueba pericial, por considerarse la más idónea, reste todo valor probatorio a las demás pruebas. Al respecto, el artículo 360 del C.P.C., dispone que el dictamen pericial será apreciado por el juez, *inter alia*, conjuntamente con “las demás pruebas y elementos de convicción que la causa ofrezca”.

Como colofón, se observa una grave irregularidad con respecto a la absolución de posiciones del actor. La jueza no sólo no declaró confeso al accionante, ante su incomparecencia a la audiencia fijada para la producción de esta prueba, sino que, además, no procedió a la apertura del sobre que contenía las posiciones –el que fue abierto recién en esta Instancia–; y, sin embargo, en abierta contradicción con esta realidad insoslayable, en su fallo menciona que la misma apreció la confesión del demandante.

Con respecto a este punto, el recurrido sostuvo que la Jueza no tenía la obligación de declarar confeso al actor por su incomparecencia a la audiencia, sino que *podía* hacerlo. Es decir, estaba facultada, pero no obligada. Agregó que las posiciones fueron referidas en el escrito de alegatos presentado por los accionados por lo que la apertura del sobre que contenía las posiciones era, básicamente, innecesaria.

Disiento, por completo, con lo referido por el recurrido, puesto que el sobre que contenía las posiciones *debió* ser abierto por la *A-quo* a los efectos de su detenido análisis; y, si la misma concluía que declarar confeso a quien debía absolver posiciones era innecesario, así *debió* expresarlo en su fallo. Además, que la parte demandada haya hecho referencias al pliego de posiciones en su escrito de alegatos no cambia esta conclusión, puesto que éstas no son más que referencias a dicha prueba, las que no pueden suplir el *análisis directo* de la misma, que, claro está, no fue realizado por la jueza de la instancia inferior.

En suma, sin ir más, concluyo que la sentencia nulidicha presenta claros vicios susceptibles de invalidarla como acto jurisdiccional, puesto que, básicamente, no se consideró lo actuado por los demandados. En todo el fallo sólo se exponen las beldades de la tesis del actor y se la robustece con las pruebas por él ofrecidas y producidas. Estando ausente la posición procesal de los accionados, salvo algunas referencias vacuas que no cumplen con los criterios de objetividad observables al tiempo de confrontar las posiciones contradictorias de las partes. Tal es así, que sólo al final del análisis contenido en la sentencia, se hace una referencia general a las pruebas ofrecidas por los demandados diciéndose que la confesión judicial fue apreciada “conjuntamente con las demás pruebas rendidas en juicio”. Lo que es claramente insuficiente como fundamentación jurídica y respuesta al usuario del sistema judicial.

Sin embargo, con respecto a la nulidad, vengo sosteniendo la postura de que la misma debe estar incardinada a un fin práctico por aquello de que la nulidad por la nulidad misma está desterrada de nuestro sistema de solución de conflictos.

El adagio *past de nullité sans grief* tiene sobrada vigencia y actualidad para este Preopinante. Además, debemos recordar que la nulidad es un dis-valor procesal, cuya naturaleza es, claramente, de *ultima ratio*, por lo que existiendo otras vías para enmendar los *errores in procedendo* advertidos en el fallo, no corresponde privarlo de los efectos jurídicos que le son propios.

Siendo así, amén de que el fallo adolece de serias irregularidades que ameritarían, sin un ápice de dudas, la declaración de nulidad, considero que no está presente en el *cas d'espèce* la finalidad concreta que motive un pronunciamiento en este sentido.

Esto es así, puesto que todos los señalamientos del nulidicente podrán ser estudiados, sin ninguna restricción, al atenderse el recurso de apelación y, de corresponder, el mismo será desagraviado al tiempo del estudio de la justicia de lo resuelto. Tal es así, que en esta Instancia se ordenó la apertura de la causa a prueba, periodo en el cual se procedió a la apertura del sobre que contenía las posiciones sobre las cuales debía producirse la prueba confesoria, ofrecida por los demandados; y las demás pruebas, que el nulidicente advirtió omitidas en el estudio de la cuestión de fondo, están incólume en este proceso, por lo que ellas podrán sopesar las conclusiones de la *A-quo*.

En suma, el vicio que amerita la nulidad de la sentencia está patente en este caso, mas no el interés en que se declare con lugar a este recurso. Por otro lado, efectuados los controles formales, no se observan vicios en la sentencia impugnada que ameriten la declaración de nulidad a tenor del artículo 404 del C.P.C.

Así las cosas, por los argumentos expuestos, considero que el recurso de nulidad debe desestimarse. Así voto.

A Sus Turnos, los Señores Miembros García Ayala y Dr. Melgarejo Coronel manifestaron adherirse al voto que antecede, haciendo suyos los argumentos expuestos por el miembro preopinante.

A la segunda cuestión planteada, el conjuer Gómez Frutos prosiguió diciendo: A Fojas 652/671 De Autos Se Presentó El Abogado Fabrice Turbaux, Representante convencional de los demandados Alain Maurice Duval Y Laurette Clementine Jeanne Boukaya De Duval, a fundar el Recurso de apelación. Su posición procesal, en esta ocasión, la resume en los siguientes puntos: (1) que no se consideró, en el fallo, que el acto jurídico impugnado trátase de una operación internacional, lo que implica erogaciones mayores a las que se hubiesen producido si estábamos ante una venta nacional; (2) que tampoco se tuvo en cuenta que la hectárea en Europa se cotiza en 30.000 Euros, por lo que resulta lógico que el precio de venta sea levemente mayor al de mercado nacional puesto que los vendedores, al buscar el mejor mercado, incurrieron en gastos y mayores esfuerzos para concretar la operación; (3) que el actor, al tiempo de la firma del contrato, se encontraba en Paraguay analizando la operación y consultando con el Dr. Jorge Gross Brown y el cónsul de Francia; (4) que, incluso, antes del vencimiento de las obligaciones de pago asumidas por el accionante el precio de las propiedades en el Chaco se duplicaron e incluso triplicaron; (5) que no se consideró la condición de venta de la heredad en cuestión, la que consistió en el pago del 50% del precio y la financiación del saldo en cuatro años a menos de la mitad de la tasa indicada por el B.C.P. Asimismo, tampoco se consideró que el inmueble, a pedido del comprador, fue fraccionado en dos partes en evitación de la constitución del derecho real de hipoteca, con el fin de evitar este oneroso gasto, operación que mal podría proponer un inexperto en este tipo de operaciones; (6) que debe tenerse en cuenta que las pericias a la propiedad fueron realizadas luego de dos años de la concreción de la operación de compraventa, por lo que, ante el abandono del inmueble, resulta lógico que la infraestructura del establecimiento presente deterioros; (7) que los informes periciales presentados por el Arq. Tippach y Oscar Nuñez presentan serios errores como ser la conclusión de que la productividad en la zona es de 35kg de carne por hectárea, cuando que un ternero nace con dicho peso. Señala que los establecimientos en el departamento de Boquerón llegan, incluso, a una productividad de 200kg por hectárea en el año; (8) sigue criticando las conclusiones contenidas en los informes periciales diciendo que los peritos, al realizar las aclaraciones y explicaciones de su trabajo incurrieron en varias contradicciones, sin embargo, la *A-quo* consideró que sus respuestas eran razonables; (9) que la propiedad se vendió a U\$S 214 la hectárea, lo que no constituye un precio excesivo conforme a los valores demostrados en juicio mediante informes, testificales y la prueba pericial. Además, antes del vencimiento de los plazos establecidos para el pago, el precio de la propiedad en cuestión aumentó considerablemente. Es decir, el actor realizó un hábil negocio inmobiliario que le redituó sustanciales beneficios; (10) que, inexplicablemente, en el fallo no se consideraron las conclusiones contenidas en un libro, completamente desinteresado de las resultas de este pleito, con el que se demuestra, claramente, que los índices de producción que el actor recibió de la inmobiliaria, en la carpeta promocional, no se alejan de la verdad; (11) que no se tuvo en cuenta las importantes declaraciones de la Notaría Pública quien intervino en la formalización del contrato de compraventa, en las que se refiere que el Sr. Meyer estuvo asesorado por el Dr. Jorge Gross Brown y por el Consulado Francés; y que el comprador había estudiado derecho y que se dedicaba al comercio internacional de antigüedades; (12) con respecto a la inexperiencia del actor, refiere que no pudo pasarse por alto la condición de comerciante del mismo, quien se dedica a traer artículos de África para re-venderlos en Francia, además de su condición de Abogado, lo que desvirtúa su tesis de que fue sorprendido en su buena fe. Agrega, que, a la vista, surge claro el excelente negocio inmobiliario que concretó el actor al comprar una propiedad que a los dos años se revalorizó considerablemente; (13) refiere que, doctrinariamente, la figura de la lesión en el contrato de compraventa nació para tutelar al vendedor, mas no al comprador, puesto que en tanto que aquél podría verse en la obligación de vender, no puede entenderse que éste sea constreñido a comprar. La protección estaba dada al vendedor, mas no al comprador, quien no estaba obligado a comprar teniendo amplia libertad para verificar el precio y las condiciones de venta; (14) que la *A-quo*, equivocadamente, se valió de una presunción para entender configurado el elemento subjetivo que debe estar presente para la procedencia del tipo de demanda que nos ocupa, cuando que, doctrinariamente, se sostuvo que un respaldo en esta presunción convertiría a la figura en un mero análisis objetivo, llegándose a la errónea conclusión de que al advertirse una notoria desproporción entre las prestaciones el pretendiente queda exonerado de probar el elemento subjetivo, el que consiste en la existencia del factor inexperiencia

o ligereza; (15) finalmente, refiere el apelante, que declarar la nulidad de los pagarés, instrumentos circulatorios por excelencia, es una solución inviable por las notas de abstracción y autonomía de este tipo de instrumentos. Culmina el escrito solicitando la revocación de la sentencia apelada.

Por su parte, el Abogado Fernando Heisecke Gómez N., con patrocinio del Abogado José Ignacio Santiviago, en representación del actor Patrick Etienne Emmanuel Meyer, se presentó a controvertir los agravios del recurrente. Lo hizo en los términos del escrito glosado a fojas 682/728 de autos, presentación que, dada su extensión, la resumimos en los siguientes términos: luego de una exposición de la figura de la lesión, el recurrido pasó a subrayar la solidez de los argumentos del fallo apelado diciendo: (1) que en cuanto a la prueba pericial, la misma debe ser apreciada tomando en consideración, *inter alias*, la capacidad técnica del perito designado. En este sentido, señala que los peritos propuestos por su parte están matriculados en la C.S.J. como agrimensores, agrónomos, agropecuarios, tasadores y evaluadores; en tanto que el perito propuesto por la adversa está matriculado como licenciado en contabilidad y perito caligráfico, por lo que éste es menos idóneo para la pericia, con respecto a aquéllos; (2) con relación a los informes de los peritos, el recurrido, ahondando en detalles, sostiene que el trabajo presentado por el Lic. Arriola presenta contradicciones, al tiempo de exponer las razones por las que los informes de los demás peritos deben considerarse sólidos y con sustento en un detallado estudio del establecimiento ganadero; (3) que, quedó claro que el índice de productividad de la Estancia A Gloria no supera una carga de 0.5 animal por hectárea, lo que representa entre € 1.046 y € 1.468 de ingreso neto por mes. Agrega que quedó determinado, igualmente, que la infraestructura de la propiedad no es adecuada para una explotación intensiva, sino, sólo para una actividad pecuaria extensiva; (4) que, por otro lado, señaló que el estudio de explotación de la propiedad indica que el plazo de recuperación de la inversión es de 20 años, en tanto que, inexplicablemente, el perito Arriola sostuvo que el tiempo estimado para el retorno de la inversión es de 8 años. Agrega, además, que al efectuarse las pruebas periciales se tuvo en cuenta la modalidad de pago; (5) con respecto al informe de la inmobiliaria Kuarahy y las testificales ofrecidas y producidas por los accionados, refiere que las mismas no son idóneas para crear convicción en el juzgador, puesto que ninguna de ellas se refiere a la propiedad en cuestión. Ni los testigos, ni la inmobiliaria conocen, como los peritos que realizaron un estudio del campo, puntualmente, la estancia A Gloria. Agrega que el informe pericial desplaza, incuestionablemente, a estas pruebas, las que carecen de mayor relevancia; (6) continúa diciendo que el testimonio del zootecnista Guido Kunzle Fois sí debe ser tenido en cuenta puesto que el mismo realizó un estudio en la estancia A Gloria; (7) advierte que la tamaño desproporción entre el precio convenido entre los contratantes y el precio real de la propiedad en cuestión no está justificada en todo lo alegado por el recurrente y puntualiza: (a) que la apreciación de los hechos no cambia por la consideración de que la oferta fue publicada en Francia y que el comprador es un ciudadano francés, puesto que, en definitiva, se trata de un inmueble ubicado en Paraguay y la explotación no podría más que realizarse en este país; (b) que los supuestos gastos realizados para ofertar la propiedad en Francia no fueron justificados; (c) que cuestionar el porqué de la ausencia de esfuerzo del Sr. Meyer por buscar o comparar otras ofertas es inadmisibles; (d) que, también, es irrelevante el supuesto aumento del precio de las propiedades en el Chaco, puesto que los valores deben considerarse al tiempo de la realización del acto jurídico impugnado; (e) que el fraccionamiento del 50% del valor de la propiedad no cambia la notoria desproporción que el caso nos presenta en atención a que el actor, al hacer la primera entrega ya abonó más del 30% de lo que, realmente, valía la propiedad; (8) con respecto a la inexperiencia del actor, refiere que el mismo nunca realizó operaciones comerciales como la impugnada, por lo que no puede más que concluirse en que éste no tiene experiencia en el campo, situación aprovechada por los vendedores. El recurrente finaliza su escrito solicitando, entre otras cosas, la confirmación de la sentencia alzada.

A fojas 745 vlt. de autos obra el informe de la Actuaría con respecto a las pruebas producidas en esta Instancia; y a fojas 750 vlt., la providencia por la que se clausura el debate ante este Tribunal, llamándose autos para sentencia, resolución firme y ejecutoriada a la fecha.

Así resumidas las posiciones de las partes en esta Instancia y, efectuados los controles de veracidad, lógica y normatividad, paso al estudio de las cuestiones planteadas.

Por la resolución *in examine*, la *A-quo* resolvió hacer lugar a la presente demanda tendiente a obtener la modificación equitativa de un contrato celebrado entre los aquí contendientes. Para así resolver se respaldó en los dictámenes periciales que señalaban una considerable diferencia entre el valor real del inmueble y el precio de venta acordado entre las partes. Al entender que el elemento objetivo de la lesión estaba presente en el caso que se nos plantea, y advirtiendo una notable desproporción entre las prestaciones, consideró que la carga probatoria con respecto al elemento subjetivo debía considerarse invertida. Así, ya no era el actor quien debía probar su inexperiencia; sino el demandado, la experiencia del actor con respecto al negocio realizado. Con esta conclusión, entendió que el factor subjetivo también estaba presente en el caso puesto que el demandado no demostró la experiencia del actor en las compraventas de estancias en el chaco.

El recurrente, criticó las conclusiones de la Jueza señalando las razones por las que debe considerarse que el factor objetivo, así como el subjetivo, para hacer viable la pretensión de la actora están ausente en este caso.

Al respecto, a los efectos de evitar circunloquios estériles, habiendo las partes expuesto ampliamente las teorías que gravitan en torno al artículo 671 del Código Civil en función a la figura de la lesión, me dispense de la tarea de reiterar las notas conceptuales de la figura jurídica invocada por el actor como fundamento de su posición.

Así, basta referir que el citado artículo dispone: “*Si uno de los contratantes obtiene una ventaja manifiestamente injustificada, desproporcionada con la que recibe el otro, explotando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de éste, podrá el lesionado, dentro de dos años, demandar la nulidad del contrato o su modificación equitativa. La notable desproporción entre las prestaciones hace presumir la explotación, salvo prueba en contrario. El demandado podrá evitar la nulidad ofreciendo esa modificación, que será judicialmente establecida, tomando en cuenta las circunstancias al tiempo del contrato y su modificación.*”. SIC.

También dejo sentada la postura de que para la procedencia de la pretensión del actor es necesaria la concurrencia simultánea un factor objetivo: desproporción injustificada entre las prestaciones; y un factor subjetivo, que en este caso, sería: la inexperiencia del accionante; y, un elemento volitivo por parte del que salió beneficiado con la operación comercial: aprovechamiento o engaño. Disquisición conceptual sobre la cual no existe disenso.

Veamos pues, primeramente, si la conclusión de la *A-quo*, con respecto al primer requisito, el elemento objetivo, es cónsono con las constancias procesales.

Al respecto, al estudiar el recurso de nulidad sostuve que la Jueza del Primer Grado de Conocimiento no confrontó, debidamente, la tesis del actor con la antítesis de los accionados a la luz de las pruebas rendidas en autos. Siendo así, corresponde analizar el aspecto objetivo de esta demanda incluyendo en el estudio los elementos omitidos por la *A-quo*, para concluir, en definitiva, si el parecer de la juzgadora, en este sentido, es correcto o no.

Primeramente, refiero que comparto lo expuesto por el recurrido, que también es el parecer de la *A-quo*, en el sentido de que para el tipo de contienda que nos ocupa la prueba pericial es una de las más importantes para resolver el fondo de la cuestión.

Sin embargo, como ya lo advertí, por mandato imperativo del artículo 360 del Código Procesal Civil, esta prueba debe ser confrontada con las demás ofrecidas y diligenciadas durante en el decurso del proceso.

Así, con respecto a los dictámenes periciales, se advierte que no existe consenso entre los expertos llamados a dar su parecer en este juicio. Todos los peritos presentaron sus conclusiones por separado. Ante este tipo de discordia, en reiteradas ocasiones, me pronuncié dando mayor valor al parecer de la mayoría, sin que esto deba entenderse como una regla rígida bajo la cual deberían resolverse todos los casos.

Sin embargo, en esta contienda, en rigor, no se advierte una opinión mayoritaria, sino que estamos ante la presencia de dos opiniones, digamos, con similitud de orientación. Nótese que, en resumen, los factores concomitantes para determinar el factor objetivo son: el precio de la propiedad; y el potencial productivo del mismo. Sobre estos dos aspectos el perito designado por la Jueza concluyó que los valores oscilan entre € 175.000., como valor de la propiedad y € 17.683 como potencial productivo anual, deducido gastos operativos; el propuesto por la actora: entre € 139.004 y € 16.705; y el propuesto por los accionantes: entre U\$S 448.000. y € 54.496. Finalmente, resta puntualizar que el valor de venta asciende a € 410.000. y, que según la carpeta promocional, la utilidad neta anual sería de € 158.000., guarismo que, ciertamente, se aclara, es estimativo y podría variar en función a la modificación de ciertos factores.

Ahora bien, estas conclusiones deben ser analizadas, siguiendo la regla establecida en el artículo 360 del C.P.C., conjugándolas con: (a) la ponderación de la competencia de los peritos; (b) la conformidad o disconformidad de sus opiniones; y (c) los principios científicos en que se funden; y (d) las demás pruebas incorporadas al proceso.

Con respecto al primer apartado, la competencia de los peritos, contrariamente a lo señalado por el recurrido, no es dable concluir que el perito propuesto por los demandados deba ser considerado menos idóneo que los demás para pronunciarse sobre la cuestión objeto de la pericia.

En efecto, la afirmación del representante convencional del actor, al decir que el Lic. Miguel Ángel Arriola Ibañez sólo está matriculado en la Corte Suprema de Justicia como perito contable y calígrafo, no se ajusta a la verdad; puesto que, según las constancias obrantes en autos, el mismo es, también, perito tasador y evaluador. Por tanto, es falso que sus conclusiones sean la de un contador sin competencia o capacidad para la tasación y estudio de rentabilidad de un fundo ganadero.

Asimismo, cabe agregar que, en ocasiones anteriores, sostuve que no es competencia del órgano jurisdiccional juzgar a los peritos comparándolos entre sí. La norma no nos empuja a llegar al absurdo de realizar un concurso de méritos y aptitudes entre *peritos de una misma rama*. Es suficiente constatar si ellos son competentes confrontado, únicamente, la especialidad en la cual fueron matriculados en la C.S.J. y los puntos propuestos como objeto de pericia. De lo contrario, entraríamos a analizar las hojas de vida de cada profesional para decir que un médico es mejor que otro, que tal abogado es más competente con respecto a aquel, etc. Reitero, basta con que se trate de una persona con especialidad en el área dentro del cual se enmarcan los puntos objeto de pericia y que la Máxima Instancia Judicial le haya otorgado matrícula como perito en la materia.

Como colofón, para cerrar este punto, nuestro sistema procesal le brinda al litigante las herramientas necesarias para impugnar el perito propuesto por la adversa y recusar al nombrado por el juez. Al no excitarse estas vías, mal podría esgrimirse el argumento de la falta de idoneidad del perito una vez que el mismo emitió su parecer. Una solución

contraria estaría muy próxima a entrar en conflicto con el artículo 51 del C.P.C., puesto que podría darse la circunstancia de que el litigante aguarde las conclusiones del perito y si las mismas le son desfavorables, blandir los argumentos que restarían fuerza a sus conclusiones atacando su idoneidad. En suma, nombrados los peritos, cuestiones relativas a su competencia, quedan desplazadas, quedando, únicamente, el control que le cabe al juez en este sentido.

En suma, con respecto a la capacidad de los peritos, no se advierte ningún criterio que motive una discriminación entre los nombrados para asistir a la *A-quo*, en lo que no es materia de su conocimiento.

Pasemos pues, al análisis de la conformidad en las opiniones de los profesionales.

Con relación a este punto, quedó visto, a este respecto no es menester hacer mayores precisiones, que no existe conformidad entre las conclusiones dadas por los peritos que laboraron en este proceso. Todos ellos tienen conclusiones dispares. Sin embargo, la tesis del actor toma ventaja, en detrimento de la del accionante, al constatar que dos informes periciales presentan valores no muy distintos entre sí, en tanto que el tercer dictamen se aleja, ostensiblemente, de aquellas conclusiones.

