

GACETA JUDICIAL



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

GACETA JUDICIAL

Director
Víctor Manuel Núñez
Ministro

Año 2012 – Número 3



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

INTERCONTINENTAL
E D I T O R A

Asunción, Paraguay

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

GACETA JUDICIAL N° 3

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

GACETA JUDICIAL. Asunción, Paraguay.

Primera edición 2012: 1.000 ejemplares

MINISTRO DIRECTOR DE LA DILP:

DR. VÍCTOR MANUEL NÚÑEZ RODRÍGUEZ

ABOG. CARMEN MONTAÑA, Directora de la DILP

COORDINACIÓN GENERAL - GACETA JUDICIAL:

ABOG. SUSANA GÓMEZ FLEITAS

ABOG. NATALIA MARÍA MUÑOZ CARMAN

EQUIPO DE ELABORACIÓN:

ABOG. SUSANA GÓMEZ FLEITAS

ABOG. NATALIA MARÍA MUÑOZ CARMAN

MIRIAM CANTERO

MANUEL GODOY

JUAN PÁEZ ACOSTA

GUSTAVO SÁNCHEZ

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

© **INTERCONTINENTAL EDITORA S. A.**

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

Fax: (595-21) 448 721

Pág. web: www.libreriaintercontinental.com.py

E-mail: agatti@libreriaintercontinental.com.py

Diagramación: Gilberto Riveros Arce

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

ISBN: 978-99967-21-81-4

PRÓLOGO

En esta nueva edición de la revista “Gaceta Judicial” numeral 3 del corriente año, nos enfocamos a la selección de jurisprudencia de utilidad tanto para el Magistrado en su aplicación e interpretación del Derecho, como para el profesional abogado como herramienta para la elaboración de sus escritos judiciales. Y así escogemos en esta obra fallos de las tres salas de la Corte Suprema de Justicia y de los Tribunales de Apelación en lo Civil y Comercial, Penal adolescente. Con temas variados como: daños y perjuicios en accidentes de tránsito, cargo de confianza, forma de notificación, casos de identidad de marcas de fábrica, quiebra, responsabilidad contractual, amparo, interdictos de la posesión, cumplimiento de contrato, recurso de casación, régimen de convivencia, por citar algunos temas.

La estructura del trabajo a modo de lograr sea más didáctico, contiene los siguientes índices: Contenido general, Índice temático e Índice por tribunales. Luego, previo al texto fidedigno de la resolución, se encuentra la cuestión debatida, que enmarca la idea central en que basa todo el estudio de la causa, para luego realizar el análisis, extrayendo las reglas jurídicas o interpretaciones del derecho realizados por los Ministros o Magistrados según sea el caso.

Estas publicaciones trimestrales son sin duda instrumentos necesarios para el estudio y actualización de figuras jurídicas del derecho de fondo y forma, evitando las dilaciones, pérdidas de tiempo y dinero, que por error o desconocimiento, pueden llegar a suceder en el transcurso de un juicio o proceso judicial.

Al presentar esta nueva obra, reiteramos nuestro deseo de que la obra sea beneficiosa para quienes la utilicen.

Equipo de coordinación.
GACETA JUDICIAL

CONTENIDO

1.	PRÓLOGO	7
2.	INDICES	
–	Índice Temático	17
–	Índice por Tribunales	25
3.	DOCTRINA	
–	El maltrato infantil. Análisis del maltrato infantil en sus diversas formas: maltrato físico, maltrato emocional y abuso sexual. Marco jurídico, <i>por la Dra. María Teresa Garcete de Sosa</i>	29
4.	JURISPRUDENCIA	
	CORTE SUPREMA DE JUSTICIA	
	ACCION DE REPETICIÓN/COSTAS. Costas al vencido. /DAÑOS Y PERJUICIOS. Accidente de tránsito. Culpa. Daño moral. Indemnización por daños y perjuicios. Pérdida de Chance. Responsabilidad por hecho propio. Responsabilidad solidaria. /PRESUNCIONES. Presunciones en materia Civil y comercial. /RECURSO DE APELACIÓN. Desistimiento. Facultades del Tribunal de Apelación/RECURSO DE NULIDAD. Desistimiento. CSJ. Sala Civil y Comercial. 02/09/11. (Ac. y Sent.N° 647)	59
	FUNCIONARIO PÚBLICO. Cargo de confianza.Excepciones.CSJ. Sala Penal. 02/09/11. (Ac. y Sent. N°648)	84
	ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Principios generales. Resolución judicial en la acción de inconstitucionalidad./ARBITRARIEDAD. Resolución Judicial Arbitraria. /CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derechos procesales. /INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. /PRUEBA. Omisión de la	

CONTENIDO

prueba. /SENTENCIA ARBITRARIA. CSJ.Sala Constitucional. (12/09/11). (Ac. y Sent. N° 672)	90
NOTIFICACIÓN. Efectos de la notificación. Notificación por cédula. Principios generales. Principios generales. Ujier notificador. CSJ. Sala Constitucional. 22/09/11 (Ac. y Sent. N°696).....	98
DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño moral. Accidente de tránsito. Compensación de riesgo. Culpa. Daño emergente. Daño moral. Lucro cesante. Responsabilidad civil. Accidente de tránsito. Responsabilidad objetiva. /RESPONSABILIDAD CIVIL. Acción civil y su vinculación con la acción penal. CSJ. Sala Civil y Comercial. 22/09/11. (Ac. y Sent. N° 698)	105
PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. Fecha cierta. Plazo legal. Recurso de Apelación en sede administrativa. Recurso de Apelación en sede administrativa. CSJ. Sala Penal. 23/09/11 (Ac. y Sent. N° 699)	120
COSTAS. En el orden causado. Exención de las costas. CSJ. Sala Penal. 23/09/11. (Ac. y Sent. N° 700)	126
PROCESO PENAL. Duración del procedimiento penal. Extinción del proceso penal. /SOBRESEIMIENTO. Sobreseimiento definitivo. CSJ. Sala Penal. 01/11/11. (Ac. y Sent. N° 807)	129
ARBITRARIEDAD. Resolución judicial arbitraria. /COMPENSACIÓN. Compensación de deuda. Requisitos para su procedencia. Tipos de compensación. /FIANZA. Efectos de la fianza. Fiador. CSJ. Sala Constitucional. 02/11/11. (Ac. y Sent. N° 813)	135
RECURSO DE CASACIÓN. Admisibilidad y procedencia. Control de logicidad y legalidad. Decisión directa en el recurso de casación. CSJ. Sala Penal. 02/11/11. (Ac. y Sent. N° 815)	149
CONVENIO DE PARÍS. LEY. Ley N° 300/94/ LEY. Ley N° 1.294/98 de marcas / MARCA DE FÁBRICA. Marca extranjera. Nulidad de la marca de fábrica. Pérdida del derecho de prelación. Posibilidad de confusión. /PROPIEDAD INDUSTRIAL. CSJ. Sala Civil y Comercial. 14/11/11. (Ac. y Sent. N° 845)	158
DERECHO DE MARCAS. Protección. /LEY. Ley N° 1294/98 de Marcas. /MARCA DE FÁBRICA. Posibilidad de confusión. Marca	

CONTENIDO

idéntica o muy semejante.. Principios Generales. Posibilidad de confusión. CSJ. Sala Penal. 23/11/11. (Ac. y Sent. N° 862)	173
DAÑOS Y PERJUICIOS. Culpa. Prueba de daños y perjuicios.CSJ. Sala Civil y Comercial. 25/11/11. (Ac. y Sent. N° 896).....	185
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Efectos de la acción de inconstitucionalidad. /JURADO DE ENJUICIAMIENTO DE MAGISTRADOS. /MAGISTRADO. Mal desempeño en sus funciones. Principios axiológicos. /MINISTERIO PÚBLICO. /NULIDAD PROCESAL. Vicios del procedimiento. /PROCESO PENAL. Sistema Acusatorio. CSJ. Plenario. 30/12/11. (Ac. y Sent. N° 1008)	194
TRIBUNAL DE APELACIÓN CIVIL Y COMERCIAL	
RECURSO DE QUEJA. Procedencia del recurso de queja. / RECURSO DE REPOSICIÓN. Apelación en subsidio. T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. 06/10/11. (A.I. N° 577)	233
NOTIFICACIÓN. Domicilio para notificar. Domicilio procesal.T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. 10/10/11. (A.I. N° 589)	238
DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL. /PRUEBA DE PERITOS. Designación de peritos.Dictamen pericial. /PRUEBA DE PERITOS. Cientificidad de la pericia. Pericia de bienes extranjeros. Perito tasador. /RECURSO DE APELACIÓN. Facultades del Tribunal de Apelación. /RECURSO DE NULIDAD. Procedencia del recurso de nulidad. /REGULACIÓN DE HONORARIOS. Base de cálculo para la regulación de honorarios. T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. 13/10/11. (A.I. N° 600)	241
CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derechos Humanos. /DAÑOS Y PERJUICIOS. Daños y perjuicios resultantes del hecho ilícito. Responsabilidad del Estado. Responsabilidad extracontractual. /DEMANDA CONTRA EL ESTADO. Acción civil contra el Estado. /EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN/PRESCRIPCIÓN. Excepción de prescripción. Interrupción de la prescripción. Plazo para la prescripción. Prescripción en materia penal/ TRATADOS INTERNACIONALES. T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. 17/10/11. (A.I. N° 601)	251

CONTENIDO

OFICIAL DE JUSTICIA. NOTIFICACIÓN. Nota de aviso. /INCIDENTE. Incidente de nulidad. T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. 20/10/11. (A.I. N° 611)	261
EXCEPCIÓN. Excepción de previo y especial pronunciamiento. /EXCEPCIÓN. Excepción de previo y especial pronunciamiento. /MANDATO. Renuncia al mandato. /DEMANDA. Contestación de la demanda. MANDATO. Renuncia al mandato. DEMANDA. Contestación de la demanda. T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. 25/10/11. (A.I. N° 629)	265
ABOGADO. Sanciones. /BUENA FE. /NULIDAD. Incidente de nulidad. /PROCESO. Actos procesales. T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. 03/11/11. (A.I. N° 662)	270
INCIDENTE. Incidente de nulidad. /INTERDICCIÓN. /RECURSO DE REPOSICIÓN. Apelación en subsidio. T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. 25/11/11. (A.I. N° 722)	276
REGULACIÓN DE HONORARIOS. Honorarios de abogados. DIVORCIO. T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. 06/12/11. (A.I. N° 753)	283
DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS. /NOTIFICACION. /RECONVENCIÓN. /RECURSO DE NULIDAD. T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. 09/12/11. (A.I. N° 757)	285
JUICIO EJECUTIVO. Liquidaciones complementarias. /MEDIDAS CAUTELARES. Levantamiento de las medidas cautelares. /PAGO. Extinción de las obligaciones. /PRINCIPIO DE CONGRUENCIA. /REGULACIÓN DE HONORARIOS. /SENTENCIA. Nulidad de sentencia. Sentencia Contradictoria. Sentencia que deciden “ultra petita”. T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. 13/12/11. (A.I. N° 764)	290
EXPRESIÓN DE AGRAVIOS / RECURSO DE APELACIÓN. T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. 29/12/11. (A.I. N° 808)	297
DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño emergente. Daño moral. /DAÑOS Y PERJUICIOS. Lucro cesante. /PRINCIPIO DE CONGRUENCIA. /PRUEBA DE TESTIGOS. /PRUEBA. Exclusión probatoria. /RECURSOS DE APELACIÓN. Concesión del recurso de apelación. /SENTENCIA. Motivación de la sentencia. T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. 02/09/11. (Ac. y Sent. N° 59)	300

CONTENIDO

CHEQUE./COSTAS. Exención de costas. /DEMANDA. Allanamiento a la demanda. /PAGO. Imputación de pago. /PRINCIPIO DE CONGRUENCIA. T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. 05/09/11. (Ac. y Sent. N° 60)	319
COMPRAVENTA. Nulidad de la compraventa. Objeto de la compraventa. /INTERDICTO DE RECOBRAR. /INTERDICTO DE RECOBRAR. REMATE. SENTENCIA DE REMATE. T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. 27/09/11. (Ac. y Sent. N° 67)	326
COMPRAVENTA. Cesión de derechos y acciones. /DESALOJO. /INTERDICTO DE RECOBRAR. /LITISCONSORCIO. /POSESIÓN./PROCESO. Debido proceso. /RECURSO DE APELACIÓN. /RECURSO DE NULIDAD. /SENTENCIA. Nulidad de la sentencia. T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. 07/11/11. (Ac. y Sent. N° 77)	336
COSTAS. Costas en el orden causado. /DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad civil. /DENUNCIA. Denuncia falsa. /MINISTERIO PÚBLICO. /PENAL. Extinción de la pena. T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. 10/11/11. (Ac. y Sent. N° 78)	352
INTERDICCión. /RECURSO DE NULIDAD. T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. 28/11/11. (Ac. y Sent. N° 89)	359
ABOGADO /ACCIÓN DE AMPARO. Amparo de pronto despacho. /DEMANDA. Allanamiento a la demanda. /MANDATO. Forma del mandato. /PRINCIPIO DE CONGRUENCIA. /RECURSO DE APELACION. /RECURSO DE NULIDAD. Procedencia del recurso de nulidad. T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. 13/12/11. (Ac. y Sent. N° 94)	376
ESCRITURA PÚBLICA. Rectificación de escritura pública. /HABEAS DATA. T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. 16/12/11. (Ac. y Sent. N° 97)	389
FILIACIÓN. Prueba de la filiación. /RECURSOS. Admisibilidad. /REGISTRO CIVIL. Certificado de nacimiento. /SUCESIÓN. Declaratoria de herederos. T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. 20/12/11. (Ac. y Sent. N° 100).....	396
ACCIÓN REAL. /BIENES DEL DOMINIO PÚBLICO. /BIENES PRIVADOS DEL ESTADO. /PRUEBA DE TESTIGOS. Aprecia-	

CONTENIDO

ción de la prueba testimonial. /REIVINDICACIÓN. Acción reivindicatoria. /USUCAPIÓN. Cómputo del plazo en la usucapión. T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. 23/12/11. (Ac. y Sent. N° 104)	404
CONTRATO DE SERVICIOS. /DEMANDA. Contestación de la demanda. /LEY. Aplicación de la ley. /MAGISTRADO. Facultades del magistrado. T. de Apel. Civ. y Com. Cuarta Sala. 02/09/11. (Ac. y Sent. N° 105)	414
CONDominio. División del condominio. Derechos y obligaciones de los condóminos. T. de Apel. Civ. y Com. Cuarta Sala. 08/09/11. (Ac. y Sent. N° 106)	423
DESALOJO / POSESIÓN. T. de Apel. Civ. y Com. Cuarta Sala. 16/09/11. (Ac. y Sent. N° 109)	429
CONTRATO DE EDICIÓN. T. de Apel. Civ. y Com. Sala cuarta. “Sociedad Editora Litocolor S.R.L. c. Hernán Casco Pagano s. Juicio Ordinario de Cobro de Guaraníes”. 13-12-11. (Ac. y Sent. N° 150) ..	437
TRIBUNAL DE APELACIÓN DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.	
MINISTERIO DE LA DEFENSA PÚBLICA. /RECUSACION. Recusación con causa. T. de Apel. N. y A. 01/06/11. (A.I. N° 216)	449
INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. /MEDIDAS CAUTELARES. / NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Régimen de relacionamiento. / RECURSO DE APELACIÓN. Concesión del recurso de apelación. T. de Apel. N. y A. 02/06/11. (A.I. N° 222)	451
NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Procedimiento General. Audiencia conciliación. T. de Apel. N. y A. 07/06/11. (A.I. N° 228)	454
NOTIFICACIÓN. / RECURSO DE APELACION. T. de Apel. N. y A. 08/06/11. (A.I. N° 230)	458
NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Régimen de relacionamiento. /RECURSO DE APELACIÓN. Concesión del recurso de apelación. T. de Apel. N. y A. 21/06/11. (A.I. N° 257)	460
RECURSO DE APELACIÓN. Concesión del recurso de apelación. T. de Apel. N. y A. 30/06/11. (A.I. N° 268)	462

CONTENIDO

TRIBUNAL DE APELACIÓN DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EN LO PENAL

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. Colisión de intereses. /PATRIA POTESTAD. Régimen de convivencia. Derecho del menor a ser oído. /PRUEBA DE TESTIGOS. Apreciación de la prueba testimonial. TApel. N y A Penal. 06/12/11. (Ac. y Sent. N° 20)	464
--	-----

ÍNDICE TEMÁTICO

- ABOGADO, pp. 270, 271, 377
 - Sanciones, p. 271
- ACCIÓN DE AMPARO, pp. 376, 377, 378
 - Amparo de pronto despacho, pp. 377, 378
- ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD, pp. 90, 91, 195, 196, 197
 - Efectos de la acción de inconstitucionalidad, pp. 195, 196, 197
 - Principios generales, pp. 90, 91
 - Resolución judicial en la acción de inconstitucionalidad, p. 90
- ACCIÓN DE REPETICIÓN, p. 59
- ACCIÓN REAL, p. 406
- ARBITRARIEDAD, pp. 91, 137
 - Resolución Judicial Arbitraria, pp. 91, 137
- BIENES DEL DOMINIO PÚBLICO, p. 405
- BIENES PRIVADOS DEL ESTADO, pp. 404, 405
- BUENA FE, p. 270
- CHEQUE, p. 319
- COMPENSACION, pp. 136, 137
 - Compensación de deuda, pp. 136, 137
 - Requisitos para su procedencia, pp. 136, 137
 - Tipos de compensación, p. 136
- COMPRAVENTA, pp. 338, 339
 - Cesión de derechos y acciones, p. 399,
- CONDominio, p. 423
 - División del condominio, p. 423
 - Derechos y obligaciones de los condóminos, p. 423

ÍNDICE TEMÁTICO

- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY, pp. 90, 251, 252
 Derechos Humanos, pp. 251, 252
 Derechos procesales, p. 90
- CONTRATO DE EDICIÓN, p. 437
- CONTRATO DE SERVICIOS, p. 415
- CONVENIO DE PARÍS, pp. 158, 159
- COSTAS, pp. 60, 126, 319, 353
 Costas al vencido, p. 60
 Costas en el orden causado, pp. 126, 353
 Exención de costas, pp. 126, 319
- DAÑOS Y PERJUICIOS, pp. 59, 60, 105, 106, 107, 186, 251, 253, 302, 303, 352, 353
 Accidente de tránsito, pp. 60, 106, 185
 Compensación de riesgo, p. 107
 Culpa, pp. 59, 60, 106, 107, 185
 Daño emergente, pp. 105, 106, 302
 Daño moral, pp. 60, 105, 106, 303
 Daños y perjuicios resultantes del hecho ilícito, p. 251
 Indemnización por daños y perjuicios, p. 59
 Lucro cesante, pp. 105, 106, 303
 Pérdida de Chance, p. 60
 Prueba de daños y perjuicios, pp. 185, 186
 Responsabilidad civil, pp. 106, 352, 353
 Responsabilidad del Estado, p. 253
 Responsabilidad extracontractual, p. 353
 Responsabilidad objetiva, p. 107
 Responsabilidad por hecho propio, p. 59
 Responsabilidad solidaria, pp. 59, 60
- DEMANDA, pp. 265, 319, 377, 415
 Allanamiento a la demanda, pp. 319, 377
 Contestación de la demanda, pp. 265, 415
- DEMANDA CONTRA EL ESTADO, p. 253
 Acción civil contra el Estado, p. 253
- DENUNCIA, p. 352
 Denuncia falsa, p. 352

ÍNDICE TEMÁTICO

- DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS, p. 285
- DERECHO DE MARCAS, p. 173
 - Protección, p. 173
- DESALOJO, pp. 337, 429, 430
- DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL, p. 244
- DIVORCIO, p. 283
- ESCRITURA PÚBLICA, p. 390
 - Rectificación de escritura pública, p. 390
- EXCEPCIÓN, pp. 265, 327
- EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN, p. 252
 - Excepción de previo y especial pronunciamiento, p. 265
- EXPRESIÓN DE AGRAVIO, p. 297
- FIANZA, p. 135
 - Efectos de la fianza, p. 135
 - Fiador, p. 135
- FILIACIÓN, p. 397
 - Prueba de la filiación, p. 397
- FUNCIONARIO PÚBLICO, pp. 84, 85
 - Cargo de confianza, pp. 84, 85
 - Excepciones, p. 85
- HABEAS DATA, pp. 389, 390, 391
- INCIDENTE, pp. 261, 276
 - Incidente de nulidad, pp. 261, 276
- INTERDICCIÓN, pp. 276, 359, 360, 361, 362
- INTERDICTO DE RECOBRAR, pp. 336, 337, 338, 339
- INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, pp. 90, 451, 464
 - Colisión de intereses, p. 464
- JUICIO EJECUTIVO, pp. 291, 326, 327, 328
 - Liquidaciones complementarias, p. 291
- JURADO DE ENJUICIAMIENTO DE MAGISTRADOS, pp. 194, 195, 196, 197
- LEY, pp. 158, 159, 173, 414
 - Aplicación de la ley, p. 414
 - Ley extranjera, p. 414
 - Ley N° 1294/98 de Marcas, pp. 158, 159, 173
 - Ley N° 300/94, pp. 158, 159

ÍNDICE TEMÁTICO

- LITISCONSORCIO, pp. 337, 338
- MAGISTRADO, pp. 196, 197, 414
 - Facultades del magistrado, p. 414
 - Mal desempeño en sus funciones, pp. 196, 197
 - Principios axiológicos, p. 197
- MANDATO, pp. 265, 377
 - Forma del mandato, p. 377
 - Renuncia al mandato, p. 265
- MARCA DE FÁBRICA, pp. 159, 160, 173
 - Marca extranjera, p. 160
 - Marca idéntica o muy semejante, p. 173
 - Nulidad de la marca de fábrica, p. 160
 - Pérdida del derecho de prelación, p. 160
 - Posibilidad de confusión, pp. 159, 173
 - Principios generales, p. 173
- MEDIDAS CAUTELARES, pp. 291, 451, 452
 - Levantamiento de las medidas cautelares, p. 291
- MINISTERIO DE LA DEFENSA PÚBLICA, p. 449
- MINISTERIO PÚBLICO, pp. 194, 195, 196, 352, 353
- NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, pp. 452, 454, 455, 560
 - Audiencia. Conciliación, pp. 454, 455
 - Procedimiento General, pp. 454, 455
 - Régimen de relacionamiento, pp. 452, 460
- NOTIFICACIÓN, pp. 98, 99, 238, 261, 285, 286, 458
 - Domicilio para notificar, p. 238
 - Domicilio procesal, p. 238
 - Efectos de la notificación, p. 98
 - Notificación por cédula, p. 98
 - Principios generales, pp. 98, 99
 - Ujier notificador, pp. 98, 99
- NULIDAD, 271
- NULIDAD PROCESAL , pp. 194, 195, 196, 197
 - Vicios del procedimiento, pp. 194, 195, 196, 197
 - Incidente de nulidad, p. 271
- OFICIAL DE JUSTICIA, p. 261

ÍNDICE TEMÁTICO

- Nota de aviso, p. 261
- PAGARÉ, p. 328
- PAGO, pp. 290, 319
 - Extinción de las obligaciones, p. 290
 - Imputación de pago, p. 319
- PATRIA POTESTAD, p. 464
 - Régimen de convivencia, p. 464
 - Derecho del menor a ser oído, p. 464
- PENA, pp. 352, 354
 - Extinción de la pena, pp. 352, 353
- POSESIÓN, pp. 338, 429, 430
- PRESCRIPCIÓN, pp. 252, 253
 - Excepción de prescripción, pp. 252, 253
 - Interrupción de la prescripción, p. 253
 - Plazo para la prescripción, p. 253
 - Prescripción en materia penal, p. 252
- PRESUNCIONES, pp. 59, 60
 - Presunciones en materia Civil y Comercial, pp. 59,60
- PRINCIPIO DE CONGRUENCIA, pp. 290, 300, 301, 319, 376
- PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, pp. 120, 121
 - Fecha cierta, p. 120
 - Plazo legal, p. 121
 - Recurso de Apelación en sede administrativa, p. 120
- PROCESO, pp. 270, 336
 - Actos procesales, p. 270
 - Debido proceso, p. 33
- PROCESO PENAL, pp. 129, 194, 195, 196
 - Duración del procedimiento penal, p. 129
 - Extinción del proceso penal, p. 129
 - Sistema Acusatorio, pp. 194, 195, 1966
- PROPIEDAD INDUSTRIAL, p. 159
- PRUEBA, pp. 91, 301
 - Exclusión probatoria, p. 301
 - Omisión de la prueba, p. 91
- PRUEBA DE PERITOS, pp. 241, 242, 243, 244

ÍNDICE TEMÁTICO

- Cientificidad de la pericia, p. 243
- Pericia de bienes extranjeros, pp. 243, 244
- Perito tasador, pp. 242, 243, 244
- Designación de peritos, pp. 241, 242
- Dictamen pericial, p. 242
- PRUEBA DE TESTIGOS, pp. 303, 405
 - Apreciación de la prueba testimonial, p. 405
- RECONVENCIÓN, pp. 285, 286
- RECURSOS, p. 396
 - Admisibilidad, p. 396
- RECURSO DE APELACIÓN, pp. 59, 242, 297, 300, 302, 326, 327, 338, 376, 451, 452, 458, 460, 462
 - Concesión del recurso de apelación, pp. 300, 451, 452, 460, 462
 - Desistimiento, p. 59
 - Facultades del Tribunal de Apelación, pp. 59, 242
- RECURSO DE CASACIÓN, p. 149, 150
 - Admisibilidad y procedencia, pp. 149, 150
 - Control de logicidad y legalidad, pp. 149, 150
 - Decisión directa en el recurso de casación,
- RECURSO DE NULIDAD, pp. 49, 241, 285, 336, 359, 376
 - Desistimiento, p. 59
 - Procedencia del recurso de nulidad, pp. 241, 376
- RECURSO DE QUEJA, p. 233
 - Procedencia del recurso de queja, p. 233
- RECURSO DE REPOSICIÓN, pp. 233, 234
 - Apelación en subsidio, pp. 233, 234
- RECUSACIÓN, p. 499
 - Recusación con causa, p. 449
- REGISTRO CIVIL, pp. 396, 397
 - Certificado de nacimiento, pp. 396, 397
- REGULACIÓN DE HONORARIOS, pp. 241, 283, 291
 - Base de cálculo para la regulación de honorarios, p. 241
 - Honorarios de abogados, p. 283
- REIVINDICACIÓN, p. 406
 - Acción reivindicatoria, p. 406

ÍNDICE TEMÁTICO

- REMATE, pp. 326, 327, 328
 - Sentencia de remate, pp. 326, 327, 328
- RESPONSABILIDAD CIVIL, p. 105
 - Acción civil y su vinculación con la acción penal, p. 105
- SENTENCIA, pp. 290, 301, 336, 338
 - Motivación de la sentencia, p. 301
 - Nulidad de sentencia, pp. 290, 336, 338
 - Sentencia contradictoria, p. 290
 - Sentencia que deciden “ultra petita”, p. 290
- SOBRESEIMIENTO, p. 129
- SENTENCIA ARBITRARIA, p. 90
 - Sobreseimiento definitivo, p. 129
- SUCESIÓN, p. 396
 - Declaratoria de herederos, p. 396
- TRATADOS INTERNACIONALES, p. 252
- USUCAPIÓN, pp. 405, 406
 - Cómputo del plazo en la usucapión, p. 405

ÍNDICE POR TRIBUNALES

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Plenario

30/12/11"Acción de Inconstitucionalidad en el Juicio: Abog. Teresita Escobar Vázquez, Juez Electoral del Segundo Turno S/Enjuiciamiento" (Ac. y Sent. N°1008)	194
---	-----

Sala Constitucional

12/09/11. "Acción de Inconstitucionalidad en el Juicio: M.J.C.B. y otras s/ Régimen de convivencia" (Ac. y Sent. N° 672)	90
22/09/11. "Acción de Inconstitucionalidad en el Juicio: Kaspar Heinrich Dirks c/ Carlos Gustavo Rodas Argüello s/ interdicto de retener" (Ac. y Sent. N° 696)	98
02/11/11. "Acción de Inconstitucionalidad en el Juicio: Philips del Paraguay S.A. c/ Centurión hermanos S.A.C.I s/ Cumplimiento de contrato y obligación de hacer escritura pública" (Ac. y Sent. N° 813).	135

Sala Penal

02/09/11. "Mariana Agustina Vargas de Martínez c/ Poder Ejecutivo s/ Declaratoria de derecho a reasignación de categoría y rubro presupuestario en anexo de personal y cobro de diferencia salarial" (Ac. y Sent. N° 648)	84
23/09/11. "Medigroup S.A. c/ Res. N°1181/05 de fecha 21 de noviembre de 2005, y la resolución N° 713/06 del 18 de abril de 2006, dictadas por la Sub-Secretaría de Estado de Tributación, dependiente del Ministerio de Hacienda" (Ac. y Sent. N° 699)	120
23/09/11. "American Airlines INC c/Res. N° CT N°02 de fecha 10 de mayo de 2004, dictado por el Consejo de tributación" (Ac. y Sent. N° 700)	126

ÍNDICE POR TRIBUNALES

01/11/11. “Recurso de casación interpuesto por el abog. Dionicio Saldívar Giménez, Alberto Báez y Evelio Zarza Molinas, en los autos: Vicente Chamorro Silvero s/ Hecho Punible c/ la integridad física” (Ac. y Sent. N° 807)	129
02/11/11. “Recurso Extraordinario de Casación interpuesto por el Fiscal Adjunto Edgar Augusto Moreno Agüero en la causa: Carlos Andrés Salinas s/ homicidio culposo” (Ac. y Sent. N° 815)	149
23/11/11. “Vicente Scavone y CIA. Comercial e Industrial S.A. c/ Res. N°27 del 2 de marzo 2005, dictado por la Secretaría de Asuntos Litigiosos y Resolución N° 386 del 28 de diciembre de 2005 dictado por la Dirección de la Propiedad Industrial del Ministerio de Industria y Comercio” (Ac. y Sent. N° 862)	173
Sala Civil y Comercial	
02/09/11. Juicio: “Empresa de Transporte YkuaSaty S.R.L. Línea c/ Pedro Andrés Gauto s/ Indemnización de Daños y Perjuicios y Mirtha I. Melgarejo de Arza Maldonado e hijos c/ Ykua Saty S.R.L. y Casa Módiga S.A. s/ indemnización de daños y perjuicios”. (Ac. y Sent. N° 647)	59
22/09/11. “Ricarda Agüero Vda. de Samudio c/ Leda M. Fretes de Insfran s/ Indemnización de daños y perjuicios” (Ac. y Sent. N° 698)	
14/11/11. “Salcobrand S.A. c/ cadena Farmacenter s/ nulidad de registro” (Ac. y Sent. N° 845)	158
25/11/11. “Tania Sandagorda Paredes c/ Carlos Oscar Testa s/ Indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual” (Ac. y Sent. N° 896)	185

TRIBUNAL DE APELACIÓN CIVIL Y COMERCIAL

Primera Sala

06/10/11. “Queja por Apelación Denegada Interpuesta por la abogada Nélida Palacios Lugo en: Banco Central del Paraguay c/ Financentro S.A. De Finanzas s/ Quiebra” (A.I. N° 577)	233
10/10/11. “Orlando Neri Lafuente Lagraña c/ Grupo General de Seguros S.A. y Otros S/ Indemnización de Daños y Perjuicios por Responsabilidad Contractual” (A.I. N° 589)	238
13/10/11. “Regulación de Honorarios Profesionales del abogado Oscar	

ÍNDICE POR TRIBUNALES

Luis Tuma en los Autos: Reconstitución del Expediente: M. J. de M. C/L. M. L. s/ Disolución y Liquidación de la Sociedad Conyugal” (A.I N° 600)	241
17/10/11. “Daría Molinas c/ Estado Paraguayo S/ Indemnización de Daños y Perjuicios por Responsabilidad Extracontractual” (A.I. N° 601)	251
20/10/11. “Reinaldo Agüero Rolón c/ Cristhian Daniel Portillo Gutiérrez y Otros s/ Acción Preparatoria de Juicio Ejecutivo” (A. I N° 611)	261
25/10/11. “Stella Maris Miranda de Mendieta y Otros c/ Crédito Real S.A. s/ Indemnización de Daño Moral” (A. I. N° 629)	265
03/11/11. “Reconstitución del Expediente: Héctor Bernal Zacur c/ Silfo Saldívar Alcaraz s/ Desalojo” (A. I. N° 662)	270
25/11/11. “Compulsas del Expediente: Juvenal Primitivo Ríos González S/ Interdicción e Inhabilitación”. Año 2010 N° 497 (A. I. N° 722)	276
06/12/11. “Regulación de Honorarios Profesionales del abogado Simón Aranda Godoy en: S. F. B. C/ D. G. E. S/ Divorcio” (A.I. N° 753)	283
09/12/11. “Julio César Brítez Faraldo c/ Roberto Medina y Otros s/ Indemnización de Daños y Perjuicios por Responsabilidad Extracontractual” (A. I. N° 757)	285
13/12/11. “Máximo Benítez Demmler C/ María Emilia Alvarenga de Núñez y Demetrio Gustavo Núñez Gómez s/ Preparación de Acción Ejecutiva” (A. I. N° 764)	290
29/12/11. “Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados Bancarios c/ Esteban E. Cabrera Britos y otra s/ Ejecución Hipotecaria” (A.I. N° 808)	298
02/09/11. “Cynthia Elizabeth Torres Torres c/ Demestry & CIA. Estudio Jurídico y Otros s/ Indemnización de Daños y Perjuicios por Responsabilidad Extracontractual y Otros” (A. y S. N° 59)	300
05/09/11. “El Rodeo S.A. C/ Julio Doldán s/ Cumplimiento de Contrato y otro” (A. y S. N° 60)	319
27/09/11. “Carlos J. Cuba Ruiz Díaz c/ María Teresa Ramírez de Kamn s/ Preparación de Acción Ejecutiva” (A. y S. N° 67)	326
07/11/11. “Ruperto Aguilera Salinas c/ Rosa Vda. de Sosa y otros s/ Interdicto de Recobrar la Posesión” (A. y S. N° 77)	336

ÍNDICE POR TRIBUNALES

10/11/11. “Evelio Fabio Salinas Ruiz Díaz c/ César Orlando Riveros M. s/ Indemnización de Daños y Perjuicios por Responsabilidad” (A. y S. N° 78)	352
28/11/11. “J. P. R. G. s/ Interdicción e Inhabilitación” (A. y S. N° 89)	359
13/12/11. “Miguel Angel Gauto Bejarano c/ Instituto Nacional de Desarrollo y de la Tierra (INDERT) s/ Amparo” (A. y S. N° 94) ...	376
16/12/11. “Diana Noemí Ramírez González c/ Perfecta Automotores S.A. s/ Habeas Data” (A. y S. N° 97)	389
20/12/11. “M. D. S. Vda. de S. s/ Sucesión” (A. y S. N° 100)	396
23/12/11. “Idilio Bartolomé Recalde Agüero c/ Banco Nacional de Trabajadores en Quiebra s/ Usucapión” (A. y S. N° 104)	404
Cuarta Sala	
02/09/11. “Reconstitución del Expte: Hans Werner Bentz c/ Cartones Yaguareté S.A. s/ Incumplimiento de Contrato” (A. y S. N° 105)	414
08/09/11. “Aconcagua S.A. c/ Elvio Ramón Villalba Báez s/ Partición de Condominio” (A. y S. N° 106)	423
16/09/11. “José Dolores Oviedo Melgarejo c/ Federico Piris s/ Desalojo” (A. y S. N° 109)	429
13-12-11. “Sociedad Editora Litocolor SRL c/ Hernán Casco Pagano s/ Juicio Ordinario de Cobro de Guaraníes” (A. y S. N°150)	437
TRIBUNAL DE APELACIÓN DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA	
01/06/11. “M.J.S.V. y otra sobre régimen de convivencia” (A.I. N° 216)	449
02/06/11. “A. M.G. C. s/ Medida Cautelar Autónoma de Régimen de Relacionamiento” (A. I. N° 222)	451
07/06/11. “Compulsas P. M.S. F. s/ Venia para Viajar con Fines de Radicación” (A. I. N° 228)	454
08/06/11. “A. L. M. G. s/ Asistencia Alimenticia” (A. I. N° 230)	458
21/06/11. “A. M. B.S. s/ Régimen de Relacionamiento” (A. I. N° 257)	460
30/06/11. “C. D., S. A. y E. M.A. O. s/ Guarda” (A.I. N° 268)	462
TRIBUNAL DE APELACIÓN DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EN LO PENAL	
06/12/11. M. J. C. B. y otras s/ Régimen de Convivencia (Ac. y Sent. N° 20)	464

Doctrina

EL MALTRATO INFANTIL

ANÁLISIS DEL MALTRATO INFANTIL EN SUS DIVERSAS FORMAS:
MALTRATO FÍSICO, MALTRATO EMOCIONAL Y ABUSO SEXUAL.
MARCO JURÍDICO

Por María Teresa Garcete de Sosa*

1. ASPECTOS HISTÓRICOS DEL MALTRATO INFANTIL. CONVENCIÓN INTERNACIONAL POR LOS DERECHOS DEL NIÑO

El maltrato infantil es una práctica que estuvo presente en las distintas épocas de la historia y podemos afirmar que es tan antigua como la humanidad misma. En la Antigüedad los progenitores ejercían un poder muy amplio sobre sus hijos y esto, sumado a la insensibilidad de los mismos para con su prole, llevaba a los adultos a realizar todo tipo de acciones que violentaban cruelmente los derechos de la infancia.

El infanticidio de hijos legítimos e ilegítimos era normal en la época. Igualmente, prácticas muy comunes eran el abandono, la esclavitud, la mutilación del niño para que diera lástima en la mendicidad, el castigo físico y la tortura y el abuso sexual.

Otra tradición violenta consistía en enterrar a los niños en los cimientos de los edificios o puentes para reforzar la estructura. En los castigos físicos se

* Defensora Pública de Pobres y Ausentes de la Niñez y Adolescencia. Docencia universitaria. Postgrados: Diplomada en Derecho de la Niñez y la Adolescencia, Didáctica Universitaria. Egresada de la Escuela Judicial del Paraguay. Diplomada en Mediación y otros Medios Alternativos de Conflictos. Varias publicaciones en la materia.

empleaban instrumentos como látigos, varas de hierro y madera que producían toda clase de heridas en el niño.

Estos castigos empezaban a una edad muy temprana y eran normales en la vida del niño, quien al llegar a la edad adulta utilizaba los mismos medios violentos para con sus descendientes.

En la antigua Grecia había casas reales de gran antigüedad en las que al parecer era costumbre sacrificar al primogénito cuando la vida del monarca estaba amenazada o cuando se suponía que el propio rey tenía que ser la víctima propiciatoria y éste se las arreglaba para delegar en su hijo la terrible responsabilidad¹.

En el Derecho Romano el padre de familia ejercía la patria potestad sobre los descendientes que formaban parte de su familia civil. Del ejercicio de la misma estaban excluidas por completo las mujeres. La patria contemplaba más el interés del padre que el de los hijos y era considerada como un “conjunto de derechos” y no de “deberes y obligaciones”.

El pater familia era considerado como un rey dentro de su núcleo familiar y entre sus funciones estaba la de sumo sacerdote del culto de la familia. En las primeras épocas tenía poderes absolutos sobre la persona de los hijos, pudiendo imponer a los mismos penas muy severas, incluida la pena de muerte.

También podía mancipar a los hijos, es decir, entregarlos a cambio de un precio, en situación de miseria, constituyendo esto una verdadera venta. Igualmente el padre podía abandonar a los hijos.

En la Época Republicana, si bien este poder del Pater Familia permaneció, pero se cometían menos excesos contra los hijos. En el Imperio hubo en las familias, a causa del relajamiento de las costumbres, ciertos abusos de autoridad, motivo por el cual los emperadores comienzan a intervenir para corregir esas situaciones.

En la Época Cristiana, hacia fines del siglo II los poderes paternos se redujeron a una facultad disciplinaria de corrección. Constantino ordenó que, en todos los casos, todo el que hubiese mandado matar a su hijo sería castigado como parricida.

1. Fontana, Vicente J., *En Defensa del Niño Maltratado*, México, 1979.

En cuanto a los bienes, el hijo carecía de capacidad jurídica y su personalidad jurídica era una con la del Pater, no pudiendo, por lo tanto, tener bienes propios. Pero los hijos tenían sobre los bienes como una copropiedad, ya que han contribuido a formar los bienes.

En la Edad Media, hasta aproximadamente el siglo XVI, existía una insensibilidad muy grande de los adultos hacia los niños. Una de las causas era demografía de la época. Morían muchos niños como consecuencia de diversas enfermedades, no existiendo en aquellos tiempos vacunas para prevenirlas, sumado a la falta de higiene y un control de la natalidad.

El niño era considerado un pre-adulto y a los siete años aproximadamente se incorporaba al mundo de los adultos y tenía que realizar tareas para el grupo social al cual pertenecía. Compartía con los adultos todo tipo de trabajos, hasta los más forzados.

En la Edad Moderna la familia le separa a los niños de esa convivencia con el mundo de los adultos y surge un gran interés por la educación. Las órdenes religiosas que fueron fundadas en esa época, como los Jesuitas, se dedicaron a la enseñanza de niños y jóvenes. La familia asume una función moral y espiritual.

En esta época mejora el trato de los adultos hacia los niños, pero continúan los castigos corporales. Recién en el siglo pasado comenzó a desaparecer en Europa la costumbre de los azotes.

En Estados Unidos se dio la primera intervención del Estado en el caso de la niña Mary Ellen, de nueve años de edad, quien fue terriblemente maltratada por sus padres. El hecho llega a conocimiento de una enfermera de nombre Etta Wheeler, quien, con el apoyo de trabajadoras sociales de la Iglesia, hicieron la denuncia. Sin embargo, las autoridades no pudieron adoptar medidas en el caso porque no existía una ley que previera semejante situación. Los padres en la época tenían un poder absoluto sobre los hijos.

Para obtener una medida de protección a favor de la niña Mary Ellen recurrieron a la Sociedad para la Prevención de la Crueldad en los Animales, fundando su petición en que la niña formaba parte del reino animal. Accionaron judicialmente y lograron que la niña fuese separada de su hogar.

La sociedad pudo comprobar que era más importante legislar con relación a la crueldad del hombre con los animales, que la crueldad del hombre con los niños. Un año después, en 1875 se organiza en Nueva York la primera sociedad

para la Prevención de la Crueldad en los Niños y que tenía por fin la protección de los niños contra el maltrato de los adultos. Posteriormente se crearon sociedades semejantes en varios países del mundo.

En Gran Bretaña en el año 1883 se crea una institución similar pero en el año 1933 se da el primer instrumento proteccional, la Ley sobre los Niños y los Jóvenes, destinada a proteger a los niños contra los actos de crueldad. Esta ley establecía condenas de multa y prisión para los adultos que cometían maltrato contra un niño.

CONVENCIÓN INTERNACIONAL POR LOS DERECHOS DEL NIÑO

La Convención Internacional por los Derechos del Niño tiene dos antecedentes muy importantes: la Declaración de Ginebra de 1924 y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959.

En el año 1924 fue aprobada en Ginebra la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño. Este documento reconoce que “la humanidad debe al niño lo mejor de sí misma y declara y acepta como su deber que, por encima de toda consideración de raza, nacionalidad o creencia que:

1. El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual.
2. El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser atendido; el niño deficiente debe ser ayudado, el niño desadaptado debe ser reeducado, el niño huérfano y el abandonado debe ser recogido y ayudado.
3. El niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad.
4. El niño debe ser puesto en condiciones de ganarse la vida y debe ser protegido de cualquier explotación.
5. El niño debe ser educado inculcándole el sentimiento del deber que tiene de poner sus mejores cualidades al servicio del prójimo.
6. Este reconocimiento sentó las bases de las primeras expresiones de protección integral de la niñez.

El 20 de noviembre de 1959, por Resolución 1.386 (XIV) fue proclamada por Asamblea General de las Naciones Unidas “La Declaración de los Derechos del Niño”.

En su preámbulo considera que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita de protección y cuidado especiales, incluso la debida protección

legal, tanto antes como después del nacimiento. Reconoce también que la humanidad debe al niño lo mejor que pueda darle.

Por ello, se proclama la presente declaración, con el fin de que el niño pueda tener una infancia feliz y gozar en su propio bien y en bien de la sociedad de los derechos y libertades que en ella se enuncian, e insta a los padres, a los hombres y mujeres individualmente y a organizaciones particulares, autoridades locales y gobiernos nacionales a que reconozcan esos derechos y luchen por su observancia con medidas legislativas y de otra índole en garantía de los principios enunciados.

En el año 1989 por la Asamblea General de las Naciones Unidas se aprobó la Convención por los Derechos del Niño. La aprobación de este instrumento jurídico internacional ha sido considerado como el acontecimiento más importante y fundamental para el cambio en la percepción del concepto niño.

Con la vigencia de la Convención se pasa de la Doctrina de la Situación Irregular a un nuevo paradigma: La Doctrina de la Protección Integral. Esta nueva doctrina considera al niño como sujeto de derechos, dejando de lado el carácter tuitivo que tenía el Estado sobre los niños. Establece que los derechos de todo niño deben ser garantizados por la familia, la sociedad y el Estado y posibilitar que el niño pueda exigir a estos el cumplimiento de sus derechos.

2. CONCEPTO DE MALTRATO INFANTIL

Es muy difícil llegar a un consenso de lo que es Maltrato Infantil, debido a que la definición depende en gran medida de factores culturales y sociales predominantes en un grupo social en una época determinada.

Hemos leído cómo en la Antigüedad los niños eran sometidos a situaciones muy crueles. El infanticidio estaba permitido en la época, así como otras prácticas, como el abandono, la venta de los niños y otros, que constituían prácticas normales para la sociedad.

Es muy difícil establecer una línea de separación entre lo que es un maltrato infantil y lo que no lo es. En muchas sociedades los progenitores, y especialmente el padre de familia, utilizan el castigo o la violencia como medio para corregir a los hijos que transgreden las reglas establecidas por ellos.

Existen países en los cuales su legislación permite a los padres una corrección moderada para con sus hijos, admitiendo todas clase de castigos siempre que no produzcan un daño en la salud de los niños.

“El Comité de Derechos Humanos, ha señalado que la prohibición de someter a una persona a torturas o a cualquier pena o trato cruel, inhumano o degradante no admite limitación alguna y ha expresado que tal prohibición es extensiva a todo castigo corporal, incluidos aquellos que han sido impuestos como medida educativa o disciplinaria” (Comité de Derechos humanos, 1992).

“El Comité de los Derechos del Niño se ha referido expresamente al castigo corporal en la familia, considerándolo incompatible con la CDN, y recomendando como necesaria la adopción de medidas legislativas y educativas para cambiar las actitudes y la práctica de las sociedades que aún conservan este tipo de castigo” (Comité de los Derechos del Niño, 1994a).

“Asimismo, en varias oportunidades incitó a los Estados a reforzar los programas de educación familiar a los efectos de recalcar la importancia de evitar el castigo físico de los niños, y recomendó que los Estados revisarán toda la legislación pertinente para prohibir cualquier forma de violencia contra los niños por leve que fuera para imponer castigos o medidas disciplinarias en cualquier contexto” (Comité de los Derechos del Niño, 1994b)².

Hemos encontrado múltiples definiciones de lo que es maltrato infantil y si bien todas ellas con un enfoque diferente, hallamos elementos que son comunes que caracterizan al maltrato y que a continuación describimos:

En primer lugar el maltrato infantil guarda relación con una acción u omisión. La acción comprendería la violencia física, la emocional y el abuso sexual. La omisión se configuraría cuando existe abandono o negligencia.

Según el Centro Internacional de la Infancia de París: “el maltrato físico es la acción no accidental de algún adulto que provoca daño físico o enfermedad en el niño, o que lo coloca en grave riesgo de padecerlo como consecuencia de alguna acción intencionada; el maltrato emocional se trata de un tipo de crianza donde existen demandas parentales excesivas, superando las capacidades del niño o se desconocen sus necesidades, afectando seriamente el desarrollo de su personalidad e integración social. En general toma las siguientes formas extremas: rechazo, indiferencia, desvalorización, aislamiento, terror y corrupción”.

“El abuso sexual es la participación de menores inmaduros y dependientes en cualquier actividad sexual (la cual no comprenden totalmente ni se encuen-

2. *Justicia y Derechos del Niño*. Artículos para el Debate – Jurisprudencia – Documentos – Unicef. Santiago de Chile.

tran capacitados para dar consentimiento) con un adulto”. Agregamos a esta definición que no es necesario que exista un contacto físico para considerar que existe abuso, sino basta que se utilice al niño como objeto de estimulación sexual.

Igualmente sostenemos que la acción u omisión no debe ser accidental. Puede ocurrir que el niño tenga una fractura o un hematoma u otra lesión que fue infringido por uno de sus progenitores pero en forma accidental. Por ejemplo, la madre tropieza y sin intención cae sobre el niño causándole una lesión.

Como último elemento podemos mencionar el daño, es decir los trastornos que causa el maltrato en el niño. Los trastornos pueden ser físicos y emocionales. Entre los trastornos físicos podemos mencionar los problemas de alimentación, cefaleas, dificultades en el control de esfínteres, enuresis y encopresis, trastornos del sueño, y otros. Lo que el niño no expresa con palabras, expresa con su cuerpo.

Los trastornos emocionales tienen que ver con los sentimientos, con las pasiones y las emociones. Entre los trastornos emocionales podemos mencionar fracasos escolares inexplicables, aislamiento social, fuga del hogar, miedos, baja autoestima, sentimientos de inseguridad y angustia. Tanto los trastornos físicos como emocionales dificultan el desarrollo y madurez en los niños.

Considerando los elementos analizados podemos concluir que el maltrato infantil es “Toda acción u omisión no accidental, cometida contra un niño por sus progenitores, cuidadores o por otro adulto, y que cause daño físico y/o emocional en el niño, afectando su desarrollo evolutivo”.

3. CAUSAS DEL MALTRATO INFANTIL

Entre las causas del Maltrato Infantil podemos mencionar las siguientes:

Problemas psicológicos del progenitor/a o guardador/a: Puede darse la situación de que el agresor (padre, madre, guardador/a, adulto) se encuentren afectados por una enfermedad mental, o padezcan depresiones severas, o sean alcohólicos o drogadictos. El agresor no puede detener sus impulsos y esto aumenta la posibilidad de maltratar al niño.

Debemos considerar que cuando una persona actúa bajo los efectos del alcohol y la droga no es consciente de sus actos lo que le puede llevar a dañar seriamente al niño en su salud mental y física.

Rechazo hacia el niño: El adulto puede experimentar sentimientos de rechazo hacia el niño lo que le lleva a utilizar diversas formas de violencia contra

el mismo, con el solo fin de causarle un sufrimiento. Por ejemplo esta situación se da cuando el niño es hijo de otra pareja, o cuando el niño tiene una discapacidad que requiere de un cuidado especial, o cuando el niño es muy llorón o inquieto.

Factores económicos: Los padres que no generan lo suficiente para afrontar todos los gastos del hogar, o cuando uno de ellos pierde el trabajo, o cuando los bajos ingresos no permiten a los progenitores llevar una vida digna. Estas situaciones hacen que los padres descarguen sus frustraciones sobre los hijos, maltratándolos de diversas formas.

Factores culturales: Cuando dentro de una sociedad se repite de una generación a otra, formas violentas de educar a los hijos. Generalmente cuando un progenitor fue sometido en su infancia a tratos violentos, repite estos comportamientos. La sociedad considera normal corregir a los hijos que transgreden las reglas utilizando medios violentos. Los progenitores justifican estos comportamientos expresando “que gracias a que fueron educados de esa manera son personas útiles a la sociedad”.

Violencia doméstica: Cuando entre los progenitores constantemente se desencadenan situaciones violentas que pueden manifestarse en forma verbal y/o física. El niño se encuentra involucrado en esta situación de dos formas: el niño puede no ser violentado físicamente por uno de los progenitores, pero al estar presente en el lugar de los hechos se ve afectado psicológicamente.

Puede darse la situación de que el niño, debido a su vulnerabilidad, sea también víctima de esa violencia doméstica recibiendo maltratos físicos de parte de sus progenitores.

Ausencia de programas por parte del Estado: Es muy importante que desde el Estado se implementen programas orientados a prevenir el maltrato infantil. Es fundamental la difusión de formas de educar sin violencia, concientizando a los padres y transformando la cultura del castigo que impera en muchas sociedades, evitando los malos tratos y con ello los daños emocionales y físicos en el niño.

4. CONSECUENCIAS DEL MALTRATO INFANTIL

A las consecuencias del maltrato infantil en la literatura especializada se los denomina “Indicadores del Maltrato Infantil”. Utilizaremos en la presente monografía el término “consecuencias del maltrato infantil”.

Las consecuencias del maltrato infantil son aquellos trastornos físicos y psicológicos detectados en los niños víctimas y que pueden ser observados directamente o a través de estudios periciales realizados por profesionales especializados, y que nos permiten sospechar y en su caso confirmar la existencia del maltrato.

Trastornos físicos: Los trastornos físicos se manifiestan en el cuerpo del niño y algunos de ellos son:

- Hematomas;
- Fracturas;
- Marcas en el cuerpo;
- Quemaduras (ejemplo: plancha);
- Quemaduras con cigarrillos.

En cuanto a los daños físicos en los niños abusados podemos mencionar:

- Hemorragias vaginales y rectales;
- Embarazo;
- Lesiones anales y/o vulvares;
- Infecciones genitales;
- Desfloración temprana.

“También es frecuente observar diversas reacciones orgánicas que Intebi agrupa como indicadores físicos inespecíficos ya que si bien no tienen una relación causal con el abuso, y pueden aparecer sin que éste exista, están estrechamente vinculados a situaciones de estrés elevado. Estos son: ciertos trastornos psicósomáticos como los dolores abdominales recurrentes y los dolores de cabeza sin causa orgánica. Trastornos en la alimentación (bulimia y anorexia nerviosa). Enuresis (emisión involuntaria e inconsciente de orina, generalmente nocturna) y encopresis (incontinencia de materia fecal) en niños que ya habían logrado el control esfinteriano”³.

Entre los trastornos psicológicos del maltrato infantil podemos mencionar:

- Baja autoestima;
- Miedo injustificado hacia los adultos;
- Actitud de rechazo y desconfianza hacia los adultos que se presentan afectuosos;

3. *Abuso Sexual Infantil. ¿Denunciar o Silenciar?*. Carlos Alberto Rozanski.

- Tendencia hacia la soledad y el aislamiento;
- Problemas escolares;
- Tristeza en el rostro;
- Pensamientos o ideas suicidas, o bien tendencia suicida.

“En cuanto a los trastornos psicológicos en niños abusados, si bien resulta imposible hacer un listado completo de las consecuencias psicológicas que el abuso sexual puede ocasionar en las víctimas, es factible en cambio enumerar aquellas que se citan con mayor frecuencia y que son posibles de detectar en cualquier expediente de abuso correctamente investigado. Así las víctimas suelen presentar:”

- Depresión;
- Miedo;
- Culpa;
- Autoestima disminuida;
- Vergüenza;
- Pesadillas;
- Claustrofobia;
- Inquietud;
- Dificultades escolares;
- Tentativas de suicidio;
- Vulnerabilidad ante nuevos abusos;
- Dependencia;
- Prostitución;
- Adicciones⁴.

5. LA DETECCIÓN DEL MALTRATO INFANTIL

En la comprobación del maltrato infantil tienen un rol fundamental los profesionales de la salud, los educadores y los familiares. Las personas que están en contacto con el niño y muy especialmente las mencionadas precedentemente deben estar alertas ante la presencia de los indicadores mencionados en el numeral 4 del presente trabajo, a fin de salvaguardar la integridad física y mental del niño.

4. Carlos Alberto Rozanski. *Abuso Sexual Infantil ¿Denunciar o Silenciar?*

Profesionales de la salud: Los progenitores y los encargados del cuidado del niño recurren a los Centros de Salud debido a una fractura, lesión, hemorragia y otros síntomas que presente el niño y que requiere de una atención urgente.

Es fundamental que el profesional médico, ante la sospecha de un maltrato, proceda a interrogar a los padres o responsables del niño sobre el origen de las lesiones y evalúe si los hechos relatados por los mismos son coherentes y creíbles.

Si el profesional de la salud se encuentra ante un presunto hecho de maltrato, tiene la obligación de realizar la denuncia ante los organismos correspondientes. De la inmediata intervención del especialista dependerá el cese inmediato de la situación de maltrato en el cual se encuentra involucrado el niño.

Carlos Alberto Rozanski en su obra “Abuso Sexual Infantil ¿Denunciar o Silenciar?”, relata dos casos de abuso sexual que llegaron a conocimiento de profesionales médicos. En el primero de ellos el profesional no se involucró en el problema, lo que permitió que los niños tuvieran que padecer varios años abusos por parte de su progenitor. En el segundo caso la profesional médica tomó una inmediata intervención, lo que permitió que el tormento por el cual estaba pasando una niña cese inmediatamente y que el autor sea enjuiciado y condenado.

CASO 1: “Cito aquí el caso de una señora que en consulta con el pediatra de sus hijos le comunicó su preocupación porque los niños habían hecho comentarios de presuntos abusos sexuales por parte de su padre biológico –separado de la madre–.

El médico le indicó que no le creyera a los niños y le recomendó que les hiciera practicar deportes....Varios años después luego de numerosas pericias, se determinó que, en efecto, los niños habían sido abusados por su padre y el hombre fue encausado por corrupción. En el juicio, el pediatra ratificó el testimonio de la madre y explicó que “como pediatra no se involucró en el tema del abuso por considerarlo inverosímil, dedicándose exclusivamente a cuidar la salud orgánica de los niños”. Ante los jueces agregó que “se arrepentía de esa actitud”. Si bien no se puede dudar de la buena fe del médico –su público arrepentimiento es señal clara de ello–, el caso muestra la necesidad de intensificar la difusión de la problemática y de la normativa vigente”.

CASO 2: “Es interesante citar el caso de una niña de nueve años que fue llevada al centro de salud de un barrio humilde de San Carlos de Bariloche por

una lesión en el mentón de la cara. A la médica que la atendió le llamó la atención que la niña tuviera olor a materia fecal. Comprobó que se trataba de un cuadro de encopresis –imposibilidad de controlar esfínteres– y procedió a efectuar a la niña un examen ginecológico comprobando ausencia de himen con vagina complaciente. Ante la firme sospecha de que la niña podría resultar víctima de abuso sexual, efectuó una presentación ante las autoridades del Servicio Social, tomando luego intervención la Asesora de Menores de turno, e iniciándose la respectiva causa judicial. La investigación arrojó como resultado que la niña había sido abusada por su hermano de 25 años de edad, quien luego fue enjuiciado y condenado a prisión por ese delito. La misma médica efectuó luego presentaciones similares respecto de una hermanita de la niña, de tres años de edad, que presentaba ausencia de himen y lesiones en el ano⁷⁵.

La Escuela o Guardería Infantil: Si bien el niño pasa la mayor parte del tiempo en el hogar, en la escuela o guardería permanece varias horas del día, en compañía de sus compañeros y educadores. Por este motivo, cuando el niño está viviendo una situación de maltrato infantil en su hogar, esta situación puede ser fácilmente percibida por profesores de la institución.

Los docentes, ante la presencia en el niño de indicadores como hematomas en el cuerpo, lesiones, cambios de conducta y otros signos, entre los que podemos mencionar el propio relato del niño y que lleven a presumir la presencia de una situación de maltrato infantil, deben iniciar las acciones tendientes a proteger la integridad del niño.

En cuanto a los pasos a seguir por la docente, considerando que la misma pertenece a una institución educativa, debe poner la situación a conocimiento de los superiores. Los directivos de la institución son responsables de realizar inmediatamente la denuncia ante las autoridades pertinentes.

Puede darse el caso de que la misma directora o supervisora de la institución educativa no desee involucrarse en el tema y presione a la docente a fin de que la misma no realice la denuncia correspondiente. Las causas pueden ser diversas, entre ellas el miedo a la reacción de los familiares, o las declaraciones que deben prestar ante la Fiscalía o ante un juez.

Es muy importante en este sentido que los directivos y docentes de una institución educativa reciban una adecuada capacitación en el tema, de modo a

5. Carlos Alberto Rozanski. *Abuso sexual infantil ¿Denunciar o Silenciar?*

conocer la forma en que deben actuar ante situaciones de maltrato infantil que involucren a sus alumnos. Además, deben conocer la responsabilidad y obligación que tienen en denunciar el maltrato infantil del cual sea víctima un niño que se encuentra cursando sus estudios en la institución.

Insistimos en la importancia de una buena capacitación a los educadores, ya que una errónea actuación puede dejar en un estado de desprotección total a la víctima. Por ejemplo, si en vez de comunicar inmediatamente un hecho de abuso a las autoridades correspondientes, la docente decide citar a los presuntos autores del hecho a fin de pedirles explicaciones, con este proceder puede alertar a la familia, quien puede alejar al niño de la escuela, incluso pueden desaparecer del lugar donde residían.

En el ámbito familiar: Cuando un niño es maltratado por sus progenitores generalmente esta situación es conocida por los familiares más cercanos (abuelos, tíos, hermanos). El mayor obstáculo que se presenta para que los mismos realicen la denuncia es el temor de enfrentarse a los progenitores, ya que existe un vínculo de parentesco que los une.

En el caso específico del abuso sexual infantil debemos distinguir dos situaciones: cuando el delito es cometido por un extraño en un solo acto y cuando el delito es cometido por un familiar.

En el primer caso generalmente el niño relata el hecho a su madre, pero en el caso que el agresor sea el padre biológico, el padrastro, parientes cercanos, es más difícil que el niño manifieste o exprese lo que le está sucediendo.

Muchos factores pueden influir en el niño para que éste no exteriorice el abuso que está padeciendo. Uno de ellos constituye las amenazas a las cuales recurre el abusador. Por ejemplo, el agresor puede amenazar a su víctima con matarla o hacerla daño, o matar a su madre o hacerle daño a sus hermanos. Debemos recordar que el agresor convive con la niña, por lo que las amenazas pueden darse en forma constante.

Carlos Alberto Rozanski en su libro *Abuso Sexual Infantil ¿Denunciar o Silenciar?*, relata un hecho de abuso que se sustanció en los tribunales de la República Argentina en el año 2000. “Se trataba de una joven que a la fecha del debate oral tenía 17 años y que había sido abusada por el concubino de su madre desde los 9 hasta los 14 años. En ese período de tiempo, el imputado había sometido progresivamente a la niña mediante una estrategia de terror con la que logró anular toda posibilidad de resistencia”.

“En el juicio quedó acreditado que el victimario en varias oportunidades, previo a los actos sexuales, le había hecho sacar la ropa y le colocaba la cabeza en la bañera, debajo del agua. Al relatar estos episodios, la joven señaló textualmente a los jueces que “esto sucedió dos o tres veces, pero que después era abrir la canilla tipo perro, que adiestras a los perros a una cosa y después le mostrás y se asustan. Abría la canilla para yo me asustara porque ya me veía venir la cabeza dentro del agua”. La autocomparación efectuada por la víctima con un perro, en cuanto a que luego de algunas veces ya ni siquiera era necesario que el imputado la sumergiera, bastando con abrir la canilla para lograr el objetivo propuesto, es una patética síntesis tanto del dominio que puede llegar a ejercer esta clase de agresores sexuales sobre sus víctimas, como la gama ilimitada de recursos a que suelen apelar”⁶.

Otro factor que influye en el niño para que no delate a su agresor es que con frecuencia los abusadores (padres biológicos o padrastros) le hacen creer a sus víctimas que lo que hacen es natural y que en todas las familias los padres y sus hijos tienen esas relaciones.

En los casos de abuso sexual también puede darse la situación que el niño no cuente a la madre la situación por la cual está atravesando pero la progenitora perciba el hecho a través de ciertos indicios. La misma no enfrenta el problema, ya que el agresor es su pareja y si bien desea proteger y ayudar a su pequeña hija, no denuncia el delito por miedo a perder a su pareja, especialmente si este es el sostén familiar.

6. REVICTIMIZACIÓN. DERECHO A SER OÍDO

La revictimización del niño, llamado también por algunos autores “doble victimización”, acontece cuando el niño una vez realizada la denuncia y encontrándose el juicio en trámite, tiene que pasar por situaciones que le causan un profundo daño. Por ejemplo, una situación que suele ocurrir es que el maltrato y especialmente el abuso se investigan en la jurisdicción penal, y en la jurisdicción de la niñez. El juez en ambas jurisdicciones ordena un estudio psicológico del niño en días distintos días y con diferentes profesionales.

6. Carlos Alberto Rozanski. *Abuso Sexual Infantil ¿Denunciar o Silenciar?*

El niño tiene que acudir a los tribunales en diferentes días, posiblemente si existe un recargo de trabajo de los profesionales debe esperar en los pasillos y debe ser sometido a dos estudios por profesionales diferentes. El niño es revictimizado, ya que la situación descripta genera en el mismo toda una situación de stress. Lo mismo sucede cuando, en un caso de abuso sexual, distintos jueces ordenan estudios ginecológicos para la misma niña, a ser realizados en diferentes lugares y, en consecuencia, por distintas profesionales médicas, siendo la misma doblemente victimizada.

Con relación al derecho del niño a ser oído, la Convención de los Derechos del Niño en su artículo 12 establece que “Los Estados Partes en la presente Convención garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”.

El derecho del niño a ser oído es un derecho fundamental consagrado por la propia Convención por los Derechos del Niño. El niño no solo debe ser escuchado por el operador de justicia, sino que su opinión, sus deseos, lo que el mismo piensa debe ser considerado al momento de resolverse el juicio, de tal forma que lo decidido por el juez sea beneficioso para el niño. Por ejemplo, si el niño en un juicio de Régimen de Relacionamento manifiesta que desea compartir con su progenitor más días a la semana, el juez debe considerar esta situación otorgando un régimen de relacionamiento más amplio.

Sin embargo, la situación no es la misma en los casos de maltrato, específicamente de abuso sexual. Muchos operadores del derecho llaman a una audiencia a los niños que padecieron alguna forma de abuso sexual y le solicitan al niño un relato sobre los hechos ocurridos. El niño al contar lo sucedido vuelve a revivir todos los hechos violentos y traumáticos padecidos. Puede darse la misma situación que hemos mencionado con relación a los estudios periciales. El niño es convocado en sucesivas oportunidades, con distintos operadores del derecho, causándole esta situación una doble victimización.

Si bien, la Convención Internacional por los Derechos del Niño, consagra el derecho del niño a ser oído en todo proceso que lo involucre, la misma Convención establece que el niño será escuchado ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado. Recomendamos por el bienestar emocional del niño que éste no sea interrogado directamente por el juez, si no a

través de profesionales especializados y que la entrevista sea realizada en una Cámara Gessel, medio que permite que el juez esté presente en la entrevista, pero sin que el niño lo perciba.

7. EL MALTRATO INFANTIL EN EL PARAGUAY. INVESTIGACIÓN REALIZADA POR UNICEF PARAGUAY

En nuestro país, según una investigación realizada por Unicef Paraguay, “el 61% de los niños, niñas y adolescentes que participaron en este estudio, reportaron haber sido víctimas de algún tipo de maltrato por parte de sus familiares más cercanos. El 35% manifestó haber recibido violencia física grave (golpes con objetos, patadas, quemaduras y asfixia), mientras que el 13% de los encuestados dijo haber sido objeto de violencia leve (nalgadas con la mano y con objetos, cachetadas, tirones de pelo, pellizcos y la obligación de permanecer en posiciones incómodas) y el 13% expresó haber vivido violencia psicológica (insultos, maldiciones, amenazas de abandono, entre otros)”.

“Llama la atención que el país predomine la violencia física grave frente a la leve, más corriente en otros países de la región que realizaron estudios similares. Es interesante destacar que aunque 6 de cada 10 niños, niñas y adolescentes han recibido algún tipo de maltrato, los mismos consideran, en una gran mayoría, que la relación con ambos padres es buena o muy buena (91,9%). Más de la mitad (52%) de los niños, niñas y adolescentes, que participaron del estudio, recordaron haber empezado a ser víctimas de maltrato físico antes del ingreso al primer grado escolar principalmente entre los 3 y 5 años”⁷.

El estudio realizado por Unicef Paraguay revela que en el Paraguay es frecuente y hasta diríamos normal el empleo de distintas formas de violencia, desde las más graves hasta las más leves, en el relacionamiento de los padres con los hijos. Podemos afirmar que nos encontramos ante un problema cultural. La mayoría de los progenitores que violentan a sus hijos es porque no conocen otra forma de educar, ya que ellos mismos cuando niños fueron educados de esa forma. Además justifican el empleo de la violencia en la educación de los hijos.

En nuestro país los padres no solo utilizan la violencia por motivos culturales. También la violencia es consecuencia de problemas económicos (falta de

7. www.unicef.org/paraguay/spanish/py

recursos, pérdida del empleo), frustraciones, peleas de pareja y otros hechos en los que el niño no se encuentra involucrado directamente pero, sin embargo, debido a su vulnerabilidad, resulta víctima de dichas circunstancias.

En los tribunales, en los juicios de maltrato al ser convocados los progenitores y al ser consultados con relación a los motivos que le indujeron a maltratar al niño, es muy común escuchar frases como las siguientes “yo no maltraté a mi hijo”, “sí le pegué con cinto a mi hijo, porque de lo contrario me va a salir mal”, “a mí me educaron de esta forma y salí una buena persona, trabajadora”, “si le educo de esta forma, mi hijo va a ser respetuoso y obediente”.

En la mayoría de los casos de maltrato se puede observar que los progenitores no son concientes del daño físico y/o emocional que le están causando a sus hijos y también se puede percibir que no conocen otras formas de educar más que las prácticas violentas. Podemos afirmar que el maltrato es una práctica que se encuentra arraigada en nuestra cultura.

El estudio realizado por Unicef también revela que “el maltrato es una práctica culturalmente extendida a todas las clases sociales. Sin embargo, presenta algunos rasgos diferentes por niveles de ingresos. Entre los tipos de maltrato, el maltrato físico grave es el más común en los tres niveles socioeconómicos (alto, medio y bajo). No obstante, se observa que éste es levemente mayor en el nivel socioeconómico bajo y en alumnos de escuelas públicas y subvencionadas (comparativamente con los niños, niñas y adolescentes que asisten a escuelas privadas). En contraposición, se registra una mayor prevalencia del castigo psicológico en aquellos matriculados en escuelas privadas, que corresponden a familias de mayores ingresos. Este fenómeno podría reflejar factores asociados al maltrato como el hacinamiento o el nivel educativo de los padres”.

8. EL MALTRATO Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS

El concepto del instituto de la Patria Potestad fue sufriendo cambios en las distintas épocas de la historia. Como hemos visto, en los primeros tiempos la Patria Potestad era sinónimo de derechos de los padres sobre la persona y bienes de los hijos. Hoy, en cambio, en la jurisdicción especializada de la Niñez, es considerada como una institución del derecho de familia orientada a la protección del niño y que comprende no solo derechos de los progenitores sobre los hijos, sino también deberes y obligaciones de estos para con los mismos.

El Código de la Niñez y la Adolescencia, en su Art. 70 establece: “El padre y la madre ejercen la patria potestad sobre sus hijos en igualdad de condiciones. La patria potestad conlleva el derecho y la obligación principal de criar, alimentar, educar y orientar a sus hijos. Y el Art.71 del C.N y A., De los Derechos y Deberes del Padre y de la Madre, dispone:.. “quienes ejercen la patria potestad están obligados a prestar alimentos a sus hijos. La obligación de alimentar comprende proveerles lo necesario para la subsistencia, habitación y vestido, en condiciones no inferiores a las que disfrutaban los obligados. La patria potestad implica además de los siguientes deberes y derechos: velar por su desarrollo integral, proveer su sostenimiento y su educación, dirigir su proceso educativo y su capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes, vivir con ellos, representarlos en los actos de la vida civil mientras no adquieran su capacidad y responsabilidad civil y administrar y usufructuar sus bienes, cuando los tuvieren”.

Los progenitores a diferencia de lo que sucedía en otras épocas pueden ser privados del ejercicio de la Patria Potestad por el incumplimiento de deberes y obligaciones que la Ley les impone con relación a sus hijos. El maltrato infantil en sus diversas formas: maltrato físico, maltrato emocional y abuso sexual, según su gravedad, constituye causal de suspensión o pérdida de Patria Potestad.

El C.N y A. en el Art. 72 inc. “e” establece como causal de suspensión de la Patria Potestad: “la violencia”, pero seguidamente expresa: “que perjudique la salud física o mental y la seguridad de los hijos, aún cuando sea ejercida a título de disciplina y sin perjuicio de otras medidas acordes a la gravedad del hecho”.

Nos preguntamos entonces, partiendo de lo expresado, si en la obligación que tienen los padres de educar y criar a sus hijos al corregir ciertos comportamientos de los niños utilizan una violencia moderada, sin efectos físicos y emocionales, ¿constituiría esta situación causal de suspensión de patria potestad? Si realizamos una interpretación literal del citado artículo, la corrección utilizando la violencia pero en forma moderada y sin efectos o daños físicos y/o mentales para el niño no constituirá causal de suspensión del ejercicio de la Patria Potestad.

El Art. 73 incs. c) y d) del C.N. y A. establece como causales de Pérdida de Patria Potestad las siguientes: “la patria potestad se perderá por declaración judicial en los siguientes casos: c) por acciones que causen grave daño físico,

psíquico o mental a su hijo; y d) por omisiones que, por su gravedad, pongan a su hijo en estado de abandono y peligro”. Teniendo en cuenta que la pérdida de patria potestad es una sanción muy grave para los progenitores, en los casos sustanciados ante el Juzgado, el juez debe analizar detenidamente si el maltrato reviste de tal gravedad como para que los progenitores sean privados del ejercicio de la patria potestad.

Toda violencia, por más leve y moderada que sea, no es un medio aconsejable para que los progenitores lo utilicen en la corrección de los hijos. Además, debemos considerar que muchas veces los progenitores al principio utilizan medios violentos moderados en la educación de sus hijos y luego terminan golpeándolos brutalmente. En el Paraguay, como hemos manifestado anteriormente, el uso de la violencia en la educación de los hijos es muy común, es un problema cultural y deben implementarse mecanismos para que dicha problemática pueda ser revertida.

Partiendo del texto mismo de la ley, los casos de violencia leves, que no son habituales y que nos causan daños físicos y emocionales, no constituyen causal de suspensión ni pérdida de patria potestad, por lo que estos casos deben ser abordados por instancias no jurisdiccionales, como la CODENI que, conforme al Art. 34 del C.N y A., puede adoptar medidas de protección y apoyo y entre ellas pueden ser aplicadas a los casos de maltrato: a) la advertencia al padre, a la madre, al tutor o responsable; b) la orientación al niño o adolescente y a su grupo familiar; c) el acompañamiento temporario al niño o adolescente y a su grupo familiar; e) el tratamiento médico y psicológico; g) el abrigo, así como las otras medidas establecidas en el citado artículo.

Igualmente, el maltrato infantil acarrea sanciones penales al autor de los hechos. El Código Penal Paraguayo, modificado por Ley 3.440/2008, también establece pena privativa de libertad y multa para los hechos de maltrato infantil. Estas sanciones están previstas en los Arts. 134, maltrato de menores (modificado por el art. 1° de la Ley 3.440/08), 135, abuso sexual en niños (modificado por el art. 1° de la Ley 3.440/08), 136, abuso sexual de personas bajo tutela, y 229, violencia doméstica (modificado por el art. 1° de la Ley 3.440/08). www.unicef.org/paraguay/spanish/py

9. MARCO JURÍDICO. COMPILACIÓN DE DISPOSICIONES REFERENTES AL MALTRATO INFANTIL.

CONSTITUCIÓN NACIONAL DEL PARAGUAY

“ARTÍCULO 54: DE LA PROTECCION AL NIÑO: La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de garantizar al niño su desarrollo armónico e integral, así como el ejercicio pleno de sus derechos protegiéndolo contra el abandono, la desnutrición, la violencia, el abuso, el tráfico y la explotación. Cualquier persona puede exigir a la autoridad competente el cumplimiento de tales garantías y la sanción de los infractores. Los derechos del niño, en caso de conflictos tienen carácter prevaleciente”.

CONVENCION INTERNACIONAL POR LOS DERECHOS DEL NIÑO

“ARTÍCULO 19: 1. Los Estados Partes adoptarán todas la medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de violencia, perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un tutor o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

“2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces, para el establecimiento de programas sociales con el objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño, según corresponda, la intervención judicial.

CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

“ARTÍCULO 168: DE LAS PARTES EN EL PROCEDIMIENTO: Serán partes en el procedimiento el niño o adolescente, sus padres, los tutores, los Defensores, y el Ministerio Público, en los casos en que así lo establezcan las leyes respectivas, sin perjuicio de los casos de adopción, pérdida de patria potes-

tad y maltrato, en los que los Defensores y el Ministerio Público tendrán necesaria intervención”.