Por otro lado, en lo que respecta a los principios científicos, ambas partes, tanto en los escritos de alegatos, como en sus exposiciones en esta Instancia, ahondaron en detalles con respecto a esta cuestión. Ambos litigantes señalaron supuestas contradicciones y virtudes de las conclusiones que robustecían sus respectivas posiciones procesales.

Sin embargo; sin haber desatendido todos estos señalamientos, habiendo realizado un estudio de todo lo que las partes expusieron en esta Instancia, confrontándolo con los argumentos en los que la *A-quo* fundó su decisión; considero importante puntualizar algunas cuestiones de orden procesal.

Se sostiene que el Juez es el perito de peritos, que ningún informe pericial es vinculante y que todo está sujeto al control jurisdiccional. En tamaña medida, comparto este pensamiento. Sin embargo, debemos reconocer que el control con respecto a los principios técnicos utilizados es un control de racionalidad, sin profundidad científica. El control transita por el análisis lógico, sin entrar a juzgar el contenido intrínseco de la labor realizada por los peritos.

Esto es así, pues la etiología de la participación de expertos, en determinada área de conocimiento, es, justamente, el desconocimiento del juez en dicha área. Reconociendo esta limitación mal podría el magistrado entrar a juzgar el valor intrínseco del trabajo presentado por un especialista. Esto constituiría, sin atisbos de dudas, un actuar, en el mejor de los casos, imprudente.

Nótese que si el Juez, deliberadamente, se aboca a calificar o descalificar el contenido intrínseco de los dictámenes periciales, estaríamos restándole todo valor probatorio a este tipo de pruebas y, lo que es más, constituiría un contrasentido en términos conceptuales.

Entrando al campo hipotético, para graficar cuanto vengo exponiendo, basta con preguntarnos si resultaría prudente restar todo valor probatorio a las conclusiones de un perito químico, quien sostiene que una de las partes descubrió un fármaco que representa un avance en el estado actual de la ciencia farmacéutica. La respuesta es, sencillamente, negativa. Ahora bien, si el perito químico basó sus conclusiones en criterios aplicables a la física cuántica o a la matemática aplicada sí tendríamos razones para descartar sus conclusiones.

En suma, en mi opinión, el criterio aplicable es el que, expresamente, refiere nuestro código procesal, cual es: en control de los principios científicos y el análisis de racionalidad.

Así delimitado este control, retornando a nuestra casuística, se advierte que los métodos utilizados por los peritos llamados a colaborar con la dilucidación del tema en debate, básicamente, consisten en el método de comparación y el analítico mediante observación directa. Estos métodos son los usuales para este tipo de pericia. En efecto, la comparación de valores con propiedades similares y el análisis de factibilidad de producción, sobre la base de elementos de observación directa –constatación del estado del establecimiento, suelo, pastura, análisis geográfico, etc.– son criterios generalmente admitidos. Además, para la determinación del potencial productivo se tuvieron en cuenta valores de mercado y estimaciones que, cuanto menos para este jurista, no se presentan como irracionales.

Así las cosas, no cabe restar valor probatorio a ninguno de los informes periciales por los principios científicos en los que se fundan.

Finalmente, resta analizar los informes periciales, conjuntamente, con las demás pruebas.

Al respecto, la *A-quo*, como quedó visto, efectuó un exhaustivo análisis de los informes periciales presentados por los Ing. Horacio Eduardo Jiménez Varela, Ing. Oscar Núñez Infrán, y Arq. Curt Ernesto Tippach, sin confrontarlos con las demás pruebas introducidas en este proceso y, lo que es más, sin sopesar dichos informes con el presentado por el Lic. Miguel Ángel Arriola Ibañez. Este obrar se encuentra en abierto conflicto con los artículos 269 y 360 del C.P.C.

Como lo sostuve al estudiar el recurso de nulidad, la jueza, para decidir lo resuelto en la sentencia definitiva, se limitó a decir que la prueba decisiva es la pericial y, luego del análisis de este elemento probatorio, realizó una referencia

genérica a las demás pruebas diciendo: “Finalmente, apreciada la confesión judicial del demandante, conjuntamente con las demás pruebas rendidas en juicio, conforme a los principios de la sana crítica, estima el Juzgado que no llegan la misma a enervar el valor probatorio de las pruebas de convicción producidas por la parte accionante.” Referencia que, sin atisbos de dudas, es insuficiente para cumplir con los imperativos procesales previstos en los artículos antes citados.

Esta omisión fue señalada por el apelante, al tiempo en que resaltaba el valor de las pruebas que nunca fueron consideradas en la sentencia.

Así las cosas, siguiendo con el análisis de la prueba pericial conforme a los criterios establecidos en el artículo 360 del C.P.C., concordante con el artículo 269 del mismo cuerpo legal, paso a confrontar las conclusiones de los peritos con las demás pruebas producidas en autos; supliendo, de esta forma, la omisión en la que incurrió la *A-quo*, a los efectos de determinar si, en definitiva, el fallo se ajusta a derecho o no.

Antes de entrar al análisis de las pruebas rendidas en autos, conviene formular una precisión en este punto.

Estamos analizando el elemento objetivo de la figura de la lesión, para determinar si la decisión de la jueza fue acertada al decidir modificar el contrato celebrado entre las partes.

Dicho esto, refiero que las pruebas que serán analizadas en este punto son aquellas tendientes a la determinación del valor de la heredad litigiosa; los demás elementos probatorios, los que dicen relación con el elemento subjetivo, la experiencia o inexperiencia del comprador, serán analizados *a posteriori*.

En este orden de cosas, observamos que el actor, al postular su demanda acompañó un informe de tasación realizado por el Arq. Félix Paiva en el que se refiere que el valor promedio de la hectárea es de U\$S 105., pudiendo oscilar entre U\$S 80 y U\$S 120., tipo de cambio: 1 dólar = 5.900 guaraní. Si bien es cierto que esta prueba no es vinculante puesto que fue producida sin el control bilateral de la otra parte; no es menos cierto que estos guarismos están cónsonos con el parecer del actor, puesto que el mismo los menciona en su escrito como valores referenciales.

Siguiendo con la determinación estimativa del precio de la propiedad vendida, tenemos, como lo señaló el apelante, que el Dr. Kunzle refirió que la propiedad podría alcanzar un precio máximo de U\$S 110 por hectárea.

El testigo Ernesto Gruhn, al referir que tiene 26 años de “*estar en el tema de inmobiliaria, en venta de estancias o propiedades rurales*”, manifestó que los precios de propiedades similares como la adquirida por el actor oscilan entre U\$S 200 a 250 por hectárea. Asimismo, se observa el testimonio de Luís Gabriel Nuñez Sosa, en el cual se menciona que el promedio de propiedades similares es de U\$S 200; y la deposición de Carlos Alberto Rafael Obst Adriz, quien sostiene que el valor estimativo de propiedades como la del actor es de, aproximadamente, entre U\$S 150 a U\$S 300. También tenemos a la vista el informe de la Inmobiliaria Kuarahy S.R.L. del que se concluye que los precios de propiedades similares oscilan entre U\$S 150 a U\$S 200.

Con respecto a todos los elementos probatorios recién referidos, el recurrido, al tiempo en que le restaba valor probatorio, sostuvo que con los mismos sólo se refieren valores meramente referenciales, puesto que la única persona que conoció la propiedad es el zootecnista Kunzle Fois. Continúa diciendo que ninguno de los demás testimonios, así como el informe presentado por la Inmobiliaria, se refieren puntualmente, a la propiedad sobre la cual versa el debate en este juicio. Siendo así, la única prueba que debe ser tenida en cuenta es el informe pericial presentado por los expertos propuestos por su parte, y el nombrado por la Jueza.

Al respecto, no comparto la tesis del recurrido a este respecto. En primer lugar, si bien es cierto que la prueba pericial es de capital importancia para la determinación del valor real de la heredad litigiosa, no es menos cierto que ella no excluye a los demás medios probatorios admitidos para este tipo de juicios. No es correcto limitar los medios probatorios, dada la importancia de determinada prueba. Una conclusión en este sentido limitaría, incorrectamente, las herramientas que el código procesal pone al alcance de los litigantes para probar sus afirmaciones controvertidas. Además, la consideración de que los testigos, en su mayoría, no conocen la propiedad litigiosa, no resta valor a estas pruebas puesto que, como ya fue advertido con anterioridad, uno de los métodos de valoración de las propiedades es el comparativo, teniendo como valores de referencia propiedades similares.

En suma, no considero que las pruebas referidas deban ser descartadas para la dilucidación de la cuestión sometida a juzgamiento.

En este estado del análisis, dado que la mayoría de los valores fueron dados en dólares americanos, resta convertirlos a la moneda utilizada por los contratantes al tiempo de concretarse la operación.

El recurrente, en varias ocasiones manifestó que existía paridad entre el dólar americano y el euro. Esta afirmación es inexacta. Veamos esto.

Primeramente, corresponde precisar que la fecha de la operación es el 27 de octubre del año 2.003., que es tiempo en el que se produjo el *cum-sensus* o aceptación de la oferta. En la fecha indicada las partes acordaron realizar la operación. Los documentos posteriores, tanto privados, de modificación del acuerdo inicial, como la escritura pública traslativa de dominio no son más que la consecuencia del acuerdo celebrado en la fecha indicada. Así, según el informe del Banco Central del Paraguay, obrante a fojas 398/399, cada dólar costaba Gs. 6.210; y cada euro, Gs. 7.288⁰⁶. Es decir, no existía paridad, sino una relación de 1,17. Con este parámetro debemos convertir los valores presentados en juicio en euros.

Ergo, tenemos que para el Perito Arriola Ibañez la propiedad tiene un valor de € 382.905; para los Peritos Curt Tippach y Nuñez Insfrán, € 139.004; para Jiménez Varela, € 175.000. Según los testigos el valor menor es de € 287.435; y el mayor es de € 574.871. Para la Inmobiliaria que presentó el informe de valores, el menor es igual al referido por los testigos, en tanto que el mayor es de € 383.247. Son éstos los valores que constan en autos.

Con lo apuntado, surge claro que el informe del perito propuesto por los accionantes se encuentra mejor respaldado, con las demás pruebas rendidas en juicio, que los demás.

Por esta razón, es mi parecer que, prudentemente, no se puede tener por cierto los valores presentados por los peritos propuestos por la actora, así como el presentado por el perito nombrado por la jueza. Al contrario, estos informes no se ven consolidados con las demás pruebas incorporadas a este proceso.

Así las cosas, la decisión prudente con respecto al precio venal de la propiedad debe obtenerse del promedio de los valores presentados por los peritos. Así tenemos el guarismo de € 232.303.

Este resultado, confrontado con el precio de venta, € 410.000., nos da una diferencia porcentual de 44%.

En suma, por las razones expuestas, es mi conclusión que la propiedad fue vendida al actor por un 44% más del valor de mercado.

Recapitulando sobre este punto, en lo que va del análisis, hemos estudiado los informes periciales con los parámetros establecidos en el artículo 360 del C.P.C. –competencia de los peritos, existencia de disconformidad entre sus opiniones, principios técnicos utilizados, y cotejo con las demás pruebas y elementos de convicción obrantes en este proceso–. No descartamos, como lo propuso el recurrente, las pruebas testificales y el informe de la inmobiliaria. El resultado de este análisis nos indica que dos informes periciales no están cónsonos con las demás pruebas aportadas en juicio, razón por la cual, zanjé la cuestión promediando los valores presentados en los informes periciales.

Así concluyo que la *A-quo* se excedió en su apreciación al considerar que la diferencia de valores, entre el precio de venta y el de mercado, es de 130%. Este porcentaje es imprudente y lejos está de comulgar con los elementos probatorios arrimados a este proceso. Nótese que este porcentaje fue obtenido teniendo en consideración, únicamente, el valor presentado por el perito nombrado por la misma. No se confrontó dicho guarismo con el sostenido por el perito propuesto por la actora, ni con los demás valores antes referidos.

En este estado de cosas, siempre dentro del análisis del elemento objetivo de la lesión, debemos preguntarnos si una diferencia del 44% en el precio de venta es o no manifiestamente desproporcional o injustificada, en detrimento de los intereses del actor.-

Para resolver esta interrogante, no sólo debemos tener en cuenta la diferencia porcentual antes referida, sino que es menester incluir en el análisis los factores que el recurrente dice son determinantes para la cuestión. Ello son, básicamente: que la oferta de venta tenía como destino el mercado europeo; que el 50% del precio fue financiado; que los valores entre el mercado europeo y el nacional son distintos.

En principio, cuanto nos encontramos ante una diferencia porcentual del 44% entre el precio pactado por las partes y el venal o de mercado, es fácil concluir que las prestaciones se encuentran desequilibradas. Los intereses de las partes no están compensados faltándose con ello al equilibrio que el derecho procura mantener al realizarse operaciones que se instalan en el ámbito de la justicia conmutativa. Esta conclusión no requiere de mayores consideraciones.

La posición procesal de los accionados, en cierta manera, se inclina al reconocimiento de la existencia de la desproporción entre las prestaciones, sin embargo, los mismos esbozan argumentos tendientes a justificar esta desproporción.

Así, sostienen que la venta fue realizada en Francia, lo que implica mayores gastos para la concreción del negocio, que en el mercado de destino el poder adquisitivo es sustancialmente mayor al nacional, y que el 50% del precio fue financiado con tasas de intereses menores a los del mercado.

Por mi parte, no puedo más que compartir que los factores indicados, necesariamente, deben significar un beneficio distinto, para los vendedores, al que se hubiese producido si la venta se concretaba en el mercado nacional.

En efecto, es un hecho notorio, que no exige prueba alguna, que el ingreso per cápita (IPC) en Francia es ostensiblemente mayor al IPC en Paraguay. Los índices macroeconómicos, en todos sus aspectos, de un país integrante de la Comunidad Europea, con un derecho comunitario en pleno auge, son mucho más elevados con respecto a una nación que, apenas, se encuentra en un *proceso* de integración regional. Una economía en vías de desarrollo dista mucho de la de un país desarrollado que despliega sus actividades comerciales bajo los auspicios de la primera y más fuerte comunidad internacional.

Ergo, al entrar al análisis de los factores comerciales, resulta lógico que si los vendedores apuntaban a dicho mercado, estaban buscando mayor rentabilidad en su operación. No solo deben considerarse los gastos realizados para ofertar una propiedad en Francia, sino la capacidad de los vendedores para instalar su oferta en dicho país. En términos comerciales, esta combinación de factores no pueden más que desembocar en mayores beneficios en la operación. El ingenio comercial también debe ser recompensado.

Se sostiene que la oferta y la demanda son fuerzas opuestas raramente coincidentes. Con este pensamiento, podemos afirmar que si la oferta, para el mercado local, reconocía bajos índices de probabilidad de encontrarse con la demanda; y si los vendedores, al buscar aumentar dicho índice, apuntaron a otro mercado, mejorando con ello sus probabilidades de venta, no hicieron más que diseñar una estrategia comercial. Aquí existió ingenio y esto no puede ser desatendido para justificar, en alguna medida, la desigualdad entre las prestaciones

Contra este pensamiento, el recurrido advierte que no estamos ante una venta internacional, se trata de una venta de un inmueble situado en Paraguay y, lo que es más, se trata de un establecimiento ganadero que no podría más que desplegar sus actividades en este país.

No caben dudas de que lo señalado por el recurrido no se aleja de la realidad, empero, lo expuesto no resta méritos a los esfuerzos comerciales de los vendedores para obtener un mejor beneficio en la venta de su propiedad.

En efecto, debemos entender la diferencia que existe entre el *objeto de la venta* y el *diseño de la estrategia* para concretar la venta. El objeto de venta es siempre el mismo, éste factor se mantiene inalterable; sin embargo la estrategia seguida para concretar la venta si tiene un factor innovador, cual es, la correcta elección del mercado.

En suma, éste mérito que observo en la estrategia comercial de los demandados debe ser recompensado. Sería injusto desconocer el ingenio y acierto de los vendedores para la elección del mercado y sus esfuerzos para introducir su oferta en el mismo.

El otro factor que sopesa la desproporción entre las prestaciones consiste en la modalidad de venta. En efecto, el pago del 50% del precio fue fraccionado.

El recurrido sostiene que esto en nada cambia las conclusiones puesto que al efectuarse el pago de la primera mitad no sólo se canceló el precio real del bien adquirido por el actor, sino que, incluso, ya se pagó más de su valor. También señaló que el fraccionamiento del pago de la segunda mitad fue incrementada con intereses.

Al respecto, descarto el primer argumento por las conclusiones precedentes con respecto al precio venal o de mercado del bien. Recordemos que había concluido en que el precio estimativo del bien ronda los € 232.303. Siendo así, al considerar que el pago de la mitad del precio convenido fue de € 205.000., va de suyo que debemos rechazar este argumento.

Lo sostenido por el apelante tampoco es, completamente, atendible por lo señalado por el apelado. Esto es así, pues si bien se convino en fraccionar el saldo insoluto, también se establecieron los intereses por el uso del capital foráneo. Ahora bien, debemos reconocer que los intereses convenidos son inferiores a los establecidos por el Banco Central del Paraguay para moneda extranjera. En efecto, las partes acordaron una tasa de interés del 5%, en tanto que la Banca Central autoriza una tasa de interés de hasta 10.18% nominal y 10.26% efectiva. Es decir, aquí tenemos, virtualmente, un beneficio para el actor de, aproximadamente, € 10.250. Guarismo que, ciertamente, no representa un porcentaje significativo en la operación, estaríamos hablando del 2,5% del monto de la operación. Sin embargo, dicho fraccionamiento evitó la descapitalización del comprador de una suma de dinero que bien podría ser destinada a la inversión productiva del fundo rural adquirido. Ergo, este fraccionamiento significó un beneficio para el actor.

Ante este *dossier* de consideraciones, en torno a la determinación de la existencia o no de la desproporción entre las prestaciones de las partes, el saldo de mi razonamiento es que, efectivamente, existió desproporción, aunque no en la medida antes señalada. Considero que los factores recién señalados, necesariamente, deberían repercutir en beneficio para los vendedores, por lo que una solución prudente me lleva a concluir que la desproporción existente en este caso es del 30%. Lo que implica un beneficio injustificado de los demandados de € 123.000.

Con esto doy por terminado el estudio el factor objetivo de la lesión invocada por el actor, subrayando que mi conclusión es distinta a la de la *A-quo*, no con respecto a la existencia del factor objetivo, sino con relación al *quantum* de la desproporción.

Pasemos, pues, al análisis del factor subjetivo.

Lo primero que pongo en tela de juicio es la aplicabilidad, al caso que nos ocupa, del segundo apartado del primer párrafo del artículo 671 del Código Civil. Esto es: ¿están dadas las condiciones para invertir la carga probatoria por la presunción *juris tantum* que recoge la norma citada?.

Al respecto, una desproporción entre las prestaciones determinada en un 30%, sin cortapisas, no podría ser reputada como una notable desproporción. Es una desproporción, pero no es *notable*. Notable sería si los valores comparados arrojan una diferencia que se aproxima a 100%.

Concluir que una diferencia porcentual del 30% es una *notable desproporción* entre las prestaciones sería dar a la cuestión un desenlace forzado.

Así las cosas, contrariamente a las conclusiones de la *A-quo*, considero que no están dadas las condiciones fácticas para invertir el *onus probandi* con respecto al factor subjetivo. Es decir, es el actor quien soporta la carga probatoria con respecto a la demostración de su inexperiencia para el tipo de acto celebrado.

En este punto, considero ilustrativo referir el pensamiento del Prof. Ríos Ávalos con respecto a la figura de la lesión. El mismo sostiene: “*Como se expresara con anterioridad, el objeto final de la ley no es combatir la sola desproporción en los negocios jurídicos, porque entendemos que la oferta y la demanda son el alma que mueve los negocios jurídicos; si no fuera por las mismas, se fosilizarían las posibilidades de intercambios, se cristalizarían los tráficós en el derecho, porque el interés económico, el margen de ganancias constituyen las fuentes principales de todo negocio jurídico. Se puede arrimar, sin equivocación alguna, que en cada negocio jurídico existe desproporción en las prestaciones sin que la misma sea remotamente lesiva. Esto nos demuestra que la protección legal se refiere o debe referirse, exclusivamente, a la desproporción INJUSTA: esta desproporción injusta existe, pues, porque previamente existió un abuso o aprovechamiento de una de las circunstancias previstas en la ley. Este aprovechamiento consiste en un acto inmoral, atentatorio contra la buena fe que debe presidir los negocios jurídicos, debe ser sancionado por la ley*” SIC.

Hago más las expresiones del autor antes citado y de lo dicho, subrayo que la procedencia de pretensiones, como la postulada por el actor, reconocen como requisito ineluctable, decisivo y determinante la existencia, incuestionable, del aprovechamiento de uno de los contratantes de la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra. Está dicho que la sola constatación de la existencia de la desproporción entre las prestaciones, lógicamente cuando ella no sea páfida, es orondamente insuficiente para motivar una favorable acogida de la tesis de la lesión para resolver un negocio jurídico o modificarlo judicialmente.

Es tal la importancia del debido análisis del factor subjetivo, como requisito de procedencia de este tipo de demandas, que hasta podría sostenerse que la delgada línea que marca el hito entre los valores jurídicos: autonomía de la libertad Vs. tuición a quien obró de buena fe o, su contracara, punición o reprensión a quien actuó de mala fe al contratar; está dada en la determinación de este factor.

En esta contienda, no en vano los litigantes izaron las banderas, el uno el de la autonomía de la libertad, con todo lo que ello implica; y el otro, el de la protección al contratante de buena fe cuando éste resultó perjudicado por la mala fe del otro. Es decir, uno aboga por la no intervención del órgano jurisdiccional en el negocio convenido, y el otro reclama intervención. Esta es la dicotomía entre Libertad o Estado Intervencionista.

Así, un pronunciamiento aventurado e imprudente sobre este punto nos conduciría a al absurdo de poner en riesgo todos los negocios jurídicos con características similares al que nos ocupa. En definitiva, con esto las operaciones comerciales quedarían regladas a lo que diga un perito en juicio, a lo que depongan los testigos, al buen o mal desempeño del profesional abogado como litigante, al buen o mal criterio del juez, etc. Esta es una compuerta que no la debemos abrir.