“ARTÍCULO 191: DEL PROCEDIMIENTO PARA LA ATENCIÓN DEL MALTRATO: En caso de maltrato del niño o adolescente, recibida la denuncia por el Juzgado de la Niñez y la Adolescencia, éste deberá adoptar inmediatamente las medidas cautelares de protección al niño o adolescente previstas en este Código, sin perjuicio de las acciones penales que correspondan.

“ARTÍCULO 175. DE LAS MEDIDAS CAUTELARES DE PROTECCIÓN: Son consideradas medidas cautelares de protección:

- a) La guarda o el abrigo;
- b) La restitución en el caso previsto en el art. 95 y concordantes de este Código;
- c) La exclusión del hogar del denunciado en casos de violencia doméstica;
- d) La hospitalización;
- e) La fijación provisoria de alimentos; y
- f) Las demás medidas de protección establecidas por este Código, que el juez considere necesarias en interés superior o para la seguridad del niño o adolescente”.

LEY DEL MALTRATO

Ley N° 4295/11, QUE ESTABLECE EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA EL TRATAMIENTO DEL MALTRATO INFANTIL EN LA JURISDICCIÓN ESPECIALIZADA

Artículo 1°. De la denuncia del maltrato. Toda persona que tenga conocimiento de un hecho de maltrato físico, psíquico o, así como de abuso sexual contra niños, niñas o adolescentes, está obligada a denunciarlos inmediatamente, en forma oral o escrita ante la Fiscalía de la Niñez y la Adolescencia o la Defensoría de la Niñez y la Adolescencia. En ausencia de estas instituciones o ante la dificultad de llegar a ellas, la denuncia podrá realizarse ante el Juzgado de Paz, la Consejería Municipal por los Derechos del Niño, Niña y Adolescente (CODENI) o la Policía Nacional.

Artículo 2°. De la denuncia ante el Ministerio Público y la Defensa Pública. Recibida la denuncia por la Fiscalía de la Niñez y Adolescencia o la Defensoría de la Niñez y la Adolescencia, éstas se darán mutua comunicación, quedando a

cargo de la Defensoría del Niño promover inmediatamente las acciones pertinentes ante el Juzgado de la Niñez y la Adolescencia; para la urgente adopción de las medidas de protección de los mismos y la sustanciación de el o los procesos que correspondieren.

En caso que el conocimiento del maltrato se haya producido en el marco de un procedimiento penal, el Fiscal interviniente deberá remitir inmediatamente compulsas de las actuaciones al Juez de la Niñez y la Adolescencia para el tratamiento del maltrato infantil en la Jurisdicción Especializada.

Igualmente, el Juez de la Niñez y la Adolescencia deberá remitir compulsas a la Fiscalía de la Niñez y la Adolescencia, cuando de las actuaciones referentes al maltrato se desprendan la comisión de un hecho punible.

Artículo 3°. De la denuncia ante el Juzgado de Paz. Recibida una denuncia, el Juez de Paz deberá adoptar inmediatamente las medidas establecidas en el Artículo 2° de la Ley N° 1600/00, “CONTRA LA VIOLENCIA DOMÉSTICA” o las establecidas en el Código de la Niñez y la Adolescencia que considere necesarias en atención al interés superior y para la seguridad del niño, niña o adolescente. Las medidas podrán ser adoptadas conjunta o separadamente.

Igual procedimiento deberá aplicar, cuando el maltrato contra niños, niñas o adolescentes, se identifique a través de un procedimiento iniciado en el marco de la Ley N° 1600/00, “CONTRA LA VIOLENCIA DOMÉSTICA”.

En ambos supuestos, el juez de Paz interviniente tendrá la obligación de remitir al Juzgado de la Niñez y la Adolescencia todo lo actuado en un plazo no mayor a cuarenta y ocho horas.

Artículo 4°. De la denuncia ante la Consejería Municipal por los Derechos del Niño, Niña y Adolescente (CODENI). Recibida una denuncia por la CODENI, ésta deberá adoptar las medidas de protección y apoyo señaladas en el artículo 34 de la Ley N° 1680/01 “CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA”, con las excepciones previstas en el mismo. Si el caso fuere de gravedad, además deberá derivar inmediatamente la denuncia al Juzgado de la Niñez y la Adolescencia o al Juzgado de Paz en ausencia de éste.

Artículo 5°. De la denuncia ante la Policía Nacional. Recibida una denuncia por la Policía Nacional, la misma deberá auxiliar al niño, niña o adolescente, aún cuando se encuentre dentro de su domicilio, debiendo aprehender al denunciado en caso de encontrarlo flagrante comisión de un hecho punible, de conformidad a lo dispuesto en el Artículo 239 del Código Procesal Penal.

La Policía deberá remitir copia del acta al Juzgado de la Niñez y la Adolescencia o al Juzgado de Paz, en ausencia del primero dentro de las veinte y cuatro horas de haber tomado intervención en el hecho. La policía tendrá también la obligación de implementar las medidas de protección dictadas por el Juzgado que le hubiesen sido asignadas.

Artículo 6°. De la derivación penal de la denuncia. Cuando los órganos receptores de la denuncia señalados en el Artículo 1° de esta Ley detectaran en la denuncia la posible configuración de hechos punibles contra niños, niñas o adolescentes, deberán remitir los antecedentes del caso a la Fiscalía Penal para su investigación y juzgamiento.

Artículo 7°. De las medidas cautelares y de protección aplicadas por el Juzgado de la Niñez y la Adolescencia y los Juzgados de Paz. Cuando la denuncia fuese recibida directamente por el Juzgado de la Niñez y la Adolescencia o el Juzgado de Paz, éstos deberán adoptar las medidas cautelares y de protección contempladas en los artículos 34 y 175 de la Ley N° 1.680/01 “CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA”; así como las establecidas en el artículo 2° de la ley N° 1.600/00 “CONTRA LA VIOLENCIA DOMÉSTICA”. Estas medidas podrán ser ordenadas separadas o conjuntamente. La medida de abrigo será la última alternativa.

Recibida una denuncia por el Juzgado de la Niñez y la Adolescencia que haya sido derivada de cualquiera de los órganos habilitados para su recepción, el Juzgado adoptará las medidas cautelares y de protección pertinentes, de conformidad a lo previsto en el primer párrafo de este Artículo y, en su caso, confirmar, modificar, adoptar nuevas medidas o dejar sin efecto las dispuestas anteriormente.

Artículo 8°. De la audiencia de sustanciación. Dentro del tercer día de recibida la denuncia y notificadas debidamente todas las actuaciones y antecedentes del caso, el Juzgado de la Niñez y la Adolescencia convocará a las partes a una audiencia para la sustanciación del juicio, ocasión en que se deberán ofrecer y diligenciar las pruebas, pudiendo el Juez rechazar las pruebas que sean notoriamente impertinentes o inconducentes y ordenar de oficio la producción de otras pruebas que considere necesarias.

En caso de inasistencia injustificada de la parte denunciada a la primera citación, esta será traída por la fuerza pública; no estando obligada la víctima a comparecer a la audiencia.

Al término de la audiencia, el Juzgado podrá ratificar, modificar o adoptar nuevas medidas y llamará a autos para resolver.

Artículo 9°. De la resolución. El juez dictará resolución dentro de los 6 (seis) días posteriores al llamamiento de autos, debiendo establecer el tiempo de duración de las medidas en caso que las mismas fueran ratificadas, modificadas o si se adoptaren nuevas medidas.

Artículo 10. De los recursos. Será apelable la resolución definitiva dictada por el Juez; debiendo interponerse el recurso de apelación de modo fundado, dentro del tercer día de notificada la misma. El mismo será concedido sin efecto suspensivo; salvo que se trate de una situación que altere la guarda del niño, niña o adolescente o que concierna a su seguridad, en cuyo caso podrá dictarse con efecto suspensivo.

Artículo 11. Del procedimiento en segunda instancia. Recibido el expediente, el Tribunal de Apelaciones de la Niñez y la Adolescencia correrá traslado a la otra parte por el plazo de 3 (tres) días.

Contestado el recurso el Tribunal fijara audiencia para la producción de las pruebas que se hubiesen admitido y no hayan sido diligenciadas.

Culminada la audiencia, el Tribunal llamará a autos para resolver y dictará sentencia dentro del plazo de 10 (diez) días.

Artículo 12. Aplicación supletoria. La Ley N° 1.680/01 “CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA”, la Ley N° 1600/00 “CONTRA LA VIOLENCIA DOMÉSTICA” y el Código Procesal Civil, se aplicarán supletoriamente, observando los principios de eficacia, celeridad y economía procesal en las actuaciones derivadas del cumplimiento de esta Ley.

Artículo 13. De las disposiciones finales y transitorias. El procedimiento para la atención del maltrato dispuesto en el artículo 191 del Código de la Niñez y Adolescencia se llevará a cabo con arreglo a las disposiciones contenidas en esta ley, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones penales que correspondan al denunciado en caso de la comisión de hechos punibles tipificados en el Código Penal.

CÓDIGO PENAL PARAGUAYO
LEY N° 3.440/08 modificación del Código Penal.

CAPÍTULO VI
HECHOS PUNIBLES CONTRA NIÑOS Y ADOLESCENTES

Artículo 134. Modificado por el art. 1° de la Ley N° 3.440/08, quedando como sigue: “*Artículo 134. Maltrato de niños y adolescentes bajo tutela.* El encargado de la educación, tutela o guarda de una persona menor de dieciocho años de edad, que sometiera a éste a sufrimientos psíquicos, maltratos graves y repetidos o lesiones en su salud, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa, salvo que el hecho sea punible como lesión grave según el artículo 112”.

Artículo 135. Modificado por el art. 1° de la Ley N° 3.440/08, quedando como sigue: “*Artículo 135. Abuso sexual en niños.* 1°) El que realizara actos sexuales con un niño o lo indujera a realizarlos en sí mismo o a terceros, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa. Con la misma pena será castigado el que realizara actos sexuales manifiestamente relevantes ante un niño y dirigidos a él, o lo indujera a realizarlos ante sí o ante terceros.

2°) En los casos señalados en el inciso anterior la pena privativa de libertad será aumentada hasta cinco años cuando el autor:

1. Al realizar el hecho haya maltratado físicamente a la víctima en forma grave;
2. Haya abusado de la víctima en diversas ocasiones; o
3. Haya cometido el hecho con un niño que sea su hijo biológico, adoptivo o hijastro, o con un niño cuya educación, tutela o guarda esté a su cargo.

3°) Cuando concurren varios agravantes de los señalados en el inciso 2°, el autor será castigado con pena privativa de libertad de hasta seis años.

4°) En los casos señalados en el inciso 1°, la pena privativa de libertad será de tres a doce años cuando el autor haya realizado el coito con la víctima. En caso de que la víctima sea menor de diez años, la pena podrá aumentarse hasta quince años.

5°) Será castigado con pena de multa el que:

1. Realizara delante de un niño actos exhibicionistas, actos para perturbarle; o

2. Con manifestaciones verbales obscenas o publicaciones pornográficas en los términos del artículo 14, inciso 3° se dirigiera al niño para estimularlo sexualmente o causarle rechazo respecto al sexo.

6°) cuando el autor sea menor de diez y ocho años, se podrá prescindir de la pena.

7°) En los casos de los incisos 1° y 5° se podrá prescindir de la persecución penal, cuando el procedimiento penal intensificara desproporcionadamente el daño ocasionado a la víctima.

8°) se entenderá por niño, a los efectos de éste artículo a la persona menor de catorce años”.

Artículo 136. Abuso sexual en personas bajo tutela.

1°) El que realizara actos sexuales con una persona:

1. No menor de catorce ni mayor de dieciséis años cuya educación, guarda o tutela esté a su cargo;

2. No menor de dieciséis años ni mayor de edad, cuya educación, guarda o tutela esté a cargo del autor quien, abusando de su dependencia, lo sometiere a su voluntad.

3. Que sea un hijo biológico, adoptivo o hijastro del cónyuge o concubino; o

4. Que indujera al menor a realizar tales actos en él, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa. Con la misma pena será castigado el que, ante un menor y dirigido a él, realizara actos sexuales o lo indujera a realizarlos ante sí o ante terceros.

2°) El que se dirigiera al menor con manifestaciones verbales obscenas o publicaciones pornográficas en los términos del artículo 14 inciso 3°, para estimularlo sexualmente o causarle rechazo, será castigado con pena de hasta ciento ochenta días-multa”.

Artículo 229. Modificado por el art. 1° de la Ley N° 3440/08, quedando como sigue: “*Artículo 229. Violencia familiar.* El que en el ámbito familiar ejerciera o sometiera habitualmente a violencia física o dolores psíquicos considerables sobre otro con quien conviva será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o multa”.

10. CONSIDERACIONES FINALES

El maltrato infantil es una problemática que afecta en mayor o menor medida a la población infantil de todo el mundo. Si bien en la actualidad no reviste la crueldad que lo caracterizaba en las primeras épocas de la historia, hoy no podemos afirmar que haya disminuido su marcha.

Diversas causas, entre ellas las culturales, permiten que nuestra infancia continúe padeciendo vulneraciones en sus derechos elementales.

Un acontecimiento fundamental que cambió sustancialmente la percepción que a nivel mundial predominaba con relación a la niñez, fue la aprobación por la Asamblea de las Naciones Unidas de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

Este instrumento internacional de Derechos Humanos, aprobado por la mayoría de los países del mundo, sostiene la responsabilidad primordial que tienen la familia, la sociedad y el Estado en la protección integral del niño.

Resulta difícil de creer que los derechos fundamentales de los niños y de las niñas sean violentados dentro del mismo ámbito que debe protegerlos en sus derechos primordiales.

Es necesario que familia, sociedad y Estado tomen conciencia de esta realidad social que atenta gravemente la salud física y mental de nuestros niños y niñas.

Se hace urgente el inicio de un trabajo coordinado entre los diversos autores responsables de esta problemática y la implementación desde el Estado de políticas que produzcan un cambio cultural en las familias paraguayas. Solo así lograremos niños y niñas felices hoy y adultos emocionalmente sanos en el mañana.

BIBLIOGRAFÍA

- Lourdes Barboza, Teresa Martínez, *Compendio Niñez*. Tomos I y II, editorial a.m.a.r., Primera Edición, Asunción, 2001.
- Prof. Dra. Alicia Pucheta de Correa, *Manual de Derecho de la Niñez y la Adolescencia*, O.R., Producciones Gráficas, Asunción, Paraguay, 2001.
- Abog. María Teresa Garcete de Sosa. *La Mendicidad de niños en las calles de Asunción*, Asunción, Paraguay, 2005.

- *El interés superior del niño*, tomo I. Comentarios al Código de la Niñez y la Adolescencia. División de Investigación, Legislación y Publicación de la Corte Suprema de Justicia. Centro Internacional de Estudios Judiciales, año 2009.
- Irma Alfonso de Bogarín - Raúl Bogarín Alfonso. *Derecho de la Niñez y la Adolescencia. Marco Jurídico. Aspectos esenciales*. Asunción, 2011. Segunda edición.
- Dra. Irma Alfonso de Bogarín. *Derecho de la Niñez y la Adolescencia. Enfoque procesal*. Asunción, Paraguay 2005.
- *Justicia y Derechos del Niño*. Artículos para el debate. Jurisprudencia documentos UNICEF. Comité editorial: Mary Belfó, Miguel Cillero, Emilio García Méndez, María Loreto Quijada, Gimol Pintos, Susana Falca, Santiago, Chile. Noviembre, 2006.
- Carlos Alberto Rozanski. *Abuso Sexual Infantil. ¿Denunciar o Silenciar?* Buenos Aires, Argentina. Año 2003.
- Carolina Beigbeder de Agosta. Zulema Barilari, Rosa Inés Colombo. *Abuso y Maltrato infantil. Inventario de Frases*. Santiago del Estero. Capital Federal.
- Eduardo Daniel Fernández. *De los malos tratos en la niñez y otras crueldades*. Grupo Editorial Lumen. Buenos Aires, Republica Argentina.
- Código Penal Paraguayo y Código Procesal Penal. Ley N° 3.440/08, modificación del Código Penal. Ediciones Librería El Foro S.A.
- Juan Carlos Ghirardi, Juan José Alba Crespo. *Manual de Derecho Romano*. Ediciones Eudecor. Primera Edición año 1999. Córdoba, Argentina. Impreso en Talleres Gráficos de Eudecor S.R.L. Fecha de impresión: Marzo del 2000. Impreso en Argentina.
- Eugene Petit. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Desarrollo Histórico y Exposición General de los Principios de la Legislación Romana desde el origen de Roma hasta el emperador Justiniano. Editorial Universidad. Rivadavia 1225. Ciudad de Buenos Aires. Octubre de 2006- Océano conciso, Diccionario de Antónimos y Sinónimos. Editorial Océano, México S.A., impreso en España.
- Sopena Inter., Diccionario ilustrado de la lengua Española, Editorial Ramón Sopena, Barcelona, España.

DOCTRINA

PÁGINAS WEB CONSULTADAS

- www.unicef.org/Paraguay/Spanish/py.
- wikipedia.org/wiki/maltratoinfantil.
- www.unicef.org/boletindesafios.cepal.

Jurisprudencia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ACUERDO Y SENTENCIA N° 647

Cuestión debatida: *Un accidente de tránsito con colisión de dos vehículos y una tercera víctima fatal.*

RECURSO DE APELACIÓN. Desistimiento. Facultades del Tribunal de Apelación. RECURSO DE NULIDAD. Desistimiento.

(Las partes) han desistido expresamente de los Recursos incoados (Apelación y Nulidad). Por lo demás, no se advierten vicios que autoricen la sanción *ex officio*, en los términos establecidos en el Artículo 113 del Código Procesal Civil, razón por la cual corresponde tenerlos por desistidos. (Voto mayoría.)

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad solidaria. Indemnización por daños y perjuicios.

Al haber sido establecida la solidaridad expresamente por impero de la ley, los coactores responden todos solidariamente del resarcimiento y, por consiguiente, cada uno de ellos –o solo uno de ellos– si no son llamados a juicio los otros puede obligarse a responder de la totalidad del daño y a abonar el resarcimiento in totum...

ACCIÓN DE REPETICIÓN.

Acción recursoria, que se aplica cuando el Código establece que “el que pagó la totalidad del perjuicio tendrá acción de repetir contra cada partícipe en la medida determinada por la gravedad de la respectiva culpa y la importancia derivada de ella”....acción de repetición.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad por hecho propio.

Existen dudas, las culpas individuales se presumen iguales, tal como lo dispone el in fine del tantas veces mencionado artículo 1.841 del Código Civil.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Culpa. PRESUNCIONES. Presunciones en materia Civil y comercial.

Se presume la culpa del conductor del vehículo que embiste a otro “... especialmente cuando la embestida se realiza con la parte delantera del automotor en la trasera o lateral del embestido” (Daray, *Accidentes de Tránsito*, Editorial Astrea, pág. 188). No obstante, esa presunción no es absoluta (como dijimos), y debe ceder cuando existen elementos verosímiles y lógicos que indiquen cual fue la coyuntura y acaecer del hecho accionado.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Accidente de tránsito.

En efecto, el derecho “preferencia de paso” no exime de los deberes de prudencia que competen a todo conductor. Y la colisión demuestra la incapacidad, impericia, descuido, etc., del embistente para conservar en todo momento el dominio del rodado.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Culpa. PRESUNCIONES. Presunciones en materia Civil y comercial.

Al existir dos presunciones encontradas, la primera basada en la culpa del embistente y la segunda referente a quien no respetó la prioridad de paso, medió culpa concurrente de ambos conductores.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad solidaria.

La solidaridad se presenta en Derecho como situación excepcional, porque rompe con el Principio general de la divisibilidad de las obligaciones cuando hay pluralidad de sujetos. Y ella es aplicable sólo en casos expresamente previstos en la Ley.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Pérdida de Chance

En cuanto a la pérdida de chance del hijo del fallecido, debe ser calculada desde el fallecimiento de su padre hasta su mayoría de edad.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño moral.

Para la reparación del daño(moral) deben tenerse en consideración las circunstancias particulares de la víctima, tales como el estado civil, edad, número de hijos, profesión, educación, ganancias e ingresos, carácter accidental o habitual de los mismos, aptitud para el trabajo, condición social, mayor o menor sensibilidad de la víctima, etc.

COSTAS. Costas al vencido.

Las Costas serán soportadas por la perdedora atendiendo a la Teoría objetiva de la derrota, con sujeción a los Artículos 192 y 205 del Código Procesal Civil.

CSJ. Sala Civil y Comercial. 02/09/11. Juicio: “Empresa De Transporte

Ykua Saty S.R.L. Línea c/ Pedro Andrés Gauto s/ Indemnización de Daños y Perjuicios y Mirtha I. Melgarejo de Arza Maldonado e hijos c/ Ykua Saty S.R.L. Y Casa Módiga S.A. s/ indemnización de daños y perjuicios” (Ac. y Sent. N° 647)

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

CUESTIONES :

¿Es nula la Sentencia apelada?

En su caso, ¿se halla ella ajustada a Derecho?

Practicado el sorteo de Ley para determinar el orden de votación dio el siguiente resultado: BAJAC ALBERTINI, BLANCO y GARAY.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL Dr. BAJAC ALBERTINI dijo: El único de los recurrentes que se ha referido solo en forma somera y efímera a este recurso, fue el representante de la Empresa de Transporte Ikua Saty S.R.L. (Línea 3), Abog. Ignacio Pane Zárate, en el escrito de contestación de los agravios de su contraparte, manifestando a fs. 561 cuanto sigue: “... Así mismo mi parte acepta que la resolución recurrida fue dictada contra la Constitución y las leyes y que deben ser anuladas o revocadas en parte...”. Muy por el contrario a fs. 573, el mismo profesional refirió ante esta Corte su desistimiento del recurso de nulidad en los siguientes términos: “... en tiempo y forma vengo a desistir del recurso de nulidad y a fundamentar el recurso de apelación, contra el Acuerdo y Sentencia N° 75 de fecha 18 de agosto de 2009, en razón de que la resolución recurrida fue dictada contra la Constitución y las leyes y que deben ser revocadas en parte...”. Dadas las contradicciones obvias en las que incurrió el citado profesional, no corresponde avocarnos al estudio de este recurso por ser inocuo, más aún cuando de la resolución en cuestión no se desprenden vicios que la hagan pasible de nulidad en los términos de los artículos 113 y 404 del Código Procesal Civil, voto pues por la declaración de deserción del mismo.

A su turno el señor Ministro César Antonio Garay explicitó: En el sub xámene, recurrieron el Fallo la Empresa de Transporte Ykua Sati S.R.L., Casa Módiga S.A. y Pedro Andrés Gauto. Sin embargo, han desistido expresamente de los Recursos incoados, conforme surge a fs. 543 y 573. Por lo demás, no se advierten vicios que autoricen la sanción exofficio, en los términos establecidos en el Artículo 113 del Código Procesal Civil, razón por la cual corresponde tenerlos por desistidos. Es mi voto.

A SU TURNO EL SEÑOR MINISTRO SINDULFO BLANCO, DIJO: Que

se adhiere al voto del Señor Ministro César Antonio Garay, por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL DR. BAJAC ALBERTINI, DIJO: Se trata en este voluminoso expediente de dos acciones de indemnización de daños y perjuicios, de las cuales una fue promovida por la señora Mirtha Idalina Melgarejo de Arza Maldonado e hijos, contra la Empresa de Transporte Ykuá Saty S.R.L. (LÍNEA 3) y contra la firma Casa Módiga S.A.; y la otra acción, fue la promovida por la Empresa de Transporte Ykuá Saty S.R.L. (LÍNEA 3) contra Pedro Andrés Gauto y Casa Módiga S.A.. Ambos juicios fueron acumulados por A.I. N° 3.338 de fecha 21 de diciembre del 2005, dictado por el Juzgado del Quinto Turno, el cual fue consentido por las partes a fin de evitar sentencias contradictorias, ya que dichos procesos tienen como origen el accidente de tránsito ocurrido el día 30 de abril del año 2003, en la intersección de las calles Fulgencio R. Moreno y Caballero entre el ómnibus de la Línea 3, individualizado como coche N° 24, marca Mercedes Benz, con matrícula N° AFN544, guiado por el Sr. Hermegildo Muñoz y propiedad de la Empresa Ykua Saty S.R.L (Línea 3), que a su vez fue representada por el Abog. Ignacio A. Pane y la camioneta Chevrolet S10, color Verde, Chapa N° ADA094, conducida por el Sr. Pedro Andrés Gauto, propiedad de la firma Casa Módiga S.A., cuyos representantes convencionales son los Abogs. Diego Gómez Morassi y Rodrigo Pascottini. Como consecuencia de la colisión de ambos vehículos resultó víctima fatal del accidente el Sr. Carlos Arza Maldonado, por lo que la viuda de este y sus hijos se presentaron a realizar la reclamación en estudio por medio del Abog. Hassel Aguilar Sosa.

El A-quo dictó la S.D. N° 573 del 17 de agosto del 2006, desestimando la excepción de falta de acción que había sido opuesta por la Empresa Ykua Saty S.R.L., en el proceso iniciado por la Sra. Melgarejo Vda. Arza. De igual modo, rechazó la demanda opuesta por la Línea 3 e hizo lugar a la demanda promovida por los familiares de la víctima fatal, incurriendo la Juzgadora en un error garrafal en el considerando de la resolución, en razón a que en la primera parte argumentó que la culpa debía atribuirse a la firma Ykua Saty S.R.L. en un 70% y a Casa Módiga S.A. en el 30% restante (fs. 332 vlto.) y finalmente –también dentro del considerando– adujo que la condena debía ser soportada “...por los demandados en autos en la proporción del 50% a la empresa de Transporte Ykua Saty S.R.L. –Línea 3– y al restante del 50% por la firma “Casa Módiga S.A.” sic. (fs. 334).

Por su parte el Tribunal de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Tercera Sala, dictó el Acuerdo y Sentencia N° 75 del 18 de agosto de 2009, y con muy buen tino, notando la incoherencia apuntada precedentemente, que lógicamente derivó en el vicio de incongruencia –referido por la magistrada preopinante–, procedió a anular resolución de Primera Instancia, dictando la resolución supletoria sobre el fondo del asunto en los siguientes términos: “1°) ANULAR la S.D. 573 de fecha 17 de agosto de 2006, dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Quinto Turno. 2) HACER LUGAR a la demanda promovida por la Empresa de Transporte Ykua Saty S.R.L. Línea 3, contra Casa Módiga S.A. y el Sr. Pedro Andrés Gauto, y en consecuencia condenar a éstos al pago de G. 23.985.116, más sus intereses legales, de conformidad a los términos expuestos en el exordio de la presente resolución. 3°) IMPONER las costas en ambas instancias proporcionalmente, en un 44% a la actora Empresa de Transporte Ykua Saty S.R.L., y en un 56% a la demandada Casa Módiga S.A. y el Sr. Pedro Andrés Gauto, de conformidad al exordio del presente fallo. 4°) NO HACER LUGAR a la excepción de falta de acción opuesta por el demandado Empresa de Transporte Ykua Sati S.R.L., de conformidad a los términos expuestos en el exordio de la presente resolución. 5°) HACER LUGAR a la demanda promovida por la Sra. Mirtha Idalina Melgarejo de Arza Maldonado y otros contra la Empresa de Transporte Ykua Sati S.R.L. y Casa Módiga S.A. y, en consecuencia, condenar al demandado Empresa de Transporte Ykua Sati S.R.L. al pago de la suma de G. 156.198.750 más sus intereses legales y condenar a la empresa Casa Módiga S.A. y el Sr. Pedro Andrés Gauto al pago de la suma de G. 364.463.750 más sus intereses legales, de conformidad a lo expuesto en el considerando de la presente resolución. 6°) IMPONER las costas en ambas instancias en un 44% al actor, en un 39,2% al demandado Casa Módiga S.A. y Sr. Pedro Andrés Gauto, y en un 16,8% a la Empresa de Transporte Ykua Sati S.R.L., de conformidad con el exordio de la presente resolución...”.

Dicha resolución fue apelada tanto por el representante de la Sra. Melgarejo de Arza Maldonado e hijos, como por los abogados de ambas firmas comerciales. Ello es así, que pasaremos a referir todos los agravios en forma sucinta para el correcto y posterior análisis. En la fundamentación de fs. 583/585 el Abog. Hassel Aguilar Sosa refiere que el Tribunal erróneamente desconoció la aplicación del Art. 1841 del Código Civil Paraguayo, ya que si bien lo mencionó en la extensa fundamentación del fallo, a la hora de decidir lo dejó de lado, por

lo que pide se rectifique dicha falencia al ser la norma base que regiría este proceso, ya que habiendo dudas en las culpas a ser atribuidas a las partes involucradas, las mismas –a su criterio– se deben presumir en partes iguales. Le agravia igualmente el monto indemnizatorio, que fue fijado en total en Gs. 520.662.620, solicitó en consecuencia, la elevación a la suma reclamada en el escrito inicial de demanda y conforme a los rubros detallados en dicha oportunidad, a raíz de que todos ellos fueron probados suficientemente en el transcurso del proceso. Expresó que las compañías aseguradoras, que tuvieron intervención en juicio deberán responder por el monto de sus respectivas pólizas conforme lo manifestó el Tribunal y a lo dispuesto por el Art. 1652 del Cod. Civ. En cuanto a los intereses también consideró injusta la decisión de la Alzada en razón a que los mismos deberían empezar a computarse desde el día en ocurrió el accidente según el criterio constante de la jurisprudencia nacional. Por último pide la exoneración de costas a sus representados, habiendo prosperado sus peticiones en ambas instancias, con independencia de la atribución de culpas a cada una de las otras dos partes involucradas en el suceso dañoso. A fs.586/589, el referido profesional procedió a contestar el traslado de la expresión de agravios de su contraparte.

A su turno el Abog. Ignacio A. Pane, en representación de la Empresa de Transporte Ykua Saty S.R.L. Línea 3, arguyó que los puntos cuestionados por su parte eran el tercero que le impuso las costas proporcionalmente en un 44%; el quinto que le impuso la condena al pago de Gs. 156.198.750 como consecuencia del porcentaje de responsabilidad en el accidente y el punto sexto en lo concerniente a las costas que debía soportar en un 16,8%. Solicita la confirmatoria en cuanto a la anulación de la sentencia de primera instancia, refiriendo que no le causaba agravio el rechazo de la excepción de falta de acción –que su parte había opuesto como defensa en la instancia previa–, pero que sí se debía hacer lugar a la demanda que interpusiera contra Casa Módiga S.A. y el Sr. Pedro Andrés Gauto, en razón a que no existió culpa de parte del Sr. Hermenegildo Muñoz que guiaba el ómnibus, habiendo agregado la fotografía en la que “...se nota claramente que el ómnibus ya había cruzado la bocacalle cuando es chocado por la camioneta conducida por Pedro Andrés Gauto...” (fs. 575 sic.). Arguyó además, que fue la excesiva velocidad con la que venía el vehículo de Casa Módiga la que causó el aparatoso incidente que se cobró una vida humana, por lo que terminó refiriendo: “...Desde esta perspectiva, resulta contundente

que al no engendrar responsabilidad alguna el comportamiento del conductor de la Empresa Ykuá Saty S.R.L. en el hecho evaluado, tampoco puede admitirse la existencia de responsabilidad alguna de la empresa. En conclusión, habiéndose probado que toda la responsabilidad de lo sucedido recae en el conductor y el propietario de la camioneta Pedro Andrés Gauto y Casa Módiga S.A., se esclarece que ambos reclamos dirigidos en este proceso por la firma Ykua Sati S.R.L. y la Sra. Mirtha Idalina Melgarejo de Arza Maldonado y otros, son completamente procedentes, motivo por el cual requerimos a la Excma. Corte Suprema de Justicia...” (sic.) la revocación de los puntos 3, 5 y 6 de la sentencia recurrida. A fs. 561/572 obra la contestación que realizara dicho profesional, de los agravios expuestos por Casa Módiga S.A. y a fs. 597/598 la concerniente a la contestación de su contraparte, Abog. Hassel Aguilar Sosa.

El Abog. Diego Gómez Morassi, bajo patrocinio del Abog. Rodrigo Pascotini, en representación de Casa Módiga S.A. y el Sr. Pedro Andrés Gauto, fundaron sus agravios en contra del Acuerdo y Sentencia en estudio refiriendo la errada presunción que realizó el Tribunal juzgador en su contra, en razón a que la presunción alegada por el mismo, debió ser en contra del ómnibus que fue el que apareció repentinamente y a gran velocidad por el lado izquierdo de la camioneta S10, propiedad de su representada. De igual modo, refirió que los daños sufridos por la camioneta de su comitente, se debieron a la excesiva velocidad del ómnibus ya que éste pisó la parte frontal de aquella y la arrastró haciéndola girar 180%. Agregó, que la energía del impacto se produjo del lado izquierdo, que no se pudo inferir quien llegó primero a la esquina, que la camioneta según testigos iba a velocidad prudencial en razón a que primero dejó pasar a una furgoneta, y que luego a ello, apareció el ómnibus a toda velocidad para arrasar con todo a su paso. Pidió la revocatoria in totum del fallo apelado y el rechazo de la demanda promovida por Ykua Saty S.R.L. contra Casa Módiga S.A. y Pedro Andrés Gauto, por responsabilidad exclusiva y excluyente del conductor Hermenegildo Muñoz. De igual modo, solicitó el rechazo de la demanda de Mirtha I. Melgarejo contra sus representados por improcedente al ser culpa del citado conductor y su propietaria. Finalmente, adujo que las costas debían ser soportadas por la línea de ómnibus al ser ésta la perdidosa. A su vez, contestó los traslados de rigor a fs. 592/595 del Abogado Aguilar y a fs. 601/612 del abogado Pane.

Esta Corte Suprema de Justicia ha dictado el A.I. N° 512 de fecha 25 de marzo del cte. año, por el cual resolvió dar por decaído el derecho que han dejado

de usar los Abogados representantes de las firmas aseguradoras citadas en garantía Regional S.A. de Seguros y Fénix S.A. de Seguros y Reaseguros, razón por la cual procedió a llamar autos para sentencia.

En este orden de ideas, dada la relación de hecho y derecho, expuestas tanto por las partes como por los juzgadores de grado inferior, corresponde que esta Magistratura se avoque de lleno al estudio del debate suscitado, dejando aclarado que: la fecha, el lugar, los vehículos, los conductores y los propietarios involucrados en el accidente, que días después (07 de mayo del 2003) costó la vida al transeúnte Sr. Carlos Arza Maldonado –ajeno desde todo punto de vista a la colisión en sí–, no fueron controvertidos por las partes y ya han sido expuestas ab-initio por lo cual me remito a ellas brevatis causa.

Dentro de este contexto, entiendo que, en primer lugar cabe recalcar, la correcta solución dada por los Juzgadores, a la falta de acción planteada por la representación de Ykua Saty S.R.L. –Línea 3–, pues, es inadmisibles sostener tal pretensión, cuando es indiscutido el pleno derecho que los causa habientes de una persona fallecida en un accidente de tránsito tienen para reclamar a los jueces de la República las indemnizaciones que eventualmente les pudieran corresponder como consecuencia del hecho ocurrido. En este caso, hay aquí una persona fallecida por causa del accidente, por lo que, en este supuesto, su esposa e hijos pueden reclamar derechos de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el accidente conforme claramente lo dispone el Art. 1.835 del Código Civil. La falta de acción deducida, por lo tanto, debe ser desestimada, como correctamente a mi juicio lo estableció el acuerdo y sentencia recurrido, más aún teniendo en cuenta las alegaciones de deserción referidas por el Abog. Pane en esta instancia y en este sentido, quien había opuesto esta defensa ante el Juzgador de grado, pero dada su gravitancia, no podíamos obviar mencionar en la presente resolución.

Allanado dicho camino, nos adentramos de lleno a estudiar las circunstancias particulares del accidente en sí, con los puntos controvertidos del mismo, ya que serán estos los que nos derivarán, en la razonabilidad de la legislación que se debe aplicar, a raíz de la naturaleza misma de las acciones intentadas, las que van sumadas a las peculiaridades propias del hecho reputado como ilícito civil.

En dicha inteligencia, debemos disentir con los argumentos expuestos por el Ad-quem, en razón a que en dicha resolución se procedió a analizar en forma independiente cada una de las acciones intentadas con sus consecuentes atribu-

ciones de cuotas de responsabilidad, es decir, por un lado se estudió la demanda de la Empresa de ómnibus contra Casa Módiga y por el otro la de los familiares de la víctima contra ambas firmas. Esto les llevó a concluir originariamente que en la primera demanda, Casa Módiga era culpable del accidente en un 100%, pero luego en la segunda acción, refieren que: "...Sopesando ambas conductas antijurídicas y la relación de causalidad, se concluye que la culpa en la muerte del peatón debe ser atribuida proporcionalmente a ambos rodados en un 70% a Casa Módiga S.A. y Sr. Pedro Andrés Gauto, y en un 30% a la Empresa de Transporte Ykuá Saty S.R.L..." (fs. 523, sic).

A mi juicio, existió efectivamente la concurrencia de causa en la producción del único accidente estudiado, dado que por una parte el conductor del Ómnibus de la Empresa Ykuá Saty S.R.L. –Línea 3–, no observó la debida diligencia para cruzar la calle Fulgencio R. Moreno y Caballero, en tanto que, a su vez, la camioneta que circulaba por la calle Caballero, si bien tenía la prioridad de paso, tampoco tuvo la debida prudencia en el cruce de las citadas arterias, razones por las cuales se produjo la brutal colisión en dicha intersección y el ómnibus fue a parar a varios metros de la misma, atropellando y dando golpes fatales al transeúnte, que iba tranquilamente caminando por la vereda y no pudo esquivar de modo alguno, el gran rodado que se le vino encima.

El Reglamento General de Tránsito, en este sentido, es terminante y decisivo para arbitrar esta solución, pues, en sus articulados establece claramente que todo conductor deberá mantener el control de su vehículo durante la circulación y conducirlo conforme a las normas de seguridad determinadas en él, sin que motivo alguno justifique el desconocimiento o incumplimiento de ellas (art. 88).

Y a esto debe agregarse que el conductor que llegue a una bocacalle o encrucijada, debe en todos los casos, ceder el paso a todo vehículo que se presente por una vía pública situada a su derecha, –Art.114, inc b)–, es lo que en la terminología técnica del tránsito se denomina "preferencia de paso", que en nuestro caso no fue observada por el Ómnibus de Ykuá Saty S.R.L. –Línea 3–; así como tampoco la camioneta de Casa Módiga S.A. observó en su marcha, al llegar a la esquina de Caballero y F. R. Moreno, la prudencia necesaria que se descubre por la forma como violentamente chocó contra el ómnibus que circulaba por la calle Fulgencio R. Moreno, motivos por los cuales ocurrió el accidente, con el saldo fatal de una vida humana. Todas estas circunstancias, pues, demos-

traron que el accidente ocurrió por la culpa concurrente de ambos conductores, en la proporción del 50% para cada uno de ellos. Y esto es debido “principalmente a que los citados conductores, *ambos, circulaban a velocidades excesivas*” y no observaron la regla prevista en el artículo 135 del R.G.T, que previene que ninguna persona podrá conducir un vehículo a una velocidad mayor de la que sea razonable y prudente, bajo las condiciones existentes, debiendo considerar los riesgos y peligros existentes y los posibles.

En todo caso, la velocidad debe ser tal que permita controlar el vehículo cuando sea necesario, para evitar accidentes (art. 15 R.G.T.). Esto es así, porque de lo contrario si sólo uno de ellos iba conduciendo a la velocidad prudencial, lógicamente habría podido desviar al otro y evitar la terrible colisión y la consecuencia inmediata de ella, ya referida.

Nótese, en este sentido, que en este punto y en el que lleva el numeral Quinto del acuerdo y sentencia, se ha instalado la cuestión básica y esencial de este juicio, dado que, lo fundamental del pleito radica en la reclamación de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por la muerte violenta del Sr. Carlos Leopoldo Arza Maldonado en el referido accidente.

Partiendo, entonces, de este enfoque, lo primero que debió haberse dilucidado es lo relacionado al accidente ocurrido a la nombrada persona como consecuencia de la colisión o choque entre la camioneta de pertenencia de Casa Mógica S.A. y el ómnibus de la Línea 3, de pertenencia de la Empresa de Transporte Ykua Saty S.R.L., que dejó como saldo luctuoso el posterior fallecimiento del Sr. Arza Maldonado, cuyo certificado de fallecimiento obra en autos.

Ahora bien, debemos tener como consecuencia lógica cuál será la legislación aplicable al caso traído a colación, encontrándose aparentemente en contraposición dos normas que indefectiblemente llevarán implícitas doctrinas y corrientes distintas, la aplicada por el Tribunal, Art. 1847, que establece que cada parte responde por el daño ocasionado en la medida de sus culpas; y la del Art. 1841, que estipula: “*Si el acto ilícito es imputable a varias personas, responden todos solidariamente. El que pagó la totalidad del perjuicio tendrá acción de repetición contra cada copartícipe en la medida determinada por la gravedad de la respectiva culpa y la importancia derivada de ella. En la duda, las culpas individuales se presumen iguales...*”.

Tengo para mí, en este sentido que el Acuerdo y Sentencia que dio lugar a este fallo resulta desde todo punto de vista muy interesante por el esfuerzo y

análisis en que se empeñaron los distinguidos miembros del citado Tribunal, sin embargo de lo cual estimo que contiene imprecisiones conceptuales y de orden jurídico que impone su oportuna corrección.

Que, en este sentido, lo primero que llama la atención es la forma como el Tribunal de Apelación dejó de aplicar la norma contenida en el Art. 1841 del Código Civil, que establece bien claramente que *“si el acto ilícito es imputable a varias personas, responden solidariamente”*. Esta disposición legal era y es aplicable al caso analizado en este juicio, recordando que al respecto, se lee en el comentario al citado artículo, que puede verse en la página 1076 y siguientes del Comentario del Código Civil de la República del Paraguay, Libro Tercero, publicado por La Ley Paraguaya en el que se afirma que *“El presente artículo, que sigue de cerca al artículo 2055 del Código italiano de 1942 adopta expresamente la regla de la solidaridad en materia de responsabilidad civil, en caso de pluralidad de participantes, en un único caso dañoso. Se trata de una regla que tiene vasto reconocimiento en el derecho comparado y que es absolutamente justificada y razonable”*. Luego de otras consideraciones al caso, el citado comentario señala que *“al haber sido establecida la solidaridad expresamente por imperio de la ley, los coactores responden todos solidariamente del resarcimiento y, por consiguiente, cada uno de ellos –o solo uno de ellos– si no son llamados a juicio los otros puede obligarse a responder de la totalidad del daño y a abonar el resarcimiento in totum...”*. Por supuesto que, siempre de acuerdo con lo expuesto en artículo 1841, existe en esa circunstancia lo que se da en llamar acción recursoria, que se aplica cuando el Código establece que *“el que pagó la totalidad del perjuicio tendrá acción de repetir contra cada partícipe en la medida determinada por la gravedad de la respectiva culpa y la importancia derivada de ella”*. Se explica, entonces, la decisión adoptada por la Empresa de Transporte Ykua Saty S.R.L. –Línea 3 – de demandar al Sr. Pedro Andrés Gauto y a Casa Módiga S.A. por indemnización de daños y perjuicios, ya que esta acción respondía más al objetivo de poner en práctica lo establecido en el segundo apartado de este artículo 1841, vale decir, en previsión de la acción de repetición establecida en la ley.

Otras normativas a ser tenidas en cuenta para el Juzgamiento del presente juicio son: *“El que comete un acto ilícito queda obligado a resarcir el daño”* (Art.1833 C.C.). *“Existirá daño, siempre que se causare a otro algún perjuicio en su persona, en sus derechos o facultades, o en las cosas de su dominio o posesión”*

(Art.1835 C.C.). *La obligación de reparar se extiende a toda lesión material o moral causada por el acto ilícito. La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo. Si del hecho hubiere resultado su muerte, únicamente tendrán acción los herederos forzosos*”(Art. 1835 CC).

Fundado en estas previsiones de la ley, no hay duda que los responsables o culpables del accidente deberán indemnizar solidariamente “a los demandantes” en la forma establecida en el ya citado artículo 1841 del CC.

Parece claro, entonces, que en el caso el Tribunal de Apelación debió de haber recurrido para dar una solución más precisa a lo previsto por la Ley, a la aplicación estricta de las disposiciones del Art. 1841 del Código Civil, circunstancia que el Tribunal sin mayores argumentaciones los dejó totalmente fuera de lugar, por lo que esta Corte no puede sino encuadrar los hechos descriptos precedentemente dentro de la norma citada y aplicar correctamente dicha disposición legal; más aún si se tiene en cuenta la duda, que no pudo ser dilucidada a cabalidad, sobre las circunstancias exactas de cómo se produjo el accidente y la secuencia indiscutible de los mismos, lo que derivaría en la culpa perfectamente determinable para la correspondiente atribución de responsabilidad milimétrica y sin temor a equívocos como la resuelta por el A-quem.

Que, en base a lo expuesto, reitero que el caso traído a estudio debe tener como base legal la aplicación del artículo 1841 del Código Civil y, en tal sentido, para la resolución de la cuestión controvertida en este juicio, deberá aplicarse dicha disposición, sin perjuicio de quien paga la totalidad del perjuicio quien – en todo caso– tendrá acción de repetición contra el otro copartícipe; y, como a mi criterio –conforme se expuso– existen dudas, las culpas individuales se presumen iguales, tal como lo dispone el in fine del tantas veces mencionado artículo 1841 del Código Civil.

Llegado a este punto, nos resta referirnos a la indemnización propiamente dicha, esto es al quantum de la condena que deberán asumir los demandados en partes iguales y dicho sea de paso, las aseguradoras citadas en garantía hasta el monto estipulado en sus respectivas pólizas; ya que en lo que respecta a la obligación de las empresas de seguros citadas en garantía, Fénix S.A. de Seguros y Reaseguros y Regional S.A. de Seguros, por virtud de lo previsto en el artículo 1652 del CC, la sentencia que se dicte hará cosa juzgada respecto del asegurador y será ejecutable contra él en la medida del seguro. Esto implica que, en la oportunidad de la ejecución y de la liquidación del monto adeudado

por los demandados, deberán tenerse en consideración el cálculo que debería corresponder a cada una de ella, con exclusión del lucro cesante y del daño moral, en razón a que en las pólizas presentadas en autos carecen de cobertura asegurativa, circunstancia que, en la ocasión que corresponde deberá tenerse en cuenta.

Siguiendo el orden dado por el Tribunal de Alzada, empezaremos por el rubro de daño emergente estimado en el escrito inicial de demanda en la suma de Gs. 764.400.000. En este concepto debemos hacer la siguiente estimación, incluir el salario que percibía el Sr. Arza Maldonado en la Sitramis de Gs. 2.000.000 y sumarlo al que justamente empezaría a percibir en el mes del accidente como técnico del gabinete del vice ministerio de obras públicas y comunicaciones, al decir de la doctrinaria actual y como bien lo apuntara la preopinante del Tribunal –Pérdida de Chance–, Gs. 2.900.000, lo cual nos arroja Gs. 4.900.000, ello multiplicado por 12 meses nos da la asignación anual de Gs. 58.800.000 y teniendo la expectativa de vida promedio (62 años), según los datos adjuntados por la actora de la repartición estatal correspondiente, tenemos así el monto global de Gs. 764.400.000. Ahora bien, de dicha suma vemos que siguiendo el mismo criterio asumido con anterioridad y dada la comunidad de bienes existente entre los esposos al momento del deceso del marido, queda pues, como un bien a ser ingresado dentro del acervo hereditario –según el Art. 2.517 inc. b) segunda parte, en concordancia con el Art.2.446 primera parte del Código Civil– el 50% restante que les correspondería, al hijo en ese entonces menor edad y también a la Srta. Milagros Arza Melgarejo, hábida cuenta de los legítimos derechos sucesorios que les asisten. Realizando el cálculo tenemos para los hijos del causahabiente la mitad de dicha suma, ósea Gs. 374.237.500, de la cual el correspondiente dos tercios, arroja el monto de Gs. 249.491.666. Totalizando, en consecuencia, el rubro estudiado debe ser estimado en Gs. 639.654.166. La tesis apuntada halla sustento doctrinario al decir del Jurista Argentina Félix A. Trigo Represas: “Entendemos que se denomina lucro cesante a la ganancia dejada de obtener o la pérdida de ingresos, como consecuencia directa o inmediata del hecho lesivo. Es la frustración de un enriquecimiento patrimonial, como consecuencia del daño se impide a la víctima que obtenga determinados beneficios económicos, es decir la ganancia de la cual fue privada el damnificado... es necesaria una probidad objetiva que emane del curso natural de las cosas, no siendo suficiente la simple probabilidad...”. Aceptada esta doctrina

por la jurisprudencia argentina nos ilustran: “... Valor vida y pérdida de chance: Cuando se reclama una suma en concepto de pérdida de la vida humana se hace en miras a las aptitudes de la víctima para producir bienes, teniendo en cuenta que quienes reclaman son los que se han visto perjudicados materialmente por el suceso –en el caso, los familiares de la víctima de un accidente de tránsito–, por lo cual para determinar su quantum el juez debe apreciar no el valor global de la ganancia o pérdida, sino la proporción de ese valor que en concreto representa la frustración de la chance que es atribuible al agente según las circunstancias del caso”. (ST, Corrientes, 08/06/2004, Acuña de Canteros, Claudia C. c. Canal, Julio C. y/u otra, Litoral, 2004-1064), Tratado Jurisprudencial y Doctrinario, Derecho Civil, Responsabilidad Civil, Félix A. Trigo Represas, Tomo I, Págs.21,24.

Por otro lado, estimando el daño emergente encontramos dos grandes rubros solicitados en la demanda, el primero referente a los medicamentos y gastos de sepelio, los que convincentemente fueron documentados y probados en autos, por lo que deben ser confirmados en Gs. 10.500.000; en cuanto al segundo de terapia intensiva, no puedo sino disentir con el Tribunal en la apreciación de exoneración realizada, en razón a que analizando a profundidad las pruebas adjuntadas por la Sra. Mirtha I. Melgarejo, constatamos que conforme obra a fs. 60 de autos –en el mentado Estado de Cuenta expedido por Emergencias Médicas– se exoneró el 100% el monto de Gs. 3.481.000 concerniente únicamente al rubro de medicamentos y materiales, no así por el servicio de atención médica y servicios hospitalarios que según el Recibo de exoneración correlativo y obrante a fs. 68, no ha sido exonerado –valga la redundancia–, ya que los mismos se fijaban en Gs. 3.000.000 por día, y es de entenderse de la atenta lectura de la reclamación inicial que es a esto a lo que apunta dicha solicitud, razón por la cual debe darse acogida favorable a dicha pretensión sumando los 24.000.000 de guaraníes que corresponden a 8 días de internación. En total estos dos conceptos (medicamentos y terapia) arrojan el monto de Gs. 34.500.000, en el rubro de Daño Emergente.

Por último, en lo concerniente al daño moral considero oportuno arribar a idéntica conclusión que el Tribunal en razón a que la cuantía que se pidió en el escrito de demanda, es la más ajustada a la realidad actual de las víctimas, porque se trata de un accidente que truncó una vida joven todavía, que dejó una esposa y dos hijos, que han transcurrido ya muchos años sin poder recuperar un

solo centavo del valor económico que durante esos años pudo aportar el accidentado, como jefe de familia, para el mantenimiento de su esposa e hijos, así como para la educación de estos últimos, por lo que resulta oportuno también fijar la tasa de interés al 2% mensual desde la fecha en que se inició el reclamo, conforme al cargo de fs. de autos y a la petición correspondiente.

Finalmente las costas deberán ser soportadas por las perdidosas en juicio, que son tanto la Empresa de Transporte Ykua Saty S.R.L como la firma Casa Módiga S.A., y dado el vencimiento parcial y mutuo se establecen en el orden causado, conforme a los principios rectores de los Art. 192 para la familia Arza Melgarejo que resultó gananciosa, y los Arts. 195 y 205 para los citados demandados, todos del Código Procesal Civil.

A la segunda cuestión el señor Ministro César Antonio Garay prosiguió diciendo: Por Acuerdo y Sentencia Número 75, con fecha 18 de Agosto del 2009, el Ad quem ha resuelto: *“ANULAR la S. D. 573 de fecha 17 de agosto de 2006, dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Quinto Turno; HACER LUGAR a la demanda promovida por la Empresa de Transporte Ykua Sati S.R.L. Línea 3 contra Casa Módiga S.A. y el Sr. Pedro Andrés Gauto, y en consecuencia condenar a éstos al pago de Gs. 23.985.116, más sus intereses legales, de conformidad a los términos expuestos en el exordio de la presente resolución; IMPONER las costas en ambas instancias proporcionalmente en un 44 % a la actora Empresa de Transporte Ykua Sati S.R.L. , y en un 56 % a la demandada Casa Módiga S.A. y el Sr. Pedro Andrés Gauto, de conformidad al exordio del presente fallo; HACER LUGAR a la demanda promovida por la Sra. Mirtha Idalina Melgarejo de Arza Maldonado y otros contra la Empresa de Transporte Ykua Sati S.R.L. al pago de la suma de Gs. 156.198.750 más sus intereses legales y condenar a la empresa Casa Módiga S.A. y el Sr. Pedro Andrés Gauto al pago de la suma de Gs. 364.463.750, más sus intereses legales, de conformidad a lo expuesto en el considerando de la presente resolución; IMPONER las costas en ambas instancias en un 44% al actor, en un 39,2% al demandado Casa Módiga S.A. y Sr. Pedro Andrés Gauto, y en un 16% a la Empresa de Transporte Ykua Sati S.R.L., de conformidad con el exordio de la presente resolución; ANÓTESE...”* (fs. 512/9.). Esa Resolución agravió a: Casa Módiga S.A., Pedro Andrés Gauto, la Empresa de Transporte Ykua Sati S.R.L., y Mirtha Idalina Melgarejo de Arza Maldonado.

Casa Módiga S.A. y Pedro Andrés Gauto, a través de su representante convencional, esgrimieron que el Ad quem dejó de lado la presunción otorgada

por la preferencia de calles, afirmando que la magnitud de los daños producidos en la camioneta Chevrolet se debía –única y exclusivamente– a la velocidad con que circulaba el ómnibus de la Línea 3. Señalaron que carecía de toda lógica la versión que el ómnibus se encontraba ya cruzando la bocacalle cuando la camioneta lo embistió, afirmando que la energía del impacto que deformó la camioneta se produjo del lado izquierdo hacia el derecho. Sostuvieron que de las abolladuras de la camioneta no podía inferirse quién llegó primero a la esquina, afirmando que el ómnibus circulaba a alta velocidad y ello hacía plenamente posible que haya aparecido intempestivamente, frente a la camioneta que se encontraba circulando a velocidad reglamentaria. Refirió que el ómnibus no estaba cruzando la bocacalle, y que el choque se produjo porque aquel intentó cruzar la bocacalle por el carril izquierdo de la calle Fulgencio R. Moreno llevando alta velocidad, sin detenerse en la esquina, aunque había un vehículo detenido en el carril derecho de la misma calle, sobrepasando ilegalmente al furgón que le dio el paso a la camioneta. Señalaron que al existir un peatón en la calzada cruzando la misma, el ómnibus debió detener la marcha. Solicitaron que los intereses debían computarse a partir de la traba de litis, con tasa del 2,5%, peticionando la atribución de culpabilidad en un 100% al chofer del ómnibus. Respecto al lucro cesante, sostuvieron que no se podía presumir que la víctima iba a cobrar la suma en concepto de salario por más tiempo que un año y, mucho menos se podía suponer que lo haría por el resto de su vida, como el Tribunal lo juzgó de forma equivocada. En cuanto al daño moral, señalaron que el Ad quem aplicó dicho rubro sin siquiera esbozar brevemente el razonamiento que le llevó a esa conclusión, afirmando que el dolor y sufrimiento no se han demostrado (fs. 543/558).

La Empresa de Transporte Ykua Sati S.R.L. señaló que el ómnibus ya había cruzado la bocacalle cuando fue chocado por la camioneta conducida por Pedro Andrés Gauto, por lo que tenía preferencia de paso. Afirmó que se cumplió con el Reglamento General de Tránsito, circulando a velocidad prudencial, respetando el sentido de circulación, la existencia de habilitación del vehículo, portando Registro de conductor. Afirmó que fue chocado por la camioneta y que a causa de la fuerza del impacto derrapó unos 20 metros, señalando que la camioneta circulaba a velocidad no prudencial, no respetó la preferencia de paso, chocó de frente al ómnibus en el medio del costado derecho, a causa de la fuerza del impacto le empujó contra un transeúnte que se hallaba en el borde en

la acera izquierda, quien resultó con lesiones. Respecto a la indemnización por lucro cesante, aseveró que se ha calculado dicho rubro en base a suma que el fallecido no llegó a percibir. En cuanto al daño moral, alegó que dicho rubro se impuso sin realizar razonamiento o justificación de la cuantificación del mismo. Finalmente, solicitó se apliquen Costas en un 100% a Pedro Andrés Gauto y Casa Módiga S.A. (fs. 573/91).

Mirtha Idalina Melgarejo de Arza Maldonado, estimó insuficiente el monto de la condena, solicitando sea modificada en la suma reclamada en la demanda. Sostuvo que el monto indemnizatorio es obligación solidaria para los demandados, de conformidad a lo establecido en el artículo 1841 del Código Civil. Solicitó que las Costas, en ambas Instancias, sean impuestas a la perdedora. Finalmente, que el interés del 3% sea computado desde la fecha que ocurrió el hecho ilícito hasta el día del efectivo pago (fs. 583/5).

Por cuestión de orden lógico iniciaremos el estudio respecto a la demanda promovida por la Empresa de Transporte Ykua Sati S.R.L. contra Casa Módiga S.A. y Pedro Andrés Gauto. Luego el reclamo de Mirtha Idalina Melgarejo.

Así, cabe mencionar la dificultad que plantea la reconstrucción del evento dañoso, en procesos originados por accidentes de tránsito, especialmente en lo que hace relación a la culpabilidad de los protagonistas, razón que ha otorgado singular preponderancia al valor de las presunciones para juzgar el litigio. Dichas presunciones son *iuris tantum*, es decir, no son absolutas, porque pueden ser desvirtuadas mediante la correspondiente prueba en contrario, admitiéndose todos los medios de prueba que la Ley autoriza. Dentro de esas presunciones están, entre otras: I) la Teoría del riesgo creado; II) las infracciones a Reglamentos de Tránsito y III) las jurisprudenciales, etc.

En el sub exámine, no existe controversia respecto a que el día 30 de abril del 2003, a las 8:00 horas, en la intersección de las calles Prócer Caballero y Fulgencio R. Moreno, ocurrió accidente de tránsito protagonizado por la camioneta marca Chevrolet, tipo S10, doble cabina, color verde, chapa ADA-094, guiada por Pedro Andrés Gauto Aranda, propiedad de Casa Módiga S.A., y el ómnibus de la empresa Ykua Sati, Línea 3, chapa 0981-421444, conducido por Hermenegildo Muñoz, que derivó en atropellamiento del transeúnte identificado como Carlos Leopoldo Arza Maldonado. Ello surge del Acta Policial, obrante a fs. 1/2, y de las declaraciones espontáneas de las Partes.

En cambio, existe divergencia y discusión respecto a las circunstancias como acontecieron los hechos en el suceso, extremo que –por lo demás– resulta

crucial y primordial dilucidar, para establecer la atribución de responsabilidad civil en el evento culposo. Del Parte Policial expedido por la Comisaría 3ª Metropolitana, se constata que el conductor de la camioneta declaró “... *que se desplazaba por la calle Caballero, en dirección “Sur” al alcanzar la intersección formada por ésta y la de Fulgencio R. Moreno chocó contra el ómnibus en la parte media lado derecho, el cual circulaba por ésta última en dirección “Oeste”, de cuyo impacto el conductor del ómnibus perdió el control del vehículo, yendo atropellar a Carlos Leonardo Arza Maldonado, lanzándolo a metros del lugar; quien caminada por la acera lado izquierdo de la calle Fulgencio R. Moreno, resultando con lesiones presumiblemente graves*”. El efectivo policial de patrulla –al acudir al lugar del hecho– dejó constancia que: “... *se encontraron con la víctima transeúnte, en posición cubito ventral sobre la acera lado izquierdo de Fulgencio R. Moreno con la cara totalmente ensangrentada, mientras que el ómnibus quedó a una distancia de 20 metros aproximadamente de la víctima incrustado contra la pared de una vivienda particular y la camioneta Chevrolet quedó con frente Norte sobre la boca calle de dicha intersección con el frente totalmente abollado...*”.

De dicho informe de la Policía interviniente, el cual adquiere significativa preponderancia y relevancia por ser confeccionado inmediatamente después del suceso y en base a declaraciones del chofer de la camioneta Chevrolet, se aprecia –fehacientemente– que la camioneta al mando de Pedro Andrés Gauto embistió al ómnibus de la Empresa Ykua Sati S.R.L., en el cruce de las calles Prócer Caballero y Fulgencio R. Moreno, circunstancia corroborada con las muestras fotográficas obrantes a fs. 42/3, 45, de las que se visualiza que chocó frontalmente al ómnibus en su lateral. Se presume la culpa del conductor del vehículo que embiste a otro “... *especialmente cuando la embestida se realiza con la parte delantera del automotor en la trasera o lateral del embestido*” (Daray, *Accidentes de Tránsito*, Editorial Astrea, pág. 188). No obstante, esa presunción no es absoluta (como dijimos), y debe ceder cuando existen elementos verosímiles y lógicos que indiquen cual fue la coyuntura y acaecer del hecho accionado.

Así, no podemos obviar ni desconocer que la camioneta guiada por Pedro Andrés Gauto, por su ubicación, tenía preferencia de paso pues apareció a la derecha del conductor del ómnibus, en el cruce de dos calles de igual preferencia, ambas asfaltadas y de un solo sentido (Artículo 114, del Reglamento General de Tránsito, Ordenanza Municipal N° 21/94). Sin embargo, la inobservancia de

reglamentos de tránsito sirve de base a presunciones pero no implica, por sí sola, la culpa (civil) del infractor, la que surgirá del examen de su conducta y de las circunstancias de modo, lugar, tiempo, etc.. En efecto, el Derecho “preferencia de paso” no exime de los deberes de prudencia que competen a todo conductor. Y la colisión demuestra la incapacidad, impericia, descuido, etc., del embistente para conservar en todo momento el dominio del rodado.

Las muestras fotográficas advierten que el ómnibus de pasajeros ya había transpuesto más de la mitad de la bocacalle, cuando fue embestido por la camioneta, que había iniciado el cruce, con alta velocidad, pues de no ser así, no se explicaría las condiciones en que quedó la parte frontal de la camioneta, luego de ocurrir el percance. De ahí que existe presunción de culpabilidad de la camioneta en la cabeza conductor.

Se aprecia pues que concurren varias presunciones a favor o en contra de una de las Partes. Sin embargo, por sentido común, prudencia y razonabilidad ambas maniobras fueron impropias y causantes de la colisión. La de la actora porque en lugar de ceder espontáneamente el paso a la camioneta que circulaba a su derecha cruzó la intersección faltando al deber de prudencia que su ubicación en el cruce le imponía. Y la demandada porque de haber desarrollado velocidad más reducida le hubiera bastado frenar apropiadamente para evitar la embestida. Entonces, en la medida de la concurrencia de ambos participantes al siniestro, se impone la distribución de culpas por mitades.

La imprudencia de ambos conductores es aún mayor, si tenemos en cuenta que la zona es céntrica y transitada, que en oportunidad del hecho luctuoso existían condiciones de visibilidad óptimas (día soleado), la impericia que ambos demostraron al no disminuir velocidad ni frenar los rodados, la pérdida de dominio y la desaprensión con que ambos manejaban. La más sólida jurisprudencia ha establecido: “*Difícilmente se produce un choque en una bocacalle si no ha mediado negligencia de ambos conductores, ya que es suficiente que uno de ellos mantenga el pleno dominio de su vehículo y actúe con mediana pericia para que no se produzca*” (CN Esp.Civ. Com. Sala V, 15/5/87). “*En efecto, el Derecho “preferencia de paso” no exime de los deberes de prudencia que competen a todo conductor. Y la colisión demuestra la incapacidad, impericia, descuido, etc., del embistente para conservar en todo momento el dominio del rodado*” (CN Esp. Civ. Com. 19/3/81).

A tenor de lo expuesto, corresponde atribuir responsabilidad a Casa Módiga S.A., Pedro Andrés Gauto y la Empresa de Transporte Ykua Sati S.R.L., en

proporciones iguales (50%). Por ello, la indemnización por daños y perjuicios generada como consecuencia del accidente de tránsito, reclamada por la Empresa de Transporte Ykua Sati S.R.L., debe ser calculada en esa proporción, a la luz de los elementos probatorios aportados en Juicio.

En concepto de lucro cesante la accionante reclamó la suma de Gs. 39.920.000. Esgrimió que el ómnibus ha dejado de trabajar por el término de 20 días y necesitaba tiempo de 20 días para su reparación, que da un periodo de inactividad de 40 días, calculados por el promedio de ingreso de dicho vehículo (ingreso diario Gs. 742.600), arrojando la suma de Gs. 29.704.000. A esa cantidad agregó la de Gs. 3.216.00, en concepto de pago de sueldo de dos choferes. De la prueba documental agregada con la demanda, no se advierte el tiempo en que el vehículo ha quedado inutilizado. Sin embargo, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 452 del Código Civil, estimamos suficiente el término de 20 días para la realización de reparaciones en cualquier taller del ramo, teniendo en cuenta que los daños causados al ómnibus no fueron de envergadura, conforme surge de las muestras fotográficas (fs. 41/7), de la factura obrante a fs. 38 y del Acta Notarial de verificación del ómnibus que rola a fs. 9/11. El promedio de ingreso diario de dicho ómnibus deberá calcularse en base a las planillas obrantes a fs. 29/37, resultando que el monto por dicho rubro alcanza la suma de Gs. 14.852.000 (Gs. 742.600 por día x 20 días). El pago de sueldo del conductor, será calculado teniendo los montos denunciados a fs. 17, correspondiendo la suma de Gs. 1.608.000 (Gs. 80.400 x 20 días). Total del lucro cesante: Gs. 16.460.000 (Gs. 14.852.000 + 1.608.000) x 50 % (culpa concurrente)= Gs. 8.230.000.

En concepto de daño emergente, ha solicitado la suma de Gs. 10.525.116, resultante de gastos de reparación de vehículo (Gs. 9.800.000); Acta Notarial (Gs. 617.116) y fotografías (Gs. 108.000). Los gastos de reparación han quedado suficientemente acreditados conforme surge del comprobante de venta emitido por el Taller de Chapería y Pintura Gua'i (fs. 38), por lo que corresponde fijar en la suma de Gs. 9.800.000. Asimismo, a fs. 9/10 quedó acreditado que la escribana Nidia Romero Santacruz realizó Acta Notarial de constatación del ómnibus, que según factura contado obrante a fs. 39, totalizó la suma de Gs. 617.116, correspondiendo la imposición de dicho rubro. En cuanto a los gastos de fotografías, es prudente la suma fijada por el Ad quem, de Gs. 68.000, ante la cantidad de fotos reveladas y el precio del mercado. En estas condiciones, habrá que establecer en concepto de daño emergente la suma de Gs. 10.485.116, reducida en 50 %, en razón de la culpa concurrente de la Empresa, resultando Gs. 5.242.558.

En lo concerniente al rubro por desvalorización del vehículo resulta adecuada y equitativa la suma fijada por el Ad quem, atendiendo al valor del ómnibus y la entidad del daño causado como consecuencia del choque, otorgando la suma de Gs. 3.000.000, por dicho rubro, que reducidos al 50% (culpa concurrente), asciende a Gs. 1.500.000.

En lo que respecta a la indemnización por daño moral, no corresponde, ya que la actora es persona jurídica y por tanto no susceptible de ser víctima de aquel por carecer de psiquis y subjetividad, siendo la moral cualidad, valor, principio, etc., exclusivamente de personas físicas. La reclamación por daño moral solamente corresponde a estas por ser las únicas capaces de sufrir intenso dolor físico o por resultar gravemente afectadas en sus sentimientos y espiritualidad, notas sui generis que definen a ese rubro. Mosset Iturraspe citando a Orgaz explicita: *“Para otro sector, que conceptualiza el daño moral con otra óptica, atenta en los estados de espíritu, al carecer las personas jurídicas de sentimientos, de afectos y de integridad física, y, por tanto, al estar privadas de sufrir física o síquicamente, de padecer en sus afecciones personales y de sentirse privadas del goce de los bienes, la posibilidad de reconocerla como sujeto legítimo activo se presenta poco menos que como un absurdo”*. Agrega el citado autor: *“Para Trigo Represas: “Las personas jurídicas no pueden ser sujeto pasivo de un daño moral, carecen de subjetividad y mal pueden, por tanto, ser alcanzadas en sus sentimientos, seguridad personal, etc.”* (“Responsabilidad por daños”, Tomo IV, Daño Moral, Editorial Rubinzal-Culzoni, págs. 225/6).

En estas condiciones, corresponde hacer lugar a la demanda de indemnización de daños y perjuicios formulada por la Empresa de Transporte Ykua Sati S.A., estableciendo que la culpa fue concurrente en 50% y, en consecuencia, condenar a pagar a la accionada las sumas de Gs. 8.230.000 (Lucro Cesante) + 5.242.558 (Daño Emergente) + 1.500.000 (Desvalorización del ómnibus) = 14.972.558, más intereses legales que correrán desde el día de la demanda hasta el pago efectivo de la condena a tasa porcentual del 3%, que no sobrepasa la ponderación establecida por el Banco Central del Paraguay.

De conformidad a lo dispuesto en el Artículo 193 del Código Procesal Civil, las Costas deberán eximirse atendiendo la razón probable que tuvo la accionada para litigar, reforzada con el hecho que la culpa fue concurrente.

Analizaremos a continuación la demanda promovida por Mirtha Idalina Melgarejo Vda. de Arza Maldonado, por sí, por su menor hijo C. A. J. A. M. y por

su hija M. d. l. M. A. M., contra la Empresa de Transporte Ykua Sati S.R.L, Casa Módiga S.A. y Pedro Andrés Gauto. La accionante reclamó indemnización de daños y perjuicios derivados de la muerte de su esposo Carlos Arza Maldonado, esgrimiendo que como consecuencia del accidente de tránsito protagonizado por los accionados, su cónyuge falleció en fecha 7 de mayo del 2003. Reclamó la suma de Gs. 10.500.000 por daño emergente, proveniente de gastos médicos oblatos, medicamentos adquiridos, gastos de sepelios, publicaciones; Gs. 3.000.000 (por día) 8 días en terapia intensiva, totalizando el rubro la suma de Gs. 34.500.000. Por lucro cesante reclamó la suma de Gs. 764.400.000, esgrimiendo que el occiso era inquieto y activo periodista que en ese momento trabajaba por la tarde en SITRAMIS, con remuneración mensual de Gs. 2.000.000, afirmando que en el Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones iba a comenzar otra actividad laboral como contratado, con una asignación mensual de Gs. 2.900.000, por lo que la suma de dichos montos multiplicada por los años de vida útil arroja la cantidad reclamada. Por daño moral, petitionó Gs. 120.000.000. Finalmente, solicitó la imposición de intereses legales desde “*la iniciación de esta demanda hasta la fecha del efectivo y total cumplimiento de la obligación*” (fs. 108).

Respecto a los hechos generadores y la responsabilidad civil de los accionados, ya se ha establecido que tienen culpa concurrente en la colisión mortal (accidente de tránsito) por las imprudencias de ambos conductores, que desencadenó en la trágica y espantosa muerte del marido de Mirtha Melgarejo y padre de Carlos Anibal José Arza Melgarejo y María de los Milagros Arza Melgarejo.

El Artículo 1852 del Código Civil –en consonancia con las prescripciones del Artículo 1847– faculta a “*los damnificados a perseguir directamente ante los Tribunales*” a quienes respondan del daño en sede civil, incluso sin obligación alguna de llevar a Juicio a los autores del hecho, tal como ocurrió -en el caso- con los propietarios de los automotores protagonistas del accidente.

Cabe establecer si dicha responsabilidad es solidaria o mancomunada.

La solidaridad se presenta en Derecho como situación excepcional, porque rompe con el Principio general de la divisibilidad de las obligaciones cuando hay pluralidad de sujetos. Y ella es aplicable sólo en casos expresamente previstos en la Ley, tal como ocurre en la especie. En efecto, el Artículo 1841 del Código Civil dispone: “*Si el acto ilícito es imputable a varias personas, responden todos*

solidariamente. El que pagó la totalidad del perjuicio tendrá acción de repetición contra cada copartícipe en la medida determinada por la gravedad de la respetiva culpa y la importancia derivada de ella... ". En virtud a la normativa citada, corresponde fundar que la responsabilidad de los accionados, respecto a la accionante, es solidaria, pudiendo en su caso la Parte que pagó el total requerir al deudor el reembolso de lo abonado.

Hechas esas puntualizaciones, hay que justipreciar el quantum de los daños reclamados. Respecto al daño emergente, correspondientes a gastos médicos, medicamentos, de sepelios, publicaciones, el Ad quem ha confirmado los fijados en Primera Instancia, por lo que ya no puede ser motivo de agravio.

En cuanto a los gastos médicos por servicio de terapia intensiva, del Parte Policial se constata que el occiso fue socorrido por Bomberos Voluntarios del Barrio Sajonia, quienes *"auxiliaron a la víctima con personal paramédico a bordo de una ambulancia de Emergencias Médicas, trasladando a ese nosocomio... Que la víctima se encuentra internada en Emergencias Médicas en estado grave (terapia intensiva), según médico tratante..."* (fs. 120). Esa circunstancia no fue controvertida por los accionados, por ello se asume que desde el 30 de abril del 2003 (accidente) hasta el 7 de mayo del 2003 (deceso), Carlos Arza Maldonado estuvo internado en terapia intensiva del Servicio de Emergencias Médicas. De la revisión de la prueba documental no surge con certeza y exactitud los gastos generados por dicha internación. Tampoco de la prueba informativa obrante a fs. 443/7. Sin embargo, en virtud a lo dispuesto en el Artículo 452 del Código Civil, corresponde fijar indemnización en dicho concepto considerando los días de internación (8) y el costo promedio del mercado en ese rubro, resultando prudente, equitativa y ecuánime la suma de Gs. 24.000.000.

En lo referente al lucro cesante, se constata que el fallecido percibía asignación de SITRAMIS de Gs. 2.000.000, extremo no cuestionado por la adversa. En cuanto a la remuneración de Gs. 2.900.000, fue acreditado que el a la sazón viceministro Natalicio Chase solicitó la contratación del fallecido, que ese pedido tenía visto bueno del Ministro de dicha Secretaría del Estado, con vigencia desde el 1º/V/2.003, quedando truncada la firma del contrato por el trágico deceso de Carlos Arza Maldonado, según consta en la nota emitida al pie del pedido realizado por el entonces alto funcionario (fs. 10 y vlta.). Como el lucro cesante incluye la pérdida de chance, se tiene que incluir la remuneración de Gs. 2.900.000 en el cálculo del lucro cesante. Entonces, el monto de la ganancia

mensual asciende a Gs. 4.900.000, que tendrá que ser calculada por el resto de vida útil de la víctima (13 años), alcanzando la suma de Gs. 764.400.000. Como lo estableció el Ad quem, ese monto debe ser calculado apreciando la porción de gananciales de Mirtha Idalina Melgarejo Vda. de Arza (50%), correspondiendo a aquella la suma de Gs. 382.200.000. En cuanto a la pérdida de chance de C. A. J. A M., hijo del fallecido, debe ser calculada desde el fallecimiento de su padre (7 de mayo del 2003) hasta su mayoría de edad (junio del 2004), correspondiendo la suma de Gs. 7.962.500. En lo atinente a su hija M. d. l. M. A. M., es dable mencionar que al tiempo del deceso de su padre ya era mayor de edad, por lo que no se debían alimentos. En estas condiciones, establecer en concepto de lucro cesante la suma de Gs. 389.962.500, haciendo la salvedad que los accionantes reclamaron dicho rubro iure proprio y no como herederos del fallecido, conforme quedó establecido por A. I. N° 1.925, del 16 de octubre del 2003 (fs. 231).

Respecto a daño moral, resulta innegable e incuestionable que la muerte del ser humano causa daños emocionales, afectivos, sentimentales, etc., irreparables. La vida humana –aparte de lo que conlleva como valía y bien supremo del Hacedor, tiene para los familiares– susceptible de apreciación económica y su pérdida debe ser indemnizada en forma que resulte alguna reparación, de ser posible plena, para la determinación del resarcimiento del daño.

Mosset Iturraspe explicita: *“La muerte de un ser querido, pues de eso se trata, de la acción que tienen iure proprio las “personas vivas”- derivada de la muerte de otra persona- hiere gravemente las afecciones legítimas. Es un típico sufrimiento síquico: angustia, tristeza, soledad, cuando no un verdadero trauma”* (“Responsabilidad por daños”, Tomo IV, Daño Moral, Rubinzal-Culzoni Editores, p. 132).

Ilustra Lafaille: *“El dinero desempeña en la cuestión del daño moral una función de satisfacción, actuando como un equivalente o sucedáneo, ante la imposibilidad de compensarle a la víctima el daño sufrido. Faltando los medios adecuados para compensar la lesión a los sentimientos, la reparación constituye la posibilidad de procurarse otras satisfacciones. En ese caso, la indemnización aunque incompleta representa, al menos una aproximación”* (citado por Mosset Iturraspe, “Responsabilidad por daños”, Tomo IV, El Daño Moral, Editorial Rubinzal-Culzoni Editores, pág. 183).

En el caso, el resarcimiento de daño moral sufrido por la pérdida del esposo y padre de familia resulta indiscutible e irrefutable. En efecto, la muerte ho-

rrenda y repentina llevan a la convicción plena que se ha ocasionado, en consecuencia, desgarramiento moral para la esposa e hijos, que debe ser atendido. Para la reparación del daño deben tenerse en consideración las circunstancias particulares de la víctima, tales como el estado civil, edad, número de hijos, profesión, educación, ganancias e ingresos, carácter accidental o habitual de los mismos, aptitud para el trabajo, condición social, mayor o menor sensibilidad de la víctima, etc. Pero, *“el sufrimiento, es sin lugar a dudas, la circunstancia personal más importante, central o decisiva, a la vez que el criterio que debe predominar”* (CNCiv., sala E, set. 23-974, ED 59-129).

Como consecuencia del fatídico accidente de tránsito que causó la muerte a Carlos Arza Maldonado, la accionante y sus dos hijos han quedado sin el jefe del hogar, sin marido, sin padre, quien era persona joven y trabajadora, mantenía desahogadamente su familia y podía esperarse de él progreso económico que redundase en beneficio de aquella. Tronchada esa esperanza por fallecimiento –no provocado– del causante, es preciso que sus Familiares tengan reparación adecuada al grave daño moral sufrido, dado que se truncó la vida del Pater Famili. En estas condiciones, es correcto en Derecho indemnización de entidad o cuantía patrimonial atendiendo a la gravedad irreparable del daño, resultando ajustada a la Ley la suma de Gs. 120.000.000.

Las empresas aseguradoras citadas en garantías, Fénix S.A. de Seguros y Reaseguros y Regional S.A. de Seguros, no han recurrido el Fallo de Segunda Instancia, por lo que la decisión del Ad quem, ha quedado firme respecto a aquellas, en la proporción atribuida a los asegurados.

En cuanto a los intereses, deben ser calculados desde el día de promoción de la demanda, tal como solicitó la accionante en su escrito de (fs. 108), hasta el día del pago efectivo, aplicando tasa del 3% mensual, que no sobrepasa las ponderaciones establecidas en el Banco Central del Paraguay.

Las Costas serán soportadas por la perdedora atendiendo a la Teoría objetiva de la derrota, con sujeción a los Artículos 192 y 205 del Código Procesal Civil. Así voto.

A SU TURNO EL SEÑOR MINISTRO, DR. SINDULFO BLANCO DIJO:
Que se adhiere al Voto del Sr. Ministro Garay, por los mismos fundamentos.

Y VISTOS: Los méritos del Acuerdo que antecede, la Excelentísima CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA CIVIL Y COMERCIAL
RESUELVE:

TENER por desistidos a los recurrentes del Recurso de nulidad interpuesto.

CONFIRMAR parcialmente el apartado segundo del Acuerdo y Sentencia Número 75, del 18 de agosto del 2009 y, en consecuencia,

HACER LUGAR a la demanda de indemnización de daños y perjuicios promovida por la Empresa Ycua Saty S.R.L. contra Casa Módiga S.A. y Pedro Andrés Gauto. Condenar a los demandados al pago de la suma total de catorce millones novecientos setenta y dos mil quinientos cincuenta y ocho Guaraníes (Gs. 14.972.558), más intereses legales, de conformidad a los fundamentos ut supra explicitados.

REVOCAR el apartado tercero del Fallo impugnado y, en consecuencia, eximir de Costas a la perdidosa en ambas Instancias.

CONFIRMAR parcialmente el apartado quinto del Acuerdo y Sentencia Número 75, del 18 de agosto del 2009 y, en consecuencia,

HACER LUGAR a la demanda de indemnización de daños y perjuicios promovida por Mirtha Idalina Melgarejo de Arza Maldonado, C. A. J. A. M. y M. d l. M. A. M. contra la Empresa Ycua Saty S.R.L., Casa Módiga S.A. y Pedro Andrés Gauto, condenando a los demandados al pago de la suma quinientos treinta y tres millones novecientos sesenta y dos mil quinientos Guaraníes (Gs. 533.962.500), más intereses legales, de conformidad a las fundamentaciones expuestas.

REVOCAR el apartado sexto del Fallo impugnado, imponiendo Costas a las perdidosas, en ambas Instancias.

ANOTAR, registrar y notificar.

Ministros: Cesar Garay, Sindulfo Blanco y Miguel Oscar Bajac

Ante mí: Alejandrino Cuevas, Secretario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 648

Cuestión debatida: *Se estudia la naturaleza legal de los Cargos de Confianza de funcionarios públicos.*

FUNCIONARIO PÚBLICO. Cargo de confianza.

La situación de los funcionarios que ocuparon cargos de confianza por un lapso de tiempo, para posteriormente dejarlos, no merece mayor explicación,

pues no puede resultar controvertido que una vez que dejen de cumplir aquellos cargos previstos como de confianza, retrotraen a la situación laboral ocupada precedentemente, es decir, deben volver al mismo cargo, o a uno de igual categoría y remuneración.

FUNCIONARIO PÚBLICO. Cargo de confianza.

Atendiendo la naturaleza de los cargos de confianza, que presentan como característica la libre dimisión, sin obligar a la parte empleadora indemnización alguna por el cambio de quien lo ocupe.

FUNCIONARIO PÚBLICO. Cargo de confianza. Excepciones.

La excepción lo constituyen los funcionarios de carrera, o sea, quienes antes de ocupar un cargo de confianza adquirieron la estabilidad laboral en un cargo ordinario. Estos últimos pueden optar volver a la función que cumplían con anterioridad. Sólo nos resta hacer la salvedad que ésta tiene la opción de renunciar, en cuyo caso deberá percibir la indemnización que corresponda a un despido sin causa.

CSJ. Sala Penal. 02/09/11. “Mariana Agustina Vargas de Martínez c/Poder Ejecutivo s/Declaratoria de derecho a reasignación de categoría y rubro presupuestario en anexo de personal y cobro de diferencia salarial” (Ac. y Sent. N° 648)

Previo estudio de los antecedentes del caso, los Ministros de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, resolvieron plantear las siguientes:

CUESTIONES:

¿Es nula la Sentencia apelada?

En caso contrario, ¿se halla ajustada a Derecho?

Practicado el sorteo de Ley para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: SINDULFO BLANCO, ALICIA BEATRIZ PUCHETA DE CORREA y RAÚL TORRES KIRMSER.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, el DOCTOR SINDULFO BLANCO dijo: Dado el expreso desistimiento del presente recurso, manifestado por el Procurador Adjunto en su presentación obrante a fojas 100 de autos, y dada la ausencia de cualquier vicio procesal que torne nulo el fallo apelado, conforme al artículo 113 del CPC, debe ser dispuesta la desestimación al estudio de la nulidad. Es mi voto.

A sus turnos, los MINISTROS PUCHETA DE CORREA y TORRES KIR-

MSER, manifiestan que, se adhieren al voto del Ministro preopinante por sus mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, EL MINISTRO BLANCO, PROSIGUIÓ DICIENDO: La Procuraduría General de la República, parte apelante, señala como agravio irreparable para su representada lo resuelto por el Acuerdo y Sentencia N° 24 de fecha 08 de abril de 2008, dictado por el Tribunal de Cuentas, Primera Sala. Cuestiona la decisión del tribunal, el que no consideró como cargo de confianza al de la Directora del Correccional dedujeres “Casa del Buen Pastor”, y agrega que para el a-quem los enunciados en los literales b) y d) del artículo 8° de la Ley 1.626/00 no guarda relación con el presente juicio, dado que se refieren a funcionarios de la Presidencia de la República y del Servicio del Exterior respectivamente, fuera de los cuales no pueden ser considerados de “confianza”. Contrariamente a las afirmaciones del Tribunal Contenciosos Administrativo, esta representación afirma que el cargo ocupado por la actora, es de los previstos como de confianza, conforme al artículo 8° inciso e) de la norma antes citada, de libre disposición, motivo por el cual fue mantenida en planilla como funcionaria, pero el fue reasignada la categoría F25, y ante una eventual disconformidad de la afecta de a tal situación, la ley faculta la elección de ocupar el cargo asignado o bien, optar por una indemnización por despido sin causa, por lo que solicita la revocación del fallo en crisis.

Ante la conducta inexpresiva, o con mayor precisión, su interposición pero de manera extemporánea del escrito de responde al recurso concedido, por A.I. N° 1659 de fecha 04 de noviembre de 2009 (fs. 110) fue dado por decaído el derecho de contestar el traslado, que en virtud al derecho a réplica asiste a las partes procesales, la parte apelada incumplió el plazo previsto para hacerlo, precluyendo el plazo para hacerlo.

Practicado el análisis jurídico del caso, la solución al presente recurso encuentro en el último párrafo, del ya citado artículo 8° de la Ley 1.626/00 “De la Función Pública”, que dice: “*Los funcionarios que hayan sido promovidos a ocupar estos cargos (el articulado refiere a los funcionarios que ocuparon cargos de confianza y posteriormente lo dejan) conservan los derechos adquiridos con anterioridad al respectivo nombramiento*”. La claridad del presente párrafo, que trata la situación de los funcionarios que ocuparon cargos de confianza por un lapso de tiempo, para posteriormente dejarlos, no merece mayor explicación, pues no puede resultar controvertido que una vez que dejen de cumplir aquellos

cargos previstos como de confianza, retrotraen a la situación laboral ocupada precedentemente, es decir, deben volver al mismo cargo, o a uno de igual categoría y remuneración.

En fecha 06 de noviembre de 2003, y por Decreto N° 763, fue dispuesto: *“Art. 2º: “Ascíendase a la funcionaria Mariana Agustina Vargas Demartinez con cédula de identidad N° 391.005, Asistente Administrativo (I), categoría G 36 dependiente de la Dirección General del Registro del Estado Civil, al cargo de Directora, categoría B 23, del Correccional de Mujeres “Casa del Buen Pastor”, de la Dirección General de Institutos Penales, dependiente de la Sub Secretaría de Estado de Justicia, del Ministerio de Justicia y Trabajo, en reemplazo de ...”*. En este orden de cosas, y de la aplicación del último párrafo del artículo 8º de la Ley 1626/00, la actora debió ser reincorporada al cargo de Asistente Administrativo (I) u otro jerárquicamente equivalente, de igual categoría.

Asiste razón a la demandante al afirmar que no pueden ser contravenidos los derechos laborales de la funcionaria, pues fue suficientemente acreditado, sin que el ente cuestione la carrera, ni la antigüedad, como funcionaria del Ministerio de Justicia y Trabajo, lo que implica el reconocimiento tácito de la estabilidad laboral de la que gozaba, quien así lo sostuviera.

Pese a la axiomática carrera de la demandante en la función pública, mal puede ser pretendida por quien ocupó un cargo de los previstos de confianza, mantener la categoría asignada para dicho cargo, una vez dispuesto que debe ser apartada del mismo, pues por imperio de la ley (artículos 8 y 9 de la Ley de la Función Pública) una vez desvinculada, independientemente a que quede cesante, o en su caso, rotado, debe volver al cargo ejercido precedentemente.

Atendiendo la naturaleza de los cargos de confianza, que presentan como característica la libre dimisión, sin obligar a la parte empleadora indemnización alguna por el cambio de quien lo ocupe, pretensión concedida de manera errónea por el Tribunal de grado en el fallo sometido a estudio, contrariando a la previsión contenida en el ya tantas veces invocado artículo 8º, que transcrito dispone: *“Quienes ocupen tales cargos podrán ser removidos por disposición de quien esté facultado para el efecto por la ley o, en ausencia de éste, por la máxima autoridad del organismo o entidad respectivo del Estado”*. Tampoco puede ser invocada “estabilidad laboral” a favor de quienes los ocupen.

En cumplimiento a los derechos laborales que ampara a la parte actora, resultó dispuesto su reintegro al cargo de Asistente Técnico Administrativo, con

categoría presupuestaria F 25, y con ello fue cumplido el tratamiento dispuesto por la norma citada, sin que la categoría asignada a la actora haya sido señalada como de menor categoría a la que corresponde, por lo que escapa al tema a ser decidido en el presente juicio, conforme al artículo 15, literal b) del CPC.

Sin embargo, en base a las consideraciones apuntadas, mal pudo haber sido concedido por el decisorio apelado, prolongar la categoría del funcionario que ocupó un cargo de confianza –en el caso concreto– correspondiente a la Dirección del Penal de Mujeres, siendo que la peticionante ha sido removida del mismo, habiéndole sido asignado otro cargo, con otra categoría (f. 25), lo que resulta contraria a la reglamentación de la materia.

Por las consideraciones apuntadas, voto por la procedencia del presente recurso de apelación, debiendo el Acuerdo y Sentencia N° 24 de fecha 08 de abril de 2008, emanado del Tribunal de Cuentas, Primera Sala, ser revocado en todos sus puntos. Respecto a las costas, estas deben ser impuestas por su orden, conforme lo manda el artículo 193 del CPC porque evidentemente la actora de la presente demanda sintió el derecho a peticionar por la vía jurisdiccional. Es mi voto.

A su turno, la Sra. MINISTRA PUCHETA DE CORREA agregó: En el caso de autos la funcionaria Mariana Agustina Vargas de Martínez, con cargo de Asistente Administrativo (I), categoría G 36, por Decreto N° 763/03, fue ascendida a Directora del Correccional de Mujeres “Casa del Buen Pastor”, categoría B 23. Posteriormente mediante Decreto N° 2061/04, se le reasigna en el rubro de Asistente Técnico-Administrativo, categoría F 25. Esta cuestiono esta última medida adoptada, alegando que constituye un descenso en su carrera, sin motivo alguno. Sostiene que si bien el cargo de Director es de confianza, el rubro asignádole es un Derecho Adquirido, por lo que debe ser reasignada a un cargo de igual categoría y rubro que la última ocupado, B 23, y se le deben pagar la diferencia salarial dejada de cobrar durante todo estos meses.

El Tribunal de Cuentas hizo lugar a la petición de la accionante, fundado en que el cargo de Directora ocupado por la Sra. Mariana Agustina Vargas, y del cual fue descendida, no se encuentra previsto entre los cargos de confianza enumerados en el Art. 8° de la Ley 1.626/00 y que la misma como funcionaria de carrera, con estabilidad definitiva, debe ser mantenida en la categoría B23.

Para resolver el litigio suscitado, primeramente se debe determinar si el cargo de Directora Penitenciaria, es o no cargo de confianza, y como tal, sujeto

a libre disposición. Para ello debemos recurrir al Art. 8° de la Ley 1.626/00 “De la Función Pública”, que taxativamente, hace una enumeración de estos. En esta tarea encontramos, los cargos, ejercidos por las siguientes personas... e) *los directores jurídicos, económicos o similares de los organismos o entidades del Estado, con excepción de los que integran la carrera de la función pública*. Entonces, dado que la Dirección General de Institutos Penales, depende del Ministerio de Justicia y Trabajo, el cual es un organismo del Estado; el Cargo de Directora del Correccional de Mujeres es un Cargo de Confianza. Y en relación a este tipo de cargos, los artículos 8° y 9° de la citada legislación estipulan que quienes lo ocupen pueden ser removidos, aun por causas no imputables al funcionario, sin que esto conlleve los efectos económicos del despido. La excepción lo constituyen los funcionarios de carrera, o sea, quienes antes de ocupar un cargo de confianza adquirieron la estabilidad laboral en un cargo ordinario. Estos últimos pueden optar volver a la función que cumplían con anterioridad, se ajustó a las normativas legales, siendo por ello totalmente regular y valido el acto administrativo impugnado. Sólo no resta hacer la salvedad que ésta tiene la opción de renunciar, en cuyo caso deberá percibir la indemnización que corresponda a un despido sin causa.

Por tanto, bajo las consideraciones expuestas precedentemente, me adhiero al voto del colega preopinante, votando a favor de la procedencia del recurso de apelación interpuesto contra el Acuerdo y Sentencia N° 24 del 8 de abril del 2008. Es mi voto.

A su turno, el Sr. MINISTRO RAÚL TORRES KIRMSEER, manifiesta que se adhiere al voto del Ministro preopinante por sus mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto previa lectura y ratificación del mismo firman los Excelentísimos señores Ministros de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, por Ante mí, la Secretaria Autorizante, quedando acordada la Sentencia que inmediatamente sigue:

VISTOS: Los méritos del Artículo que antecede; la, Excelentísima CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA PENAL,

RESUELVE:

DESESTIMAR el Recurso de Nulidad.

HACER LUGAR al Recurso de Apelación interpuestos por el Procurador Adjunto del Estado Paraguayo contra el Acuerdo y Sentencia N° 24 de fecha 08 de abril de 2008, emanado del Tribunal de Cuentas, Primera Sala, y en consecuencia.

REVOCAR todos los puntos del referido fallo, con los alcances expuestos en el exordio de la presente resolución.

IMPONER, las Costas en el orden causado.

ANOTAR, registrar y notificar.

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

Ante mí: Norma Domínguez, Secretaria Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 672

Cuestión debatida: *El análisis de una sentencia arbitraria a la luz de la acción de inconstitucionalidad.*

SENTENCIA ARBITRARIA. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Resolución judicial en la acción de inconstitucionalidad.

La invalidez de la sentencia sube de tono, cuando al analizar las pruebas, deja de lado, prescinde de prueba que era la conducente para la solución del caso, no se trata meramente de una simple discrepancia con el criterio adoptado por el juez, que no ameritaría una cuestión constitucional, sino es de gravedad tal, porque supone la violación del derecho a la defensa en juicio de las personas.

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.

El interés superior del niño, en el presente caso fue vulnerado al modificarse, sin razón valedera alguna, el status quo existente hasta antes de la sentencia en revisión. Las causas que motiven dicha modificación deben ser excepcionales.

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Principios generales. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derechos procesales.

La acción de inconstitucionalidad es una vía de carácter excepcional y que las sentencias dictadas en este tipo de procesos no tienen carácter de definitivas, surge claramente la arbitrariedad de los juzgadores al separarse de las constancias de autos y de las disposiciones legales aplicables al caso. Dejar subsistentes las resoluciones atacadas, constituirá además una violación del debido proceso legal.

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Principios generales.

No se observaron los deberes de los magistrados de fundar sus resoluciones en la Constitución y en la Ley, hacen necesaria la procedencia de la acción, ya que es el medio otorgado por la Constitución a la Corte Suprema de Justicia para mantener la vigencia del Estado de Derecho.

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Principios generales.

Debemos, pues, estudiar la cuestión únicamente en cuanto a los agravios de índole constitucional, dejando sentado que el control de constitucionalidad no puede avanzar sobre la corrección jurídica del razonamiento, pues tal control no se halla dentro de los límites de su competencia, en la medida en que se refiera a normativa de índole infraconstitucional, pues tal entendimiento deriva en un recurso de casación, lo cual no es competencia de la Sala Constitucional.

ARBITRARIEDAD. Resolución Judicial Arbitraria.

Habrà un razonamiento defectuoso en la medida en que el *a quo* lo haga con prescindencia de hechos relevantes para la causa y decisivos para la solución del caso.

ARBITRARIEDAD. Resolución Judicial Arbitraria. PRUEBA. Omisión de la prueba.

La arbitrariedad es manifiesta por cuanto se ha dejado de lado toda actividad probatoria producida en primera instancia, perfectamente idónea para la solución del caso y que ha tenido a la vista el juzgador originario; para resolver únicamente en base a pruebas producidas en alzada, sin que haya habido consideración alguna respecto de las probanzas rendidas en primera instancia, ni fundamentación de su exclusión como idóneas para formar la convicción judicial.

CSJ.Sala Constitucional. 12/09/11. “Acción de Inconstitucionalidad en el Juicio: M.J.C.B. y otras s/Régimen de convivencia” (Ac. y Sent.N°672).

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

CUESTIÓN:

¿Es procedente la acción de inconstitucionalidad deducida?

A la cuestión planteada el Doctor FRETES dijo: La abogada Rosa María Arévalo de Ruiz Díaz, en nombre y representación de C. B. R., promovió acción de inconstitucionalidad contra el Acuerdo y Sentencia N° 234 del 30 de noviem-

bre de 2010, así como contra su aclaratoria, Acuerdo y Sentencia N° 245 del 10 de diciembre del mismo año, dictados por el Tribunal de Apelación de la Niñez y la Adolescencia, de la Capital, en los autos mencionados más arriba.

Por la sentencia citada el Tribunal revocó en todas sus partes la S.D. N° 545 de fecha 27 de setiembre de 2010 y otorgó el régimen de convivencia solicitado por el Sr. E. M. C., con relación a las adolescentes M. J. y M. P. y C. y estableció un régimen de relacionamiento amplio y abierto a favor de las mencionadas, con su madre. Impuso las costas en ambas instancias en el orden causado.

Cabe recordar, que el Juzgado no hizo lugar al régimen de convivencia solicitado por el Sr. E. M. C. y otorgó la convivencia de las niñas a su madre.

La recurrente impugna la sentencia dictada en segunda instancia, tachándola de arbitraria. Afirma que la resolución es violatoria del debido proceso y del derecho a la defensa en juicio, al introducirse en segunda instancia elementos de juicio subjetivos, producidos por uno solo de sus miembros y que se omitieron todas las pruebas fundamentales producidas en primera instancia, para sustituirlas por una apreciación fuera del contexto legal y fáctico de lo manifestado por las menores, sin tomar en consideración los informes técnicos y discriminando lo afirmado por la más vulnerable de las niñas. Argumenta que corresponde, en atención al interés superior de las menores, la convivencia con la madre, teniendo en cuenta que al momento de la separación, los padres determinaron libremente y de común acuerdo que las mismas vivan con la madre. Refiere que el principio de inmediatez fue utilizado de manera parcialista y distorsionada, dando lugar a apreciaciones subjetivas basadas en suposiciones erróneas como que las niñas no gozan de toda la casa materna para su esparcimiento y al momento de la constitución en el domicilio paterno, de que el mismo posee ciertas comodidades, como si las mismas no se contasen en el materno, y sin notar el avanzado deterioro en el que se encontraba el domicilio paterno. Finaliza solicitando la declaración de inconstitucionalidad por afectar a lo dispuesto en los arts. 16, 17 y 256 de la Constitución Nacional.

Analizadas las constancias de autos de los autos principales, traídos a la vista de esta Corte, especialmente la sentencia dictada por el Tribunal surge claramente que se apartó de las constancias de los autos, de las pruebas producidas y de los estudios psicológicos que se agregaran en primera instancia. Dicha sentencia al analizar los hechos controvertidos, basa sus argumentaciones úni-

camente en las declaraciones y constituciones realizadas en segunda instancia, prescindiendo absolutamente de la visión general que debe tener un magistrado especializado en la materia.

Constituye este el típico caso de una sentencia arbitraria, en el cual el juzgador no da una razón valedera para concluir como lo hizo, y aún más, prescindiendo de las demás constancias de autos para la solución del caso. Es de extrañar que un Tribunal especializado base sus consideraciones solamente en lo manifestado por las adolescentes, sin tener en cuenta, como bien lo señalara la Juzgadora de Primera Instancia “que si bien es deseo de las niñas mayores vivir con su padre, las mismas se encuentran en una edad en que los conflictos y rivalidades con la madre resultan normales...por lo que no resulta extraño que opten por el padre. Muchas veces los adolescentes prefieren a aquel progenitor con el que no conviven, ya que con ellos pasan solamente fines de semana, los que son dedicados íntegramente al descanso y a la distracción, sin las responsabilidades que implica el día a día de la semana”.

La invalidez de la sentencia sube de tono, cuando al analizar las pruebas, deja de lado, prescinde de prueba que era la conducente para la solución del caso, no se trata meramente de una simple discrepancia con el criterio adoptado por el juez, que no ameritaría una cuestión constitucional, sino es de gravedad tal, porque supone la violación del derecho a la defensa en juicio de las personas. Pasó por alto no solamente las declaraciones de la menor de las hermanas, sino que también el informe de la Asistente Social del Primer Turno, obrante a fojas 340/341, en el que se menciona que entre C. y su madre, el “vínculo es más estrecho”.

Podemos señalar que el interés superior del niño, en el presente caso fue vulnerado al modificarse, sin razón valedera alguna, el status quo existente hasta antes de la sentencia en revisión. Las causas que motiven dicha modificación deben ser excepcionales, caso que no se presenta en el de autos, teniendo en cuenta que de las constancias del expediente surge que la Sra. C. es capaz de asumir su rol materno “con responsabilidad y afecto”, fojas 368.

Por tanto, si bien es cierto que la acción de inconstitucionalidad es una vía de carácter excepcional y que las sentencias dictadas en este tipo de procesos no tienen carácter de definitivas, surge claramente la arbitrariedad de los juzgadores al separarse de las constancias de autos y de las disposiciones legales aplicables al caso. Dejar subsistentes las resoluciones atacadas, constituirá

además una violación del debido proceso legal. Situaciones como la presente, en las que no se observaron los deberes de los magistrados de fundar sus resoluciones en la Constitución y en la Ley, hacen necesaria la procedencia de la acción, ya que es el medio otorgado por la Constitución a la Corte Suprema de Justicia para mantener la vigencia del Estado de Derecho, como lo fue en el caso del Acuerdo y Sentencia N° 1353 del 06 de octubre de 2004, dictado por esta Sala de la Corte.

En conclusión, voto por la acogida favorable de la presente acción de inconstitucionalidad, debiendo declararse nulas las resoluciones impugnadas, el Acuerdo y Sentencia N° 234 del 30 de noviembre de 2010, dictado por el Tribunal de Apelación de la Niñez y Adolescencia de la Capital, y su aclaratoria, por ser su natural consecuencia, Acuerdo y Sentencia N° 245 del 09 de diciembre del mismo año, dictado por el mismo Tribunal. En cuanto a las costas, las mismas corresponden que se impongan a la perdedora, de conformidad con lo dispuesto en el art. 192 del C.P.C.

A su turno el Doctor TORRES KIRMSER dijo: Adhiero al voto que antecede, y me permito puntualizar cuanto sigue:

Acorde con reiterada jurisprudencia de la Sala Constitucional y la opinión nuestra expresada en varias ocasiones, debemos puntualizar que la acción de inconstitucionalidad no se erige en una tercera instancia mediante la cual pueda revisarse la corrección sustancial de lo decidido, sino únicamente la conculcación de las garantías y derechos constitucionalmente establecidos. En este sentido, en la inconstitucionalidad no se puede entrar a valorar las pruebas, ni a interpretar el derecho, so pena de convertir la instancia en cuestión en apreciación sobre el mérito o casación, según que se configure uno u otro caso. Aquí debemos, pues, estudiar la cuestión únicamente en cuanto a los agravios de índole constitucional, dejando sentado que el control de constitucionalidad no puede avanzar sobre la corrección jurídica del razonamiento, pues tal control no se halla dentro de los límites de su competencia, en la medida en que se refiera a normativa de índole infraconstitucional, pues tal entendimiento deriva en un recurso de casación, lo cual no es competencia de la Sala Constitucional.

Así las cosas, el agravio de tenor constitucional no puede radicar en las disposiciones del art. 17 inc. 9) de la Constitución Nacional, puesto que el art. 180 *in fine* del Código de la Niñez y Adolescencia permite la admisión y producción, por parte del Tribunal, de las medidas de mejor proveer que estime conve-

nientes antes de dictar sentencia, lo que ha ocurrido en los autos principales por proveído de fecha 9 de noviembre de 2010 (f. 424); con lo que la producción y agregación de las pruebas fueron realizadas conforme con la normativa procesal.

Empero, sin entrar a valorar el sentido de la decisión dictada por la sentencia atacada de inconstitucional, ni hacer mérito de la misma, la Constitución Nacional garantiza el derecho de toda parte a ofrecer, controlar, impugnar y practicar pruebas, las cuales, obviamente, deben tenerse en cuenta al tiempo de dictar resolución. Debe insistirse, una vez más, en que aquí no pueden meritarse las pruebas, es decir, no puede decirse en qué sentido las mismas forman convicción judicial; pero sí debe hacerse hincapié en el hecho de que, constitucionalmente, las partes tienen todo el derecho de producir las pruebas que hacen a sus derechos, y el juzgador tiene el deber, correlativo, de valorar debidamente dichas pruebas cuando las mismas son sustanciales para la causa, conforme con el art. 269 del Cód. Proc. Civ., directa consecuencia del principio, de raigambre constitucional, de la defensa en juicio, consagrado en el art. 16 de la Carta Magna. Este principio impone que las pruebas producidas oportunamente, en cuanto sean sustanciales para la decisión, es decir, se vinculen directamente con la cuestión discutida, deban ser valoradas.

En estos autos, conforme lo señalara el preopinante, las sentencias atacadas de inconstitucionales se han basado única y exclusivamente en las pruebas agregadas bajo la forma de medida de mejor proveer en segunda instancia. Se aprecia así, en los considerandos (f. 450), que se inicia meritando dicha prueba –de mejor proveer– lo que prosigue con las declaraciones de las menores en segunda instancia (f. 451 y siguientes); y exclusivamente en base a estas pruebas basó su decisión.

Se ignoró, así, toda la prueba oportuna y eficazmente producida en primera instancia; que ciertamente aparece como igualmente relevante y digna de ser meritada. Conforme con el informe de f. 361 y vlto., existen estudios socio ambientales relativos al padre y a la madre, estudios psicológicos de los menores, audiencias de las menores en primera instancia; testificales e informes de las instituciones educativas. Todas estas pruebas, válidamente producidas en contradictorio, fueron completamente ignoradas por el Tribunal de Apelación, que basó su decisión única y exclusivamente en la prueba producida como medida de mejor proveer. Aquí no se sugiere, ni puede insistirse sobre el mérito o sentido

de la valoración, pero sí resulta inconstitucional que no se consideren pruebas relacionadas directamente con el régimen de convivencia, producidas en tiempo y forma, que hacen al derecho de las partes; pues lo dicho en definitiva altera el principio de la defensa en juicio y resulta en una elección arbitraria de las probanzas que fundan el mérito, al no haber explicación ni fundamentación de las razones por las cuales quedó excluida la apreciación de la prueba rendida en la instancia originaria, que aparece como igualmente relacionada con el objeto de la litis y conducente para formar decisión sobre el fondo.

En idéntico sentido a lo dicho hasta aquí, la mejor doctrina califica como arbitrarias, y por ende como inconstitucionales, a las sentencias que, en orden a las pretensiones de las partes, *“omiten considerar pruebas conducentes a la decisión, que se han rendido en el proceso”* (Morello, Augusto M. *El recurso extraordinario*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1ª Ed., 1987, pág. 218; Bidart Campos, Germán J. *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*. Buenos Aires, EDIAR, 1ª Ed., 1988, pág. 473). Es claro que, ante esta situación, habrá un razonamiento defectuoso en la medida en que el *a quo* lo haga con prescindencia de hechos relevantes para la causa y decisivos para la solución del caso (Morello, Augusto M. *El recurso extraordinario*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1ª Ed., 1987, pág. 276); por lo que prescindir de pruebas que pudieron resultar decisivas para la solución del caso, resulta descalificable por desconocer la garantía de la defensa en juicio oportunamente invocada por el apelante (Morello, Augusto M. *El recurso extraordinario*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1ª Ed., 1987, pág. 298).

No es menos categórica la jurisprudencia sobre el particular: *“Es arbitraria la sentencia que resuelve en contra o con prescindencia de lo que dispone expresamente la ley sobre el caso, o no tiene en cuenta las pruebas fehacientes traídas a juicio, o hace remisión a las que no constan en él”*. ED, 1-818. *“Es arbitraria la sentencia que prescinde del examen de pruebas agregadas a los autos y que tienen decisiva influencia en la solución definitiva, con grave perjuicio para el actor, cuyo derecho de defensa ha sufrido lesión”*. ED, 19-413. *“Es descalificable como acto judicial la sentencia que se aparta de los términos de la litis y omite resolver el litigio de acuerdo con las peticiones de las partes y de las pruebas incorporadas a los autos, con la consiguiente violación del derecho de defensa que consagra el art. 18 de la Constitución Nacional”*. ED, 28-3. *“El análisis de la prueba es materia ajena al recurso extraordinario, pero cabe hacer*

excepción a esta regla si se han omitido considerar elementos de juicio o normas conducentes para la correcta solución del litigio, pues de ello podría derivarse un menoscabo de garantías que cuentan con amparo constitucional (art. 18 de la Constitución Nacional)". (CS, mayo 4-1995, Sosa, Néstor Marcelo C. Estado Nacional). "La apreciación de los hechos y de la prueba como la interpretación y aplicación de normas de derecho común y procesal constituyen, por vía de principio, facultades propias de los jueces de la causa y no son susceptibles de revisión en instancia extraordinaria. Sin embargo, esta regla no es óbice para que el Tribunal conozca en los casos cuyas particularidades hacen excepción a dicho principio con base en la doctrina de la arbitrariedad, toda vez que por medio de ella se tiende a resguardar la garantía de la defensa en juicio y del debido proceso, al exigir que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa". Voto de los doctores Nazareno, Moliné O'Connor, Belluscio, Boggiano, López y Levene [h]). Ed, 165-69.

A riesgo de resultar insistentes, no es la valoración de la prueba la que es inconstitucional, pues tal cuestión no es materia de estudio de esta Sala Constitucional. Si lo es, en cambio, el control respecto de la garantía constitucional de la defensa en juicio, que tiene como corolario que las decisiones deben apreciar y meritar todas las pruebas conducentes para la solución del litigio, fundamentando dicha decisión e indicando los motivos de la exclusión. En este caso, en el que se resuelve un régimen de convivencia, la arbitrariedad es manifiesta por cuanto se ha dejado de lado toda actividad probatoria producida en primera instancia, perfectamente idónea para la solución del caso y que ha tenido a la vista el juzgador originario; para resolver únicamente en base a pruebas producidas en alzada, sin que haya habido consideración alguna respecto de las probanzas rendidas en primera instancia, ni fundamentación de su exclusión como idóneas para formar la convicción judicial. De esta manera, los fallos en estudio resultan en una violación de los arts. 16 y 17 de la Constitución Nacional. Por estas razones, adhiero al voto del preopinante; debiéndose proceder, en consecuencia de la nulidad pronunciada, conforme con lo dispuesto en el art. 560 del Cód. Proc. Civ.

A su turno el Doctor BAJAC ALBERTINI manifestó que se adhiere a los votos que preceden, 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:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

VISTOS: Los méritos del Acuerdo que anteceden, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Sala Constitucional

RESUELVE:

HACER LUGAR a la acción de inconstitucionalidad promovida y, en consecuencia, declarar la nulidad del Acuerdo y Sentencia N° 234 del 30 de noviembre de 2010, y su aclaratoria, Acuerdo y Sentencia N° 245 del 10 de diciembre del 2010, dictados por el Tribunal de Apelación de la Niñez y la Adolescencia, de la Capital.

IMPONER las costas a la perdedora.

ANOTAR, registrar y notificar.

Ministros: Antonio Fretes, Presidente y José Raúl Torres Kirmser y Miguel Oscar Bajac Albertini, quienes integran la sala por inhibición de Víctor Manuel Núñez Rodríguez y Gladys Bareiro de Módica.

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

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 696

Cuestión debatida: *El objeto principal de la presente acción de inconstitucionalidad se circunscribe en la determinación de la violación al derecho a la defensa y al debido proceso alegados por el hoy accionante, debido al problema suscitado en torno a las notificaciones realizadas.*

NOTIFICACIÓN. Efectos de la notificación. Notificación por cédula. Ujier notificador.

Las cédulas de notificación diligenciadas al demandado poseen vicio procesal al no cumplir con su finalidad de hacer saber al demandado las actuaciones realizadas en los autos principales, además de que el Ujier Notificador no ha dado cumplimiento a todos y cada uno de los requisitos exigidos por la ley, para la validez de las cédulas de notificación.

NOTIFICACIÓN. Principios generales. Ujier notificador.

El Ujier Notificador al no encontrar a la persona en el domicilio denunciado, antes de disponer a pegar el duplicado de la cédula de notificación en la puerta de acceso del domicilio denunciado, debió previamente recurrir a otra persona para entregar la cédula de notificación, y en su defecto hacer mención

de la ausencia de otra persona en su informe, omitiendo las formalidades establecidas en los artículos 133 y 138 del CPC.

NOTIFICACIÓN. Principios generales. Ujier notificador.

El Ujier Notificador no encontrare en su domicilio a la persona a quien va notificar, es obligatorio: en primer lugar, tratar de recurrir a otra persona de la casa, departamento u oficina para hacer entrega de la cédula o en su defecto, al encargado del edificio; y en segunda instancia s aún no pudiere ser entregada, la deberá fijar en la puerta de acceso correspondiente a los lugares mencionados, a fin de evitar el estado de indefensión del demandado y con el fin de ajustar los actos procesales a lo que disponen las normas respectivas.

NOTIFICACIÓN. Principios generales. Ujier notificador.

La persona que queda en estado de indefensión debido a la falta de cumplimiento de los requisitos en la notificación no tiene la obligación de presentar otras pruebas para avalar tal estado sino basta que quien notifique deba cumplir con todos y cada uno de los requisitos para que la notificación realizada tenga su validez.

CSJ. Sala Constitucional.22/09/11. “Acción de Inconstitucionalidad en el Juicio: Kaspar Heinrich Dirks c/ Carlos Gustavo Rodas Arguello s/ interdicto de retener” (Ac. y Sent. N° 696).

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

CUESTIÓN:

¿Es procedente la acción de inconstitucionalidad deducida?

A la cuestión planteada el Doctor NÚÑEZ RODRÍGUEZ dijo: Se presenta ante esta Corte el abogado Luis Alfredo Fois en representación del señor Carlos Gustavo Rodas Argüello e impugna por vía de la inconstitucionalidad el A.I. N° 639/09/03 de fecha 28 de octubre de 2009, dictado por el Tribunal de Apelación, Tercera Sala de la Circunscripción Judicial de Itapúa.

1. El A.I. N° 639/09/03 de fecha 28 de octubre de 2009, resolvió: “1. *Tener Por Desistido a los recurrentes del recurso de nulidad interpuesto. 2. Rechazar el recurso de apelación interpuesto por el Abogado Rubén Cardozo Torres contra el 2º apartado del A.I. N° 2053/09/05 de fecha 16 de junio de 2009, dictado por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Quinto Turno, Abog. Juan Casco Amarilla por los fundamentos expuestos en el considerando de la presente resolución. 3. Revocar el A.I. N° 2053/09/05 de fecha 15 de junio de*

2009, dictado por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Quinto Turno, Abog. Juan Casco Amarilla y, en consecuencia, Desestimar el incidente de nulidad de actuaciones y redargución de falsedad planteada por el Abog. Rubén Cardozo Torres, contra las cédulas de notificaciones de fecha 07 de julio de 2008 (fs. 215) y de fecha 24 de julio del mismo año (fs. 230), ello conforme a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. 4. Imponer las costas en ambas instancias, a la parte perdidosa. 5. Anotar y registrar". A través del citado Auto Interlocutorio, el Ad-quem rechaza el recurso de apelación y desestima el incidente de nulidad de actuaciones y redargución de falsedad interpuestos por el abogado Rubén Cardozo Torres contra el A.I. N° 2053/09/05 de fecha 16 de junio de 2009, dictado por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Quinto Turno, Abog. Juan Casco Amarilla. A su vez revoca la resolución A.I. N° 2053/09/05 del 16 de junio de 2009, en el que se resolvió: *"1. Hacer Lugar; al incidente de nulidad de actuaciones planteado en autos, y en consecuencia, declarar la nulidad de las cédulas de notificaciones de fechas: 07 de julio del 2008 (fs. 215) y 24 de julio del 2008 (fs. 230), respectivamente de autos, y la nulidad de todas las actuaciones y resoluciones que son sus consecuencias, inclusive la Sentencia Definitiva N° 1530/08/03, de fecha 23 de junio de 2008, obrante a fs. 227/229; y, por tanto, retrotraer el procedimiento a partir de fs. 214 de autos, por los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. 2. Las Costas, por su orden. 3. Anotar, registrar..."*.

2. Como fundamento de esta acción de inconstitucionalidad el accionante aduce que la resolución en cuestión resiente de notoria arbitrariedad e infringe los principios constitucionales de bilateralidad, del debido proceso y de la defensa en juicio. Alega la violación de lo dispuesto en los artículos 46, 47 y 256 de la Constitución Nacional, así como de los artículos 133 inc. j) y 138 del CPC.

3. Corrido traslado de la acción, se presenta el abogado Christian Almada Royg en representación del señor Kaspar Heinrich Dirks, solicitando el rechazo de la acción de inconstitucionalidad.

4. La Fiscal Adjunta, Abog. María Soledad Machuca Vidal, en su Dictamen N° 532 de fecha 23 de abril de 2010 aconseja el rechazo de la presente acción de inconstitucionalidad.

5. La cuestión que debe resolver la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia consiste en verificar si la resolución impugnada, llevó a cabo una integración y aplicación constitucionalmente adecuada.

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

6.1. En fecha 26 de agosto de 2006, el señor Carlos Gustavo Rodas Arguello, a través de su representante convencional, dedujo incidente de nulidad de actuaciones y redargución de falsedad ideológica y material (fs. 244/250), cuestionando la validez de las cédulas de notificación de fs. 215 y 230 de los autos principales, alegando que ninguna de las cédulas habían sido recepcionadas en su domicilio, no cumpliendo por tanto con su cometido, privándole la primera de ellas de su derecho de alegar, en tanto que la segunda le había privado de la posibilidad de recurrir en tiempo y forma la sentencia definitiva recaída en dichos autos, dejándolo en un grave estado de indefensión y perjuicio económico.

6.2. Siguiendo con los trámites procesales, el A-quo dicta el A.I. N° 2053/09/05 del 16 de junio de 2009, en el que se resolvió: “1. *Hacer Lugar, al incidente de nulidad de actuaciones planteado en autos, y en consecuencia, declarar la nulidad de las cédulas de notificaciones de fechas: 07 de julio del 2008 (fs. 215) y 24 de julio de 2008 (fs. 230), respectivamente de autos, y la nulidad de todas las actuaciones y resoluciones que son sus consecuencias, inclusive la Sentencia Definitiva N° 1530/08/03, de fecha 23 de junio de 2008, obrante a fs. 227/229; y por tanto, retrotraer el procedimiento a partir de fs. 214 de las costas, por su orden. 3. ANOTAR, registrar...*”, el que a su vez, recurso de apelación mediante, fue resuelto por el Ad-quem a través del A.I. N° 639/09/03 de fecha 28 de octubre de 2009. “1. *Tener Por Desistido a los recurrentes del recurso de nulidad interpuesto. 2. Rechazar el recurso de apelación interpuesto por el Abogado Rubén Cardozo Torres contra el 2º apartado del A.I. N° 2053/09/05 de fecha 16 de junio de 2009, dictado por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Quinto Turno, Abg. Juan Casco Amarilla, por los fundamentos expuestos en el considerando de la presente resolución. 3. Revocar el A.I. N° 2053/09/05 de fecha 16 de junio de 2009, dictado pro el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Quinto Turno, Abg. Juan Casco Amarilla y, en consecuencia, Desestimar el incidente de nulidad de actuaciones y redargución de falsedad planteado por el Abog. Rubén Cardozo Torres, contra las cédulas de notificacio-*

nes de fecha 07 de julio de 2008 (fs. 215) y de fecha 24 de julio del mismo año (fs. 230), ello conforme a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. 4. Imponer las costas en ambas instancias, a la parte perdidosa. 5. Anotar y registrar” hoy motivo de la presente acción de inconstitucionalidad.

7. En estas condiciones tenemos que el objeto principal de la presente acción de inconstitucionalidad se circunscribe en la determinación de la violación al derecho a la defensa y del debido proceso alegados por el hoy accionante, debido al problema suscitado en torno a las notificaciones realizadas al demandado en los autos principales (fs. 215 y fs. 230), constituyendo este hecho, motivo para solicitar la nulidad de todas las actuaciones realizadas con posterioridad a las notificaciones incluyendo las resoluciones y sentencias dictadas con posterioridad a las mismas.

8. Ahora bien, la nulidad de las notificaciones procede cuando el procedimiento es vulnerado gravemente o cuando se omite algún requisito que impide lograr la finalidad o destino natural del acto, violándose de tal manera el principio de la defensa en juicio. El defecto que puede sufrir una notificación va desde lo relacionado al propio acto, como por ejemplo, violación de circunstancias de forma, modo y contenido de la cédula al no observarse lo prescrito en la Ley.

9. De las constancias de autos se suscita que efectivamente las cédulas de notificación diligenciadas al demandado (fs. 215 y fs. 230), poseen vicio procesal al no cumplir con su finalidad de hacer saber al demandado las actuaciones realizadas en los autos principales, además de que el Ujier Notificador no ha dado cumplimiento a todos y cada uno de los requisitos exigidos por la ley, para la validez de las cédulas de notificación dirigidas al abogado Rubén Benigno Cardozo Torres. Ello debido a que el Ujier Notificador al no encontrar a la persona en el domicilio denunciado, antes de disponer a pegar el duplicado de la cédula de notificación en la puerta de acceso del domicilio denunciado, debió previamente recurrir a otra persona para entregar la cédula de notificación, y en su defecto hacer mención de la ausencia de otra persona en su informe, omitiendo las formalidades establecidas en los artículos 133 y 138 del CPC.

10.- En ese sentido, conforme al informe del Ujier Notificador obrante al dorso de las cédulas de notificación en cuestión (fs. 215 y fs. 230) expresa: “...*me constituí en el domicilio del señor abogado Rubén Benigno Cardozo Torres, sito en la casa de la calle Avda. Caballero y Mcal. Estigarribia, Edificio San Jorge,*

2º Piso, Dep B, de esta ciudad, donde me constituí y donde encontré el domicilio cerrado, procedí a golpear la mano y la puerta y no saliendo nadie a recibirme procedí a dejar pegado por la puerta de ingreso el duplicado de la presente cédula de notificación, con lo que doy por finalizado el acto. Conste”.

11. Es de notar que para estos casos en que el Ujier Notificador no encontrare en su domicilio a la persona a quien va notificar, es obligatorio: en primer lugar, tratar de recurrir a otra persona de la casa, departamento u oficina para hacer entrega de la cédula o en su defecto, al encargado del edificio; y en segunda instancia si aún no pudiese ser entregada, la deberá fijar en la puerta de acceso correspondiente a los lugares mencionados, a fin de evitar el estado de indefensión del demandado y con el fin de ajustar los actos procesales a lo que disponen las normas respectivas. Así el artículo 138 CPC expresa: *“Cuando el notificador no encontrare en su domicilio a la persona 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, y procederá en la forma dispuesta en el artículo anterior: Si no pudiese entregarla, la fijará en la puerta de acceso correspondiente a los lugares mencionados.”*

12. Así tenemos que el artículo 133 del CPC establece cuáles resoluciones o actuaciones y quiénes serán notificados por cédula y los artículos 137 y 138 del mismo cuerpo legal establecen la forma como las mismas debe ser entregadas a la persona al notificarle, o en su defecto a quien se encuentre en el lugar debiendo en última instancia dejar adherida en la puerta de acceso correspondiente. La persona que queda en estado de indefensión debido a la falta de cumplimiento de los requisitos en la notificación no tiene la obligación de presentar otras pruebas para avalar tal estado sino basta que quien notifique deba cumplir con todos y cada uno de los requisitos para que la notificación realizada tenga su validez.

13. En estas circunstancias, y luego de un análisis pormenorizado de los autos principales y de la lectura de la resolución impugnada, A.I. N° 639/09/03 de fecha 28 de octubre de 2009, dictado por el Tribunal de Apelación, Tercera Sala de la Circunscripción Judicial de Itapúa, surge que el Ad-quem ha omitido corregir e incursar los planteamientos formulados oportunamente por las partes y dictado resolución en abierta violación al principio de la defensa en juicio, con fundamentos aparentes, sin haber realizado un análisis pormenorizado de las actuaciones obrantes en los autos principales. La resolución del Tribunal

(A.I. N° 639/09/03 de fecha 28 de octubre de 2009) refleja la voluntad de los jueces, en contradicción al sentido lógico y legal sobre el asunto sometido a su decisión y por tanto no encuentra fundamento en la Ley (Art. 256 de la CN), por lo que se encuadra perfectamente en la doctrina de las resoluciones arbitrarias de donde deviene su inconstitucionalidad.

14. El artículo 16 de la Constitución Nacional establece: “*De la defensa en juicio: La defensa en juicio de las personas y de sus derechos es inviolable. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales y jueces competentes, independientes e imparciales*”. El artículo 47 CN: “*De las garantías de la igualdad: El Estado garantizará a todos los habitantes de la República: 1. La igualdad para el acceso a la justicia, a cuyo efecto allanará los obstáculos que la impidiesen; 2. La igualdad ante las leyes...*”. Y el artículo 256 de la Constitución Nacional dice: “*De la forma de los juicios. Los juicios podrán ser orales y públicos, en la forma y en la medida que la ley determine. Toda sentencia judicial debe estar fundada en esta Constitución y en la ley. La crítica a los fallos es libre. El proceso laboral será oral y estará basado en los principios de inmediatez, economía y concentración*”. Así, surge una obligación constitucional de igualdad ante las leyes y el acceso a la justicia, de la defensa en juicio y el deber de fundamentar debidamente los fallos.

15. En conclusión, en base a los fundamentos arriba expuestos, considero que nos encontramos ante una resolución arbitraria por violación a la defensa en juicio, del debido proceso y defectos en la fundamentación. Por tanto, voto por hacer lugar a la acción de inconstitucionalidad promovida, con costas, declarado la nulidad del A.I. N° 639/09/03 de fecha 28 de octubre de 2009, dictado por el Tribunal de Apelación, Tercera Sala de la Circunscripción Judicial de Itapúa, en los autos caratulados: “Kaspar Heinrich Dirks C/ Carlos Gustavo Rodas Arguello S/ Interdicto De Retener”, y en consecuencia, remitir la causa al Tribunal que sigue en orden de turno de conformidad al artículo 560 del CPC. Es mi voto.

A sus turnos, los Doctores FRETES y BAJAC ALBERTINI, manifestaron que se adhieren al voto del Ministro preopinante, Doctor NUÑEZ RODRÍGUEZ, por los mismos fundamentos.

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

RESUELVE:

HACER LUGAR el recurso de nulidad.

ORDENAR la devolución de los autos principales al Tribunal que sigue en orden de turno, conforme al artículo 560 del CPC.

ANOTAR, registrar y notificar.

Ministros: Miguel Oscar Bajac , Antonio Fretes, Víctor M. Núñez R.

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

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 698

Cuestión debatida: *El único punto debatido por el Representante convencional de la demandada, que atribuye la responsabilidad del accidente a la culpa exclusiva de la víctima, quien supuestamente no tomó las debidas precauciones, de velocidad y atención, colisionado contra el vehículo de la demandada.*

RESPONSABILIDAD CIVIL. Acción civil y su vinculación con la acción penal.

Existiendo sentencia penal firme, ya no puede negarse en el juicio civil la existencia del hecho principal que constituye el delito, ni impugnar la culpa del condenado.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño emergente.

Solicitan daño emergente, reclaman los gastos de sepelio, traslado del fallecido, pago de féretro y carroza fúnebre, adquisición de terrero en el cementerio, construcción de panteón, ninguno de estos gastos han sido demostrados en la presente demanda.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Lucro cesante.

Lucro cesante, también el acto ha demostrado el ejercicio de la actividad de funcionario del Instituto de Previsión Social (con el comprobante de sueldo) y donde se consta la asignación mensual que percibía el esposo de la demandante (se debe tener en consideración el monto de sueldo percibido y el tiempo de expectativa laboral para lograr el monto).

DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño moral.

En cuanto al daño moral, este es indudable, ya que la actora sufre la pérdida a su esposo, lo cual produce una aflicción emocional y constituye un perjuicio anímico.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad civil. Accidente de tránsito.

Mientras en el caso de la responsabilidad del propietario por el daño causado con o por la cosa no riesgosa, le es permitido probar que de su parte no hubo culpa en la producción del daño; en el caso del daño producido como consecuencia del vicio o riesgo inherente a la cosa, sólo podrá alegar en su defensa la culpa de la víctima o de un tercero por quien no deba responder o, bien, como lo permite la última parte del articulado, que la cosa fue usada contra su voluntad expresa o presunta. (Voto minoría).

DAÑOS Y PERJUICIOS. Accidente de tránsito.

En casos de accidentes automovilísticos entre rodados de similar porte, ...mal podría fundarse la responsabilidad emergente en la teoría objetiva del riesgo, ya que ambos automotores crean un riesgo similar en el tránsito vehicular. (Voto minoría).

DAÑOS Y PERJUICIOS. Culpa.

Parece adecuado establecer una concurrencia de culpas en un 70% para la parte demandada y en un 30% a la parte actora, de conformidad a lo dispuesto por el Art. 1836 del Código Civil, en particular en el segundo párrafo: "Si en la producción del daño hubieren concurrido su autor y el perjudicado la obligación y el monto de la indemnización dependerán de las circunstancias, y en particular, de que el perjuicio haya sido principalmente causado por una u otra parte. (Voto minoría).

DAÑOS Y PERJUICIOS. Lucro cesante.

Se presume que aquellos ingresos que el difunto esposo de la accionante hubiese tenido, de continuar con vida, habrían correspondido en un cincuenta por ciento a la accionante, en calidad de bienes gananciales. Por consiguiente, el lucro cesante de la accionante debe ser calculado. (Voto minoría).

DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño moral.

En cuanto a la reparación del daño moral, la suma establecida por el Tribunal de Apelación... parece razonable ante el dolor y el sufrimiento que trae aparejada la pérdida de un ser querido, en este caso del esposo y compañero de vida de la accionante. (Voto minoría).

DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño emergente.

En cuanto al daño emergente, dada la notoriedad del daño que surge a partir de la necesidad de proveer a los servicios funerarios de la víctima, no cabe

sino compartir la conclusión arribada por el Tribunal en cuanto a la procedencia del rubro, en virtud de lo establecido por el Art. 452 del Código Civil.(indemnización fijada por el juez). (Voto minoría).

DAÑOS Y PERJUICIOS. Compensación de riesgo.

La teoría de la compensación de riesgos resulta insuficiente para dejar de lado los factores de atribución de responsabilidad que rigen este ámbito, pues sería impropia la aplicación de aquella en casos en los que sólo uno de los vehículos es el factor del daño. (Voto mayoría).

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad objetiva.

Si una persona que se encuentra circulando conforme a las reglas de tránsito, es embestida por otra como consecuencia de su imprudencia, no sería justo y menos razonable ni jurídico aplicar la referida teoría, debiendo estarse por la responsabilidad objetiva, respecto de aquel a quien se le demanda el resarcimiento en base a dicho tipo de responsabilidad, pudiendo sólo eximirse de culpa en el caso que haya demostrado culpa de la víctima o de un tercero no a su cargo, por lo que se debe proceder al análisis fáctico.(voto mayoría).

DAÑOS Y PERJUICIOS. Culpa.

La culpa de la víctima en la realización del hecho debe ser demostrada y no puede ser objeto de presunción, en base a las disposiciones del Art. 1847 del Código Civil.

CSJ. Sala Civil y Comercial.22/09/11. “Ricarda Agüero Vda. de Samudio c/ Leda M. Fretes de Insfrán s/ Indemnización de daños y perjuicios” (Ac. y Sent. N°698).

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

CUESTIONES:

¿Es nula la Sentencia recurrida?

En su caso, ¿se halla ajustada a Derecho?

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

A la primera cuestión planteada el señor Ministro Miguel Oscar Bajac Albertini, dijo: El recurrente no fundamentó el recurso de nulidad interpuesto, situación esta que amerita declararlo desierto, no sin antes advertir que del estudio de oficio de la Sentencia recurrida no se desprenden vicios o defectos de

índole formal que provoquen su nulidad en los términos de los artículos 113 y 420 del Código Procesal Civil. ES MI VOTO.

Asu turno los señores Ministros José Raúl Torres Kirmser y César Antonio Garay, manifestaron que se adhieren al voto del Ministro Preopinante por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión el señor Ministro Miguel Oscar Bajac Albertini, prosiguió diciendo: La accionante promovió demanda de indemnización de daños y perjuicios contra la Sra. Leda Mercedes Fretes de Insfrán, pues su esposo Ulizer Basilio Samudio Villarreal, resultó víctima fatal de un accidente de tránsito, ocurrido el día 17 de junio de 2004, a la altura del Km. 45 de la ruta Transchaco, cuando se trasladaba a bordo de una ambulancia a velocidad prudencial, colisionando contra el camión propiedad de la demandada que se trasladaba sin las luces reglamentarias, ocasionando el accidente, conforme demuestra con las copias del juicio penal, por homicidio culposo, en que fue condenado el conductor de dicho vehículo, por lo que solicita la suma de Gs. 236.017.584, en concepto de reparación del perjuicio causado.

Al contestar la demanda la Sra. Leda Mercedes Fretes argumentó que el juicio penal no puede ser opuesto como prueba a su parte, ya que la misma no tuvo participación en dicho juicio y por tanto no tuvo oportunidad para ejercer su defensa, así mismo agregó que el accidente ocurrió por culpa exclusiva de la víctima, ya que él no pudo conservar el control total de su vehículo, existiendo una presunción de culpa para quien embiste un vehículo en la parte trasera y, por tanto, no existe obligación legal para responder; además expresó que la demandante no ha acreditado el monto del daño causado por ningún modo fehaciente.

Previo trámites de rigor, el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, del Primer Turno, por S.D. N° 332 de fecha 11 de mayo de 2007, resolvió: “RECHAZAR por improcedente la presente demanda promovida por Ricarda Agüero Vda. de Samudio Contra Leda M. Fretes de Insfrán sobre indemnización de daños y perjuicios. imponer las cosas a la parte actora. Anotar...”.

Ante los recursos de Apelación y Nulidad impetrados por la actora, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Primera Sala, por Acuerdo y Sentencia N° 16 del 17 de abril del 2009 resolvió: “Declarar Desierto el recurso de nulidad.

Revocar con costas la Sentencia Definitiva N° 332 de fecha 11 de mayo de 2.007, dictada por la Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, Primer Turno de la Capital, y en consecuencia condenar a la parte demandada al pago de guaraníes ciento cincuenta y nueve millones diez y siete mil quinientos ochenta y cuatro (Gs. 159.017.584.) más intereses, a la parte actora, conforme a lo expuesto en el exordio de la presente resolución. Anotar...”.

La Demandada interpuso recurso de Apelación en contra del Acuerdo y Sentencia supra mencionado y en su escrito de expresión de agravios, manifestó que la actora no puede oponer a su parte una sentencia dictada en el área penal donde no tuvo participación, además agregó que no se ha probado la falta de culpa del fallecido en el accidente, basando la sentencia de segunda instancia en pruebas no producidas, imponiendo sumas no acreditadas, considerando el voto en minoría como el ajustado a derecho, por lo que solicitó se Revoque el Acuerdo y Sentencia atacado, dejando firme la Sentencia dictada en Primera Instancia.

Por providencia de fecha 14 de octubre del 2010, se corrió traslado del memorial de agravios a la adversa, que al contestarlo expresó que no existe ni culpa concurrente, ni falta de pruebas, ya que el conductor del camión reconoció plenamente su responsabilidad en el hecho, naciendo así la responsabilidad civil de la demandada, mas allá de las presunciones invocadas por su parte, las que se disipan con las pruebas aportadas, ya que en caso de utilizar las presunciones como verdades absolutas se cometerían graves injusticias, por lo que solicitó se confirme el Acuerdo y Sentencia recurrido.

En este estado resulta pertinente analizar las pretensiones y argumentaciones esbozadas por las partes, y al respecto la demandante solicitó la indemnización por el perjuicio sufrido a raíz del fallecimiento de su esposo Ulizer Basilio Samudio Villarreal en el accidente ocurrido en fecha 17 de junio de 2004, por lo que cabe estudiar si se hallan reunidos los elementos de la responsabilidad civil extracontractual, los cuales inexorablemente deben co-existir para tornar viable la pretensión, y 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 el Representante convencional de la demandada, que atribuye la responsabilidad del accidente a la culpa exclusiva de la víctima, quien supuestamente no tomo las debidas precauciones, de velocidad y atención, colisionado contra el vehículo de la demandada.

Que, corresponde consecuentemente partir de la base de la correcta o incorrecta concepción del Tribunal de que la fuente de la obligación, una vez allanado dicho camino podremos proceder a estudiar la aplicación o no de la teoría del riesgo creado y la responsabilidad objetiva para luego concluir asertivamente sobre la determinación de la imputación de daños y perjuicios reclamada en autos.

Que, a nuestro criterio las normas previstas en el Título VIII “De la Responsabilidad Civil” Capítulo II “De la Responsabilidad por Hecho Ajeno”, son las que mejor se compadecen al tipo de situaciones como la planteada en autos. El Art. 1833 dispone: *“El que cometiere un acto ilícito actuando bajo la dependencia o con autorización de otro, compromete también la responsabilidad de éste. El principal quedará exento de responsabilidad si prueba que el daño se produjo por culpa de la víctima o por caso fortuito, Art. 1835: “Existirá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio en su persona... La obligación de reparar se extiende a toda lesión material o moral causada por el acto ilícito. La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo...”*.

La sentencia penal que condena al Sr. Cristino Oviedo Insfrán (fs. 77/80), indica inequívocamente la existencia de los hechos que el Tribunal tuvo por demostrados. Así se lee a fs. 138: *“...Esta conclusión a la que arribó la A-quo no se puede aplicar en el presente caso, dado que dicha presunción se quiebra desde el momento que se ha alegado en la demanda que el camión estaba sin luces, sin que haya negado ni desvirtuado con las actuaciones, que el vehículo fue impactado, contase con luces reglamentarias. Tampoco la demandada probó lo contrario. Es lógico pensar que, en las condiciones en las que transitaba el camión (sin luces traseras), podía ser impactado en cualquier momento, dada la oscuridad existente a la hora en que ocurrió el hecho, que disminuye la visibilidad a distancia. Es más, esta situación acrecienta la responsabilidad de la dueña al poner en circulación un vehículo que no cumple con las reglas de tránsito respecto de las luces, pues aumenta o amplía la posibilidad de daño y de ocasionar un accidente...”*.

Existiendo sentencia penal firme, en la cual el Juez Penal, Abog. Silvio Augusto Reyes, ha condenado al Señor Cristino Oviedo Insfran, de nacionalidad, paraguaya, casado, de 52 años de edad, con C.I. Nacional N° 358.139, chofer, domiciliado en Batalla de Ytororó N° 233 del Barrio Vista Alegre de

Ñemby, nacido el 15 de marzo de 1943, a la pena privativa de libertad de DOS AÑOS, resulta de aplicación insoslayable el Art. 1868 del Código Civil, que dice: “Después de la condena del acusado en el juicio criminal, no se podrá negar en el juicio civil la existencia del hecho principal que constituye el delito, ni impugnar la culpa del condenado. La sentencia dictada en juicio criminal no será oponible al obligado a responder por el hecho de otro, si aquél no tuvo ocasión de ejercer su defensa”. En virtud del cual ya no puede negarse en el juicio civil la existencia del hecho principal que constituye el delito, ni impugnar la culpa del condenado.

En ese sentido con las pruebas producidas en autos, la demandada no aportó ningún elemento de prueba conducente, conforme se desprende del informe del actuario obrante a fs. 110 de autos, solo esboza supuestos que crean presunciones, mas no acreditan fehacientemente la culpa, en contrapartida la actora aportó elementos que nos llevan a concluir que el accidente ocurrió por culpa y responsabilidad del conductor del camión propiedad de la demandada, ya que fueron presentadas como pruebas instrumentales, copias autenticadas de actuaciones judiciales donde el conductor Cristino Oviedo Insfran reconoce su responsabilidad o culpa en el accidente (fs. 77 vlto.).

Así las cosas, este porcentaje de culpa ha de ser aplicado a la cuantificación del año, a tal efecto, en cuanto al daño emergente reclaman los gastos de sepelio, traslado del fallecido, pago de féretro y carroza fúnebre, adquisición de terrero en el cementerio, construcción de panteón, ninguno de estos gastos han sido demostrados en la presente demanda.

Respecto del lucro cesante, también el acto ha demostrado el ejercicio de la actividad de funcionario del Instituto de Previsión Social, (con el comprobante de sueldo obrante a fs. 2 de autos) y donde se consta la asignación mensual que percibía el esposo de la demandante (Ulizer Basilio Samudio Villarreal). Por tanto, teniendo en consideración el monto de sueldo percibido y el tiempo de expectativa laboral, corresponde la suma de Gs. 67.872.000 (Guaraníes Sesenta y Siete Millones Ochocientos Setenta y Dos mil).

En cuanto al daño moral, coincido con el monto fijado por el Ad-quem y en atención que el hecho punible de homicidio doloso se consideró probada en sede penal, no cabe sino concluir con que el daño moral como tal existió y al uso racional del Art. 452 del Código Civil, en relación al daño moral, este es indudable, ya que la actora sufre la pérdida a su esposo, lo cual produce una aflicción

emocional y constituye un perjuicio anímico, por lo que corresponde la suma de Gs. 65.000.000 (Guaraníes Sesenta y Cinco Millones).

Por lo que, en base a las argumentaciones antes expuestas y de conformidad a las normas legales traídas a colación, corresponde modificar el Acuerdo y Sentencia N° 16, del 17 de abril del 2009, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Primera Sala, y en consecuencia Hacer Lugar a la demanda de indemnización de daños y perjuicios promovida por Ricarda Agüero Vda. de Samudio, en contra de Leda M. Fretes de Insfrán, que deberá abonar la suma de Gs. 132.872.000 (Guaraníes Ciento Treinta Dos Millones Ochocientos Setenta y Dos mil).

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 a la perdidosa.

A su turno el señor Ministro José Raúl Torres Kirmser, dijo: En el caso de autos, la señora Ricarda Agüero pretende el resarcimiento de los supuestos daños y perjuicios sufridos iure proprio, a consecuencia del deceso de su cónyuge en una colisión vehicular. No se ha controvertido en autos que la colisión ocurrió el 17 de junio de 2004, a las 20:00 horas, en el Km. 45 de la Ruta Transchaco, entre un camión Toyota propiedad de la accionada y una ambulancia marca Toyota, que se encontraba al mando del esposo de la accionante, señor Ulizer Basilio Samudio Villareal, quien como se dijo resultó víctima fatal del accidente.

En primer orden, debemos establecer el factor de atribución de la responsabilidad aplicable al caso que nos ocupa, esto es, si debe aplicarse el factor subjetivo o el factor objetivo.

La parte accionante ha señalado, en su escrito de demanda, que “Demostrada la culpabilidad penal, la responsabilidad civil para la reparación de los daños, recae sobre la propietaria del vehículo”, f. 87. De estos términos, surge que la demandante pretende atribuir la responsabilidad civil del hecho que nos ocupa a la accionada, por aplicación del factor objetivo configurado por su calidad de propietaria de la cosa con la cual se produjo el supuesto daño cuyo resarcimiento se pretende.

La responsabilidad configurada por la calidad de propietaria de la cosa con la cual se produce un daño, se encuentra legislada en el art. 1847 del Código Civil, que preceptúa: “El dueño o guardián de una cosa inanimada responde del

daño causado por ella o con ella, sino prueba que de su parte no hubo culpa, pero cuando el daño se produce por vicio o riesgo inherente a la cosa sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder.- El propietario o guardián no responderá si la cosa fue usada contra su voluntad expresa o presunta”.

Así, la norma citada establece que el guardián o propietario de una cosa, responde por los daños causados por ella o con ella, de la siguiente manera: a) cuando la cosa no fuere riesgosa en sí, salvo que se demuestre que de su parte no hubo culpa; y b) cuando la cosa fuere riesgosa en sí, salvo que demuestre la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder.

La diferencia entre estos supuestos está dada en la extensión de las defensas oponibles por el dueño o guardián de la cosa ante la pretensión de resarcimiento planteada por la víctima. Mientras en el caso de la responsabilidad del propietario por el daño causado con o por la cosa no riesgosa, le es permitido probar que de su parte no hubo culpa en la producción del daño; en el caso del daño producido como consecuencia del vicio o riesgo inherente a la cosa, sólo podrá alegar en su defensa la culpa de la víctima o de un tercero por quien no deba responder o, bien, como lo permite la última parte del articulado, que la cosa fue usada contra su voluntad expresa o presunta

Conforme se sostiene en doctrina y jurisprudencia, no cabe duda que el vehículo automotor es una cosa riesgosa. Ahora bien, en casos como el que nos ocupa, que se trata de un accidente de tránsito entre vehículos de similar porte, se tiene una imputación recíproca o mutua (Jorge Mosset Iturraspe et al., “Derecho de Daños”. Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2009, p. 82); es decir, entre cosas que importan el mismo grado de peligro, sería inconducente aplicar la segunda parte del art. 1847, ya que el riesgo inherente de la cosa no es el factor principal en la generación del daño cuyo resarcimiento se pretende (Cfr. Félix A. Trigo Represas, Rubén H. Compagnucci de Caso, Responsabilidad civil por accidentes de automotores. Hammurabi. Depalma Editor, 2ª Edición, Tomo II, pp. 168/170).

En consecuencia, ya hemos sostenido en fallos anteriores que, en casos de accidentes automovilísticos entre rodados de similar porte, ...mal podría fundarse la responsabilidad emergente en la teoría objetiva del riesgo, ya que ambos automotores crean un riesgo similar en el tránsito vehicular (ex plurimis, Ac. y Sent. N° 373 de fecha 29 de mayo de 2.009).

Entonces, en virtud de lo indicado, tenemos que cuando la cosa no es riesgosa en sí, el guardián o propietario no responde por el daño causado por o con ella cuando se demuestra que de su parte no hubo culpa o que la cosa fue empleada contra su voluntad expresa o presunta. Cabe mencionar que el demandado no alegó en ningún momento que el vehículo de su propiedad fue utilizado contra su voluntad, por lo que debe considerarse como un hecho no controvertido que el mismo fue empleado con su consentimiento. Igualmente es oportuno señalar que lo resuelto en la sede penal respecto al conductor del vehículo de la demandada no le es oponible a esta última, ya que la misma no tuvo intervención en el referido proceso, esto en virtud de lo establecido por el art. 1868 del Código Civil.

Ahora bien, pese a que el riesgo de la cosa, propiedad de la demandada, ha quedado neutralizado por el riesgo de la cosa que estaba siendo utilizada por la víctima, aun queda subsistente el primer supuesto previsto en el art. 1847 ya citado, que regula la responsabilidad del dueño o guardián de la cosa no riesgosa, supuesto al que puede asimilarse el caso que nos ocupa, en que el uso de cosas peligrosas –automotores– por ambas partes en el accidente neutralizó el factor de riesgo, al menos, a los efectos de considerarlo como factor de atribución de la responsabilidad civil.

La parte accionante sostiene que el accidente se produjo como consecuencia del mal estado en que se encontraban las luces de señalización del vehículo de la demandada, debido que al detener la marcha sobre la pista, al transitar a la noche, no era posible para el conductor del vehículo que le seguía ver y reaccionar a la maniobra realizada por el vehículo de carga cuyas luces no funcionaron.

La parte demandada realizó una genérica negación de los hechos invocados por la demandante, para alegar en su defensa la culpa de la víctima en la producción del accidente. En este punto es necesario traer a colación lo dispuesto por el Art. 235 del Código Procesal Civil, en el sentido de que el demandado debe: “Reconocer o negar categóricamente cada uno de los hechos expuestos en la demanda [...] Su silencio, sus respuestas evasivas, o la negativa meramente general, podrá estimarse como reconocimiento de la verdad de los hechos pertinentes y lícitos a que se refieren”. Por ello, el que la parte demandada se halla limitado a invocar la culpa de la víctima en la producción del accidente, por no haber mantenido una distancia prudencial o una velocidad que hubiere permi-

tido evitar el accidente, conlleva al reconocimiento de las circunstancias alegadas por la actora, la detención del camión en la pista, sin la señalización correspondiente, lo que impidió su visibilidad –y respecto de las cuales no se expresó en forma categórica y precisa sino meramente general–.

En otros términos, el reconocimiento implícito de lo alegado por la parte actora, genera la carga de la demandada de demostrar los hechos controvertidos que hacen a su defensa, como claramente indica el Art. 249 del Código Procesal Civil. En este sentido, debe destacarse que la parte demandada no produjo prueba alguna tendiente a demostrar que la víctima haya estado circulando con exceso de velocidad, ni tampoco demostró o alegó que su vehículo se hallaba en condiciones para circular –recuérdese que no fue negado el hecho de que las luces traseras no funcionaban–. Cabe agregar que tampoco fue negado por la parte demandada el hecho de que la ruta en cuestión carecía de iluminación, lo que hace altamente verosímil la versión de la accionante de que ante la ausencia de señales luminosas no le habría sido posible a la víctima divisar el obstáculo en la pista –el camión detenido– a tiempo para realizar maniobras evasivas. No está demás recordar lo establecido por el Reglamento General de Tránsito Caminero: “Art. 52°. Los vehículos estacionados en una carretera pública que no esté suficientemente alumbrada, deberán mantener encendidos uno o más faroles de luz blanca o amarilla moderada en la parte del frente, y una luz roja en la parte posterior, visible en condiciones atmosféricas normales desde una distancia de 150 mts., y a ambos lados del vehículo”.

Ahora, en lo referente a las alegaciones de la parte demandada, respecto a que el hecho se habría producido como consecuencia de la conducta negligente de la propia víctima, quien no habría estado en completo control del vehículo, de tal manera a poder evitar el accidente, como lo exige el Art. 4° del Reglamento General de Tránsito Caminero: “El conductor de un vehículo en marcha debe estar constantemente en condiciones, situación y posición de dirigir y dominar completamente su vehículo, debiendo advertir la presencia de éste a los otros conductores y a los peatones que encuentre en su camino, y a tomar todas las precauciones para evitar accidentes y obstrucciones del tránsito”; debe decirse que los daños sufridos por la víctima hacen suponer un impacto violento, como consecuencia de una circulación a elevada velocidad.

Esto hace suponer cierto grado de responsabilidad en los daños sufridos, lo que provee de fundamento para establecer una concurrencia de culpas en la

producción del accidente. Hecha esta aclaración, parece a esta magistratura que la mayor incidencia en la producción del accidente está dada por el hecho de circular en horario nocturno con un vehículo que no contaba con la señalización necesaria y que además se detuvo sobre la calzada –hechos no controvertidos por la demandada–. En este sentido, puede suponerse que aún a menor velocidad el accidente se habría producido, aunque con un impacto de menor proporción y por ende probablemente con una menor incidencia dañosa. Por lo expresado, parece adecuado establecer una concurrencia de culpas en un 70% para la parte demandada y en un 30% a la parte actora, de conformidad a lo dispuesto por el Art. 1836 del Código Civil, en particular en el segundo párrafo: “Si en la producción del daño hubieren concurrido su autor y el perjudicado la obligación y el monto de la indemnización dependerán de las circunstancias, y en particular, de que el perjuicio haya sido principalmente causado por una u otra parte”. Esta postura ya ha sido sostenida por esta Corte en el Acuerdo y Sentencia N° 685 del 7 de agosto de 2008.

En cuanto a los daños alegados por la accionante y su estimación corresponde realizar las siguientes apreciaciones. El lucro cesante fue calculado por la accionante sobre un mínimo de cuatros años más de expectativa laboral, y adjuntó comprobante de pago de sueldos del Instituto de Previsión Social, que demuestra un sueldo básico mensual de Gs. 1.414.000, monto que no fue controvertido por la accionada –f. 102, escrito de contestación de la demanda–. Este ingreso mensual por cuatro años arrojaría un total de Gs. 67.872.000. Al respecto, se presume que aquellos ingresos que el difunto esposo de la accionante hubiese tenido, de continuar con vida, habrían correspondido en un cincuenta por ciento a la accionante, en calidad de bienes gananciales. Por consiguiente, el lucro cesante de la accionante debe ser calculado en Gs. 33.936.000.

En cuanto a la reparación del daño moral, la suma establecida por el Tribunal de Apelación, Gs. 65.000.000, parece razonable ante el dolor y el sufrimiento que trae aparejada la pérdida de un ser querido, en este caso, del esposo y compañero de vida de la accionante. En cuanto al daño emergente, dada la notoriedad del daño que surge a partir de la necesidad de proveer a los servicios funerarios de la víctima, no cabe sino compartir la conclusión arribada por el Tribunal en cuanto a la procedencia del rubro, en virtud de lo establecido por el Art. 452 del Código Civil: “Cuando se hubiese justificado la existencia del perjuicio, pero no fuese posible determinar su monto, la indemnización será fijada

por el juez”, pero con reservas en cuanto al monto establecido. Por lo que corresponde establecer el monto de dicha reparación en la suma de G. 2.500.000.