En suma, la mala fe, el aprovechamiento de una situación de inferioridad de uno de los contratantes, deben surgir nítido del caso; no cumpliéndose con esta condición la demanda no podría más que rechazarse, debiendo respetarse lo acordado por las partes.

Dicho esto, debemos preguntarnos si: (1) ¿puede considerarse al actor como una persona sin experiencia en el tipo de negocio realizado?; y (2) en caso afirmativo, ¿esta situación fue aprovechada por los accionados?.

Con respecto a la primera interrogante, la norma que contempla la figura jurídica con la que venimos laborando, en lo pertinente, dice: “...*explotando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de éste*...” SIC. En este caso se invocó la inexperiencia del actor.

Primeramente, refiero que la Jueza consideró que el actor no tenía experiencia puesto que esta consiste en la realización reiterada de un mismo acto, y no habiéndose demostrado compras anteriores de estancias por parte del actor, concluyó que el mismo carecía de experiencia en el negocio realizado.

Al respecto, el recurrido se ocupó en subrayar y resaltar lo que se entiende por “*experiencia*”, diciendo: que ésta consiste, según la Real Academia: “*practica prolongada que proporciona conocimiento o habilidad para hacer algo o conocimiento de la vida adquirido por las circunstancias o situaciones vividas y a la inexperiencia como la falta de experiencia.*”

La Jueza del grado Inferior también lo entendió así y, por mi parte, no puedo más que compartir el concepto traído a colación. En efecto, la experiencia es una cualidad en la persona que no puede más que estar ausente si la misma no realizó con anterioridad actos de similares características.

Sin embargo, considero que los codificadores fueron muy generosos al utilizar este término, a favor de la teoría de la lesión, puesto que un sinnúmero de actos comerciales, de mayor o menor envergadura, son realizados sin experiencia. Así, el primer auto se compra sin experiencia, la contratación del arquitecto para el diseño y construcción de una casa, la iniciación de un nuevo proyecto empresarial, la compra de un establecimiento comercial, la adquisición de certificados de depósitos, bonos, acciones, etc. En fin, el catálogo de actos comerciales que se realizan sin experiencia es sumamente extenso.

Así, si confrontamos esta posición con el pensamiento del Prof. Ríos Ávalos, cuando refiere que el margen de ganancia es el alma de los negocios, tendríamos que una gran cantidad de operaciones comerciales estarían potencialmente en riesgo de ser modificadas o resueltas por un juez.

Empero, amén de todo lo expuesto, no cabe más que reconocer que el Código Civil utiliza la palabra *inexperiencia* y esto no puede ser cambiado por la opinión de un Magistrado.

Así, al no haberse demostrado que el Sr. Meyer haya adquirido con anterioridad establecimientos ganaderos, ni que éste se haya dedicado al negocio inmobiliario o agropecuario, no podemos más que concluir en que el mismo carecía de experiencia.

Que el actor sea abogado, haya obtenido un PhD, o se dedique al comercio internacional de antigüedades no cambia esta conclusión. La cuestión se presenta sumamente clara. La experiencia no puede más que ser concluida de la realización anterior de actos de similar naturaleza.

También considero importante señalar que la actividad probatoria en este sentido, por más que no se den las condiciones para entender invertida la carga de la prueba, virtualmente, gravita, mayormente, sobre el demandado. Esto es así, pues la *inexperiencia* debe ser alegada, pero la actividad probatoria en este sentido no puede ser tamizada por altos grados de exigencia, puesto que se trata de un hecho inexistente. Nótese que la *inexperiencia* se configura, justamente, por la ausencia de hechos que lo desvirtúan. No puede exigirse, mayormente, al que la alega que presente un cronograma comercial de toda su vida para demostrar que nunca realizó un negocio como el que impugna. Por el contrario, es más correcto entender que el demandado es quien debe demostrar que sí existieron negocios similares anteriores que hacen desvanecer la alegada *inexperiencia*.

En suma, por las razones expuestas, concluyo que el actor no tenía experiencia en el tipo de negocio jurídico impugnado.

Así, resta analizar el factor engaño, que se nos plantea con la interrogante: ¿fue aprovechada esta *inexperiencia* por los vendedores?.

Antes de entrar a este análisis, conviene recapitular mis conclusiones. Sostuve que la desproporción entre las prestaciones quedó demostrada, concluí, además, que el actor no tenía experiencia en negocios inmobiliarios, ni en actividades agropecuarias. Es decir, sólo queda la determinación del factor engaño para entender con o sin lugar a esta demanda, compartiendo o no la decisión de la *A-quo*, aunque no por el monto determinado en la sentencia recurrida.

Con respecto a este factor, cabe advertir que la Jueza no analizó detenidamente este elemento, esto es entendible pues la misma, al considerar que la desproporción era notable, se respaldó en la presunción *juris tantum* contenida en el artículo 671 del C.C.

Por su parte, los factores que el recurrente señaló, para denotar que no existió engaño -en realidad los expuso para señalar la ausencia de *inexperiencia*- básicamente, dicen relación con el grado de preparación intelectual del actor. El recurrido no hizo más que defender la tesis de la aplicación de la presunción antes referida y señalar que la preparación intelectual de su mandante no lo hace una persona con experiencia, es decir, tampoco se focalizó en el factor engaño, aunque sí se alegó la existencia del aprovechamiento de la *inexperiencia* del actor.

Veamos estas cuestiones.

Quedó sentada mi posición de que el factor subjetivo campea en dos ámbitos, el primero está dado en quien se siente lesionado por un negocio jurídico –inexperiencia en este caso–; el segundo ámbito compete al que se lo postula como injustamente beneficiado. Ambos factores deben confluír para que este tipo de demanda sea procedente. Para consolidar esta opinión me remito a la norma en estudio, en lo pertinente se lee: “*explotando... la inexperiencia*”. Queda, pues, definido que el actuar engañoso o de mala fe necesita un caldo de cultivo. De lo contrario no hay lesión y, por lo mismo, no es posible modificar o resolver el negocio jurídico por medio de una sentencia judicial.

En el *cas d'espèce* se alegó que el actor es abogado, que tiene estudios especializados en EE.UU., que obtuvo un PhD, que es comerciante internacional de artesanías, que fue asesorado por un connotado profesional del foro y por el Consulado de Francia, y que el tiempo demostró que el comprador realizó una hábil operación inmobiliaria. Por otro lado, en sostenimiento de la tesis de la existencia del engaño tenemos la carpeta promocional en donde, según el actor, se exageró deliberadamente las virtudes del objeto de venta. Empecemos por esto último.

Con respecto a la carpeta promocional, surge claro, del análisis de las pruebas rendidas en autos, principalmente, de los informes periciales, que en la misma se sobrevaloró, especialmente, el índice de productividad del establecimiento ganadero. Es decir, el *tiempo de retorno del capital invertido* no fue honestamente estimado.

Sin dudas, en todo emprendimiento comercial uno de los factores concomitantes es el análisis del tiempo de retorno de la inversión. Es por ello que una incorrecta información en este sentido podría derivar en soluciones desacertadas.

Además, la consideración de que fue una inmobiliaria Francesa –Lalande Immobilier– quien lanzó al mercado la carpeta promocional, preparada para la oferta del fundo ganadero, no exonera a los demandados de la responsabilidad sobre el contenido de la misma. Esto es así, pues, si los mismos advertían que los datos contenidos en la promoción eran exagerados o falsos, debieron advertir esta cuestión al interesado al tiempo en que el mismo los contactó.

Ahora bien, sería un absurdo concluir que el actor compró la propiedad rural basado, únicamente, en la carpeta promocional, por lo mismo que sería una necedad no dudar de las beldades contenidas en una oferta pública en el sector privado.

La clara primacía, en la economía mundial, de los principios del liberalismo económico o neoliberalismo, la expresión *laissez faire, laissez passer* popularizada por Adam Smith, desplazan al intervencionismo Estatal. Esto implica, inexorablemente, que las ofertas de bienes y servicios no estén *reguladas* por el Estado, salvo, por supuesto, las ofertas que atañan al interés público y tengan incidencia en el aspecto social.

Por esta razón soy reacio a admitir que la carpeta promocional fue determinante en la decisión del comprador. El engaño, mal podría obtenerse por esta vía.

Además, hay otras consideraciones que favorecen la posición de los demandados. Veámoslas.

En primer término, surge claro, de la declaración testifical de la Escribana Pública quien intervino en el acto impugnado y de la absolución de posiciones del actor, que el mismo estudió Derecho, cursó un postgrado en los EE.UU., y se dedica al comercio en Francia, trayendo artesanías de África para venderlas en su país. Esto denota que no estamos ante un comprador obcecado.

También se advierte, que al tiempo de concretar la operación, el interesado consultó el mercado nacional, fue asesorado por un respetable Buffet de Abogados del foro y tuvo el acompañamiento o asesoramiento del agregado comercial de la Embajada Francesa y del Cónsul de su país.

Es decir, la compra que se impugna no fue una aventura comercial.

Además, volviendo a la carpeta promocional, se advierte que en el capítulo “Previsión de Producción y de Rentabilidad”, al final se lee: “*Este cálculo por cierto es meramente una estimación, y puede variar en función de los precios de compra y venta de los animales, de la administración y de circunstancias excepcionales, pero la utilidad será siempre importante en relación a la inversión inicial*” SIC. Las negritas y subrayado no son del original.

Siendo así, va de suyo que el comprador, necesariamente, estaba invitado a realizar un estudio de factibilidad del inmueble que pretendía adquirir, como, efectivamente, lo hizo.

También, debemos recordar que estamos analizando una operación comercial de casi medio millón de euros o más de medio millón de dólares americanos, consideración que me genera un obstáculo insalvable para admitir la tesis del engaño. Un negocio de esta envergadura, solo se consume, previa consulta a la prudencia y mediando un estudio preliminar de la factibilidad del negocio.

Finalmente, sobre este punto, como lo decía José Ingenieros, “*Mientras que la experiencia no de su fallo, todo ideal es respetable*”.

Al parecer el tiempo consolidó el negocio del Sr. Meyer, puesto que la propiedad por él adquirida incrementó su valor en el mercado inmobiliario. Es cierto que el estudio del valor de la propiedad debe remontarse al tiempo de la realización de la operación que se impugna, empero, no es menos cierto que este tipo de factores gravitan en la convicción del Magistrado al tiempo de considerar el factor engaño.

En efecto, considero que si se solicitaba la resolución del contrato, este tipo de cuestiones no deberían tenerse en cuenta; sin embargo, al peticionarse su modificación, es decir, la disminución del precio inicialmente convenido, y teniendo a la vista las tendencias en alzas de las propiedades rurales, la tesis del actor se torna poco convincente.

En suma, concluyo que la inexperiencia del actor en el tipo de negocio celebrado no fue aprovechado por los accionados, puesto que éstos demostraron que aquél fue asesorado en la compra y que realizó los análisis y consultas que creyó necesarias. En ningún momento se alegó un plan orquestado para que las personas consultadas por el actor omitan datos o brinden valores irreales. Es decir, no considero que exista el factor engaño en el caso bajo estudio.

Finalmente, con respecto a la decisión de la *A-quo* de declarar nulos y sin valor los pagarés suscritos por el actor, considero que la decisión es equivocada puesto que éste tipo de documentos obligacionales son, *esencialmente*, circulatorios. A la vez, son esencialmente circulatorios por su autonomía, literalidad, y abstracción. Es decir, son títulos circulatorios autosuficientes para el ejercicio del derecho literal en él contenido. Por esta razón, por plantear una hipótesis, al no concretarse el depósito de los mismos a la orden del Juzgado, como medida cautelar, bien podrían estar en manos de un tercero que no podría ser perjudicado por la decisión que recaiga en este proceso.

Al respecto, el recurrido subrayó que esto es un absurdo puesto que, incluso, de admitirse la demanda estarían virtualmente ante una demanda perdida por la imposibilidad de privar de los efectos jurídicos a dichos instrumentos. Respondo a este señalamiento diciendo que los pagarés, una vez emitidos, integraron el activo del tenedor de los mismos. Siendo así, la ejecución de una eventual sentencia que acoja la tesis del actor, debería hacerse por otra vía.

Finalmente, habiéndose procedido a la apertura del sobre que contiene las posiciones sobre las que debía pronunciarse el actor y, no habiendo comparecido ni justificado su ausencia a la audiencia fijada en primera Instancia para el diligenciamiento de esta prueba, corresponde declararlo confeso en esta Instancia, en atención a que este fue un punto omitido por la *A-quo*.

En suma, por las razones expuestas, encuentro que el fallo recurrido, ni es justo, ni es lógico, por lo que debe ser revocado en todas sus partes.

Con respecto a las costas del juicio, es mi parecer que el actor tenía razones para presentar esta demanda y, además, la cuestión mereció una intensa labor interpretativa de una de las figuras jurídicas de capital importancia para los negocios comerciales. Por esta razón, de conformidad a la última parte del artículo 203 del C.P.C., las costas del juicio deberán ser soportadas en el orden causado.

Por Tanto, por todo lo expuesto, es mi parecer que la sentencia apelada debe ser revocada en todos sus puntos. Así Voto.

Opinion en disidencia del Miembro Basilio García:

El análisis del expediente caratulado como mas arriba se menciona; de la S. D. No. 295 de fecha 06 de Mayo de 2.008 dictada por la Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Primer Turno, que resolvió: "... Hacer Lugar, con costas, a la presente demanda de modificación equitativa de contrato promovida por el Señor Patrick Etienne Emmanuel Meyer contra los señores Alain Maurice Duval y Laurette Clementine Jeanne Boukaya De Duval...", recurrida por el Abogado Fabrice Turboux en su carácter de representante convencional de los demandados, y del proyecto de resolución del Miembro Preopinante quien se expide por la revocación de la sentencia recurrida, me permiten expresar mi respetuosa disidencia con el mismo por las razones que expondré en el punto referente al recurso de apelación.

Apelacion: Sin embargo, en cuanto a este recurso, disiento respetuosamente con el mismo, porque no comparto la posición que asume luego del minucioso estudio que realizó del tema sometido a consideración del Tribunal, disponiendo la revocación de la sentencia recurrida, en los términos del extenso proyecto de resolución, por las razones expuestas en el mismo, decisión que no comparto porque a mi criterio, la posición asumida por la Jueza de Primera Instancia en el referido juicio al "...Hacer Lugar a la demanda promovida por el actor...", se halla ajustada a derecho parcialmente, y digo parcialmente porque estimo que la referida demanda de Modificación Equitativa del Contrato de Compra Venta de Inmueble promovida por el actor es procedente, y corresponde reducir el precio de venta del inmueble adquirido por el mismo, pero no al monto establecido en la sentencia recurrida, sino al que mencionaré mas adelante, por los fundamentos que expondré mas adelante.

El actor promueve la referida demanda basándose en lo dispuesto por el Art. 671 del Código Civil solicitando la modificación equitativa del contrato de compraventa del inmueble individualizado en el escrito de demanda que adquirió de la parte demandada conforme al contrato privado de fecha 02 de Febrero de 2.004, formalizado por Escritura Pública No. 2 de fecha 27 del mismo mes y año pasada por ante la Escribana Pública Marilyn López Fernández de Gauthier,

cuyas copias acompaña y están agregadas a los autos, afirmando que ha abonado un precio excesivo por el mismo, solicitando la reducción del precio al acordado inicialmente en la suma de Euros 205.000.- (Doscientos Cinco mil Euros), que ya abonó íntegramente a los vendedores, y como lógica consecuencia la inmediata transferencia del 50% restante de dicha Finca (Fracción B) de 1.121 Has. 3.006 m², libre de todo gravamen o restricción, también la devolución por parte de los vendedores demandados de (4) pagarés suscritos para garantizar el pago del saldo del precio del inmueble fijado finalmente en la suma de Euros 410.000.-) Cuatrocientos diez mil Euros) cuya modificación peticiona en la demanda promovida.

La Jueza interviniente le imprime el trámite pertinente a la referida acción, en la que las partes litigantes tuvieron activa participación a través de sus respectivos representantes convencionales ofreciendo y produciendo las pruebas que hacen al derecho de sus mandantes de las que da cuenta la Actuaría en el informe de fecha 10 de Abril de 2.006 de foja 558 del Tomo III de autos.

Por providencia de fecha 13 de Junio de 2.007 de foja 609 del Tomo IV, la Jueza llamó "Autos para Sentencia", y posteriormente dicta la S. D. No. 295 de fecha 06 de Mayo de 2.008 de fs. 623/636 que hizo lugar a la acción promovida por el actor, recurrida por la parte demandada.

En los términos del extenso escrito de fojas 652 /671, el Abogado Fabrice Tubaux en su carácter de representante convencional de la parte demandada, fundamenta los recursos interpuestos en el que formula severas críticas a la sentencia recurrida y expone los motivos por los que su parte se agravia contra la misma, y solicita al Tribunal su revocación con costas a la parte actora.

Por su parte, el representante convencional del actor, Abogado Fernando Heisecke en el escrito también bien extenso de fojas 682/728 presentado bajo patrocinio del Abogado José Ignacio Santiviago R. contesta el traslado que le corriera el Tribunal, en el que refuta las afirmaciones del recurrente, se opone a la apertura de la causa a prueba en esta instancia y finalmente pide al Tribunal la confirmación de la sentencia recurrida con imposición de costas a la adversa..

Antes de expedirme en el sentido ya expuesto, en disidencia con el Miembro Preopinante, me resulta imprescindible destacar la encomiable labor realizada por el mismo al efectuar un estudio minucioso de la cuestión planteada, de las posiciones asumidas por las partes litigantes, las pruebas producidas por los mismos, en especial las periciales a las que otorga la debida importancia, como también de la sentencia recurrida, tarea que le llevó a la conclusión de que la misma no está ajustada a derecho, y en consecuencia, se expide por su revocación, con costas a la parte actora..

Igualmente considero necesario señalar el valioso estudio realizado por el Miembro Preopinante de las otras pruebas producidas por las partes litigantes, además de las periciales, que le permitió un calculo aritmético el cual arrojó como resultado que la decisión prudente con respecto al precio del inmueble adquirido por el actor, debe obtenerse del promedio de los valores presentados por los peritos intervinientes en el juicio, que arroja el guarismo de Euros 232.303 (Euros doscientos treinta y dos mil trescientos tres), que confrontado con el precio de venta de Euros 410.000.- da una diferencia porcentual del 44%, llegando a la conclusión en su proyecto de que "... la propiedad fue vendida al actor por un 44% mas del valor de mercado...".

A continuación, el Miembro Preopinante en su proyecto de resolución expresa: "... Recapitulando sobre este punto, en lo que va del análisis, hemos estudiado los informes periciales con los parámetros establecidos en el artículo 360 del C.P.C. competencia de los peritos, existencia de disconformidad entre sus opiniones, principios técnicos utilizados, y cotejo con las demás pruebas y elementos de convicción obrantes en este proceso.- No descartamos, como lo propuso el recurrido, las pruebas testificales y el informe de la inmobiliaria. El resultado de este análisis nos indica que dos informes periciales no están cónsonos con las demás pruebas aportadas en juicio, razón por la cual, zanje la cuestión promediando los valores presentados en los informes periciales".

"... Así concluyo que la A-quo se excedió en su apreciación al considerar que la diferencia de valores, entre el precio de venta y el de mercado es de 130%.- Este porcentaje es imprudente y lejos está de comulgar con los elementos probatorios arrojados a este proceso.- Nótese que este porcentaje fue obtenido teniendo en consideración, únicamente, el valor presentado por el perito nombrado por la misma. No se confrontó dicho guarismo con el sostenido por el perito propuesto por la actora, ni con los demás valores antes referidos...".

"... En este estado de cosas, siempre dentro del análisis del elemento objetivo de la lesión, debemos preguntarnos si una diferencia del 44% en el precio de venta es o no manifiestamente desproporcional o injustificada, en detrimento de los intereses del actor".

Continúa formulando consideraciones el preopinante, y concluye esta parte de su proyecto de resolución en estos términos: "... Ante este dossier de consideraciones, en torno a la determinación de la existencia o no de la desproporción entre las prestaciones de las partes, el saldo de mi razonamiento es que, efectivamente, existió desproporción, aunque no en la medida antes señalada. Considero que los factores recién señalados, necesariamente, deberían repercutir en beneficio de los vendedores, por lo que una solución prudente me lleva a concluir que la desproporción existente en este caso es del 30%. Lo que implica un beneficio injustificado de los demandados de Euros 123.000".

Seguidamente pasa al análisis del factor subjetivo, mencionando lo dispuesto por el Art. 671 del Código Civil, que a su criterio no es aplicable en este caso por considerar que la desproporción estimada por él en un 30%, "... no puede ser reputada como una notable desproporción. Es una desproporción, pero no es notable. Notable sería si los valores comparados arrojan una diferencia que se aproxima a 100%...", expresa en su proyecto.

Luego hace una extensa exposición respecto a este factor, concluyendo que el actor no tenía experiencia en el negocio jurídico realizado cuya modificación pretende por medio de la acción promovida, pero al mismo tiempo afirma que en este caso no hubo engaño por parte de los vendedores, que la compra que se impugna no fue una aventura comercial, y agrega:

"...En suma, concluyo que la inexperiencia del actor en el tipo de negocio celebrado no fue aprovechado por los accionados, puesto que éstos demostraron que aquél fue asesorado en la compra y que realizó los análisis y consultas que creyó necesarias. En ningún momento se alegó un plan orquestado para que las personas consultadas por el actor omitan datos o brinden valores irreales. Es decir, no considero que exista el factor engaño en el caso bajo estudio..."

Concluye su proyecto en estos términos: "...En suma, por las razones expuestas, encuentro que el fallo recurrido, ni es justo, ni es lógico, por lo que debe ser revocado en todas sus partes..."

"...En cuanto a las costas del juicio, es mi parecer que el actor tenía razones para presentar esta demanda, y además, las cuestión mereció una intensa labor interpretativa de una de las figuras jurídicas de capital importancia para los negocios comerciales. Por esta razón, de conformidad a la última parte del artículo 203 del C.P.C., las costas del juicio deberán ser soportadas en el orden causado".

Reitero la importancia de la labor realizada por el Miembro Preopinante para emitir su voto en el sentido expuesto en el proyecto de resolución, que también estudié detenidamente, y ahora me remito a lo expuesto al iniciar el estudio del tema sometido a consideración del Tribunal, manifestando una vez más, mi respetuosa disidencia con el mismo, por compartir parcialmente, como también ya lo señalé antes, la posición asumida por la Jueza de Primera Instancia en la sentencia recurrida, al hacer lugar a la demanda promovida por el Actor, sobre modificación equitativa de contrato de compraventa, reduciendo el precio del inmueble adquirido por el mismo, que considero procedente, pero no al monto establecido en la referida sentencia, sino al monto que recién ahora expreso, después del detenido estudio de los autos, de la sentencia recurrida, de las posiciones asumidas por las partes litigantes en este juicio, y también del proyecto de resolución del Miembro Preopinante, quien luego del detenido estudio de la cuestión planteada llegó a interesantes conclusiones respecto a las pruebas producidas por los litigantes, especialmente las periciales y de testigos, que le permitieron realizar el mencionado cálculo aritmético y determinar el porcentaje en que estima la sobrevaloración del precio del inmueble adquirido por el actor, que es del 44%, como expresa en su proyecto de resolución, en los siguientes términos:

"...Así las cosas, la decisión prudente con respecto al precio venal de la propiedad debe obtenerse del promedio de los valores presentados por los peritos. Así tenemos el guarismo de EUROS 232.303..."

"...Este resultado, confrontado con el precio de venta EUROS 410.000.-, nos da una diferencia porcentual de 44%..."

Las referidas conclusiones del Miembro Preopinante refuerzan mi coincidencia parcial con la decisión de la Jueza de Primera Instancia en cuanto hace lugar a la acción promovida por el actor reduciendo el precio del inmueble adquirido por el mismo, que estimo procedente, pero no al monto establecido en la sentencia recurrida, sino al que mencionaré seguidamente, conclusiones que también me permiten reiterar mi disidencia con el mismo, porque teniendo en cuenta el valor promedio de mercado de dicho inmueble conforme a las pruebas rendidas en autos, referidas por él, no se justifica su venta por un monto que casi duplica dicho valor promedio, por lo que considero que en este caso corresponde aplicar el Art. 671 del Código Civil, y en consecuencia modificar la resolución recurrida en la forma expuesta a continuación.

Conforme a las consideraciones que anteceden, y teniendo en cuenta que el monto abonado por el actor al adquirir el inmueble casi cubre el valor total del mismo, y que el saldo pendiente de pago se ha fraccionado en cuatro cuotas anuales, estimo prudente y razonable fijar dicho saldo en el 50% de lo establecido en el contrato de compraventa cuya modificación equitativa peticiona el actor, es decir, en la suma de EUROS 105.000.- (CIENTO CINCO MIL EUROS), que la parte actora debe abonar al demandado para que el vendedor le transfiera el 50% restante de la Finca No. 804 del Distrito de Villa Hayes (Fracción B), y le devuelva los cuatro pagarés suscritos por él, que se hallan pendientes de pago, dejando establecido el precio de venta de la mencionada Finca en la suma de EUROS 315.000.- (Trescientos Quince mil Euros).

Las partes litigantes, actora y demandada, deben dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente resolución en el plazo de Diez días de que la misma quede ejecutoriada.

En cuanto a las costas, dada la forma en que se resuelve el tema en estudio en el que ninguno de los litigantes tuvo resultado favorable a sus pretensiones, conforme a lo dispuesto en el Art. 203 del Código Procesal Civil, corresponde su imposición en el orden causado.

Conforme a las constancias de autos, a las consideraciones que anteceden y a las citadas disposiciones legales; Voto en el sentido expuesto en los párrafos que anteceden.

Opinion del Magistrado Dr. Eusebio Melgarejo Coronel:

Entrando al análisis de la cuestión medular que debe determinar el precio del inmueble objeto de esta litis, y en consecuencia fundamentar la modificación equitativa del contrato, es de mencionar que el hecho, que el actor haya tenido el asesoramiento de un buffet de abogados de plaza, que dicho sea de paso no sabemos de que buffet se trata, y el asesoramiento del agregado comercial de la embajada francesa, de cuya experiencia e interés en cuestiones de esta naturaleza, tampoco tenemos certeza alguna, por una parte; y las pericias realizadas por profesionales nombrados en autos, de cuyas evaluaciones, la Jueza de grado inferior, obtuvo la suma de euros 205.000, como precio promedio y definitivo de la compra venta del inmueble de referencia, suma que finalmente el actor debía abonar por el mismo, creemos razonable teniendo en cuenta, ambos factores mencionados y los intereses que pudieran influir en el trabajo de las pericias practicadas como en el “asesoramiento” mencionado precedentemente, consideramos prudente y objetivamente aceptable disminuir el saldo pendiente en 50%, tal como lo solicita el Miembro de esta Sala, Basilio García, motivo que nos induce a votar en el mismo sentido.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Sres. Miembros en 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 el recurso de nulidad. Declarar confeso al actor, Patrick Etienne Emmanuel Meyer, a tenor del pliego de posiciones revisado en esta Instancia. Confirmar parcialmente la S.D. N°: 295 de fecha 06 de mayo de 2.008, dictada por la Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Primer Turno de la Capital, y en consecuencia Modificar el precio de venta del inmueble objeto de litis dejando establecido en la suma de 315.000 Euros; por lo que el actor debe abonar al demandado solamente 105.000 Euros para que el vendedor proceda a la transferencia del 50% restante de la Finca No. 804 del Distrito de Villa Hayes (Fracción B), y a la devolución los cuatro pagarés suscritos por él, que se hallan pendientes de pago, conforme a los argumentos expuestos en el exordio de esta resolución. Dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente resolución en el plazo de diez días de que la misma quede ejecutoriada. Imponer las costas de esta instancia en el orden causado. Anotar, registrar, notificar y remitir una copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Raúl Gómez Frutos, Eusebio Melgarejo Coronel y Basilio Garcia Ayala. Ante mí: Letizia Pereira. Actuaría Judicial.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 29

COSTAS. Costas en el orden causado. **DIVORCIO**

Corresponde imponer las costas en el orden causado en primera instancia en razón que la demandada se allanó en forma total, oportuna e incondicional al juicio de divorcio iniciado por su esposo invocando la causal del inc. h) del la ley 45/91.

TApel. En lo civ. Y Com. Cuarta Sala. 09-04-10. “Compulsas del expte. E. G. D. O. c. C.S. G. de D. s/ Divorcio A. Petición de una sola de las partes”. (Ac. Y Sent.. N° 29)

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia recurrida?

En caso contrario, ¿se halla ajustada a derecho?

Practicado el sorteo de ley, a fin de determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: Raúl Gómez Frutos, Dr. Eusebio Melgarejo Coronel y Basilio García Ayala.

A la primera cuestión planteada, el Miembro preopinante Raúl Gómez Frutos dijo: La recurrente no fundamentó en forma expresa el recurso de nulidad, y como no se observan vicios o errores en la sentencia recurrida que pudieran invalidarla como acto jurisdiccional, corresponde declararlo desierto. Es mi voto.

A sus respectivos turnos, los Miembros Melgarejo Coronel y García Ayala manifestaron adherirse al voto precedente por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada, el Miembro preopinante, Abog. Raúl Gómez Frutos, prosiguió diciendo: La Sra. C. S. G., bajo patrocinio del abogado Rafael Crichigno, se alza contra la Sentencia en revisión y fundamenta su apelación en el escrito de fs. 26/27, solicitando al Tribunal se modifique la S.D. mencionada más arriba que impone las costas de juicio a la recurrente, en el sentido de imponerlas en el orden causado de conformidad al Art. 198 del C.P.C.

Más adelante expresa: “...Que, hago oportuna esta presentación para aclarar el antepenúltimo párrafo de la resolución el cual en su última parte me carga con toda la culpa, hecho que no es así, siendo que la única culpa es la del Sr. E. G. D. O., quien abandonó el hogar por otra mujer”.

Concluye su presentación: “...solicitando la modificación del auto apelado e imponiendo las costas en el orden causado”.

En el escrito de fs. 28/31, el Abogado E. G. D. O., en su propia causa contesta el traslado de la fundamentación de la demandada Sra. C. S. G. en el que manifiesta, bajo el título de antecedentes: “...La presente causa fue iniciada en fecha 5 de mayo del año en curso, en los siguientes términos: ...en forma legal, y con arreglo a lo dispuesto en los Arts. 3,

17 y especialmente 4 inc. h) de la ley 45/91, que textualmente expresa: “Son causales del divorcio... h) La separación de hecho por más de un año, sin voluntad de unirse de cualquiera de los cónyuges”, vengo a promover ante el Juzgado a cargo de V.S. Juicio de Divorcio Vincular, del matrimonio conformado con mi actual esposa, la Sra. C. S. G. C.. Atento a lo estipulado en los Arts. 4, inc. h) de la ley 45/91 causal invocada, como fuera manifestada precedentemente, en concordancia con el 53, inc. 3) de la ley 1/92, que establece textualmente: “También la comunidad de gananciales puede concluir a petición de uno solo de los cónyuges en los siguientes casos: ...3) Por abandono voluntario que el otro hiciese del hogar por más de un año, o si hubiere contraído unión de hecho con tercera persona”, manifiesto que la presente acción es promovida en forma personal contra la demandada, por el hecho de que he abandonado el hogar conyugal, sin que exista la intención de retornar al mismo... tuvimos una larga relación de noviazgo que fue de mucha armonía, amor, ternura, comprensión y entendimiento, lo que me llevó a pensar que todo estaba listo para dar el siguiente paso lógico, es decir, celebrar el matrimonio, a fin de fortalecer la relación que estábamos viviendo. No obstante lo mencionado, luego de la celebración, la relación se fue deteriorando rápidamente, llegando a vivir situaciones insostenibles, por lo que he optado por abandonar el hogar conyugal...”.

Culmina su presentación: “...Oportunamente, dictar resolución confirmando la S.D. dictado por el A-quo e imposición de costas a la apelante”.

Asimismo, obra a fs. 33/35 de autos, el dictamen fiscal N° 3167 de fecha 15 de diciembre de 2008, fiscalía a cargo de la Agente Fiscal Gilda Maria Acevedo Corina, en el cual realiza el examen de lo ocurrido en autos, y finaliza solicitando al Tribunal dictar resolución conforme a derecho.

Del análisis de los autos, surge que efectivamente, en estos autos, se ha planteado la demanda ordinaria sobre divorcio vincular, por el Señor E. O. D. O. contra C. S.G. de D., invocando la causal prevista en la Ley 45/91, inc. h): “La separación de hecho por más de un año sin voluntad de unirse de cualquiera de los cónyuges”.

La parte demandada C.S.G. D se allanó en forma total, oportuno e incondicional, solicitando la imposición de las costas en el orden causado.

La cuestión a dilucidar radica principalmente en cuanto hace relación de las costas, y podemos determinar, que el accionante invocó como causal de divorcio, lo establecido en el inc. h) de la ley de referencia, la separación de hecho más de un año, sin voluntad de unirse los cónyuges. A fs. 13 de las compulsas, la Sra. C. S. G.de D., se presenta a contestar la demanda y se allana en forma total e incondicional a la pretensión del actor, dictándose posteriormente la sentencia de divorcio, por culpa de la misma, pero imponiéndole las costas del juicio, a pesar, reiteramos, del allanamiento total e incondicional.

El Art. 198 del C.P.C., dispone: “...Costas en el allanamiento. No se impondrán costas al vencido:

a) cuando hubiere reconocido oportunamente como fundadas las pretensiones del adversario, allanándose a satisfacerlas, a menos que hubiere incurrido en mora o que por su culpa hubiere dado lugar a la reclamación;

b) cuando se allanare dentro de quinto día de tener conocimiento de los títulos e instrumentos tardíamente presentados;

Para que proceda la exención de costas, el allanamiento debe ser incondicionado, oportuno, total y efectivo”.

En el caso de autos, se puede observar con claridad que la Sra. C. S. G. de D., se ha allanado en forma total, oportuna e incondicional, siendo efectivo tal allanamiento, ya que se ha dictado Sentencia sin necesidad de ningún trámite, por ende se ha cumplido con todos los requisitos establecidos en el Art. 198 del C.P.C.

La Jurisprudencia de nuestros Tribunales, ha sido claro en este sentido, al sostener en forma reiterada que: “...Todo allanamiento para liberar de la obligación de pagar costas, no solo ha de ser expreso, oportuno, incondicionado, sino también efectivo, pues de lo contrario subsiste la necesidad de continuar los trámites hasta obtener la sentencia condenatoria”. (Acuerdo y Sentencia N° 50 del 28 de agosto de 1958).

Conforme a lo expuesto precedentemente, corresponde que este Tribunal acoja favorablemente el recurso de apelación e imponga las costas de primera instancia en el orden causado, por las razones expuestas.

En cuanto a las costas de esta instancia, deben ser impuestas a la perdedora, conforme a lo dispuesto en los Arts. 192 y 203 del C.P.C. Es mi voto.

A sus respectivos turnos, los Miembros Dr. Melgarejo Coronel y García Ayala manifestaron adherirse al voto precedente por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando conmigo los Señores Miembros en conformidad, quedando acordada la sentencia como sigue, todo por ante mí de que lo certifico:

Resuelve: Declarar desierto el recurso de nulidad. Revocar el apartado uno de la S.D. N° 728 de fecha 5 de setiembre de 2008, dictada por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Octavo Turno en el punto que establece las costas, debiendo imponerse las de Primera Instancia en el orden causado conforme a los fundamentos expuestos en el exordio de la parte resolución. Imponer las costas de esta instancia a la parte perdedora. Anotar, registrar, notificar por cédula y remitir una copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Raúl Gómez Frutos, Basilio García Ayala y Eusebio Melgarejo Coronel. Ante mí: Letizia Pereira. Actuaría Judicial.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 37

Cuestión debatida. Se discute si procede la rendición de cuenta por la venta del bien donado al actor cuando éste era menor de edad conforme la vigencia de una resolución judicial que así lo dispone como también con respecto a los valores rescatados del Fondo Mutuo Banalemán en razón que existió gestión por parte de la demandada.

DONACION. Principios generales

La donación es un acto jurídico bilateral en el que debe existir el *com –sensus –sentir en común–* tanto del donante así como del donatario con respecto al objeto del acto. Ambas partes deben hacer confluír sus voluntades hacia una misma dirección: el perfeccionamiento del acto.

DONACION. Donaciones con cargo

Siendo esencialmente revocables los actos jurídicos a títulos gratuitos, la accionada estaba plenamente facultada para dejar sin efecto la donación tal cual lo establece el art. 1203 del C.C., sin embargo antes de revocar lo reafirmó solicitando y obteniendo con éxito la venia judicial para la venta del bien donado a su menor hijo. Si bien la aceptación se produce sobre la cosa que inicialmente constituía el objeto de liberalidad, cuanto se reclama a estas alturas de los hechos es el producto de su venta por ser el resultado de la realización del mismo.

OBLIGACION DE RENDIR CUENTAS. Obligación de rendir cuentas

La obligación de rendir cuenta que el actor le atribuye a la accionada esta fundada en la resolución judicial emanada del Juzgado de primera instancia en lo correccional del menor por la cual se resolvió autorizar al venta de la propiedad a la demandada por un precio no inferior al valor fiscal y rendir cuenta oportunamente del destino de lo producido por el bien vendido.

RESOLUCION JUDICIAL

Las resoluciones judiciales son leyes particulares.

RENDICION DE CUENTAS. Forma de la rendición de cuentas

La obligación de rendir cuentas está fundada en una ley particular (resolución judicial) y no en la administración o gestión de un interés ajeno a la accionada. Es decir en el fallo se argumenta la aplicación de una resolución judicial y no precisamente la existencia de gestión de un bien ajeno sino de uno propio.

VENIA JUDICIAL. RENDICION DE CUENTAS

Es de advertir que la venta de un bien del hijo es un acto de disposición y no meramente de uso y goce de los frutos – *usus y fructus*– como sería v.gr. la percepción de alquileres o la ocupación de la propiedad, así surge claro que el art. 83 del Código del Menor vigente al tiempo de la formalización de la venta del bien donado no tiene la virtualidad de enervar la obligación de rendir cuenta.

RENDICION DE CUENTAS. Forma de la rendición de cuentas

El juicio de rendición de cuentas reconoce dos fases. La determinación de la existencia o no de la obligación de rendir cuentas y la presentación o justificación de lo actuado.

CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE

Entre las cuentas conjuntas –dos o más titulares– se reconocen dos especies: la cuenta conjunta mancomunada y la solidaria o alternativa. La primera requiere la anuencia de todos los titulares para la realización de cualquier operación en la cuenta; en la segunda especie, por el contrario, cada titular puede actuar sin la concurrencia de los demás.

CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE

En el caso de los valores rescatados de Fondo Mutuo al tratarse de una cuenta conjunta mancomunada, más allá del origen de los fondos o de las personas que efectuaba los depósitos, lo que adquiere relevancia es que la titularidad de la cuenta recaía también en el actor por lo que los beneficios de la misma no le son ajenos, por lo que al ser el postulante titular de la cuenta conjuntamente con la demandada y al constatarse que ésta última retiró todos los valores pertenecientes a ambos comisionistas no cabe más que entender que con respecto a éste rubro también existe la obligación de rendir cuenta.

TApel. En lo civ. Y Com. Cuarta Sala. 16-04-10. “C. P. B. B. c. M. L. B. de B. s/ rendición de cuentas”. (Ac. Y Sent. N° 37)

Cuestiones:

¿Es nula la sentencia apelada?

En caso contrario, ¿se dictó conforme a derecho?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: Raúl Gómez Frutos, Basilio García Ayala y Dr. Eusebio Melgarejo Coronel.

A la primera cuestión planteada, el Conjuez Gómez Frutos dijo: El impugnante desistió expresamente de este recurso. Asimismo, efectuados los controles formales en la resolución alzada, no se advierten vicios formales en la misma que ameriten la declaración de nulidad *ex officio*, con arreglo a cuanto dispone el Art. 404 del C.P.C. Por tanto, corresponde admitir el desistimiento presentado.

A sus turnos, los Señores Miembros García Ayala y Dr. Melgarajo Coronel manifestaron adherirse al voto que antecede por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada, el Conjuez Gómez Frutos prosiguió diciendo: El abogado Israel Francisco Brambilla, representante convencional de M. L. B. de B., se presentó en esta Instancia a fundar el el recurso de apelación. Lo hizo en los términos del escrito glosado a fojas 462/470 de autos, diciendo, en lo sustancial: 1) que el A-quo, para resolver como lo hizo, no tuvo en cuenta que la donación realizada por el actor –entonces menor de edad– nunca se consolidó,

puesto que éste no la aceptó, incumpliendo, con ello, con la exigencia legal contenida en el Art. 1202 del Código Civil. Agrega, que la venta de la propiedad se produjo antes de que el beneficiario de la donación adquiriera la mayoría de edad y la acepte, con lo que la liberalidad quedó, tácitamente, revocada; 2) el apelante también puntualiza que el lote donado al actor nunca ingresó a su patrimonio, sencillamente, porque el mismo no lo aceptó; y que la venta de la propiedad se produjo antes de que el donatario acepte la dádiva; 3) se agrega que la venia judicial para la venta de la propiedad donada al accionante, fue procurada con el único fin de satisfacer una exigencia del comprado; no siendo necesaria esta autorización judicial, puesto que cuanto se vendió constituía, en ese entonces, un bien del matrimonio y no del hijo; 4) asimismo, el recurrente señala que, incluso, en el negado supuesto de que el inmueble haya ingresado al patrimonio del accionante, sobre el mismo los padres tenían el derecho del usufructo, puesto que así lo disponía el Art. 83 del Código del Menor, entonces vigente; 5) continúa señalando que el dinero percibido por la venta de la propiedad fue utilizado, conjuntamente, por ambos esposos y no, únicamente, por su representada; 6) por otro lado, con respecto a los valores rescatados del Fondo Mutuo Banaleman, refiere que ellos fueron depositados por la demandada, como se acredita con las constancias en autos, en carácter de donación al actor, con la instrucción, a la Sra. G. S. L. de A., para que los utilice, en beneficio del hijo, en caso de que le ocurriera cualquier eventualidad; 7) subraya, igualmente, que el dinero depositado fue retirado antes de que el hijo adquiriera la mayoría de edad, por lo que esta donación, tampoco fue aceptada. Agrega que el Juez, en la premura por dictar el fallo recurrido, olvidó que la cuenta en la que se efectuaron los depósitos es conjunta, por lo que cualquiera de los copartícipes podía retirar el importe depositado. Por lo demás, el apelante formula referencias en torno a la conducta del actor, el acompañamiento de la madre en la formación de éste, etc., cuestiones todas que no contribuyen al debate sobre la existencia o no de la obligación de rendir cuentas. El escrito resumido finaliza con la petición revocatoria del fallo alzado.

A fojas 471/485 de autos se presentó el Abogado Adrian D. Gill M., representante convencional de C. P. B. B., a solicitar se declare desierto el recurso de apelación que nos ocupa; y a contestar y controvertir los agravios expuestos por su contendiente. Con esta presentación, luego de extensas referencias doctrinales en torno a las figuras jurídicas invocadas en defensa de su tesis, adujo, en lo sustancial, que: por la teoría de los actos propios la accionada no puede sostener, luego de haber reconocido que la titularidad de la propiedad vendida recaía en su hijo, que el mismo bien era, en rigor del matrimonio B.-B.. Subraya, además, que el Juzgado en lo Tutelar del Menor del Quinto Turno dictó el A.I. N° 374 del 3 de noviembre de 1997, debidamente inscripto, por el que se otorgó venia a los padres para vender, en nombre del entonces menor de edad, la propiedad que el mismo recibió en donación, expresándose en el fallo, que se generaba la obligación de rendir cuentas, oportunamente, del destino de lo producido de la venta. Con respecto a los valores rescatados del Fondo Mutuo Banaleman, adujo que por disposición del Art. 25 inc 13 y 14 de la Ley 921/96 el fiduciario tiene la obligación, indelegable de rendir cuentas. Asimismo, apuntó que la misma accionada sostiene que el depósito lo realizaba ella en carácter de donación. La presentación finaliza solicitándose la confirmación de la sentencia alzada.