La estimación total de los daños producidos por el accidente queda establecida en la suma de G. 101.436.000. Por todo lo precedentemente expuesto, la sentencia del Tribunal debe ser modificada, en el sentido de condenar a la demandada a indemnizar el 70% de los daños y perjuicios sufridos por la accionante, lo que arroja la suma de G. 71.005.200, más intereses computados a partir de la fecha en que ocurrió el hecho, de conformidad con lo establecido por el Art. 1864 del Código Civil.

Finalmente, existiendo vencimientos recíprocos, voto por imponer las costas en forma proporcional en un 30% a la parte actora y en un 70% a la demandada. Es mi voto.

A la segunda cuestión planteada, el señor Ministro César Antonio Garay, dijo: De las constancias surge que el Juicio tiene como objeto la pretensión de Ricarda Agüero, quien solicitó la condena de Leda Fretes de Insfrán, a fin de resarcirle el daño por la pérdida de su esposo Ulizer Basilio Samudio Villarreal, quien resultó víctima fatal del choque de vehículos ocurrido en fecha 17 de Junio del 2004, a la altura del Km. 45 de la ruta Transchaco. La parte actora señaló como causa inmediata de su pretensión el daño (deceso de Samudio Villarreal) ocasionado por el camión perteneciente a la demandada. Y, como mediata, la condena dictada en procedimiento penal al que fue sometido Cristino Oviedo, conductor del rodado con el que colisionó la ambulancia que era conducida por el fallecido cónyuge de la accionante.

La actora pretende una responsabilidad objetiva, con motivo de su interés de responsabilizar a la demandada del hecho dañoso, ocasionado por la cosa (camión) de la cual es dueña, es decir, intenta el resarcimiento por la muerte de su esposo, contra la titular del rodado que intervino en el siniestro.

La parte accionada sostuvo, al momento de contestar traslado de Ley, que no puede responder por la muerte acaecida, teniendo como base el proceso penal que fue impulsado contra el conductor del vehículo, puesto que no tuvo participación. Asimismo señaló como factor eximente de responsabilidad por el deceso de Villareal, la exclusiva culpa de él.

Se tiene que la cuestión se ubica en la determinación de la responsabilidad de la demandada por daños y perjuicios por su calidad de propietaria de la cosa que habría sido uno de los factores letales del siniestro, por lo que cabe determi-

nar si es aplicable la responsabilidad objetiva, que es entendida, conforme lo señala Atilio Alterini, en su obra “Derecho de las obligaciones”, Edit. Abelardo-Perrot, pág. 198, como: “...*la introducción del elemento con aptitud para dañar a los fines de asignar el deber de resarcir a quien con él creó el riesgo*”.

La Causa Criminal invocada por la actora, referida a la Sentencia condenatoria obtenida en Sede Penal, debe aplicarse lo dispuesto por el Artículo 1868 del Código Civil, que establece: “...*Después de la condena del acusado en el juicio criminal, no se podrá negar en el juicio civil la existencia del hecho principal que constituye el delito, ni impugnar la culpa del condenado, la sentencia dictada en juicio criminal no será oponible al obligado a responder por el hecho del otro, si aquel no tuvo ocasión de ejercer su defensa...*”. La demandada debe ser considerada tercera persona respecto del Juicio criminal, ya que no tuvo participación y por ello, no le pueden ser opuestos los efectos de la Sentencia condenatoria referida, jurídica, legal ni válidamente.

Dilucidada la cuestión anterior, debe proseguirse con el estudio de la posibilidad de atribución de responsabilidad objetiva a la demandada. El mencionado se encuentra en el Código Civil, en su Art. 1847, que reza: “*El dueño o guardián de una cosa inanimada responde del daño causado por ella o con ella, si no prueba que de su parte no hubo culpa, pero cuando el daño se produce por vicio o riesgo inherente a la cosa sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder: El propietario o guardián no responderá si la cosa fue usada contra su voluntad expresa o presunta...*”.

En Derecho corresponde, a su respecto, la aplicación del artículo 1847, pues en razón de la esencia mencionada, en la que el daño es ocasionado por la cosa, como es el caso del vehículo, para eximirse de culpa el titular tiene que demostrar—fehacientemente—causa extraña (culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder), extremo que no acaeció.

El daño se produjo como consecuencia de la colisión de dos vehículos, pero en supuestos de daños producidos por las cosas, donde existe riesgo recíproco se crean presunciones concurrentes y, entonces, los dueños deben afrontar los daños causados a otros, salvo que prueben las circunstancias eximentes. La teoría de la compensación de riesgos resulta insuficiente para dejar de lado los factores de atribución de responsabilidad que rigen este ámbito, pues sería impropia la aplicación de aquella en casos en los que sólo uno de los vehículos

es el factor del daño, pues como ilustra Atilio Alterini: "...*aun en las concepciones más rigurosamente objetivistas, la culpa no es indiferente...*". (*Ibídem*). Es decir, si una persona que se encuentra circulando conforme a las reglas de tránsito, es embestida por otra como consecuencia de su imprudencia, no sería justo y menos razonable ni jurídico aplicar la referida Teoría, debiendo estarse por la responsabilidad objetiva, respecto de aquel a quien se le demanda el resarcimiento en base a dicho tipo de responsabilidad, pudiendo sólo eximirse de culpa en el caso que haya demostrado culpa de la víctima o de un tercero no a su cargo, por lo que se debe proceder al análisis fáctico, a los efectos de establecer si la accionada por responsabilidad objetiva, ha logrado demostrar alguna causal que pueda exonerar de resarcir daños y perjuicios.

Se encuentra probado en Juicio el hecho dañoso, pues las Partes han aceptado aquel, como así también que fue por el choque de vehículos y por tanto se ha demostrado causalidad material. La culpa de la víctima, en la realización del hecho debe ser demostrada y no puede ser objeto de presunción, en base a las disposiciones del Art. 1847 del Código Civil.

Categorica e irrefutablemente no se ha comprobado culpabilidad de la víctima, para que pueda exonerarse de culpa, conforme alegaciones realizadas en el escrito de contestación de la demanda, por lo que tiene que asumir la responsabilidad por el hecho dañoso.

En lo que hace a la cuantificación del resarcimiento, la actora reclamó gastos referentes al sepelio, traslado del fallecido, pago de féretro y carroza fúnebre, adquisición de terreno en el cementerio, construcción de panteón, rubros que no fueron demostrados en el proceso, por lo que no pueden ser considerados.

En relación al lucro cesante, la actora solicitó teniendo en perspectiva y proyección expectativa laboral. En tal sentido, se encuentra demostrado en Juicio el monto que el fallecido percibía, conforme al comprobante de pago de sueldos obrante a fs. 11, que asciende a la suma de Gs. 1.414.000 mensuales. Entonces, teniendo el guarismo de sus ingresos más la expectativa laboral peticionada por la demanda, asciende a la suma de Gs. 67.872.000, lo cual corresponde en el concepto y por las razones señalados.

En lo que hace al daño moral, es evidente que la actora ha sufrido desmedro, perturbación y angustia espiritual a raíz de la muerte de su cónyuge, por lo que el asignado por el Tribunal es razonable, por lo que el total por los daños

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

alcanza la suma de Gs. 132.872.000. Con sujeción a los Artículos 193 y 205 del Código Procesal Civil, Costas a la perdidosa. Así voto.

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

Y VISTOS: los méritos del Acuerdo que antecede, la Excelentísima CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA CIVIL Y COMERCIAL,

RESUELVE:

DECLARAR DESIERTO el Recurso de Nulidad interpuesto.

MODIFICAR el Acuerdo y Sentencia N° 16, del 17 de abril del 2009, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Primera Sala, de la Capital, en el sentido de FIJAR la suma de Gs. 132.872.000 (Guaraníes Ciento Treinta Dos Millones Ochocientos Setenta y Dos mil), con un interés del 3% (tres por ciento) mensual, a computarse desde la notificación de la demanda.

IMPONER Costas a la perdidosa.

ANOTAR, notificar y registrar.

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

Ante mí: Alejandrino Cuevas, Secretario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 699

Cuestión debatida: *La única cuestión a resolver en el presente juicio contencioso administrativo es si la obligación tributaria imputable al ejercicio fiscal (1997), como resultante de una verificación fiscal se hallaba prescripta o si subsistía la misma como jurídicamente exigible.*

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. Recurso de Apelación en sede administrativa.

La vía idónea para disponer si en el presente juicio resulta ajustada a derecho la prescripción resuelta por el Tribunal de grado, por el fallo aquí apelado, constituye el acta de fiscalización elaborado por los funcionarios intervinientes.

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. Recurso de Apelación en sede administrativa. Fecha cierta.

La falta de firma de persona autorizada por la empresa auditada no agrega ni quita nada, es decir, no puede constituir documento decisorio a favor o en

contra., y ello atendiendo a que la ley atribuye al acta final carácter de fe pública, en referencia al trabajo material de los funcionarios (fecha cierta de un evento) y el contenido del mismo.

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. Plazo legal.

Dicha intervención fiscal, como acto inequívoco de la administración tributaria, produce indefectiblemente la interrupción del cómputo del plazo para la prescripción, previsto en el numeral 1) del artículo 165 de la Ley 125/92.

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. Plazo legal.

El acta final de inspección a la firma contribuyente, contemplada en el art. 165 numeral 1) de la Ley 125/92, interrumpe el plazo de la prescripción. Consecuentemente, desde esa fecha comienza a correr de nuevo el plazo de cinco años, fijado en el Art. 164 de la citada legislación tributaria, para que opere la prescripción de la acción.

CSJ. Sala Penal. 23/09/11. “Medigroup S.A. c/ Res. N° 1181/05 de fecha 21 de noviembre de 2005, y la resolución N° 713/06 del 18 de abril de 2006, dictadas por la Subsecretaría de Estado de Tributación, dependiente del Ministerio de Hacienda” (Ac. y Sent. N° 699).

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

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?

En caso contrario, ¿se halla ajustada a derecho?

Practicado el sorteo de ley, para determinar el orden de votación dio el siguiente resultado: BLANCO, BENÍTEZ, y PUCHETA.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, el Doctor SINDULFO BLANCO DIJO: El recurrente desiste expresamente este recurso, y ante la inadvertencia de vicios latentes en el fallo recurrido que justifiquen su pronunciamiento de oficio, en los términos autorizados por los artículos 113 y 404 del Código Procesal Civil, corresponde tenerlo por desistido de este recurso. Es mi voto.

A su turno, los Doctores PUCHETA de CORREA y BENÍTEZ RIERA manifiestan que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, el Doctor SINDULFO BLANCO DIJO: Atenta la apelación interpuesta por la Abogacía del Tesoro contra el Acuerdo y Sentencia N° 52 de fecha 05 de junio de 2008, dictado por la Segunda Sala del Tribunal de Cuentas, señala de agravante a la representación fiscal la

solución adoptada por el Tribunal de grado en el presente juicio, donde surge como controversia la procedencia de la prescripción de la obligación tributaria imputable a la firma demandante. Ante esta postura dispar, resalta el argumento del representante de la firma actora, que sostiene que no fueron cumplidos ninguno de los presupuestos interruptivos a los efectos del cómputo para el plazo de la prescripción, previstos en el artículo 165 de la Ley 125/91. Agrega que a fojas 108 de autos, obra entre los antecedentes administrativos un escrito de fecha 14 de julio de 2005, presentado en el sumario administrativo, por el que solicita copia del expediente, suspensión de los plazos del periodo probatorio, instrumental que a decir de la recurrente, no fue valorado por el Tribunal de Cuentas, pese a que constituye un pedido de prórroga, que interrumpe el plazo de prescripción, (conforme al numeral 5) del artículo 165 de la Ley 125), concordante con la disposición del artículo 166 del mismo cuerpo legal, y significando a la vez un reconocimiento tácito de la obligación por parte del deudor –la firma MEDIGROUP– lo que constituye otro elemento que produce la interrupción del plazo de prescripción (núm. 3, artículo citado). Fundado en las argumentaciones expuestas, solicita se haga lugar al presente recurso.

Del escrito de la representación ministerial, obrante a fojas 186/189, fue dispuesto su traslado a la firma actora, por proveído de fecha 28 de octubre de 2008 (fs. 190).

En fecha 31 de octubre del mismo año, fue evacuada la disposición referida por cedula de notificación obrante a fs. 192.

Ante la conducta inexpresiva de la parte apelada, por A. I. N° 1746, de fecha 24 de noviembre de 2009, dictado por esta Sala, fue dado por decaído el derecho que asistía a la misma de hacerlo, pues dicho traslado no fue contestado.

Análisis jurídico del caso: La única cuestión a resolver en el presente juicio contencioso administrativo es si la obligación tributaria imputable al ejercicio fiscal 1997, como resultante de una verificación fiscal se hallaba prescripta o si subsistía la misma como jurídicamente exigible.

La vía idónea para disponer si en el presente juicio resulta ajustada a derecho la prescripción resuelta por el Tribunal de grado, por el fallo aquí apelado, constituye el acta de fiscalización elaborado por los funcionarios intervinientes.

Dicha instrumental, cuya copia autenticada obra a fojas 27 del expediente judicial. De la misma se desprende que la firma Medigrup S. A. fue objeto de

fiscalización por parte de la Sub Secretaría de Estado de Tributación en fecha 25 de setiembre del años 2000, en la misma se aclara la nómina del funcionariado interviniente, quedando constancia el Dr. Esteban Espínola, en carácter de Presidente de la firma, “*pone a disposición los siguientes documentos de contabilidad*”, y suscribe al acta junto con el personal del ente fiscal. En dicha oportunidad fue detectado por los fiscalizadores el atraso de más de 90 días en los registros contables a los efectos de la determinación del Impuesto a la Renta previsto en el Libro I de la Ley 125/92, imputable al ejercicio fiscal 1997.

Considero impertinente el argumento que sirve de andamiaje jurídico a la sentencia recurrida, pues el Acta de intervención de la autoridad tributaria ve estampada la firma de un Directivo de la misma, a lo que agrego lo alguna vez resuelto por esta Sala Penal, en el Acuerdo y Sentencia N° 1499, de fecha 18 de diciembre de 2006, caso “Líneas Panchita ‘g’ S.A. contra resolución N° 287 de fecha 20 de julio de 2004; y el dictamen sg/ssset/1629, de fecha 31 de diciembre de 2004, dictado por la Subsecretaría de Estado de Tributación”: “*La falta de firma de persona autorizada por la empresa auditada no agrega ni quita nada, es decir, no puede constituir documento decisorio a favor o en contra*”, y ello atendiendo a que la ley atribuye al acta final carácter de fe pública, en referencia al trabajo material de los funcionarios (fecha cierta de un evento) y el contenido del mismo.

Dicha intervención fiscal, como acto inequívoco de la administración tributaria, produce indefectiblemente la interrupción del cómputo del plazo para la prescripción, previsto en el numeral 1) del artículo 165 de la Ley 125/92.

La norma constitucional determina que todos los gobernados se encuentran en un estado ideal de nivelación jurídica, de igualdad con el Estado, poniendo a la administración pública y a sus administrados en un pie de igualdad. Al respecto, tampoco existe constancia que el Acta de fiscalización de referencia haya sido impugnada por la firma intervenida, pese a estar noticiada de que era objeto de un sumario administrativo en la esfera de la Sub Secretaria de Estado de Tributación, por lo que constituye instrumento público de plena validez, por lo que no puede ser entendido de manera distinta al consentimiento de la irregularidad emergente de la obligación tributaria por parte de la firma Medi-gruop, conforme al numeral 3) de la Ley 125, al no impugnarla.

Del informe de denuncia presentado por los fiscalizadores, derivó la Resolución N° 1181/05 de fecha 21 de noviembre de 2005, dictada por el Viceministro

de Estado de Tributación, lo que fue cabeza del procedimiento sumarial, que posteriormente desembocara en el presente juicio contencioso administrativo. Por la presente resolución fue dispuesta la re liquidación del gravamen, y la aplicación del recargo correspondiente.

La situación descripta permite concluir que el reajuste de la obligación tributaria fue practicada dentro del plazo previsto en el artículo 164 de la ya citada Ley 125, es decir, el monto de la obligación reclamada resultaba líquida y exigible, y no, como lo entendiera el Tribunal de grado, al considerarla como una obligación ya prescripta.

Por las consideraciones apuntadas, voto por la procedencia del presente recurso, debiendo el Acuerdo y Sentencia N° 52 de fecha 05 de junio de 2008, dictado por la Segunda Sala del Tribunal de Cuentas ser revocado, resultando confirmados los actos administrativos controvertidos, y debiendo ser dispuesto el pago del monto, y en los conceptos reclamados por la autoridad tributaria. En cuanto a las costas, deben ir por su orden, fundado en que la resolución de la presente litis exigió de interpretación legal, como bien lo prevé el artículo 193 del CPC. Es mi voto.

A SU TURNO, LA MINISTRA PUCHETA de CORREA DIJO: Comparto los fundamentos expuestos en el considerando del Voto del Sr. Ministro SINDULFO BLANCO, en lo referente a que la única cuestión a resolver en el caso subexámine es establecer si el Impuesto a la Renta reclamado a la firma Medi-grup S.A, correspondiente al ejercicio fiscal 1997, se halla o no prescripta. Así mismo, me adhiero los argumentos esbozados para instituir que el *acta final de inspección* a la firma contribuyente, contemplada en el art. 165 numeral 1) de la Ley 125/92, interrumpe el plazo de la prescripción. Consecuentemente, si dicha acta fue suscrita el 11 de septiembre del año 2.000 (f.119), desde esa fecha comienza a correr de nuevo el plazo de cinco años, fijado en el Art. 164 de la citada legislación tributaria, para que opere la prescripción de la acción.

No obstante, discrepo en la interpretación dada al escrito de fecha 14 de julio del 2005, presentado por la firma actora ante la administración durante la tramitación del sumario, en donde solicita copia del expediente y la suspensión del plazo del periodo probatorio, por carecer de base para presentación de las pruebas. (f. 132). Dicha presentación fue encasillada en el numeral 3) del Art. 165 que expresa: El curso de la prescripción se interrumpe *por el reconocimiento expreso o tácito de la obligación por parte del deudor*. Dicha presentación, no

puede ser tomada como reconocimiento expreso o tácito de la obligación, pues el primer caso requiere manifestación de la voluntad confesando el derecho; en tanto que el segundo caso, demanda necesariamente la existencia de hechos que impliquen inequívocamente la referida voluntad, al decir de la doctrina y la jurisprudencia, resulta de actos por los que puede conocer con certidumbre su existencia, la que además debe ser clara y precisa, no ofreciendo lugar a dudas, de la referida voluntad. En este sentido nuestro Código Civil, en cuanto a la declaración expresa de la voluntad, preceptúa: “*Se tendrá por declaración positiva de la voluntad, aquella que se manifieste verbalmente, o por escrito, o por signos inequívocos, con referencia a determinados objetos, y en tanto que de la manifestación tácita, revela: resultara de aquellos actos por los cuales se pueda conocer con certidumbre la existencia de la voluntad...*” (Arts. 281 y 282). De lo hasta aquí esbozado se puede concluir que no hubo voluntad del contribuyente de reconocer la obligación tributaria requerida, de ser así, no tendría sentido pedir la suspensión del plazo para presentar pruebas en su descargo; distinto hubiera sido el caso, si solicitaba prórroga para pagar la suma requerida o modalidades en cuanto a la forma de pago, pues dichas manifestaciones indudablemente llevan implícita la aceptación de la obligación. No obstante, la debatida presentación debe ser considerada como un acto de suspensión de la prescripción, según lo reglado en el Art. 166 de la Ley N° 126/92, que dice: *La interposición del interesado de cualquier petición o recurso administrativo o de acción de recursos jurisdiccionales suspenderán el curso de la prescripción hasta que se configure resolución definitiva ficta, se notifique la resolución definitiva expresa, o quede ejecutoriada la sentencia en su caso*”.

Hechas las aclaraciones pertinentes, pasaremos a realizar los cómputos correspondientes, para determinar si se produjo o no la prescripción de la acción. Para ello, en primer lugar debemos referirnos al acta final de inspección realizada a la firma actora, actuación que borró el plazo de prescripción ganado, por lo que comenzó a correr un nuevo plazo de cinco años, a partir del 11 de septiembre del 2000. En segundo lugar, tenemos que la presentación del escrito por parte del contribuyente a la administración tributaria, solicitando copia del expediente y prórroga para presentar sus pruebas, el 14 de julio del 2005, tuvo la virtualidad de suspender el plazo de prescripción que llegaba a término en septiembre de ese año. Como esta suspensión, conforme a lo preceptuado en último articulado citado, abarcó hasta la notificación del acto administrativo

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

hoy impugnado, se concluye que no se operó la prescripción de la acción para el reclamar el pago de la obligación determinada por el acto administrativo cuestionado.

Por las consideraciones apuntadas y las normas legales citadas precedentemente, corresponde hacer lugar al Recurso de Apelación plantado por la parta demandada contra el Acuerdo y Sentencia N° 52/08. Es mi Voto.

ASU TURNO, EL MINISTRO BENÍTEZ RIERA MANIFIESTA SU PLENA ADHESIÓN A LOS VOTOS PRECEDENTES. Con lo que se dio por terminado el acto firmando SS.EE todo por ante mí, que lo certifico quedando acordada la sentencia que inmediatamente sigue:

VISTOS: Los méritos del Acuerdo que antecede, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA PENAL,

RESUELVE:

TENER POR DESISTIDO el estudio de la nulidad conforme quedó dicho en el exordio de la presente resolución.

HACER LUGAR al recurso de apelación interpuesto por la Subsecretaría de Estado de Tributación, y en consecuencia revocar el Acuerdo y Sentencia N° 52 de fecha 05 de junio de 2008, dictado por el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala.

IMPONER las costas por su orden.

ANOTAR, registrar y notificar.

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

Ante mí: Norma Esther Domínguez, Secretaria Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 700

COSTAS. Exención de las costas.

En materia de costas, la regla general estipulada en el CPC es que serán a cargo de la parte vencida (Art. 192), salvo que el juez, siempre que existieren razones valederas para ello, resuelva eximirlos total o parcialmente (Art. 193).

COSTAS en el orden causado.

Uno de los motivos considerados por la doctrina y la jurisprudencia para su dispensación es que el caso haya requerido interpretación como ocurrió en

autos, donde hubo necesidad de concatenar principios administrativos y normas legales, a lo cual se suma la complejidad del asunto, motivos que sobradamente justifican su imposición en el orden causado.

CSJ. Sala Penal. 23/09/11. “American Airlines INC c/ Res.N° CT N° 02 de fecha 10 de mayo de 2004, dictado por el Consejo de tributación” (Ac. y Sent. N° 700).

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

CUESTIÓN:

¿Es procedente el Recurso de Aclaratoria?

A fin de resolver la aclaratoria aludida se mantiene el mismo orden de votación establecido en la sentencia objeto de este recurso: PUCHETA DE CORREA, BLANCO y BENÍTEZ RIERA.

A la cuestión planteada la Dra. PUCHETA de CORREA dijo: El recurrente solicita que se aclare un error material producido en el Acuerdo y Sentencia N° 375, dictado por esta Sala Penal de la Corte, en fecha 15 de junio de 2011, referente a la imposición de las costas. Sustenta que en la parte dispositiva, apartado 4, esta magistratura dispuso: “Costas a la perdidosa en ambas instancias”, sin embargo, del exordio de la resolución cuya aclaración se solicita la Mtra. Preopinante, Dra. Alicia Beatriz Pucheta de Correa, al avocarse al estudio de la fundamentación sobre las costas, sostuvo: “...*En materia de costas, la regla general estipulada en el CPC es que serán a cargo de la parte vencida (Art. 192), salvo que el juez, siempre que existieren razones valederas para ello, resuelva eximirlos total o parcialmente (Art. 193). Uno de los motivos considerados por la doctrina y la jurisprudencia para su dispensación es que el caso haya requerido interpretación como ocurrió en autos, donde hubo necesidad de concatenar principios administrativos y normas legales, a lo cual se suma la complejidad del asunto, motivos que sobradamente justifican su imposición en el orden causado*” (sic), voto al cual se adhirió el Mtro. Luís María Benítez Riera. Así mismo, el Dr. Sindulfo Blanco, al manifestar su opinión sobre las costas, fundó: “*considero aplicable por su orden, en ambas instancias, por la forma que fue planteada la cuestión debatida, y la amenera que fue resuelta, la que exigió la interpretación legal...*”.

Sobre el recurso interpuesto, el Código Procesal Civil, en su Art. 387, dispone: “*Las partes podrán pedir aclaratoria de la resolución al mismo juez o*

tribunal que la hubiere dictado, con el objeto de que: a) Corrija cualquier error material; b) aclara alguna expresión oscura, sin alterar lo sustancial de la decisión; y c) supla cualquier omisión en que hubiere incurrido sobre algunas de las pretensiones deducidas y discutidas en litigio. En ningún caso se alterara lo sustancial de la decisión.

Con el mismo objeto, el juez o tribunal, de oficio, dentro de tercero día, podrá aclarar sus propias resoluciones, aunque hubiesen sido notificadas. El error material podrá ser subsanado aun en la etapa de ejecución de sentencia. En este sentido, también la Ley 609 que Organiza la Corte Suprema de Justicia, en su artículo 17, autoriza la aclaración de las resoluciones.

En efecto, de la lectura del Acuerdo y Sentencia N° 375/11 dictado por esta Sala Penal de la Corte, se observa que se produjo un error en relación al pronunciamiento sobre las costas, puesto que en el exordio las mismas, previa fundamentación, fueron impuestas por unanimidad –en el orden causado en ambas instancias–, sin embargo, en la parte dispositiva por un error material involuntario se consignó: “Costas a la perdidosa en ambas instancias”.

Atendiendo a lo expuesto precedentemente, debe hacerse lugar al recurso de aclaratoria planteado, y en ese sentido establecer que el apartado 4 de la parte resolutive del fallo recurrido debe quedar así redactado: “Costas por su orden en ambas instancias”.

A su turno lo Ministros BLANCO Y BENÍTEZ RIERA, manifiestan que se adhieren al voto que antecede por los mimos 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:

VISTOS: Los méritos del acuerdo que anteceden, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA PENAL,

RESUELVE:

HACER LUGAR al Recurso de Aclaratoria interpuesto por el representante de la parte demandada, contra Acuerdo y Sentencia N° 375, dictado por esta Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en fecha 15 de junio de 2.011, en el sentido de consignar que las COSTAS deben imponerse en el orden causado en ambas instancias.

ANÓTESE, regístrese y notifíquese.

Ministros: Alicia B. Pucheta de Correa, Sindulfo Blanco, Luis Ma. Benítez Riera.

Ante mí: Norma Domínguez, Secretaria Judicial.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 807

Cuestión debatida: *Extinción de la acción penal por transcurso de plazo razonable.*

PROCESO PENAL. Duración del Procedimiento penal.

El objeto del control de la duración del procedimiento es lograr que el Estado realice una persecución penal eficaz dentro de un plazo razonable, que no se prolongue de manera indefinida, de modo que tanto la ciudadanía como la persona sindicada como autor del hecho punible puedan tener una respuesta del órgano estatal en un espacio de tiempo, principalmente se pretende un pronunciamiento que defina la posición del imputado frente a la ley y la sociedad y ponga término, del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre y de innegable restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal.

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

La sanción procesal (extinción), consecuencia de la conclusión del “plazo razonable”, se funda en el derecho del imputado de verse libre del cargo y de las restricciones del proceso en un lapso de tiempo razonable y acorde con la gravedad y complejidad de la causa. Se relaciona con el principio de inocencia y el derecho a la libertad e intimidad del perseguido por la justicia, que resultaría vulnerado por un proceso excesivo e innecesariamente largo.

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

Tanto la Constitución Nacional como los diferentes Pactos Internacionales sostienen de manera uniforme y coincidente que el proceso penal debe tener un “plazo razonable” de duración, a los efectos de hacer operativa la garantía enunciada, los legisladores fijaron de manera expresa lo que en su momento entendieron por plazo razonable de duración del proceso (tres años, con el aditamento de seis meses para los supuestos de sentencia condenatoria).

PROCESO PENAL. Duración del procedimiento penal. Extinción del proceso penal. SOBRESEIMIENTO. Sobreseimiento definitivo.

En lo que hace relación al sobreseimiento definitivo de la persona. Al respecto debo decir, que no es necesario hacer mención expresa, puesto que la misma adquiere vigencia en razón de que el sobreseimiento definitivo se halla implícito en la extinción de la acción penal.

CSJ. Sala Penal.01/11/11. “Recurso de casación interpuesto por el abog. Dionicio Saldivar Giménez, Alberto Báez y Evelio Zarza Molinas, en los autos: Vicente Chamorro Silvero s/ Hecho Punible c/ la integridad física” (Ac. y Sent. N° 807).

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

CUESTIONES:

¿Es admisible el Recurso de Casación interpuesto?

En su caso, ¿resulta procedente o no dicho recurso extraordinario?

A los efectos de determinar un orden para la exposición de las opiniones, se realizó un sorteo que arrojó el siguiente resultado: BLANCO, PUCHETA DE CORREA Y BENÍTEZ RIERA.

ALA PRIMERA CUESTION PLANTEADA, el MINISTRO BLANCO dijo: El escrito de fundamentación fue presentado en tiempo hábil, ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (arts. 468 y 480 del CPP). Fue invocado como motivo el numeral 2 del artículo 478 del Código Procesal Penal (Sentencia contradictoria con un fallo anterior del mismo Tribunal, que también decidió sobre un hecho punible en accidente de tránsito, mencionado y comparado por el preopinante de segunda instancia).

Propone resolver directamente, reenvió (art. 474), modificando la Sentencia, en el sentido de disminuir la pena aplicada a Vicente Chamorro Silvero, conforme al nuevo marco penal a ser establecido, a partir de la modificación de la calificación jurídica. Están reunidos los requisitos que hacen admisible el estudio de recurso impetrado. ES MI VOTO.

A su turno, los Ministros Alicia Pucheta de Correa y Benítez Riera se adhieren al voto que antecede por sus mismos fundamentos.

ALA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, el MINISTRO BLANCO sigue diciendo: La presentación inicial rola a fojas 453/458. El A.I. N° 798 del 6 de junio de 2006, dio por decaído el derecho que dejó de usar la representante convencional de la querrela (fs. 466). La contestación del traslado por la Fiscalía General del Estado, mediante funcionario competente, se adhirió al recurso interpuesto por la defensa (fs. 467/475), agregando otro motivo (numeral 3 del art. 478), y requiriendo que conforme al art. 475 del CPP, sea ratificado como error material la calificación de la conducta, y confirmar la Sentencia del Tribunal Colegiado de primera instancia.

Que, en este estado, a fojas 478/479 fue solicitada la extinción de la acción penal. Y por tratarse de una cuestión de orden público, que debe investigarse antes de considerar el fondo de la casación, la Presidenta de la Sala Penal ordenó a la Actuaría que informe sobre los plazos procesales operados, que aparecen seguidamente (fs. 480 y vlta.). Fue ampliado, por expresa, a fs. 48/483. Así consta que la notificación del acta de imputación tiene fecha 22 de abril de 2002. El Procedimiento de primera instancia duró 3 años, 04 meses y 18 días. Los tramites de segunda instancia, 6 meses y 06 días. Entre primera y segunda instancia suman 3 años, 10 meses y 24 días. El recurso de Casación fue interpuesto el 15 de marzo de 2006. El informe complementario de la Actuaría lleva fecha 13/04/2007, en fecha 23 de abril de 2008, del pedido de extinción se corrió vista al Fiscal General del Estado. El escrito que atiende el traslado señala con precisión, que el plazo comenzó a correr el 22/04/2002. Fue interrumpido el 19/03/2003, debido a la declaración de rebeldía del imputado, levantada el 21 de junio de 2004. Una vez repasado el itinerario procesal, la Fiscalía concuerda que los plazos procesales han expirado, superando el previsto en el art. 136 del CPP, que exige aplicar la norma siguiente (art. 137 CPP), y declarar extinguida la acción penal (fs. 491/493 dictamen 661 del 14/05/2008).

Voto: Declarar extinguida la acción penal en la presente causa y, por consiguiente, no tratar, por imposible, la cuestión de fondo. Es mi Voto.

A SU TURNO la Sra. MINISTRA Dra. ALICIA BEATRIZ PUCHETA DE CORREA, DIJO: El objeto del control de la duración del procedimiento es lograr que el Estado realice una persecución penal eficaz dentro de un plazo razonable, que no se prolongue de manera indefinida, de modo que tanto la ciudadanía como la persona sindicada como autor del hecho punible puedan tener una respuesta del órgano estatal en un espacio de tiempo, principalmente se pretende un pronunciamiento que defina la posición del imputado frente a la ley y la sociedad y ponga término, del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre y de innegable restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal.

La sanción procesal (extinción), consecuencia de la conclusión del “plazo razonable”, se funda en el derecho del imputado de verse libre del cargo y de las restricciones del proceso en un lapso de tiempo razonable y acorde con la gravedad y complejidad de la causa. Se relaciona con el principio de inocencia y el derecho a la libertad e intimidad del perseguido por la justicia, que resultaría vulnerado por un proceso excesivo e innecesariamente largo.

El plazo razonable de duración del proceso penal es una garantía de gran amplitud consagrada en la Carta Magna y en los diferentes tratados suscriptos por nuestro país, que por imperio del Art. 137 de la Ley Suprema, forman parte de nuestro ordenamiento legal. Así, la Constitución Nacional preceptúa: *“En el proceso penal o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a: (...) 10. El sumario no se prolongará más allá del plazo establecido por la ley”* (Art. 17). Esta norma constitucional se ciñe a los principios republicanos de gobierno inspirados en dos presupuestos esenciales: la limitación temporal de los actos de gobierno y la responsabilidad de los funcionarios intervinientes en el sistema. Esta posición no busca otra cosa sino la fijación de límites en la duración de todos los procesos penales con la finalidad de combatir el retardo injustificado de la administración de justicia, en cumplimiento del certero adagio que prodiga que “la justicia tardía equivale a la consagración de la injusticia”.

En igual sentido, el Pacto San José de Costa Rica, ratificado por nuestro país por Ley 1/89, básicamente establece: *“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (...)”*. El Pacto de Derechos Civiles y Políticos –ratificado por Ley N° 5/92– se expide sobre la cuestión en idénticos términos (Art. 14.3.c).

Tanto la Constitución Nacional como los diferentes Pactos Internacionales sostienen de manera uniforme y coincidente que el proceso penal debe tener un “plazo razonable” de duración. Ahora bien, ¿qué se entiende por plazo razonable? Esta interrogante encuentra una respuesta en nuestra legislación positiva (Art. 136 de la Ley 1.286/98), en la cual, a los efectos de hacer operativa la garantía enunciada, los legisladores fijaron de manera expresa lo que en su momento entendieron por plazo razonable de duración del proceso (tres años, con el aditamento de seis meses para los supuestos de sentencia condenatoria).

Así el Art. 136 de la Ley 1.286/98 dispone: *“Toda persona tendrá derecho a una resolución definitiva en un plazo razonable. Por lo tanto, todo procedimiento tendrá una duración máxima de tres años, contados desde el primer acto de procedimiento. Este plazo sólo se podrá exceder por seis meses más cuando exista una sentencia condenatoria, a fin de permitir la tramitación de los recursos (...)”*.

La norma enunciada debe ser interpretada en concordancia con los artículos 137 y 25 del mismo cuerpo legal. El Art. 137 define los efectos del transcurso del plazo máximo y al respecto establece: *“Vencido el plazo previsto en el artículo anterior el juez o tribunal, de oficio o a petición de parte, declarará extinguida la acción penal, conforme a lo previsto por este Código”*.

Y el Art. 25 prevé entre los motivos de extinción: *“(…) 3. el vencimiento del plazo previsto en el artículo 136 de este código”*.

La Sala Penal, luego de realizar una armónica interpretación de los artículos que regulan la materia, ha determinado que el cómputo del plazo máximo de duración se inicia a partir de la notificación al procesado de la resolución del juez de la causa, que luego de tomar conocimiento del acta de imputación tiene por iniciado el procedimiento, conforme a las previsiones del Art. 303 del Código Procesal Penal (Acuerdo y Sentencia N° 1322 del 24 de septiembre de 2004).

En las constancias obrantes en los autos principales se observa que el incoado Vicente Chamorro Silvero fue imputado por la fiscalía conforme al Acta de Imputación N° 21 de fecha 12 de abril de 2002 (fs. 2/3).

El procesado Vicente Chamorro Silvero se dio por notificado de la imputación que pesaba en su contra en fecha 22 de abril de 2002, con la presentación del escrito de designación de Abogado defensor (fs. 16/7)

Posteriormente por A.I. N° 65 de fecha 19 de marzo de 2003, el Juzgado Penal de Garantía a cargo del juez Wilfrido Velásquez de la ciudad de Hernandarias, resolvió: Declarar la Rebeldía del imputado Vicente Chamorro Silvero (fs. 239/240). Posteriormente en fecha 21 de julio de 2004 (fs. 253) se presenta ante la Comisaría 5ª de la ciudad de Hernandarias, Dpto. de Alto Paraná, se presenta Vicente Chamorro Silvero, quedándose detenido en la citada comisaría, quedándose levantado el estado de rebeldía del Sr. Vicente Chamorro Silvero.

Por Sentencia Definitiva N° 81 de fecha 24 agosto de 2005 (fs. 377/383) el Tribunal de Sentencia Colegiado de la Circunscripción Judicial del Alto Paraná y Canindeyú, integrado por los Magistrados: Carmen Teresa Barrios Martínez (Presidente), Ana María Arréllaga y Efrén Giménez (miembros), condenaron al acusado Vicente Chamorro Silvero a la pena privativa de libertad de 7 (siete) años, de pena privativa de libertad. Posteriormente la condena fue apelada por la defensa del condenado, por Acuerdo y Sentencia N° 2 de fecha 08 de febrero de 2006, el Tribunal de Apelación en lo Penal de la Circunscripción Judicial del

Alto Paraná y Canindeyú, Tercera Sala. Resolvió: Modificar... reduciendo a 5 (cinco) años la pena impuesta en la instancia ordinaria...”.

Contra el Acuerdo y Sentencia, el condenado Vicente Chamorro Silvero, los abogados Dionisio Saldívar, Alberto Báez y Evelio Zarza, presentó en fecha 15 de marzo de 2006 Recurso Extraordinario de Casación (fs. 453/457).

A fs. 482/483 de autos se encuentra agregada el informe de la Actuaría Judicial, tal como se la solicitó la Sra. Ministra Dra. Alicia Beatriz Pucheta de Correa conforme a Providencia de fecha 2 de abril de 2007 (fs. 481). El Informe refiere: “...en fecha 5 de marzo de 2007 todos los tomos de la compulsa del expediente fueron remitidos del Despacho de la Sra. Ministra Dra. Alicia Beatriz Pucheta de Correa a□la Secretaria Judicial III para la sustanciación de la adhesión de la Fiscalía...”.

Por Providencia de fecha 23 de abril de 2008 (fs. 490) se corrió traslado a la Fiscalía General del Estado. Por Dictamen Fiscal N° 661 de fecha 14 de mayo de 2008, el Fiscal General Adjunto, contesta el traslado y expresa que se cumplieron los tres años y seis meses desde el inicio formal del proceso.

Atendiendo a todo lo que se ha dicho anteriormente, teniendo en cuenta que existiendo el estado de rebeldía del Sr. Vicente Chamorro Silvero, que fuera levantada en fecha 21 de julio de 2004 (fs. 253) (con su presentación ante la Comisaría 5ª de la ciudad de Hernandarias, Dpto. de Alto Paraná, quedándose detenido) se vuelve a computar desde esta fecha, cumpliendo los tres años requeridos por la norma en fecha 21 de julio de 2007, y teniendo sentencia condenatoria, se le suma 6 meses más, es decir la extinción se produjo en fecha 21 de enero de 2008. Es decir a la fecha de la extinción de la presente causa en relación a Vicente Chamorro Silvero, se encontraba en plena sustanciación de la Fiscalía del recurso interpuesto.

Por otro lado, y atento a las consecuencias previstas por el Art. 137 del Código Procesal Penal para los funcionarios actuantes de constatarse su negligencia, se ordena la remisión de los autos al Consejo de Superintendencia de la Corte Suprema de Justicia, a los efectos de que en ejercicio de sus facultades disciplinarias y de supervisión previstas en el Art. 23 inc. a), c) y Art. 4° de la Ley 609/95, realice los trámites correspondientes para individualizar y determinar los sujetos responsables de la sanción procesal resuelta (extinción), como consecuencia una actitud dilatoria, retardo injustificado o ejercicio abusivo de derecho.

En lo que hace relación al sobreseimiento definitivo de Vicente Chamorro Silvero. Al respecto debo decir, que no es necesario hacer mención expresa, puesto que la misma adquiere vigencia en razón de que el sobreseimiento definitivo se halla implícito en la extinción de la acción penal –ministerio legis–, por imperio del Artículo 359 Numeral 3 del Código Procesal Penal. Es mi voto.

A su turno, el ministro Dr. Luis María Benítez Riera manifiesta que se adhiere al voto de la Dra. Alicia Pucheta de Correa por sus mismos fundamentos, dejando constancia que estos autos tuvieron entrada en el Gabinete a su cargo en fecha 21 de junio de 2011, entregándose a Secretaría Judicial III en fecha 26 de julio de 2011. Es mi voto.

Y VISTOS: Los méritos del Acuerdo que antecede, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA PENAL,

RESUELVE:

1. DECLARAR que en la causa penal en estudio ha operado la extinción de la acción penal, con relación al condenado Vicente Chamorro Silvero, por haberse cumplido en exceso el plazo previsto en el art. 136 del Código Procesal Penal para la duración máxima del proceso.

2. DISPONER la remisión de los autos al órgano jurisdiccional competente.

3. ANOTAR, notificar y registrar.

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

Ante mí: Karinna Penoni de Bellassai, Secretaria Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 813

FIANZA. Fiador. Efectos de la fianza.

El fiador que pagase la deuda afianzada queda subrogado en todos los derechos, acciones, privilegios y garantías anteriores y posteriores a la fianza del acreedor contra el deudor, sin necesidad de cesión alguna.

FIANZA. Fiador. Efectos de la fianza.

El fiador subrogado en los derechos del acreedor, puede exigir del deudor: 1) Todo lo que hubiese pagado por capital, intereses y costas; 2) Los intereses

legales sobre la suma que él haya debido pagar, desde el momento del pago; sin necesidad de interpelación, porque la mora se produce ipso jure; 3) Podrá reclamarle la indemnización de todo perjuicio que le haya sobrevenido con motivo de la fianza. Si el fiador paga antes del vencimiento de la deuda, sólo podrá cobrarla el deudor después de dicho vencimiento.

COMPENSACIÓN. Compensación de deuda.

La compensación consiste, en principio, en la extinción simultánea de varias deudas diferentes cuando las partes son recíprocamente deudoras. Compensación quiere decir una confusión de obligaciones, no por el aspecto subjetivo, como en la figura de la confusión propiamente dicha, sino en cuanto a su objeto. Así «se evita doble pago, una doble entrega de capitales y ese modo se simplifican las relaciones del acreedor y del deudor, a la vez que asegura la igualdad entre las partes».

COMPENSACIÓN. Compensación de Deuda. Tipos de compensación.

La compensación produce la eliminación de las varias deudas que recíprocamente existen entre unas mismas personas, hasta concurrencia de la menor, de modo de dejar pendiente tan sólo la diferencia a favor del titular del crédito de cuantía superior. La compensación puede ser voluntaria o legal. Es voluntaria cuando las partes los han convenido expresamente. Dicha compensación puede describirse como figura autónoma, distinta, tanto del pago como la remisión, si bien con análoga función extintiva, sea que las partes obvien la intervención del juez mediante operación contable privada entre ellas para liquidar obligaciones homogéneas, líquidas y exigibles; sea que eliminen, al compensarlas, deudas que no reúnan estos caracteres.

COMPENSACIÓN. Compensación de deuda. Requisitos para su procedencia.

Para poder oponer la compensación es menester ser deudor de quien demanda, a la vez que ser actualmente acreedor suyo, cualquiera que sea la razón de ser de esas titularidades. «La regla es que nosotros no podemos oponer la compensación más que de lo que nos es debido a nosotros mismos.

COMPENSACIÓN. Compensación de deuda. Requisitos para su procedencia.

Otro requisito es la homogeneidad de las prestaciones: Son requisitos objetivos para que se produzca la compensación: que ambas deudas sean en dinero

o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad; que ambas deudas sean líquidas y exigibles: “deuda clara y líquida”.

COMPENSACIÓN. Compensación de deuda. Requisitos para su procedencia.

La deuda es exigible, ante todo cuando es cierta y está definida, y por lo mismo, cuando ha llegado la oportunidad de hacer el pago, y el acreedor puede demandarlo porque ya no tiene nada que esperar para un procedimiento ejecutivo.

COMPENSACIÓN. Compensación de Deuda. Tipos de compensación.

La compensación, sea legal, sea convencional, no puede ir en desmedro de derechos de terceros. Se dice que los créditos en juego deben estar libres de trabas, como también de excepciones.

COMPENSACIÓN. Compensación de Deuda. Tipos de compensación.

La compensación voluntaria (la determinada contractualmente por las partes) produce efectos de por sí, en tanto que la compensación legal exige pronunciamiento judicial, y mientras este no se emita y quede en firme, no hay compensación.

COMPENSACIÓN. Compensación de deuda. Requisitos para su procedencia.

La regla básica es la de que los efectos de la extinción se remiten al momento en que las varias deudas «coexistieron», es decir, a partir de cuando todas ellas reunieron los requisitos de compensabilidad.

ARBITRARIEDAD. Resolución judicial arbitraria.

Existe arbitrariedad en el fallo, puesto que no existió simultáneamente la calidad de deudor y acreedor entre los litigantes, para que pueda producirse la compensación.

CSJ.Sala Constitucional.02/11/11. “Acción de Inconstitucionalidad en el Juicio: Philips del Paraguay S.A. c/ Centurion hermanos S.A.C.I s/ Cumplimiento de contrato y obligación de hacer escritura publica” (Ac. y Sent. N° 813).

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

CUESTIÓN:

¿Es procedente la acción de inconstitucionalidad deducida?

A la cuestión planteada el Doctor NÚÑEZ RODRÍGUEZ dijo: Se presenta ante esta Corte el Abog. Pedro Ruiz Ferreira, en nombre y representación de Centurión Hermanos S.A.C.I., a promover acción de inconstitucionalidad contra la S.D. N° 442, de fecha 23 de mayo de 2003, dictada por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Séptimo Turno; y contra el Acuerdo y Sentencia N° 58, de fecha 28 de setiembre de 2009, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Primera Sala; ambas resoluciones fueron dictadas en los autos caratulados: “Philips del Paraguay S.A. c/ Centurión Hermanos S.A.C.I. s/ cumplimiento de contrato y obligación de hacer escritura pública”.

1. Alega el accionante que los citados pronunciamientos adolecen de extrema arbitrariedad, habiéndose escamoteado pruebas ofrecidas, producidas y agregadas a los autos principales. Sostiene que el deber impuesto al juez en el Art. 15 inc. b) del CPC de pronunciarse conforme a la Constitución y las leyes fue infringido por el A-quo, como por el Tribunal de Apelación, supliendo la decisión con sus meros caprichos. Refiere que las normas contenidas en los Arts. 1476, 1477 y 1479 del Código Civil fueron excluidas del análisis de la sana crítica por el A-quo. En lo esencial, afirma que el pago del fiador invocado por Philips del Paraguay S.A. otorga derecho a reclamar y repetir lo pagado a ABN Amro Bank, primer acreedor y no a reclamar el cumplimiento del contrato con la consiguiente obligación de escriturar, siendo que Centurión Hermanos SACI no ha firmado ningún contrato de compraventa de inmuebles con la entidad bancaria, sino que se trataba de un contrato de préstamo. Entonces, Philips se ha subrogado el derecho de repetir lo abonado, el crédito de Centurión Hermanos SACI o hacer efectiva la garantía real, y no demandar por cumplimiento de contrato, al no contar con esta acción el deudor principal ABN Amro Bank. Resalta que Philips no promovió la acción pertinente de Repetición de lo pagado, así como que la compensación y subrogación sostenidas por el A-quo, carecen de sustento legal, al no estar reunidos los requisitos del Art. 615 del CC, y habida cuenta que ningún acuerdo de compensación estaba contemplado en el contrato de compraventa, cuyo cumplimiento reclamó Philips. Señala que los honorarios fueron arbitrariamente regulados, sin mención de las disposiciones aplicadas de la Ley de Honorarios, ni la escala ni los fundamentos, lesionando a su mandante como a la masa concursal de acreedores. Finalmente, que el Tribunal de Apelación incurrió en la misma sustancial arbitrariedad, al repetir los mismos desaciertos de la sentencia de Primera Instancia.

2. Por la S.D. N° 442 de fecha 23 de mayo de 2003, el Juzgado de Primera Instancia resolvió: “RECHAZAR la excepción opuesta por Centurión Hermanos SACI. RECHAZAR la demanda reconvenzional de conocimiento ordinario sobre nulidad de contrato por lesión promovida por Centurion Hermanos SACI contra PHILIPS DEL PARAGUAY SA. HACER LUGAR a la demanda de conocimiento ordinario sobre cumplimiento de contrato y obligación de hacer escritura pública promovida por Philips Del Paraguay SA contra Centurion Hermanos SACI. CONDENAR a Centurión Hermanos SACI a otorgar la escritura pública traslativa de dominio del inmueble litigioso individualizado como Finca N° 5372 del Distrito de Fernando de la Mora, a favor de Philips Del Paraguay SA, en el plazo de diez días de quedar firme y ejecutoriada la presente sentencia...”.

El Juzgado funda su resolución en los Arts. 669, 671, 701, 702, 715, 716, 719, 725, 729, y 783 del Código Civil. Al analizar lo referente al pago del precio, el a-quo estimó que efectivamente Philips, al abonar al ABN Amro Bank – acreedor original– lo adeudado por Centurión Hermanos –deudor principal–, en su carácter de fiador, la cantidad reconocida como afianzada, de U\$s. 900.000, quedó subrogado en los derechos, acciones, privilegios y garantías que tenía el ente bancario contra Centurión Hermanos, y con derecho a repetir de este, por aplicación de los Arts. 1476 y 1477 del Código. Posteriormente, consideró operada la compensación legal, entre ambas deudas recíprocas, basándose en las previsiones de los Arts. 615 y 618 inc. d) del Código Civil. Por consiguiente, que el contrato de compraventa celebrado entre las partes estaba vigente y al reputar cumplido el pago del precio, y por ende, inviable la excepción de incumplimiento contractual articulada; tornaba exigible la obligación de otorgamiento de la respectiva escritura traslativa de dominio, a cargo de Centurión Hermanos S.A.C.I.

El Tribunal, por Acuerdo y Sentencia N° 58 de fecha 28 de setiembre de 2009, confirmó la sentencia recurrida al considerar que el contrato era válido y obligatorio, y que el precio de venta fijado en el contrato celebrado entre las partes fue cancelado, al pagar Philips, la deuda de Centurión Hermanos SACI con el banco, de U\$S. 800.000, que él había afianzado. Entre otros argumentos, sostuvo que no era necesario demandar por compensación, que bastaba su alegación para que sea declarada, ni tampoco que sea pactada como modo de extinción de las obligaciones, cuando que estaba prevista en la propia ley. Por otro

lado, que bastaba que los créditos recíprocos coexistan en algún momento, y que al subrogarse Philips en los derechos del antiguo acreedor, su crédito es propio.

3. La acción debe prosperar.

Del análisis de la acción promovida, de la serie de contratos celebrados entre las partes y del contrato de crédito otorgado por Abn Ambro Bank a favor de Centurión Hermanos SACI, con la fianza de Philips del Paraguay, y de las demás constancias del expediente; no nos queda sino arribar a la conclusión que las resoluciones impugnadas son inconstitucionales por violación del principio de congruencia y por pecar de arbitrariedad.

En efecto, Philips del Paraguay SA demanda el cumplimiento de un contrato e íntima al cumplimiento de la obligación de escriturar una propiedad a nombre de Philips, por haber abonado el precio convenido, en total, de U\$S 400.000, con el pago hecho al banco acreedor en la fecha límite fijada en el contrato (31 de mayo de 1999). En tal sentido, consideró que al pagar, en carácter de fiador, al ABN Amro Bank la suma que le adeudaba Centurión Hermanos, se subrogó en los derechos del primer acreedor (ABN Amro Bank) contra Centurión Hermanos, e invocando la compensación legal, dio por pagado el precio estipulado en el contrato de compraventa.

Antes que nada, debemos hacer distingos necesarios entre los diversos contratos celebrados por las partes. En primer lugar, tenemos dos contratos de compraventa de propiedades celebrados entre Centurión Hermanos (vendedora) y Philips del Paraguay S.A. (compradora), en los que se pactó que debía abonarse el precio total resultante de ambos contratos, de U\$S 400.000, el día 31 de mayo de 1999, para que la vendedora quedara obligada a otorgar las respectivas escrituras traslativas de dominio. Por otro lado, la Escritura de constitución de garantía hipotecaria otorgada por Centurión Hermanos e Inmobiliaria Integral a favor de Philips del Paraguay, como garantía de la fianza prestada por Philips, en relación a un préstamo concedido por Abn Ambro Bank a favor de Centurión Hermanos por la suma de U\$S 900.000.

El Art. 1476 del Código de Fondo dispone que *“El fiador que pagare la deuda, aunque se hubiere obligado contra la voluntad del deudor, queda subrogado en todos los derechos, acciones, privilegios y garantías del acreedor contra el deudor ...”* Igualmente, el Art. 1477 del mismo cuerpo legal contempla: *“El fiador que pagó tiene acción de repetición contra el deudor principal, aunque éste no tuviere conocimiento de la fianza prestada. La repetición comprende el capi-*

tal, los intereses costas y los intereses legales desde el día de pago, como también la indemnización de todo perjuicio que le hubiere sobrevenido por motivo de la fianza...”.

A partir de una correcta exégesis de las normas aludidas, dentro del contexto normativo que impera en nuestra legislación civil de fondo, hemos de partir nuestro análisis que sustenta la arbitrariedad de los fallos, por errónea aplicación de las normas involucradas. En primer lugar, el pago del fiador, si bien se trataría de un supuesto de subrogación legal, que opera *ipso iure*, en virtud de la previsión contenida en el Art. 594 inc. b), y conforme está permitido en el Art. 548 inc. b) del Código Civil; la acción nacida en este caso de la subrogación legal es la “acción de repetición”, la cual si bien tenía expedita el actor, no la ejerció. En segundo lugar, la subrogación a que hace referencia el artículo 1476 y en concordancia con el Art. 596 del Código Civil, se circunscribe a los derechos, acciones y garantías del acreedor primigenio, y Abn Amro Bank no había firmado ningún contrato de compraventa de inmuebles con Centurión Hermanos, su relación nació con motivo de un contrato de mutuo, que contaba con otro tipo de garantía. Entonces, cual fue el derecho en que se subrogó Philips al verificar el pago de la obligación en su carácter de fiador? Pues se ha subrogado el derecho a repetir contra Centurión Hermanos lo pagado, y eventualmente, de hacer efectiva la garantía hipotecaria promoviendo la ejecución correspondiente.

En el presente caso se han entremezclado conceptos y figuras que tienen connotaciones propias, efectos y alcances diversos: la compensación, la subrogación, la repetición y el contrato de fianza. Asimismo, se vislumbra que en ningún momento los juzgadores han tenido en cuenta la buena fe, que no es otra cosa que la lealtad contractual y comercial, principio cardinal en esta materia, al analizar la operatividad de estas distintas figuras, y valorar en su exacta dimensión el contexto en que se estaban desarrollando las relaciones comerciales entre los contendientes.

Según el artículo 1456 CC, habrá fianza cuando una de las partes se hubiere obligado accesoriamente por un tercero y el acreedor de ese tercero aceptase su obligación accesoría. De donde resulta que la fianza es un contrato, pues exige un acuerdo de voluntades entre el fiador y el acreedor, cuyo crédito es garantido. O sea que su finalidad es garantizarle al acreedor su crédito. Ya que por el contrato de fianza una parte se obliga a pagar o cumplir por un tercero,

en el caso de que éste no lo haga. Genera una obligación subsidiaria (depende de la existencia de la obligación principal), pero es al mismo tiempo solidaria (Art. 1471 CC), pero puede convenirse que sólo pueda hacerse efectiva cuando se ha hecho infructuosamente excusión de los bienes del deudor principal, salvo que el fiador haya renunciado a este beneficio. No debe confundirse este carácter con el anterior, pues la accesoriedad existe siempre, aun cuando el fiador se haya obligado solidariamente con el deudor principal, en cuyo caso no tiene el beneficio de excusión, por lo que su obligación deja de ser subsidiaria. Las obligaciones del deudor para con el fiador comienzan recién cuando este ha pagado su deuda y él debe pagarle lo reintegrado; y si el deudor quiebra, puede pedir que se lo admita en el pasivo de la masa (como es el caso en cuestión).

El fiador que pagase la deuda afianzada queda subrogado en todos los derechos, acciones, privilegios y garantías anteriores y posteriores a la fianza del acreedor contra el deudor, sin necesidad de cesión alguna. El fiador subrogado en los derechos del acreedor, puede exigir del deudor: 1) Todo lo que hubiese pagado por capital, intereses y costas; 2) Los intereses legales sobre la suma que él haya debido pagar, desde el momento del pago; sin necesidad de interpe-lación, porque la mora se produce ipso jure; 3) Podrá reclamarle la indemniza-ción de todo perjuicio que le haya sobrevenido con motivo de la fianza. Si el fiador paga antes del vencimiento de la deuda, sólo podrá cobrarla el deudor después de dicho vencimiento.

Otra figura que fue estudiada en las instancias anteriores, y sirvió de fundamento de la resolución a favor de la demanda promovida por Philips es la compensación. No es, pues, ocioso acudir al Diccionario de la lengua española de la Real Academia: “Compensar, igualar en opuesto sentido el efecto de una cosa en el de otra”, es decir, “nada me debes, nada te debo; vida, estamos en paz”.

La compensación consiste, en principio, en la extinción simultánea de varias deudas diferentes cuando las partes son recíprocamente deudoras. Compensa-ción quiere decir una confusión de obligaciones, no por el aspecto subjetivo, como en la figura de la confusión propiamente dicha, sino en cuanto a su objeto. Así «se evita doble pago, una doble entrega de capitales y ese modo se simplifi-can las relaciones del acreedor y del deudor, a la vez que asegura la igualdad entre las partes”.

La compensación produce la eliminación de las varias deudas que recípro-camente existen entre unas mismas personas, hasta concurrencia de la menor,

de modo de dejar pendiente tan sólo la diferencia a favor del titular del crédito de cuantía superior. La compensación puede ser voluntaria o legal. Es voluntaria cuando las partes los han convenido expresamente. Dicha compensación puede describirse como figura autónoma, distinta, tanto del pago como la remisión, si bien con análoga función extintiva, sea que las partes obvien la intervención del juez mediante operación contable privada entre ellas para liquidar obligaciones homogéneas, líquidas y exigibles; sea que eliminen, al compensarlas, deudas que no reúnan estos caracteres.

Requisitos de la compensación: Reciprocidad Actual De Las Deudas: En cuanto a los sujetos y a la presencia de las relaciones obligatorias, el presupuesto de la compensación es elemental y va en el propio planteamiento de la figura: “cuando dos personas son deudoras una de otra” (art. 615 CC). las partes han de ser mutuamente y actualmente acreedoras y deudoras. La dualidad y la reciprocidad presentes son indispensables; de ahí que, como se sentó desde la regulación inicial de la compensación, no haya lugar a ella entre el crédito del acreedor que demanda y el de un tercero cuyo crédito pretenda hacer valer el deudor acreedor demandado, o entre el crédito del demandante y el de un deudor o fiador del demandado, y a la inversa, puede darse la compensación entre el crédito del demandante (acreedor inicial o sucesor en el crédito) y el crédito del demandado (acreedor inicial o cesionario demandado, o codeudor o fiador) o del demandado que asume la deuda. En otras palabras, para poder oponer la compensación es menester ser deudor de quien demanda, a la vez que ser actualmente acreedor suyo, cualquiera que sea la razón de ser de esas titularidades. «La regla es que nosotros no podemos oponer la compensación más que de lo que nos es debido a nosotros mismos».

Otro requisito es la homogeneidad de las prestaciones: Son requisitos objetivos para que se produzca la compensación: que ambas deudas sean en dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad; que ambas deudas sean líquidas y exigibles: “deuda clara y líquida”, anotada la Coutume de Paris (art. 488 C. de P.C.).

La deuda es exigible, ante todo, cuando es cierta y está definida, y por lo mismo, cuando ha llegado la oportunidad de hacer el pago, y el acreedor puede demandarlo porque ya no tiene nada que esperar para un procedimiento ejecutivo. En fin, de plano no sería compensable una obligación litigiosa, por carecer de ambos requisitos objetivos. La compensación, sea legal, sea convencional, no

puede ir en desmedro de derechos de terceros. Se dice que los créditos en juego deben estar libres de trabas, como también de excepciones. La compensación voluntaria (la determinada contractualmente por las partes) produce efectos de por sí, en tanto que la compensación legal exige pronunciamiento judicial, y mientras este no se emita y quede en firme, no hay compensación. Ahora bien, al respecto la regla básica es la de que los efectos de la extinción se remiten al momento en que las varias deudas «coexistieron», es decir, a partir de cuando todas ellas reunieron los requisitos de compensabilidad.

De lo expuesto podemos afirmar que la compensación y consecuente subrogación resuelta por el A-quo es carente de todo sustento jurídico puesto que no se habían configurado los requisitos para su procedencia. Por tanto, estamos ante una sentencia arbitraria porque los magistrados hicieron una interpretación antojadiza de los artículos aplicables al caso, lo que la convierte en una resolución con fundamentación aparente. Si bien cita los artículos que deberían ser aplicados, les da una lectura contraria al momento de su aplicación.

La subrogación era respecto a los derechos que tenía el acreedor (Banco) y el Banco no firmó ningún contrato de compra-venta con Centurión Hermanos, por tanto, no puede alegarse el pago de una deuda paralela como cumplimiento del contrato.

El informe que sirvió de base para fundar la subrogación, procede del acta de intimación notarial hecha a Centurión Hermanos y el informe elaborado por Abn-Ambro Bank, respecto a los débitos de la cuenta de Philips del Paraguay, sin embargo, esos pagos fueron realizados sin que exista constancia del contrato principal de crédito entre el banco y Centurión, por tanto no podemos conocer la fecha de vencimiento del crédito para saber si el crédito era exigible o no, y si el fiador tenía o no la obligación de cancelar la deuda principal. Tampoco fueron adjuntados los pagarés firmados por Philips en calidad de fiador a favor de Centurión, eso lo sabemos como consecuencia de la lectura del contrato de garantía hipotecaria.

Del propio escrito de demanda se hace referencia a lo que estamos afirmando: "...*Philips Del Paraguay S.A. afianzó el mutuo celebrado por Centurion Hermanos S.A. con el Banco, comprometiéndose la deudora a devolver a mi mandante toda suma de dinero que ésta deba pagar por cuenta de las obligaciones asumidas por la primera, en garantía de lo cual inclusive otorgó garantía hipotecaria...*". No tenemos constancia del número de créditos otorgados a favor

de Centurión Hermanos, sólo que la fianza otorgada era hasta la suma de 900.000 dólares, suma que fue superada con creces, lo cual nos hace concluir que existieron varios créditos, pero no podemos hacer una relación directa entre los créditos otorgados y el pago realizado a través de los cheques. No existe una relación de causalidad entre lo abonado por Philips del Paraguay (con cuatro cheques a nombre de Abn Ambro Bank), y el contrato de compraventa celebrado entre las partes. Sólo se observa el nacimiento del derecho a repetir lo pagado, producto de la subrogación por el pago hecho en carácter de fiador.

Tampoco tenemos constancia de que intimación alguna que haya realizado el Banco para el cumplimiento de la obligación, lo que nos imposibilita determinar si el deudor estaba o no en conocimiento de los pagos efectuados, y de ser así, es una situación que debió ser prevista en el contrato de compraventa celebrado.

Retomemos el tema de la compensación, decimos que existe arbitrariedad en el fallo, puesto que no existió simultáneamente la calidad de deudor y acreedor entre los litigantes, para que pueda producirse la compensación. Una vez abonada la deuda es cuando se subroga los derechos del banco y Philips se convierte en acreedora de Centurión hermanos; son dos momentos distintos, y es recién ahí cuando nace en la fiadora el derecho a solicitar la repetición de lo pagado o requerir la compensación de lo abonado con el precio pactado para la compra-venta. Los elementos de la compensación no estaban dados sino a partir del 31/05/99, de lo cual tuvo conocimiento Centurión Hermanos recién el día de la intimación notarial hecha el día 1 de junio. Por tanto, si Philips no quería que el contrato quedara resuelto, debió comunicar con antelación a la vendedora su intención de pagar el precio pactado, abonando la deuda contraída por ésta con el banco, y no esperar a que se cumpliera el plazo perentorio y liberatorio fijado por las partes en el contrato firmado por ellos.

Los magistrados no realizaron un análisis del contrato objeto de la demanda, donde claramente estaban especificada la causal de extinción de la obligación, y las partes deben someterse al contrato como a la ley misma (Art. 715 CC), con lo cual conculcaron el derecho a la propiedad reconocido constitucionalmente, al obligar a Centurión Hermanos a realizar la transferencia de dominio de la propiedad requerida; en detrimento del derecho de terceros acreedores que concurrieron a la quiebra de la misma para hacer efectivo sus créditos.

Además, de la simple lectura del contrato, no puede concluirse la intención de las partes de que el mismo quede perfeccionado con el pago del precio del

modo que sea o a cualquier persona, sino a la persona de Centurión Hermanos, y en el lugar de la celebración del contrato. Cosa que no ocurrió, por lo cual, debieron aplicar el contrato y declarar su resolución. No consta recibo otorgado por la vendedora que demuestre el pago del precio pactado.

En conclusión, lo pagado por Philips del Paraguay debió ser reclamado vía ejecutiva, cuando ellos no dieron cumplimiento al contrato celebrado.

Evidentemente, Philips del Paraguay al hacer el pago de la deuda del principal, se subrogó en los derechos del acreedor respecto al crédito concedido por Abn Ambro Bank, es decir, de los derechos que Abn tenía respecto a Centurión Hermanos; y de la lectura del contrato celebrado el 6 de mayo de 1999, no se desprende que ellos hayan convenido la compensación como forma de pago de la finca N° 5372 de Fernando de la Mora, cuyo debía ser abonado a la vendedora hasta el día 31 de mayo de 1999, bajo pena de quedar liberada la vendedora en su disposición del inmueble.

Los términos de los contratos son claros, Philips debía abonar a Centurión Hermanos SACI la suma total de 400.000 dólares para el día 31 de mayo de 1999 para que el contrato quedara perfeccionado y naciera la obligación de la vendedora de hacer escritura pública. Cosa que no aconteció, puesto que Philips realizó el pago a ABN Ambro Bank, y no a la vendedora como fue fijado en el contrato que pretende hacerse cumplir. Y de la lectura del mismo no se desprende que el pago a otro acreedor del vendedor supliría la obligación de hacer el pago del precio pactado a Centurión Hermanos. Por tanto, con el pago hecho por Philips del Paraguay se subrogó en los derechos del banco acreedor, pero no cumplió la prestación pactada en el contrato de compraventa. Es así que Centurión Hermanos SACI, y según el mismo contrato, quedó liberada de cumplir con su prestación por incumplimiento de la compradora.

Los magistrados han hecho una interpretación parcial y arbitraria de las normas aplicables a la cuestión, al hacer lugar a la demanda promovida por Philips contra Centurión Hermano SACI, y en perjuicio directo de la masa de acreedores. La demandante tiene un crédito a su favor contra Centurión Hermano, y se trata de un crédito privilegiado (garantizado con una hipoteca), pero de manera alguna puede hacerse la confusión entre los contratos, como lo hicieron los magistrados, puesto que esa interpretación no se desprende del contrato de compraventa. Ese extremo no fue previsto por las partes, por tanto, el incumplimiento de alguna de las prestaciones hace que el mismo pueda ser rescindido

de manera automática, sin obligación alguna para la otra parte (Centurión Hermanos SACI).

En efecto, el día 31 de mayo de 1999 no se hallaban reunidos los requisitos indispensables para que opere la compensación; el fiador hizo un pago al acreedor de la firma Centurión, lo cual lo subroga en los derechos que ese acreedor tenía respecto a su deudor y le da derecho de repetir los gastos hechos, no de compensarlos de manera directa, puesto que esto no fue pactado entre las partes. En todo caso, Philips debió comunicar a la vendedora su voluntad de pagar la obligación con el banco con la intención de cubrir el precio convenido en el contrato privado de compra venta.

Una cosa es el contrato de compraventa (que debió perfeccionarse con el pago del precio el día 31 de mayo de 1999) y otra la garantía hipotecaria que derivó del mutuo afianzado por Philips del Paraguay SA, y el crédito derivado de la subrogación alegada debe ser reclamado en el concurso de acreedores, como procesalmente corresponde.

De todo lo expuesto, podemos concluir que efectivamente estamos ante la presencia de resoluciones arbitrarias al ser producto de una errónea aplicación de las normas sobre la materia, lo cual ha producido la lesión derechos de rango constitucional en perjuicio directo de la firma Centurión Hermanos SACI y de la masa de acreedores surgida de la convocatoria concursal. Es mi voto.

A su turno el Doctor FRETES dijo: El Abog. Pedro Ruiz Ferreira, en nombre y representación de la firma Centurión Hermanos SACI, promovió acción de inconstitucionalidad contra la S.D. N° 442 del 23 de mayo de 2003, dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Séptimo Turno y contra el Acuerdo y Sentencia N° 58 del 28 de setiembre de 2009, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Primera Sala de la Capital.

Por la primera de las resoluciones mencionadas el Juzgado dispuso, entre otras cosas: “Rechazar la excepción opuesta por Centurión Hermanos SACI. Rechazar la demanda reconvenional de conocimiento ordinario sobre nulidad de contrato por lesión promovida por Centurión Hermanos SACI contra Philips del Paraguay S.A. Hacer lugar a la demanda de conocimiento ordinario sobre cumplimiento de contrato y obligación de hacer escritura pública promovida por Philips del Paraguay S.A. contra Centurión Hermanos SACI. Condenar a Centurión Hermanos SACI a otorgar la escritura pública traslativa de dominio del inmueble litigioso individualizado como Finca N° 5372 del Distrito de Fernando

de la Mora a favor de Philips del Paraguay S.A. en el plazo de diez días de quedar firme y ejecutoriada la presente sentencia, bajo apercibimiento de que en caso contrario, dicha escritura será otorgada por el Juzgado. Imponer las costas a la parte perdidosa”.

Por la segunda, el Tribunal, declaró desierto el recuro de nulidad, declaró desierto el recurso de apelación, con relación a los apartados seis a diez, que se refieren a honorarios regulados a los profesionales abogados intervinientes en el juicio y los peritos y confirmó con costas, los apartados primero al quinto inclusive de la sentencia apelada.

El accionante alega que las sentencias son arbitrarias y que los juzgadores plasmaron en los fallos una interpretación parcial y arbitraria de las normas y pruebas agregadas al juicio.

Analizadas las constancias de autos y confrontados con los cuestionamientos expuestos por el recurrente, surge, como bien lo señalara el Fiscal General Adjunto, que los Juzgadores de ambas instancias han considerado que la demanda reconventional de nulidad de contrato por lesión no podía prosperar ya que no se advertía la existencia de desproporción entre el precio de los inmuebles y el valor real de los mismos, basándose en las pruebas rendidas en autos. Se puede señalar consiguientemente que los magistrados de ambas instancias adoptaron las decisiones hoy cuestionadas tras valorar las pruebas diligenciadas en la causa, tales, como las instrumentales, informes, reconocimiento judicial, pericial, habiendo valorados las mismas según las reglas de la sana crítica, por lo que la acción no puede ser la vía para imponer un criterio distinto.

Además, estudiadas las constancias procesales de los autos traídos a la vista de esta Corte Suprema de Justicia, se denota la más amplia participación de la parte demandada, por lo cual no cabe hablar de una supuesta violación al principio del debido proceso legal ni mucho menos de indefensión procesal.

En las condiciones apuntadas, y no existiendo vicios de carácter constitucional, voto por la desestimación de la acción promovida, con imposición de costas a la parte perdidosa, de conformidad a lo dispuesto por el Art. 192 del CPC.

Es mi voto.

A su turno el Doctor BAJAC ALBERTINI 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:

VISTOS: Los méritos del Acuerdo que anteceden, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Constitucional

RESUELVE:

HACER LUGAR a la acción de inconstitucionalidad promovida y, en consecuencia, declarar la nulidad de la S.D. N° 442, de fecha 23 de mayo de 2003, dictada por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Séptimo Turno, y del Acuerdo y Sentencia N° 58, de fecha 28 de setiembre de 2009, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Primera Sala de la Capital.

ANOTAR, registrar y notificar.

Ministros: Antonio Fretes, Víctor Manuel Núñez Rodríguez y Miguel Oscar Bajac Albertini, quien integra la Sala en reemplazo de José v. Altamirano Aquino.

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

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 815

RECURSO DE CASACIÓN. Control de logicidad y legalidad.

Supuestos errores de apreciación de las pruebas diligenciadas en ocasión de Juicio Oral; los cuales deben ser atendidos simplemente para verificar la logicidad del razonamiento y la correcta aplicación del precepto, no en el contexto de un reexamen, ni de valoración, pues de esa manera palpablemente se violarían principios como el de Oralidad, Pluralidad, Inmediatez, Contradicción, Economía procesal y concentración, pilares fundamentales del nuevo proceso penal vigente- garantista- de nuestro país.

RECURSO DE CASACIÓN. Control de logicidad y legalidad. Admisibilidad y procedencia.

La posibilidad de la reevaluación del caudal fáctico, y la determinación de decisión distinta a la adoptada por los órganos jurisdiccionales de juzgamiento, no está permitida en este tipo de Recurso de carácter extraordinario.

RECURSO DE CASACIÓN. Control de logicidad y legalidad. Admisibilidad y procedencia.

Es importante aclarar que el Reexamen probatorio está vedado no solo con respecto a la calificación del hecho sino también con respecto a la sanción aplicada.

RECURSO DE CASACIÓN. Control de logicidad y legalidad. Admisibilidad y procedencia.

La motivación es una operación lógica fundada en la certeza, y el juez debe observar los principios lógicos supremos, pero si la premisa del análisis ya se encuentra disconforme con la realidad, por consiguiente deriva en la mala, o errónea interpretación y conclusión falaz.

RECURSO DE CASACIÓN. Control de logicidad y legalidad. Decisión directa en el recurso de casación.

No es necesaria la realización de un nuevo juicio oral y público o de un nuevo análisis por parte de otro Tribunal de Apelación, pudiendo esta Sala Penal hacer uso de la facultad conferida en el artículo señalado anteriormente, decidiendo directamente, en razón a que se hayan reunidos los requisitos establecidos (art. 473 CPP).

CSJ.Sala Penal. 02/11/11. “Recurso Extraordinario de Casación interpuesto por el Fiscal Adjunto Edgar Augusto Moreno Agüero en la causa: “Carlos Andrés Salinas s/ homicidio culposo” (Ac. y Sent. N° 815).

Previo estudio de los antecedentes de caso, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, resolvió plantear y votar la siguientes;

CUESTIONES:

- 1) ¿Es admisible o no el estudio del Recurso impetrado?
- 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 de la emisión de los votos, se procede al sorteo, arrojando el siguiente resultado: BLANCO, PUCHETA DE CORREA Y BENÍTEZ RIERA.

ALA PRIMERA CUESTION, EL DR. SINDULFO BLANCO, dijo: El recurrente se presenta a interponer Recurso Extraordinario de Casación contra el Acuerdo y Sentencia N° 86 de fecha 26 de octubre de 2008 dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Laboral y Penal, de la Circunscripción Judicial de Amambay, por la cual se redujo la sanción impuesta al Sr. Carlos Andrés Salinas de 3 (tres) a 2 (dos) años de pena preventiva de libertad, por la comisión del hecho punible de Homicidio Culposo.

El recurrente alega violaciones en el debido proceso, y en su escrito se justifica la inobservancia del inciso 3° del Art. 478 del CPP. explicando ha cometido un error de interpretación que desencadenó en una extralimitación del Tribunal de Alzada al reducir la pena interpuesta. Siendo este extremo inviable para el Tribunal de Alzada.