El debate en esta instancia de revisión concluyó con el dictado de la providencia de fecha 2 de febrero de 2010, por el que se llamó autos para resolver. Resolución firme y ejecutoriada a la fecha.

Como una cuestión preliminar, corresponde analizar si el pedido de declaración de deserción del recurso es procedente o no.

Al respecto, analizada la presentación del recurrente, se advierte que en la misma, más allá de las adjetivaciones formuladas en torno a la persona del Juez, del padre del actor y del propio actor, se critica el fallo en varios aspectos. Concretamente, se adujo que nos encontramos ante una resolución injusta puesto que el bien vendido, sobre el cual gravita la petición de rendición de cuentas nunca ingresó en el patrimonio del actor, puesto que la donación no fue aceptada por el beneficiario. También se señala que no se advirtió, en el grado inferior, que la cuenta de la cual se extrajeron sumas de dinero era de titularidad indistinta. Todo esto, entre otros argumentos.

Así las cosas, cuanto tenemos en conclusión es que este Colegiado cuenta con material laborativo para analizar la justicia del fallo traído a revisión, con lo que considero cumplida la forma de fundamentación del recurso prevista en el Art. 419 del C.P.C.

Resuelta así la petición preliminar del recurrido; y efectuados los controles de veracidad, logicidad y normatividad, pasamos al estudio de las cuestiones sometidas a control de este Tribunal.

Para iniciar este estudio cabe referir que el A-quo, con la sentencia en recurso, declaró con lugar la pretensión del actor, básicamente, por considerar que la obligación de rendir cuentas, por el precio obtenido por la venta de la propiedad, está establecida en una sentencia judicial pasada ante la autoridad de la cosa juzgada; y que con respecto a los fondos rescatados del fallido Banco Alemán, también existe obligación de rendir cuentas, puesto que se demostró que el titular-beneficiario de la cuenta es el actor.

La decisión fue criticada por el apelante en varios aspectos. Reparemos en esto.

En primer término, el recurrente señala que la donación nunca fue perfeccionada, quedando, por lo mismo, como un acto inacabado por lo que mal podría atribuírsele los efectos jurídicos que le son propios. En sustento de esta afirmación apunta que el actor nunca aceptó la donación y, lo que es más, ya no podría hacerlo puesto que el bien objeto de la liberalidad fue vendido antes de que el mismo adquiriera la mayoría de edad para consolidar la donación aceptándola, tal como lo establece el Art. 1202 del Código Civil.

Al respecto, la donación es un acto jurídico bilateral en el que debe existir el cum-sensus –sentir en común– tanto del donante así como del donatario con respecto al objeto del acto. Ambas partes deben hacer confluír sus voluntades hacía una misma dirección: el perfeccionamiento del acto.

En el cas d' espèce surge claro que la aceptación por parte del beneficiario, en principio, no se produjo puesto que el objeto de la donación fue vendido antes de que el mismo alcance la mayoría de edad para aceptar la liberalidad.

Sin embargo, la casuística planteada nos presenta ciertas particularidades que deben ser tenidas en cuenta.

La primera de ellas es que al efectuarse la venta de la propiedad no se revocó la donación, sino que, por el contrario, se procuró, con éxito, una autorización judicial para consumarla. Así fue que en la escritura pública traslativa del dominio del bien donado se consignó que los vendedores concurrían al acto autorizados por un juez para vender una propiedad perteneciente a C. P. B. B.. Es decir, el ánimo donandi de los benefactores, al tiempo de la venta de la propiedad en cuestión, se mantuvo inalterada.

Nótese que, siendo esencialmente revocables los actos jurídicos a títulos gratuitos, la accionada estaba plenamente facultada para dejar sin efectos la donación tal cual lo establece el Art. 1203 del Código Civil; sin embargo antes de revocar el acto, como podía hacerlo para vender la propiedad como suya, lo reafirmó solicitando y obteniendo con éxito la venia judicial para la venta del bien.

Así, nos encontramos ante los siguientes hechos: por un lado, la donación nunca fue revocada; pero, por el otro, el objeto de la liberalidad salió del patrimonio de los donantes antes que el donatario lo acepte. Nos debemos preguntar, entonces: ¿cómo podría producirse la aceptación de la donación?

La respuesta a esta interrogante está dada en el mismo fallo judicial que concedió la venia para la venta del bien donado. Si bien, la aceptación se produce sobre la cosa que inicialmente constituía el objeto de la liberalidad; cuanto se reclama, a estas alturas de los hechos, es el producto de su venta por ser el resultado de la realización del mismo.

En efecto, esta cuestión quedó perfectamente apuntada en el A.I. N° 374 del 3 de noviembre de 1997, emanado del Juzgado de Primera Instancia en lo Correccional del Menor del Quinto Turno, por el que se resolvió autorizar la venta de la propiedad donada, por un precio no inferior al valor fiscal, y rendir cuenta, oportunamente del destino del precio del inmueble.

Así las cosas, al producirse la aceptación de la liberalidad, ya no se reclaman derechos con respecto a la propiedad, sino con relación al precio de la venta. Y prueba de ello, es la demanda que nos ocupa, con la que el donatario no hace más que consentir la donación y reclamar la rendición de cuentas del destino de lo producido por el bien vendido.

Además, como colofón, una cuestión que no puede ser soslayada es que la obligación de rendir cuentas que el actor le atribuye a la accionada está fundada en una resolución judicial firme y consentida por la obligada. Debemos recordar que, para las partes, las resoluciones judiciales son leyes particulares.

Contra este argumento se levanta el apelante diciendo que el fallo judicial que otorgó la venia para la venta del bien era una mera formalidad exigida por el comprador para consumir la venta.

Al respecto, este fundamento no puede ser admitido para restar valor y eficacia a un fallo judicial. La mera mención de que el trámite judicial se trataba de una simple formalidad, confrontada con la comprobación de la existencia efectiva de una donación, la que nunca fue revocada, nos permite concluir que este argumento no es válido para motivar la revocación del fallo alzado.

Por otro lado, aunque siguiendo con las críticas del apelante, el recurrente alegó que en el fallo no se tuvo en cuenta que el bien vendido nunca ingresó al patrimonio del actor, sino que, por el contrario, el mismo seguía perteneciendo a los donantes, por lo que, al producirse la venta, no existió gestión de un bien ajeno, sino de uno propio.

Al respecto, como quedó visto, en el caso que nos ocupa la obligación de rendir cuentas está fundada en una ley particular –A.I. N° 374 del 3 de noviembre de 1997– y no en la administración o gestión de un interés ajeno a la accionada. Es decir, en el fallo se argumenta la aplicación de una resolución judicial y no, precisamente, la existencia de gestión de un bien del accionado. Además, como ya lo había apuntado, si bien es cierto que el objeto primigenio de la donación fue vendido, el mismo fue reemplazado por dinero en efectivo, es decir, por el precio.

También aduce, el apelante, que el Art. 83 del Código del Menor, vigente al tiempo de la formalización de la venta del bien donado, establece que: “Los padres tienen el usufructo de todos los bienes de sus hijos menores habidos en matrimonio que están bajo su patria potestad...” (sic).

A este señalamiento respondo diciendo que la otrora legislación en materia de niñez y adolescencia reconocía el usufructo en cabeza de los padres, pero no más. Es de advertir que la venta de un bien del hijo es un acto de disposición y no meramente de uso o goce de los frutos –usus y fructus–, como sería, v. gr.: la percepción de alquileres o la ocupación de la propiedad. Así, surge claro que la norma invocada no tiene la virtualidad de enervar las conclusiones que venimos extrayendo.

Finalmente, con respecto a la propiedad, el apelante sostiene que el dinero percibido por la venta de la misma fuera utilizado por ambos cónyuges y no solamente por ella.

Al respecto, como se expuso en el fallo alzado, el juicio de rendición de cuentas reconoce dos fases. La determinación de la existencia o no de la obligación de rendir cuentas; y la presentación o justificación de lo actuado. Así, cuestiones como la apuntada por el apelante deberán ser dilucidadas en la segunda etapa de este juicio.

En suma, la obligación de rendir cuenta del precio obtenido por la venta del bien donado al actor emerge de un fallo judicial y esta conclusión, recogida por el juez en su sentencia, no fue desvirtuada con los agravios expuestos por el apelante. Por tanto, la decisión impugnada es justa y lógica en cuanto a este aspecto.

Veamos ahora lo referente a los valores invertidos en Fondo Muto Banaleman.

Con respecto a este rubro, cabe precisar que la relación jurídica mantenida entre los litigantes e Inversiones Guaraní Administradora de Fondos Mutuos S.A. fue formalizada en el contrato de comisión glosado a fojas 346 de autos; y, más allá del tipo de relación que vinculaba a los contratantes, lo que resulta claro es que tanto el actor, así como la demandada eran los beneficiarios de dicho contrato conjuntamente.

Ahora bien, entre las cuentas conjuntas –dos o más titulares– se reconocen dos especies: la cuenta conjunta mancomunada y la solidaria o alternativa. La primera requiere la anuencia de todos los titulares para la realización de cualquier operación en la cuenta; en la segunda especie, por el contrario, cada titular puede actuar sin la concurrencia de los demás.

Con esta precisión debemos analizar si la cuenta conjunta que nos presenta el contrato de comisión en estudio es mancomunada o solidaria.

Con relación a este punto, en rigor, no existe mención expresa en el texto del contrato. Sin embargo, al final del mismo se advierten dos casillas. La primera para la cuenta indistinta; y la segunda para la conjunta, que es la que fue marcada en el referido contrato. Con esta puntualización surge claro que los contratantes optaron por la cuenta conjunta mancomunada.

Es decir, los beneficios derivados de dicho contrato, así como el rescate de las inversiones efectuadas, deben ser aprovechados por todos los beneficiarios y no indistintamente por cualquiera de ellos. Es decir, no existe solidaridad en la relación jurídica entre los comisionistas o beneficiarios, sino mancomunidad.

Ahora bien, con respecto a este rubro el apelante sostuvo que todas las inversiones fueron efectuadas por la accionada en concepto de donación al actor, y que esta liberalidad tampoco fue aceptada por éste último antes de que se produzca el rescate de los valores depositados.

Al respecto, como ya fue advertido, al tratarse de una cuenta conjunta mancomunada, más allá del origen de los fondos o de la persona que efectuaba los depósitos, lo que adquiere relevancia es que la titularidad de la cuenta recaía, también, en el actor por lo que los beneficios de la misma no le son ajenos.

En suma, al ser el postulante titular de la cuenta, conjuntamente con la pretendida, y al constatarse que ésta última retiró todos los valores pertenecientes a ambos comisionistas, no cabe más que entender que, con respecto a este rubro, también existe la obligación de rendir cuentas.

Concluyendo, con relación al precio obtenido por la venta del bien donado al actor, existe una clara obligación de rendir cuentas, inter alia, por la vigencia de una ley particular que así lo dispone; y con respecto a los valores rescatados de Fondo Mutuo Banaleman, la demanda también es procedente puesto que existió gestión, por parte de la demandada, de bienes que pertenecían al actor. Ergo, considero que el fallo apelado es justo y lógico en todos sus puntos, por lo que debe ser confirmado.

Con respecto a las costas de conformidad al Art. 203 inc. a) del C.P.C., las mismas deberán ser soportadas por la parte apelante.

Por tanto, por lo expuesto, es mi parecer que la sentencia recurrida debe ser confirmada, con costas, en todas sus partes. Así voto.

Opinión del magistrado, Dr. Eusebio Melgarejo Coronel. Me adhiero al voto que antecede, con el agregado de que la donación es un contrato unilateral, en que la obligación es solo por parte del donante, requisito cumplido en autos, por lo que el mismo quedó perfeccionado, sin necesidad de otras exigencias legales, por lo que la Sentencia recurrida se ajusta a derecho y debe confirmarse en esta instancia.

A su turno, el Miembro Basilicio García Ayala manifiesta que se adhiere a los votos que anteceden por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Señores Miembros en conformidad y quedando acordada la sentencia que sigue a continuación, todo por ante mí de que lo certifico:

Resuelve: Tener por desistido al impugnante del Recurso de Nulidad. Confirmar en todos sus puntos, la S.D. N° 613 de fecha 28 de setiembre de 2009, emanada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Séptimo Turno de la Capital, Secretaría a cargo de la abogada Gina Galluppi Peña, por los argumentos expuestos en el exordio de esta resolución. Imponer las costas al recurrente. Anotar, registrar, notificar y remitir una copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Raúl Gómez Frutos, Basilicio García Ayala y Eusebio Melgarejo Coronel. Ante mí: Letizia Pereira. Actuaría Judicial.

TRIBUNAL DE APELACION DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

ACUERDO Y SENTENCIA N° 8

FILIACION. Procedimiento para la filiación

Una vez cumplida la partición del juicio sucesorio, imperativamente la competencia era del Juzgado de la Niñez y Adolescencia para entender en el juicio de impugnación de filiación.

EXCEPCION DE PREVIO Y ESPECIAL PRONUNCIAMIENTO

El Juzgado cometió un error en disponer la tramitación del juicio de impugnación cuando la prescripción claramente establece que debe resolverse antes de que se resuelva continuar o no el juicio de impugnación. En efecto carece absolutamente de sentido llevar un juicio adelante en donde las pretensiones se eliminan entre si. La prescripción contemplada en el art. 247 del C.C. es una excepción de previo y especial pronunciamiento ya que de la forma en que se decida sobre su viabilidad puede o no procederse a la investigación de la paternidad.

SENTENCIA. Nulidad de la sentencia

La sentencia deviene nula al contradecir las reglas contenidas en el art. 159 del CPC y por violar el principio de congruencia al decidir sobre una sola cuestión, debiendo haber sido resuelta la excepción de prescripción al principio del juicio y no después de la tramitación de la otra pretensión que es la impugnación de la filiación. Se trata, pues de un error en el procedimiento que impide que pueda dictarse una sentencia válida, tal como lo prescribe claramente el art.

113 del CPC a pesar de que las partes no han cuestionado el diferimiento del juzgado sobre la excepción hasta el dictamiento de la sentencia.

TApel. De la Niñez y Adolescencia. 08-02-10. "A.A.C.M y otros s/ impugnación de paternidad" (Ac. Y Sent. N° 8)

Cuestiones:

¿Es nula la sentencia recurrida?

En caso contrario, ¿es justa?

Practicado el sorteo de ley, resultó el siguiente orden de votación: Dr. Silvio Rodríguez, Dr. Arnaldo Samuel Aguirre Ayala y Dra. Fulvia Núñez de Vera y Aragón.

A la primera cuestión planteada, el Dr. Silvio Rodríguez dijo: El nulidicente sostiene que la sentencia dictada es nula en razón de haberse violado los artículos 15 inc. "b" y 159 incs. "a", "b", "c", "d" y "e" del C.P.C. considerando de que las pretensiones de las partes y los poderes del Juez quedan fijados en la demanda, contestación y las cuestiones procesales (defensa) y las cuestiones sustanciales (impugnación de la filiación) debieron considerarse y resolverse, refiriéndose al fondo de la cuestión aun cuando la Jueza consideraba que debía rechazarlos. Prosiguió diciendo, que las relaciones de familia son imprescriptible, que así lo establece el Art. 633 del C.C., cuando dice: "no estarán sometidos a prescripción extintiva los derechos derivados de las relaciones de familia", razón por la cual cuando se desobedece este mandato imperativo de la Ley, se cae en tergiversaciones y arbitrariedades porque se sustrae del perímetro de la legalidad, situación prohibida a los magistrados al decidir el derecho de las partes. Culminó diciendo que en el caso de autos, la nulidad es absoluta porque afecta verdaderamente la búsqueda de la verdad, porque su tergiversación atenta directamente contra el debido proceso que es de carácter constitucional, solicitando que así se declare la sentencia impugnada y que en virtud del Art. 406 del C.P.C. resuelva el fondo de la cuestión planteada respecto a la impugnación de la paternidad (fls. 341/346).

Al contestar los agravios del apelante, la señora A. M. D., solicitó la confirmación de la sentencia recurrida, alegando que la sentencia dictada se basa en una norma legal prevista en nuestra legislación positiva y que, por ende, no se ha trasgredido ningún principio constitucional ni legal, no existiendo en consecuencia, ninguna arbitrariedad. Dijo, además, que el Juzgado, al hacer lugar a la excepción de prescripción interpuesta, por su parte ya es innecesario para el Juzgado referirse sobre el fondo de la cuestión planteada. Argumentó, asimismo, que sería absurdo e ilógico que la legislación paraguaya establezca en su Art. 247 del C.C. un plazo para que un heredero forzoso como en el caso de autos promueva la acción de impugnación y posteriormente no se pueda aplicar por una regla general prevista en el mismo C.C., como contraposición del Art. 663, por lo que en este caso debe de prevalecer el Art. 247 del C.C. frente al Art. 663 del mismo cuerpo legal (fs. 352/362). Por lo tanto, como surgen criterios encontrados respecto al recurso de nulidad, cada parte es responsable de sus respectivas posiciones.

Antecedentes del caso

1. El Señor P. F. C. O. inició el juicio de impugnación de filiación alegando que su fallecido padre, el señor A. C. Ll. no pudo haber tenido con la señora A. M. los hijos A. y J. C. M. en razón de que la demandada era muy joven (22 años) cuando se unió con su padre y éste era ya un hombre mayor con una diabetes avanzada, dolencia que según el criterio del demandante, impide la posibilidad de procrear. Básicamente, este es el fundamento de la demanda contra la señora A. M. D. (fs. 8/11). Obviamente, se ofreció como prueba el análisis del ADN.

2. Corrido el traslado de rigor por providencia del 7 de diciembre de 2006 (fs. 12), la señora A. M. D. opuso la excepción de prescripción fundada en la disposición contenida en el Art. 247 del C.C. que establece: "El reconocimiento que hiciera el reconocimiento, dentro de los ciento ochenta días, desde que hubieren tenido conocimiento del acto", además de citar otras disposiciones del Código Civil que se refiere a la misma materia. Sobre la base de esta excepción opuesta la accionada pidió el rechazo de la acción incoada (fs. 185/190).

3. Y bien, no obstante es de advertir que la señora A.M. D. en la misma fecha en que opuso la excepción (28/12/06) también contestó la demanda, presentación en la cual peticionó el rechazo de oficio de la prueba pericial de sangre de ácido desoxirribonucleico (fs. 191/202). Así las cosas, por providencia del 12 de febrero de 2007 el Juzgado corrió traslado de la excepción de prescripción opuesta (fs. 190). Posteriormente, el accionante P. F. C. O. contestó la excepción de prescripción (fs. 205/206) y por providencia del 7 de marzo de 2007 el Juzgado tuvo por contestada dicha excepción y corrió vista a la Representante del Ministerio Público y a la Defensora de la Niñez y la Adolescencia (fs. 207). La Agente Fiscal Fátima E. Escobar Sarubbi, así como la Defensora del Niño María Teresa Garcete de Sosa, coincidentemente sugirieron al Juzgado que habiéndose abierto la sucesión del señor A. C. Ll. la tramitación del juicio de impugnación debía necesariamente tramitarse ante el Juez que entendió en la sucesión del señor A. C. Ll. de conformidad a lo que dispone el Art. 733 del C.P.C. (fs. 208/209). Sin embargo, ni la Agente Fiscal ni la Defensora de la Niñez se pronunciaron sobre la excepción de prescripción interpuesta.

4. Oído el parecer de las nombradas representantes del Ministerio Público y de la Defensa de la Niñez, el Juzgado dictó el A.I. N° 307 de fecha 11 de junio de 2007, cuya parte resolutive dice: "Diferir el pronunciamiento de la excepción de prescripción interpuesta por la señora A. M. D., a fs. 185/190, para el tiempo del dictado de la sentencia definitiva, conforme al considerando de esta resolución. No hacer lugar al pedido formulado por la Agente Fiscal y la Defensora de la Niñez y la Adolescencia a fs. 208/209, por los motivos expuestos en el exordio de la presente resolución. Tener por contestada la presente demanda en los términos del escrito de fs. 191/202. Declárase competente este Juzgado para entender en la presente litis y en consecuencia; ordénase la apertura del periodo probatorio por todo el plazo de ley. Notifíquese por cédula (fls. 210/211). Contra esta resolución, la Defensora de la Niñez y la Adolescencia interpuso el recurso de apelación (fl. 214) y, en su expresión de agravios, lo único que objetó es lo relativo a la cuestión de competencia del Juzgado, es decir, el punto cuarto del A.I. N° 307 del 11 de junio de 2007 (fl. 217).

5. Finalmente, y luego de los trámites de rigor, por A.I. N° 378 de fecha 20 de noviembre de 2007, este Tribunal aclaró perfectamente que una vez que cumplida la partición del juicio sucesorio del señor A. C. Ll., imperativamente la competencia era del Juzgado de la Niñez y la Adolescencia para entender en el juicio de impugnación de filiación. En la mencionada resolución se dispuso exactamente cuanto sigue: “De acuerdo con las consideraciones que anteceden, y en la inteligencia de que únicamente la cuestión a resolverse en el caso de autos es lo concerniente al tema de la competencia del Juzgado, la resolución recurrida amerita ser confirmada y, asimismo, disponerse la devolución del presente juicio de origen, sin más trámite”. En otros términos, ha quedado claro que la confirmación se refirió únicamente a la competencia del Juzgado ya que los otros puntos no fueron cuestionados quedando incólumes dichos apartados y el Juzgado sujeto a su propia decisión (fl. 230/231).

6. En fin, en estas condiciones el juicio siguió su curso abriéndose la causa a prueba, ordenándose la prueba de A.D.N., prueba a la que siempre se opuso la parte accionada, dictándose finalmente la S.D. N° 140 de fecha 15 de abril de 2009 y en cuya parte resolutive consta cuanto sigue: “Hacer lugar, con costas, a la prescripción de la acción deducida por la señora A. M. D., en el presente juicio que por impugnación de paternidad del señor A. C. Ll., en relación a sus hijos A. A. y Y. M. C. M., deduce el señor P. F. C. O. (fls. 326/330).

Conclusiones:

El Art. 223 al referirse a las excepciones previas nítidamente impone que las mismas son de previa y especial pronunciamiento, y el Art. 224 en su inc. “g” enuncia las siguientes excepciones: “pago, transacción, conciliación, desistimiento de la acción y prescripción cuando pudieren resolverse como de puro derecho”. En este sentido, el Juzgado cometió un error en disponer la tramitación del juicio de impugnación cuando la prescripción claramente establece que debe resolverse antes de que se resuelva continuar o no con el juicio de impugnación. En efecto, carece absolutamente de sentido llevar un juicio adelante en donde las pretensiones se eliminan entre sí. En otros términos, la prescripción contemplada en el Art. 247 del C.C. es una excepción de previo y especial pronunciamiento ya que de la forma en que se decida sobre su viabilidad puede o no procederse a la investigación de la paternidad.

Lo que pasó fue que el Juzgado confundió la excepción de prescripción con la excepción de falta de acción, excepción que cuando no resulta del todo evidente se puede llegar paralelamente el juicio principal. Por dicha razón, la sentencia deviene nula al contradecir las reglas contenidas en el Art. 159 del C.P.C. y por violar el principio de congruencia al decidir sobre una sola cuestión, debiendo haber sido resuelta la excepción al principio del juicio y no después de la tramitación de la otra pretensión que es la impugnación de la filiación. Se trata, pues, de un error en el procedimiento que impide que pueda dictarse una sentencia válida, tal como lo prescribe claramente el Art. 113 del C.P.C. a pesar de que las partes no han cuestionado el diferimiento del Juzgado sobre la excepción hasta el dictamiento de la sentencia. La excepción de prescripción resulta inconciliable con la acción de impugnación de paternidad. Entonces, el juicio debe retrotraerse a la excepción de prescripción interpuesta a fin de que se resuelva como de previo y especial pronunciamiento y, dependiendo de la suerte de esta excepción, continuar con el juicio de impugnación de paternidad. En resumen, son nulas las actuaciones posteriores a la providencia de fecha 12 de febrero de 2007 obrante al folio 190 de autos. Las costas de esta Instancia deben imponerse a la parte accionada por haberse opuesto con sus argumentos a la declaración de nulidad.

A su turno, los Dres. Arnaldo Samuel Aguirre y Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón manifiestan que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada, el preopinante Dr. Silvio Rodríguez dijo:

Dada la manera en que se resolvió la primera cuestión, no corresponde expedirme sobre el fondo de la cuestión tal como lo prescribe el Art. 406 del C.P.C. y, en consecuencia, tampoco podría dictarse medidas de mejor proveer. Es mi voto.

A su turno, los Dres. Arnaldo Samuel Aguirre y Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón manifiestan que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Señores Miembros, todo por ante mí, de que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue de inmediato:

Resuelve: Declarar nula la sentencia recurrida en todas las actuaciones posteriores a la providencia de fecha 12 de febrero de 2007, debiendo retrotraerse hasta el folio 190 de autos, por las razones expuestas en el exordio de la presente resolución. Imponer las costas de esta instancia a la parte accionada. Remitir estos autos al Juzgado que sigue en el orden de turno a los efectos procesales que corresponda, y sin más trámite. Anótese, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Manuel Silvio Rodríguez, Arnaldo Samuel Aguirre Ayala y Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón. Ante mí: María E. Galeano O.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 23

ALIMENTOS. SENTENCIA. Ejecución de sentencia

En el caso si bien es cierto el alimentante ha realizado pagos en concepto de alimentos a favor de sus hijos dicho monto no se tendrá en consideración por haber sido realizado con anterioridad al acuerdo arribado y homologado con la madre de los mismos.

SENTENCIA. Ejecución de sentencia

Conforme al art. 189 del C.N.y A. los pagos abonados por el alimentante serán considerados a partir del acuerdo arribado entre las partes, deben ser abonadas por mes adelantadas y son de tracto sucesivo.

CUESTIÓN:

¿Se halla ajustada a derecho la sentencia recurrida?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: Núñez de Vera y Aragón, Rodríguez y Aguirre Ayala. A la única cuestión planteada, la miembro preopinante Núñez de Vera y Aragón dijo:

Por S.D. N° 569 de fecha 26 de octubre de 2009, dictada por el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia del Sexto Turno, resolvió: Hacer lugar parcialmente a la excepción de pago articulada por la Abog. Olivia Melgarejo, en representación del Sr. R. J. A. V y, en consecuencia, llevar adelante, con costas, la ejecución de la S.D. N° 211 de fecha 20 de mayo de 2008, recaída en autos, deducida por el Abogado Alejandro José Riera, en representación de la Sra. M D C P P contra el Sr. R. J. A. V, hasta el cobro de la cantidad de guaraníes ocho millones (Gs. 8.000.000), monto que adeuda en concepto de alimentos impagos en cumplimiento de la sentencia definitiva individualizada precedentemente, correspondiente a los meses de febrero y marzo de 2008, hasta que la acreedora se haga íntegro pago del capital, intereses y costas del juicio (fs. 92/93 vlt.).

Contra la mencionada resolución se alza la Abogada Olivia Melgarejo, representante convencional del Sr. R. J. A. V. y en lo esencial de sus agravios manifiesta: “Que la sentencia es injusta en razón de que la Jueza Inferior no tuvo en cuenta los depósitos realizados por el alimentante que asciende a la suma de Gs. 12.000.000, que fueron pagados con relación a la prestación alimenticia acordada por las partes en noviembre de 2007. Sostiene que el Sr. A. cumplió con su obligación de pago desde la firma del acuerdo, abonando y depositando en la cuenta de Interbanco, la suma total de Gs. 12.000.000 que la madre de los menores percibió en los meses de diciembre de 2007 y enero de 2008. Esa suma debe ser reconocida por este Tribunal, como parte de pago de la misma prestación alimenticia que hoy se reclama. Con respecto al depósito de Gs. 12.000.000 que realizó durante la tramitación de la presente ejecución (meses de set/oct/nov), la Jueza consideró el pago parcial efectuado, pero no la suma anteriormente percibida, que supera los Gs. 8.000.000 restantes, monto por el cual lleva adelante la presente ejecución. Además, referente a la prueba de informe de Interbanco, el Juzgado solamente solicitó informe con relación a los meses de febrero de 2008 en adelante, ignorando lo solicitado por esta representación en su escrito de excepción, que pedía informe sobre movimiento de la Caja de Ahorro de la Sra. M. D. C. P. desde diciembre de 2007 hasta noviembre de 2008, lo que probaría que se haya depositado sumas de dineros en igual concepto”. Por consiguiente, solicita se dicte sentencia no llevando adelante la ejecución promovida por la Sra. M. D. C. P. y reconociendo el pago de Gs. 12.000.000 realizado por el Sr. R. A., en concepto de asistencia alimenticia, supliendo por los meses de febrero y marzo de 2008, hoy reclamado en esta ejecución (fs. 95/96).

Asimismo, interpone recurso de apelación contra dicha resolución, el Abogado Alejandro José Riera Gagliardone, en representación de la Sra. M. D. C. P. P. y manifiesta cuanto sigue: “Que la resolución debió rechazar in totum la excepción de pago planteada por el deudor de alimentos A. V. y debió ordenar llevar adelante la ejecución por el total del monto exigido por su parte de Gs. 20.000.000, reconociendo que existe una suma parcial que fuera depositada durante la sustanciación de este juicio ejecutivo que deberá tenerse en cuenta al momento de realizar la liquidación de gastos. Los alimentos deben abonarse por mes adelantado, es decir, al inicio de cada mes, no en su última semana o varios meses después o después de notificada la demanda de ejecución. Así, al existir mora producida en forma premeditada, debe tenerse en cuenta que la suma adeudada ha comenzado a generar intereses. En otras palabras, las excepciones de pago (total o parcial) sólo se extingue la obligación hasta el monto demostrado cuando el pago cubre la suma reclamada y sus accesorios legales, y cuando este fuera anterior a la ejecución forzosa. Además, existe una contradicción que no fue tenida en cuenta por el Juzgado al momento de dictar sentencia, por un lado, la parte demandada presentó excepción de pago y, por el otro, manifestó allanamiento parcial (un día después). Sigue diciendo que no hay excepción de pago parcial si se abonó después de la intimación judicial. La A-Quo acreditó como pago parcial una suma depositada en la cuenta judicial 5 días después de la intimación, con el ilegal perjuicio económico que ello acarrea a su parte. Manifiesta que la ejecución debió llevarse adelante por los Gs. 20.000.000 exigidos, ya que en el trámite quedó demostrado que el deudor de alimentos no abonó en plazo. La intimación de pago fue realizada en fecha 19 de noviembre de 2008, y el supuesto depósito de pago de alimentos recién el 24 de noviembre de 2008, por lo que las costas deben ser impuestas al que paga en mora, ya que fue la irresponsabilidad del obligado la que provocó la ejecución. En consecuencia, solicita la revocación de la resolución, ordenando llevar adelante la ejecución por el monto exigido e imponiendo las costas al deudor en todas las instancias (fs. 99/100).

A fs. 106 de autos, la Abog. Olivia Melgarejo contesta el traslado corrídole, y solicita el rechazo de la ejecución promovida por la Sra. M. D. C. P. y se reconozca el pago de Gs. 12.000.000 efectuado por el alimentante que, al descontar de lo depositado mediante el allanamiento parcial, extinguiría la obligación de pago.

A fs. 115, obra el escrito de responde del Abog. Alejandro José Riera Gagliardone y esencialmente solicita el rechazo de la pretensión de la parte excepcionante, modificar la sentencia recurrida en el sentido solicitado por su parte e imponer las costas, en ambas instancias, al alimentante deudor y declarar el ejercicio abusivo del derecho del alimentante.

Antecedentes del caso:

1) El Juzgado de la Niñez y la Adolescencia del Sexto Turno, por S.D. N° 211 de fecha 20 de mayo de 2008, resolvió: en los apartados “1°) Homologar el acuerdo a que arribaron los progenitores Sr. R. J. A. V y la Sra. M. D. C. P. con relación al Régimen de Convivencia, Relacionamiento y Asistencia Alimenticia a favor de sus hijos en común F. D. C. y R. A. P., conforme a los términos del avenimiento obrante en autos y, 4°) Fijar la cantidad de 89,4, equivalente actualmente a la suma de guaraníes cuatro millones (Gs. 4.000.000), que el progenitor R. J. A. V. deberá proporcionar a favor de sus hijos F. D. C. y R. A. P. en concepto de asistencia alimenticia por mensualidades adelantadas, desde la firma del aludido acuerdo...”. Dicho acuerdo arribado entre las partes, data el 13 de febrero de 2008 (fs. 3) y homologado el 20

de mayo de 2008 por el Juzgado; 2) El Abog. Alejandro José Riera Gagliardone inicia juicio de ejecución de la S.D. N° 211 de fecha 20 de mayo de 2008, requiriendo la suma equivalente a Gs. 12.000.000 (monto reclamado por los meses de febrero, marzo y setiembre de 2008). Posteriormente, a fs. 28, solicita la ampliación de la ejecución mencionada, por la suma de Gs. 8.000.000 (monto correspondiente a los meses de octubre y noviembre de 2008), que en su totalidad asciende a la suma de Gs. 20.000.000, suma adeudada y reclamada por la parte actora; 3) A fs. 43, la Abog. Olivia Melgarejo, opone excepción de pago parcial de la suma de Gs. 12.000.000, allanándose en cuanto a la suma de Gs. 12.000.000 correspondientes a los meses de setiembre, octubre y noviembre de 2008. La misma manifiesta que su representado, el Sr. R. A. ha realizado los siguientes depósitos en una cuenta corriente de Interbanco a nombre de la Sra. M. D. C. P. P. (fs. 39/42):

Fecha	Monto Depositado
10/04/2008.....	Gs. 4.000.000
14/05/2008.....	Gs. 4.000.000
14/06/2008.....	Gs. 4.000.000
12/08/2008.....	Gs. 4.000.000
Total depositado.....	Gs. 16.000.000

En dicho estadio procesal, la Abog. Olivia Melgarejo, manifestó que el Sr. R. J. A. realizó depósitos en Interbanco, de Gs. 4.000.000 (10/12/07); Gs. 2.000.000 (03/01/08) y Gs. 6.000.000(29/01/08), acreditados a fs. 33/35 de autos, y que totalizan la suma de Gs. 12.000.000, y solicitó se reconozca el pago ya realizado en concepto de asistencia alimenticia por el progenitor; 4) Ahora bien, el Sr. R. A. abonó en fecha 24 de noviembre de 2008, la suma de Gs. 12.000.000 (fs. 45), en concepto de pago pendiente correspondiente a los meses de setiembre, octubre y noviembre; 5) Por otra parte, el Abog. Alejandro José Riera Gagliardone contesta el traslado de las excepciones opuestas por el alimentante (fs. 49/50), manifestando que el Sr. A. no ha presentado recibo ni boleta de depósito correspondiente a los meses de febrero, marzo, setiembre, octubre y noviembre del 2008, que totalizan 5 meses de deuda equivalente a Gs. 20.000.000; 6) En base a las actuaciones anteriores precedentemente, el Juzgado de la Niñez y la Adolescencia del Sexto Turno hizo lugar parcialmente a la excepción de pago promovido por la Abog. Olivia Melgarejo, asimismo, llevar a delante, con costas, la ejecución de la S.D. N° 211 del 20/05/08, por el cobro de Gs. 8.000.000, monto adeudado en concepto de alimentos impagos por el Sr. R. J. A., correspondiente a los meses de febrero y marzo (fs.93 vlto.).

Conclusiones:

Del análisis realizado y de las constancias de autos, surge que si bien es cierto, el alimentante ha realizado pagos en concepto de alimentos a favor de sus hijos F. D. C. y R. M. A. P., en los meses de diciembre 2007 y enero 2008, equivalente a la suma de Gs. 12.000.000, sin embargo, dicho monto no se tendrá en consideración, por haber sido realizado con anterioridad al acuerdo arribado y homologado entre los Sres. M. D. C. P. P. y R. J. A. V.

De conformidad al art. 189 del C.N. y A. que establece: “La cantidad fijada en concepto de pensión alimentaria será abonada por mes adelantado desde la fecha de iniciación de la demanda. En caso de que hubiese demanda de filiación anterior, desde la fecha de iniciación del juicio de filiación y en el caso de aumento de la prestación, convenida extrajudicialmente, desde la fecha pactada”. Es decir, que los pagos abonados por el alimentante serán considerados efectivos a partir del 13 de febrero de 2008, con motivo del acuerdo arribado entre las partes.

Con respecto a la deuda en concepto de alimentos impagos en cumplimiento de la sentencia N° 211 de fecha 20 de mayo de 2009, y, que corresponden a los meses de febrero, y marzo de 2008, se hallan pendientes, en consideración de que las cuotas alimentarias deben ser abonadas por mes adelantado y son de tracto sucesivo.

Referentes a los intereses y gastos causídicos serán tenidos en cuenta en la liquidación.

Por las consideraciones que anteceden, corresponde confirmar La sentencia recurrida, e imponer las costas en el orden causado por no responder la decisión de este tribunal a las pretensiones de las partes, a tenor de lo dispuesto en el art. 203 inc. “c” del C.P.C. Es mi voto.

A su turno los Dres. Rodríguez y Aguirre Ayala manifestaron que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

Con lo que se dió por terminado el acto, firmando los Señores Miembros, todo por ante mí de que certifico, quedando acordada la sentencia que inmediatamente sigue.

R E S U E L V E: Confirmar la S.D. N° 569 de fecha 26 de octubre de 2009, dictada por el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia del Sexto Turno, en el sentido y alcance de los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. Imponer las costas, en esta Instancia en el orden causado, a tenor de lo dispuesto en el art. 203 inc. “c” del C.P.C. Anótese, regístrese y remítase copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Manuel Silvio Rodríguez, Arnaldo Samuel Aguirre Ayala, Fulvia Imelda Nuñez de Vera y Aragón. Ante mi: María E. Galeano O. Actuaría Judicial.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 37

SENTENCIA. Ejecución de sentencia. EXCEPCION DE PAGO

En las ejecuciones de sentencia esta jurisdicción no se impone la rigidez del art.527 del CPC aplicándose sí estrictamente el principio de equidad, razón por la cual corresponde el análisis de los documentos presentados por el ejecutado como justificación de la excepción de pago parcial interpuestos.

ALIMENTOS. EXCEPCION DE PAGO

En cuanto al rubro de educación, si bien los recibos y sus respectivos montos no fueron presentados en la oportunidad procesal pertinente, no puede desconocerse que fueron abonados dentro del lapso de ejecución y por consiguiente de no

admitírsele la parte ejecutante incurriría en un enriquecimiento ilícito que el tribunal tienen la obligación de darle una solución ajustada a derecho por no estar obligado las posiciones asumidas por las partes.

COSTAS. Imposición de costas

Las costas generadas en segunda instancia deben imponerse a la parte ejecutante ya que el recurso de apelación interpuesto por la misma no prosperó.

TApel. De la Niñez y Adolescencia. 07-04-10. “S. de M. B. M s/ Pérdida de la patria potestad y declaración de estado de adaptabilidad”. (Ac. Y Sent.. Nº 37)

CUESTIÓN:

¿Es justa la sentencia recurrida?

Practicado el sorteo de ley, resultó el siguiente orden de votación: Arnaldo Samuel Aguirre, Silvio Rodríguez y Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón.

A LA cuestión planteada el miembro preopinante dijo:

La sentencia apelada rechazó la pérdida de la patria potestad y declaración de estado de adoptabilidad instaurada contra la señora María del Carmen Borondo, en relación a la niña Sacramento de María Borondo Martín. .

La Defensora Pública de la Niñez y la Adolescencia del Octavo Turno, Marina Soerensen, expresa agravios a fs. 57/61. En lo sustantivo de sus agravios, transcribimos cuanto sigue: “...Que, la Sra. María Del Carmen Borondo Martín, prófuga con orden de captura y presunta progenitora biológica de la pequeña arriba mencionada, la abandonó a su suerte a los pocos días de su nacimiento, acaecido el 30 de mayo de 2007, entregándola a quienes formarían parte con ella de una red dedicada al tráfico de niños (ver fojas 1). Una vez conocidos los hechos delictivos por parte de la justicia, es decir el día 26 de setiembre de 2007, se dispuso el inmediato abrigo de la infante en el hogar del Centro de Adopciones (ver fojas 11). Que, siete meses después de iniciado el expediente, en fecha 19 de mayo de 2008, se notificó de su inicio y se corrió vista del mismo a esta Defensoría y a la Agente Fiscal de la Niñez y Adolescencia Abog. Fátima Escobar, a fin de que se expidieran sobre las diligencias necesarias a ser llevadas acabo para determinar la identidad natural de la niña (ver fojas 24). Con cuatro meses de posterioridad y tras la realización de dos pedidos (ver fojas 26 y 32), el Centro de Adopciones fue comisionado el 24 de septiembre de 2008 (ver fojas 35) a realizar la búsqueda de los familiares biológicos de la pequeña, agregando seis meses más tarde, el 29 de marzo de 2009 su informe final, en el cual se aconseja declararla en estado de adoptabilidad debido no sólo a la ausencia de quien evidentemente no es su madre biológica sino también a los nefastos efectos de la dilatada institucionalización sufrida por la infante (ver fojas 41). Que, así las cosas y llegado el momento de sentenciar cinco meses después, el A quo deniega la acción impetrada fundándose en la falta de consentimiento de la madre biológica para dar en adopción a su retoño...”. “...Que, el A-quo decide aconsejar que se impriman contra la madre ciertos trámites correspondientes a una pérdida de la Patria Potestad controvertida, es decir aquella regulada por el art. 73 y 78 del CNA y no por la Ley 1136/97. En este orden de ideas y atendiendo a que quien será la futura demandada se encuentra con paradero desconocido, la juzgadora argumenta implícitamente la necesidad de dar curso a los pasos del art. 140 y concordantes del CPC (por ej.: publicación de edictos en periódicos, etc.), que por demás está decirlo, ni tienen que ver con el procedimiento previsto por la ley que regula la materia de adopciones ni pueden ser costeados por la Defensoría interviniente...”. “...Que, como postrer crítica al resolutorio cuestionado, debemos notar que el argumento relativo a la falta de consentimiento de una madre conocida pero con paradero desconocido esgrimido como única causa para rechazar la acción, carece de fuerza y ha sido ampliamente considerado por Vuestras Excelencias en un importante número de fallos dictados por el Tribunal a vuestro digno cargo, llegándose a la opinión conteste y uniforme de que si los padres están presentes, necesariamente deben dar su consentimiento expreso para una futura adopción, pero si los mismos están ausentes y la opción de la familia ampliada ha sido descartada, este consentimiento es suplido por el Juzgador...”. Concluye solicitando al Tribunal revocar la sentencia apelada, disponiendo la pérdida de la patria potestad que ejerce la Señora M. d. C. B. M. sobre la niña S. d. M. B. M., y declarando a la misma en estado de adoptabilidad.

La Agente Fiscal de la Niñez y la Adolescencia del Primer y Segundo Turno, Fátima Escobar, contestó la vista corréndole a fs. 65, allanándose a las pretensiones de la apelante, fs. 79/80.

En el caso de autos, es pertinente efectuar un análisis crítico de la partida de nacimiento de la niña S. de M. B. M., fs. 2, para establecer sus efectos jurídicos respecto al emplazamiento biológico de esta niña, en la que aparece como su madre M. d.C. B. M., y de la solución de este punto de la litis pasar a la impugnación efectuada por la apelante. La propuesta abonamos en el principio procesal de iura novit curiae.

Establecido el propósito, veamos el instrumento (Certificado de Nacido Vivo, fs. 3 y 4), que sirvió de soporte legal para el acto inscriptivo del nacimiento de la niña. A manera de premisa, nos permitimos transcribir el art. 55 de la Ley 1266/87, que dará soporte a nuestra conclusión: “El nacimiento se justificará mediante certificado del médico o la partera que haya asistido al parto. Si se produjere el nacimiento sin la asistencia de profesionales o idóneo alguno, los padres del recién nacido, sus familiares o parientes de cualquier grado deberán comunicar el hecho a la autoridad sanitaria de la localidad, dentro de los ocho días en la Capital y quince en el interior, para que proceda a su constatación, previa las investigaciones pertinentes, a los efectos de llenarse el requisito del certificado médico y la correspondiente autorización para la inscripción en el Registro”. Por su parte, el art. 19 del C.N. y A. establece: “El Estado preservará la identidad del niño y del adolescente. Las instituciones públicas o privadas de salud, según las normas del Código Sanitario, estarán obligadas a llevar un registro de los nacidos vivos en el que se dejará impresa la identificación dactilar de la madre y la identificación palmatócópica del recién nacido, además de los datos que correspondan a la naturaleza del documento. Un ejemplar de dicho registro se expedirá en forma gratuita a los efectos de su inscripción en el Registro Civil y otro ejemplar se remitirá a las autoridades sanitarias respectivas”.