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, y a tenor de lo dispuesto a los artículos 477, 478, 479, y 480 del Código Procesal Penal, conforme se expone a continuación: a) Objeto impugnado: El fallo atacado constituye Acuerdo y Sentencia (A. y S. N° 86, de fecha 26 de octubre de 2008); b) Forma de interposición: El planteamiento en estudio reúne las condiciones de escrito fundado, conforme a las disposiciones del Código Procesal Penal; c) Plazo, el Acuerdo y Sentencia fue notificado a la representante del Ministerio Público en fecha 27 de octubre del 2008, y la interposición del Recurso de Casación data del 10 de noviembre del 2008, es decir dentro del plazo determinado por el Código de formas. En resumen: el Recurso de Casación reúne las condiciones requeridas para declararlo admisible y, en consecuencia, procede entrar a analizar el fondo de la impugnación. Es mi voto.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, EL MINISTRO SINDULFO BLANCO, prosiguió diciendo: Admitido el Recurso interpuesto y prosiguiendo con el análisis de la resolución impugnada, debe pasarse inmediatamente al examen de la procedencia o no del recurso interpretado. En este sentido, los agravios vertidos por el recurrente se refieren a que el Acuerdo y Sentencia atacado, quebranta el orden jurídico constitucional, pues la sentencia condenatoria es arbitraria según sus apreciaciones.

Los agravios del recurrente son: *“... En este sentido, la pretensión del Ministerio Público no se basa en un criterio caprichoso o en posturas asumidas siguiendo únicamente a la doctrina, sino que, más bien se sustenta en el interés mismo del cumplimiento irrestricto de lo que la ley impone en materia de competencia a los diferentes órganos jurisdiccionales y, más aún, derivado del sistema procesal que nos rige: de tinte acusatorio, de única instancia para la valoración de la prueba y la determinación de los hechos... Al respecto, es preciso mencionar que la competencia del Tribunal de Alzada se limita al control de legalidad del fallo, lo que implica que su tarea consiste en la revisión jurídica de*

la sentencia y el análisis de los procesos lógicos de los razonamientos seguidos pro los magistrados inferiores... Lo que no se encuentra dentro del ámbito de su competencia y, por lo tanto se halla vedado en esta instancia, es la revaloración de las circunstancias a favor y en contra del imputado, para posteriormente, variar la pena interpuesta por el Tribunal de Juicio, ya sea disminuyéndola o aumentándola o reformándola de alguna manera... Además, la determinación de la pena, por los motivos suficientemente expuestos, sólo es potestad de un Tribunal de Juicio, por lo que en el improbable caso de que correspondiere una modificación de la sanción penal, necesariamente la solución jurídica ajustada sería la del reenvío a un nuevo Tribunal de Sentencia a ese sólo efecto... Esta reducción equívoca de la pena al condenado, a más de no corresponder como tarea al A-quem, tampoco se corresponde con la pretensión punitiva del Ministerio Público y deja al descubierto el error in procedendo en que incurre la alzada... Finalmente, no es ocioso recalcar que la fundamentación expuesta por el Tribunal de méritono es violatoria de ley alguna, ni contiene vicios que ameriten su nulidad, pues la opinión de los magistrados se sustenta en la lógica, parte de un razonamiento jurídico válido, y fue realizada a la luz de las disposiciones legales vigentes aplicables al caso...". Concluye su escrito solicitando que se haga lugar a la presente impugnación, anulando el Acuerdo y Sentencia atacado, y confirmando la Sentencia Definitiva dictada en primera instancia.

El Abog. Elvio Derlis Insfrán, representante de la Defensa, contesto el traslado corridole expresado: "...Que, esta defensa considera y sostiene que no se han violado ningún precepto legal y jurídico con la disminución de la condena impuesta a mi defendido; los Miembros del Tribunal de Apelaciones, en vista que concurrían elementos fehacientes de prueba a favor de mi defendido y que no fueron ni siquiera estudiado por el Tribunal de Sentencia y que son atenuantes y las declaraciones testimoniales, a favor del mismo... En estas condiciones y existiendo sobradas pruebas que ameriten que la pena sea atenuada o disminuida a una condena menor de la recaída en autos, es importante traer a colación lo dispuesto en el Art.67 "Marcos penales en caso de circunstancias atenuantes especiales... Que teniendo en cuenta dichos elementos probatorios soslayados y no valorados por el Tribunal de Sentencia y al tratarse de un hecho punible culposo que por sus características reviste la calidad de "delito" y no de un crimen, con una baja expectativa de privativa de libertad a correspondido al Tribunal de Apelaciones disminuir la condena del acusado en virtud de lo dis-

puesto en el Art. 68 del Código Penal... es dable puntualizar que con la disminución de la condena a favor de mi defendido nada mas se ha cumplido cabalmente las disposiciones soslayadas por el Tribunal de Sentencia y por ende esta defensa no observa ninguna violación de ninguna ley o articulado, por lo que en estas condiciones es precedente que los Miembros De La Excma Corte Suprema De Justicia, rechacen el recurso planteado por el Fiscal Adjunto de la Zona de Amambay, Abog. Edgar Moreno...”.

Ahora bien, ya entendida la pretensión de la parte recurrente, el Ministerio Público, y la posición asumida por la defensa, corresponde analizar la correspondencia de tales dichos.

La cuestión principal en estudio está dada en determinar si efectivamente la resolución impugnada es manifiestamente impugnada, en tal sentido, cabe resaltar que, por la vía de la Casación, se controla el cumplimiento de las formas procesales fundamentales entre las cuales está, indudablemente la fundamentación de la sentencia.

Ahora bien, el inciso 3º del Art. 478 del CPP, cabe apuntar que constituye sentencia aquella decisión judicial solemne que pone fin al litigio resolviendo en forma definitiva. Por tal motivo, debe recoger exactamente los hechos del proceso, las alegaciones de las partes, las pruebas practicadas y las disposiciones legales aplicables; además debe ser clara y precisa y guardar congruencia con las peticiones formuladas en el acto del juicio y debe resolver respecto a ellas.

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

Por ello, a fin de interpretar lo dispuesto en el inciso 3) del Art. 478 del Código Procesal Penal, que establece con causal de casación que la resolución judicial cuestionada sea “manifiestamente infundada”, es menester primera-

mente determinar el contenido del término fundamentar o motivar, para posteriormente concluir cuándo una resolución es manifiestamente infundada o insuficientemente infundada. Para el efecto, antes que nada es necesario recurrir a la doctrina que al respecto señala: *“La motivación de la sentencia es el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en los cuales el juez apoya su decisión”*. (Oscar R. Pandolfi. Recurso de Casación Penal. Ed. La Roca. Bs. As., 2001. Pág. 419).

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

En reiterados fallos coincidentes y firmes se han dejado sentado la imposibilidad de los Tribunales de Apelación de volver a examinar los hechos y las pruebas, esencialmente porque “el juicio propiamente dicho” se concreta en primera instancia en donde se materializa el control de la administración de justicia, vía juicio oral. La concreción de los principios de “inmediatez” y “concentración” en tal acto procesal culminante y las limita las posibilidades que ofrecen los documentos, base fundamental de la atención del órgano de alzada-acta de juicio y sentencia propiamente dicha- hacen que los hechos y las pruebas quedan definitivamente fijados según decisión del Tribunal de Sentencia.

Analizando la sentencia atacada, y los fundamentos expuestos en ella denotamos que gran parte relata supuestos errores de apreciación de las pruebas diligenciadas en ocasión de Juicio Oral; los cuales deben ser atendidos simplemente para verificar la logicidad del razonamiento y la correcta aplicación del precepto, no en el contexto de un reexamen, ni de valoración, pues de esa manera palpablemente se violarían principios como el de Oralidad, Pluralidad, Inmediatez, Contradicción, Economía procesal y concentración, pilares fundamentales del nuevo proceso penal vigente- garantista- de nuestro país.

Toda la cuestión que tenga que ver con examen de prueba o valoración de la misma se encuentra absolutamente vedada al tribunal de casación, en razón de que todo ese material fáctico es producido y recibido ante un Tribunal de Sentencia que lo aprecia conforme a las reglas y principios señalados de los juicios orales. Por tanto la posibilidad de la reevaluación del caudal fáctico, y la determinación de decisión distinta a la adoptada por los órganos jurisdiccionales-

les de juzgamiento, no está permitida en este tipo de Recurso de carácter extraordinario.

Dentro de este contexto es importante aclarar que el Reexamen probatorio está vedado no solo con respecto a la calificación del hecho sino también con respecto a la sanción aplicada.

El Tribunal de Apelaciones en mayoría fundó la reducción de la pena impuesta por el Tribunal de Mérito exponiendo que: “... *el meollo de la cuestión propuesta por el recurrente se centra básicamente en que no existió o no se probó durante el juicio oral que hubo intención deliberada de su defendido de cegar la vida de que en vida fuere Jorge Isaac Acosta Ojeda y que los miembros del tribunal, de manera alguna consideraron el hecho como tal se consumó, siendo por tanto errónea la calificación del hecho punible calificado como homicidio doloso por el Tribunal de Sentencia...*”, prosigue su fundamentación exponiendo que en tal caso merece la aplicación del Art. 67, y la reducción de la condena impuesta al Sr. Carlos Andrés Salinas Silva.

Ahora bien, esta Sala Penal es específico a través del verdadero fin de instituto de la Casación, lo que respecta al control de la logicidad de la sentencia atacada y de la correcta aplicación de las leyes y preceptos constitucionales, si son objetos de mayor ahondamiento en el presente estudio.

El vicio de incongruencia, entendido como desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes han formulados sus pretensiones, concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido, puede entrañar una vulneración del principio de contradicción constitutiva de una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial siempre y cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en los que discurrió la controversia procesal.

La mínima transcripción de la sentencia atacada denota error inaudito ya que habla de la calificación del hecho como Homicidio Doloso, y por las circunstancias atenuantes la aplicación necesaria del Art. 67 del C.P., cuando el Tribunal de Sentencia subsumió el hecho en el Art. 107 del CP, HOMICIDIO CULPOSO; además esta calificación no estipula atenuantes en su tipificación, pues el Art. 67 mencionado, dispone su remisión específica para la aplicación de sus reglas. Es claro que el Tribunal de Apelaciones cometió un error in iudicando al aplicar esta norma. La motivación es una operación lógica fundada en la certeza, y el juez debe observar los principios lógicos supremos, pero si la premisa del

análisis ya se encuentra disconforme con la realidad, por consiguiente deriva en la mala, o errónea interpretación y conclusión falaz.

Las garantías establecidas en el nuevo ordenamiento penal, son de estricto cumplimiento y en virtud a lo expuesto y examinado detenidamente el fallo contenido en el Acuerdo y Sentencia impugnado, a tenor de las disposiciones legales vigentes, se advierte que el mismo contradice disposiciones legales establecidas, específicamente la obligación de los Jueces de fundar sus fallos coherentemente.

Es así que ante lo referenciado sobre la sentencia tacada se vislumbra esta deficiencia de la misma, que a efectos jurídicos deja la sentencia viciada, al punto concreto que al no tener posibilidad de complementación corresponde la adopción de la única solución posible, la anulación del fallo recurrido.

Dadas las circunstancias expuestas, debe en estricto derecho ser Anulada la sentencia atacada, por graves vicios de congruencia en su fundamentación.

Por otro lado, el Art. 480 del CPP, al establecer lo procedente en cuanto al trámite y resolución del recurso extraordinario de casación, deriva a la aplicación de la analógica de las disposiciones relativas al recurso de apelación de la sentencia. De ahí que, remitidos a las disposiciones que reglan dicho recurso, nos encontramos con dos situaciones: 1) La propiciada por el Art. 473 del CPP, que dice: *“REENVÍO. Cuando no sea posible reparar correctamente la inobservancia de la ley o su errónea aplicación, el tribunal de apelaciones anulará totalmente o parcialmente la sentencia y ordenará la reposición del juicio por otro juez o tribunal. Cuando la anulación sea parcial, se indicará el objeto concreto del nuevo juicio”*; y, 2) La reglada por el Art. 474 del CPP, 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 es necesario la realización de un nuevo juicio, el tribunal de apelaciones podrá resolver, directamente, sin reenvío”*.

Ahora bien, vista a declaración de nulidad del fallo del Tribunal de Alzada, corresponde a esta Corte decidir directamente, en razón de que se hallan recabados todos los elementos jurídicos necesarios, y con sustento legal en el Artículo 474 del Código Procesal Penal, al cual remite el Art. 480 del mismo cuerpo de leyes. Tal como se denota, en la presente causa, que no es necesaria la realización de un nuevo juicio oral y público o de un nuevo análisis por parte de otro Tribunal de Apelación, pudiendo esta Sala Penal, hacer uso de la facultad con-

ferida en el artículo señalado anteriormente, decidiendo directamente, en razón a que se hayan reunidos los requisitos establecidos.

El análisis realizado en su momento por el Tribunal de Mérito con respecto a la medición de la pena y su justa medida de acuerdo al Artículo 65 del CP, a criterio de esta Magistratura, pues tal como se desprende de la Sexta cuestión analizada en la Sentencia Definitiva, se han verificado, juzgado y sopesado todos los incisos referentes a la aplicación de una justa pena; con lo que acredita su fundamentación.

Es así que corresponde la confirmación de la Sentencia Definitiva N° 32 de fecha 4 de julio del 2008, dictada por el Tribunal de Sentencia constituido por los Jueces Alberto Sosa Vera, Mirta Sánchez, Silvina Figueredo. Es Mi Voto.

A su turno, la Ministra Alicia Beatriz Pucheta de Correa, dijo: Me adhiero al voto del Ministro Sindulfo Blanco por sus mismos fundamentos no obstante considero oportuno agregar que esta Sala Penal en diversos fallos anteriores ha sentado postura sobre la materia imposición de penas, respecto a que los órganos de alzada se hallan inhabilitados para modificar conforme al principio de inmediación. Véase Acuerdo y Sentencia N° 1456 del 06 de abril de 2.006 dictado en la CAUSA: “Rolando Javier Avalos y Fredy Villalba Godoy S/ Robo Agravado”: Y El Acuerdo Y Sentencia N° 1.275 DEL 29 de diciembre de 2.005, dictada en la causa: “Alejandro Aquino y Ángel Caballero s/ Supuesto Hecho Punible Contra la Vida (Homicidio Culposo)” en el que se ha sostenido: “... *que la medición judicial de la pena, es la realizada por un órgano jurisdiccional sentenciador al momento de valorar la conducta reprochable, siendo su limitación los referentes objetivos, constituidos por los hechos en discusión, lo que impide que los Jueces hagan juicios de valor, no basados en el material fáctico. Por otro lado, necesariamente para que se produzca la declaración de reprochabilidad y consecuente punibilidad de una conducta, debe previamente estudiarse su antijuricidad y tipicidad, cuya fuente de demostración está en los hechos alegados y probados. En otras palabras, es un proceso intelectual – interno del Juez, por el cual se aplican las disposiciones normativas basadas en el material fáctico que llega al conocimiento conforme a los principios de inmediación y oralidad...*”.

A su turno, el MINISTRO LUIS MARÍA BENÍTEZ RIERA manifiesta su adhesión al voto del MINISTRO SINDULFO BLANCO por sus 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.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

VISTOS: Los méritos del acuerdo que antecede, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA PENAL,

RESUELVE:

1) DECLARAR ADMISIBLE para su estudio el recurso extraordinario de casación interpuesto por el Fiscal Adjunto, Abog. Edgar Augusto Moreno Agüero.

2) HACER LUGAR al recurso interpuesto y, ANULAR el Acuerdo y Sentencia N° 86 de fecha 26 de octubre de 2008 dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil, Comercial, Laboral y Penal de la Circunscripción Judicial de Amambay.

3. CONFIRMAR la Sentencia Definitiva N°32 de fecha 4 de julio del 2008, dictada por el Tribunal de Sentencia constituido por los Jueces Alberto Sosa Vera, Mirta Sánchez y Silvina Figueredo.

4. ANOTAR, registrar y notificar

Ministro: Sindulfo Blanco, Alicia Pucheta de Correa y Luis María Benítez Riera.

Ante mí: Karinna Penoni de Bellasai, Secretaria Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 845

CONVENIO DE PARÍS. LEY. Ley N° 300/94

Al analizar el sistema positivo nacional e internacional ante el caso de estudio identificamos en primera medida al artículo 8 del Convenio de Paris el cual estatuye la protección del nombre comercial en todos los países de la Unión sin obligación de depósito o de registro.

CONVENIO DE PARÍS. LEY. Ley N° 300/94

Se aplica así el Artículo 2° numeral 1 de dicho Convenio (de París), y en estas condiciones el titular de una marca extranjera registrada en su país con posterioridad a la nacional, no puede prevalecerse de su registro contra el titular de una marca nacional. Es decir, quien primero registra –sea en el territorio nacional, sea en un país adherente al Convenio de París– se ve amparado por la prioridad del registro.

LEY. Ley N° 1294/98 de Marcas.

En el ámbito nacional tampoco es necesario el registro del nombre comercial, de acuerdo al Artículo 75 de la Ley 1.294/98.

CONVENIO DE PARÍS. LEY. Ley N° 300/94

El nombre comercial extranjero sin registro debe ser protegido en la misma medida que el nombre comercial nacional, es decir, deben verificarse los presupuestos establecidos en la Ley de marcas para la protección del nombre comercial.

LEY. Ley N° 1294/98 de Marcas. MARCADE FÁBRICA. Posibilidad de confusión.

El art. 76 de la Ley 1.294/98 permite al titular de un nombre comercial impedir el uso en el comercio de un signo idéntico o semejante cuando ello fuere susceptible de causar confusión o asociación con la empresa, productos o servicios del titular, o pueda causar al titular un daño económico o comercial injusto.

LEY. Ley N° 1294/98 de marcas. MARCADE FÁBRICA. Posibilidad de confusión.

Requiere no solo la semejanza en el signo en sí mismo; sino que también el riesgo de confusión en el mercado. Esto implica atendiendo al hecho de que el nombre comercial identifica la actividad de la empresa en el mercado.

LEY. Ley N° 1294/98 de Marcas.

Descartada, pues, la posibilidad de anular la marca en función del art. 76 de la Ley 1294/98, debe estudiarse la aplicabilidad del art. 2 inc. i) de la Ley 1294/98, que prohíbe la registración como marcas de aquellos signos por parte de *“quien conocía o debiera conocer que el signo pertenecía a un tercero”*. Es claro que esta norma asigna a quien pretende registrar una marca en el territorio nacional una obligación de diligencia particular, puesto que le coloca la carga de un “deber de conocer”, es decir, de un deber mínimo de información y cuidado respecto de la marca que se pretende registrar.

LEY. Ley N° 1294/98 de Marcas. PROPIEDAD INDUSTRIAL.

Se ha considerado que debe conocer la propiedad industrial o el signo distintivo ajeno quien se dedica al mismo ramo de actividades de la empresa que pretende la tutela.

LEY. Ley N° 1294/98 de Marcas. PROPIEDAD INDUSTRIAL.

El criterio doctrinario de la presunción que comerciantes e industriales están al tanto de las marcas extranjeras relativas a su ámbito de actividad mercantil o de producción ha sido recogido por la jurisprudencia paraguaya.

MARCA DE FÁBRICA. Marca extranjera.

El que registra una marca u otro signo distintivo en el mismo rubro que la marca extranjera que se pretende tutelar, atendiendo a su situación particular o a la actividad a la que se dedica, en la que encuadra, sin dudas, la calidad de importador en el mismo rubro de incidencia comercial, no puede dejar de conocer el signo distintivo extranjero, máxime cuando la similitud es completamente notoria.

MARCA DE FÁBRICA. Pérdida del derecho de prelación.

La inscripción en el Registro marcario no confiere a su titular Derecho inatacable e incuestionable, el cual puede cesar si se acredita que existió mala fe de su parte, en el uso de la marca comercial.

MARCA DE FÁBRICA. Nulidad de la marca de fábrica.

La acción de nulidad resulta viable dado que la firma actora ha probado suficiente y debidamente que tiene mejor Derecho sobre la marca, por ser propietaria originaria de dicho nombre comercial en su país de origen, circunstancia que debía ser conocida por la accionada previamente a la adquisición del Registro.

CSJ.Sala Civil y Comercial.14/11/11. “Salcobrand S.A. c/ Cadena Farmacenter s/ Nulidad de registro” (Ac. y Sent. N° 845).

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

CUESTIONES:

¿Es nula la Sentencia apelada?.

¿En su caso, ¿se halla ajustada a Derecho?.

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: Miguel Oscar Bajac Albertini, Raúl Torres Krimser Y César Antonio Garay.

A la Primera Cuestión planteada, el Ministro Miguel Oscar Bajac Albertini, dijo: Que, el recurrente ha desistido expresamente del recurso de nulidad interpuesto de conformidad a lo obrante a fojas 160 de autos. No obstante 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. ES MI VOTO.

A SU TURNO EL SEÑOR MINISTRO RAÚL TORRES KIRMSER MANIFESTÓ: De acuerdo al análisis hecho por el preopinante, con el que coincidimos, corresponde tener por desistido al recurrente de la nulidad implícitamente articulada a norma del Artículo 405 del Código Procesal Civil, lo que deberá consignarse expresamente en la parte resolutive.

A su turno el señor Ministro César Antonio Garay expuso: La recurrente ha desistido del Recurso, y al no advertirse vicios que ameriten la sanción de la nulidad ex officio, de conformidad a lo dispuesto en el Artículo 113 del Código Procesal Civil, corresponde tenerlo por desistido. Es mi voto.

A la Segunda Cuestión, el Ministro Miguel Oscar Bajac Albertini Prosiguió Diciendo: 1. El recurso de apelación fue promovido por el Abogado Miguel Ángel De Gásperi contra el Acuerdo y Sentencia N° 41 del 27 de abril del 2010, el cual, el Tribunal de Apelaciones Civil y Comercial 4ª Sala resolvió: "...DECLARAR desierto el recurso de nulidad. REVOCAR en todas sus partes la S.D. N° 149 de fecha 14 de marzo de 2007, dictado por la Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Quinto Turno, por los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. IMPONER las costas a la perdidosa en ambas instancias...".

1.1. En la Sentencia Definitiva señalada se resolvió: "...Rechazar con costas, la demanda por Nulidad de Registro de Marca "Salco" N° 233.251, Clase 42, que promoviera la firma Salcobrand S.A. contra la Cadena Farmacenter S.A. de conformidad y con los alcances esgrimidos en el exordio del presente resolución...".

1.2. El Recurso de apelación en estudio fue interpuesto en tiempo y forma conforme el Código Ritual, para posteriormente ser concedida por el A.I. N° 355 de fecha 01 de Junio del 2.010, expresando los agravios obrantes a fojas 160 para que posteriormente la parte demandante conteste la misma.

2. Antes de analizar el *thema decidendum*, es preciso establecer los hechos y la pretensión de las partes, por lo cual nos remitimos a la promoción de la demanda constatando que la misma se sustenta –de conformidad a los dichos de la actora– que en fecha 19 de Mayo del 2000, la firma Cadena Farmacenter solicitó el registro a su nombre de la MARCA SALCO, resultando concedida en la clase 42, con el N° 233.251.

2.1. Ante estos hechos la empresa Salcobrand S.A. que ha sido constituida por las empresas Ex Farmacias Bran y La Ex Salco Farmacias, las cuales en el

mes de enero del año 2000 quedaron fusionadas formándose la Holding S Y B Farmacéutica S.A., cabe señalar asimismo, que en el mes de junio del 2001 unificó sus dos grandes cadenas de farmacias bajo la denominación única de Salcobrand para que finalmente en junio del 2002, cambiara su razón social adoptando el nombre de Salcobrand SA, todos estos en la República de Chile, promueve el juicio de nulidad de Registro contra la Marca Salco.

2.2. La demandada ha negado estos hechos manifestando que desconocía la existencia de la Empresa Salcobrand SA y que ha inscripto la marca Salco sin oposición en el proceso Administrativo Marcario ante el Ministerio de Industria y Comercio, solicitando el rechazo de la demanda.

3. Que, ya que tenemos definida a los sujetos procesales, el objeto y la causa en controversia, debemos abocarnos al estudio del recurso de apelación en pos del cumplimiento del principio tantum apelatum quantum devolutum, señalamos que el recurrente funda sus pretensión al sentirse agraviada por la decisión del A-quem, debido que en Paraguay el nombre comercial Salcobrand S.A. no es notorio ni conocida, así como, de conformidad a las constancias obrantes en autos la firma demandante utilizó el nombre y posterior marca Salcobrand S.A. posterior al registro de la Marca Salco a favor de la Cadena Farmacenter en el Paraguay, para posteriormente solicitar la revocación del fallo recurrido.

3.1. Al contestar el traslado la actora manifiesta entre otras cosas que los nombres Brand y Salco son utilizadas en la República de Chile desde el año 1880 y 1982, respectivamente, vale decir que ambas denominaciones tienen mucha antigüedad y han sido usadas comercialmente mucho tiempo antes que la accionada haya obtenido el registro de Marca Salco, en nuestro país, asimismo, sustenta su solicitud manifestando que la Ley 1.294/98, establece que “no necesita el registro del nombre comercial para que el titular se acoja a la protección establecida”, por lo tanto, solicita la confirmación de la resolución recurrida.

4. Al analizar el sistema positivo nacional e internacional ante el caso de estudio identificamos en primera medida al artículo 8 del Convenio de París el cual estatuye la protección del nombre comercial en todos los países de la Unión sin obligación de depósito o de registro. Teniendo presente esta normativa se presenta los representantes de Salcobrand SA de la República de Chile. Podemos analizar de las probanzas presentadas por la Empresa Salcobrand S.A. que la empresa Salco Farmacias utilizó este nombre comercial desde 1982, teniendo

para el año 1999 más de 110 sucursales en el territorio Chileno para, posteriormente, en el año 2000 fusionarse con la empresas Farmacias Bran, de esta fusión ha nacido una nueva empresa la cual fue conocida como Holding H&B Farmacéutica, en junio del año 2002 cambia su razón social a Salcobrand SA. Con esta reseña se puede apreciar que del año 2001 hasta el 2002, el nombre Salco se ha dejado de utilizar como nombre comercial. En este lapso de tiempo la Cadena Farmacenter obtiene el Registro de la marca en nuestro país.

4.1. De estos hechos debemos determinar si amerita la declaración de nulidad de la marca Salco inscrita a favor de la Cadena Farmacenter de Paraguay. Si bien, es cierto la fusión de las empresas que hoy se presentan como demandantes, a creado otra empresa con otro nombre comercial y en este lapso de tiempo hasta la utilización del nombre Salcobrand SA, sin embargo el prestigio obtenido desde el año 1982 por la firma Salco Farmacias es irrefutable a la lógica.

4.2. Cabe destacar en este sentido que una resolución del Tribunal de Apelaciones publicada en la revista La Ley, edición Diciembre del 2001, p. 1.336 transcribía: *“Queda claro entonces que el nombre comercial está protegido en nuestro país como derecho industrial y no puede ser objeto de registro de marca por otra persona, aun cuando aquel nombre comercial no se hubiera registrado en el país, por quien detente su uso. La protección al nombre se otorga por el mero hechos de su utilización. En estos autos, la actora ha probado que el nombre comercial de su empresa existía y estaba en uso con mucha anterioridad a la fecha de la registración para una explotación de bienes de idéntico contenido a la marca que se pretendía registrar...”*. Con lo señalado podemos sostener que el prestigio del nombre comercial se encuentra protegido, en este sentido cabe señalar lo dispuesto por el Artículo 18 de la Convención General Interamericana de Protección Marcaria y Comercial que establece *“...(a) que el nombre comercial o marca cuya cancelación pretende es sustancialmente idéntico o engañosamente semejante a su propio nombre comercial legalmente adoptado y usado con anterioridad en cualquiera de los Estados Contratantes para la fabricación o comercio de productos o mercancías de la misma clase, y (b) que con anterioridad a la adopción y uso del nombre comercial o a la adopción y uso o solicitud de registro o depósito de la marca cuya cancelación pretende, empleo y que continúa empleando en la fabricación o comercio de los mismos productos o mercancías su propio nombre comercial, legal y anteriormente adoptado y usado*

en cualquiera de los Estados Contratantes, en o dentro del Estado en que solicite la cancelación.”

Como se puede observar que esta legislación protege el prestigio de las empresas al salvaguardar su nombre comercial, en igual sentido se expresa significado del enunciado prescriptivo del Artículo 76 de la Ley 1.294/98.

4.3. El Paraguay signatario del Convenio de Paris se ha comprometido a asegurar la protección del nombre comercial de conformidad al Artículo 8 dispone: “...*El nombre comercial será protegido en todos los países de la Unión sin obligación de depósito o de registro, forme o no parte de una marca de fábrica o de comercio...*”. En este sentido el Paraguay que es signatario del Convenio de 1929 y por ende integra el sistema positivo nacional establece en su Artículo 14: “...*El nombre comercial de las personas naturales o jurídicas domiciliadas o establecidas en cualquiera de los Estados Contratantes será protegido en todos los demás sin necesidad de registro o depósito, forme o no parte de una marca...*”. De lo expuesto podemos concluir que el razonamiento del Tribunal de Apelaciones Cuarta Sala se ajusta a derecho y garantiza el cumplimiento fiel del sistema positivo nacional e internacional, y por tales consideraciones la resolución recurrida debe ser confirmada, con costas a la perdedora conforme el artículo 192 del Código Civil. Es mi voto.

A SU TURNO EL MINISTRO RAÚL TORRES KIRMSER PROSIGUIÓ DICIENDO: Coincido con el resultado final al que arriba el preopinante, fundado en los argumentos que a continuación se exponen.

En primer término, debe puntualizarse que, en el presente caso, no puede encontrar aplicación la Convención General Interamericana de Protección Marcaria y Comercial –que en nuestro país fue ratificada por la Ley 9/48– puesto que el Artículo 1 de dicha Convención limita su aplicabilidad a los Estados que hayan ratificado o que se hayan adherido al mencionado instrumento normativo. Ahora bien, Chile no se halla en dicha situación. Conforme con las constancias de autos (fs. 7/52), y las manifestaciones del escrito de demanda (fs. 67/74), la marca y el nombre comercial sobre el cual se basa la pretensión de nulidad tienen origen en dicho país, por lo que, al no haber ratificado Chile la Convención de marras (véase, en tal sentido, Módica, Carmelo. *Derecho Paraguayo de Marcas*. Asunción, Arandurá, 1ª ed., 2.007, p. 30), no puede utilizarse dicho instrumento normativo para resolver la controversia que nos ocupa.

Dicho esto, el apelante se agravia, principalmente, por el hecho de que la firma Salcobrand no se hallaba legalmente constituida como persona jurídica,

lo que ocurrió recién en fecha 4 de enero del 2002, ya que con anterioridad giraba con otro nombre comercial; negando la notoriedad de dicho nombre en el Paraguay y también la calidad de marca notoria de las denominaciones Salco Y Salcobrand (fs. 160/163).

Ahora bien, de las constancias arrimadas en autos se desprende que el actor invoca una doble tutela: la del nombre comercial y la marca Salcobrand, conforme con las expresiones del escrito de demanda (fs. 67/74). Es así que los registros de marca arrimados, provenientes de la República conceden la propiedad de la marca Salcobrand desde el 4 de enero del 2002, conforme constancias de fs. 5/12. Por otra parte, la marca que se pretende anular, Salco, tiene registro de fecha 19 de marzo del 2001 (fs. 123/124). En estas condiciones, la marca nacional se halla registrada en fecha anterior a la extranjera, por lo que, conforme con el Artículo 12 de la Ley 1.294/98, la prelación debe acordarse al primer registro, conforme con el conocido aforismo *prior in tempore, potior in jure*. De esta manera, conforme con el Artículo 15 de la Ley 1.294/98, es aquel que primero registre la marca el que tiene mejor derecho y titularidad exclusiva. En este caso, la marca Salco es anterior en registro a la marca chilena cuya titularidad invoca la actora, por lo que el registro marcario no puede ser fundamento suficiente para el reclamo del accionante. Idéntica solución, por lo demás, se desprende del Convenio de París –del cual sí es parte Chile, por lo que puede ser válidamente aplicado en el caso de autos–, en vigencia en el Paraguay por Ley N° 300/94. Se aplica así el Artículo 2 numeral 1 de dicho Convenio, y en estas condiciones el titular de una marca extranjera registrada en su país con posterioridad a la nacional, no puede prevalecerse de su registro contra el titular de una marca nacional. Es decir, quien primero registra –sea en el territorio nacional, sea en un país adherente al Convenio de París– se ve amparado por la prioridad del registro.

Se debe, pues, pasar al segundo aspecto alegado por el accionante, esto es, la tutela del nombre comercial invocado por el demandante. Conforme con el Convenio de París, recientemente mencionado, en su Artículo 8: “*El nombre comercial será protegido en todos los países de la Unión sin obligación de depósito o de registro, forme o no parte de una marca de fábrica o de comercio*”. Ahora bien, el nombre comercial Salco, que se incluye en la actual conformación del nombre comercial de Salcobrand S.A., la firma actora, es muy anterior al registro del demandado, del año 2001. Es así como se aprecia en la declaración de fs.

5/6, que el nombre comercial “Salco Farmacias” era utilizado en Chile ya desde la década de los años 1980, lo que dio lugar a la fusión S&B Farmacéutica SA. Esto se confirma por los testimonios de escritura de fs. 30, donde se refiere la existencia de la firma “Comercial Salco”, cuanto menos desde 1.999. En el año 2.000 se produce la fusión con la firma Farmacias Brand (fs. 36), de donde proviene el nombre S&B Farmacéutica SA (fs. 37). Esto corrobora la instrumental de fs. 78, en la cual se relata la existencia de “Salco Farmacias” desde el año 1982.

Esto indica, pues, la existencia de un nombre comercial, con la expresión “Salco”, absolutamente idéntico a la marca registrada por Cadena Farmacenter SA, la firma demandada, muy anterior a esta última. En estos términos, pues, debe verificarse la posibilidad de anular la marca “Salco”, registrada por Cadena Farmacenter SA, conforme a lo dispuesto por el Artículo 54 de la Ley 1.294/98, y teniendo presente que en el ámbito nacional tampoco es necesario el registro del nombre comercial, de acuerdo al Artículo 75 de la Ley 1.294/98.

En primer término, debe precisarse el exacto alcance del Artículo 8 del Convenio de París, relativo al nombre comercial. La protección que allí se consagra indica que no es necesario el registro para obtener la tutela acordada por las leyes nacionales, pero no implica, ni mucho menos, una protección absoluta y desligada de las exigencias de la ley nacional para la tutela del nombre comercial dentro del territorio. En otras palabras, *“esta norma —el Artículo 8 del Convenio de París— indujo, en ocasiones, a considerar que el nombre comercial extranjero (radicado en un País de la Unión) debía ser protegido en cualquier caso en Italia, prescindiendo del hecho de que fuese usado o conocido. En realidad la norma de la Convención no dice nada de eso. La misma se limita a excluir que la protección en nuestro País de un nombre comercial válido en el País de origen pueda condicionarse a un depósito o a un registro de la misma en Italia; pero no la sustrae a las condiciones a las cuales se halla subordinada la tutela de un nombre comercial italiano. En otros términos, el Artículo 8 de la Convención se limita a equiparar el nombre comercial unionista al nombre comercial italiano, en el sentido de atribuirle la misma tutela en las mismas condiciones”* (Vanzetti, Adriano y Di Cataldo, Vincenzo. *Manuale di diritto industriale*. Milán, Giuffrè, 6ª ed., 2009, pp. 328 y 329). Esta interpretación, por lo demás, coincide exactamente con el principio general del art. 2 del Convenio de París, según el cual la tutela dada a los países de la Unión debe coincidir con la tutela

dada a los nacionales. De esta manera, el nombre comercial extranjero sin registro debe ser protegido en la misma medida que el nombre comercial nacional, es decir, deben verificarse los presupuestos establecidos en la Ley de marcas para la protección del nombre comercial.

En este sentido, el art. 76 de la Ley 1.294/98 permite al titular de un nombre comercial impedir el uso en el comercio de un signo idéntico o semejante cuando ello fuere susceptible de causar confusión o asociación con la empresa, productos o servicios del titular, o pueda causar al titular un daño económico o comercial injusto. Es decir, este artículo requiere no solo la semejanza en el signo en sí mismo; sino que también el riesgo de confusión en el mercado. Esto implica –atendiendo al hecho de que el nombre comercial identifica la actividad de la empresa en el mercado, conforme con el art. 72 de la Ley 1.294/98– que la confusión debe darse respecto de la asociación de la marca que se quiere anular con la empresa que invoca su nombre comercial, lo que implica el conocimiento, en el mercado nacional, de la actividad realizada en el extranjero por la firma de referencia.

En este caso, y respecto de esta causal, la actora, Salcobrand SA, no ha producido absolutamente ningún tipo de prueba tendiente a demostrar que el mercado paraguayo conoce la actividad del actor, de tal modo que pueda postularse un aprovechamiento de su prestigio; ni tampoco ha alegado tan siquiera la potencialidad de dicha confusión. Las únicas pruebas producidas son publicaciones que, aparentemente, se referirían al mercado chileno, sin que se haya ni siquiera intentado demostrar su conocimiento o la extensión de la actividad de la actora al mercado paraguayo, en modo idóneo para generar confusión. De esta manera, la calidad de notoria de la marca, en los términos del art. 2 inc. g) de la Ley 1.294/98 y 6 *bis* del Convenio de París, no se halla probada, por lo que la invocación de este extremo por la actora ha de ser desatendida; y la misma suerte se corre respecto de la posibilidad de confusión.

Descartada, pues, la posibilidad de anular la marca en función del art. 76 de la Ley 1.294/98, debe estudiarse la aplicabilidad del art. 2 inc. i) de la Ley 1294/98, que prohíbe la registración como marcas de aquellos signos por parte de “*quien conocía o debiera conocer que el signo pertenecía a un tercero*”. Es claro que esta norma asigna a quien pretende registrar una marca en el territorio nacional una obligación de diligencia particular, puesto que le coloca la carga de un “*deber de conocer*”, es decir, de un deber mínimo de información y cuidado respecto de la marca que se pretende registrar.

Respecto de esta disposición, en coincidencia con lo expuesto hasta aquí, se ha considerado que debe conocer la propiedad industrial o el signo distintivo ajeno quien se dedica al mismo ramo de actividades de la empresa que pretende la tutela (Módica, Carmelo. *Derecho paraguayo de marcas*. Asunción, Arandurá, 1ª ed., 2007, p 174). En este sentido, “*el criterio doctrinario de la presunción que comerciantes e industriales están al tanto de las marcas extranjeras relativas a su ámbito de actividad mercantil o de producción ha sido recogido por la jurisprudencia paraguaya. Así, en nuestros tribunales hay fallos que se han basado en la presunción de que una persona física o jurídica que solicita el registro de una marca para productos referidos a su rubro comercial específico tiene conocimiento de la misma marca o una muy similar en el mismo rubro comercial registrada en el exterior*” (Módica, Carmelo. *Derecho paraguayo de marcas*. Asunción, Arandurá, 1ª ed., 2007, p 239).

En este sentido, el mismo autor cita numerosa jurisprudencia nacional, fallos entre los que se encuentran la S.D. N° 402, de fecha 13 de diciembre de 1995, dictada por esta Sala Civil y Comercial, *in re*: “Quiksilver Garments Pty. Ltd. c. María Lucía Schaerer s/ nulidad del registro N° 111.371, marca Quiksilver” (LLP 1996-101); S.D. N° 109, de fecha 28 de diciembre de 1995, dictada por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala, en los autos “Freixenet S. A. c. London Import S.R.L.” (LLP 1996-130); S.D. N° 21, de fecha 9 de abril de 1996, dictada por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala, en los autos “The Gates Corp. c. Autopiezas Com. e Ind. S.A.” (LLP 1996-393). Este principio no es nuevo en nuestra jurisprudencia, desde que reconoce antecedente en el lejano fallo, S.D. N° 25 de fecha 8 de mayo de 1992, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala, *in re* “Mc. Donald’s Corporation c. Carlos J. Biedermann y Mc. Donald’s del Paraguay S.R.L.”.

En virtud de esta consolidada jurisprudencia nacional, que puede reputarse, a estas alturas, uniforme, se considera que aquella persona que registra una marca u otro signo distintivo en el mismo rubro que la marca extranjera que se pretende tutelar, atendiendo a su situación particular o a la actividad a la que se dedica, en la que encuadra, sin dudas, la calidad de importador en el mismo rubro de incidencia comercial, no puede dejar de conocer el signo distintivo extranjero, máxime cuando la similitud es completamente notoria, o, como en el caso de autos, no hay similitud sino completa identidad, entre la denominación “Salco Farmacias” y la marca aquí registrada por la demandada, “Salco”.

El caso de autos, sin duda, encuadra dentro de este supuesto, y amerita la aplicación del principio consagrado por la corriente jurisprudencial que se indicara. En efecto, como se dijera, el importador de determinados bienes, que se dedica al mismo rubro comercial en el que activa el titular de un signo o marca extranjera, debe conocer dicho signo distintivo –en la especie, el nombre comercial– conocimiento este que se refuerza por la identidad absoluta de la denominación del actor con la marca registrada en el Paraguay por el demandado. En este sentido, en autos se ha demostrado –y lo evoca el propio nombre comercial– que “Salco Farmacias”, nombre comercial sobre el cual tiene derecho la actora, distingue la actividad comercial enunciada en el objeto social, contenido a f. 40: “*importación, exportación, compraventa, fabricación, arrendamiento, distribución, representación y otras formas de comercialización, por cuenta propia o ajena, de productos farmacéuticos, cosméticos, alimentos de uso médico y demás elementos destinados a la protección, conservación y recuperación de la salud de seres vivos*”; es decir, en pocas palabras, la actividad farmacéutica, corroborada por las instrumentales de fs. 53/58.

Ahora bien, la actora, Cadena Farmacenter S.A., es una farmacia bastante conocida en el mercado nacional, incluso conforme con el art. 249 *in fine* del Cód. Proc. Civ., en relación con el ámbito de su actividad, precisamente farmacéutica, lo que la propia demandada corrobora con la confesoria de f. 116, en la posición quinta; lo que de por sí, en su calidad de importador, debe hacer presumir el conocimiento del nombre comercial extranjero anterior, aquí idénticamente registrado y para peor ni siquiera es una palabra de uso común. Esto se confirma, inequívocamente, con la clase del registro de la marca que se pretende anular (f. 124), que distingue servicios tales como “*importación, exportación y comercialización de productos farmacéuticos en general y otros de uso médico*”.

En estas condiciones, la situación controvertida en autos es exactamente igual a la verificada en los fallos que se señalara anteriormente, por lo que la *ratio decidendi* ha de ser idéntica: el actor demuestra la titularidad de un signo distintivo –nombre comercial– anterior y absolutamente idéntico al registrado en el territorio nacional por parte de un sujeto que, dada la particularidad de su situación en el mercado, esto es, importador de productos farmacéuticos, debe conocer la actividad comercial realizada en el extranjero por el actor, lo que se corrobora ulteriormente por la absoluta identidad de la marca registrada en el territorio nacional respecto de la extranjera que se pretende proteger. La nuli-

dad, así, se pronuncia en aplicación del art. 2 inc. i) de la Ley 1294/98, en combinación con el art. 54 del mismo cuerpo legal, por no poderse registrar como marca un signo por parte de quien debiera conocer que el mismo pertenece a un tercero, siendo el nombre comercial protegido como propiedad industrial en los términos del art. 72 de la Ley 1294/98, aplicando la misma tutela que la acordada al nombre comercial nacional en los términos del Convenio de París. Por estos fundamentos, repito, adhiero al voto del preopinante.

A su turno el señor Ministro César Antonio Garay explicitó: La recurrente esgrimió que la firma Salcobrand SA no solicitó la marca “Salco” ante las autoridades de nuestro país. Aseveró que el registro de la referida marca, a nombre de Cadena Farmacenter SA, es anterior a la constitución de la firma Salcobrand SA en su país de origen. Afirmó que la circunstancia que la Cadena Farmacenter SA se dedique al mismo rubro que la accionante, no significaba que haya tenido conocimiento de la actividad comercial de esa, pues -según ella- la firma chilena jamás tuvo publicidad en nuestro país. Señaló que la marca de su propiedad goza de prioridad y prelación sobre la de la accionada, señalando que ella obró de mala fe al pretender anular una marca registrada en Paraguay bajo el marco estricto de la Ley.

El Artículo 15 de la Ley 1.294 (De Marcas), establece que el registro de una marca hecho de acuerdo con esa Ley, concede a su titular el Derecho al uso exclusivo de la misma y a ejercer ante los Órganos Jurisdiccionales las acciones y medidas que correspondan contra quien lesione sus Derechos. Asimismo, concede el Derecho a oponerse al Registro y al uso de cualquier otro signo que pueda inducir directa o indirectamente a confusión o a asociación entre los productos o servicios cualquiera sea la Clase en que figuren, siempre que tengan relación entre ellos. De la normativa citada surge que, en principio, la accionada tendría prioridad en el uso de la marca “Salco”, dado que la accionante no inscribió su marca en la Dirección de la Propiedad Industrial de nuestro país, según lo dispuesto en el Artículo 18 de la citada normativa.

Sin embargo, el sistema atributivo consagrado en la Ley marcaría no impide la aplicación de Principios fundamentales que rigen los actos jurídicos y condenan el aprovechamiento del prestigio ajeno de quien pretende usufructuar la clientela y fama de quien primero la usó. Se ha sostenido que *“el carácter atributivo de la Ley de Marcas no puede aplicarse con criterio rigurosamente formal, que prive a las marcas no registradas de la protección que surge de los*

principios generales del Derecho sea para evitar prácticas desleales, sea para tutelar el derecho a una clientela formada por una actividad lícita cumplida durante muchos años (Otamendi, *Derecho de Marcas*, Editorial Abeledo Perrot, Bs. As., 2003, pág. 98).

En igual sentido los autores Bertone-Cabanellas explicitan: *“No es lógico, decoroso ni equitativo que se conceda una protección ciega e indiscriminada, indolente y no constructiva, se denieguen pretensiones justas que lógicamente han de derivar en daño para quien si bien de manera no adecuada desde el punto de vista legal, acreditó un producto, logró clientela y desarrolló con éxito e innegables características expansivas una actividad industrial o mercantil útil a la Nación, a la colectividad y al particular mismo”* (*Derecho de Marcas*, Tomo I, Editorial Heliasta S.R.L., pág. 273).

De lo expuesto queda claro que la inscripción en el Registro marcario no confiere a su titular Derecho inatacable e incuestionable, el cual puede cesar si se acredita que existió mala fe de su parte, en el uso de la marca comercial.

A fin de establecer el mejor Derecho de la accionante, cabe realizar breve reseña de los antecedentes de la firma. De constancias procesales surge que “Salco Farmacias” abrió su primer local –al público chileno– en el año 1982. De las primeras sílabas del nombre y apellido de uno de sus dueños, Salvador Colodro, surge el nombre de la Farmacia Salco.

En el 2000, las cadenas Salco Farmacias y Farmacias Brand se fusionan, formándose el Holding S&B Farmacéutica. En el 2002, la marca Holding S&B Farmacéutica cambió de razón social adoptando el nombre de Salcobrand S.A.. Todo eso surge de documentos obrantes a fs. 5/6, 30, 36/7, 78/9, los cuales no fueron cuestionados por la demandada.

Se aprecia entonces que el nombre comercial “Salco”, antecedente de Salcobrand S.A., se conoció en el mercado farmacéutico chileno desde el año 1982. Si bien no se acreditó que dicha marca haya sido notoria y difundida en nuestro país, resulta innegable e incuestionable que en mercados competitivos, los comerciantes dedicados al mismo rubro conocen a su competencia, sus marcas, sus publicidades, etc. Pero aún aceptando que la demandada no conocía el nombre comercial de la accionante, la situación jurídica no varía, porque no está en duda que debía conocerlo, pues, como dijimos, las dos empresas se dedican al servicio químico-farmacéutico, resultando poco razonable y verosímil que la accionada no haya verificado o consultado acerca de sobre la existencia de la

actora, máxime teniendo en cuenta las facilidades tecnológicas existentes en la actualidad, para acceder a tal información, vr.gr.: internet y la eficacia de la accionante en dichos negocios. Es por ello que no puede sostenerse que la accionada haya tenido buena fe al tiempo de la solicitud de la inscripción de la marca, dado que de ser así estaríamos cohonestando aprovechamiento del esfuerzo ajeno.

Aquí debe hacerse expresa reserva que ello no implica desconocer el carácter atributivo que adopta nuestra Ley, sino ponderar que éste no puede ser aplicado con criterio rigurosamente formal, que prive a marcas no registradas de la protección de Principios generales del Derecho, sea para evitar prácticas desleales o para tutelar el Derecho a clientela formada por actividad lícita cumplida durante años. En efecto, *“la validez acordada a la marca sin registro tiene como motivo fundamental el propósito de evitar maniobras de mala fe”* (Bertone-Cabanellas, *Ibidem*, pág. 274).

En estas condiciones, la acción de nulidad resulta viable dado que la firma actora ha probado suficiente y debidamente que tiene mejor Derecho sobre la marca SALCO, por ser propietaria originaria de dicho nombre comercial en su país de origen, circunstancia que debía ser conocida por la accionada previamente a la adquisición del Registro.

Por las sólidas motivaciones explicitadas, corresponde hacer lugar a la acción de nulidad y, en consecuencia, confirmar la Resolución impugnada, con imposición de Costas a la perdidosa en atención a lo dispuesto en los Artículos 192 y 205 del Código Procesal Civil. Así voto.

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

Y VISTOS: Los méritos del acuerdo que anteceden, la Excelentísima;
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA CIVIL Y COMERCIAL
RESUELVE:

CONFIRMAR el Acuerdo y Sentencia Número 41, de fecha 27 de abril del 2010, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Cuarta Sala, de la Capital, conforme al exordio.

COSTAS a la perdidosa.

ANOTAR, Registrar y notificar.

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

Ante mí: Karinna Penoni, Secretario Judicial.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 862

Cuestión debatida: *Se analiza si cabe o no la posibilidad de confusión entre las marcas.*

LEY. Ley N° 1.294/98 de Marcas. MARCA DE FÁBRICA. Posibilidad de confusión.

Entendemos que el factor preponderante en este caso es garantizar al consumidor final, que no existen riesgos de confusión en detrimento de su salud.

LEY. Ley N° 1.294/98 de Marcas. MARCA DE FÁBRICA. Principios generales. Posibilidad de confusión. DERECHO DE MARCAS. Protección.

La norma legal citada (La Ley de Marcas N° 1.294/98, en su Art. 2°) establece como requisito para no conceder el registro de una marca, el simple riesgo de crear confusión o asociación, sin necesidad de que efectivamente produzca tal confusión, pues, el derecho marcario es un derecho eminentemente cautelar y tuitivo.

LEY. Ley N° 1.294/98 De Marcas. MARCA DE FÁBRICA. Posibilidad de confusión. Marca idéntica o muy semejante. DERECHO DE MARCAS. Protección.

La identidad de ambas marcas acrecienta la similitud y la coexistencia de ambas puede provocar riesgo de confusión en el público, a la que pueden añadirse que para el riesgo de asociación no es necesaria la identidad o similitud del producto, más aún cuando el consumidor final crea que el producto que adquiere tenga la misma procedencia.

CSJ. Sala Penal.23/11/11."Vicente Scavone y CIA. Comercial e industrial S.A. c/ Res.N°27 del 2 de marzo 2005, dictado por la Secretaría de Asuntos Litigiosos y Resolucion N° 386 del 28 de diciembre de 2005 dictado por la Dirección de la propiedad industrial del Ministerio de Industria y Comercio" (Ac. y Sent. N° 862).

Previo estudio de los antecedentes del caso, los Ministros de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, resolvieron plantear las siguientes:

CUESTIONES:

¿Es nula la Sentencia apelada?

En caso contrario, ¿se halla ajustada a Derecho?

Practicado el sorteo de Ley para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: SINDULFO BLANCO, ALICIA BEATRIZ PUCHETA DE CORREA y MIGUEL OSCAR BAJAC ALBERTINI.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, el Doctor Sindulfo Blanco DIJO: La recurrente no fundamentó expresamente el recurso de nulidad. Por lo demás, no se advierten en el fallo recurrido vicios o defectos que justifiquen la declaración de nulidad, en los términos autorizados por los Arts. 113 y 404 del Código Procesal Civil. Corresponde en consecuencia desestimar el recurso de nulidad. Es mi voto.

Asus turnos, los MINISTROS PUCHETA DE CORREA y BAJAC ALBERTINI manifiestan que se adhieren al voto del Ministro preopinante por sus mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, el MINISTRO BLANCO, prosiguió diciendo que: El Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, por Acuerdo y Sentencia N° 185 de fecha 02 de diciembre de 2008, resolvió: “1.-) No Hacer Lugar a la presente Demanda Contencioso Administrativa, deducida por la firma: “Vicente Scavone y Cía. Comercial e Industrial S. A. C/ RES. N° 27 del 2 MARZO 2005, dictado por la Secretaría de Asuntos Litigiosos y Resolución N° 386 del 28 diciembre de 2005 Dictado por la Dirección de la Propiedad Industrial del Ministerio de Industria y Comercio”, de conformidad al exordio de la presente Resolución. 2.-) Confirmar la Resolución N° 27 del 2 de marzo de 2005, dictada por la Secretaría de Asuntos Litigiosos y Res. N° 386 del 28 de diciembre de 2005, dictada por la Dirección de la Propiedad Industrial del Ministerio de Industria y Comercio. 3.-) Imponer las Costas a la perdidosa. 4.-) Notifíquese, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Que, la abogada María Celia Villagra Marsal, en representación de la parte actora Vicente Scavone y Compañía Comercial e Industrial S.A., presenta agravios refutando los argumentos del fallo impugnado, manifestando entre otros que: *“El preopinante consideró en otro fallo que Callistol y Callisto no podían coexistir. En estos autos mi mandante se opone a la solicitud de Callisto Plant Technology, de clase 5, en virtud del registro de su marca Callistol, de clase 05...La adversa en vista de que no pudo conseguir el registro de Callisto, optó por presentar la misma marca, acompañada por dos vocablos genéricos: Plant Technology (cuyo significado es “tecnología de planta”). El Tribunal de Cuentas, Primera Sala, integrado en esa oportunidad por el mismo magistrado que hizo*

de preopinante en el Ac. y Sent. N° 185 del 2 de diciembre de 2008, hoy recurrido, rechazó la solicitud de registro de la marca Callisto. Aquí cabe preguntar: ¿Pueden dos palabras genéricas dar distintividad a una marca que ya el mismo magistrado, también en este juicio preopinante, había considerado que no podría coexistir con la marca ya registrada Callisto? Los vocablos genérico-descriptivos no agregan ni quitan nada a una marca, pues ella se distingue por sus elementos de fantasía y aquellos no pueden modificar la irregistrabilidad del signo. A modo de ejemplo: ¿Acaso si alguien agrega a la célebre marca Coca Cola una letra y, además, dos vocablos genéricos, ya se evitará la confusión? Por supuesto que no, pero con el mismo criterio que impugnamos, una imaginaria marca Coca Cola Plant Technology se distinguiría de Coca Cola! Es algo completamente absurdo!”.

Prosigue alegando que: “... surge que el preopinante admite que las marcas en pugna son confundibles. Lo hace al decir que “si bien es cierto son de igual clase (clase 5), son para uso y comercialización totalmente diferentes, mismo el ente regulador de cada producto es bien diferenciable”. Si a su criterio las marcas no fueran confundibles, no tendría ninguna importancia que las mismas correspondieran a la clase 05. Desde el momento que trata de justificar la coexistencia manifestando que “son para uso y comercialización totalmente diferentes”, reconoce que los signos pueden ser confundidos. Y he demostrado que, a pesar de que el uso de cada uno de los productos involucrados sea diferente, el riesgo radica en su presencia promiscua en los hogares campesinos”, a fs.137/140.

Asimismo, los □abogados Jorge Barboza y Ramón Rodríguez, en representación del Ministerio de Industria y Comercio, contestan la expresión de agravios, y en la valoración de dicho escrito, transcribimos algunos términos: “... para determinar la existencia de características inherentes y/o sus propiedades, puesto que por más que las denominaciones en pugna estén comprendidas en clases de notoria afinidad, estos no son susceptibles de confusión desde ningún punto de vista, ya que de hecho la coexistencia de estos en el mercado no induce a error al público consumidor y esto evidencia dado que no existe la eventualidad de confusión ya sea directa o indirectamente entre los mismos, más aún atendiendo que estos productos están destinados para identificar productos totalmente distintos, o sea de marcas diferentes, naturaleza y finalidad en los cuales no existe ninguna conexión competitiva, uno para uso veterinario (herbicida) y

el otro para uso humano... Que, por otra parte, es imposible que la marca solicitada pueda diluir el signo registrado Callistol por cuanto, teniendo en cuenta que el diseño de la Etiqueta de mi coadyuvante hace que la marca solicitada no sea idéntica ni parecida al de la marca oponente (Sin Etiqueta), por lo que mal podría afectar el signo solicitado por mi coadyuvante a la potencia publicitaria o fuerza distintiva del signo registrado por la oponente. Que, al realizar el análisis de conjunto son indiscutibles las notorias diferencias, en las cuales notamos que el elemento más resaltante a la vista del consumidor lo constituye principalmente el elemento nominal y si nos basamos estrictamente en este aspecto, se puede afirmar que resulta inobjetable dichas diferencias específicamente en los planos visuales, gráficos ortográficos y fonéticos entre las denominaciones en pugna, que nos permite afirmar sin equívocos que ambas denominaciones pueden coexistir pacíficamente sin ninguna posibilidad de confusión en el público consumidor” (a fs. 149/ 151)

El abogado Victor Abente Brun, en representación de la firma Syngenta Limited, contesta el escrito de expresión de agravios, en donde transcribimos puntos focales: *“las circunstancias en uno u otro caso son distintas, puesto que en el caso mencionado por la contraparte las marcas enfrentadas son Callisto Vs. Callistol, y en el caso que nos ocupa Callisto Plant Technology Yetiqueta Vs. Callistol. Como se puede apreciar a simple vista, la presente solicitud tiene aún más elementos diferenciadores, por lo que las posibilidades de confusión son nulas. ...por más que la adversa intente negarlo, los términos Plant Technology otorgan aún más distintividad a la marca solicitada por mi parte, además de que no encontramos ante una marca mixta que va acompañada de una Etiqueta, que la hace lo suficientemente original y novedosa... resulta evidente que no habrá peligro de confusión en el público consumidor; puesto que el producto Callistol de la adversa se trata de un producto farmacéutico de uso humano que se comercializa en farmacias, sin embargo, el producto que lleva la marca Callisto Plant Technology y Etiqueta, ha sido solicitada expresamente limitada para cubrir: “Pesticidas, herbicidas, fungicidas, etc.”, los cuales se comercializan en locales comerciales que venden productos agrícolas”.*

En conclusiones, el Abogado Abente Brun manifiesta: *“El Tribunal de Cuentas ha dictado un fallo que se ajusta al derecho, ya que coincide con lo establecido en la legislación marcaria, en la jurisprudencia y en la doctrina, por lo que dicho Acuerdo y Sentencia debe ser confirmado” (a fs. 153/156).*

Atentos a los principios de coherencia en casos similares, y considerando que las partes hicieron mención del litigio caratulado: “Vicente Scavone y Cía. Comercial e Industrial S.A. c/ Res. N° 773 del 23 de agosto 2002, de la Secretaría de Asuntos Litigiosos y Resolución N° 116 de fecha 22 de abril de 2003 de la Dirección de la Propiedad Industrial”; teniendo en cuenta que: El Acuerdo y Sentencia N° 103 del 20 de diciembre de 2004, emanada del Tribunal de Cuentas, Primera Sala, el criterio para revocar las Resoluciones N° 773 y N° 116 de la Propiedad Industrial, fue: *“Aunque las marcas tengan fines distintos uno para uso veterinario y otro para uso humano, la similitud de las marcas es indudable y puede prestarse fácilmente a confusión ya que entre las marcas en pugna “Callisto” y “Callistol”, ambas para la clase 5, no existe ni tan siquiera una razonable diferenciación de las designaciones lo cual, y por repetido no será manido, puede inducir a confusión en el momento de elegir para su consumo. Y es justamente para ese instante, cuando el juez, al decir el derecho, debe decidir con el frío de la lógica y el calor de su conciencia, lo que es justo, y en este caso en particular considero que entre las marcas en pugna existe una gran similitud fonética, oral y visual susceptible de producir confusión al sugerir otra idea del producto en el instante de elegir; tomando un producto por otro. Por notorio, cito el caso de haberse consumido un determinado insecticida confundiéndolo por harina y una vez consumido el alimento así preparado produjo un trágico desenlace en una familia campesina”* (Acuerdo y Sentencia de la Corte N° 489 del 22 de octubre del año 2010, Confirmó el Acuerdo y Sentencia N° 103 de fecha 20 de diciembre de 2004).

Considerando en este caso sometido a estudio, que: El Acuerdo y Sentencia N° 185 del 2 de diciembre de 2008, emanada del Tribunal De Cuentas, Segunda Sala, el criterio para confirmar las resoluciones N° 27 y N° 386 de la Propiedad Industrial, fue: *“En esta instancia cabe resaltar que la marca Callisto Plant Technology y Etiqueta, se utiliza para distinguir “Pesticidas, herbicidas, insecticidas, fungicidas, veneno para roedores, preparaciones para matar animales dañinos comprendidos en la clase “5”, y la marca de la parte actora usa la denominación de Callistol, medicamento de uso humano. En autos ha sido probado que las denominaciones en pugna, aún estando comprendidos en las mismas clases de notoria afinidad, no son susceptibles de confusión desde ningún punto de vista, ya que de hecho la coexistencia de estos en el mercado no induce a error al público consumidor y esto evidencia que no existe la eventualidad de*

confusión ya sea directa o indirecta entre los mismos, más aún atendiendo a que estos productos están destinados para identificar a productos totalmente distintos, o sea de marcas de diferentes naturaleza y finalidad, en los cuales no existe ninguna conexión competitiva, ya que las marcas están destinadas para fines distintos, uno para uso veterinario (herbicidas) y otro para uso humano”.

La Resolución N° 27 del 2/03/2005, de la Propiedad Industrial (fs. 59), resolvió: *“Declarar improcedente y no hacer lugar a la acción deducida por la firma, Vicente Scavone y Cía. Comercial e Industrial S.A. sobre oposición a la solicitud de registro de la marca “Callisto Plant Technology y Etiqueta” clase 5. Ordenar la prosecución de los trámites de registro de la marca “Callisto Plant Technology y Etiqueta”, clase 5, Acta N° 4773/04 solicitada por la firma Syngenta Limited. Notifíquese”.*

Refiriéndonos al fondo de la cuestión planteada, analizamos si cabe o no la posibilidad de confusión entre las marcas *Callisto Plant Technology y Etiqueta*, utilizada para distinguir *“Pesticidas, herbicidas, insecticidas, fungicidas, veneno para roedores, preparaciones para matar animales dañinos comprendidos en la clase “5”, y la marca con denominación Callistol, para uso humano* y, entendemos que el factor preponderante en este caso es garantizar al consumidor final que no existen riesgos de confusión en detrimento de su salud; y reconocer que en la Capital o grandes ciudades del país, aún existen negocios independientes que ofertan productos diferenciados, como ser: farmacias, carnicerías, ferreterías, veterinarias, ventas de productos químicos para la producción agrícola, etc., pero en el interior del país esto no es así, los pobladores en su mayoría alejados de la ciudad, y por factores económicos imposibilitados de concurrir a dichos comercios, acuden a los almacenes de ramos generales instalados en su pueblo, donde se ofertan de todo tipo de productos, posibilitando confusión, cuando en su mayoría carecen de conocimiento calificado, y con menor acceso a la información, sin olvidar la costumbre de “automedicarse”, podrían incurrir en la confusión de adquirir o consumir un producto por otro; como también abundan los supermercados de “autoservice”, que desde vestimentas, productos de alimentación del ser humano como de animales, muebles, librerías, elementos de limpieza, pesticidas, fungicidas, bebidas entre otros, están ofertados en el mismo local al consumidor; sin contar con el personal suficiente y capacitado para dar instrucciones del uso a los clientes.

Que en el caso estudiado, se dan los presupuestos establecidos en la Ley N° 1.294/98 “De Marcas” en el Art. 2° inc. f) reza: *“No podrán registrarse como*

marcas: los signos idénticos o similares a una marca registrada o solicitada con anterioridad por un tercero, para los mismos productos o servicios, o para productos o servicios diferentes cuando pudieran causar riesgo de confusión o de asociación con esa marca; ... inc. g) Los signos que constituyan una reproducción, imitación, traducción, transliteración o transcripción total o parcial de un signo distintivo, idéntico o similar, notoriamente conocido en el sector pertinente del público, que pertenece a un tercero, cualesquiera que sean los productos o servicios a los que se apliquen el signo, cuando su uso y registro fuesen susceptibles de causar confusión o un riesgo de asociación con ese tercero, o signifiquen un aprovechamiento de la notoriedad del signo o la dilución de su fuerza distintiva, cualquiera sea la manera o medio por el cual se hubiese hecho conocido el signo;...”, como surge entre las marcas “Callisto” y “Callistol”, con mucha semejanza gráfica y fonética, que resulta insuficiente para hacerlas inconfundibles, una sola letra en la última sílaba: “L”; así como resulta del agregado “Plant Technology y Etiqueta”, tendrían que deducir la incógnita si es el mismo producto con un aditivo agregado o diferente producto, puesto que no está escrito en idioma español, y esto es así, porque es reiterativo el criterio riguroso con el que es valorado por la Corte Suprema de Justicia, todo caso litigioso en que se pudiera ver afectada o no la salud del ser humano.

Por las razones expuestas precedentemente, a la Ley “DE MARCAS”, y jurisprudencias aplicables al caso, considero hacer lugar a la apelación planteada por Vicente Scavone y Cía. Comercial e Industrial S.A. y, en consecuencia, Revocar el Acuerdo y Sentencia N° 185 con fecha 02 de diciembre de 2008, dictados por el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala. Hacer Lugar a la Demanda Deducida por Vicente Scavone y Cía. Comercial e Industrial S.A. y, en consecuencia, Revocar la Resolución N° 27 DEL 2 de marzo de 2005, dictada por la Secretaría de Asuntos Litigiosos y Res. N° 386 del 28 de diciembre de 2005, dictada por la Dirección de la Propiedad Industrial del Ministerio de Industria y Comercio. Imponiendo las costas a la perdedora. **ES MI VOTO.**

ASU TURNO LA MINISTRA ALICIA BEATRIZ PUCHETA DE CORREA, DIJO: Luego de un integral análisis de los autos, coincido con lo resuelto por el distinguido colega preopinante, el Ministro Sindulfo Blanco, que me antecedió en el orden de votación, en el sentido de Revocar el Acuerdo y Sentencia N° 185 de fecha 2 de diciembre de 2008, dictado por el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala. Sin embargo, el idéntico desenlace jurisdiccional conclusivo que avalo, estimo prudente agregar las siguientes conclusiones:

En el Acuerdo y Sentencia N° 489 de fecha 22 de octubre del año 2009, ya me he expedido sobre la imposibilidad, entre las marcas Callisto y Callistol, expresando cuando sigue: “...Examinada la cuestión traída a estudio, corresponde determinar la inquisitoria si cabe o no la posibilidad de confusión entre las marcas “Callisto” (registrada) y “Callistol” (solicitada) para la clase 5. Cabe reiterar, una vez más, que las marcas de productos y servicios deben ser claramente distinguibles, por cuanto sólo así es posible cumplir con los objetivos esenciales de la Ley de Marcas, que consiste en la protección del público consumidor y la tutela de sanas prácticas comerciales. Y ese recaudo de fácil diferenciación, debe ser exigido con criterio estricto cuando estén en juego productos medicinales de uso y consumo humano, que interesan de modo severo la integridad física e inclusive la vida de las personas. En este sentido me interesa anotar, que el hecho de que algunos medicamentos sean recetados por profesionales del arte de curar, la realidad en el Paraguay es otra, pues los laboratorios y farmacias en especial están más interesadas en incrementar sus patrimonios que en la salud de las personas y con ese fin venden medicamentos sin llevar control sobre las recetas o indicaciones médicas. Igualmente no hay que olvidar la práctica común de la automedicación (ampliamente difundida en nuestro medio), que consiste en medicarse con un producto farmacéutico sin consultar con un médico, poniendo en riesgo la salud, y aún más si existen productos cuyas marcas sean muy parecidas o similares, pues se podrían estar ingiriendo un producto pensando en otro. De acuerdo a las descripciones realizadas corresponde determinar que tratándose de productos fármacos de uso humano por un lado y productos herbicidas (productos sanitarios para matar plantas indeseadas) el criterio comparativo aplicable al cotejo debe ser riguroso, debido a la peligrosa implicancia que tendría la coexistencia en el mercado de un medicamento y un herbicida, y su eventual consumo por inadvertencia. Por ende, la sola comercialización de ambos productos en diferentes lugares de expendio no determina como decisiva para una eventual diferenciación marcaría que posibilite la coexistencia pacífica entre ambas marcas. Descartada la tesis individualizadora de comercialización de productos en diferentes lugares, corresponde estudiar el cotejo marcario desde el campo fonético, gráfico, valorando los signos en su totalidad, sin artificiales desmembraciones (salvo caso, en el análisis pormenorizado posterior tendiente a corroborar una sensación espontánea o prerreflexiva), procurando el juzgador comprobar si en un cercamiento fresco y despreveni-

do a las marcas la percepción de una le ocasiona el recuerdo sobre de la otra y de tal modo produce la llamada “similitud confusionista”. Este parentesco o similitud se da, en general, cuando los signos presentan más semejanzas que diferencias, como bien lo puso de resalto hace más de cincuenta años Breuer Moreno: “la similitud general entre dos marcas no depende de los elementos distintivos que aparezcan en ellas, sino de los elementos semejantes o de la semejante disposición de esos elementos” (“Tratado de Marcas”, edic. 1946, pág. 358); criterio que es compartido por Otamendi, Jorge (ver “Derecho de Marcas”, Segunda Edición, pág. 196). Apuntados estos principios, paso al estudio del tema de la confundibilidad o no de las designaciones en pugna, sin olvidar las circunstancias específicas del caso y el desenvolvimiento del conflicto en la clase 5, reitero, que sejustifica ante la aplicación en el cotejo de un criterio dotado de cierto rigor , con la finalidad de cohibir toda posibilidad de confusión de las marcas, juzgando el tema desde las reglas de la prudencia. Pues bien, en el campo gráfico es perceptible sin demasiado esfuerzo la similitud entre Callistol y Callisto, porque la visualización de esos conjuntos revela las coincidencias en la parte inicial de cada vocablo y la proyección de las terminaciones es débil por tratarse solamente de la letra “L”. Lo propio ocurre en la órbita de la comparación eufónica, fonética o sonora (como prefiera denominárselo). Situados en este campo resulta altamente confundible las palabras “Callisto” y “Callistol”, y esto es así, porque la diferencia en la pronunciación provocada en la última sílaba (la letra “L”) no cumple una diferencia notoria capaz de enervar una confundibilidad manifiesta, en otras palabras, el mismo comporta un elemento débil desde el punto de vista distintivo. Si bien forma parte de la marca el mismo no constituye el ingrediente caracterizante ni el preponderante. Por ende, la sola diferenciación de la última letra “L”, da como resultado natural un gran parecido entre las marcas en conflicto, lo que me convenzo que en el caso en particular pesan más las semejanzas que las diferencias”.

Entrando a auscultar el fondo de la cuestión planteada en esta oportunidad en autos, debemos determinar si cabe o no la posibilidad de confusión entre las marcas en pugna, Callistol (registrada, para proteger todos los productos de la clase 5) y Callisto Plant Technology y Etiqueta (solicitada, para proteger los siguientes productos de la clase 5: Herbicidas, Insecticidas, Fungicidas, Veneno para roedores, Preparaciones para matar animales dañinos).

Me mantengo en la postura ya asumida en el Acuerdo y Sentencia N° 489

de fecha 22 de octubre de 2010, sobre la posibilidad de confusión entre las marcas Callistol y Callisto, en la clase 5 del nomenclátor internacional.

Ahora bien, en el caso de marras lo que corresponde determinar es si el agregado Plant Technology y Etiqueta, en la marca solicitada, aporta una carga diferenciadora, capaz de evitar confusiones en el público consumidor.

Cabe mencionar que las cuestiones marcarias no se limitan a reglas pre-establecidas, sino que responden a un análisis prudente realizado por parte del Juzgador, del cual se torna imposible prescindir de cierta subjetividad razonable. A todo esto corresponde agregar que al tratarse de productos comprendidos en la clase número 5 del nomenclátor internacional, corresponde aplicar un cotejo aún más riguroso a las marcas en pugna.

De lo expuesto, en este caso en particular, es criterio de esta alta Magistratura que el agregado Plant Technology y Etiqueta, no otorga una suficiente carga diferenciadora, dado que en las marcas en pugna existe una gran posibilidad de confusión, llevado por el hecho que la marca solicitada posee prácticamente una identidad total en la primera palabra que la integra (Callisto), estando solamente diferenciada de la marca registrada (Callistol), por la supresión de la letra “L”. En este caso en particular, pasa a un segundo plano el agregado realizado en la marca solicitada (Plant Technology y Etiqueta), el titular de la marca registrada busca proteger el vocablo “Callistol” que ya posee registrado.

Determinada la posibilidad de confusión existente entre las marcas en pugna, tanto en el campo visual, como fonético, paso a exponer cuanto sigue, la Ley N° 1.294/98 en su artículo 15 expresa: “El registro de una marca hecho de acuerdo con esta ley concede a su titular el derecho al uso exclusivo de la misma y a ejercer ante los órganos jurisdiccionales las acciones y medidas que correspondan contra quien lesione sus derechos. Asimismo, concede el derecho a oponerse al registro y al uso de cualquier otro signo que pueda inducir directa o indirectamente a confusión o a asociación entre los productos o servicios cualquiera sea la clase en que figuren, siempre que tengan relación entre ellos”.

La Ley de Marcas N° 1.294/98, en su Art. 2° dispone: “No podrán registrarse como marcas:... f) los signos idénticos o similares a una marca registrada o solicitada con anterioridad por un tercero, para los mismos productos o servicios, o para productos o servicios diferentes cuando pudieran causar riesgos de confusión o de asociación con esa marca...”. En esta inteligencia la norma legal

citada establece como requisito para no conceder el registro de una marca, el simple riesgo de crear confusión o asociación, sin necesidad de que efectivamente produzca tal confusión, pues, el derecho marcario es un derecho eminentemente cautelar y tuitivo.

En resumen, de todo lo señalado en los párrafos que anteceden, llego a la conclusión que existe una gran posibilidad de confusión entre las marcas en pugna, debido a la similitud existente entre las mismas.

Estimo que no procede la concesión de la marca “Callisto Plant Technology y Etiqueta” al solicitante, por carecer la misma de novedad, distintividad, especialidad, y por encuadrarse en las prohibiciones la Ley N° 1.294/98 descriptas en los párrafos anteriores.

Culminando el cotejo y análisis de las marcas en pugna, no se debe olvidar las circunstancias específicas del caso y el desenvolvimiento del conflicto en la clase 5, reitero, que se justifica ante la aplicación en el cotejo de un criterio dotado de cierto rigor, con la finalidad de cohibir toda posibilidad de confusión de las marcas juzgando el tema desde las reglas de la prudencia.

Se trae a colación los siguientes Fallos Jurisprudenciales: Acuerdo y Sentencia N° 1.869 de fecha 28 de diciembre de 2004, en la cual la Sala Penal de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia sostuvo entre otras consideraciones: *“El espíritu de la legislación marcaría, conforme a la doctrina imperante, es el de evitar la confusión, tanto es así que ya no se habla que las marcas deben ser claramente inconfundibles, sino que deben ser claramente distinguibles. Se pone así acento en la necesidad de una clara diferenciación de las marcas en conflicto”*. *“Acuerdo y Sentencia N° 1.282 del 06 de noviembre del 2006”, a fin de mantener invariable mi postura sobre la posibilidad de confusión entre marcas solicitadas para la clase 5 del nomenclátor internacional. “Acuerdo y Sentencia N° 87 de fecha 14 de marzo del 2011”, Excelentísima Corte Suprema de Justicia. “Acuerdo y Sentencia N° 683 de fecha 21 de diciembre de 2010”, Excelentísima Corte Suprema de Justicia. “Acuerdo y Sentencia N° 489 de fecha 22 de octubre del año 2009”, Excelentísima Corte Suprema de Justicia”*.

En merito a todo lo expuesto, soy del criterio que se debe revocar el Acuerdo y Sentencia N° 185 de fecha 2 de diciembre de 2008, dictado por el tribunal de Cuentas, Segunda Sala.

En cuanto a las costas, las mismas deberán ser impuestas a la perdedora en virtud a lo establecido por los arts. 203. Inc. b), y 205 del Código Procesal Civil. ES MI VOTO.