Respecto al Certificado de Nacido Vivo, fueron agregados dos instrumentos: 1) la autorización de inscripción para el Registro Civil de nacido vivo; y 2) para uso exclusivamente estadístico por parte del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social. Cotejando ambos instrumentos, encontramos graves contradicciones, y por ese motivo, carente de base jurídica para justificar el hecho vital. El primero, fs. 3, informa que el lugar de nacimiento se produjo en Benjamín Aceval en un consultorio privado. En el segundo, fs. 4, refiere que la niña nació en el Instituto de Previsión Social (IPS) de Benjamín Aceval. Asimismo, este último instrumento informa que la madre de la recién nacida fue asistida durante su embarazo por diez veces y más, lo cual resulta materialmente imposible, porque el Ministerio Público, según Oficio de fs. 9, informó a la Jueza de la Niñez y la Adolescencia que ésta ingresó al país en fecha 25 de mayo de 2007. Otra grave omisión constituye la infracción al art. 19 del C.N. y A., transcrito más arriba. No consta en ninguno de estos instrumentos la identificación dactilar de la madre y la identificación palmatoscópica de la recién nacida, impresiones que deben extraerse inmediatamente de producido el nacimiento, para probar fehacientemente el nexo entre la madre y su hija, y así poner valla a los fraudes que pueden ocurrir en el momento del nacimiento, y que de hecho aparecen con frecuencia.

A fs. 66/77, fue agregada copia de la S.D. N° 375 de fecha 14 de octubre de 2009, dictada por el Tribunal de Sentencia, presidido por la Jueza Penal de Sentencia N° 27. En el considerando de esta resolución, se dejó asentado cuanto sigue: "...El tribunal concluye conforme al análisis precedente, que se ha probado la existencia del hecho punible de falseamiento del estado civil que involucra como partícipes a la Sra. M. d. C. B. M. y L. C., consignándose en el documento cuestionado un acontecimiento no ocurrido en la fecha, hora ni lugar indicado y falsamente el nombre de la madre de la menor pero no se ha probado que el documento referido haya sido redactado o firmado por la acusada Ángela Báez o por algún otro funcionario público...". En lo que respecta a los instrumentos de marras, podemos observar que fueron firmados supuestamente por la Dra. Ángela Graciela Báez, Gineco – Obstetra, Reg. Prof. N° 3458, porque la conclusión del Tribunal refiere que esta circunstancia no fue probada en el juicio oral y público, motivo por el cual, la misma fue absuelta de reproche y pena. También, en esta sentencia, en el punto 3 de la resolución, se declaró probada la existencia del hecho punible de falseamiento del estado civil, o sea, que no existe nexo biológico entre la niña S. d. M. B. M. y M. d. C. B. M.

Los antecedentes que hemos señalado nos llevan a la conclusión de que el Certificado de Nacido Vivo – Autorización de Inscripción para el Registro Civil, cuya fotocopia obra a fs. 3, es un instrumento inhábil para probar la relación de parentesco entre la recién nacida y la supuesta madre. Esto nos conduce a que la inscripción registral del nacimiento no se ajusta a lo previsto en el art. 61 de la Ley del Registro del Estado Civil, que transcrito expresa: "La declaración del nacimiento de hijos extramatrimoniales, se hará por cualquiera de los padres por sí o por mandatarios suficientemente autorizados en instrumento público". Siendo como es el origen biológico de la niña desconocido, en este caso, tiene que hacerse la inscripción registral de su nacimiento, conforme al último párrafo del art. 62 del mencionado cuerpo normativo, ya que la efectuada por la Señora M. d. C. B. M. carece de eficacia jurídica para emplazar parentalmente a la niña involucrada en esta acción, cuya protección corresponde al Estado.

En las condiciones relacionadas y haciendo efectivo el derecho a la identidad de la niña S. d. M. B. M., corresponde cancelar la partida de nacimiento, cuya fotocopia consta a fs. 2, asentada en la Oficina del Registro del Estado Civil de Benjamín Aceval, bajo el Acta N° 243 y al folio 77 del 5 de junio de 2007, y, simultáneamente, ordenar una nueva inscripción, debiendo preservarse el nombre y apellido de la niña, y los datos referentes al hecho vital de su nacimiento, por aplicación del art. 63 de la Ley del Registro del Estado Civil, o sea, suprimiendo el nombre de la supuesta madre en el acto registral.

Al no quedar probado el vínculo biológico de la Señora M. d. C. B. M. y de la niña S. d. M. B. M., con la cancelación de la partida de nacimiento de referencia, va de suyo que no existe la patria potestad, como es de rigor en materia de filiación, por lo que esta parte de la sentencia debe ser confirmada, con la aclaración que los argumentos explicitados son distintos a los del Juzgado. Asimismo, dado el tiempo transcurrido y que la niña se encuentra institucionalizada, es su derecho que integre una familia por la vía de la adopción, motivo por el cual esta parte de la sentencia debe ser revocada, y en consecuencia, declarar en estado de adopción a la niña Sacramento de M. B. M., debiendo comunicarse de esta medida al Centro de Adopciones para sus efectos. Es mi voto.

A sus turnos, los Miembros Silvio Rodríguez y Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón, manifiestan que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Señores Miembros, todo por ante mí que certifico, quedando acordada la sentencia que inmediatamente sigue:

R E S U E L V E : Cancelar la partida de nacimiento de la niña S. d. M. B. M., asentada en la Oficina del Registro del Estado Civil de Benjamín Aceval, bajo el Acta N° 243 y al folio 77 del 5 de junio de 2007. Ordenar que simultáneamente a la cancelación de la partida de referencia, sea inscripta en el Registro del Estado Civil la niña Sacramento de M. B. M., nacida en Benjamin Aceval, el 30 de mayo de 2007, a las 21:00 hs. Confirmar la parte de la sentencia apelada referida a la pérdida de la patria potestad, por los fundamentos expuestos. REVOCAR la parte de la sentencia apelada referida al estado de adopción de la niña Sacramento de M. B. M., y en consecuencia, declarar que se encuentra en estado de adopción, debiendo comunicarse de esta medida al Centro de Adopciones para sus efectos. Anótese, regístrese, notifíquese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia. -

Magistrados: Arnaldo Samuel Aguirre Ayala, Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón, Manuel Silvio Rodríguez. Ante mí: Marta E. Galeano O. Actuaría Judicial.

ALIMENTOS. Aumento de alimento

En el caso la progenitora conviviente promovió una demanda por aumento de asistencia alimenticia solicitando se fije en un 25% del monto que percibe el alimentante como jubilado. Habiéndose allanado el alimentante al aumento ofreciendo un incremento que haría el 70% de lo ya establecido en la sentencia a ser modificada corresponde distribuir las costas en forma proporcional conforme el art. 195 del CPC.

TApel. De la Niñez y Adolescencia. 09-04-10. "L.T.M s/ Aumento de asistencia alimenticia". (Ac. Y Sent.. N° 38)

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, Silvio Rodríguez y Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón.

A la primera cuestión planteada, el Miembro preopinante dijo:

El Señor F. R. G. G., en su escrito de expresión de agravios, desiste del recurso de nulidad. Voto por acoger favorablemente este desistimiento porque no afecta ninguna norma de orden público.

A sus turnos, los Miembros Silvio Rodríguez y Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón, manifiestan que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

La segunda cuestión planteada, el Miembro preopinante dijo:

La sentencia recurrida hizo lugar a la demanda de aumento de asistencia alimenticia promovida por la Señora F. M. M. contra el Señor F. R. G. G., a favor de su hijo L. T. M., y fijó 13,8 jornales mínimos, equivalentes a la suma de 650.000 Gs. que el demandado debe pasar a su hijo en concepto de alimentos. Asimismo, impuso las costas al demandado.

El Señor F. R. G. G. fundamenta la apelación a fs. 45/46. El núcleo de la impugnación podemos sintetizar de la siguiente manera: Invoca el Art. 198 del C.P.C. para pedir que las costas se impongan en el orden causado, alegando que se allanó a la demanda de aumento de asistencia alimentaria, en los términos expresados en el mencionado artículo, según se desprende del escrito de contestación a la misma a fs. 9 de autos.

La Señora F. M. M. contestó estos agravios a fs. 48/51, solicitando al Tribunal rechace la apelación del accionado.

En el escrito de promoción de la demanda, la Señora F. M. M. impetró para su hijo conviviente L. T. M. el aumento de la cuota alimentaria, solicitando se fije en un 25% del monto que el Señor F. R. G. G. percibe mensualmente, fs. 4. El demandado, al contestar la demanda a fs. 9, se allanó al aumento de la asistencia económica para el niño Luca Tobías Morel, ofreciendo un incremento de 200.000 Gs. que haría casi un 70% de lo ya establecido en la S.D. N° 334 del 21 de julio de 2006 (fs. 2). Para establecer el monto del aumento solicitado, la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados de Bancos y Afines elevó un informe al Juzgado, comunicando que el Señor F. R. G. G. figura en los registros como jubilado, con un haber mensual de 5.791.141 Gs., y tiene una liquidez al mes de julio de 2009 de 3.352.982 Gs. A base de este informe, el Juzgado hizo lugar a la demanda por un monto equivalente a 650.000 Gs. Para aplicar las costas, es determinante tener presente en el caso de autos que la demanda tuvo éxito, pero en lo que respecta al monto es indudable que hubo un vencimiento parcial mutuo, puesto que el accionado ofreció 200.000 Gs., más de lo que estaba pasando. En cambio, la parte actora solicitó el 25% del haber que percibe el Señor F. R. G. G. como jubilado de la mencionada entidad.

Ante estos hechos que nos ofrece el expediente, cabe aplicar el Art. 195 del C.P.C. que transcripto dice: "Si el resultado del pleito o incidente fuere parcialmente favorable a ambos litigantes, las costas se compensarán, o se distribuirán por el juez, en proporción al éxito obtenido por cada uno de ellos".

En atención al éxito obtenido por cada uno de los litigantes, corresponde distribuir proporcionalmente las costas del juicio, estableciendo que el demandado debe asumir el 80% y el 20% la parte que accionó por el aumento, revocándose, en consecuencia, la sentencia apelada en este punto. Las costas, en esta Instancia, en el orden causado, de conformidad al Art. 203 inc. c) del C.P.C. Es mi voto.

A sus turnos, los Miembros Silvio Rodríguez y Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón manifiestan que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Señores Miembros, todo por ante mí, de que certifico, quedando acordada la sentencia que inmediatamente sigue:

Resuelve: Tener por desistido al recurrente del recurso de nulidad. Revocar la sentencia apelada en lo que respecta a la imposición de las costas, y en consecuencia, distribuir proporcionalmente las mismas, imponiendo que el demandado debe asumir el 80% y la parte accionante deberá cargar con el 20%. Las costas, en esta Instancia, en el orden causado. Anótese, regístrese, notifíquese y remítase copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Arnaldo Aguirre Ayala, Manuel Silvio Rodríguez, Fulvia Imelda de Vera y Aragón. Ante mí: Maria E. Galeano O. Actuaría Judicial.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 47

PATRIA POTESTAD. Régimen de convivencia

Otorgada la convivencia de un hijo a uno de los progenitores, forzosamente debe establecerse un régimen de relacionamiento a favor del progenitor no conviviente ya que ambos juicios constituyen las dos caras de una misma moneda. Mediante la acumulación de las acciones de convivencia y relacionamiento se resolvió sobre las dos pretensiones evitándose así la necesidad de plantearse un nuevo juicio para el reracionamiento.

PATRIA POTESTAD. Régimen de convivencia

Las pruebas aportadas en el proceso de convivencia son las que sirven de base para los juicios de convivencia y reraconamiento y de ningún modo puede argumentarse que se le dejó en indefensión al accionado, tal como éste lo manifestó en su curioso título de nulidades.

PRUEBA. Apreciación de la prueba. PRESUNCIONES

El juzgado no se encuentra obligado a pronunciarse sobre todas las pruebas producidas para dictar la sentencia que corresponda, sino en las que estime suficientes para tomar una determinación en uno u otro sentido. Y en este estudio de las probanzas, no puede perderse de vista la importancia de las presuncionales, que son aquellas derivadas de otras o que pueden deducirse de ciertas constancias que surgen de las constancias de autos.

PATRIA POTESTAD. Régimen de convivencia

El régimen de convivencia solicitado por la actora no fue sino la de confirmar una situación de hecho ya consumado. En cierto modo, la situación así creada fue admitida por el padre atendiendo a que su hija entra en un colegio que se halla ubicado frente a su casa de tal suerte que aquél la retiraba del colegio hasta la vuelta de la madre de su trabajo.

PATRIA POTESTAD. Régimen de convivencia

El hecho de que la actora trabaja en forma continuada de mañana y tarde para mantener a su hija no significa necesariamente que la niña esté abandonada a su suerte.

PATRIA POTESTAD. Derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad

Si bien es cierto que el ejercicio de la patria potestad debe ser compartido entre ambos progenitores de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 53 de la Constitución Nacional y 70 y 71 del Código de la Niñez y Adolescencia, no es menos cierto que tiene que haber un consentimiento recíproco para que la educación de la niña tenga solidez.

PATRIA POTESTAD. Régimen de convivencia. Derecho del menor a ser oído

La opinión de la niña resulta muy relevante porque dada su edad (6 años), ya estaba con la madurez necesaria para expresarse libremente. De modo que, si estaba viviendo con la madre y quiere seguir viviendo con ella, no aparecen razones valederas para decidir contrariamente a sus deseos. Por otra parte, dada su condición de niña y futura mujer, resulta mucho más conveniente que la convivencia la detente la progenitora.

TApel. De la Niñez y Adolescencia. 23-04-10. "Compulsas del expte. A. M. G. s/ Régimen de convivencia" (Ac. Y Sent.. N° 47)

C U E S T I Ó N

¿Se halla ajustada a derecho la sentencia recurrida?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: Dr. Silvio Rodríguez, Dr. Arnaldo Samuel Aguirre Ayala y Dra. Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón.

A la única cuestión planteada el preopinante Dr. Silvio Rodríguez dijo: En la sentencia recurrida el Juzgado resolvió sobre los siguientes puntos: 1°) Otorgar la convivencia de A. M. G. N. a su madre la señora M. G. N. A. 2°) Ordenar el levantamiento de la medida cautelar dispuesta por el A.I.N° 444 de fecha 11 de setiembre del 2009. 3°) Disponer el Relacionamiento del Sr. C. D. G. E. con su hija A. M. G. N. a llevarse a cabo de la siguiente manera: durante la semana: El progenitor podrá retirar a la niña los días miércoles a las 14:00 a 18:30 horas, devolviéndola al domicilio materno; Fines de semana: el primer y tercer fin de semana del mes; los días sabados de 09:00 a 18:30 horas y el 2do y 4to. fin de semana los días domingos de 09:00 a 18:30 horas: fiestas de fin de año: navidad con la madre, año nuevo con el padre pudiendo retirarla el día 31 a las 18:00 horas y devolverla al domicilio materno el día 1° a la 18:30 horas; días de reyes: a la mañana hasta las 16:00 horas con la madre y de 16:30 horas a las 21:00 horas con el padre; semana santa, jueves y viernes santo con la madre, sábado y domingo de pascua con el padre, pudiendo retirarla el sábado de 09:00 a 18:00 horas y el domingo de 09:00 a 18:00 horas; día del niño de 09:00 a 15:00 horas con el padre, luego con la madre; cumpleaños del padre, día del padre, cumpleaños de tíos, primos y abuelos paternos de 15:00 a 21:00; día de la madre, cumpleaños de la madre y tíos maternos con la madre; cumpleaños de la niña a la mañana hasta las 15:00 horas con la madre y de 15:30 hasta las 21:00 horas con el padre salvo el acuerdo entre las partes. 4°) Comisionar a la asistente social del juzgado lic. Nedda A. Toro de Orrego a fin de informar al juzgado el cumplimiento de la presente resolución durante la primera semana. 5°) Ordenar la terapia psicológico de las partes y la niña de manera a que cada progenitor cumpla adecuadamente su rol y al sr. C. D. G. E. la continuidad de su tratamiento psiquiátrico. Oficiese. 6°) Exhortar a las partes al cumplimiento de la presente resolución, deponiendo sus enconos personales por el bienestar y la felicidad de A. M. G. N. 7°) Costa en el orden causado (fls. 206/214).

Contra esta sentencia se alza el señor C. D. G. E., alegando que le agravia la sentencia puesto que de un día para otro perdió prácticamente a su hija y le restringen el relacionamiento con ella, determinando en muy pocas horas las visitas, dejándolo prácticamente de lado él como padre para compartir más tiempo con los familiares de la madre. Dijo además, que la depresión no es una enfermedad que le impida llevar una vida normal y atender las necesidades de su familia y principalmente a su hija manteniendo con ella una relación sana de padre e hija. En cuanto al relacionamiento en forma paulatina dijo que el juzgado no estableció un plazo o una condición en que la asistente social remita un informe sobre el relacionamiento de la niña con el padre, o los profesionales que tendrían que

enviar un informe al Juzgado para ir aumentando el relacionamiento o es que se tendría que recurrir a un nuevo juicio. Culminó peticionando que se deje sin efecto la resolución recurrida por ser gravosa a todas luces a los derechos de su hija y anulando el proceso que esta mas que plagado de nulidades (fls. 219/225).

Por su parte, la señora M. G. N. A., luego de exponer sus propios argumentos en el escrito de responde, peticionó la confirmación con costas de la sentencia en revisión (fls. 228/229).

Cuestión previa

El apelante, señor C. D. G. E., solamente interpuso el recurso de apelación (fl. 219) siendo concedido dicho recurso por providencia del 30 de diciembre de 2009 (fl. 226). Sin embargo, después de fundar el recurso de apelación, bajo el título de nulidades (fl. 221), el recurrente cuestiona la valoración de pruebas consideradas por la A quo para resolver tal como lo hizo, materia que obviamente debe necesariamente ser analizada a través del recurso de apelación. Objeta, además, que se haya ordenado la acumulación de los juicios de régimen de convivencia y de relacionamiento. En resumen, además de no haberse cumplido con la exigencia establecida en el artículo 419 del C.P.C., no se observan vicios que ameriten un pronunciamiento oficioso del Tribunal sobre las supuestas nulidades descriptas por la parte apelante. Y bien, aclarados estos puntos, pasaré a referirme a la expresión de agravios del apelante.

Cuestión de fondo

La acción de régimen de convivencia incoada por la señora M. G. N. A. el 1° de junio de 2009 contra el señor C. D. G. E. con relación a la niña A. M. G. (fls. 9/10), fue precedida por el juicio de régimen de relacionamiento iniciado el 12 de mayo de 2009 por la misma actora (fls. 28/31). Posteriormente, por A.I. N° 471 del 18 de setiembre de 2009, el Juzgado ordenó la acumulación de los expedientes “A. M. G. N. S/ Régimen de convivencia” y “A. M. G. N. S/ Régimen de relacionamiento” (fl. 155).

Esta decisión del Juzgado se halla plenamente ajustada a derecho. En efecto, otorgada la convivencia de un hijo a uno de los progenitores, forzosamente debe establecerse un régimen de relacionamiento a favor del progenitor no conviviente ya que ambos juicios constituyen las dos caras de una misma moneda. Es más, en el caso de autos, fue la propia madre la que, en puridad, ofreció el régimen de relacionamiento para el accionado. De modo que, contrariamente a lo sostenido por el apelante, mediante la acumulación así dispuesta, se resolvió sobre las dos pretensiones evitándose así la necesidad plantearse un nuevo juicio para el relacionamiento. Por lo demás, las pruebas aportadas en el proceso son las que sirven de base para los dos juicios y de ningún modo puede argumentarse que se le dejó en indefensión al accionado, tal como éste lo manifestó en su curioso título de nulidades.

Entrando ya en el análisis de las pruebas diligenciadas en el juicio, el Juzgado no se encuentra obligado a pronunciarse sobre todas aquellas para dictar la sentencia que corresponde, sino en las que estime suficientes para tomar una determinación en uno u otro sentido. Y en el estudio de las probanzas, no puede perderse de vista la importancia de las presuncionales, que son aquellas derivadas de otras o que pueden deducirse de ciertas constancias que surgen de las constancias de autos.

En el caso de autos, en el régimen de relacionamiento, que tuvo su principio el 12 de mayo de 2009, la señora M. G. N. A. adujo que debido a diferencias personales con su consorte, decidió abandonar el hogar conyugal el 7 de marzo de 2009 (fls. 28/31). Por otra parte, en el escrito de demanda se afirmó que tanto la accionante, el accionado y la hija en común vivieron siempre en el domicilio de la abuela materna (fls. 9/10), mientras que en la contestación de la demanda, el señor C. D. G. E., enfatizó que la situación era al revés, que siempre vivieron en su casa (fl. 15).

Y en realidad, aún cuando en cierto modo la palabra abandonar le da la razón al apelante, lo cierto y concreto es que desde el mes de marzo la niña ha convivido de hecho con la madre con el consentimiento del padre. En otros términos, el régimen de convivencia solicitado por la actora no fue sino la de confirmar una situación de hecho ya consumado. En cierto modo, la situación así creada fue admitida por el padre atendiendo a que su hija entra en un colegio que se halla ubicado frente a su casa de tal suerte que aquél la retiraba del colegio hasta la vuelta de la madre de su trabajo.

Admitiendo como un hecho cierto que existían desavenencias personales entre los progenitores, el factor detonante para que la señora M. G. N. A. planteara u ofreciera el régimen de relacionamiento al señor C. D. G. E. fue que la niña A. M. fue retirada por el padre del Colegio Dr. Manuel Domínguez el 13 de marzo de 2009 con paradero desconocido para la madre. Asimismo, el día 25 de mayo de 2009 la niña no asistió al colegio, razón por la cual no pudo dar su examen de inglés, según constancia expedida por la directora de la institución educativa (fs. 39). Incluso, la accionante hizo una denuncia ante el Juzgado de Paz de Luque poniendo a conocimiento de la Jueza que la niña fue llevada por el padre el día 22 de mayo de 2009 no retornándola hasta la intervención de la fiscalía (fl. 38). En fin, esto fue el motivo que dio lugar al pedido de regulación judicial del régimen de relacionamiento y posteriormente al régimen de convivencia que nos ocupa.

Esta conclusión se halla corroborada con la manifestación formulada por el señor C. D. G. E. ante el Juzgado de Paz de Luque el 24 de julio de 2009. En dicha ocasión el accionado dejó asentado que su hija A. M., de seis años de edad, debido al horario de trabajo de la madre (de 08:00 a 21:00 horas) quedó a convivir con él y algunas veces le era imposible retornarla a domicilio materno porque se quedaba dormida, encargándose él del cuidado, alimentación y vestimenta de su hija (fl. 66).

A este respecto cabría puntualizar algunas reflexiones. Por una parte, que el hecho de que la señora M. G. N. A. trabaje en forma continuada de mañana y tarde para mantener a su hija A. M. no significa necesariamente que la niña esté abandonada a su suerte, tal como se demostrará más adelante y, por otra, si así fuere realmente, el señor C. D. G. es el que debió haber iniciado el régimen de convivencia y no tomar decisiones unilaterales como la adoptada y materializada ante el Juzgado de Paz en la fecha antes indicada. En síntesis, si bien es cierto que el

ejercicio de la patria potestad debe ser compartido entre ambos progenitores de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 53 de la Constitución Nacional y 70 y 71 del Código de la Niñez y la Adolescencia, no es menos cierto que tiene que haber un consentimiento recíproco para que la educación de la niña tenga solidez. Caso contrario, si cada progenitor va a obrar por su cuenta, la niña nunca tendrá la estabilidad emocional que necesita. Precisamente por esta razón, por A.I. N° 444 del 11 de setiembre de 2009, el Juzgado dispuso como medida cautelar la cesación temporal en el relacionamiento entre el demandado y su hija (fl. 128).

Dentro de este contexto, estoy por la confirmatoria de la sentencia recurrida sobre la base de las razones que siguen:

1) Oída la niña de conformidad a las prescripciones del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, A. M. dijo, entre otras cosas que vivía con su mamá y que no sabía si quería visitar o no a su padre y que quería quedar a dormir en la casa de su mamá y no en la del padre (fl. 204). En este sentido, la opinión de la niña resulta muy relevante porque dada su edad en ese entonces (6 años), ya estaba con la madurez necesaria para expresarse libremente. De modo que, si estaba viviendo con la madre y quiere seguir viviendo con ella, no aparecen razones valederas para decidir contrariamente a sus deseos. Por otra parte, dada su condición de niña y futura mujer, resulta mucho más conveniente que la convivencia la detente la progenitora.

2) De los estudios socio-ambientales puede colegirse que ambas viviendas, la del progenitor y la progenitora, reúnen las condiciones adecuadas para la convivencia de la niña. No obstante, conviene poner de resalto que en el domicilio de la abuela materna la señora G. A. de N., de 60 años, viven también el abuelo materno el señor D. N. de 63 años y los tíos maternos G. N. A. de 27 años, W. N. A. de 27 años, A. N. A. de 25 años y N. N. A. de 21 años respectivamente. En cambio, el padre vive solo en una casa contigua a la de la abuela paterna, la señora E. E. Vda. de G. de 78 años de edad (fls.134/140). Entonces, creo más conveniente que la niña resida en el domicilio de la madre ya que el entorno familiar, de momento al menos, es el ambiente más propicio para su crianza. En definitiva, la declaración de la niña se halla en coincidencia con el lugar elegido para vivir.

3) En cuanto a los estudios psicológicos realizados con los progenitores, a pesar de que las conclusiones de la psicóloga Gloria Beatriz Cuquejo Olmedo, denotan que ambos progenitores tienen algunos problemas de orden psicológico (fls. 113/116), razón por la cual el Juzgado dispuso una terapia familiar en la parte resolutive de la sentencia. Sin embargo, es más preocupante la situación del señor C. D. G. E. ya que una de las conclusiones de la nombrada psicóloga es que el mismo presenta fuerte presión del ambiente, el exceso dominio de la madre, que le asfixia y traumatiza, le causa inhibiciones, obediencia y resignación. De modo que rechaza su medio y con el deseo de fuga del mismo. Quizás esta situación sea la explicación del por qué el señor C. D. G. E. tuvo que someterse a un lavado gástrico por la ingesta de 40 comprimidos de Alprazolam, según el informe expedido por el Director del Hospital Regional de Luque, el Dr. Ramón G. Moreno V. (fls. 102) y por intoxicación medicamentosa de acuerdo al informe del Sanatorio Migone (fl. 103).

4) En cuanto al estado psicológico de la niña A. M. G. N., presenta las características propias de una niña cuyos padres se han separado y con mecanismos de defensas que deben ser elaborados cuidadosamente por una profesional psicóloga. Pero, lo que conviene insistir es que en su comparecencia ante la psicóloga Fátima Vázquez Saldivar, también dijo claramente que quiere vivir con su mamá y visitar siempre a su papá (fls. 99/100). Esto significa, que la niña se encuentra asimilando los problemas interpersonales entre los progenitores a quienes, obviamente, ama y necesita de ambos. Por consiguiente, a más de no tener dudas respecto a que la convivencia fue bien otorgada a la madre, el régimen de relacionamiento establecido por el Juzgado a propuesta de la madre, es el adecuado, de momento al menos, para que la niña se relacione con el padre dentro de un marco de estabilidad y respeto.

5) En lo que concierne al régimen paulatino de relacionamiento, cuestión no entendida por el apelante, éste debió haber interpuesto el recurso de aclaratoria en la Instancia en Grado Inferior. Sin embargo, como las resoluciones dictadas en esta jurisdicción no causan estado material (art. 167 del C.N. y A.), nada obsta a que con el tiempo el señor C. D. G. E. plantee la modificación del régimen de relacionamiento de acuerdo con los informes que presente la Asistente Social designada para el efecto. Por lo demás, en su expresión de agravios no pidió expresamente la modificación del régimen de relacionamiento de un modo preciso y expreso, razón por la cual este Tribunal no puede pronunciarse sobre este tema.

De acuerdo, pues, con las consideraciones que anteceden, soy de opinión que la sentencia recurrida debe ser confirmada en todas sus partes e imponerse las costas a la perdedora por no haber meritos para imponerla de otra manera (art. 192 del C.P.C.) Es mi voto.

A su turno, los Dres. Arnaldo Samuel Aguirre y Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón manifiestan que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto firmando los señores miembros, todo por ante mí, de que certifico, quedando acordada la sentencia que inmediatamente sigue:

R E S U E L V E: Confirmar en todas sus partes la sentencia recurrida. Costas de esta Instancia a la parte apelante. Anótese, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Manuel Silvio Rodríguez, Arnaldo Samuel Aguirre Ayala, Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón. Ante mí: María E. Galeano O. Actuario Judicial.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 49

ALIMENTOS. SENTENCIA. Ejecución de sentencia

La sentencia a ser ejecutada a ser ejecutada no ordenó el incremento automático y proporcional de la cuota alimentaria conforme a los aumentos salariales, sin embargo, puede ser salvado en atención a lo establecido en el art. 45 última parte de la C.N.

ALIMENTOS

Es importante acotar que en el caso el alimentante no es un trabajador a jornal, es empleado del Cuerpo de Paz (Embajada Americana), con un ingreso anual que debió acreditarse si sufrió algún aumento, lo que no ocurre en el caso que nos ocupa, a los efectos de la liquidación correspondiente.

ALIMENTOS

Cualquiera sea la situación laboral del alimentante, el incremento automático y proporcional de la cuota alimenticia conforme a los aumentos salariales es una suma líquida, y como tal, debe seguir el trámite previsto en el último párrafo del art.523 del CPC si mediare impugnación, seguirá el curso de los incidentes (art. 524 ultima parte del CPC).

ALIMENTOS. SENTENCIA. Ejecución de sentencia

Si bien el art. 189 del C.N y A impone el aumento automático y proporcional de la cuota alimentaria, sin embargo, se debe hacer la diferenciación entre los jornaleros, los mensuales y los que se dedican a actividades liberales. En síntesis, el trámite de la liquidación, es el camino a seguir en el caso que nos ocupa y evita de ese modo una indefensión.

COSTAS. Imposición de costas

Las costas deben aplicarse al ejecutante por haberse opuesto a la declaración de nulidad, a tenor de lo dispuesto en el art. 408 última parte del CPC.

TApel. De la Niñez y Adolescencia. 28-04-10. "Ejecución de sentencia en el expte. A. B. S. G. s/ Asistencia alimenticia". (Ac. Y Sent.. N° 49)

C U E S T I O N E S:

¿Es nula la sentencia recurrida?

En caso contrario, ¿es justa?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: Núñez de Vera y Aragón, Aguirre y Rodríguez.

A la primera cuestión planteada la Miembro preopinante Núñez de Vera y Aragón dijo:

La Abog. María Isabel Candia de Hermosilla interpone recurso de nulidad contra la S.D. N° 438 de fecha 9 de octubre de 2009 y fundamenta diciendo que la mencionada resolución es perjudicial, arbitraria y no ajustada a derecho por haber sido dictada en abierta contravención a lo dispuesto por la legislación vigente y sigue manifestando que nunca se dispuso el aumento de los alimentos conforme al aumento salarial establecido por la ley y está probado que el alimentante es empleado del ámbito privado y "sin entrar a analizar las demás incongruencias emanadas del Juzgado al dictar resolución, consideramos que el grave hecho del desconocimiento del derecho y la correcta aplicación del hecho al derecho obviada por el Juzgado, son más que suficientes para declarar la nulidad de la sentencia recurrida". "Se ha violentado la forma y la solemnidad de la ley, pues no se ha fundado en la Constitución y las leyes" y, solicita se haga lugar al recurso deducido.

Al analizar el recurso interpuesto se advierte que la sentencia a ser ejecutada no ordenó el incremento automático y proporcional de la cuota alimentaria conforme a los aumentos salariales, sin embargo, puede ser salvado en atención a lo establecido en el art. 54 última parte de la C.N. que dice: "Los derechos del niño, en caso de conflicto, tienen carácter prevaleciente". A tenor de la sentencia y lo dispuesto en la norma (C.N. y A.), el ejecutante reclama el reajuste en la cuota alimentaria, señalando los respectivos montos y tomando como base la remuneración diaria del trabajador a jornal. Es importante acotar que el alimentante no es un trabajador a jornal, es empleado del Cuerpo de Paz (Embajada Americana), con un ingreso anual (ver fs. 43 vlto.- "A. B. S. G. s/ Asistencia Alimenticia") que debió acreditarse si sufrió algún aumento, lo que no ocurre en el caso que nos ocupa, a los efectos de la liquidación correspondiente.

Es dable puntualizar que cualquiera sea la situación laboral del alimentante, el incremento automático y proporcional de la cuota alimenticia conforme a los aumentos salariales es una suma líquida, y como tal, debe seguir el trámite previsto en el último párrafo del art. 523 del C.P.C., y si mediare impugnación, seguirá el curso de los incidentes (art. 524, última parte del C.P.C.). Vale decir, entonces que debe practicarse la liquidación correspondiente para imprimir los trámites de la ejecución de una suma líquida, respetándose la base fijada en la sentencia ejecutada. En el caso de autos, no se halla acreditado el incremento salarial, si lo hubiere, del sueldo del alimentante, desde el dictamiento de la sentencia a ejecutarse.

En la sentencia recurrida, el Juzgado resolvió no hacer lugar con costas la excepción de inhabilidad de título interpuesto por la Abog. María Isabel Candia de Hermosilla y, llevar adelante la ejecución seguida por el Abog. Yoshio Yamamoto hasta que el acreedor se haga íntegro pago de guaraníes cuarenta millones doscientos cincuenta mil setecientos sesenta y cinco (Gs. 40.250.765), más intereses, costos y costas del juicio. Nótese que indebidamente el ejecutante aplicó los aumentos salariales sobre sumas líquidas, teniendo en cuenta el jornal mínimo para actividades diversas no especificadas en la Capital.

Si bien el art. 189 del C.N. y A. impone el aumento automático y proporcional de la cuota alimentaria, sin embargo, se debe hacer la diferenciación entre los jornaleros, los mensuales y los que se dedican a actividades liberales. En síntesis, el trámite de la liquidación, es el camino a seguir en el caso que nos ocupa y evita de ese modo una indefensión.

Así las cosas, es prudente declarar la nulidad de la S.D. N° 438 de fecha 9 de octubre de 2009, por las consideraciones explicitados precedentemente, e imponer las costas al ejecutante por haberse opuesto a la declaración de nulidad, a tenor de lo dispuesto en el art. 408, última parte del C.P.C. Es mi voto.

A su turno los Dres. Rodríguez y Aguirre Ayala manifestaron que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

Con lo que se dió por terminado el acto, firmando los Señores Miembros, todo por ante mí de que certifico, quedando acordada la sentencia que inmediatamente sigue.

R E S U E L V E : Declarar nula la S.D. N° 438 de fecha 9 de octubre de 2009, dictada por el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia del Cuarto Turno, en el sentido y alcance de los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. Imponer las costas en esta Instancia al ejecutante, a tenor de lo dispuesto en el art. 408, última parte del C.P.C. Anótese, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Arnaldo Aguirre Ayala, Manuel Silvio Rodríguez, Fulvia Imelda de Vera y Aragón. Ante mí: Maria E. Galeano O. Actuaría Judicial

ACUERDO Y SENTENCIA N° 62

SANCION DISCIPLINARIA. MINISTERIO PÚBLICO. MAGISTRADO

Las sanciones previstas en el art. 17 del CPC se pueden aplicar a los litigantes particulares o a sus abogados y procuradores dentro de la tramitación de un proceso determinado. Es de advertir, que la relación entre los juzgados y los representantes del Ministerio Pública y de la Defensa Pública es de carácter institucional y, por consiguiente, también institucionalmente es que tienen que resolverse las cuestiones en las que el juzgado decida aplicar alguna sanción a la representante de la Defensa Pública o, por el contrario, si ésta no esta de acuerdo con las actuaciones de la Jueza.

MINISTERIO PUBLICO. Facultades de los agentes fiscales

En la ley N° 1562/00, Orgánica del Ministerio Público, se establecen la responsabilidad, las sanciones, las faltas y el procedimiento a seguir en los supuestos de irregularidades en el desempeño de funcionarios y de los agentes fiscales, incluyendo la posibilidad de que éstos puedan ser enjuiciados ante el Jurado de Enjuiciamiento. Entonces, en estos casos, de darse los supuestos fácticos, el Juzgado tiene la atribución de hacer la denuncia correspondiente directamente ante el Fiscal General del Estado para el estudio y resolución de la denuncia.

SANCION DISCIPLINARIA

La resolución en la que el juzgado impone sanciones a los representantes de la Defensa Pública por la crítica a sus actuaciones, ya sea en un caso particular o genéricamente, no se halla ajustada a derecho por no corresponder a la potestad del juzgado y por consiguiente corresponde revocar el apartado cuestionado.

SANCION DISCIPLINARIA

El Juzgado debe limitarse a administrar Justicia y la Defensa Pública a ejercer sus funciones sin personalizar las diferencias de criterios que puedan surgir entre la jueza y la defensora apelante en estos autos, y en su caso se formulen las denuncias a nivel institucional.

TApel. De la Niñez y Adolescencia. 18-05-10. "S.R.Q.R. s/ Adopción". (Ac. Y Sent. N° 62)

Cuestiones:

¿Es nulo el cuarto apartado de la sentencia recurrida?

Caso contrario. ¿Es justo?

Practicado el sorteo de ley, resultó el siguiente orden de votación: Dr. Silvio Rodríguez, Dr. Arnaldo Samuel Aguirre y la Dra. Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón.

A la primera cuestión planteada el preopinante Dr. Silvio Rodríguez dijo:

La recurrente sostiene que el cuarto apartado recurrido es nulo por ser arbitrario y así solicitó sea declarado por carecer de una debida y necesaria fundamentación, pues, la Jueza Rosa Yambay no ha fundado la resolución conforme a la Constitución Nacional, las leyes aplicables y las constancias de autos, no ha motivado las razones que la llevaron a sancionar a la Defensora de la Niñez y la Adolescencia por haber ejercitado su derecho constitucional y la de criticar las resoluciones emanadas (fls. 64/65).

En realidad, el recurso de nulidad no puede prosperar en razón de que la cuestión debatida puede y debe ser resuelta a través del recurso de apelación también deducido, tal como se demostrará posteriormente. Es mi voto.

A su turno, los Dres. Arnaldo Samuel Aguirre y Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón manifestaron que se adhieren al voto que antecede por sus mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada el preopinante Dr. Silvio Rodríguez dijo:

En el apartado cuestionado, el Juzgado resolvió cuanto sigue: "Apercibir a la Defensora del niño Abog. Gladys Leiva Fernández, por el uso de expresiones que constituyen incorrecciones contra la autoridad y dignidad de la Magistratura por las razones expuestas en el exordio de la presente resolución (fls. 50/51).

El artículo 17 del C.P.C. establece que: "Los jueces y tribunales deberán sancionar en resolución fundada las faltas o incorrecciones que los litigantes, sus abogados o procuradores u otras personas comentan en juicio, en el diligenciamiento de sus mandatos u órdenes o con motivo del ejercicio de sus funciones contra su autoridad o dignidad, contra el respeto debido a los funcionarios, a los litigantes, sus representantes o patrocinantes".

Y bien, las sanciones previstas en el mentado artículo del C.P.C. se pueden aplicar a los litigantes particulares o a sus abogados y procuradores dentro de la tramitación de un proceso determinado. Es de advertir, empero, que la relación entre los Juzgados y los Representantes del Ministerio Público y el Ministerio de Defensa Pública es de carácter institucional, por consiguiente, también institucionalmente es que tienen que resolverse las cuestiones en las que el Juzgado decida aplicar alguna sanción a la Representante de la Defensa Pública o, por el contrario, si ésta no está de acuerdo con las actuaciones de la Jueza.

Respecto al Ministerio Público, en la Ley N° 1.562/00, Orgánica del Ministerio Público, en el Título IV, Capítulo II, se establecen la responsabilidad, las sanciones, las faltas y el procedimiento a seguir en los supuestos de irregularidades en el desempeño de sus funcionarios y de los Agentes Fiscales, incluyendo la posibilidad de que éstos puedan ser enjuiciados ante el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados. Entonces, que en estos casos, de darse los presupuestos fácticos, el Juzgado tiene la atribución de hacer la denuncia correspondiente directamente ante el Fiscal General del Estado para el estudio y resolución de la denuncia.

En la hipótesis de los representantes de la Defensa Pública, si bien no se da cuenta hasta el presente con su propia Ley Orgánica, rigen las pautas estatuidas en la Acordada N° 58 del 8 de mayo de 1998, dictado por la Corte Suprema de Justicia y que, en su artículo 4° dice: “Serán atribuciones del Defensor General sin perjuicio de lo establecido por otras leyes: inc. a) Ejercer la Superintendencia Técnica del Ministerio de la Defensa Pública. Se entenderá por Superintendencia Técnica la potestad de dictar instrucciones generales o particulares, ordenar subrogancias, conceder licencias y todo lo atinente al régimen disciplinario”.

Y precisamente en lo que se refiere al régimen disciplinario y a las sanciones que pueden aplicarse a los representantes de la Defensa Pública del Código de Organización Judicial en su artículo 232 dispone cuanto sigue: “La Corte Suprema de Justicia ejerce Superintendencia y potestad disciplinaria sobre los Tribunales, Juzgados y demás oficinas del Poder Judicial. La Superintendencia comprende las siguientes atribuciones:... a) Dictar los Reglamentos Internos de la Administración de Justicia, para asegurar el orden y disciplina y buen desempeño de los cargos judiciales; c) Cumplir y hacer cumplir dichos reglamentos y disposiciones; establecer y aplicar medidas disciplinarias en los casos de infracción”;... “Y a renglón seguido el artículo 233 dice: “La Corte Suprema de Justicia sancionará los actos ofensivos al decoro de la administración de justicia, la desobediencia de sus mandatos y la negligencia en el cumplimiento de sus deberes de los Miembros de los Tribunales, Jueces, Defensores y empleados subalternos, imponiéndoles medidas disciplinarias, que podrán consistir en amonestaciones o apercibimientos, en multas hasta 30 jornales mínimos legal para actividades diversas no especificadas en la Capital de la República y suspensión temporaria que no exceda de un mes”.

Tal como ha podido demostrarse la Resolución en la que el Juzgado impone sanciones a los Representantes de la Defensa Pública por la crítica a sus actuaciones, ya sea en algún caso particular o genéricamente, no se halla ajustada a derecho por no corresponder a la potestad del Juzgado y, por consiguiente, corresponde revocar el apartado cuestionado. En otros términos, el Juzgado debe limitarse a administrar justicia y la Defensa Pública a ejercer sus funciones sin personalizar las diferencias de criterios que puedan surgir entre la Jueza y la Defensora apelante en estos autos y, en su caso, que se formulen las denuncias a nivel institucional, actitud a la cual este Tribunal exhorta a la Jueza Rosa Yambay Giret y a la Defensora Gladys Leiva tenga a bien adoptar para el futuro. Es mi voto.

A su turno, los Dres. Arnaldo Samuel Aguirre y Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón manifestaron que se adhieren al voto que antecede por sus mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Señores Miembros ante mí, de que certifico, quedando acordada la sentencia que inmediatamente sigue:

Resuelve: No hacer lugar el recurso de nulidad. Revocar el apartado cuestionado de la sentencia recurrida en el sentido y alcance expuesto en la presente resolución. Anótese, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Arnaldo Aguirre Ayala, Manuel Silvio Rodríguez, Fulvia Imelda de Vera y Aragón. Ante mí: Maria E. Galeano O. Actuaría Judicial