ASU TURNO EL MINISTRO MIGUEL OSCAR BAJAC □ALERTINI, DIJO:
Me adhiero a las manifestaciones vertidas por el Ministro Preopinante y me permito verter las siguientes consideraciones: El motivo en el presente caso se dirige a revocar el Acuerdo y Sentencia N° 185 de fecha 2 de Diciembre del 2008, dictado por el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, y siendo el ratio decindi del pronunciamiento citado la confirmación de la Resolución N° 27 del 2 de marzo de 2005, dictada por la Secretaría de Asuntos Litigiosos y Res. N° 386 del 28 de diciembre de 2005, dictada por la Dirección de la Propiedad Industrial del Ministerio de Industria y Comercio, en el sentido de permitir la coexistencia de las marcas Callistol y Callisto en la misma clase.

Las marcas, sostiene Jorge Otamendi en su reconocida obra, fueron concedidas para distinguir los productos de un fabricante de lo de sus competidores (ob. cit., 1.5, pág.17) y confiere el derecho exclusivo de uso (ob. cit., 1.11, pág.25), el poder o carácter distintivo de un signo mes la capacidad intrínseca que tiene para poder ser marca.

Que, por lo general el público al comprar un producto, aunque sean distintos, no se detienen a realizar un análisis marcario del mismo, más aún cuando del cotejo conceptual comparten la misma clase, se constata que apenas los diferencia una letra, en este tren de ideas, la identidad de ambas marcas acrecienta la similitud y la coexistencia de ambas puede provocar riesgo de confusión en el público, a la que pueden añadirse que para el riesgo de asociación no es necesaria la identidad o similitud del producto, más aún cuando el consumidor final crea que el producto que adquiere tenga la misma procedencia.

Que ante lo brevemente expuesto, y de conformidad al Art. 2° inc. f) de la Ley 1.294/98 que dispone... “*Los signos idénticos o similares a una marca registrada o solicitada con anterioridad por un tercero, para los mismos productos o servicios, o para productos o servicios diferentes cuando pudiera causar riesgo de confusión o de asociación con esa marca...*”, en concordancia con el criterio de prudente razonabilidad que rige la materia, corresponde hacer lugar al recurso incoado. Es mi voto.

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

VISTOS: Los méritos del Acuerdo que antecede, la Excelentísima CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA PENAL,
RESUELVE:

1. TENER por desistido a la recurrente del Recurso de Nulidad interpuesto.
 2. HACER LUGAR A LA DEMANDA deducida por la abogada María Celia Villagra Marsal, representante legal de la parte actora, VICENTE SCAVONE Y CÍA. COMERCIAL E INDUSTRIAL S.A. y en consecuencia,
REVOCAR el Acuerdo y Sentencia N° 185 con fecha 02 de diciembre de 2008, dictados por el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala; quedando consecuentemente revocadas la RESOLUCION N° 27 DEL 2 DE MARZO DE 2005, DICTADA POR LA SECRETARÍA DE ASUNTOS LITIGIOSOS y la RES. N° 386 DEL 28 DE DICIEMBRE DE 2005, dictada por la Dirección de la propiedad Industrial del Ministerio de Industria y Comercio.
 3. IMPONER LAS COSTAS, en ambas instancias a la perdidosa.
 4. ANOTAR, registrar y notificar.
- Ministro: Sindulfo Blanco, Alicia Beatriz Pucheta de Correa y Miguel Oscar Bajac
Ante mí: Norma Domínguez, Secretaria Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 896

Cuestión debatida: *Corresponde apreciar las pruebas diligenciadas por las partes a fin de determinar la culpabilidad.*

DAÑOS Y PERJUICIOS. Prueba de daños y perjuicios. Accidente de tránsito.

El “Parte” (Policial) hace plena fe solo respecto de lo realizado por el autorizante o percibido por sus sentidos.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Prueba de daños y perjuicios.

Siendo que el oficial no percibió personalmente tales hechos su “Parte” no hace plena fe y requiere de otras probanzas para acreditar las consignaciones allí asentadas.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Culpa.

Es sabido que se presume la culpa del vehículo embistiente. En efecto, el lugar donde fue embestido el vehículo del demandado hace presumir que ya había atravesado casi toda la calzada cuando fue alcanzado por la actora.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Prueba de daños y perjuicios.

Las presunciones referidas anteriormente deben ser analizadas junto con la premisa de que los conductores de los vehículos en general deben tener el control en todo momento del movimiento de los mismos. A partir de ella y junto con las demás probanzas de autos se presume que, de haber respetado la velocidad indicada, la actora podría haber mantenido el control de su vehículo y así evitado la colisión.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Prueba de daños y perjuicios.

No puede ser tenido en apreciación el parte policial para determinar el modo en que ocurrió el hecho, pues el Agente no estuvo presente en dicho momento, y las manifestaciones vertidas por el oficial de tránsito que labró Acta Policial, sólo contienen la versión de la persona que denunció el hecho y no puede ser considerada a los efectos probatorios.

CSJ.Sala Civil y Comercial. 25/11/11. “Tania Sandagorda Paredes c/ Carlos Oscar Testa s/ Indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual” (Ac. y Sent. N° 896).

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

CUESTIONES:

¿Es nula la Sentencia apelada?

En caso contrario, ¿se halla ajustada a Derecho?

Practicado el sorteo de Ley para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: TORRES KIRMSER, BAJAC ALBERTINI Y GARAY.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, EL SEÑOR MINISTRO TORRES KIRMSER dijo: La recurrente desistió expresamente del recurso de nulidad. Por lo demás, no se advierten en la Resolución recurrida, ni en el procedimiento anterior al mismo, vicios o defectos que autoricen a declarar, de oficio, su nulidad. Debe, pues, tenerse por desistida de dicho Recurso.

A SUS TURNOS, LOS SEÑORES MINISTROS MIGUEL OSCAR BAJAC ALBERTINI Y CÉSAR ANTONIO GARAY expresaron que se adhieren al voto del señor Ministro preopinante por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, EL MINISTRO TORRES KIRMSER dijo: El presente juicio fue promovido por Tania Sandagorda Pare-

des contra Carlos Oscar Testa B. por indemnización de daños y perjuicios emergentes de accidente de tránsito ocurrido en fecha 28 de enero de 2007.

Por S.D. N° 0032/01/08 del 6 de febrero de 2008, el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, del Primer Turno, de Encarnación resolvió: “1. NO HACER LUGAR a la redargución de falsedad material del certificado médico expedido y agregado a f. 8 de autos, por los fundamentos expuestos; 2. NO HACER LUGAR, con costas, a la demanda promovida por TANIA SANDAGORDA PAREDES contra CARLOS OSCAR TESTA R., por indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual, por improcedente, conforme a los fundamentos expuestos; 3. ANOTAR...” (fs. 176/180).

Recurrida la mencionada sentencia, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala, de la Circunscripción Judicial de Itapúa, por Acuerdo y Sentencia N° 161/08/03 con fecha 29 de agosto del 2008, resolvió: “1. REVOCAR la S.D. N° 0032/01/08 del 6 de febrero de 2008, dictada por el, en aquel entonces, Juez de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Laboral del Primer Turno, Abg. César Daniel Delgadillo, y en consecuencia, HACER LUGAR a la demanda que por indemnización de daños y perjuicios fue promovida por Tania Sandagorda Paredes contra Carlos Oscar Testa B., condenando a este último a abonar la suma de G. 9.539.000 (Nueve millones quinientos treinta y nueve mil guaraníes) en el plazo de cinco días de quedar ejecutoriada la presente resolución, más sus intereses cuya tasa queda estipulada en el 3% mensual, por los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución; 2. IMPONER las costas, en ambas instancias, a la parte apelada; 3. ANOTAR ...” (fs. 207/210).

Contra el citado Acuerdo y Sentencia se alzó la Parte Demandada; solicitó su revocatoria y argumentó que el Tribunal fundó la culpabilidad en el “Parte” realizado por la Policía Municipal de Tránsito, y en los dichos de los testigos de la parte actora. Alegó que el accidente ocurrió sobre la Ruta Nacional y, por lo tanto, la Policía Municipal no tenía competencia y su “Parte” no puede ser considerado como prueba; ante lo cual se debió considerar la declaración de los testigos propuestos por su parte. Agregó que se presume la culpabilidad de quien embiste al otro vehículo, en este caso la parte actora.

En primer lugar, corresponde analizar si en el “*sub exámine*” se encuentran cumplidos los requisitos establecidos en la Ley de fondo para la procedencia de la demanda de indemnización de daños y perjuicios: la producción del hecho, la culpa, los daños sufridos y el valor eventual de los mismos.

No hay discusión en cuanto a que el accidente de tránsito ocurrió el día 28 de enero del 2007 en la intersección formada por la Ruta Nacional N° 1 Mariscal Francisco Solano López y la calle lateral María Auxiliadora, entre el vehículo Daewo, Modelo Tico, color azul, con Matrícula N° ASC 476 guiado por la actora, y el vehículo Chevrolet, color plata, con Matrícula N° AEL 616, guiado por el demandado, que circulaba por calle transversal. Tanto la actora (fs. 20/27), como el accionado (fs. 44/51), reconocieron que el choque se produjo, pero difirieron en cuanto a las circunstancias del mismo, lo cual es relevante a fin de determinar la culpa. La actora alegó que circulaba por parte central de la Ruta Nacional N° 1 con dirección a la ciudad de Encarnación cuando en forma sorpresiva cruzó el demandado guiando su vehículo que circulaba por una calle lateral. Controvirtió el demandado esta versión, y sostuvo que si bien conducía por una calle transversal, el impacto se produjo en la parte trasera de su vehículo, lo que se debió a la alta velocidad con la que conducía la actora en una zona donde el límite de velocidad estaba establecido en 40 km/h.

En este estado corresponde apreciar las pruebas diligenciadas por las partes a fin de determinar la culpabilidad.

En lo referente al “Parte” Policial elaborado por la Municipalidad de Encarnación, si bien no fue impugnado por las partes es menester aclarar que las consignaciones asentadas en el mismo deben valorarse de conformidad con la disposición del Art. 383 del Código Civil, que establece que los instrumentos públicos hacen plena fe sobre la realidad de los hechos que el autorizante enunciar como cumplidos por él o pasados en su presencia. Vale decir, el “Parte” hace plena fe solo respecto de lo realizado por el autorizante o percibido por sus sentidos. En el caso de autos, surge claramente del mismo “Parte”, que el oficial autorizante no estaba presente al momento de ocurrir el accidente, sino que se constituyó en el lugar con posterioridad al suceso, y reconstruyó los hechos en base al relato de los conductores (fs. 14/36). Siendo que el oficial no percibió personalmente tales hechos su “Parte” no hace plena fe y requiere de otras probanzas para acreditar las consignaciones allí asentadas.

Del análisis de las demás pruebas practicadas, en especial del reconocimiento judicial (fs. 81/100), de las reproducciones fotográficas, de la demanda y contestación, así como de las absoluciones de las partes (fs. 109/110 y 102/104), surge que el vehículo de la actora tenía preferencia, dado que circulaba por una Ruta Nacional, mientras que el demandado conducía por una calle transversal al momento de cruzar la Ruta, donde se produjo la colisión.

Sin embargo, de las mismas probanzas, se constata que la parte delantera izquierda del vehículo de la actora impactó en el costado del automóvil del accionado, a la altura de la puerta y neumático trasero izquierdo. Es sabido que se presume la culpa del vehículo embistiente. En efecto, el lugar donde fue embestido el vehículo del demandado hace presumir que ya había atravesado casi toda la calzada cuando fue alcanzado por la actora.

A ello se suma otra circunstancia agravante, como es el límite de velocidad máxima establecido en la Ruta a la altura del lugar donde se produjo el accidente, a 40 km/h, y que se encontraba señalizada, según consta en el acta levantada y en las reproducciones fotográficas tomadas en el reconocimiento judicial realizado en el lugar del suceso (fs. 81, 86).

Las presunciones referidas anteriormente deben ser analizadas junto con la premisa de que los conductores de los vehículos en general deben tener el control en todo momento del movimiento de los mismos. A partir de ella y junto con las demás probanzas de autos se presume que, de haber respetado la velocidad indicada, la actora podría haber mantenido el control de su vehículo y así evitado la colisión.

En consecuencia, al haberse probado la imprudencia de la actora y no haberse demostrado la culpa del demandado –lo que es requerido por tratarse de colisión entre cosas inanimadas, las presunciones recíprocas previstas en el Art. 1847 del Código Civil se neutralizan–, la sentencia en recurso debe ser revocada en cuanto hace lugar a la demanda por indemnización de daños y perjuicios. En cuanto a las costas deben ser impuestas a la perdidosa en las tres instancias, de conformidad al Art. 203 del Código Procesal Civil.

Por tanto, soy de opinión que el Acuerdo y Sentencia N° 161/08/03 con fecha 29 de agosto del 2008, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala, de la Circunscripción Judicial de Itapúa, debe ser revocado, imponiendo las costas a la actora.

OPINIÓN DEL SEÑOR MINISTRO MIGUEL OSCAR BAJAC ALBERTINI:

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, DIJO: Me adhiero al voto que antecede y me permito agregar cuanto sigue: En el caso traído a estudio, la actora reclamó indemnización de daños y perjuicios a raíz del accidente automovilístico que protagoniza con el Sr. Carlos Oscar Testa, reclamando la suma de Gs. 15.953.000, más el 3.5% mensual.

El Juzgado de Primera Instancia rechazó la demanda atribuyendo culpa exclusiva a la actora, alegando que la misma se desplaza en forma imprudente sobre la ruta. Con un criterio diametralmente opuesto; el Tribunal de Apelaciones, atribuyó toda la responsabilidad del evento dañoso al demandado condenándolo al pago de la suma de Gs. 9.539.000, más los intereses del 3% mensual, desde la promoción de la demanda hasta el efectivo pago de la condena.

Así las cosas, coincido plenamente con la postura asumida por mi predecesor en el uso de la palabra y avalada en reiteradas ocasiones por esta Corte, en donde se refiere que en todo momento los conductores deben mantener el control total de sus rodados, conforme a las Reglas de Tránsito, más aún teniendo en cuenta que en este caso específico se trata de un accidente ocurrido en el inicio de la ruta internacional, donde el cruce de ambas arterias todavía estaba dentro del radio urbano, por lo que ambas partes debían extremar las precauciones para realizarlo con éxito y evitar las circunstancias discutidas en este juicio.

En base a ello, y dado que las culpas se establecen en partes iguales, los argumentos dados por el Inferior no se ajustan plenamente a las constancias de autos, por lo que corresponde su revocatoria, imponiendo las costas a la parte vencida conforme al principio general consagrado en el Art. 192 del CPC. ES MI VOTO.

A la segunda cuestión planteada, el señor Ministro César Antonio Garay, dijo: Se agravió la recurrente contra el Acuerdo y Sentencia Número 161, fecha 29 de Agosto del 2008, fundada en que el Ad-quem se habría equivocado al considerar a Carlos Oscar Testa culpable del accidente de tránsito, señalando que no debían tener en valoración el parte policial N° 45/07 para ello, puesto que la Policía Municipal, que lo redactó, no tiene competencia, para dejar constancia de un accidente ocurrido en Ruta internacional. Señaló, respecto de los testigos ofrecidos por la actora, razones por las cuales no debían ser valoradas. También hizo alusión a las fotografías agregadas a fs. 43, 46 y 84 para explicar la forma en que habría sucedido el accidente, refiriendo que su representado fue embestido en la parte trasera de su vehículo cuando estaba estacionado en el lugar asignado para el efecto, sitio independiente al doble carril por donde debía transitar la actora. Así también mencionó el error del Tribunal al considerar que su Parte no ha demostrado que la actora ha infringido el límite de velocidad, ya que los testigos Julio Pavón y Germán Vázquez, han apuntado lo contrario. Por

último realizó apreciaciones respecto de la capacidad de freno del vehículo de la actora y el tipo de impacto sufrido por el vehículo de ella.

Corrido el traslado pertinente, el representante de la Parte actora solicitó la confirmación del Acuerdo y Sentencia Número 161, señalando que los argumentos vertidos por la recurrente se encuentran sustentados en tres puntos, el primero respecto de la validez del parte policial como prueba, advirtiendo que dicho instrumento es el que arroja mayor certeza en lo que hace a la determinación del lugar donde ocurrió el siniestro. Refutó el segundo argumento, que entiende está sustentado en la apreciación de las testificales, aseverando que las pretensiones de la recurrente no pueden ser atendidas. Por último, contravirtió las afirmaciones de la Parte demandada referentes al exceso de velocidad de Sandagorda, en el sentido de considerar que el Tribunal ha señalado, a su entender, de manera correcta, que no existe elemento de convicción para determinar que hubo el exceso de velocidad aludido.

Analizadas las constancias del Juicio se tiene la demanda instaurada por Tania Sandagorda cuya pretensión es la condena de Carlos Oscar Testa, a resarcirle el daño que le fue ocasionado en su patrimonio, como consecuencia del accidente de tránsito ocurrido en fecha 28 de enero del 2007 en la intersección formada por la Ruta Internacional N° I y la calle María Auxiliadora, entre el vehículo “Daewo”, modelo Tico, con matrícula N° ASC 476, guiado por la actora, y el automóvil Chevrolet, con chapa N° AEL 616, guiado por el demandado.

Sandagorda señaló que es aplicable al caso la responsabilidad objetiva, que debe entenderse conforme ilustra Atilio Alterini (“Derecho De Las Obligaciones”, Edit. Abelardo-Perrot, pág. 180), como: “...*la simple causalidad material, aunque la conducta del responsable haya sido totalmente correcta...*”. Sin embargo, en lo extenso de su escrito, fuera de dicha oportunidad, no intentó aplicar la teoría del riesgo creado, pues no utilizó dicho elemento a los efectos de realizar la imputación jurídica a ese respecto, que conforme sostiene el Dr. Alvarado Velloso (“Lecciones de Derecho Procesal Civil”, Edit. La Ley, pág. 123), constituiría base de su pretensión, sino que pretende la asignación de responsabilidad en base a un hecho culposo, por lo que la responsabilidad objetiva no puede ser tenida en cuenta, para la solución jurídica del caso.

Como se dijo, la actora ha pretendido responsabilizar al demandado, como consecuencia de su supuesto actuar negligente, pues le imputó a Testa el acaecimiento del hecho dañoso, fundada en que él habría cruzado la ruta con impericia, situación negada por la demandada.

Ambas Partes concuerdan en que el hecho ocurrió. También concuerdan en que fue consecuencia del choque de vehículos. En lo que no están de acuerdo es el modo en que ocurrió el hecho y, en consecuencia, en la imputación del mismo, por lo que deben analizarse las pruebas, para establecer dichos aspectos.

La Parte actora sostuvo que transitaba por la ruta y que el demandado salió de una calle transversal de manera sorpresiva y que por ello ya no pudo responder ante dicha situación, y fue a impactar en la parte lateral del vehículo del demandado, mientras que este sostuvo que salió de la calle transversal y se colocó en el lugar establecido para realizar el giro correspondiente y que la demandada perdió el control del vehículo y le impactó en la sección trasera del suyo.

No puede ser tenido en apreciación el parte policial para determinar el modo en que ocurrió el hecho pues el Agente no estuvo presente en dicho momento, y las manifestaciones vertidas por el oficial de tránsito que labró Acta policial, sólo contienen la versión de la persona que denunció el hecho y no puede ser considerada a los efectos probatorios.

De las demás pruebas producidas, a los efectos de establecer el modo en que ocurrió el hecho, debe ser atendida la fotografía obrante a fs. 47 (agregada por la demandada), en la que se observa que el vehículo del demandado fue impactado en su sector lateral y no atrás, como dijo la parte recurrente. Dicha situación también se desprende del acto obrante a fs. 81, en el que consta que el demandado afirmó que el choque se produjo a la altura de su rueda trasera. Si el impacto se dió en el lateral izquierdo del vehículo de Testa, a la altura de su rueda trasera, resulta imposible pensar que el hecho ocurrió como señaló este, pues, de haber estacionado en el lugar indicado para el giro, el impacto hubiera sido en la parte de atrás. Sin embargo, estando de manera cruzada en la ruta, es la forma en que el automóvil de la actora pudo impactar en dicho lugar en el vehículo de Carlos Testa (a la altura de la rueda trasera izquierda), es decir, cuando estaba atravesando la ruta quedando de manera cruzada.

Una vez determinado el modo en que ocurrió el hecho, resulta apropiado determinar al causante del daño. Al respecto parte actora sostuvo que la demandada cruzo la ruta de manera sorpresiva, sin que le haya dado tiempo para frenar mientras que la demandada sostuvo que estaba estacionado y que la demandada perdió el control e impacto en su automóvil. La versión del deman-

dado de que estaba estacionado en el lugar habilitado para realizar giro, fue desestimada porque las pruebas demostraron la imposibilidad de dicha circunstancia. Las demás pruebas aportadas para demostrar la autoría del hecho se encuentran dadas en la absolución de posiciones y las testificales. Estas últimas son contradictorias por cuanto respaldan la posición de aquella parte que ofreció la prueba, es decir, los testigos de la actora sostienen que el vehículo cruzó de manera sorpresiva y fue impactado en el costado, mientras que los ofrecidos por al demandada señalaron que el Sr. Testa estaba estacionado. Ante posiciones encontradas en lo que hace a estas pruebas, no puede decirse que se neutralizan, sino que debe atenderse a aquellas que coinciden con las otras probanzas producidas, por lo que es posible concluir que aquella versión sostenida por los testigos ofrecidos por la parte actora, coinciden con otros elementos, como son las fotografías y manifestaciones del demandado en la prueba de reconocimiento judicial, en lo que hace a la circunstancia de que el vehículo estaba atravesado en la ruta y no estacionado. Al tener como parámetro los dichos de los testigos ofrecidos por la actora, se tiene por demostrado que el Sr. Testa salió de manera imprevista y negligente, por lo que la conducta del mismo puede calificarse como imprudente, pues como lo señala el referido doctrinario Alterini (“Derecho de las Obligaciones”, cit., pág. 183), la imprudencia es una versión de la culpa que es entendida cuando “...*el sujeto obra precipitadamente o sin prever por entero las consecuencias en las que podía desembocar...*”. Entonces, su acción irreflexiva produjo el choque, que concreta además la infracción, pues este ha cruzado de manera indebida la ruta.

En lo que se refiere a circunstancias eximentes, fue imputado a la actora un exceso de velocidad. Este no puede ser tenido en cuenta el informe obrante a fs. 73 de autos, puesto que en el mismo informe se enerva su valor, dado que señala que solo una pericia puede establecer con veracidad la cuestión planteada. El demandado en su absolución de posiciones, señala que no le vio venir a la actora, y que por el impacto recibido que le hizo cruzar al otro carril de la ruta, entiende que fue la Sra. Sandagorda venía a gran velocidad. Por un lado, si no vio a la actora venir no puede saber si venía a una gran velocidad. Por otra parte, el hecho de que a raíz del choque, se hayan movido el auto hasta carril contrario significa que venía a más de la velocidad permitida, pues ello solo puede demostrarse con pruebas objetivas y no con puntos de vista subjetivos.

En la presente demanda no se ha demostrado la culpabilidad de la parte actora, para que pueda exonerarse de culpa al demandado ni tampoco otras

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

causales eximentes, por lo que el Sr. Carlos Oscar Testa debe asumir la responsabilidad por el hecho dañoso, pues se han demostrado todos los elementos constitutivos para la asignación de responsabilidad (infracción, culpa, daño y relación de causalidad).

En lo que hace a la cuantificación del resarcimiento, la recurrente no ha cuestionado el monto que le fuera asignado a la actora, por lo que los mismos no pueden ser considerados, por lo que el monto asignado por el Tribunal de apelaciones es conforme a lo reclamado y demostrado, por lo que la resolución recurrida debe ser confirmada en todas sus partes debiendo además imponerse las costas a la perdedora. Es mi voto.

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

Y VISTOS: Los méritos del Acuerdo que antecede, la Excelentísima CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA CIVIL Y COMERCIAL,

RESUELVE:

TENER por desistido al recurrente del Recurso de Nulidad interpuesto.

REVOCAR el Acuerdo y Sentencia Número 161/08/03, con fecha 29 de agosto del 2008, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala, de la Circunscripción Judicial Itapúa.

IMPONER las Costas a la Parte vencida.

ANOTAR, registrar y notificar.

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

Ante mí: Alejandrino Cuevas, Secretario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 1008

Cuestión debatida: *Se analizan dos cuestiones: la procedencia de una acción de inconstitucionalidad declarando la nulidad de actuaciones del Jurado de Enjuiciamiento por haber iniciado un juicio de "oficio" sin denuncia alguna previa. Y por segundo, la Corte analiza si el cobro indebido puede ser considerado como causal de mal desempeño en sus funciones.*

JURADO DE ENJUICIAMIENTO DE MAGISTRADOS. NULIDAD PROCESAL. Vicios del procedimiento. PROCESO PENAL. Sistema Acusatorio. MINISTERIO PÚBLICO.

En la actualidad con el sistema procesal acusatorio, sustentado en la Constitución Nacional, y por ende con una sustancial mayor protección a la parte procesada y llamado por ello garantiza, la labor investigativa en toda acción penal pública, corresponde en forma exclusiva cuan excluyente al Ministerio Público, y mal puede entonces un Tribunal con poder jurisdiccional –como lo es el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados– atribuirse dicha tarea de investigar e iniciar juicio sin accionante previo legítimamente acreditado, o por lo menos de una denuncia o el siquiera anotar por parte de persona física o jurídica responsable, lo que desnaturaliza de origen o con carácter primigenio cualquier actuación del referido Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, anulando toda su actuación.

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Efectos de la acción de inconstitucionalidad. JURADO DE ENJUICIAMIENTO DE MAGISTRADOS. NULIDAD PROCESAL. Vicios del procedimiento. PROCESO PENAL. Sistema Acusatorio. MINISTERIO PÚBLICO.

Todo fallo dictado por dicha institución –o sea el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados– cuando el mismo es iniciado de oficio, deviene inconstitucional y consecuentemente nulo.

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Efectos de la acción de inconstitucionalidad. JURADO DE ENJUICIAMIENTO DE MAGISTRADOS. NULIDAD PROCESAL. Vicios del procedimiento. PROCESO PENAL. Sistema Acusatorio. MINISTERIO PÚBLICO.

El mismo Juzgador es el que inicia el juicio cuando se sabe que todo proceso requiere de dos partes y de un Juez imparcial e independiente y no contaminado con la investigación, y menos aún con la propia promoción del juicio que debe obedecer necesariamente a una acción, o por lo menos una denuncia para darse inicio al procedimiento.

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Efectos de la acción de inconstitucionalidad. JURADO DE ENJUICIAMIENTO DE MAGISTRADOS. NULIDAD PROCESAL. Vicios del procedimiento. PROCESO PENAL. Sistema Acusatorio. MINISTERIO PÚBLICO.

Todo proceso del cual pudiera recaer una sanción, requiere o no puede iniciarse sin que alguien asuma el rol de denunciante, para que sólo de esa manera se pueda promover la acción pertinente que es el motor de todo juicio. El mismo Tribunal o autoridad jurisdiccional no puede asumir ese rol, y es por

ello que considero inconstitucional esa facultad que el artículo 16 de marras le concede al Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados. Alguien debe hacerse responsable o asumir la responsabilidad cuando se denuncia a la autoridad un hecho que afecta a alguna persona ya sea en forma directa o indirecta.

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Efectos de la acción de inconstitucionalidad. JURADO DE ENJUICIAMIENTO DE MAGISTRADOS. NULIDAD PROCESAL. Vicios del procedimiento. PROCESO PENAL. Sistema Acusatorio. MINISTERIO PÚBLICO.

Si el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados inicia el juicio de esa manera inconstitucional por más de que con posterioridad el Ministerio Público asuma el rol de accionante, conforme así lo hizo en el presente caso como una acusación tardía, sólo corresponde considerar dicha actitud como un infructuoso intento por cohonestar la pretensión jurídica del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de promover el juicio en forma directa, por haberse operado de manera palmaria la perpetración de la violación de la garantía constitucional de la imparcialidad e independencia de toda autoridad con poder jurisdiccional, lo que obviamente ya contamina de manera irremediable su *imperium* y anula toda actuación posterior.

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Efectos de la acción de inconstitucionalidad. JURADO DE ENJUICIAMIENTO DE MAGISTRADOS. NULIDAD PROCESAL. Vicios del procedimiento. PROCESO PENAL. Sistema Acusatorio. MINISTERIO PÚBLICO.

Tribunal llamado Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, no puede juzgar nada menos que a un Juez sin que medie una acusación o por lo menos una denuncia de alguien que sea responsable, como ocurre con cualquier otro ciudadano cuando es juzgado, por lo que el enjuiciamiento de oficio, siendo así juez y parte el juzgador, es una aberración jurídica escandalosa, a todas luces inconstitucional.

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Efectos de la acción de inconstitucionalidad. JURADO DE ENJUICIAMIENTO DE MAGISTRADOS. NULIDAD PROCESAL. Vicios del procedimiento. MAGISTRADO. Mal desempeño en sus funciones.

La Dirección Administrativa de la Corte Suprema de Justicia nada hizo para evitar que erróneamente se siga acreditando mensualmente en su cuenta en el Banco correspondiente, el salario que le correspondía como Defensora

Pública,... sin intervención alguna de su parte, por lo que ese hecho no puede constituir un mal desempeño de sus funciones, porque nada tiene que ver con la función que le corresponde desempeñar en el nuevo cargo de Jueza.

MAGISTRADO. Principios axiológicos.

Es muy importante el factor subjetivo en el Magistrado Judicial, ya que es él el que da un plus al derecho con su bonhomía, con su conducta ética cuestionable, e irreprochable contribuyendo con su intuición y su experiencia de vida así como su filosofía de vida a humanizar al derecho. Así como el artista busca la belleza y la contempla o la plasma en un cuadro, el Magistrado busca la justicia en el caso concreto y para ello debe estar permeabilizado por perspectivas y nociones no sólo jurídicas sino también axiológicas.(Voto en minoría).

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Efectos de la acción de inconstitucionalidad. JURADO DE ENJUICIAMIENTO DE MAGISTRADOS. NULIDAD PROCESAL. Vicios del procedimiento. MAGISTRADO. Mal desempeño en sus funciones.

El hecho de que se le esté abonando mensualmente en su cuenta bancaria el salario que le correspondía como Defensora Pública no constituye un mal desempeño de sus funciones, ya que las funciones como Jueza Electoral no va concatenada con la circunstancia de haber percibido salarios que ya no le pertenecían.

CSJ.Plenario.30/12/11. “Acción de Inconstitucionalidad en el Juicio: Abog. Teresita Escobar Vazquez, Juez Electoral del Segundo Turno S/Enjuiciamiento” (Ac. y Sent. N° 1008).

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

CUESTIÓN:

¿Es procedente la acción de inconstitucionalidad deducida?

Realizado el sorteo de Ley para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: BRAY MAURICE, ROLÓN FERNÁNDEZ, GÓMEZ FRUTOS, GARCÍA AYALA, CASTIGLIONI, COHENE G., PAIVA VALDOVINOS, ESCOBAR Y NÚÑEZ GONZÁLEZ.

A la cuestión planteada el Doctor BRAY MAURICE dijo: Antes de entrar a estudiar la cuestión debatida en autos ante este Tribunal, o sea, la Sala Constitucional de la Excma. Corte Suprema de Justicia conformada en Plenario, considero no sólo prudente sino hasta necesario resaltar la objetividad con que

debe obrarse en toda tarea de juzgamiento. Bajo el título “Eliminación necesaria de toda subjetividad”, encaro dicha cuestión en el libro de mi autoría titulado “El Poder – Su estudio analítico y proyección ideal”, cuando en el Libro I, Capítulo I, Título 2, sostengo que en toda tarea intelectual, como lo es el ejercicio del *poder*—en el presente caso del *poder jurisdiccional*— para no desnaturalizarlo ya de origen, se debe comprender con exactitud que para poder incursionar con propiedad en dicho campo de la especulación del pensamiento, como en cualquier otro si se pretende conservar la pureza del mismo, deviene necesario tratar de despojarse en el espíritu, o sea, en la intimidad, de todo aquello que pueda guardar o tener connotación de subjetividad. Y ello deviene necesario porque se trata de un lastre o residuo que de manera muy particular acompaña a uno permanentemente, y con carácter engañoso hace creer al individuo que constituye o forma parte de su yo, cuando en esencia no es más que mera subjetividad provocada por reacciones o conclusiones apresuradas, aparentemente elaboradas como *juicios de valor*, que por su alto contenido de auto-sugestión en la realidad objetiva no lo son, pero que forman parte de la *personalidad*.

Que, incursionando en la doctrina sobre la materia, cabe citar a Paul C. Jagot y J. G. Noguín en la obra de su coautoría “El arte de triunfar en la vida con la palabra y la memoria”, al respecto dicen: “Al lado del espíritu *objetivo*, que discierne las realidades, los valores, las posibilidades —por lo menos durante el estado de vigilia—, funciona casi a espaldas del primero el espíritu *subjetivo* o subconsciente, centro de los automatismos, de la imaginación, de las tendencias, de la sensibilidad y de la memoria. Esta dualidad se manifiesta familiarmente en la lucha frecuente de la razón y de los impulsos, de la voluntad y sensibilidad, de la noción del deber y de las avideces, etc.” (aa.cc., o.c, T. II, pág. 80, Edit. Joaquín Gil, Bs. As., año 1949). Y es esa lucha frecuente entre la razón y los impulsos, entre la noción del deber y las avideces, de que hablan los mencionados autores, que puede con mucha facilidad confrontar valores con antivalores, lo que determina la importancia del obrar con objetividad, que es lo que reclama todo poder jurisdiccional, como corresponde a todo Juez en su tarea de impartir justicia.

Que, si se pretende despojar, —aunque sea en alguna medida— de ese ropaje de subjetividad que de manera imperceptible reviste toda personalidad, sólo le inteligencia ejercida con agudeza resulta gratificante para escapar de dicha rémora del pensamiento, pero a riesgo de embargar el espíritu, en una confir-

mación del fenómeno de los pares de opuestos llevado al campo del ente pensante, como toda tarea del intelecto. Luis Lezcano Claude en su libro “El control de Constitucionalidad del Paraguay”, en su Nota Preliminar, al respecto, dice que para “la solución de cuestiones que se presentan conflictivas, o que, por lo menos, dan origen a opiniones diversas”, resulta “necesaria una formulación teórica que conduzca a la definición, de manera tal que permita soslayar en la medida de lo posible todo subjetivismo, con la consiguiente seguridad de los justiciables” (a.c., o.c., pág. 11, Edit. La Ley, año 2000). Y es con el propósito de contribuir en la tarea de la búsqueda necesaria de una encaminadura objetiva del pensamiento, para su realización práctica, que tiende este voto hacia la correcta ubicación de la figura del *poder* desde todos sus aspectos y connotaciones para impartir con ecuanimidad el acto de justicia reclamado en juicio.

Que, luego de este previo análisis, que resulta necesario para el encaminamiento conceptual con plena cuan necesaria objetividad, cabe encarar la materia en estudio para el dictado del Acuerdo y Sentencia que en derecho corresponde.

Que, revisado el expediente formado con la promoción de la acción de inconstitucionalidad por la abogada Teresita de Jesús Escobar Vázquez, caratulada “Acción de Inconstitucionalidad en el juicio: “Abog. Teresita Escobar Vázquez, juez electoral del segundo turno s/ enjuiciamiento”, año 2004, N° 3666, caben formularse las siguientes consideraciones a los efectos de encaminar el estudio y resolución del *thema decidendum*.

Que, conforme se lee en el escrito inicial de promoción de la acción obrante a fs. 16/34, presentado por derecho propio por la accionante con el patrocinio de abogados, se cuestiona y ataca de inconstitucional “la resolución o sentencia” del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados –la S.D. N° 26 de fecha 03 de noviembre de 2004– “por violación de normas sustanciales que hacen al derecho de la defensa en juicio, el debido proceso legal y la arbitrariedad manifiesta del fallo... con efecto de declarar la inaplicabilidad de la resolución o su nulidad en los casos en que la acción promovida sea procedente” (fs. 16).

Que, a fs. 54 el señor Presidente de la Sala Constitucional Dr. Antonio Fretes por proveído de fecha 30 de noviembre de 2004 dispuso: “ANTES DE PROVEER lo que corresponda, tráigase a la vista de esta Corte, Sala Constitucional, los autos caratulados: “Abog. Teresita Escobar Vázquez, Juez Electoral del Segundo Turno S/ enjuiciamiento”. Oficiese”. Librado el oficio se remiten los

autos de referencia, en los cuales obra la Sentencia Definitiva N° 26/04 de fecha 02 de noviembre de 2004, por la cual el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados resolvió remover de su cargo de Jueza Electoral a la abogada Teresita de Jesús Escobar Vázquez.

Que, lo que *prima facie* ya se percibe de la lectura del escrito de promoción de la acción, es que la accionante fue objeto de dos procesos o juicios por parte del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, a saber: a) el primero caratulado: “Abog. Teresita Escobar Vázquez, Jueza Electoral del Segundo Turno de la Capital s/ Enjuiciamiento”, año 2004, N° 24, Folio 63 y con 237 fojas, cuyas compulsas den dos tomos fueron remitidas por Oficio N° 398/04 de fecha 2 de diciembre de 2004 firmado por el entonces Presidente del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, Dr. Marcelino A. Gauto Bejarano, solicita al Sr. Presidente de la Corte Suprema de Justicia, entonces el Prof. Dr. Víctor Manuel Núñez “se sirva remitir a la vista de éste Jurado los antecedentes sobre el supuesto cobro indebido de haberes del cargo de defensora de pobres de Luque, por parte de la Abogada María Teresa Escobar, actual Jueza Electoral del Segundo Turno de la Capital”. Dicho oficio tiene al pie el Sello de la Mesa de Entrada de la Excma. Corte Suprema de Justicia con fecha 23 de febrero de 2004 a las 12:00 horas. A fs. 1 de las mencionadas compulsas obra la fotocopia de un artículo periodístico del diario ABC Color del domingo 22 de febrero de 2004, en donde aparece el titular “Jueza electoral también cobrara sueldo de defensora de pobres” con una fotografía de la persona afectada con la noticia y el pertinente artículo periodístico.

Que, el segundo de los expedientes o mejor dicho juicios mencionados precedentemente y cuyas compulsas también se hallan glosadas al principal, tuvo inicio con el Dictamen de acusación fiscal N° 1.214 de fecha 18 de mayo de 2004 contra la abogada Teresita Escobar Vázquez “por mal desempeño de funciones”, firmado por el Fiscal Adjunto abogado Marco Antonio Alcaraz Recalde, obrante a fs. 1/6 y que tiene cargo de Secretario del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de fecha 19 de mayo de 2004 a las 08:00 horas.

Que, sobre el punto deviene importante señalar que la accionante, o sea, la abogada Teresita de Jesús Escobar Vázquez, que ya se encontraba enjuiciada con el proceso iniciado con la investigación de oficio por parte del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados y que tuvo inicio con el Oficio J.E.M. N° 24/04 obrante a fs. 2 de fecha 23 de febrero de 2004, y que luego de una intensa investigación con profusa documentación recabada y agregada a los autos, a fs.

84 por A.I. N° 25/04 de fecha 15 de abril de 2004, resuelve: “1) TENER por iniciado de oficio el enjuiciamiento de la Juez Electoral del Segundo Turno de la Capital, Ab. Teresita de Jesús Escobar Vázquez, por mal desempeño de sus funciones, específicamente lo establecido en el inciso b) del Art. 14 de la Ley N° 1.084/97 y su modificatoria, en base a las consideraciones expuestas en el exordio de la presente resolución. 2) CORRER traslado a la enjuiciada Abog. Teresita de Jesús Escobar, Jueza Electoral del Segundo Turno, citando y emplazándola a que conteste dentro del plazo establecido en la Ley 1084/97.- 3) ANOTAR.” (sic.). El referido auto interlocutorio está firmado por los Miembros del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados: El Dr. Marcelino A. Gauto Bejarano como Presidente; y como integrantes del cuerpo colegiado los Dres. Raúl Torres Kirmser, Rodolfo Irún Alamani, Marcelo Duarte M., Mario Morel Pintos, Miguel Corrales Irrazábal y Juan C. Ramírez M.; y como Secretario el abogado Julio César Paoli Sosa.

Que, con lo precedentemente señalado se encuentra documentado de manera palmaria que el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados inició de oficio una investigación de índole punitiva, que ni siquiera el juez sumariante del viejo proceso penal podía hacerlo pese a ser el Director del Proceso, que requería un previo e indispensable anotar al mismo de manera directa y personal, ya sea vía parte policial o denuncia, todo ello legislado en el Código de Procedimientos Penales de 1890, actualmente derogado y desfasado por obedecer al sistema inquisitivo ya desechado. En la actualidad con el sistema procesal acusatorio, sustentado en la Constitución Nacional, y por ende con una sustancial mayor protección a la parte procesada y llamado por ello garantiza, la labor investigativa en toda acción penal pública –como lo es en el caso motivador del fallo cuestionado en autos– corresponde en forma exclusiva cuan excluyente al Ministerio Público, y mal puede entonces un Tribunal con poder jurisdiccional –como lo es el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados– atribuirse dicha tarea de investigar e iniciar juicio sin accionante previo legítimamente acreditado, o por lo menos de una denuncia o el siquiera anotar por parte de persona física o jurídica responsable, lo que desnaturaliza de origen o con carácter primigenio cualquier actuación del referido Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, anulando toda su actuación.

Que, a mi criterio y conforme ya se tiene resuelto en un fallo de la Excm. Corte Suprema de Justicia, concretamente el Acuerdo y Sentencia N° 962 de

fecha 31 de diciembre de 2009 recaído en la Sala Constitucional y en plenario, todo fallo dictado por dicha institución –o sea el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados– cuando el mismo es iniciado de oficio, deviene inconstitucional y consecuentemente nulo. Por el referido Acuerdo y Sentencia del más importante y calificado Tribunal de la República conformado o constituido también como el presente en plenario, se hizo lugar a la inconstitucionalidad de un fallo del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, por haber justamente iniciado de oficio el juicio. Y como acontece en el presente caso, por más de que dicho Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, con posterioridad, haya dispuesto o resuelto por un auto interlocutorio acumular los dos procesos, el primero al estar ya contaminado de una nulidad insanable, obviamente produce la nulidad en cascada de todo lo que se le arrime, como fruto del árbol envenenado en que se ha convertido dicho órgano en su infructuoso afán cohonestador. Y no se puede considerar siquiera de que dicho Tribunal o Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados se trate de un organismo o Institución administrativa, los cuales sólo pueden instruir sumarios, en donde los jueces instructores o sumariantes no pueden fallar o dictar fallos, sino recomendaciones a la entidad o Institución que los nombra. Ergo, tienen indiscutiblemente poder jurisdiccional para juzgar y sentenciar nada menos que a Jueces.

Que, por las razones señaladas, en el presente juicio la acción de inconstitucionalidad debe prosperar necesariamente ya que a mi criterio el artículo 16 de la Ley N° 1.084/97 es inconstitucional, por violar garantías establecidas por la Carta Magna como ser los principios de imparcialidad e independencia fijados para los Tribunales y Jueces en el Art. 16 de la CN, y habiendo sido utilizada la facultad concedida por dicho artículo 16 de la referida Ley N° 1.084/97 de poder iniciar un juicio de oficio u oficiosamente al Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, dicha facultad –a todas luces alejada de los principios de independencia e imparcialidad– usada como la base del juicio al cual fue sometida y sancionada la accionante –la abogada Teresita de Jesús Escobar Vázquez– el fallo dictado en el mismo deviene inconstitucional con la consecuente anulación de dicha sentencia definitiva, la S.D. N° 26 de fecha 02 de noviembre de 2004, obrante a fs. 222/226 y Vlto. de las compulsas del expediente caratulado: “Abogada Teresita Escobar Vázquez, Juez Electoral del Segundo Turno de la Capital s/ enjuiciamiento”.

Que, el ya mencionado Art. 16 de la Ley N° 1.084/97, reza: “El juicio será iniciado ante el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados por acusación del

litigante o del profesional afectado, quienes podrán hacerlo personalmente o mediante mandatario con poder especial; por acusación de la Corte Suprema de justicia, del ministerio de Justicia y Trabajo, del Ministerio Público, de la Cámara de Senadores, de la Cámara de Diputados y del Consejo de la Magistratura y de oficio por el propio Jurado. Las personas y entidades citadas podrán limitarse a formalizar una denuncia ante la Fiscalía General del Estado, la cual, de considerarlo procedente, formulará la acusación correspondiente”. Y en el caso de autos, fue el propio Tribunal Juzgador, o sea, la autoridad con poder jurisdiccional la que asumió el papel de denunciante al promover el juicio *per se* o sea por sí mismo y para sí, asumiendo con ello la calidad de parte y juez al propio tiempo. Por ello considero que dicho artículo en la parte que da u otorga la facultad de actuar de oficio para enjuiciar es inconstitucional y por ende lo resultare o deviniere consecuencia de ello es nulo de nulidad absoluta por inconstitucional, como fruto del árbol envenenado.

Que, es justamente por esa contaminación que tiene el Juzgador cuando se entremete o peca de intromisión en la investigación asumida en forma directa de un hecho que debe juzgar y sentenciar posteriormente, que se ha cambiado todo el sistema procesal penal de la República derogándose el Código de Procedimientos Penales de 1890, ya mencionado precedentemente, por el Código Procesal Penal vigente, o sea, la Ley N° 1.286/98, pasándose del sistema inquisitivo al sistema acusatorio, en armonía con la propia Constitución Nacional. En otras palabras más sencillas, se marginó o eliminó el sistema procesal anterior en el cual incluso no se podía dar inicio a ningún proceso o juicio sin una denuncia o parte policial llamada ahora nota policial, compuesto de dos partes esenciales, el Sumario y el Plenario en los cuales actuaba el mismo Juez. En el estado sumario el Juez era el investigador, el Director del Proceso, y al pasar al estado plenario, volvía a actuar dicho juez que se había contaminado con la investigación del hecho punible por ser el que instaba el procedimiento recabando las pruebas incluso diligenciándolas de oficio, siendo la labor del Agente Fiscal más bien de una mera participación formal que incluso no participaba de las audiencias probatorias en una labor o intervención que tenía poco protagonismo. Y el caso que nos ocupa, a mi criterio es más grave aún, ya que el mismo Juzgador es el que inicia el juicio cuando se sabe que todo proceso requiere de dos partes y de un Juez imparcial e independiente y no contaminado con la investigación, y menos aún con la propia promoción del juicio que debe obedecer

necesariamente a una acción, o por lo menos una denuncia para darse inicio al procedimiento. También es sabido que todo proceso del cual pudiera recaer una sanción, requiere o no puede iniciarse sin que alguien asuma el rol de denunciante, para que sólo de esa manera se pueda promover la acción pertinente que es el motor de todo juicio. El mismo Tribunal o autoridad jurisdiccional no puede asumir ese rol, y es por ello que considero inconstitucional esa facultad que el artículo 16 de marras le concede al Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados. Alguien debe hacerse responsable o asumir la responsabilidad cuando se denuncia a la autoridad un hecho que afecta a alguna persona ya sea en forma directa o indirecta. De allí la figura de la responsabilidad tanto civil como penal y la acción por daños e intereses y daño moral. Todo esto se diluye de manera perniciosa para el procesado o enjuiciado cuando es el propio Tribunal que le inicia el juicio sin denuncia alguna previa.

Que, demás está decir, que aunque no incide en la cuestión debatida por carecer de jerarquía constitucional el Art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocido como el “Pacto de San José de Costa Rica”, es de prelación también sobre la norma legal atacada en este juicio de inconstitucional, al rezar la norma del Tratado de Derecho Internacional ratificado por la República del Paraguay, que “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. Las negritas son propias, y eso es lo que se ha violentado con la ley de referencia por colisionar de frente nada menos que con la estructura jurídica de nuestra Constitución Nacional amén del Pacto de San José de Costa Rica que marcan la pauta legislativa, deviniendo por ello nula por inconstitucional.

Que, si el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados inicia el juicio de esa manera inconstitucional por más de que con posterioridad el Ministerio Público asuma el rol de accionante, conforme así lo hizo en el presente caso como una acusación tardía, sólo corresponde considerar dicha actitud como un infructuoso intento por cohonestar la pretensión jurídica del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de promover el juicio en forma directa, por haberse operado de manera palmaria la perpetración de la violación de la garantía constitucional

de la imparcialidad e independencia de toda autoridad con poder jurisdiccional, lo que obviamente ya contamina de manera irremediable su *imperium* y anula toda actuación posterior. O sea, que dicha violación no puede ser corregida o apuntalada con muletas posteriores, ya que la renquera originaria la desnuda y patentiza al proseguir el descamino originario con el referido anodino intento por cohonestar el entuerto.

Que, lo expresado precedentemente se encuentra avalado de manera conteste y uniforme por toda la doctrina existente sobre la materia. Así, Hugo Alsina, en su “Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial”, enseña que: “El ejercicio de la acción corresponde a cualquiera que pretenda la protección jurisdiccional, sin el requisito de la previa legitimación, el que será considerado recién en la sentencia. Quien la ejerce tiende a la obtención de una sentencia favorable, es decir, al reconocimiento de una situación regulada por el derecho privado, pero esa protección sólo puede acordarla el órgano público encargado de la función jurisdiccional, el que resuelve la litis aplicando las normas del derecho objetivo. Desde este punto de vista puede decirse entonces que la acción tiende a la protección del derecho subjetivo mediante la actuación del derecho objetivo. De aquí resultan dos consecuencias: la primera de las cuales es que el proceso presta un servicio al particular en cuanto le permite obtener del Estado la protección de un interés individual; y al mismo tiempo presta un servicio al Estado en cuanto le proporciona la oportunidad de satisfacer el interés colectivo en el mantenimiento del orden jurídico. La segunda es que justamente esta circunstancia caracteriza la acción como derecho público subjetivo, en cuanto ella importa una condición para la actuación de un órgano del Estado en el ejercicio de una función pública” (a.c., o.c, T I, pág. 334, Edit. Ediar, Bs. As., año 1956). Y es justamente esa protección jurisdiccional que da el ejercicio de la Magistratura judicial con poder jurisdiccional la que se desnaturaliza palmariamente al asumir al mismo tiempo el impulso de la acción. Sabido es que no hay acción sin interés, y que el interés es la medida de la acción. La Constitución Nacional garantiza que el Juzgador no debe tener interés en el juicio o proceso, que el interés es prioritario, exclusivo cuan excluyente de las partes litigantes y no del órgano Juzgador. He allí el meollo de la inconstitucionalidad del fallo dictado por un Tribunal colegiado que impulsó per se la acción o la promoción del juicio.

Que, Alberto M. Binder en su libro “Introducción al Derecho Procesal Penal, en la “Segunda Parte” de su obra, titulada “Diseño Constitucional del Pro-

ceso Penal”, bajo el subtítulo “La Constitución Nacional en clave política”, claramente dice: “La Constitución Nacional es la ley fundamental de nuestro país: ella es producto del poder constituyente, es decir, de la capacidad y el derecho que tiene el pueblo de establecer su propio gobierno y de fijar las normas básicas de la convivencia social”; para más adelante agrega: “En consecuencia, debemos figurarnos que la Constitución Nacional forma una especie de escudo protector de la dignidad humana. Abandonemos, por el momento, la imagen de la pirámide kelnesiana y pensemos que nuestra ley fundamental conforma círculos concéntricos, cuyo punto central es, precisamente, la persona humana en la dimensión total de su dignidad humana, que incluye, entre otras cosas, la dignidad de los grupos sociales en los que esa persona adquiere su plenitud. La figura de los círculos concéntricos es adecuada porque la Constitución Nacional estructura diversos sistemas de protecciones o resguardos frente al uso arbitrario del poder” (a.c., o.c., págs. 67, 70/71, Edit. Ad-Hoc, Bs. As., año 1999). Se puede interpretar de manera obvia que esos círculos concéntricos a que se refiere el autor se van formando de su punto entro donde se ubica a la Constitución Nacional como parte máxima superior del escalonamiento del cual deriva.

Que, al respecto Hans Kelsen en su libro “Teoría pura del Derecho”, en su Capítulo V, titulado “Dinámica Jurídica”, bajo el subtítulo “La construcción escalonada del orden jurídico”, en lo medular y atinente al tema, dice: “La norma que regula la producción es una norma superior, mientras que la producida conforme a esa determinación es la norma inferior. El orden jurídico no es un sistema de normas de derecho situadas en un mismo plano, ordenadas equivalentemente, sino una construcción escalonada de diversos estratos de normas jurídicas (a.c. o.c., pág. 232, Edit. Porruá, México, año 1995). Y es a esa pretensión de poner en el mismo plano o escalón o círculo central donde se configura a la propia Constitución Nacional, la facultad de violar una garantía por ella consagrada y por ende prioritaria o superior, es que se opera o genera el uso arbitrario del poder de que habla el connotado jurista Binder, con relación a lo establecido en la norma del Art. 16 de la Ley 1.084/97, en la parte que autoriza o faculta al Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados y que por ende da pie a la inconstitucionalidad del proceso o juicio al ser iniciado de esa manera bastarda en riña no sólo con las garantías constitucionales del debido proceso, sino que contra los principios procesales basados justamente en dichas garantías de la Ley Suprema.

Que, a mayor abundamiento cabe recordar a Lino Enrique Palacio cuando en su obra “Derecho Procesal Civil”, bajo el subtítulo “Pretensión y Demanda”, expresa: “a) Al circunscribir el análisis científico exclusivamente alrededor del binomio representado por los conceptos de acción y de demanda, y al concebir a esta última como el modo de ejercitar la acción en cada caso particular, un considerable sector de la doctrina se ha visto forzado a atribuir a la demanda las características y las funciones que corresponden, en realidad, a la pretensión procesal, la cual, en consecuencia queda al margen de la problemática del proceso, o bien se diluye entre aquellos dos conceptos: b) Concebida la pretensión, en cambio, como objeto del proceso, ella quiere un significado específico que la diferencia debidamente tanto de la acción como de la demanda. Que la acción no debe confundirse con la pretensión quedó demostrado anteriormente cuando señalamos que la primera no es otra cosa que del derecho en cuya virtud la segunda puede ser llevada a la consideración de un órgano judicial. Y ahora corresponde destacar que tampoco cabe identificar a la pretensión con la demanda, por cuanto esta última, lejos de constituir el objeto del proceso, no es más que un medio de promoverlo o, en otras palabras un mero acto de iniciación procesal”. Y bajo el subtítulo: “Caracteres de pretensión”, agrega: “Hemos definido a la pretensión procesal como el acto en cuya virtud se reclama ante un órgano judicial (o eventualmente arbitral), y frente a una persona distinta, la resolución de un conflicto suscitado entre dicha persona y el actor de la reclamación” (a.c., o.c., T I, págs.. 383, 384 y 385, Edit. Abeledo Perrot, Bs. As., año 1986). Y en este caso es el propio órgano judicial el que ha impulsado el juicio, anticipándose obviamente a cualquier denuncia o acción promovida que necesariamente debe configurar o constituir toda cabeza de proceso o juicio, anticipándose obviamente a cualquier denuncia o acción promovida que necesariamente debe configurar o constituir toda cabeza de proceso o juicio, plasmando o materializando una pretensión bastarda que no corresponde al órgano Juzgador que debe permanecer independiente e imparcial, contaminándose al violar garantías constitucionales consumando un fallo inconstitucional y por ende nulo.

Que, en la obra de Lino Enrique Palacio Y Adolfo Alvarado Velloso “Código Procesal Civil y Comercia de la Nación”, en el Capítulo IV “Debes y facultades de los jueces”, bajo el subtítulo “Deberes de los Jueces en General – Concepto y clases”, se lee “Son deberes de los jueces, en general, los imperativos jurídicos que los sujetan a la observancia de determinadas conductas... Deberes funcio-

nales de los jueces... se vinculan genéricamente con el desempeño de la actividad del juez, y pueden ser inmanentes a la función o legales. Los primeros hacen a la esencia o a la misma razón de ser de la mencionada actividad o a la misma razón de ser de la mencionada actividad, en tanto que los segundos, por el contrario, responden a necesidades contingentes y atienden a razones de política legislativa encaminadas a concretar una correcta administración de justicia"; agregando seguidamente: "Deberes inmanentes a la función judicial. El acatamiento a este tipo de deberes conforma el presupuesto mínimo al que se halla condicionada la función consistente en impartir justicia, de manera que su inobservancia desnaturaliza a dicha función y conduce a descalificar como actos judiciales válidos, a los que resultan de esa conducta" y redondeando luego con precisión de manera bien clara: "Sin pretensiones de taxatividad se analizarán seguidamente, dentro de la mencionada categoría, los deberes de independencia, imparcialidad, lealtad, ciencia, diligencia y decoro". Más adelante los autores al ocuparse del a imparcialidad como elementos esencial de la función judicial, siendo fácil entrever que este atributo le es requerido funcionalmente al magistrado como síntesis omnicomprendiva de los restantes" (aa.cc. o.c., T. , págs.. 23, 30/31 y 33, Edit. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, R.A., año 1988). Y es esa imagen del conocido triángulo del jurisconsulto italiano José Chiovenda para graficar todo proceso judicial con la colocación de las partes en los extremos de su base y el juez en el vértice, al devenir a todas luces desdibujado como figura geométrica si el Juez asume el rol de una de las partes como el caso de iniciar de oficio el juicio, que por violar ese deber de imparcialidad requerido funcionalmente al magistrado como síntesis omnicomprendiva de todos los restantes deberes, que el actuar del Juez o Tribunal deviene inconstitucional, por ser justamente la garantía constitucional de imparcialidad la violada en el caso que nos ocupa.

Que, considero también prudente y oportuno agregar que el principio *iura novit curia*, o sea, de que "el tribunal conoce el derecho" (Diccionario de Latín jurídico de Nelson Nicolliello, pág. 152, Edit. J. M. Bosch , Barcelona, año 1999), deviene perfectamente aplicable al caso, ya que es sabido que si la nulidad es de orden público y que en el fuero penal antes de siquiera entrar a estudiarse la admisibilidad del recurso debe decretársela, con mayor razón la inconstitucionalidad que justamente fulmina de nulidad toda actuación o resolución. Y en el caso que nos ocupa el propio accionante ha accionado atacando de inconstitucional al fallo materia de estudio, que a mi criterio es nulo por inconstitucional.

Que, Segundo V. Linares Quintana en su “Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional”, en la Sección Vigésima de su Tratado, titulada “Organización del Poder Judicial”, al hablar de la “Naturaleza y caracteres” de dicha función, dice: “La función jurisdiccional es la que mejor define el carácter jurídico del Estado constitucional”, agregando más adelante: “Por eso ha dicho Posada que “la función judicial distinta –¿poder?, orden– es, históricamente, una consecuencia de la diferenciación de las actividades del Estado y de la descomposición del poder absoluto de los reyes: doctrinalmente responde a la especialización de los momentos esenciales de la realización del derecho –desde el de la elaboración de la norma jurídica hasta el de su aplicación concreta y eficaz–, y de modo más esencial, a la concepción del Estado como régimen jurídico de garantías. La función judicial, al construirse como un conjunto de instituciones más o menos sustantivas, encargadas de aplicar jurídicamente las normas, se pone en condiciones de realizar el régimen de garantías defensivas –jurisdiccionales- de los derechos de todos frente a todos, y con sus procedimientos, sus juicios, sus decisiones, su protección del derecho concreto, mediante un sistema de solemnidades y recursos, debe dar una significación y una eficacia prácticas al derecho constitucional, concebido y vivido como régimen de garantías jurídicas” (a.c., o.c., T 9, pág. 404, Edit. Alfa, Bs. As., año 1963). Se tiene así bien entendido que toda función jurisdiccional, como lo ejerce el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, está o debe ponerse en condiciones para concretar o “realizar el régimen de garantías defensivas –jurisdiccionales- de los derechos...”; y las garantías conculcadas por la norma del Art. 16 de la Ley N° 1.084/97 en la parte que faculta al Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados al iniciar de oficio el juicio, conforme se mencionara, son las establecidas en el Art. 16 de la Constitución Nacional.

Que, Germán J. Bidart Campos, en su obra “El Derecho Constitucional del Poder”, en el Capítulo XXIV titulado “La Administración de Justicia”, luego de referirse a la acción y a la pretensión, en que la distingue en dos formas, la “pretensión material, que se da contra el adversario” y la “pretensión formal, que se da frente al Estado para que dicte un pronunciamiento acerca de la pretensión material”, pretensión que asumió el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados al iniciar per se el juicio cuyo fallo es objeto de la acción de inconstitucionalidad, bajo el subtítulo “El proceso”, prosigue diciendo: “La actividad jurisdiccional que se moviliza a través del proceso tiene un fin público, que es,

precisamente, hacer justicia a los justiciables”, redondeando seguidamente: “Puestos frente a frente el derecho de los individuos a la jurisdicción, y a la obligación de administrar justicia, como relación entre el individuo y el Estado, la acción procesal nos interesa en cuando da origen al proceso en el cual se ejercita la función jurisdiccional –o en cuanto lleva a una persona a ingresar al proceso iniciado por otra-. Con ello queda satisfecho el principio de la autonomía de la acción, que ve en la acción la pretensión formal incoada ante el órgano jurisdiccional, con independencia de la pretensión material que se hace valer en el proceso contra el demandado. En primer plano tenemos la pretensión formal de tutela jurídica, de protección a la pretensión material. El derecho a la jurisdicción, movilizándolo en la acción y en el proceso, obliga al Estado a deparar la jurisdicción, a prestar la función de administración de justicia, a dictar la sentencia. La sentencia encierra siempre –aunque no haga lugar a lo petitionado– una tutela a la pretensión material, desde que la resuelve con justicia” (a.c., o.c., págs. 255/256, Edit. Ediat, Bs. As. Año 1967). Se vuelve a ver así que el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados al haber iniciado de oficio el juicio ha incurrido en la violación de las garantías constitucionales que aseguran a todo ciudadano el debido proceso con jueces imparciales e independientes.

Que, una mayor claridad sobre la violación constitucional que amerita la pretensión jurídica de la accionante, la brinda Eduardo J. Couture en su libro “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, cuando en el Capítulo I de su obra titulado “La Jurisdicción” al ocuparse del alcance de la definición de la misma, dice: “Normalmente los órganos de la jurisdicción son los del Poder Judicial; pero esta circunstancia no excluye que funciones jurisdiccionales puedan ser asignadas a otros órganos. La función se realiza en el Estado democrático, por institución del orden jurídico. La justicia no se emite en nombre del rey, ni del presidente de la República, ni del pueblo. Se emite en nombre de la Nación organizada como tal. La idoneidad de los órganos supone la idoneidad de los agentes que desempeñan los cometidos del órgano. Esa idoneidad exige, ante todo imparcialidad”; para más adelante agregar: “El cometido inmediato de la jurisdicción es decidir conflictos y controversias de relevancia jurídica” (a.c., o.c., pág. 41 y 42/43, Edit. Desalma, Bs. As., año 1958). Y es esa imparcialidad garantizada por la Constitución Nacional la que se ve palmariamente avasallada por la norma del Art. 16 de la Ley N° 1.084/97 al facultar a actuar de oficio al órgano con poder jurisdiccional colocándose con absurdidad amén de inconstitucionalidad en fun-

ción de parte y no de Juez imparcial al asumir el rol de accionante al instar el procedimiento anticipándose a la propia existencia del conflicto o controversia que obviamente son los creadores de todo juicio o litigio sometido al poder jurisdiccional, que debió iniciarse con la acusación del Ministerio Público y no pretenderse introducir como si se tratara de otro juicio ya iniciado por el Tribunal sin el requerido accionamiento previo, o por lo menos una denuncia grave previa. Couture en su referida obra bajo el subtítulo “Acción y Pretensión”, manifiesta: “El derecho a demandar (*rectius*: el derecho a promover y llevar adelante el proceso) es, justamente, la acción. Todo sujeto de derecho tiene, como tal, junto con sus derechos que llamamos, por comodidad de expresión, materiales o sustanciales (en el ejemplo, la propiedad) su poder jurídico de acudir a la jurisdicción. Denominamos acción a este poder jurídico, y el derecho de demandar no es sino el ejercicio concreto del derecho de acudir a la jurisdicción, ya que el proceso civil se halla regido pro la máxima *nemo iudex sine actore*. La acción civil se hace efectiva mediante una demanda en sentido formal, y esta no es sino el ejercicio de aquella” (pág. 74). Y este es el principio básico y elemental de todo juicio, que no puede existir juicio o proceso sin un actor o demandante. Y en el caso del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados se inició un juicio sin actor o siquiera denunciante, lo que lo invalida como tal, como juicio y consecuentemente el fallo recaído en dicho juicio deviene inconstitucional y por ende nulo.

Que, el mismo renombrado jurista, o sea, Eduardo J. Couture, en otra obra suya titulada “Introducción al Estudio del Proceso Civil”, en el primer Capítulo “La Acción en Justicia” bajo el subtítulo “Acción y petición”, dice: “Aunque la palabra acción ha tenido a lo largo del tiempo significados variables y aun en el derecho contemporáneo tiene multitud de significados diferentes, parece hoy necesario admitir que existe cierto acuerdo en llamar acción a este poder jurídico del actor de provocar la actividad del tribunal. La acción, en último término, en su sentido más estricto y depurado, es sólo eso: un derecho a la jurisdicción”. Y al referirse a los diferentes significado de la palabra acción tiene anotado en letras más pequeñas al pie de la página lo siguiente: “La palabra “acción” tiene quince (!) acepciones diferentes en el estudio, realmente excelente, de Pekelis, en el Nuevo Digesto Italiano, t. I, p. 92,. En el campo del procedimiento civil tiene, cuando menos, tres significados diversos: a) como sinónimo de derecho; b) como sinónimo de demanda, en el sentido formal del vocablo; c) como sinónimo de facultad de actuar en juicio. Así, Prfieto Castro, La acción en el

derecho español, cit. Es en esta tercera acepción que nosotros utilizamos la palabra en toda la extensión de este estudio” (a.c., o.c., págs. 18 y 19, Edit. Arayú, Bs. As., año 1953). No cabe duda que el que acciona es parte litigante, y todo proceso o juicio sólo cabe iniciarse con la promoción de la acción que de ninguna manera puede estar a cargo o ser ejercida por el Juzgador sino de los justiciables que se someten a su poder jurisdiccional.

Que, en apoyo doctrinario también deviene oportuno mencionar a J. Ramiro Podetti, cuando el connotado tratadista en su “Tratado de la Competencia”, en la Tercera Parte de su obra titulada “El Juez y sus auxiliares”, bajo el subtítulo “La función de juzgar”, enseña: “Juzgar es formar y enunciar un juicio sobre personas, cosas o hechos. En lo que se refiere a la función jurisdiccional, es decidir, previa sustanciación y conforme a los hechos y al derecho, las cuestiones propuestas por los interesados” (a.c., o.c., pág. 157, Edit. Ediar, Bs. As., año 1954). En el caso que nos ocupa el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados en lugar de ceñirse a su función jurisdiccional de juzgar con imparcialidad sobre hechos traído a su conocimiento por los interesados, o sea por la parte o partes del juicio, quienes son facultados para formular las propuestas o pretensiones jurídicas; en lugar de ello, repito, motu proprio instó el procedimiento dando inicio al juicio en ausencia de accionante o denunciante, y he allí el pernicioso despropósito cometido al violentar garantías constitucionales.

Que, abundando más en consideraciones en el encaminamiento doctrinario conducente a desnudar el descamino constitucional del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados en enjuiciar de oficio, estimo también prudente y oportuno citar a Hernando Devis Echandía, cuando el jurista y catedrático de nota en su libro “Teoría General del Proceso – Aplicable a toda clase de procesos”, en el Capítulo III de su obra titulada “Principios fundamentales del derecho procesal”, dice: “En dos categorías dividimos los principios fundamentales de la ciencia procesal: los que sientan las bases generales del derecho procesal y los que miran a la organización del proceso. Sobre los primeros las opiniones están unidas, y en la casi totalidad de los Estados modernos los encontramos consagrados. Son: a) Principio de interés público o general del proceso... b) Carácter exclusivo y obligatorio de la función jurisdiccional del Estado... c) *Independencia de la autoridad judicial*. Para que se pueda obtener el fin de una recta aplicación de la justicia, es indispensable que los funcionarios encargados de tan delicada y alta misión puedan obrar libremente en cuanto a la apreciación

del derecho y de la equidad, sin más obstáculos que las reglas que la ley les fije en cuanto a la forma de adelantar el proceso y de proferir su decisión. Este principio rechaza toda coacción ajena en el desempeño de sus funciones. El juez debe sentirse sobreaño en la recta aplicación de la justicia, conforme a la ley. Por eso, nada más oprobioso que la existencia de jueces políticos, de funcionarios al servicio de los gobernantes o legisladores, deja de ser un Estado de derecho. También requiere este principio que las personas encargadas de administrar justicia sean funcionarios al servicio de los gobernantes o legisladores, deja de ser un Estado en donde los jueces sufran la coacción de gobernantes o de los partidos. Un Estado en donde los jueces sufran la coacción de gobernantes o legisladores, deja de ser un Estado de derecho. También requiere este principio que las personas encargadas de administrar justicia sean funcionarios oficiales con sueldos pagados por el estado. d) Imparcialidad rigurosa de los funcionarios Judiciales. Esta imparcialidad es una de las razones que exigen la independencia del órgano judicial en el sentido expuesto. Pero con ella se contempla, además, la ausencia de todo interés en su decisión, distinto del de la recta aplicación de la justicia. Al juez le está vedado conocer y resolver asuntos en que sus intereses personales se hallen en conflicto con su obligación de aplicar rigurosamente el derecho. No se puede ser juez y parte a un mismo tiempo” (a.c., o.c., págs.. 55/56, Edit. Universidad, Bs. As., año 1997). Y por el Art. 16 de la Constitución Nacional los principios fundamentales del derecho procesal de independencia e imparcialidad son consagrados como garantías constitucionales en la República del Paraguay, las que son violadas por la parte referenciada del Art. 16 de la Ley N° 1.084/97, que a todas luces es inconstitucional y que en el presente juicio debe ser declarada su inconstitucionalidad anulándose el fallo dictado como consecuencia de dicha violación.

Que, cierro la fundamentación doctrinaria que considero prudente, oportuna y hasta necesaria en abono de la inconstitucionalidad de la aludida parte del Art. 16 de la referida Ley N° 1.084/97, con lo expresado por Enrique Bacigalupo, en su libro “Principios Constitucionales de Derecho Penal”, cuando el connotado magistrado del Tribunal Supremo de España y catedrático universitario, en el Capítulo I de su obra, titulado: “Protección de los derechos fundamentales por la jurisdicción constitucional y por el Poder Judicial”, dice: “La existencia de una jurisdicción constitucional para los derechos fundamentales presupone, como es claro, un sistema constitucional y jurídico determinado”,

para más adelante agregar: “Las mismas razones que permiten un control constitucional de las normas, es decir, de la actividad legisferante del Parlamento y del gobierno, posibilitan un control de constitucionalidad de las normas individuales, o sea, del respeto de los derechos fundamentales en la actividad jurisdiccional” (a.c., o.c., págs. 14 y 19, Edit. Hammurabi, Bs. As., año 1999). Y es justamente por la subordinación obligatoria de las leyes a los derechos fundamentales y garantías constitucionales, que considero violatoria de la Carta Magna esa facultad otorgada al Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados para enjuiciar de oficio.

Que, antes de concluir este voto considero prudente y oportuno dejar bien aclarado que el argumento de que el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados es un ente o Institución de carácter administrativo y no jurisdiccional carece de solidez y deviene falaz. Ello porque bien es sabido que cualquier juez instructor sumarial o juez de sumario administrativo carece de funciones jurisdiccionales porque en el breve plazo que le fija la ley para concluir su trabajo de investigación y decisión final, no puede disponer la aplicación de sanción alguna, sino sólo el recomendar a la autoridad que lo designó para dicho trabajo, y es esa autoridad administrativa la que tiene la potestad de tomar la decisión que considere justa o necesaria, como ser la destitución del funcionario sumariado u otra sanción, como traslado, etc., o en su caso disponer la permanencia del mismo. Esa es la competencia que tiene un órgano dentro de la administración pública. En ese sentido cabe recordar lo expresado por Salvador Villagra Maffiodo en su libro “Principios de Derecho Administrativo” en el Capítulo VII “Órganos y Agentes Estatales”, en el N° 7 “Designación y competencia de los órganos”, en lo medular dice: “Son elementos esenciales de los órganos su designación y la determinación de su competencia. Normalmente los dos elementos se dan al mismo tiempo, pues no es probable que se designe un órgano sin que se designe su competencia. Sin embargo puede ocurrir que hallándose definida una esfera de competencia, como la necesaria para la aplicación de una ley, no esté designado el órgano ejecutor. Por esta razón hay que considerar los dos elementos por separado. El principio fundamental es que ningún órgano puede designarse a sí mismo y determinar su propia competencia. Si así ocurriera sería un acto revolucionario, lo que bajo el eufemismo de acto institucional no es infrecuente en nuestro tiempo”; para seguidamente agregar: “El órgano debe estar designado y determinada su competencia en la norma superior que será por él ejecutada

o aplicada. Examinemos las diversas situaciones que pueden presentarse. 1) Los órganos llamados a reglamentar, ejecutar y aplicar la Constitución, que son los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial con sus respectivas competencias, deben estar y están designados en la misma Constitución. 2) Los órganos de ejecución o aplicación de la ley deben estar designados en la misma ley.” (a.c., o.c., pág. 116, Edit. El Foro, año 1981). Con lo precedentemente expresado queda bien claro que encontrándose en la estructura constitucional el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, ubicado en el Título 2º, De La Estructura y de la Organización del Estado, Capítulo 31, Del Poder Judicial, Sección 1ª, De las disposiciones generales, el Art. 253, que reza: “Del Enjuiciamiento y de la remoción de los Magistrados: Los magistrados judiciales sólo podrán ser enjuiciados y removidos por la comisión de delitos, o mal desempeño de sus funciones definidos en la ley, por decisión de un Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados. Este será integrado...”. Con ello obviamente se está diciendo que se trata de un órgano del Poder Judicial llamado “a reglamentar, ejecutar y aplicar la Constitución” como dice el Prof. Villagra Maffiodo en su conocida obra, y justamente como único órgano destinado por la Carta Magna para enjuiciar y remover a los magistrados judiciales. Como se ve, la propia Constitución Nacional es la que faculta al Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados para enjuiciar y remover a los magistrados judiciales, y enjuiciar es intervenir en un juicio en el que como se ha demostrado debe haber una parte que acciona por lo menos que denuncia un hecho ilegítimo y que por ello alguien asuma el rol de accionante para que se requiera la presencia del Juez o autoridad con facultad de enjuiciar, juzgar y dictar sentencia para remover o no al enjuiciado. Hasta en el propio fuero contencioso administrativo se requiere de la existencia de terceros con interés directo y coadyuvante para todo juicio. En la referida obra del Prof. Salvador Villagra Maffiodo, en el Capítulo XIX “Procedimiento Contencioso-Administrativo”, en el N° 7 “Terceros con interés directo y coadyuvantes”, se lee: “El particular perjudicado o favorecido por la resolución administrativa, puede no ser el único interesado en su revocación o mantenimiento. Cabe distinguir dos situaciones diferentes”, para luego de explicarlas, concluir diciendo: “La admisión del tercero como “parte” y del coadyuvante cabe bajo la Ley 1.462, con el criterio fundamental de que “el interés es la medida de la acción...”; para redondear en el N° 8 “Iniciación del juicio”, precisar: “Presentada la demanda, antes de darle curso el Tribunal...” (o.c., págs.. 336 y 337); con ello se recalca lo que ya había

expresado al inicio de la fundamentación del voto: que el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados si se le da la facultad inconstitucional de iniciar el juicio sin que aparezca el tercero con interés directo, reúne la condición de ser juez y parte de su propio juicio, todo un despropósito inconstitucional.

Que, concluyo finalmente que desde la otra óptica – conforme expresara inicialmente – si se pretende darle un sesgo de órgano de carácter administrativo al Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, no existe en todo el sistema legal o en el derecho positivo de la República, ningún órgano o Institución de carácter administrativo que tenga la facultad de enjuiciar o procesar para seguidamente dictar fallo del cual pudiera derivarse pena o sanción alguna. Y menos aún para dictar sentencia para remover de sus cargos nada menos que a los Jueces de la República, que tiene poder jurisdiccional, sino sólo el órgano ubicado dentro de la estructura del Poder Judicial, que es el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, que por resultar de esa manera investidos del referido poder jurisdiccional, juzgarán y sancionarán con sentencias definitivas a los magistrados judiciales de la República. Es fundado en ello que sostengo que dicho Tribunal llamado Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, no puede juzgar nada menos que a un Juez sin que medie una acusación o por lo menos una denuncia de alguien que sea responsable, como ocurre con cualquier otro ciudadano cuando es juzgado, por lo que el enjuiciamiento de oficio, siendo así juez y parte el juzgador, es una aberración jurídica escandalosa, a todas luces inconstitucional.

Que, consecuentemente y fundado en las garantías constitucionales establecidas en el Art. 16 de la Carta Magna, amén de la profusa doctrina sentada de manera conteste y uniforme por todos los tratadistas precedentemente citados y que fulminan la actuación de todo juez como accionante al instar el procedimiento suplantando a la parte actora o por lo menos denunciante, fundado en las atribuciones o facultades otorgadas por la norma del Art. 260 de la Constitución Nacional a la Sala Constitucional de la Excma. Corte Suprema de Justicia, soy del criterio de hacerse lugar a la acción de inconstitucionalidad promovida por la abogada Teresita de Jesús Escobar Vázquez. Aquí lo que cuestiono de manera objetiva es el descamino procesal pernicioso en que incurrió por causa de una ley o disposición legal inconstitucional, y no por la conducta o accionar de persona enjuiciada alguna, la que sólo puede ser puesta en tela de juicio en el cause del debido proceso. El proceder del magistrado judicial –con-

forme lo he expresado al inicio de este voto- debe ser objetivo y despojado de toda subjetividad que enturbia el espíritu y embarga el pensamiento, y ello porque somos jueces de derecho, no jueces de conciencia, y sólo por esa vía se debe encaminar el poder jurisdiccional. Es mi voto.

A su turno el Magistrado GARCÍA AYALA dijo: Después de realizar el análisis de los autos, de la S.D. N° 26 de fecha 02 de noviembre de 2004 dictada por el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados y el proyecto de resolución del preopinante DR. CARLOS A. BRAY MAURICE, considero necesario formular algunas consideraciones antes de emitir mi voto en el sentido en que lo haré posteriormente.

La Abogada Teresita De Jesús Escobar Vázquez promueve Acción de Inconstitucionalidad contra la mencionada sentencia dictada por el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, obrante a fs. 222/226 de los autos caratulados: “Abog. Teresita Escobar Vázquez, Jueza Electoral del Segundo Turno de la Capital s/ Enjuiciamiento”, cuyas compulsas se halla agregadas a estos por cuerda separada, que resolvió: “... 1) REMOVE a la Ab. Teresita de Jesús Escobar Vázquez del cargo de Juez Electoral del Segundo Turno de la Capital, por mal desempeño de sus funciones, de conformidad al art. 14 inc. B) de la Ley 1084/97 y su modificatoria Ley No. 1752/01 “Que regula el procedimiento para el enjuiciamiento y remoción de magistrados”. 2) REMITIR los antecedentes de este enjuiciamiento al Ministerio Público para la investigación de la probable comisión del hecho punible previsto en el Art. 313 del Código Penal tipificado como “Cobro indebido de honorarios”. 3) COMUNICAR a las Cámaras del Congreso de la Nación, a la Corte Suprema de Justicia y al Consejo de la Magistratura. 4) ANOTAR, registrar y notificar”.

“Normas constitucionales y legales infringidas”

La Decisión Judicial adoptada por el Jurado de Encuiciamiento de Magistrados afecta gravemente los derechos constitucionales y legales relacionados al cumplimiento estricto de las reglas del debido proceso y las garantías constitucionales.

“...Esta transgresión constitucional puede individualizarse en la violación de lo establecido en los preceptos expuestos a continuación: artículos 16 y 17 inc. 9, 47 numeral 2, 137, 256, 265 2p, 1p de la Constitución De La República Del Paraguay: Y el art. 13 de la ley 1084 que regula el procedimiento para el enjuiciamiento y remoción de magistrados, y el 15 inc. b del Código Procesal Civil sin

perjuicio de otras que están estrechamente vinculadas a la violación del derecho, y fundamentalmente a la garantía del Debido Proceso.

Menciona lo expuesto por el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados en la sentencia, en la que consta que se basa en lo dispuesto por el Art. 14 inc. b) de la Ley N° 1084/97 que transcribe.

Analizada la sentencia atacada de inconstitucional afirmando la inexistencia de la causal alegada, por lo que según ella, el Jurado no respetó el Art. 253 de la Constitución Nacional que dispone: "...Los Magistrados Judiciales sólo podrán ser enjuiciados y removidos por la comisión de delitos y mal desempeño de sus funciones", y seguidamente se pregunta: "en qué consiste el mal desempeño de sus funciones en que ha incurrido, definido en la ley que regula el funcionamiento del Jurado que en el Art. 14 inc. b) establece: "...Incumplir en forma reiterada y grave las obligaciones previstas en la Constitución Nacional, Código de Procesales y otras leyes referidas al ejercicio de sus funciones...".

"...La resolución judicial impugnada adolece de vicios o defectos, por haber sido dictada contrariando los preceptos de la Constitución Nacional y por ende el Principio de supremacía de la Constitución consagrado en nuestro derecho. "La ley suprema de la República es la Constitución (art. 137 1° p. 1er. P.C.N.)".

Más adelante manifiesta: Inexistencia De La Causal Alegada: El Jurado no ha respetado lo establecido en el Art. 253 de la C.N. vigente que establece: "Los Magistrados Judiciales sólo podrán ser enjuiciados o removidos por la comisión de delitos o mal desempeño de sus funciones...".

Señala que la causa de su enjuiciamiento es la de haber percibido dos sueldos, explica que las circunstancias que motivaron ese hecho, y seguidamente expresa: "...evidentemente que ello de ninguna manera configura esta causal y menos la de haber dejado de cumplir las obligaciones que me impone la C.N. las leyes procesales y otra leyes referidas al ejercicio de mis funciones...".

Sostiene que la cuestión del doble sueldo que percibió durante unos meses guarda relación con el "...sistema administrativo del pago de los salarios, tanto de los funcionarios defensores como la de magistrados, que tiene a su cargo la Corte Suprema de Justicia y la responsabilidad de los errores que se cometen en atribuir salarios indebidos, sea por error o mala fe, es una exclusiva responsabilidad de dicha Dependencia Administrativa y que de ninguna manera se me puede imputar, habida cuenta de que no tengo acceso a dichos manejos, y es más, dichas decisiones son totalmente ajenas a mi voluntad y conocimiento; en

cualquiera de los casos, este hecho, como ha ocurrido en otros casos con otros magistrados que se ha depositado a su cuenta después de haber ascendido sin que se haya hecho el corte administrativo correspondiente, es de exclusiva responsabilidad de la Dirección Administrativa de la Corte Suprema de Justicia...”.

Sigue manifestando: “...En el caso particular es aún más importante la responsabilidad administrativa de la Corte teniendo en cuenta que la Defensa Pública depende exclusivamente de dicha institución tanto jurisdiccional como administrativamente, por consiguiente cuando se produjo mi ascenso al cargo de Juez de Primera Instancia de Segundo Turno de la Capital, obviamente al aceptar el cargo que comienza su ejercicio con el juramento que he prestado ante la Excelentísima Corte Suprema de Justicia el 26 de diciembre de 2002 donde centraba a ejercer mis nuevas funciones constitucionales, resulta obvio que ya he optado por este cargo y quedando vacante el cargo de defensor público de la Ciudad de Luque y por consiguiente la Corte Suprema de Justicia a través de su Dirección Administrativa inmediatamente debió hacer el corte administrativo y comunicar la vacancia al Consejo de la Magistratura.

“...Se infiere así en forma definitiva y concluyente de que en el fallo cuestionado en forma indebida se afirma de que yo debía optar por uno de los cargos para evitar incurrir en el cobro del doble sueldo, fundamento que de por sí no tiene sustento jurídico ni constitucional ni legal por lo que dicha afirmación resulta antojadiza y arbitraria...”.

Reitera que la imputación que se le atribuye de haber percibido doble sueldo, en los caracteres mencionados, mediante el depósito de dinero en su cuenta por las autoridades administrativas del Poder Judicial, no es por error ni causa imputable a su persona, por lo que ese hecho no puede configurar mal desempeño de sus funciones, máxime que cuando tuvo conocimiento del hecho, sin haber sido conminada, devolvió en su totalidad el dinero percibido indebidamente, y señala además que de las constancias de autos tampoco surge que ella haya tenido intención o dolo de cobrar indebidamente dichos salarios.

Continúa formulando consideraciones, afirma que hubo violación del debido proceso, errónea utilización de jurisprudencia y arbitrariedad en la sentencia recurrida, expone ampliamente sobre estos puntos, y agrega: “...La afirmación del fallo, que he violado en forma reiterada lo dispuesto en el art. 105 de la CN y el no haber optado por uno de los cargos, es totalmente falsa, ya que al

prestar juramento ya he optado por el cargo de Juez, y en consecuencia no he incurrido en mal desempeño impugnado...”.

Hace referencia a la inconstitucionalidad de las sentencias arbitrarias, cita una opinión doctrinaria y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, y concluye solicitando que cumplidos los trámites de rigor, dicte sentencia haciendo lugar a la presente acción de inconstitucionalidad y, en consecuencia, declarar nulo e inaplicable al caso, el fallo impugnado.

Después del análisis de los autos caratulados: “Acción de Inconstitucionalidad en el Juicio: “Abog. Teresita Escobar Vázquez, Juez Electoral del Segundo Turno de la Capital S/enjuiciamiento”, agregando a éstos, por cuerda separada; de la S.D. N° 26 de fecha 02 de noviembre de 2004 dictada por el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados cuya declaración de inconstitucionalidad petitiona la abogada Teresita De Jesús Escobar Vázquez, y también el proyecto de resolución del preopinante Dr. CARLOS A. BRAY MAURICE, debo manifestar en primer lugar, que manteniendo el criterio expuesto en otro caso similar integrando la Corte Suprema de Justicia por inhibición de sus miembros, en este caso también sostengo que el hecho de haberse iniciado de oficio el enjuiciamiento de un Juez por el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, no puede motivar la declaración de inconstitucionalidad de la sentencia dictada por la citada Institución, en razón de que la Ley N° 1.084/97 en su Art. 16 (última parte) faculta al Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados a actuar de esa manera contra los Jueces que incurren en las causales previstas en la citada ley.

En ese sentido me expedí en el caso mencionado en el que intervine integrando la Corte Suprema de Justicia por la razón expuesta, adhiriéndome al voto del distinguido Ministro de la máxima instancia judicial de la República en ese entonces, el Prof. Dr. JOSÉ ALTAMIRANO, quien al fundamentar su voto emitido en esa Acción de Inconstitucionalidad expresó: “...El impulso procesal de oficio dispuesto en la ley, no desnaturaliza la función propia del juzgado y naturalmente tampoco la del Jurado, en razón de que no se puede entender por este acto, que el Jurado se convierta en Juez y Parte al mismo tiempo. En todo caso la ley prevé otra vía procesal apropiada, debiendo el accionante haber opuesto la excepción de inconstitucionalidad (Art. 538 y ss), cuyo objetivo es evitar que la ley o acto normativo sean aplicados al caso específico en el que se la opone, es decir, lograr de la Corte una declaración prejudicial de inconstitucionalidad de un acto normativo antes de que el órgano Juzgador se vea en la obligación de aplicarla”.

En este caso, a mi criterio, el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados actuó conforme a las facultades que le otorga una ley vigente, al iniciar de oficio el enjuiciamiento de la nombrada Jueza, por lo que no corresponde declarar la inconstitucionalidad de la referida resolución por ese motivo.

Consta en el considerando de la S.D. N° 26 de fecha 02 de noviembre de 2004 dictada por el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados por el juicio en el que se dictó la Corte Suprema de Justicia, Ministerio de Hacienda, Banco Sudameris y Tribunal Superior de Justicia Electoral, respecto al supuesto cobro indebido de haberes por el cargo de Defensora de los Pobres de Luque por parte de la abogada Teresita De Jesús Escobar Vázquez, Jueza Electoral del Segundo Turno de la Capital.

Para el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados ese hecho amerita el enjuiciamiento de la nombrada Jueza, por "...mal desempeño de sus funciones específicamente por los hechos previstos en el artículo 14 inc. b) de la Ley N° 1084/07, que "Regula el procedimiento para el enjuiciamiento y remoción de magistrados", según expresa en el considerando de la referida Sentencia, en el que también se menciona que la misma admitió el hecho investigado, de la doble remuneración, pero negó la causal de enjuiciamiento, procediéndose a la transcripción de parte de lo expuesto en su descargo.

Al respecto cabe señalar que si bien es evidente que la Jueza enjuiciada incurrió en negligencia al no tomar las debidas precauciones respecto a su situación laboral al de Defensora de Pobres en la ciudad de Luque; y también después de ser designada para ocupar el cargo para el que concursó; no es menos cierto que también corresponde tener en cuenta lo expuesto por la misma al contestar el traslado que le corriera el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, que parcialmente se transcribe en el considerando de la sentencia cuya inconstitucionalidad plantea, como también en el escrito en el que promueve la acción en estudio, expresando:

"...Indiscutiblemente la cuestión de supuesto doble sueldo guarda relación con el sistema administrativo del pago de los salarios, tanto de los funcionarios defensores como la de los magistrados, que tiene a su cargo la Corte Suprema de Justicia y la responsabilidad de los errores que se cometan en atribuir salarios indebidos, sea por error o mala fe, es una exclusiva responsabilidad de dicha dependencia administrativa y que de ninguna manera se me puede imputar, habida cuenta de que no tengo acceso a dichos manejos, y es más, dichas deci-

siones son totalmente ajenas a mi voluntad y conocimiento; en cualquiera de los casos este hecho, como ha ocurrido en otros casos con otros magistrados que se le ha depositado en su cuenta después de haber ascendido sin que se haya hecho el corte administrativo correspondiente, es de exclusiva responsabilidad de la Dirección Administrativa de la Corte Suprema de Justicia...”.

A continuación agrega: “...En el caso particular es aún más importante la responsabilidad administrativa de la Corte teniendo en cuenta que la Defensa Pública depende exclusivamente de dicha institución tanto jurisdiccional como administrativamente, por consiguiente cuando se produjo mi ascenso al cargo de Juez de Primera Instancia de Segundo Turno de la Capital, obviamente al aceptar el cargo que comienza su ejercicio con el juramento que he prestado ante la Excelentísima Corte Suprema de Justicia el 26 de Diciembre de 2002 done entraba ejercer este cargo y quedando vacante el cargo de Defensor Público de la Ciudad de Luque y por consiguiente la Corte Suprema de Justicia a través de su Dirección Administrativa inmediatamente debió hacer el corte administrativo y comunicar la vacancia al Consejo de la Magistratura...”.

Además de lo afirmado en el mencionado escrito por la Jueza enjuiciada, considero importante señalar lo expuesto por la misma en la nota de fecha 17 de octubre de 2003 remitida al Presidente de la Corte Suprema de Justicia en el que expresa su renuncia al cargo de Defensora Pública de la Ciudad de Luque, en razón de haber sido nombrada Juez Electoral de la Capital por Decreto N° 768 de fecha 23 de Diciembre de 2002 de la Corte Suprema de Justicia, aclarando que dicha renuncia presentó recién en la fecha mencionada, luego de tener conocimiento de la nota N° 416 de fecha 13 de Octubre de 2003 remitida por el Señor Ministro de Hacienda Dr. Dionisio Borda la Presidente del Superior Tribunal de Justicia Electoral.

Igualmente estimo pertinente tener en cuenta lo expuesto en la referida nota remitida al Presidente de la Corte Suprema de Justicia cuya copia está agregada a foja 11/12 de estos autos, en los siguientes términos:

“...Con referencia al párrafo precedente se aclara que en fecha 24 de diciembre de 2002, es decir, al día siguiente de la firma del Decreto de nombramiento supra citado, los promovidos pertenecientes hasta esa fecha a la Defensoría Pública, autoridad competente para informar sobre situaciones como la del caso que nos ocupa, han mantenido una reunión con la Defensora General Abog. Noyme Yore Ismael, ocasión que fue aprovechada por la suscrita para

formular verbalmente a la misma la consulta sobre la formalidad de la renuncia expresa a su cargo para asumir el de Juez, a lo que recibió respuesta negativa, sosteniendo la Dra. Yore que los Defensores Públicos promovidos a Fiscales sí ameritan tal renuncia expresa por tratarse de instituciones diferentes y no así los Defensores promovidos a Jueces, puesto que estos últimos también siguen teniendo dependencia de la Corte Suprema de Justicia...”.

Además de los hechos referidos, también creo conveniente señalar que la actora en la presente acción de inconstitucionalidad, voluntariamente devolvió todo el dinero que percibió erróneamente en el concepto mencionado en los meses de enero a octubre del año 2003, según expresa en la nota de fecha 17 de octubre de 2003 remitida al Señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia cuya copia está agregada a foja 14 en la que se reitera su renuncia al cargo de Defensora de Pobres de la Ciudad de Luque, recién en esa fecha por las razones ya mencionadas precedentemente.

El análisis de los autos y de la sentencia cuya declaración de inconstitucionalidad peticiona la Jueza quien planteó la acción en estudio, me lleva a la conclusión de que las referidas circunstancias que se dieron en este caso, no se ajusta al o que el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados invoca como causal, la prevista en el artículo 14 inc. b) de la Ley N° 1.084/97, porque los hechos que se sucedieron referidos en los documentos obrantes en autos no acreditan la causal prevista en la referida disposición legal que claramente expresa: “...incumplir e forma reiterada y grave las obligaciones previstas en la Constitución Nacional, Códigos Procesales y otras leyes referidas al ejercicio de sus funciones...”, pues el hecho de haberse acreditado en su cuenta los haberes que ya no le correspondían por el cargo de Defensora de Pobres de la Ciudad de Luque que ya no ejercía desde el mes de enero del año 2003, sin ninguna intervención de su parte, pues diferente hubiera sido la situación si ella hubiese reclamado dicho pago, o hubiese percibido las sumas de dinero directamente firmando cada mes los recibos correspondientes, pero en este caso se procedía al depósito en su cuenta en un banco de plaza por error de la Dirección Administrativa de la Corte Suprema de Justicia porque, habiendo ella prestado juramento ante la referida institución en fecha 26 de diciembre de 2002, para ejercer el nuevo cargo de Jueza Electoral del Segundo Turno de la Capital, la Dirección Administrativa de la misma ya debió excluirla del cargo que ocupaba antes de su nombramiento para el nuevo cargo, el de Defensora Pública y, en consecuencia, ya no se le debió

acreditar el sueldo que correspondía al cargo que ya no ejercía desde la fecha de su juramento como jueza, como ya lo mencioné antes.

Sin embargo, la Dirección Administrativa de la Corte Suprema de Justicia nada hizo para evitar que erróneamente se siga acreditando mensualmente en su cuenta en el Banco correspondiente, el salario que le correspondía como Defensora Pública, desde el mes de enero hasta el mes de octubre de 2003, sin intervención alguna de su parte, por lo que ese hecho no puede constituir un mal desempeño de sus funciones, porque nada tiene que ver con la función que le corresponde desempeñar en el nuevo cargo de Jueza Electora del Segundo Turno de la Capital desde su juramento ante la Corte Suprema de Justicia en fecha 26 de diciembre de 2002.

Por otro lado, cabe señalar, además, que la sentencia atacada de inconstitucional por la actora, en el apartado segundo dispuso la remisión de los antecedentes del referido enjuiciamiento al Ministerio Público para la investigación de la posible existencia del hecho punible previsto en el Código Penal, en cuya tramitación el Juez Penal de Garantías N° Cuatro, quien entendió en dicha causa, dictó el A.I. N° 858 de fecha 16 de junio de 2006, cuya copia autenticada se halla agregada a fs. 71/72, que resolvió:

“...Calificar el hecho punible atribuido a la procesada Teresita De Jesús Escobar Vázquez, incursándolo dentro de las disposiciones del Art. 313 del Código Penal.

“...Hacer Lugar a la aplicación del criterio de oportunidad solicitado por el representante del Ministerio Público, Abog. Rodolfo Fabián Centurión, conforme al Requerimiento Fiscal de fecha 19 de Abril de 2006, obrante en autos, a favor de Teresita De Jesús Escobar Vázquez.

“...Extinguir la presente acción penal con relación a la citada imputada, en base a los argumentos expuestos en el exordio de la presente resolución.

“...Sobreseer definitivamente a la procesada Teresita De Jesús Escobar Vázquez, de nacionalidad paraguaya, soltera, de 34 años de edad, nacida en fecha 2 de octubre de 1971, en la ciudad de Concepción, con C.I. N° 1.445.501, dejando expresa constancia que la presente causa no afecta a su buen nombre y honor.

“...LIBRAR oficios.

“...ANOTAR, registrar, notificar y remitir un ejemplar a la Excm. Corte Suprema de Justicia”.

La referida resolución dictada en la jurisdicción penal en la causa que se le siguió a la Jueza Abog. Teresita De Jesús Escobar Vázquez conforme a lo dispuesto en el punto 2) de la S.D. N° 26 de fecha 2 de noviembre de 2004 dictada por el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, cuya inconstitucionalidad plantea la nombrada abogada, demuestra la inexistencia de la otra causal de enjuiciamiento prevista en el Art. 253 de la Constitución Nacional que es la "...Comisión de delitos...", hecho que se suma a lo afirmado precedentemente respecto a la otra causa prevista en el mismo artículo recién mencionado de la Constitución Nacional, el de "...mal desempeño de sus funciones definido en la ley..." en la que la nombrada Jueza no incurrió como lo señalé precedentemente al realizar el análisis de los autos en los que consta los hechos que se sucedieron con la nombrada Jueza, por los cuales el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados le enjuició de oficio invocando la referida causal prevista en la Constitución Nacional y en la Ley N° 1.084/97, concretamente en el Art. 14 inc. b) de la misma, dictando posteriormente la sentencia contra la cual la Jueza Teresita De Jesús Escobar Vázquez plantea la Acción de Inconstitucionalidad en estudio.

Conforme a las constancias de autos, a las consideraciones que anteceden y a las disposiciones de la Constitución Nacional y la Ley N° 1.084/97 citadas precedentemente, llego a la conclusión de que en este caso corresponde hacer lugar a la Acción de Inconstitucionalidad planteada por la abogada Teresita De Jesús Escobar Vázquez contra la referida sentencia dictada por el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados. Es mi voto.

A su turno el magistrado Gómez Frutos dijo: En primer lugar y lamentando no coincidir con el colega Conjuez preopinante, creo que es muy importante el factor Subjetivo en el Magistrado Judicial, ya que es él el que da un plus al derecho con su bonhomía, con su conducta ética cuestionable, e irreprochable contribuyendo con su intuición y su experiencia de vida así como su filosofía de vida a humanizar al derecho. Así como el artista busca la belleza y la contempla o la plasma en un cuadro, el magistrado busca la justicia en el caso concreto y para ello debe estar permeabilizado por perspectivas y nociones no sólo jurídicas, sino también axiológicas. Él no trabaja con hechos desnudos, no está en un laboratorio, sino que debe valorar para calificar y al mismo tiempo que pone, debe extraer determinados valores. Para más, nadie le regala la premisa mayor del silogismo o de los varios silogismos si desea utilizar dicho ético, siendo su interpretación de la norma no sólo cognoscitiva, sino valorativa.

Para mí la sentencia atacada de inconstitucional por arbitraria, no es tal, ya que pasa los controles de la normatividad, veracidad y logicidad, no existiendo siquiera un error honesto, ni una imperfección humana y mucho menos una equivocación que la vuelva inconcebible para una justa demostración de justicia, ya que no deniega derechos constitucionales, siendo totalmente inverosímil que la accionante no pueda distinguir entre un cargo de Defensora (abogada) y uno investido de Jurisdicción (magistrada o jurisprudente).

El colega que me precede en el voto aduce que el proceso está viciado de nulidad, ya que el mismo Jurado de Enjuiciamiento resolvió enjuiciar a la Sra. Jueza, y el mismo la condenó, olvidando que el proceso es un método civilizado, pero solo un método, que no tiene un fin en sí mismo, siendo su acto conclusivo y principal una sentencia, que en el caso en estudio fue suficientemente fundada y motivada.

La sentencia hoy tachada de inconstitucional cumple a cabalidad el art. 253 de nuestra Carta Magna, siendo la causal de mal desempeño de funciones, determinada no sólo por mera inadvertencia o negligencia pasajera como la aducida por la enjuiciada y separada, sino por la necesidad de que su conducta sea digna, ya que es la mayor garantía pública de idoneidad, siendo su negligencia (cobro de dos sueldos durante un tiempo prolongado) para mí sumamente grave, porque su conducta puede dañar y, en efecto, daña a la dignidad de su cargo y a la función pública.

Puede que la sentencia sea desacertada, ya que toda justicia humana es perfectible y de ninguna manera infalible, pero está fundada en la Ley Fundamental y en la N° 1.084/97, por lo que un Tribunal puede tener un error en la interpretación de la ley o en la valoración de una prueba, pero de ninguna manera pasa automáticamente a convertirse en una sentencia arbitraria.

Para que tenga tal carácter, deber privar al accionante de un derecho fundamental, y no estar fundada en una norma constitucional, en tratados, normas generales, normas, costumbres, doctrina o jurisprudencia, que constituyen el plano normativo, o en paradigmas o valoraciones comunitarias (Plano Axiológico). Si no tiene en cuenta los hechos que integran las conductas de la enjuiciada, o circunstancias personales, de tiempo o lugar (Plataforma Fáctica), respetándose en la sentencia atacada de inconstitucional por arbitraria el Plano Lingüístico, así como el Plano Lógico, ya que existe rigor en las conclusiones del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, tomando en consideración la conducta de la señora Jueza enjuiciada.

La Abog. Teresita Escobar incurrió en actos de inconducta, en acto cuestionado no sólo legal y legítimamente, sino que no sostuvo el honor público que la Nación dispensó al nombrarla Magistrada, a tal punto que se puede cuestionar su misma idoneidad.

Nadie puede alegar desconocimiento de la ley, mucho menos SU propia torpeza, a tal punto de querer culpar al Máximo Tribunal de la República por su indigno accionar. Por otro lado la resolución del Jurado de Enjuiciamiento está dentro de los parámetros o márgenes de discrecionalidad que le otorga la misma Ley que crea el Consejo de la Magistratura y el Jurado de Enjuiciamiento, no pudiendo su interpretación ocasionar daño constitucional, como bien lo dice la Abog. María Soledad Machuca, en su Dictamen N° 105 del 28 de enero de 2005, obrante a fojas 41/49, de la Acción De Inconstitucionalidad, con la que comparto sus conclusiones.

Voto en consecuencia por el rechazo de esta acción de inconstitucionalidad, por su evidente improcedencia. Es mi voto.

A su turno el magistrado Cohene G. dijo: Que, analizadas las constancias obrantes en autos y como se puede notar en la Resolución S.D. N° 26 de 02 de noviembre de 2004 dictada por el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados que dice: "...1) Remover a la Abg. Teresita Escobar Vázquez del cargo de Jueza Electoral del Segundo Turno de la Capital, por mal desempeño de sus funciones, de conformidad al art. 14 inc. b) de la Ley 1.084/97 y su modificatoria Ley N° 1752/01 "Que regula el procedimiento para el enjuiciamiento y remoción de magistrados". 2) Remitir los antecedentes de este enjuiciamiento al Ministerio Público para la investigación de la probable comisión del hecho punible previsto en el Art. 313 del Código Penal tipificado como "Cobro indebido de honorarios". 3) Comunicar a las Cámaras del Congreso de la Nación, a la Corte Suprema de Justicia y al Consejo de la Magistratura. 4) Anotar, registrar y notificar".

Que, el Jurado de Enjuiciamiento se basa en el art. 14 inc. b) de la Ley 1.084/97 que establece: "...Incumplir en forma reiterada y grave las obligaciones previstas en la Constitución Nacional, Códigos Procesales y otras leyes referidas al ejercicio de sus funciones...".

Que, la Abog. Teresita Escobar Vázquez sostiene que la causa de su enjuiciamiento es la de haber percibido dos sueldos, explica las circunstancias que motivaron ese hecho, y seguidamente expresa: "...evidentemente que ello de ninguna manera configura esta causal y menos la de haber dejado de cumplir

las obligaciones que me impone la CN, las leyes procesales y otras leyes referidas al ejercicio de mis funciones...”.

Que, sigue diciendo que la cuestión del doble sueldo que percibió durante unos meses no guarda relación con el sistema administrativo del pago de los salarios, tanto de los funcionarios defensores como la de magistrados, que tiene a su cargo la Corte Suprema de Justicia y la responsabilidad de los errores que se cometen en atribuir salarios indebidos, sea por error o mala fe, es una exclusiva responsabilidad de dicha dependencia administrativa y que de ninguna manera se me puede imputar, habida cuenta de que no tengo acceso a dichos manejos, y es más, dichas decisiones son totalmente ajenas a mi voluntad y conocimiento. En cualquiera de los casos este hecho, como lo ocurrido en otros casos con otros magistrados que se ha depositado en su cuenta después de haber ascendido sin que se haya hecho el corte administrativo correspondiente, es de exclusiva responsabilidad de la Dirección Administrativa de la Corte Suprema de Justicia...”.

Que, continúa, cuando se produjo mi ascenso al cargo de Juez de Primera Instancia de Segundo Turno de la Capital, obviamente al aceptar el cargo que comienza su ejercicio con el juramento que he presentado ante la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, el 26 de diciembre de 2002 donde entraba a ejercer mis nuevas funciones constitucionales, resulta obvio que ya he optado por este cargo y quedando vacante el cargo de Defensor Público de la ciudad de Luque y, por consiguiente, la Corte Suprema, a través de su Dirección Administrativa, inmediatamente debió hacer el corte administrativo y comunicar la vacancia al Consejo de la Magistratura. Por lo que se infiere así en forma definitiva y concluyente de que en el fallo cuestionado en forma indebida se afirma de que debía optar por uno de los cargos para evitar incurrir en el cobro del doble sueldo, fundamento que de por sí no tiene sustento jurídico ni constitucional ni legal, por lo que dicha afirmación resulta antojadiza y arbitraria...”.

Que, finaliza manifestando que hubo violación del debido proceso, errónea utilización de jurisprudencia y arbitrariedad en la sentencia recurrida, expone ampliamente sobre estos puntos... “La afirmación del fallo, que he violado en forma reiterada lo dispuesto en el art. 105 de la CN y el no haber optado por uno de los cargos, es totalmente falsa, ya que al prestar juramento ya he optado por uno de los cargos de juez y, en consecuencia, declarar nulo e inaplicable al caso, el fallo impugnado...”, y solicita se dicte sentencia haciendo lugar a la presente

acción de inconstitucionalidad y, en consecuencia, declarar nulo e inaplicable al caso, el fallo impugnado.

Que, entrando a examinar la cuestión de marras y observando los proyectos de los preopinantes de Dr. Carlos A. Bray Maurice y Dr. Basilio García, esta magistratura tiene la tesitura de que la Dirección de Administración y Finanzas de la Corte Suprema de Justicia debía haber tomado los recaudos necesarios para que erróneamente no se le esté acreditando mes a mes los salarios que ya no le correspondían a la citada abogada.

Que, la Abog. Teresita Escobar Vázquez ya ejercía otro cargo, que era la de Jueza Electoral, a partir de diciembre del año 2002 y no ya el cargo de Defensora Pública, el hecho que esté recibiendo los meses de enero a octubre del año 2003, en el caso particular pudo haber escapado a sus percepciones, como bien lo explica la misma ya que recibía las sumas de dinero de un banco de plaza por error de la Dirección de la Administración y Finanzas de la Corte Suprema de Justicia.

Que, el tema en cuestión es que la Abog. Teresita Escobar Vázquez no tuvo intervención alguna al ser “beneficiada” por llamarlo así, al estar recibiendo mes a mes en la tarjeta de debito del banco de plaza, la misma no fue a reclamar dicho pago, como así tampoco no firmó ningún tipo de recibo de dinero, sino que directamente se le era depositado en su cuenta de ahorro habilitada para tal efecto (el de percibir los haberes).

Que, el hecho de que se le esté abonando mensualmente en su cuenta bancaria el salario que le correspondía como Defensora Pública no constituye un mal desempeño de sus funciones, ya que las funciones como Jueza Electoral no va concatenada con la circunstancia de haber percibido salarios que ya no le pertenecían.

Que, así también se puede apreciar en estos autos que existe una investigación fiscal de la posible existencia del hecho punible previsto en el Código Penal, en cuya tramitación el Juez Penal de Garantía N° 4 (Cuatro) quien entendió en dicha causa y dictó el A.I. N° 16 de junio de 2006 en donde dice: “CALIFICAR el hecho punible atribuido a la procesada Teresita De Jesús Escobar Vázquez, incursándolo dentro de las disposiciones del art. 313 del Código Penal. Hacer lugar a la aplicación del criterio de oportunidad solicitado por el representante del Ministerio Público, Abog. Rodolfo Fabián Centurión, conforme al requerimiento fiscal de fecha 19 de abril de 2006, obrante en autos, a favor

de Teresita De Jesús Escobar Vázquez... Extinguir la presente acción penal con relación a la citada imputación, en base a los argumentos expuestos en el exordio de la presente resolución... Sobreseer definitivamente a la procesada Teresita De Jesús Escobar Vazquez, de nacionalidad paraguaya, soltera de 34 años de edad, nacida en fecha 02 de octubre de 1971, en la ciudad de concepción, con C.I. N° 1.445.501, dejando expresa constancia que la presente causa no afecta a su buen nombre y honor... librar oficios... anotar, registrar, notificar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia”.

Que, al no existir mal desempeño de sus funciones en el cargo por parte de la procesada Abgo. Teresita de Jesús Escobar Vázquez, es lógico y legalmente admisible que la Acción de Inconstitucionalidad interpuesta deberá prosperar en contra de la Resolución S.D. N° 26 de fecha 02 de noviembre de 2004 dictada por el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados.

Por lo que se llega a la conclusión, conforme a las disposiciones de la Constitución Nacional y la Ley 1.084/97, que corresponde HACER LUGAR a la Acción de Inconstitucionalidad. ES MI VOTO.

A su turno, el Doctor ROLÓN FERNÁNDEZ manifestó que se adhiere al voto del preopinante, Doctor BRAY MAURICE, por los mismos fundamentos.

A su turno, el Magistrado CASTIGLIONI manifestó que se adhiere al voto del Magistrado GÓMEZ FRUTOS, por los mismos fundamentos.

A su turno, el Magistrado PAIVA VALDOVINOS dijo: Que se adhiere a los votos que anteceden de los doctores Ángel Daniel Cohene y Basilio García Ayala, por los mismos fundamentos en cuanto coinciden y se complementan.

A su turno, el Doctor ESCOBAR dijo: Que se adhiere a los votos del Doctor Carlos Bray y Doctor Ángel Daniel Cohene por los mismos fundamentos en cuanto coinciden y se complementan.

A su turno, la Magistrada NÚÑEZ GONZÁLEZ dijo: Analizadas las constancias de los autos principales y los argumentos esgrimidos por la accionante, adhiero a los votos de los doctores Basilio García y Ángel Daniel Cohene, por los mismos fundamentos en cuanto son coincidentes y complementarios.

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

Y VISTOS: Los méritos del Acuerdo que anteceden, la Excelentísima CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

JURISPRUDENCIA

RESUELVE: HACER LUGAR a la acción de inconstitucionalidad promovida por la abogada Teresita de Jesús Escobar Vázquez, ex Jueza Electoral del Segundo Turno de la Capital, y en consecuencia, declarar la nulidad de la S.D. N° 26 de fecha 2 de noviembre de 2004, dictada por el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, de conformidad a los fundamentos y con el alcance expuesto en el exordio de este fallo.

ANOTAR, registrar y notificar.

Ministros: Basilio D. García Ayala, Oscar Augusto Paiva Valdovinos, Emiliano Rolón Fernández, Carlso A. Bray Maurice, Carmelo Castiglioni, Angel R. Daniel Cohene G., Raúl Gomez Frutos, Rodrigo A. Escobar y Valentina Núñez González

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

TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL

AUTO INTERLOCUTORIO N° 577

RECURSO DE QUEJA. Procedencia del recurso de queja.

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

RECURSO DE REPOSICION. Apelación en subsidio.

En el caso el A-quo entendió que la reposición era la vía procesal adecuada para resolver la cuestión y se expidió sobre dicho recurso, señalando que: “Este Juzgado concuerda con la Agente Síndica, que este requisito dispuesto por el citado proveído recurrido, es importante a fin de determinar qué ofrecimiento es serio y responsable, descartando aquellas que tengan un interés especulativo”; dejando con esto, automáticamente sin efecto la apelación en subsidio.

RECURSO DE REPOSICIÓN. Apelación en subsidio.

El recurso de apelación en subsidio solo resulta admisible en el caso de que el magistrado no hubiese estudiado la reposición o la resolución recurrida fuera de aquellas que causen gravamen irreparable. Por otra parte el Art. 392 (última parte) dispone que la resolución recaída en el recurso de reposición causa ejecutoria, vale decir es inapelable.

RECURSO DE REPOSICIÓN. Apelación en subsidio.

La resolución que resuelve el recurso de reposición sólo puede causar ejecutoria cuando el citado recurso ha sido interpuesto contra algunas de las resoluciones cuya naturaleza es categorizada por el artículo 390 del CPC, es decir, providencias de mero trámite o autos interlocutorios que no causan gravamen irreparable, pero cuando tal recurso es interpuesto contra una providencia o

resolución que no es de mero trámite por causar perjuicio o gravamen irreparable y el Juzgado hace lugar a la reposición revocando la providencia recurrida, la resolución recaída, a su vez, jamás podría causar ejecutoria porque, en tal supuesto, se estaría desnaturalizando la finalidad propia y específica del recurso de reposición, destinado, como se apuntó, a impugnar solamente el tipo de resolución legislado taxativamente en el citado artículo 390 del CPC. Por ello, cuando el recurso de reposición es interpuesto contra una providencia que no es de mero trámite, y el Juzgado revoca la resolución, la resolución recaída, a su vez, no puede causar ejecutoria y es decididamente recurrible ante el Tribunal de Alzada. (Voto en disidencia del Dr. Marco Riera Hunter).

RECURSO DE REPOSICIÓN. Apelación en subsidio.

En el caso, surge claro que la providencia que resuelve a pedido de la agente síndica “que los interesados en adquirir una finca depositen en el ente quebrado en el plazo de tres días el 50% del correspondiente al total de su oferta..”, no constituye una providencia de mero trámite porque el contenido de la decisión es de aquellas que pueden ocasionar gravamen irreparable, razón por la cual el recurso de reposición ha sido correctamente rechazado, pero debió –en su caso– haberse otorgado o concedido la apelación en subsidio. Al haberse desestimado también la apelación subsidiaria (equivocadamente, por cierto) el recurso de queja interpuesto deviene –en principio– procedente. (Voto en disidencia del Dr. Marco Riera Hunter).

T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. 06/10/11. “Queja por Apelación Denegada Interpuesta por la Abogada Nélide Palacios Lugo en: Banco Central del Paraguay C/ Financentro S.A. De Finanzas S/ Quiebra” (A.I N° 577).

Asunción, 06 de octubre de 2011.

VISTO: El recurso de queja por apelación denegada interpuesto por la Abog. Nélide Palacios Lugo contra el A.I. N° 780 de fecha 7 de junio de 2011, y;

CONSIDERANDO:

OPINIÓN DEL MAGISTRADO DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDIVINOS: Que, el recurrente solicita a este Tribunal escrito mediante, se haga lugar al recurso de queja por apelación denegada en razón de que el Juzgado interviniente según A.I. N° 780 de fecha 07 de junio de 2011, resolvió rechazar el recurso de reposición interpuesto por el quejoso en contra de la providencia de

fecha 28 de abril del 2011, y a su vez dispuso rechazar en la misma resolución el recurso de apelación subsidiario contra el citado proveído.

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

Revisadas las constancias de autos se advierte que el recurso denegado ha sido interpuesto en término, así como también la queja objeto de estudio, por lo que corresponde analizar la procedencia o no de la misma.

El Juzgado de origen, por A.I. N° 780 de fecha 07 de junio de 2011, resolvió no hacer lugar a los recursos interpuestos contra el proveído de fecha 28 de abril del 2011, en el cual se resuelve a pedido de la agente síndica que “los interesados en adquirir la Finca N° 31.690 del Distrito de San Roque, en atención a una larga puja existente respecto a las ofertas presentadas, depositen en la oficina del ente quebrado en el plazo de tres días, el equivalente al 50% del correspondiente al total de su oferta, como condición para el estudio de la misma, el cual será devuelto en caso de no ser adjudicado con la autorización de venta y dejándose constancia que la última superior oferta asciende a la suma de Dólares Americanos Ciento Noventa Mil (U\$S. 190.000).”

El Art. 394 del CPC señala claramente que: “Podrá interponerse la apelación en subsidio juntamente con el recurso de reposición, para el caso que éste fuese denegado por entender el Juez o Tribunal que la reposición no es la vía procesal adecuada”.

En autos el A-quo entendió que la reposición era la vía procesal adecuada para resolver la cuestión y se expidió sobre dicho recurso, señalando que: “Este Juzgado concuerda con la Agente Síndica, que este requisito dispuesto por el citado proveído recurrido, es importante a fin de determinar qué ofrecimiento es serio y responsable, descartando aquellas que tengan un interés especulativo”; dejando con esto, automáticamente sin efecto la apelación en subsidio, que solo resulta admisible en el caso de que el magistrado no hubiese estudiado la reposición o la resolución recurrida fuera de aquellas que causen gravamen irreparable. Por otra parte el Art. 392 (última parte) dispone que la resolución recaída en el recurso de reposición causa ejecutoria, vale decir es inapelable.

OPINIÓN DE LA MAGISTRADA VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ: Manifiesta que se adhiere a la opinión vertida por el Magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos, por compartir sus mismos fundamentos.

OPINIÓN DEL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER: De las constancias de estos autos surge que el Juzgado de Primera Instancia dictó el A.I. N° 780 del 7 de junio del 2001 por el cual resolvió no hacer lugar a los recursos de reposición y apelación en subsidio interpuestos contra la providencia del 28 de abril del 2011, por la cual, a su vez (según se consigna en el mismo interlocutorio), el Juzgado, a pedido de la Agente Síndica, había dispuesto que los interesados en adquirir la Finca N° 31.690, del Distrito de San Roque, depositen en la oficina del ente quebrado el equivalente al 50% del monto correspondiente al total de su oferta como condición para el estudio de la misma, el cual le sería devuelto en caso de no ser adjudicado con la autorización de venta, dejándose constancia que la última superior oferta asciende la suma de dólares americanos 190.000.

Los Conjueces de este Tribunal, en mayoría, han resuelto desestimar el recurso de queja interpuesto por la recurrente (Nélida Palacios) en el entendimiento de que el Juzgado de Primera Instancia resolvió el recurso de reposición en su aspecto de fondo, por considerar a dicho recurso como la vía procesal adecuada, razón por la cual la apelación en subsidio queda automáticamente sin efecto porque la apelación subsidiaria “sólo resulta admisible en el caso de que el magistrado no hubiese estudiado la reposición, o la resolución recurrida fuera de aquellas que causen gravamen irreparable. Por otra parte el artículo 392 (última parte) dispone que la resolución recaída en el recurso de reposición causa ejecutoria, vale decir es inapelable”.

Esta Magistratura no comparte el criterio sostenido precedentemente por la mayoría del Tribunal. En efecto, en reiterados pronunciamientos se ha enfatizado que la resolución que resuelve el recurso de reposición sólo puede causar ejecutoria cuando el citado recurso ha sido interpuesto contra algunas de las resoluciones cuya naturaleza es categorizada por el artículo 390 del CPC, es decir, providencias de mero trámite o autos interlocutorios que no causan gravamen irreparable, pero cuando tal recurso es interpuesto contra una providencia o resolución que no es de mero trámite por causar perjuicio o gravamen irreparable y el Juzgado hace lugar a la reposición revocando la providencia recurrida, la resolución recaída, a su vez, jamás podría causar ejecutoria porque, en tal supuesto, se estaría desnaturalizando la finalidad propia y específica del recurso de reposición, destinado, como se apuntó, a impugnar solamente el tipo de resolución legislado taxativamente en el citado artículo 390 del CPC. Por

ello, cuando el recurso de reposición es interpuesto contra una providencia que no es de mero trámite, y el Juzgado revoca la resolución, la resolución recaída, a su vez, no puede causar ejecutoria y es decididamente recurrible ante el Tribunal de Alzada.

En otro supuesto, si contra la providencia que no es de mero trámite se interpone el recurso de reposición con apelación en subsidio, la reposición debe ser desestimada por no ser la vía procesal adecuada, concediéndose –consecuentemente– la apelación deducida en subsidio. Si esta apelación subsidiaria es desestimada por el Juzgado (con el argumento erróneo –y muy difundido– de que “por la forma como ha sido resuelta la reposición corresponde desestimar la apelación”), cabe –sin dudas– el recurso de queja por apelación denegada, siempre y cuando, obviamente, todos los recursos (el de apelación y el de queja), respectivamente, hayan sido interpuesto dentro de los plazos legales.

En la especie, surge claro que la providencia del 28 de abril del 2.011, aludida por el Juzgado de Primera Instancia en el A.I. N° 780/2.001, no constituye una providencia de mero trámite porque por el contenido de la decisión es de aquellas que pueden ocasionar gravamen irreparable, razón por la cual el recurso de reposición ha sido correctamente rechazado, pero debió –en su caso– haberse otorgado o concedido la apelación en subsidio. Al haberse desestimado también la apelación subsidiaria (equivocadamente, por cierto) el recurso de queja interpuesto deviene –en principio– procedente.

No obstante, sin perjuicio del criterio sostenido precedentemente en carácter de marco normativo referencial y general, en este caso particular esta Magistratura conceptúa que el recurso de queja por apelación denegada interpuesto por la hoy recurrente no resulta procedente por las siguientes razones:

1) Porque los escritos de fs. 5 y 6 de estos autos incidentales, presentados como recaudos y relacionados –presuntamente– con mejoras en la oferta de compra de inmueble, no tienen cargo actuarial, omisión que torna a tales escritos como no presentados procesalmente, no pudiendo por ello ser considerados por el Tribunal a los efectos de la presente queja por apelación denegada.

2) Porque, además de lo anotado precedentemente, no se han presentado en estos autos incidentales –como recaudos esenciales– copia de la providencia del 28 de abril del 2011, presuntamente recurrida, y tampoco copia del escrito conteniendo la interposición del recurso de reposición con apelación en subsidio contra la citada providencia, con el pertinente cargo actuarial, todo lo cual hace

a la violación de las “formas” como deben ser presentados los recursos de queja por recursos denegados (art. 410, CPC).

En estas condiciones, y por las razones que han sido anotadas (incumplimiento de las formas relacionadas con la interposición del recurso de queja por recursos denegados), la queja por apelación denegada interpuesta por la abogada Nélida Palacios deviene improcedente debiendo, por ello, ser desestimada por el Tribunal como tal.

POR TANTO, en mérito a lo expuesto, el TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA CAPITAL, PRIMERA SALA,

RESUELVE:

DESESTIMAR, el recurso de queja por recursos denegados interpuesto por la Abog. Nélida Palacios Lugo contra el A.I. N° 780 de fecha 7 de junio de 2011, por improcedente.

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

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

Ante mí: María Teresa Cañete, Actuaría Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N°589

NOTIFICACIÓN. Domicilio para notificar.

La regla general es que las resoluciones judiciales dictadas en el proceso que deban ser notificadas por cédula, deben serlo en el domicilio procesal constituido en autos, ya que éste se constituye a los efectos del proceso, es decir, por y para el proceso, teniendo validez exclusiva para el mismo, existiendo, asimismo, ciertas excepciones a la regla, como por ejemplo, actuaciones que por su carácter personalísimo, deben ser notificadas en el domicilio real (absolución de posiciones, por ejemplo).

NOTIFICACIÓN. Domicilio procesal.

Una vez determinados los efectos jurídicos de la constitución de domicilio procesal en el proceso, y no siendo la providencia que copiada dice: “Por devueltos estos autos. Autos”, una de las excepciones a la regla general apuntada en el

párrafo anterior, entonces, la misma debió haber sido notificada en el domicilio procesal constituido por el abogado.

T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. 10/10/11. “Orlando Neri Lafuente Lagraña c/ Grupo General de Seguros S.A. y otros s/ Indemnización de Daños y Perjuicios por Responsabilidad Contractual” (A.I N° 589).

Asunción, 10 de octubre de 2011.

VISTOS: El escrito presentado por el abogado José Tomás Duarte, glosado a fs. 213, y el informe del Sr. Actuario, glosado a fs. 219, de autos, y;

CONSIDERANDO:

Que, por el escrito de referencia, el mencionado profesional manifiesta básicamente que, el incidentista apelante, abogado José Antonio Moreno Rodríguez, representante convencional de la firma Grupo General de Seguros S.A., no presentó escrito de agravios dentro del plazo correspondiente, y por ende, solicita se declaren desiertos los recursos interpuestos por el mismo contra la providencia de fecha 20 de mayo del 2010, dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Segundo Turno de la Capital.

Que según el mencionado informe, el Señor Actuario manifiesta que: “...Asimismo informó que la providencia mencionada más arriba se notificó al Abog. Antonio Moreno Rodríguez en el domicilio real de su mandante (Grupo General de Seguros S.A.), sito Jejuí N° 324 esq. Chile 3° Piso, en fecha 25 de noviembre de 2010 conforme cédula de notificación obrante a fs. 211 de autos”.

Que analizadas las constancias del presente juicio, surge que, el abogado José Antonio Moreno Rodríguez fue notificado, en el domicilio real de su mandante (Grupo General de Seguros S.A.), situado en la calle Jejuí N° 324 esq. Chile, 3er. Piso, de la providencia que copiada dice: “Por devueltos estos autos. Autos”, en fecha 25 de noviembre de 2010, conforme consta en la cédula de notificación agregada a fs. 211 de autos. Apesar de esto, el abogado José Antonio Moreno Rodríguez se presenta a formular manifestaciones y a darse por notificado de la mencionada providencia de “...Autos”, en fecha 31 de diciembre de 2010 según se puede constatar del cargo actuarial de fs. 214. Posteriormente, el mismo fundamentó los recursos en fecha 07 de febrero de 2011, conforme cargo actuarial de fs. 217. Cabe anotar que el mencionado profesional, abogado José Antonio Moreno Rodríguez, en virtud al escrito de fs. 121/130, se presentó, en

representación de la firma Grupo General de Seguros S.A., a denunciar el domicilio real de su mandante en el lugar precedentemente citado, y, asimismo, a constituir domicilio procesal ad-litem en la avenida Perú 1.044 casi Artigas, a lo que el Juzgado inferior lo tuvo por constituido. Al respecto de la denuncia del domicilio real y de la constitución del procesal, resulta de vital importancia señalar que, la regla general es que las resoluciones judiciales dictadas en el proceso que deban ser notificadas por cédula, deben serlo en el domicilio procesal constituido en autos, ya que éste se constituye a los efectos del proceso, es decir, por y para el proceso, teniendo validez exclusiva para el mismo, existiendo, asimismo, ciertas excepciones a la regla, como por ejemplo, actuaciones que por su carácter personalísimo, deben ser notificadas en el domicilio real (absolución de posiciones, por ejemplo).

Una vez determinados los efectos jurídicos de la constitución de domicilio procesal en el proceso, y no siendo la providencia que copiada dice: “Por devueltos estos autos. Autos”, una de las excepciones a la regla general apuntada en el párrafo anterior, entonces, la misma debió haber sido notificada en el domicilio procesal constituido por el abogado José Antonio Moreno Rodríguez, y no en el domicilio real de su mandante, como ocurrió en el caso particular de autos, por consiguiente, el mencionado profesional no ha sido legal y debidamente notificado en fecha 25 de noviembre de 2010 del proveído de referencia; por lo que, para el mismo, no había transcurrido plazo alguno hasta el momento de la presentación de su escrito de notificación personal realizada, como se dijo, en fecha 31 de diciembre de 2010, fecha ésta que debe ser el punto de partida para el cómputo del plazo establecido en el artículo 433 del Código Procesal Civil. De todo lo expuesto se observa con toda claridad que, habiendo el abogado José A. Moreno Rodríguez presentado su escrito de fundamentación de recursos en fecha 07 de febrero de 2011, lo hizo dentro del plazo establecido por el referido artículo 433, ya que el mismo vencía recién en fecha 08 de febrero del 2011, a las 09:00 horas.

Que, en consecuencia, de conformidad a lo expresado, y a lo establecido en el artículo 433 del Código Procesal Civil, corresponde el Tribunal deniegue el pedido de declarar desiertos los recursos interpuestos por el abogado José Antonio Moreno Rodríguez, contra la providencia de fecha 20 de mayo del 2.010, dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Segundo Turno de la Capital.

POR TANTO, en mérito a lo expuesto, el TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA CAPITAL, PRIMERA SALA;

RESUELVE:

DENEGAR el pedido de declarar desiertos los recursos interpuestos por el abogado José Antonio Moreno Rodríguez, contra la providencia de fecha 20 de mayo del 2010, dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Segundo Turno de la Capital.

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

Magistrados: Marcos Riera Hunter, Basilio Garcia, Oscar Paiva Valdovinos.

Ante mí: María Teresa Cañete, Actuaría Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 600

REGULACIÓN DE HONORARIOS. Base de cálculo para la regulación de honorarios. PRUEBA DE PERITOS. Designación de peritos.

El art. 26 de la Ley 1376/88 establece que la base del justiprecio de los honorarios se realizará por el valor fiscal cuando se tratare de juicios sobre bienes inmuebles o derechos sobre los mismos, si no han sido tasados en autos. Ahora bien, el mismo artículo establece que si la valuación fiscal fuera considerada por el profesional inferior al valor real, el mismo estimará el que él le asigne, de lo cual se dará traslado a los obligados al pago de los honorarios. En caso de oposición, el Juez designará un perito de la lista oficial. (Voto en disidencia del Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos)

REGULACIÓN DE HONORARIOS. Base de cálculo para la regulación de honorarios. PRUEBA DE PERITOS. Designación de peritos.

Es sabido que la pericia practicada en los honorarios profesionales es una diligencia especial de prueba, en cuanto a su trámite procesal, que se rige por los arts. 343 y sgtes. del Cód. Proc. Civ. referentes a dicho tipo de probanza en cuanto no se vea modificado por la normativa especial de la ley arancelaria. (Voto en disidencia del Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos)

RECURSO DE NULIDAD. Procedencia del recurso de nulidad.

“Si se ha omitido en el proceso un trámite esencial que produce un daño cierto e irreparable por privación del derecho de defensa en juicio, corresponde la procedencia del recurso de nulidad” (Voto en disidencia del Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos)

PRUEBA DE PERITOS. Designación de peritos. Dictamen pericial.

Es importante recalcar la importancia de la preclusión de la etapa referente a la posibilidad que tienen las partes de hacer observaciones del dictamen pericial, y sobre todo, en un juicio de regulación de honorarios, ya que de conformidad con el art. 26 inc. c) de la ley arancelaria, dicha pericia, si no fuere impugnada, servirá como base a los efectos del justiprecio de los trabajos que realizaron los abogados en juicio, es decir, es el punto de partida del juez al momento de valorar los trabajos del profesional. (Voto en disidencia del Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos).

RECURSO DE APELACIÓN. Facultades del Tribunal de Apelación.

En el caso, si bien las partes expresaron agravios respecto del monto base del juicio, es decir, del valor de la pericia, este Tribunal no puede subsanar el vicio y estudiar los recursos en sede de apelación ya que de hacerlo de este modo se estaría dictando una resolución que adolecería del mismo vicio que la del inferior ya que no se estaría dando la posibilidad del doble juzgamiento a que tienen derecho las partes en sede de apelación; y, sobre todo, se estaría privando a los justiciables de la oportunidad de articular los resortes procesales que estimen oportunos en la instancia originaria, atentos a que el expediente aún no ha quedado en estado de resolución. (Voto en disidencia del Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos).

PRUEBA DE PERITOS. Perito tasador.

Del considerando de la resolución recurrida surge que al momento del justiprecio de los honorarios del perito tasador, el inferior tomó como base el monto de la pericia que el mismo perito realizó, ignorando por completo la Ley N° 2796/05 –aplicable al presente caso ya que los trabajos fueron realizados en el año 2010– que en su artículo 8 establece claramente que los honorarios del perito tasador será fijado en base al valor fiscal del inmueble. Luego, como de las constancias de autos no surge que se haya agregado el valor fiscal del inmueble, este Tribunal carece de elementos a los efectos del estudio de los honorarios del

perito tasador, que como ya hemos dicho, debe ser estudiado de conformidad con el art. 8° de la Ley 2796/05 y no con la Ley 1.135/30, ya derogada por la anterior citada, que sin embargo ha sido aplicada por el juzgador inferior. (Voto en disidencia del Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos).

PRUEBA DE PERITOS. Perito tasador. Cientificidad de la pericia.

La pericia realizada carece de cientificidad por presentar evaluaciones de bienes que no corresponden al juicio donde se realizara el trabajo.

PRUEBA DE PERITOS. Perito tasador. Pericia de bienes extranjeros.

La falta de cientificidad se funda en lo siguiente: a) No se ha realizado el estudio de los títulos de propiedad pues casi la totalidad de los inmuebles y de los automóviles no fueron presentados los títulos que acreditan la titularidad de los mismos. Al no hacerlo así el perito, entonces carece de los datos de las dimensiones y límites, ubicación, entonces sus conclusiones son necesariamente falsas por no ajustarse a la realidad b) ha realizado evaluaciones de inmuebles situados fuera de la República del Paraguay, Son nulas la evaluaciones de los supuestos inmuebles ubicados en el extranjero, cuyos títulos de propiedad ni siquiera constan en autos, y que supuestamente están en la ciudad de Miami, Florida , EE.UU. y otros en Madrid y Málaga, España. Otros en la ciudad de Buenos Aires y de Mar del Plata, Argentina. Otros en el Uruguay, en Punta del Este y Montevideo. Estas evaluaciones son inexistentes, en primer lugar porque el perito solo tiene competencia para realizar evaluaciones dentro del territorio nacional y no tiene competencia para hacer evaluaciones de inmuebles que se encuentran fuera del territorio nacional, más aun que si siquiera consta en autos los títulos que acrediten la existencia de propiedad de dichos inmuebles. Por los motivos expresados son nulas las evaluaciones realizadas sobre inmuebles que están en el Reino de España, la República Oriental del Uruguay y en la República Argentina y EE.UU.

PRUEBA DE PERITOS. Perito tasador. Cientificidad de la pericia.

Carece de cientificidad hacerlo por supuestos informe dados a través de correos electrónicos de personas cuya idoneidad no están justificadas para poder realizarlo y tampoco tiene la facultad de derivarlos en otros su trabajo. Al no constar los títulos de propiedad de estas fincas es que no existen en el expedien-

te y, en todo caso, las evaluaciones deben realizarse por los jueces de esas naciones y para dicho efecto deben realizarse los exhortos correspondientes para darle valor jurídico a los mismos.

PRUEBA DE PERITOS. Perito tasador. Pericia de bienes extranjeros

Nadie le ha otorgado competencia al Perito para hacer sus diligencias fuera del República del Paraguay y el mismo es perito solo sobre inmuebles situados dentro del territorio. Pero es más, el perito no se ha constituido en dichos países extranjeros y, entonces sus apreciaciones son de oídos y, entonces, no tienen valor científico para fundar en ellas las regulaciones de honorarios y como son casi la totalidad la pericia devienen nulas.

PRUEBA DE PERITOS. Perito tasador. Pericia de bienes extranjeros.

También son nulas la evaluaciones de inmuebles ajenos que no pertenecen a la sociedad conyugal y por pertenecer a las sociedades anónimas que son personas diferentes a la sociedad conyugal en los términos del Art. 94 del CC.

PRUEBA DE PERITOS. Perito tasador. Pericia de bienes extranjeros. DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.

Que siendo la casi totalidad de las evaluaciones sobre inmuebles, de inmuebles ajenos que no pertenecen a la sociedad conyugal o que están en el extranjero y, entonces, carecen de valor científico las pericias realizadas y deben restárseles validez a dichas diligencias como inexistentes en su totalidad dado que no cabe admitir validez parcial a lo que carece de sustento científico, pues la mayoría de ellos, según el perito, fueron realizados conforme a Correos Electrónicos y lo cual significa que no fueron producidos conforme manda la ley y, por tanto, debe declararse nulo el informe Pericial por inexistente y también anular las consecuencias del mismo las regulaciones del Perito y del abogado.

T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. 13/10/11. “Regulación de Honorarios Profesionales del abogado Oscar Luis Tuma en los Autos: Reconstitución del Expediente: Mercedes Jiménez de Morga c/ Lázaro Morga Lacalle s/ Disolución y Liquidación de la Sociedad Conyugal”. (A.I N° 600).

Asunción, 13 de octubre de 2011.

VISTOS: Los recursos de apelación y nulidad interpuestos por el Perito Tasador Fernando Roberto Andrada Nogués, por derecho propio y bajo patrocini-

nio de abogado; por el Abog. Oscar Luis Tuma y por la Sra. Mercedes Jiménez de Morga contra el A.I. N° 525 de fecha 23 de abril de 2010 dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Quinto Turno, y;

CONSIDERANDO:

Que, por el A.I. N° 525 de fecha 23 de abril de 2010 el *a quo* resolvió: "...1. APROBAR el Informe Pericial de Tasación, presentado por el señor Fernando R.M. Andrada Nogués y dejar establecido el monto de Guaraníes Setenta y Ocho Mil Cuatrocientos Noventa y Dos Millones Cuatro Mil (G. 78.492.004.000). 2. Regular los Honorarios Profesionales del abogado Oscar Luis Tuma, en la suma de Guaraníes Tres Mil Ciento Cuarenta Millones (G. 3.140.000.000), en su calidad de Patrocinante y Procurador de la señora Mercedes Jiménez de Morga, más la suma de Guaraníes Trescientos Catorce Millones (G. 314.000.000) en concepto del Impuesto al Valor Agregado (IVA). 3. REGULAR los Honorarios Profesionales del Perito Tasador y Avaluador, Fernando R. Andrada Nogués, con Matrícula N° 448 de la CSJ, por los trabajos realizados, dejándolos establecidos en la suma de guaraníes quinientos ochenta y ocho millones (G. 588.000.000) más la suma de guaraníes cincuenta y ocho millones ochocientos mil (G. 58.800.000) en concepto del Impuesto al Valor Agregado (IVA). 4. ANOTAR..." (sic.) (fs. 211 vlto. y 212).

EN CUANTO AL RECURSO DE NULIDAD – OPINIÓN DEL MAGISTRADO DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS: El perito tasador Fernando Andrada Nogués y el Abog. Oscar Luis Tuma desistieron expresamente del presente recurso. Por su parte, la Sra. Mercedes Jiménez de Morga no ha fundado el presente recurso. Ahora bien, como cuestión preliminar, debe dejarse establecido que, de conformidad con lo establecido por los artículos 404 y 113 del Cod. Proc. Civ., este Tribunal tiene facultades para declarar, de oficio, la nulidad, cuando el vicio impida que pueda dictarse válidamente sentencia definitiva o auto interlocutorio –como es el caso que nos ocupa–, así como en los demás casos establecidos por la ley.

El art. 26 de la Ley 1.376/88 establece que la base del justiprecio de los honorarios se realizará por el valor fiscal cuando se tratara de juicios sobre bienes inmuebles o derechos sobre los mismos, si no han sido tasados en autos. Ahora bien, el mismo artículo establece que si la valuación fiscal fuera considerada por el profesional inferior al valor real, el mismo estimará el que él le asigne, de lo cual se dará traslado a los obligados al pago de los honorarios. En caso de oposición, el Juez designará un perito de la lista oficial.

El procedimiento supra citado fue el establecido por el inferior al momento en que el solicitante de los honorarios estimó la base del justiprecio de los trabajos realizados por su parte. Una vez contestado el traslado el inferior, por providencia de fecha 13 de abril de 2010 puso de manifiesto la tasación presentada por el perito. Posteriormente el inferior dicta el proveído de fecha 23 de abril de 2010 donde ordena el informe del actuario y la posterior vuelta de los autos a la secretaría, ya que allí se hallaba el expediente, no habiendo constancia de que los autos hayan sido llamados a despacho para resolver. Luego del informe del actuario sigue inmediatamente la resolución que aprueba el dictamen pericial y que regula los honorarios tanto del Abg. Oscar Luís Tuma como del perito tasador.

Es sabido que la pericia practicada en los honorarios profesionales es una diligencia especial de prueba, en cuanto a su trámite procesal, que se rige por los arts. 343 y sgtes. del Cód. Proc. Civ. referentes a dicho tipo de probanza en cuanto no se vea modificado por la normativa especial de la ley arancelaria. La primera parte del art. 359 de dicho cuerpo legal establece que: "...El dictamen se hará saber a las partes, y a solicitud de cualquiera de ellas, formulada dentro del plazo de cinco días, el juez podrá ordenar que los peritos den las explicaciones o hagan las ampliaciones que consideren convenientes, en audiencia o por escrito, atendiendo a las circunstancias del caso. La audiencia podrá celebrarse hasta antes del llamamiento de autos".

Aquí cabe notar que si bien el inferior puso de manifiesto el dictamen, lo que a tenor del artículo apenas mencionado tiene el objeto de que las partes puedan explicar o aclarar suficientemente los puntos de la pericia que estimen oscuros o dudosos; no llamó autos para resolver respecto de la cuestión de fondo en ningún momento, con lo que dicha etapa procesal, esto es, la etapa de debate previo a la agregación definitiva de la prueba pericial, y la consiguiente preclusión de la etapa procesal para las observaciones formales previa a la evaluación del mérito de su contenido, no se encuentra aún concluida, no habiendo resolución expresa en tal sentido, y por ende, las partes no pudieron tener conocimiento de la preclusión definitiva de una etapa procesal indispensable para el llamamiento previo de los autos a resolver y el consiguiente dictamiento de resolución: en otras palabras, que el expediente se encuentra en estado de resolución. Esta situación vulnera el derecho que tienen las partes de afrontar el curso ordenado del proceso de modo normal y ordinario, sin sorpresas que salten

abruptamente de una etapa procesal a otra y, sobre todo, de no verse enfrentados sorpresivamente a una resolución judicial, sin que se haya pasado a la etapa procesal relativa al dictado de la resolución pertinente. En consecuencia, surge patente la omisión de etapas y procesales esenciales para dictar el fallo recurrido.

La jurisprudencia también lo entiende así cuando establece: “*Si se ha omitido en el proceso un trámite esencial que produce un daño cierto e irreparable por privación del derecho de defensa en juicio, corresponde la procedencia del recurso de nulidad*” (J. de Paz Letrada de Rosario, 3^a Secc. Juris, 8/5/81).

Es importante recalcar la importancia de la preclusión de la etapa referente a la posibilidad que tienen las partes de hacer observaciones del dictamen pericial, y sobre todo, en un juicio de regulación de honorarios, ya que de conformidad con el art. 26 inc. c) de la ley arancelaria, dicha pericia, si no fuere impugnada, servirá como base a los efectos del justiprecio de los trabajos que realizaron los abogados en juicio, es decir, es el punto de partida del juez al momento de valorar los trabajos del profesional.

Luego, ahondando aún más en este fundamento debemos decir que si bien las partes expresaron agravios respecto del monto base del juicio, es decir, del valor de la pericia, este Tribunal no puede subsanar el vicio y estudiar los recursos en sede de apelación ya que de hacerlo de este modo se estaría dictando una resolución que adolecería del mismo vicio que la del inferior ya que no se estaría dando la posibilidad del doble juzgamiento a que tienen derecho las partes en sede de apelación; y, sobre todo, se estaría privando a los justiciables de la oportunidad de articular los resortes procesales que estimen oportunos en la instancia originaria, atentos a que el expediente aún no ha quedado en estado de resolución.

Estos argumentos son suficientes para declarar la nulidad del fallo, sin embargo, corresponde resaltar otro vicio que no puede escapar al presente análisis.

Del considerando de la resolución recurrida surge que al momento del justiprecio de los honorarios del perito tasador, el inferior tomó como base el monto de la pericia que el mismo perito realizó, ignorando por completo la Ley N° 2.796/05 –aplicable al presente caso ya que los trabajos fueron realizados en el año 2010– que en su artículo 8 establece claramente que los honorarios del perito tasador será fijado en base al valor fiscal del inmueble. Luego, como de las

constancias de autos no surge que se haya agregado el valor fiscal del inmueble, este Tribunal carece de elementos a los efectos del estudio de los honorarios del perito tasador, que como ya hemos dicho, debe ser estudiado de conformidad con el art. 8° de la Ley 2796/05 y no con la Ley 1.135/30, ya derogada por la anterior citada, que sin embargo ha sido aplicada por el juzgador inferior.

Tal como podrá notarse, el auto interlocutorio en estudio, debió fundarse en una norma vigente, al momento de ser dictado por el inferior, y no proceder a aplicar una norma ya derogada en ese entonces, decisión, que es contraria, a la disposición contenida en el Art. 15 del CPC, que es de orden publico, y por lo tanto irrenunciable, razón por la cual, dicho acto jurídico es nulo, y así debe ser declarada.

Se ve, pues, no solo que se han omitido etapas y decisiones esenciales para dictar el fallo, sino que además se ha decidido la controversia en base a normativas legales derogadas, lo que importa un vicio insanable, de orden público y directamente relacionado con la defensa en juicio de las partes, la bilateralidad y el principio que quiere que las resoluciones judiciales estén fundadas en la ley; con lo que, obviamente, este Tribunal se halla imposibilitado de dictar resolución.

Por las consideraciones precedentes corresponde declarar la nulidad del A.I. N° 525 de fecha 23 de abril de 2010 y disponer la remisión de la causa al Juez que sigue en orden de turno, a fin de que se cumplan las etapas procesales omitidas.

OPINIÓN DEL MAGISTRADO DR. CARMELO AUGUSTO CASTIGLIONI: Que corresponde anular el A.I. N° 525 de fecha 23 de abril de 2010 por su incongruencia e incoherencia. El criterio que abona la nulidad es que el auto recurrido carece de fundamento y lógicamente es incongruente, en los términos del Art.15 Inciso "b" del CPC. Esto es así porque la pericia realizada por el Perito Fernando Roberto Andrada Nogues en relación a los bienes de la sociedad conyugal tienen defectos insanables que hace que deba declararse la nulidad de dicha pericia fundado en los siguientes argumentos.

La pericia realizada carece de científicidad por presentar evaluaciones de bienes que no corresponden al juicio donde se realizara el trabajo.

La falta de científicidad se funda en lo siguiente:

a) No se ha realizado el estudio de los títulos de propiedad pues casi la totalidad de los inmuebles y de los automóviles no fueron presentados los títulos

que acreditan la titularidad de los mismos. Al no hacerlo así el perito, entonces carece de los datos de las dimensiones y límites, ubicación, entonces sus conclusiones son necesariamente falsas por no ajustarse a la realidad.

b) ha realizado evaluaciones de inmuebles situados fuera de la República del Paraguay, Son nulas la evaluaciones de los supuestos inmuebles ubicados en el extranjero, cuyos títulos de propiedad ni siquiera constan en autos, y que supuestamente están en la ciudad de Miami, Florida , EE.UU. y otros en Madrid y Málaga, España. Otros en la ciudad de Buenos Aires y de Mar del Plata, Argentina. Otros en el Uruguay, en Punta del Este y Montevideo. Estas evoluciones son inexistentes, en primer lugar porque el perito solo tiene competencia para realizar evaluaciones dentro del territorio nacional y no tiene competencia para hacer evaluaciones de inmuebles que se encuentran fuera del territorio nacional, más aun que si siquiera consta en autos los títulos que acrediten la existencia de propiedad de dichos inmuebles. Por los motivos expresados son nulas las evaluaciones realizadas sobre inmuebles que están en el Reino de España, la República Oriental del Uruguay y en la República Argentina y EE.UU.

Carece de cientificidad hacerlo por supuestos informes dados a través de correos electrónicos de personas cuya idoneidad no están justificadas para poder realizarlo y tampoco tiene la facultad de derivarlos en otros su trabajo. Al no constar los títulos de propiedad de estas fincas es que no existen en el expediente y, en todo caso, las evaluaciones deben realizarse por los jueces de esas naciones y para dicho efecto deben realizarse los exhortos correspondientes para darle valor jurídico a los mismos. Nadie le ha otorgado competencia al Perito para hacer sus diligencias fuera del República del Paraguay y el mismo es perito solo sobre inmuebles situados dentro del territorio. Pero es más, el perito no se ha constituido en dichos países extranjeros y, entonces sus apreciaciones son de oídos y, entonces, no tienen valor científico para fundar en ellas las regulaciones de honorarios y como son casi la totalidad la pericia devienen nulas.

c) También son nulas la evaluaciones de inmuebles ajenos que no pertenecen a la sociedad conyugal y por pertenecer a las sociedades anónimas que son personas diferentes a la sociedad conyugal. Se presenta la evaluación de de varios inmuebles, como el de Finca N° 6038 del Distrito de San Roque, y muchos otros inscriptas (casi todos) en el Registro de la Propiedad a nombre de la Inmobiliaria San Quirico SACI. Este inmueble no puede integrar la evaluación pues es un inmueble ajeno, que en los términos del Art. 94 del C.C. conforme al cual

“las personas jurídicas son sujetos de derechos distintos de sus miembros y sus patrimonios son independientes”. En estas condiciones las evaluaciones sobre las fincas pertenecientes a San Quirico SACI y, entonces, todas las fincas a nombre de esta sociedad son inexistentes a los fines de la evaluación realizada, al igual que las que pertenecen la Grandes Tiendas La Riojana SA.

Que, siendo la casi totalidad de las evaluaciones sobre inmuebles de inmuebles ajenos que no pertenecen a la sociedad conyugal o que están en el extranjero y, entonces, carecen de valor científico las pericias realizadas y deben restárseles validez a dichas diligencias como inexistentes en su totalidad dado que no cabe admitir validez parcial a lo que carece de sustento científico, pues la mayoría de ellos, según el perito, fueron realizados conforme a correos electrónicos y lo cual significa que no fueron producidos conforme manda la ley y, por tanto, debe declararse nulo el informe Pericial por inexistente y también anular las consecuencias del mismo las regulaciones del Perito Fernando R. Andrada Nogues y del abogado Luís Oscar Tuma.

OPINIÓN DEL MAGISTRADO DR. LINNEO YNSFRÁN SALDÍVAR: Manifiesta que se adhiere a la opinión del Magistrado Dr. Carmelo Augusto Castiglioni, por compartir sus mismos fundamentos.

EN CUANTO AL RECURSO DE APELACIÓN – OPINIÓN DEL MAGISTRADO DR. OSCARAUGUSTO PAIVA VALDOVINOS: Vista la forma como se ha resuelto la nulidad, no corresponde el tratamiento del recurso de apelación interpuesto.

OPINIÓN DEL MAGISTRADO DR. CARMELO AUGUSTO CASTIGLIONI: Que no obstante la nulidad de la pericia realizada por el perito Fernando R. Andrada Nogués, es comprobable la realización del trabajo realizado por el abogado Oscar Luis Tuma y corresponde por aplicación del Art. 406 C.C regular provisoriamente los honorarios del abogado Luis Oscar Tuma, en 400 jornales mínimos de G. 63.768 y quedan, redondeando, un total de G. 25.000.000 y más el IVA correspondiente según la ley, esto en forma provisoria y hasta tanto se establezcan los montos definitivos de los bienes que integran la masa de la sociedad conyugal.

OPINIÓN DEL MAGISTRADO DR. LINNEO YNSFRÁN SALDÍVAR: Manifiesta que se adhiere a la opinión del Magistrado Dr. Carmelo Augusto Castiglioni, por compartir sus mismos fundamentos.

POR LO TANTO, el TRIBUNAL DE APELACIÓN CIVIL Y COMERCIAL DE LA CAPITAL, PRIMERA SALA;

RESUELVE:

1. ANULAR el A.I. N° 525 de fecha 23 de abril de 2010, en su totalidad y, en virtud del Art. 406 del CPC, por las razones señaladas y regular provisoriamente los honorarios del abogado Oscar Luis Tuma en la suma total de G. 25.000.000 (Guaraníes Veinte y cinco millones), más el IVA de G. 2.500.000 (Guaraníes dos millones quinientos mil). Anular la pericial y la regulación del perito Fernando Roberto Andrada Nogués.

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

Magistrados: Linneo Ynsfrán, Oscar Paiva Valdovinos, Carmelo Castiglioni.

Ante mí: María Teresa Cañete, Actuaría Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 601

Cuestión debatida: *Se trata aquí de determinar la procedencia de la excepción de prescripción planteada por la parte demandada en un juicio de indemnización de daños y perjuicios.*

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derechos Humanos.

Los delitos de lesa humanidad constituyen crímenes contra la humanidad que no dejan de ser evidenciados por la sociedad entera dada su magnitud y significación, por ello, no solo permanecen en nuestras sociedades sino también en la comunidad internacional misma. Todos los delitos cometidos contra la integridad humana como ser el asesinato, deportación, exterminio, tortura, violación, prostitución, persecución por motivos políticos, religiosos, ideológicos, raciales, étnicos, y otros definidos expresamente, son considerados como delitos de lesa humanidad por agraviar a la humanidad en su conjunto y, en consecuencia tienen una especial característica, la de ser considerados imprescriptibles, es decir, pueden ser perseguidos en todo tiempo.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derechos Humanos. DAÑOS Y PERJUICIOS. Daños y perjuicios resultantes del hecho ilícito.

El Estado, dentro de un estado de derecho, debe hacerse responsable de los delitos de lesa humanidad, tipificados en el art. 5° de nuestra Constitución Nacional, De la tortura y de otros delitos: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. El genocidio y la tortura, así como la desaparición forzosa de personas, el secuestro y el homicidio por razones políticas son imprescriptibles”. A tal efecto, en caso de comprobarse la realización de tales hechos punibles, la acción para reclamar por la víctima o sus herederos en modo alguno puede prescribir; así como la acción para reclamar el resarcimiento de los daños ocasionado por tales hechos.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derechos Humanos. TRATADOS INTERNACIONALES.

Las normas que surgen de los tratados internacionales y específicamente las relativas a los derechos humanos ratificadas por nuestro país deben aplicarse inmediatamente después de la normas, de los principios y de las garantías consagradas en la Constitución vigente, y es más, casi en su plenitud, los principios, derechos y garantías establecidas en materia de derechos humanos, a través de los tratados internacionales se hayan incorporadas a la constitución del año 1992, vigente actualmente.

PRESCRIPCIÓN. Excepción de prescripción.

Siendo los delitos de lesa humanidad imprescriptibles, no es posible pensar que los daños ocasionados por este tipo de delitos puedan considerarse prescriptibles en el ámbito civil, siendo éstas consecuencias de aquellas, en conclusión, en la especie, en materia de prescripción, para reclamar el resarcimiento de los daños y perjuicios como consecuencia de hechos ilícitos, no es aplicable al caso en estudio el art. 663 del Código Civil Paraguayo, ya que el hecho que ha motivado la demanda planteada por la parte accionante es la consecuencia de hechos punibles considerados imprescriptibles.

EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN.

La excepción de falta de acción ha sido diferida en su estudio para el momento en que se dicte sentencia, dicho pronunciamiento, deviene inapelable por expresa disposición normativa. (Voto en disidencia de la Dra. Mercedes Boungermini Palumbo).

PRESCRIPCIÓN. Excepción de prescripción. Prescripción en materia penal.

El aludido principio de que las violaciones a los Derechos Humanos son imprescriptibles se aplica solo al ámbito sancionatorio y penal, mas no al civil.

Y ello por la diferente naturaleza y finalidad que tienen ambos derechos. (Voto en disidencia de la Dra. Mercedes Boungermini Palumbo).

PRESCRIPCIÓN. Excepción de prescripción. Plazo para la prescripción.

La demanda principal consiste en una pretensión resarcitoria de origen extracontractual proveniente de la dictadura. Este tipo de acciones puede generar tanto una demanda en sede civil como en lo penal y tiene un plazo prescripcional de dos años, pero la promoción de una no está ligada ni depende de la otra. Como bien lo establece el art. 1865 del Cód. Civ., la acción civil para el resarcimiento del daño causado por un ilícito podrá ejercerse independientemente de la acción penal. (Voto en disidencia de la Dra. Mercedes Boungermini Palumbo).

PRESCRIPCIÓN. Interrupción de la prescripción.

La prescripción se interrumpe en los casos enunciados en el art. 647. Amén de ello, pueden darse otras circunstancias excepcionales, no previstas en la ley, que escapan del marco de regularidad, como cuando la acción se ve impedida por causas no sustentadas en el derecho y que éste naturalmente no podría incorporar al sistema, por ejemplo tal circunstancia podría darse en el caso de un Estado autocrático y totalitario –como la dictadura de 1954 a 1989-, en la cual la mera ilicitud del acto que habría producido el daño no sería susceptible de reconocimiento y declaración por parte de los órganos de administración de justicia. (Voto en disidencia de la Dra. Mercedes Boungermini Palumbo).

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad extracontractual. Responsabilidad del Estado.

La subsidiariedad de la responsabilidad estatal, que nuestros constituyentes consideraron necesario elevar a la categoría de rango constitucional, genera una defensa a favor del Estado, semejante al beneficio de excusión acordado a ciertos obligados. Siendo así, constituye un medio general de defensa que debe ser opuesto a las demandas de quien pretende el resarcimiento de los daños. (Voto en disidencia de la Dra. Mercedes Boungermini Palumbo).

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad extracontractual. Responsabilidad del Estado. DEMANDA CONTRA EL ESTADO. Acción civil contra el Estado.

No se trata, pues, de que el Estado no responda, solo de que su responsabilidad no puede hacerse efectiva en el patrimonio estatal antes de que se excuse o sea atendida por el patrimonio del agente; solo en caso de que la responsa-

bilidad del funcionario -vgr. por insolvencia- fracase, el Estado debe satisfacer la indemnización. (Voto en disidencia de la Dra. Mercedes Boungermini Palumbo).

T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. 17/10/11.- “Daría Molinas c/ Estado Paraguayo S/ Indemnización de Daños y Perjuicios por Responsabilidad Extracontractual”. (A.I N° 601).

Asunción, 17 de octubre de 2011.

VISTOS: Los recursos de Apelación y Nulidad interpuestos por el representante de la demandada contra el A. I. N° 1497 de fecha 16 de agosto, y;

CONSIDERANDO:

RECURSO DE NULIDAD. OPINIÓN DEL MAGISTRADO DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS: Habiendo el Representante convencional de la Parte Ejecutada desistido expresamente del Recurso de Nulidad interpuesto contra la A. I. N° 1497 de fecha 16 de agosto del 2010 corresponde declarar desierto dicho Recurso.

OPINIÓN DEL MAGISTRADO RAÚL GÓMEZ FRUTOS: Manifiesta que se adhiere a la opinión del Magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos por compartir sus mismos fundamentos.

OPINIÓN DE LA MAGISTRADA MARÍA MERCEDES BUONGERMINI PALUMBO: El recurrente ha desistido expresamente del recurso interpuesto, de conformidad con los términos expuestos en la presentación de fs. 78/82; y dado que no se advierten en el auto recurrido, vicios o defectos que autoricen a declarar de oficio su nulidad, el recurso debe tenerse por desistido.

RECURSO DE APELACIÓN . OPINIÓN DEL MAGISTRADO DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS: La parte apelante se alza contra el A. I. N° 1497 de fecha 16 de agosto del 2010, dictado por el de Primera Instancia del Tercer Turno Miguel Ángel Rodas Ruiz Díaz, por el cual fue rechazada la Excepción de Prescripción contra el progreso de la demanda opuesta por su parte, resolución esta, que al mismo tiempo difiere la decisión de la Excepción de Falta de Acción al momento de dictar Sentencia Definitiva en estos autos.

El apelante sostiene que la acción instaurada por la actora se halla prescripta de conformidad a lo establecido en el art. 663 del Código Civil, el cual expresa en su texto que la responsabilidad civil derivada de actos ilícitos pres-

cribe a los dos años y, que el plazo debe contarse desde la caída del régimen del general Alfredo Stroessner y que, los dos años establecidos en dicha disposición hace tiempo ha concluido, por lo que la acción para demandar al Estado, por los daños producidos como consecuencia de torturas y violaciones de los principios básicos de derechos humanos ya no puede surtir efectos por haber transcurrido el tiempo para promoverla. En razón de que solamente las normas referidas, tanto en la Constitución Nacional como en los Tratados Internacionales ratificados por el país son sólo aplicables en ámbito penal donde los delitos son imprescriptibles y no en el ámbito civil, fundamento por el que solicita sea revocado el A. I. recurrido con costas.

La parte actora solicita que el A.I. recurrido debe ser confirmado, alegando en apoyo de su pretensión, la imprescriptibilidad de la acción civil, que deriva de crímenes de lesa humanidad. Expresa la actora que en el derecho penal internacional, el interés público por la justicia incluye no solo la persecución penal sino también la reparación entendida en sentido integral. Es decir, la verdad, la sanción y la reparación constituyen un objeto único que da sentido al derecho penal. La acción civil destinada a la reparación o indemnización por actos que infringen normativa penal internacional o de derechos humanos, no está separada de la correspondiente acción penal, y por lo tanto, siendo esta de carácter imprescriptible, aquella también lo debe ser. El Estado ésta en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes o de asegurar a la víctima una adecuada reparación.

Que, en consideración a lo expuesto por las partes, este Tribunal ha concluido que los delitos de lesa humanidad constituyen crímenes contra la humanidad que no dejan de ser evidenciados por la sociedad entera dada su magnitud y significación. Por ello, no solo permanecen en nuestras sociedades sino también en la comunidad internacional misma Todos los delitos cometidos contra la integridad humana como ser el asesinato, deportación, exterminio, tortura, violación, prostitución, persecución por motivos políticos, religiosos, ideológicos, raciales, étnicos, y otros definidos expresamente, son considerados como delitos de lesa humanidad por agraviar a la humanidad en su conjunto y, en consecuencia tienen una especial característica, la de ser considerados imprescriptibles, es decir, pueden ser perseguidos en todo tiempo.

El Estado, dentro de un estado de derecho, debe hacerse responsable de los delitos de lesa humanidad, tipificados en el art. 5° de nuestra Constitución Nacional: De la tortura y de otros delitos: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. El genocidio y la tortura, así como la desaparición forzosa de personas, el secuestro y el homicidio por razones políticas son imprescriptibles”. A tal efecto, en caso de comprobarse la realización de tales hechos punibles, la acción para reclamar por la víctima o sus herederos en modo alguno puede prescribir; así como la acción para reclamar el resarcimiento de los daños ocasionado por tales hechos.

Las normas que surgen de los tratados internacionales y específicamente las relativas a los derechos humanos ratificadas por nuestro país deben aplicarse inmediatamente después de la normas, de los principios y de las garantías consagradas en la Constitución vigente, y es más, casi en su plenitud, los principios, derechos y garantías establecidas en materia de derechos humanos, a través de los tratados internacionales se hayan incorporadas a la constitución del año 1992, vigente actualmente.

Que, siendo los delitos de lesa humanidad imprescriptibles, no es posible pensar que los daños ocasionados por este tipo de delitos puedan considerarse prescriptibles en el ámbito civil, siendo éstas consecuencias de aquellas, en conclusión, en la especie, en materia de prescripción, para reclamar el resarcimiento de los daños y perjuicios como consecuencia de hechos ilícitos, no es aplicable al caso en estudio el art. 663 del Código Civil Paraguayo, ya que el hecho que ha motivado la demanda planteada por la parte accionante es la consecuencia de hechos punibles considerados imprescriptibles.

En cuanto respecta a la Excepción de Falta de Acción opuesta, también este tribunal considera que debe diferirse su estudio al tiempo de dictar sentencia definitiva.

Por las consideraciones expuestas, este tribunal es de criterio que el A. I. apelado se haya ajustado a derecho y debe confirmarse en todas sus partes conforme a derecho; en atención a lo manifestado y expresado por este tribunal, el A. I. N° 1491 de fecha 16 de agosto de 2010 debe ser confirmado.

OPINIÓN DEL MAGISTRADO RAUL GOMEZ FRUTOS; manifiesta que se adhiere a la opinión del Magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos por compartir sus mismos fundamentos.

OPINIÓN DE LA MAGISTRADA MARÍA MERCEDES BUONGERMINI PALUMBO: El caso que nos compete en autos trata de una demanda incoada

por la cónyuge supérstite del Sr. Braulio Sanabria Servín, aparente víctima de la dictadura de los años 1954 a 1989, contra el Estado Paraguayo, por indemnización de daños y perjuicios, reclamando el resarcimiento de los daños morales y materiales. Dentro del proceso se han opuesto excepciones de falta de acción y prescripción como métodos de defensa en el juicio. La excepción de falta de acción ha sido diferida en su estudio para el momento en que se dicte sentencia, dicho pronunciamiento, deviene inapelable por expresa disposición normativa. Entonces, enalzada el objeto del debate exclusivamente recae sobre la excepción de prescripción que fuera rechazada en la instancia inferior.

La excepcionante argumenta que ha prescripto el derecho de reclamar el resarcimiento aludido, de conformidad con lo dispuesto en el Cód. Civ., el cual dispone que la acción debe iniciarse dentro del plazo de dos años desde el ilícito. Por su parte la accionante, en la contestación del traslado de las excepciones arguye que las violaciones contra los derechos humanos son imprescriptibles, y por lo tanto no puede extinguirse el derecho a exigir el resarcimiento ocasionado por tales delitos.

Se trata aquí de determinar la procedencia de la excepción de prescripción planteada por la parte demandada en un juicio de indemnización de daños y perjuicios

Antes de establecer la procedencia de la prescripción debemos analizar cuál es la normativa aplicable al presente caso. El presente es un juicio de indemnización moral y material proveniente de un hecho ilícito ocurrido durante la dictadura del Gral. Alfredo Stroessner. El art. 633 del Cód. Civ. establece el alcance de la declaración de prescripción al disponer la eximición de la obligación de cumplimiento. Por su parte, el art. 635 del mismo cuerpo legal refiere al inicio del cómputo y nos enseña que dicho lapso principia cuando nace el derecho a exigir. Finalmente, el inciso f) del último artículo citado establece que la prescripción para reclamar la responsabilidad civil derivada de actos ilícitos se opera a los dos años.

En este punto debemos indicar que la demandante cita una serie de instrumentos normativos a los efectos de sustentar la imprescriptibilidad de la presente acción. Así, menciona disposiciones del Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, etc. En la promoción de la demanda también se hace mención de la ley N° 838/96 que indemniza a las víctimas de violación de derechos humanos durante la dictadura de 1954 a 1989.

Ahora bien, el aludido principio de que las violaciones a los Derechos Humanos son imprescriptibles se aplica solo al ámbito sancionatorio y penal, mas no al civil. Y ello por la diferente naturaleza y finalidad que tienen ambos derechos. Mientras el Derecho Penal persigue una sanción o castigo a la conducta ilícita, el Derecho Civil tiene por objeto la reparación de un daño, su naturaleza es eminentemente patrimonial, y como toda cuestión patrimonial, es disponible, es decir, es susceptible de ser renunciada. La inacción para pedir la reparación civil, dejando transcurrir el tiempo de la prescripción es solo uno de los modos de disponer de un derecho a la indemnización. Y en este sentido la voluntad de la parte opera libremente. No es lo mismo la punición del Derecho Penal, la cual no es disponible, no depende de la acción de las partes, sino que es oficiosa y no puede ser renunciada, ni siquiera tácitamente por el transcurso del tiempo sin acción. Es por ello que se entiende que es absolutamente imprescriptible. Como aquí estamos frente a una pretensión del Derecho Civil y no del Penal, se entiende que la imprescriptibilidad alegada no se aplica.

Con dichos elementos de juicio corresponde verificar desde cuándo se inicia el cómputo de la prescripción a los efectos de verificar si en el caso de autos la misma ya está operada.

Antes de ahondar el análisis de las constancias de la causa, es interesante destacar que Llambías sostiene, en relación con esto, que: "...Al punto de partida de esta prescripción debe ubicarse en la fecha de existencia del tipo de responsabilidad que se trata [...] si se indaga desde cuándo está en curso de prescripción 'la acción por responsabilidad extracontractual' la respuesta surge diáfana, a saber, desde que la responsabilidad existe y consiguientemente ha nacido la pertinente acción para hacerla valer. De ordinario ello ocurre cuando acontece el hecho ilícito que origina aquella responsabilidad" (Llambías, Jorge Joaquín. "Tratado de Derecho Civil – Obligaciones". Tomo III. Segunda Edición Actualizada. Págs. 433-434. Editorial Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1977).

La demanda principal consiste en una pretensión resarcitoria de origen extracontractual proveniente de la dictadura del General Alfredo Stroessner. Este tipo de acciones puede generar tanto una demanda en sede civil como en lo penal y tiene un plazo prescripcional de dos años, pero la promoción de una no está ligada ni depende de la otra. Como bien lo establece el art. 1865 del Cód. Civ., la acción civil para el resarcimiento del daño causado por un ilícito podrá ejercerse independientemente de la acción penal. El plazo empieza a correr

desde que la acción se halla expedita. Como la fuente obligacional propuesta es extracontractual, vale decir, nacida de un ilícito civil, la ocurrencia del hecho supuestamente dañoso marca el nacimiento de la acción y el devengar del plazo. Aquí el ilícito alegado es el fallecimiento del señor Braulio Sanabria Servín como consecuencia de torturas sufridas en la época de dictadura, por lo que el cómputo corre a partir de la del fallecimiento del mismo, el cual data del 08 de agosto de 1999, como surge de la instrumental de fs. 21/22. Así las cosas, claramente surge que los dos años para accionar han efectivamente transcurrido.

Debemos, sin embargo, considerar también la posibilidad de que el plazo prescripcional pudiera haberse interrumpido, lo que provocaría desechar del cómputo el tiempo transcurrido con anterioridad al hecho que haya determinado la interrupción –art. 655-, e iniciar nuevamente el decurso del plazo. La prescripción se interrumpe en los casos enunciados en el art. 647. Amén de ello, pueden darse otras circunstancias excepcionales, no previstas en la ley, que escapen del marco de regularidad, como cuando la acción se ve impedida por causas no sustentadas en el derecho y que éste naturalmente no podría incorporar al sistema, por ejemplo tal circunstancia podría darse en el caso de un Estado autocrático y totalitario –como la dictadura de 1954 a 1989–, en la cual la mera ilicitud del acto que habría producido el daño no sería susceptible de reconocimiento y declaración por parte de los órganos de administración de justicia.

Del examen de los hechos vemos que, sin embargo, el fallecimiento que eventualmente generaría la responsabilidad, ocurrió luego de la extinción de dicho sistema político de Estado, por lo cual la circunstancia apuntada resulta irrelevante para el cómputo del plazo. Luego de esto fue promulgada la Ley 838/96, señalada por la demandante en la promoción de la demanda, la cual podría configurar un acto interruptivo de la prescripción, ya que por virtud de dicha ley el Estado Paraguayo asume la obligación de reparación a las víctimas de las violaciones de derechos humanos durante la dictadura. Ello implica ciertamente una suerte de reconocimiento de la obligación de indemnizar por parte del Estado en estos infortunados sucesos. Claro que este reconocimiento es genérico y no específico respecto de sujetos individualizados, por lo que sería dudoso que cuadrara en lo estatuido por el inc. c) del art. 647 del Cód. Civ., que entiende que el acto de reconocimientos de desde un deudor concreto hacia un acreedor también concreto. Podríamos considerar que dicha concreción se produce con el

reconocimiento individualizado que mediante resoluciones de la Defensoría del Pueblo realiza el Estado. Sin embargo, no constan en autos documentos o instrumentales que demuestren tal reconocimiento por parte del ente público.

Ante tales circunstancias, habiéndose producido el ilícito aludido en fecha 08 de agosto de 1999 y siendo que la demanda fue promovida recién en fecha 17 de mayo de 2010, ha acontecido sobradamente el plazo previsto en el Cód. Civil para que opere la prescripción de la acción.

A continuación cabe hacer lugar a unas consideraciones, meramente obiter, referentes a la excepción de falta de acción, cuyo estudio fuera diferido hasta la sentencia definitiva por el juzgado de la instancia inferior.

Es importante tener presente la distinción entre la falta de acción y la responsabilidad subsidiaria prevista en el art. 106 de la Constitución Nacional, concordante con el art. 1845 del Cód. Civ. La primera –falta de acción– implica la ausencia de titularidad del derecho, y en su faz pasiva la carencia de un vínculo de derecho respecto del demandado, de tal modo que se predica de éste que no es deudor en lo absoluto.

Por otro lado, la subsidiariedad de la responsabilidad estatal, que nuestros constituyentes consideraron necesario elevar a la categoría de rango constitucional, genera una defensa a favor del Estado, semejante al beneficio de excusión acordado a ciertos obligados. Siendo así, constituye un medio general de defensa que debe ser opuesto a las demandas de quien pretende el resarcimiento de los daños.

No se trata, pues, de que el Estado no responda, solo de que su responsabilidad no puede hacerse efectiva en el patrimonio estatal antes de que se excuse o sea atendida por el patrimonio del agente; solo en caso de que la responsabilidad del funcionario -vgr. por insolvencia- fracase, el Estado debe satisfacer la indemnización.

En definitiva, reencausando nuestro juzgamiento al caso puesto en consideración, corresponde, pues, habiendo transcurrido en exceso el plazo para iniciar la acción, revocar la resolución recurrida, haciendo lugar a la excepción de prescripción planteada.

Las costas deben ser impuestas a la parte perdedora, de conformidad con el art. 203 del Cód. Proc. Civ.

POR TANTO, 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, el A. I. N° 1491, de fecha 16 de agosto de 2010, de conformidad a lo expuesto en el exordio de la presente resolución.

3. ANOTAR, registrar y remitir copia a la Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Raúl Gómez Frutos, Oscar Paiva Valdovinos, Ma. Mercedes Buongermini.

Ante mí: María Teresa Cañete, Actuaría Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 611

OFICIAL DE JUSTICIA. NOTIFICACIÓN. Nota de aviso.

En el caso, de las constancias de autos se desprende que obra en autos el aviso mediante el cual el oficial de justicia comunicó a la parte demandada y hoy recurrente, la fecha y hora en la cual se constituiría nuevamente a practicar la notificación, produciéndose la misma al día siguiente, tal como fue establecido en el mencionado aviso, por lo tanto, se concluye que no se produjo la omisión del cumplimiento de lo establecido en el art. 133 del CPC.

INCIDENTE. Incidente de nulidad.

Se advierte la improcedencia del incidente en cuestión fundado en los siguientes puntos: 1) El mandamiento de intimación de pago y embargo ejecutivo, es un instrumento de carácter público, es decir hace plena fe en juicio (en el caso fue recibido por el propio recurrente); 2) El recurrente consintió dicho mandamiento puesto que en ningún momento el mismo lo redarguyó de falsedad, y, atendiendo su carácter de instrumento público, como ya se mencionó, indefectiblemente, en tal sentido, se lo debe tener por cierto, y; 3) El instrumento público señalado fue suscripto por la codemandada en estos autos, con idéntico domicilio.

T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. 20/10/11.- “Reinaldo Agüero Rolón c/ Cristhian Daniel Portillo Gutiérrez y otros s/ Acción Preparatoria de Juicio Ejecutivo” (A.I. N° 611).

Asunción, 20 de octubre de 2011.

VISTOS: Los recursos de apelación y nulidad interpuestos por el Señor Cristhian Daniel Portillo, bajo patrocinio del Abogado Carlos Dami Llano contra el A.I. N° 1501 de fecha 27 de setiembre del 2010 (fs. 61/62 de autos), dictado por S.S la Señora Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de la Capital del Primer Turno, y;

CONSIDERANDO:

Por el Auto recurrido la jueza de Primera Instancia del Primer Turno resolvió: “Rechazar, con costas, el presente incidente de nulidad de actuaciones deducido a fs. 47/48 por Cristhian Daniel Portillo, por derecho propio y bajo patrocinio de abogado, por extemporáneo... *Anotar...*”. Contra la citada resolución se alza la parte recurrente en su escrito de expresión de agravios obrante a fs. 68 y vlto. de autos.

RECURSO DE NULIDAD. OPINIÓN DEL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER: El recurrente no fundamentó el recurso de nulidad, y no existiendo, por lo demás, vicios o defectos en el auto en alza que impongan al Tribunal el deber de declarar la nulidad de oficio, corresponde que el referido recurso sea declarado desierto.

OPINIONES DE LOS MAGISTRADOS Dr. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS y VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ; manifiestan que se adhieren a la opinión del Magistrado Dr. Marcos Riera Hunter, por compartir sus mismos fundamentos.

RECURSO DE APELACIÓN. OPINIÓN DEL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER: El recurrente manifiesta en su escrito de expresión de agravios (fs. 68 y vlto. de autos) que la resolución recurrida le agravia, puesto que el Juzgado no consideró que ninguna de las actuaciones practicadas en autos llegaron a su poder ya que todas fueron dejadas adheridas a la puerta. Sigue expresando el mismo que la citación para oponer excepciones fue realizada en contravención a lo establecido en el Art. 138 del CPC, arguyendo que al no encontrarse el interesado el ujier tiene el deber de suspender la notificación y dejar un aviso expresando el día y hora en que regresará a practicar la notificación.

Realizando una breve reseña de las actuaciones realizadas en la instancia inferior, cabe recordar que el Señor Reinaldo Agüero Rolón (parte actora en estos autos) promovió una demanda de preparación de acción ejecutiva contra el hoy recurrente, a lo que el mismo opuso un incidente de nulidad de actuación.

nes manifestando que no le fueron correctamente practicadas las notificaciones y consecuentemente no tuvo conocimiento de las actuaciones, situación tal que le privó de su legítimo derecho a la defensa.

Al respecto, cabe mencionar lo dispuesto en el Art. 138 *in fine* del Código de Rito que dispone: “*Entrega de la Cédula a Persona Distinta: ...En los casos previstos en los incisos a) y c) del artículo 133, si no pudiere entregar la cédula al interesado, dejará aviso que volverá al día siguiente precisando la hora, y si tampoco pudiere hacerlo, procederá en la forma arriba indicada*”.

En primer término, cabe efectuar un estudio respecto a lo que guarda relación con la cédula de notificación de fecha 13 de mayo de 2010. Al respecto, señala el recurrente en su escrito de expresión de agravios, como ya se mencionó, que la notificación no se realizó en debida forma ya que el oficial de justicia al no encontrar a nadie en el domicilio, no dejó el aviso que prescribe la ley.

Ahora bien, de las constancias de autos se desprende que a fs. 44 de autos obra el aviso mediante el cual el oficial de justicia comunicó a la parte demandada y hoy recurrente, la fecha y hora en la cual se constituiría nuevamente a practicar la notificación, produciéndose la misma al día siguiente, tal como fue establecido en el mencionado aviso, por lo tanto, se concluye que no se produjo la omisión del cumplimiento de lo establecido en la mencionada norma.

En segundo término, para un mejor estudio de la cuestión debatida, seguidamente corresponde mencionar lo dispuesto por el Art. 191 del Código Ritual Civil que reza: “*Plazo Para La Promoción Del Incidente. Cuando no tuviere plazo expresamente establecido, el incidente deberá ser promovido dentro de los cinco días de conocimiento en la causa que se fundare*”.

Al respecto, cabe hacer expresa mención que el hoy recurrente, en su escrito de fecha 18 de junio de 2010, mediante el cual dedujo el incidente de nulidad, alegó haber tenido conocimiento de la presente causa en fecha 16 de junio de 2010, es decir, dos días antes a la oposición de dicha incidencia.

Ahora bien, de las constancias de autos se advierte que a fs. 13 de autos obra el mandamiento de embargo preventivo, y en el reverso del mismo se observa el informe del oficial de justicia por el cual este manifiesta haberse constituido en el domicilio señalado en autos y ser atendido por una persona quién dijo ser la encargada de la casa, expresando que el hoy recurrente no se encontraba.

En ese mismo orden de ideas, se advierte que a fs. 26 de autos se observa otro informe del oficial de justicia, mediante el cual en fecha 06 de abril de 2010,

se diligenció el mandamiento de intimación de pago y embargo ejecutivo, siendo atendido el oficial por el mismo recurrente y la codemandada en el mismo domicilio donde se habían practicado todas las notificaciones anteriores.

En tal sentido, esta Magistratura advierte la improcedencia del incidente en cuestión fundado en los siguientes puntos:

1) El mandamiento de intimación de pago y embargo ejecutivo, es un instrumento de carácter público, es decir hace plena fe en juicio;

2) El recurrente consintió dicho mandamiento puesto que en ningún momento el mismo lo redarguyó de falsedad, y, atendiendo su carácter de instrumento público, como ya se mencionó, indefectiblemente, en tal sentido, se lo debe tener por cierto, y;

3) El instrumento público señalado fue suscripto por la Señora Sonia Carolina Rojas Chávez, codemandada en estos autos, con idéntico domicilio.

Consecuentemente, y basado en las consideraciones precedentemente mencionadas, se colige la improcedencia del incidente, ya que resulta poco creíble lo expresado por el recurrente al manifestar que recién tomó conocimiento de la presente causa en fecha 16 de junio de 2010, sino más bien y con certeza, en fecha 06 de abril de 2010 (fecha del diligenciamiento del mandamiento de intimación de pago y embargo ejecutivo) y, por lo tanto, al haber opuesto dicha incidencia en fecha 18 de junio de 2010, el incidente deviene por completo extemporáneo.

Por lo demás, cabe mencionar que al resultar el incidente manifiestamente improcedente, por su notoria extemporaneidad, la A-quo debió haberlo rechazado en forma liminar, en consonancia a lo establecido en el Art. 184 del Código Procesal Civil.

En consecuencia, por todos los fundamentos expresados precedentemente, corresponde que el Tribunal confirme, con costas, el auto en grado de recurso.

OPINIONES DE LOS MAGISTRADOS Dr. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS y VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ; manifiestan que se adhieren a la opinión del Magistrado Dr. Marcos Riera Hunter, por compartir sus mismos fundamentos.

POR TANTO; en mérito a lo expuesto, el TRIBUNAL DE APELACION EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA CAPITAL, PRIMERA SALA;

RESUELVE:

DECLARAR, desierto el recurso de nulidad.

CONFIRMAR, con costas, el auto en grado de recurso.
ANOTAR, registrar y remitir copia a la Corte Suprema de Justicia.
Magistrados: Marcos Riera Hunter, Valentina Núñez, Oscar Paiva Valdovinos.

Ante mí: María Teresa Cañete, Actuaría Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N°629

EXCEPCIÓN. Excepción de previo y especial pronunciamiento.

Cuando el plazo para contestar la demanda es interrumpido como consecuencia de la oposición de excepciones previas, y las excepciones son desestimadas, dicho plazo empieza a correr nuevamente desde el día siguiente hábil de quedar firme el auto que desestimó las excepciones, o, en su caso, desde el día siguiente hábil de la notificación de la providencia de “Cúmplase”, en su caso.

EXCEPCIÓN. Excepción de previo y especial pronunciamiento.

Ello es así por cuanto que en el supuesto que se analiza el plazo para contestar la demanda no ha sido suspendido por disposición judicial, sino interrumpido ministerio legis como consecuencia de las excepciones previas, razón por la cual resulta innecesario que el Juzgado dicte una providencia específica por la cual se disponga el levantamiento de una suspensión no decretada, o que se corra nuevamente el traslado de la demanda, o que se notifique nuevamente la providencia anterior por la cual se dispuso se corra traslado de la demanda promovida.

MANDATO. Renuncia al mandato. DEMANDA. Contestación de la demanda.

La circunstancia de que en este caso particular la representante convencional de la parte demandada haya renunciado al mandato y que el Juzgado haya admitido tal renuncia fijando plazo para que la parte demandada se presente a estar en juicio, por sí o por medio de apoderado, constituye una actuación procesal por completo independiente del plazo para contestar la demanda, que ya había empezado a correr, como se dijo, luego de la notificación de la providencia del “Cúmplase”.

MANDATO. Renuncia al mandato. DEMANDA. Contestación de la demanda.

En modo alguno podría considerarse, como lo entiende la parte recurrente, que el Juzgado dispuso la suspensión del plazo para contestar la demanda al admitir la renuncia de la citada representante convencional y ordenar, asimismo, que la intimación para que la demandada se presente a estar en juicio sea notificada por cédula.

T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. 25/10/11.- “Stella Maris Miranda de Mendieta y Otros C/ Crédito Real S.A. S/ Indemnización de Daño Moral”. (A.I N° 629).

Asunción, 25 de octubre de 2011.

VISTOS: Los recursos de apelación y nulidad interpuestos contra el A.I. N° 1087 del 4 de agosto del 2010 (fs. 178), la providencia de fecha 9 de agosto del 2010 (fs. 187, vlta.) y la providencia de fecha 17 de agosto del 2010 (fs. 188, vlta.), dictados por S.S. el Sr. Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de la Capital del Noveno Turno, y;

CONSIDERANDO:

Por las resoluciones en alzada el Juzgado de Primera Instancia resolvió: “Dar Por Decaído el derecho de la parte demandada “Crédito Real S.A.”, por no haber contestado en tiempo y forma la presente demanda. Considerándose competente este Juzgado para entender en la presente causa y habiendo hechos que probar, ordenase la apertura de la causa a prueba por cuarenta días. Notificar Por Cédula o personalmente a las partes. Anotar...”. “A mérito del testimonio del Poder presentado, reconócese la personería de los recurrentes en el carácter invocado y por constituido su domicilio en el lugar indicado. Ordenase el desglose y devolución del documento original presentado, previa agregación de su fotocopia autenticada por Secretaría. En cuanto a la contestación de la demanda, no ha lugar por extemporánea. Estése al A.I. N°: 1087 del 4 de agosto de 2010”. “Téngase por notificado al recurrente, en los términos del escrito que antecede. Concédanse los recursos de apelación y nulidad interpuestos por el Abogado Mario Federico Gomez contra el A.I. N° 1087 del 4 de agosto de 2010 y contra las providencias del 9 y del 17 de agosto de 2010, en relación y con efecto suspensivo. Remítanse estos autos a la Cámara de Apelación, sin más trámites”. Contra las citadas resoluciones se alza la parte recurrente en los términos del escrito de fs. 194 y siguientes de estos autos.

ANÁLISIS DE ADMISIBILIDAD DE LOS RECURSOS. OPINIÓN DEL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER: Corresponde, antes que nada, que el Tribunal analice si los recursos han sido correctamente concedidos. En la especie, se advierte que el Juzgado concedió recursos contra la totalidad del contenido de la providencia de fecha 9 de agosto del 2010 sin considerar que solamente una parte de ella –la relacionada con la desestimación de la contestación de la demanda– puede provocar agravio a la parte recurrente, no así al resto de la providencia por la cual se dispone el reconocimiento de la personería del recurrente en el carácter invocado en base al testimonio de poder presentado y se tiene por constituido el domicilio en el lugar denunciado. Ésta última parte de la providencia en alzada no es susceptible de provocar agravio al recurrente, por lo que, a dicho respecto, el Juzgado no debió conceder los recursos interpuestos.

En consecuencia, por los fundamentos expresados, corresponde que el Tribunal declare mal concedidos los recursos interpuestos contra la providencia de 9 de agosto del 2010 en la parte que reconoce la personería y tiene por constituido el domicilio en el lugar indicado, debiendo analizar los recursos en relación al resto de la citada providencia, como, igualmente, respecto del A.I. N° 1087/2010 y la providencia del 17 de agosto del 2010.

OPINIONES DE LOS MAGISTRADOS VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ Y DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS: Manifiestan que se adhieren a la opinión del Dr. Marcos Riera Hunter, por compartir sus mismos fundamentos.

RECURSO DE NULIDAD. OPINIÓN DEL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER: La parte recurrente desistió expresamente del recurso de nulidad, razón por la cual no existiendo, por lo demás, vicios o defectos en las resoluciones en alzada que impongan al Tribunal el deber de declarar la nulidad de oficio, corresponde que se tenga a aquel por desistido del recurso interpuesto.

OPINIONES DE LOS MAGISTRADOS VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ Y OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS: Manifiestan que se adhieren a la opinión del Dr. Marcos Riera Hunter, por compartir sus mismos fundamentos.

RECURSO DE APELACIÓN. OPINIÓN DEL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER: De las constancias de los autos se desprende que la parte demandada, dentro del plazo para contestar la demanda, opuso excepcio-

nes de previo y especial pronunciamiento, las cuales –previa substanciación– fueron desestimadas por A.I.N° 1507 del 13 de octubre del 2009 (fs. 149), que ordenó, asimismo, que esta resolución sea notificada por cédula o personalmente. La citada resolución fue recurrida por la parte demandada y excepcionante, concediéndose los recursos que, enalzada, fueron declarados desiertos por A.I. N° 258 del 26 de mayo del 2010 (fs. 170), dictado por este Tribunal. Devueltos los autos al Juzgado de Primera Instancia se dictó la providencia de “Cúmplase” en fecha 17 de junio del 2010 que fue notificada a la representante convencional de la parte demandada, hoy apelante, en fecha 1 de julio del 2010, conforme surge de la cédula de notificación de fs. 173 de autos. A partir de dicha notificación se reanudó el plazo para contestar la demanda en este juicio que había sido interrumpido como consecuencia de la oposición de excepciones previas. El plazo para contestar la demanda venció en fecha 28 de julio del 2010, a las nueve horas. Sin embargo, el escrito de contestación de la demanda fue presentado, según el cargo actuarial, en fecha 4 de agosto del 2010 (fs. 187), ya en forma extemporánea.

Resulta relevante, en el caso, puntualizar dos extremos: 1) En primer término, cuando el plazo para contestar la demanda es interrumpido como consecuencia de la oposición de excepciones previas, y las excepciones son desestimadas, dicho plazo empieza a correr nuevamente desde el día siguiente hábil de quedar firme el auto que desestimó las excepciones, o, en su caso, desde el día siguiente hábil de la notificación de la providencia de “Cúmplase”, en su caso. Ello es así por cuanto que en el supuesto que se analiza el plazo para contestar la demanda no ha sido suspendido por disposición judicial, sino interrumpido ministerio legis como consecuencia de las excepciones previas, razón por la cual resulta innecesario que el Juzgado dicte una providencia específica por la cual se disponga el levantamiento de una suspensión no decretada, o que se corra nuevamente el traslado de la demanda, o que se notifique nuevamente la providencia anterior por la cual se dispuso se corra traslado de la demanda promovida.

2) En segundo lugar, la circunstancia de que en este caso particular la representante convencional de la parte demandada haya renunciado al mandato y que el Juzgado haya admitido tal renuncia fijando plazo para que la parte demandada se presente a estar en juicio, por sí o por medio de apoderado, constituye una actuación procesal por completo independiente del plazo para

contestar la demanda, que ya había empezado a correr, como se dijo, luego de la notificación de la providencia del “Cúmplase”. En modo alguno podría considerarse, como lo entiende la parte recurrente, que el Juzgado dispuso la suspensión del plazo para contestar la demanda al admitir la renuncia de la citada representante convencional y ordenar, asimismo, que la intimación para que la demandada se presente a estar en juicio sea notificada por cédula. Lo cierto es que, en la especie, por circunstancias procesales empezaron a correr en forma casi concomitante dos plazos distintos: el primero, para contestar la demanda; el segundo, para que la parte demandada se presente a estar en juicio por sí o por apoderado en el término de 10 días de la notificación por cédula. Dicha notificación se diligenció en fecha 21 de julio del 2010 (fs. 176), razón por la cual el citado plazo (10 días) venció el día 5 de agosto del 2010, a las nueve horas, pero el plazo para contestar la demanda venció, conforme se anotó anteriormente, en fecha 28 julio del 2010, a las nueve horas. Conforme lo dicho ambos plazos se superpusieron en los días 22, 25, 26, 27, y 28, lapso durante el cual la representante convencional cuyo mandato se encontraba todavía en vigencia en dicho transcurso debió, en su caso, contestar la demanda en el entendimiento de que la misma debía continuar atendiendo las exigencias del mandato hasta finalizar el plazo de 10 días determinado por la providencia del 7 de julio del 2010 (art. 64, inc. “b”, del CPC; art. 918, segunda parte, del C.C.).

Por los fundamentos que anteceden, corresponde, por tanto, que el Tribunal confirme el A. I. N° 1087 del 4 de agosto del 2010, como, asimismo, la providencia de fecha 9 de agosto del 2010 en la parte que desestima la contestación de la demanda por extemporánea, y la providencia de fecha 17 de agosto del 2010, ya que estas dos últimas resoluciones son consecuencia de lo resuelto por medio del A.I. N° 1087/2010 antes citado. Las costas en el orden causado atendiendo a que la parte recurrida no contestó el traslado del recurrente en esta instancia no habiendo habido por tanto, oposición.

OPINIONES DE LOS MAGISTRADOS VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ Y DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS. Manifiestan que se adhieren a la opinión del Dr. Marcos Riera Hunter, por compartir sus mismos fundamentos.

POR TANTO, en mérito a lo expuesto, el TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA CAPITAL;

RESUELVE:

DECLARAR mal concedido los recursos interpuestos contra la providencia del 9 de agosto del 2010 en la parte que reconoce la personería del recurrente y tiene por constituido su domicilio en el lugar indicado.

TENER al recurrente por desistido del recurso de nulidad.

CONFIRMAR, el A.I. N° 1087 del 4 de agosto del 2010, en cuanto ha sido materia de recurso, la providencia del 9 de agosto, en cuanto ha sido materia de recurso, y la providencia del 17 de agosto del 2010.

COSTAS en el orden causado.

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

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

Ante mí: María Teresa Cañete, Actuaría Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 662

Cuestión debatida: *La resolución que motivó el incidente de nulidad, es el proveído que dispuso el cumplimiento del Acuerdo y Sentencia con el que se confirmó la resolución del A-quo, en virtud de la cual se declaró procedente la presente demanda de desalojo, el cual fuera objeto de una acción de inconstitucionalidad, desestimada “in limine” por la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.*

PROCESO. Actos procesales.

La disposición contenida en el art. 109 del CPC, al cual se aferra el incidentista pretendiendo con ello nulificar lo dispuesto en cuanto al cumplimiento de la resolución dictada, ya firme y definitivamente ejecutoriada, está dada para casos en los que sí existe una violación del derecho a la defensa, como sería realizar una inspección o reconocimiento judicial en día inhábil (salvo los casos autorizados en la ley). Pero riñe con la lógica suponer que un cúmplase, dictado en un juicio debatido en Primera, Segunda Instancia y Corte Suprema de Justicia, con amplio ejercicio del derecho a la defensa (atendiendo al tiempo de tramitación que lleva) y resultado adverso, aún cuando fuere en un día inhábil, constituya un cercenamiento a dicho derecho.

BUENA FE. ABOGADO.

El derecho no es una espesa red en la que quedan atrapados los ideales de justicia. Los recursos procesales deben ser ejercidos de buena fe, y no de manera perversa para eludir el restablecimiento del equilibrio de los intereses en juego. El profesional abogado que refrende este tipo de actuar debería ser sancionado en caso de reincidencia, puesto que media una abismal diferencia entre la defensa de los intereses de su comitente, y la coparticipación o auspicio en actuaciones, absolutamente, contrarias al valor justicia.

NULIDAD. Incidente de nulidad. ABOGADO. Sanciones.

Pues bien: no existen constancias de que, en la especie, la parte incidentista hubiera interpuesto el recurso de queja por recursos denegados lo que permite concluir que el rechazo de los recursos quedó firme por el consentimiento del presunto afectado. Por lo demás, en cuanto la cuestión propuesta se relaciona específicamente con el incidente, como se dijo antes, la pretensión incidental debió haber sido rechazada liminarmente por el Juzgado, con sanción disciplinaria al incidentista, atendiendo a que las resoluciones judiciales no pueden ser impugnadas por vía de incidente, sino, en su caso, únicamente por vía de recursos (artículo 117 del CPC), más aun si se considera que una providencia como la que ha sido pronunciada jamás podría provocar agravio al hoy recurrente, condición o requisito indispensable para fundar válidamente toda pretensión de nulidad en el proceso.

T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. 03/11/11. “Reconstitución del Expediente: Héctor Bernal Zacur c/ Silfo Saldívar Alcaraz s/ Desalojo”. (A.I. N° 662).

Asunción, 03 de noviembre de .011.

Y VISTOS: Los recursos de apelación y nulidad interpuestos por el demandado SILFO SALDÍVAR, por derecho propio y bajo patrocinio de abogado, contra el A.I. N°: 429 del 03 de abril de 2009, dictado por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Tercer Turno de la Capital, Secretaría a cargo de Ana María Ocampos Báez, y;

CONSIDERANDO:

Con la resolución recurrida se resolvió: *“I. Rechazar el incidente de nulidad de actuaciones deducido por la parte demandada a fojas 132 y 132 vlto. en fecha del veinte y tres de abril del año dos mil ocho por improcedente y extemporánea. II. Rechazar los recursos de apelación y nulidad interpuestos en contra de la*

providencia del ocho de julio del dos mil siete por improcedentes y extemporáneas. III. Imponer las costas a la demandada. IV. Anotar, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia”.

EN CUANTO AL RECURSO DE NULIDAD. OPINIÓN DE LA MAGISTRADA VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ: El recurrente desistió expresamente del recurso de nulidad; y como no se observan vicios de forma o solemnidades en la resolución en estudio que ameriten la declaración de nulidad de oficio, corresponde admitir el desistimiento planteado.

OPINIONES DE LOS MAGISTRADOS DRES. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS Y MARCOS RIERA HUNTER: Manifiestan que se adhieren a la opinión vertida por la Magistrada Valentina Núñez González, por compartir sus mismos fundamentos.

EN CUANTO AL RECURSO DE APELACION. OPINIÓN DE LA MAGISTRADA VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ: A fojas 15/18 de autos, el recurrente expresó agravios contra el fallo en recurso diciendo, en lo sustancial, que el A-quo yerra al considerar que su parte no quedó en estado de indefensión con el acto impugnado, así como también se equivoca al considerar que el incidente de nulidad fue planteado en forma extemporánea. Con estos argumentos se solicita la revocación del fallo en revisión.

Hector Bernal Zacur, por derecho propio y bajo patrocinio de abogado, contestó y controvertió los agravios esgrimidos por el recurrente en los términos del escrito glosado a fojas 19/28, solicitando la confirmación del auto-interlocutorio en revisión.

Analizadas las constancias procesales, se observa que la resolución que motivó el incidente de nulidad, es el proveído dictado en fecha 08 de julio de 2.007. Con el mismo se dispuso el cumplimiento del Acuerdo y Sentencia con el que se confirmó la resolución del A-quo, en virtud de la cual se declaró procedente la presente demanda de desalojo, el cual fuera objeto de una acción de inconstitucionalidad, desestimada “in limine” por la Excelentísima Corte Suprema de Justicia (fs. 115, 116 y 118 y srgtes. del expediente reconstituido).

El fundamento del planteo incidental se resume en el hecho de que el 08 de julio de 2.007 es un día domingo, por lo que el acto procesal, para el incidentista, es abiertamente irregular.

Al respecto, más allá del estudio de las razones que motivaron el incidente de nulidad, lo que subyace del estudio de la plataforma fáctica procesal, es que

ya fue dictada una sentencia de mérito, la que fuera confirmada en Alzada y sometida a una acción de inconstitucionalidad, desestimada por ser abiertamente improcedente; con lo que solo restaba su cumplimiento, sin recurso posible.

Este juicio concluyó, adquiriendo el fallo la autoridad de cosa juzgada.

Sin embargo, al tiempo en que debía procederse a la ejecución de la sentencia, el expediente se extravió, debiendo recurrirse a la reconstitución del mismo a los efectos de ejecutar una decisión firme y ejecutoriada, lo que no hizo sino dilatar aun más el cumplimiento del fallo.

Nuevamente, cuando se habían agotados los trámites de reconstitución, el demandado –condenado al desahucio– plantea un incidente de nulidad que no constituye más que una perversión del sistema. Un total despropósito en función a los nobles fines del sistema de Administración de Justicia.

En efecto, aparentemente al datarse la providencia en virtud de la cual se ordenó el cumplimiento de lo resuelto en Alzada, se incurrió en un error material. Decimos aparentemente, porque no existe copia del proveído dictado supuestamente en esa fecha, que permita cotejar la veracidad de lo señalado, solamente se cuenta con una fotocopia de la cédula de notificación presentada por el mismo incidentista conjuntamente con el escrito donde denunciaba este hecho, que carece de autenticación alguna.

Por otra parte, como lo expuso el A-quo, en materia de nulidades el principio cardinal es el de la trascendencia. Esto es, la necesidad de una finalidad concreta en la declaración de nulidad.

En el caso en estudio, resulta incuestionable la ausencia de interés en la declaración de nulidad. Esta posición, ya expuesta por el Inferior, no fue contradicha por el Apelante en esta Instancia. En efecto, el mismo se limitó a decir que le fue cercenado el derecho de defensa en juicio, sin embargo, no dotó de contenido real a esta afirmación vacua.

Para disipar toda duda con respecto a este punto, basta con señalar que el debate dialéctico, la confrontación de tesis y antítesis con el correspondiente despliegue de actividad probatoria en este juicio, ya precluyó. El debate concluyó, restando, únicamente, la ejecución de lo resuelto. Entonces, ¿de qué cercenamiento a la defensa estaría hablando el apelante en este grado del proceso?

La disposición contenida en el art. 109 del CPC, al cual se aferra el incidentista pretendiendo con ello nulificar lo dispuesto en cuanto al cumplimiento de

la resolución dictada, ya firme y definitivamente ejecutoriada, está dada para casos en los que sí existe una violación del derecho a la defensa, como sería realizar una inspección o reconocimiento judicial en día inhábil (salvo los casos autorizados en la ley). Pero riñe con la lógica suponer que un cúmplase, dictado en un juicio debatido en Primera, Segunda Instancia y Corte Suprema de Justicia, con amplio ejercicio del derecho a la defensa (atendiendo al tiempo de tramitación que lleva) y resultado adverso, aún cuando fuere en un día inhábil, constituya un cercenamiento a dicho derecho.

Sin dudas, la intención solapada en el planteo incidental es la de dilatar el cumplimiento de la decisión judicial, que por serle adversa en todas las instancias, debe irremediablemente ejecutarse.

Por otra parte, del estudio de las actuaciones agregadas en la reconstitución surge que el incidentista había presentado un escrito (fs. 123) en el que denunciaba que el proveído había sido firmado presuntamente en un día inhábil, el que si bien no reunía los requisitos establecidos en el art. 183 del CPC, constituía un cuestionamiento por parte del mismo, que por el *iura novit curiae*, debía ser considerado como un incidente de nulidad. A continuación el expediente se extravía, planteando finalizada la reconstitución un nuevo incidente, cuya resolución es el objeto de este estudio. Eventualmente lo que hubiese correspondido, es la prosecución de los trámites en relación al planteamiento inicial, lo cual no fue reclamado por el incidentista, sino se limitó a plantear un nuevo incidente de nulidad, que atendiendo a la fecha de notificación del proveído objeto de recurso, resulta notoriamente extemporáneo.

Para finalizar, es dable recordar, como lo dijo algún autor, el derecho no es una espesa red en la que quedan atrapados los ideales de justicia. Los recursos procesales deben ser ejercidos de buena fe, y no de manera perversa para eludir el restablecimiento del equilibrio de los intereses en juego. El profesional abogado que refrende este tipo de actuar debería ser sancionado en caso de reincidencia, puesto que media una abismal diferencia entre la defensa de los intereses de su comitente, y la coparticipación o auspicio en actuaciones, absolutamente, contrarias al valor justicia.

En suma, dada la incuestionable falta de interés en la declaración de nulidad, pues no existe cercenamiento alguno al derecho a la defensa y la evidente extemporaneidad de la presentación, no cabe más que confirmar el fallo en revisión, por encontrarse el mismo ajustado a derecho. Las costas, de conformi-

dad a lo dispuesto en el artículo 203 inc a) del Código Procesal Civil, deberán ser soportadas por el apelante.

OPINIÓN DEL MAGISTRADO DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS: Manifiesta que se adhiere a la opinión vertida por la Magistrada Valentina Núñez González, por compartir sus mismos fundamentos.

OPINIÓN DEL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER: Sin perjuicio de los fundamentos expresados por la Magistrada preopinante, cabe señalar que, en el caso particular sometido a decisión, no resulta necesario mucho despliegue argumental para poder concluir que el incidente, por su manifiesta improcedencia, debió haber sido desestimado por el Juzgado de Primera Instancia liminarmente en lugar de darle substanciación procesal.

En efecto, la parte demandada promovió a fs. 132 de estos autos reconstituidos un incidente de nulidad contra la providencia de fecha 8 de julio del 2007 por la cual el Juzgado había dispuesto “cúmplase”, providencia contra la cual, además, interpuso los recursos de apelación y nulidad. La incidencia fue fundada en que el día 8 de julio del 2007 fue domingo y, por ende, inhábil para el dictamiento de resoluciones judiciales. Por el auto en alzada el Juzgado rechazó el incidente de nulidad de actuaciones y también rechazó los recursos interpuestos contra la referida providencia.

Pues bien: no existen constancias de que, en la especie, la parte incidentista hubiera interpuesto el recurso de queja por recursos denegados lo que permite concluir que el rechazo de los recursos quedó firme por el consentimiento del presunto afectado. Por lo demás, en cuanto la cuestión propuesta se relaciona específicamente con el incidente, como se dijo antes, la pretensión incidental debió haber sido rechazada liminarmente por el Juzgado, con sanción disciplinaria al incidentista, atendiendo a que las resoluciones judiciales (la providencia del 8 de julio del 2.007 es una resolución judicial) No pueden ser impugnadas por vía de incidente, sino, en su caso, únicamente por vía de recursos (artículo 117 del CPC), más aun si se considera que una providencia como la que ha sido pronunciada jamás podría provocar agravio al hoy recurrente, condición o requisito indispensable para fundar válidamente toda pretensión de nulidad en el proceso.

Corresponde, por lo dicho, que el Tribunal confirme, con costas, los apartados primero y tercero del auto recurrido (que rechaza el incidente de nulidad, con costas) por hallarse la decisión ajustada a Derecho.

POR TANTO, en mérito a las consideraciones que anteceden, el TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL, PRIMERA SALA DE LA CAPITAL;

RESUELVE:

1. TENER por desistido al recurrente del recurso de nulidad.
 2. CONFIRMAR, el A.I. N° 429 del 03 de abril de 2009, dictado por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Tercer Turno de la Capital, Secretaría a cargo de Ana María Ocampos Báez, por los argumentos expuestos en el exordio de esta resolución.
 3. IMPONER las costas al apelante.
 4. ANOTAR, registrar y remitir copia a la Corte Suprema de Justicia.
- Magistrados: Marcos Riera Hunter, Valentina Núñez, Oscar Paiva Valdovinos.
- Ante mí: María Teresa Cañete, Actuaría Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 722

INCIDENTE. Incidente de nulidad. INTERDICCIÓN.

El incidente deducido lo fue en forma extemporánea e improcedente de conformidad a lo dispuesto por los arts. 76 y 77 del Cod. Civil, que contienen normas de procedimiento que debe seguir el Juez para decidir si admite o rechaza la denuncia, pues hasta que esta no se encuentra admitida, no se inicia, de lo que resulta que el dictamen de los peritos solo tiene como fin dar los elementos técnicos necesarios para que el Aquo tome la decisión de rechazar el pedido o admitir la denuncia y sustanciar el proceso, y del dictamen de los médicos propuestos, a criterio del Juzgador no era necesario sustanciar el caso pues no ameritaba tal situación, razón por la cual correctamente ha rechazado la denuncia.

INCIDENTE. Incidente de nulidad. INTERDICCIÓN.

El rechazo liminar de la pretensión incidental –sin substanciación– es correcto por los siguientes fundamentos:

- 1) En primer lugar, la parte incidentista no ha interpuesto los recursos de apelación y nulidad contra la providencia por la cual el Juzgado había dispuesto

la integración de la Junta Médica, quedando, en consecuencia, la misma firme. En efecto, tal como lo dispone el artículo 117 del CPC las resoluciones judiciales (entre las cuales se encuentran las providencias, los autos interlocutorios y las sentencias definitivas) sólo pueden ser objeto de impugnación por la vía de los recursos, si éstos estuviesen legislados en tales casos, pero no por la vía del incidente de nulidad de actuaciones, procedimiento reservado exclusivamente para las actuaciones procesales. Desde el momento en que la citada providencia no ha sido objeto de recursos la misma quedó firme y sin posibilidad de revisión o modificación. (Voto del Dr. Riera Hunter por su propio fundamento)

INCIDENTE. Incidente de nulidad: De acuerdo con la ley procesal, el incidente de nulidad debe ser promovido dentro del plazo perentorio de “cinco días subsiguientes al conocimiento del acto viciado” (art. 114, inc. “b”, del CPC). En la especie, conforme la propia manifestación de la parte recurrente, la misma ha tomado conocimiento de la reunión de la Junta Médica. (Voto del DR. Riera Hunter por su propio fundamento).

INCIDENTE. Incidente de nulidad.

INTERDICCIÓN.

En el caso no se discute aquí si en dicho día sábado se practicó o no una notificación (cedular o no), sino cuando la parte incidentista tomó “conocimiento” del acto presuntamente viciado a los efectos de que a partir del día subsiguiente hábil pueda correr el plazo perentorio de cinco días que determina la ley procesal. (Voto del Dr. Riera Hunter por su propio fundamento).

RECURSO DE REPOSICIÓN. Apelación en subsidio.

El auto recurrido desestimó el recurso de reposición y apelación en subsidio contra la providencia por la cual el Juzgado había dispuesto la integración de la Junta Médica, por lo cual no existiendo constancia de haberse interpuesto recurso de queja por apelación denegada dicha providencia quedó firme. (Voto del DR. Riera Hunter por su propio fundamento)

T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. 25/11/11. “Compulsas del Expediente: J. P. R. G. s/ Interdicción e Inhabilitación”. Año 2010, N° 497 (A.I. N° 722).

Asunción 25 de noviembre de 2011.

VISTOS: Los recursos de apelación y nulidad interpuestos por el Abog. Francisco Alvarenga Maldonado, con patrocinio del Abog. Juan Ramón Bueno

Jara en representación de los hijos del Sr. J. P. R. G., contra el A.I. N° 2396 de fecha 22 de diciembre de 2010 dictado por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Décimo Turno, y ;

CONSIDERANDO:

Que por la resolución recurrida el A-quo había dispuesto: “Rechazar in límine el incidente de nulidad deducido por el Abog. Francisco Alvarenga Maldonado por extemporáneo y por su notoria improcedencia. Denegar el recurso de reposición deducido por el Abogado Francisco Alvarenga Maldonado contra la providencia de fecha 06 de diciembre de 2010. Rechazar el recurso de apelación interpuesto por el Abogado Francisco Alvarenga Maldonado por haberse tenido al recurso de reposición interpuesto como la vía procesal oportuna. Anotar, registrar, y remitir copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia”.

RECURSO DE NULIDAD. OPINIÓN DEL MAGISTRADO DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS: De las constancias de autos surge que al expresar sus agravios en el escrito de fs. 199/200 el recurrente no fundamentó este recurso y no observándose vicios o errores procesales que pudieran obligar al Tribunal a declarar la nulidad de oficio, debe el mismo ser declarado desierto.

OPINIONES DE LOS MAGISTRADOS DRES. MARCOS RIERA HUNTER Y NERI E. VILLALBA F.: Manifiestan que se adhieren a la opinión vertida por el Magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos, por compartir sus mismos fundamentos.

RECURSO DE APELACIÓN. OPINIÓN DEL DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS: Que en el escrito presentado por el Abog. Francisco Alvarenga Maldonado con patrocinio del Abog. Juan Ramón Bueno Jara a fs. 168/171 manifiestan que su parte se ha enterado de la reunión que iba a realizar la Junta Médica designada por el Juez de Primera Instancia para inspeccionar al Sr. J. P. R. G. fijada para el día 27 de noviembre , por las manifestaciones del Dr. Guido Martínez Catáneo (perito médico propuesto por su parte), de lo cual resulta evidente que cuando menos se enteraron de dicha reunión el día 27 de noviembre , por lo que el rechazo por extemporáneo del incidente interpuesto en contra de la providencia de fecha 9 de noviembre de 2011, es correcto teniendo en cuenta lo dispuesto por el art. 191 en concordancia con el art. 114 inc b del CPC, ya que el incidente fue deducido el día 6 de diciembre de 2010 a las doce y veinte horas (fs. 171) fuera del plazo de 5 días, dispuesto por el art. 191 del CPC. También se debe analizar que del Poder agregado a fs. 23/24 los manda-

tarios de los hijos del Sr. J. P. R. G. son los abogados Francisco Adrián Alvarenga Maldonado, Juan Ramón Bueno Jara y Miguel Ángel Monges Villalba y que todos los escritos presentados en autos llevan la firma de los abogados Francisco Adrián Alvarenga Maldonado y Juan Ramón Bueno Jara, siendo este último quien aparece patrocinando el escrito presentado por el Dr. Guido Martínez Catáneo (perito médico propuesto por los denunciantes para integrar la junta médica) aceptando el cargo de perito en fecha 10 de noviembre de 2010 tal como consta a fs. 137 de autos, de lo cual resulta que la providencia de fecha 9 de noviembre de 2011 obrante a fs. 136 que fuera atacada por nula por medio del respectivo incidente deducido en fecha 6 de diciembre de 2010 había quedado consentida en forma tácita por la parte recurrente quien evidentemente en fecha 10 de noviembre de 2010 se enteró de lo dispuesto por la providencia de fecha 9 de noviembre de 2010.

Que, en estas condiciones este Conjuez debe coincidir con el Juez de Primera Instancia en cuanto a que el incidente deducido lo fue en forma extemporánea e improcedente de conformidad a lo dispuesto por los arts. 76 y 77 del Cod. Civil, que contienen normas de procedimiento que debe seguir el Juez para decidir si admite o rechaza la denuncia, pues hasta que esta no se encuentra admitida, no se inicia, de lo que resulta que el dictamen de los peritos solo tiene como fin dar los elementos técnicos necesarios para que el Aquo tomé la decisión de rechazar el pedido o admitir la denuncia y sustanciar el proceso, y del dictamen de los médicos propuestos, uno por los denunciantes (Dr. Guido Martínez Cattaneo), otro por la denunciada (Dr. Víctor Jacinto Godoy) y otro por el Juzgado, elegido de la lista de médicos psiquiatras obrantes en la Corte Suprema de Justicia (Dr. Carlos Alberto Arestivo) a criterio del Juzgador no era necesario sustanciar el caso pues no ameritaba tal situación, razón por la cual correctamente ha rechazado la denuncia, basándose en las opiniones de autores como el Dr. Francisco Centurión en su obra “Derecho Civil”, Tomo I, “Persona y familia” y del profesor argentino Guillermo A. Borda en su obra “Tratado de Derecho Civil. Parte General”, Tomo I.

Que tanto la doctrina como la jurisprudencia han considerado que este tipo de proceso es muy especial y debe ser sumamente rápido, ya que se trata de decidir, nada menos, que sobre la capacidad de una persona y así se ha sostenido que: *“la solicitud de parte” a que se refiere el art. 142 del Cod. Civ. Argentino, no constituye una demanda, en cuanto ejercicio de una acción, de una pretensión*

procesal a fin de obtener reconocimiento de un derecho frente a terceros. Se trata de una simple “denuncia” de hechos “acto-condición” para que la jurisdicción se ejerza. Corresponde a este determinar el verdadero estado mental del enfermo y decretar las medidas adecuada para su protección, sin hallarse limitada en esa función por la calificación hecha por el denunciante, quien carece de interés jurídico para limitar la actividad jurisdiccional, ya que la declaración de insania tiene por fin la protección del insano, no conferir derechos al denunciante” (T. Colegiado Civ. y Com. San Nicolás La Ley 1977-B, 317 publicado en el Digesto Jurídico, Tomo I, Derecho Civil, pág. 39).

Que en estas condiciones y por los fundamentos expresados, es evidente que el Auto Interlocutorio apelado debe ser confirmado con costas.

OPINIÓN DEL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER: De las constancias de estos autos se desprende que la parte hoy recurrente promovió en la instancia inferior un incidente de nulidad de actuaciones en un escrito que, previo el epígrafe de “Incidente De Nulidad”, dice textualmente: “La providencia de fecha 09 de noviembre de 2010, que conforme la Junta Médica, es nula de nulidad absoluta, por dos motivos, primero excluye al Médico siquiatra nombrado por el Juzgado en el Presente juicio por Providencia de fecha 8 de septiembre de 2010, Carlos Stevens Sachero, el médico perito Carlos Arestivo Bellasai, fue nombrado de oficio por el Juzgado, y de la misma debimos ser notificados por cédula, hecho este omitido, por lo que mi parte no pudo cuestionar la integración de la Junta, ni recusar al perito designado, derecho este que asiste a mi parte, esta Providencia debía notificarse por Cédula como lo dispuso el Juzgado y lo establece el Código de forma, mi parte se entera por manifestaciones del Dr. Guido Martínez Cataneo, que nos informó de la reunión de la Junta en fecha 27 de noviembre del cte. año, con el alcance del art. 180 del Código Procesal Civil, vengo a promover el incidente de nulidad, de todo lo actuado posterior a la Providencia citada, el perjuicio ocasionado a mi parte es evidente, al no permitirme cuestionar la Junta conformada. Solicito al Juzgado que imprima trámite al presente Incidente de Nulidad, y oportunamente dicte resolución, haciendo lugar al incidente con costas, y en consecuencia ordenar que se nos notifique por Cédula la Providencia del 9 de Noviembre de 2.010” (sic).

En el mismo escrito el incidentista interpuso el recurso de reposición con apelación en subsidio contra la providencia del 6 de diciembre del 2.010 por la cual se dispuso correr traslado de los dictámenes médicos a la Defensora de Incapaces.

El incidente de nulidad de actuaciones fue rechazado liminarmente por el Juzgado de Primera Instancia por el auto que hoy se encuentra en grado de recurso ante este Tribunal, desestimándose también, en la misma resolución, el recurso de reposición con apelación en subsidio.

A criterio de esta Magistratura, el rechazo liminar de la pretensión incidental –sin substanciación– es correcto por los siguientes fundamentos:

1) En primer lugar, la parte incidentista no ha interpuesto los recursos de apelación y nulidad contra la providencia de fecha 9 de noviembre del 2010 (fs. 128, autos principales), por la cual el Juzgado había dispuesto la integración de la Junta Médica, quedando, en consecuencia, la misma firme. En efecto, tal como lo dispone el artículo 117 del CPC las resoluciones judiciales (entre las cuales se encuentran las providencias, los autos interlocutorios y las sentencias definitivas) sólo pueden ser objeto de impugnación por la vía de los recursos, si éstos estuviesen legislados en tales casos, pero no por la vía del incidente de nulidad de actuaciones, procedimiento reservado exclusivamente para las actuaciones procesales. Desde el momento en que la citada providencia del 9 de noviembre del 2010 no ha sido objeto de recursos la misma quedó firme y sin posibilidad de revisión o modificación.

2) En segundo lugar, de acuerdo con la ley procesal, el incidente de nulidad debe ser promovido dentro del plazo perentorio de “cinco días subsiguientes al conocimiento del acto viciado” (art. 114, inc. “b”, del CPC). En la especie, conforme la propia manifestación de la parte recurrente, la misma ha tomado conocimiento de la reunión de la Junta Médica en fecha 27 de noviembre del 2010. De acuerdo con la norma legal antes citada, el plazo perentorio de cinco días venció exactamente en fecha 6 de diciembre del 2010, a las nueve horas. Sin embargo, el escrito incidental fue presentado en la misma fecha citada, pero no a las nueve horas, sino a las doce y veinte horas, conforme surge del cargo actuarial de fs. 163 de los autos principales, es decir, en forma extemporánea. Sobre el punto manifiesta la parte apelante que el 27 de noviembre de 2010 era sábado, es decir, un día inhábil, por lo que mal podría practicarse una notificación en dicho día. Pero, no se discute aquí si en dicho día sábado se practicó o no una notificación (cedular o no), sino cuando la parte incidentista tomó “conocimiento” del acto presuntamente viciado a los efectos de que a partir del día subsiguiente hábil pueda correr el plazo perentorio de cinco días que determina la ley procesal. Dicho conocimiento, como se dijo, aconteció (por propia manifestación

del incidentista) precisamente en dicho día sábado 27 de noviembre del 2010, por lo que el primer día hábil del plazo fue el 29 de noviembre del 2010. Claramente, por tanto, la incidencia ha sido promovida en forma extemporánea, lo que determina la convalidación o subsanación de los vicios o irregularidades que las actuaciones procesales pudieran contener, por consentimiento tácito del presunto afectado.

3) En tercer lugar, el recurso de reposición con apelación en subsidio interpuesto en el mismo escrito incidental contra la providencia del 6 de diciembre del 2010 fue, como se ha dicho, desestimado por el auto hoy recurrido, no existiendo constancias de que la parte apelante haya interpuesto, por lo demás, el recurso de queja por recursos denegados, todo lo cual conduce a concluir que también la citada providencia ha quedado firme.

En consecuencia, por los fundamentos expresados, corresponde que el Tribunal confirme, con costas, el apartado primero del auto apelado (que rechaza in límine el incidente de nulidad), por hallarse la decisión ajustada a Derecho.

OPINIÓN DEL MAGISTRADO DR. NERI E. VILLALBA F.: Manifiesta que se adhiere a la opinión vertida por el Magistrado Oscar Augusto Paiva Valdovinos por compartir sus mismos fundamentos.

POR TANTO, en mérito a lo expuesto, EL TRIBUNAL DE APELACION EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA CAPITAL, PRIMERA SALA;

RESUELVE:

DECLARAR DESIERTO el recurso de nulidad.

CONFIRMAR con costas el auto apelado.

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

Magistrados: Marcos Riera Hunter, Oscar Paiva Valdovinos, Neri E. Villalba.

Ante mí: María Teresa Cañete, Actuaría Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N°753

REGULACIÓN DE HONORARIOS. Honorarios de abogados. DIVORCIO.

A los efectos de la determinación del monto que le correspondería al abogado peticionante de la regulación de honorarios en un juicio de divorcio, se tomara en cuenta el valor establecido en el art. 44, inc. 1. El jornal diario a la fecha es de guaraníes sesenta y tres mil setecientos setenta y ocho (Gs. 63.778), teniendo en consideración la calidad de patrocinante y procurador se aplica 300 jornales. De la misma resulta la suma de Guaraníes diez y nueve millones ciento treinta y tres mil cuatrocientos (Gs.19.133.400).

REGULACIÓN DE HONORARIOS. Honorarios de abogados. DIVORCIO.

A los efectos de la determinación del monto en segunda Instancia, debe tenerse en cuenta el Art. 33, es decir, que el monto a regular resulta de los porcentajes previstos en el art. 44, inc. 1.

T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. 06/12/11. “Regulación de Honorarios Profesionales del abogado Simón Aranda Godoy en: S. F. B. c/ D. G. E. s/ Divorcio” (A.I N° 753).

Asunción, 06 de diciembre de 2.011.

VISTO: El pedido de regulación de honorarios profesionales presentado por el Abogado Simón Aranda Godoy, y;

CONSIDERANDO:

OPINIÓN DEL MAGISTRADO DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDIVINOS: El citado profesional solicita al Tribunal la regulación de sus honorarios profesionales correspondientes a las actuaciones judiciales realizadas en esta instancia.

Monto del Juicio: Estando disuelta y extinguida la comunidad de bienes entre las partes, se aplica lo establecido en el art. 44 inc. N° 1.

El peticionante ha intervenido en el doble carácter de patrocinante y procurador.

La ley aplicable es la de Honorarios y Aranceles de Abogados y Procuradores N° 1.376/88, específicamente los artículos 21, 25, 33, 44 y 45, respectivamente.

A los efectos de la determinación del monto que le correspondería al abogado peticionante de la regulación de honorarios, se tomara en cuenta el valor establecido en el art. 44, inc. 1. El jornal diario a la fecha es de guaraníes sesenta y tres mil setecientos setenta y ocho (Gs. 63.778), teniendo en consideración la calidad de patrocinante y procurador se aplica 300 jornales. De la misma resulta la suma de Guaraníes diez y nueve millones ciento treinta y tres mil cuatrocientos (Gs. 19.133.400).

A los efectos de la determinación del monto en segunda Instancia, debe tenerse en cuenta el Art. 33, es decir, que el monto a regular resulta de los porcentajes previstos en el citado artículo. En la presente, el abogado que solicita la regulación de sus honorarios, al haber sido ganancioso en segunda instancia, por haber resuelto el Tribunal declarar desiertos los recursos contra la Sentencia definitiva N° 097 de fecha 2 de marzo de 2005, dictada por el Juez de Primera Instancia de lo Civil y Comercial del Quinto Turno, por lo que debe aplicársele el treinta por ciento del monto más arriba señalado, por lo que corresponde al profesional del foro, en el carácter de patrocinante y procurador, la suma de Guaraníes cinco millones setecientos cuarenta mil veinte (Gs. 5.740.020) más IVA.

OPINION DE LA MAGISTRADA VALENTINA NUÑEZ GONZÁLEZ:
Manifiesta que se adhiere a la opinión vertida por el Magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos por compartir sus mismos fundamentos.

OPINIÓN DEL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER: El porcentaje que debe aplicarse en 2ª Instancia es del 25% porque la actuación del abogado es mínima, limitándose a pedir que los recursos se declaren desiertos. Corresponde Gs. 4.783.350, más 10 % de I.V.A..

POR TANTO, en mérito a lo expuesto **EL TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL, PRIMERA SALA, DE LA CAPITAL;**

RESUELVE:

REGULAR los honorarios profesionales del Abogado Simón Aranda Godoy, por las actuaciones en esta Instancia, en sus caracteres de patrocinante y procurador, en la suma de Gs. 5.740.020 (Cinco millones Setecientos Cuarenta Mil Veinte) más el 10% sobre la suma arriba citada, en concepto de I.V.A., el cual asciende a Gs. 574.002 (Guaraníes Quinientos Setenta y Cuatro mil Dos).

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

Magistrados: Marcos Riera Hunter, Valentina Núñez, Oscar Paiva V.

Ante mí: María Teresa Cañete , Actuaría Judicial.

AUTO INTERLOCUTORIO N° 757

Cuestión debatida: *Entrando a analizar la cuestión sometida a estudio, nos encontramos ante una demanda de indemnización de daños y perjuicios promovida por considerar que los demandados han obtenido un beneficio indebido mediante la percepción de derecho de autor que sostiene le correspondían al actor mas la indemnización de daños y perjuicios correspondiente. Corrido traslado la heredera de la parte demandada contesta la demanda e interpone reconvencción por nulidad de inscripción del tema musical en discusión y es sobre el plazo de contestación de esta reconvencción lo que versa la apelación.*

RECURSO DE NULIDAD.

No se observa en la providencia recurrida vicios de forma o solemnidades que ameriten el estudio de oficio por parte del Tribunal, aunque cabe señalar que la práctica forense sugiere que este tipo de decisiones deban ser plasmadas en auto interlocutorios y no en simples providencia, hecho este sin embargo que no resta validez a lo resuelto, por lo que corresponde declarar desierto el recurso.

DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS.

El art. 157 de la Ley 1.328/98 señala que todas las controversias que se susciten con motivo de la aplicación de la presente ley, deberá sustanciarse por el Proceso de conocimiento sumario del CPC y en todo lo no previsto en el presente capítulo, se aplicará igualmente en forma supletoria dicho cuerpo legal. De manera que claramente queda establecido que lo que rige son las normas específicas y concordantes del Código Procesal Civil.

NOTIFICACIÓN. RECONVENCIÓN.

En el caso, al haberse realizado la notificación de la reconvencción en un domicilio diferente al denunciado por el accionante como domicilio real por más que este fuere el de su representante legal, la misma no surte efecto conforme a la disposición legal citada, de manera que no se ha producido decaimiento de derecho alguno, debiendo ser confirmada la providencia que desestimó el pedido formulado por improcedente.

NOTIFICACIÓN. RECONVENCIÓN.

No se puede privar de eficacia la cedula practicada en el domicilio procesal denunciado y constituido a fin de correr traslado de la reconvencción. (Voto en disidencia del Dr. Marcos Riera Hunter).

NOTIFICACIÓN. RECONVENCIÓN.

Aun cuando la providencia que dispuso el traslado de la reconvencción tuviera que ser notificada en el domicilio real y no procesal, se advierte en autos que la actora se presentó a contestar la demanda reconvenccional aludiendo expresamente a la cédula de notificación en cuestión lo cual es indicativo de que recibió dicha cédula que, en tales condiciones, produce todos sus efectos conforme el art. 144, del CPC, iniciándose, en consecuencia, el inicio del plazo para contestar la reconvencción a partir del día siguiente hábil de tal cédula. (Voto en disidencia del Dr. Marcos Riera Hunter)

NOTIFICACIÓN. RECONVENCIÓN.

La actora no contestó la reconvencción en el plazo de nueve días, sino en forma extemporánea. La cédula se diligenció el 22 de diciembre del 2006 y la demanda se contestó el 20 de febrero siguiente, 2007, deslizándose –además– un grave error en el cargo porque en lugar de consignarse el año 2007, se consignó el año 2006, dato materialmente imposible atendiendo a la fecha en que se diligenció la notificación (diciembre del 2006), lo que invalida el cargo y provoca la no presentación del escrito. Por ello, además de que se contestó tardíamente, la contestación se efectuó en un escrito que no puede tenerse por presentado. (Voto en disidencia del Dr. Marcos Riera Hunter).

T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. 09/12/11. “Julio César Brítez Faraldo c/ Roberto Medina y otros s/ Indemnización de Daños y Perjuicios por Responsabilidad Extracontractual” (A.I. N° 757).

Asunción, 09 de diciembre de 2011.

Y VISTOS: Los recursos de apelación y nulidad interpuestos por el Abog. Arsenio Sarabia, contra el proveído de fecha 8 de marzo de 2007, dictada por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Décimo Tercer Turno, y;

CONSIDERANDO:

QUE por la mencionada providencia el A-quo había dispuesto: “Atento al informe del Actuario que antecede, del pedido de acuse de rebeldía no ha lugar a lo solicitado por improcedente”.

EN CUANTO AL RECURSO DE NULIDAD. OPINIÓN DE LA MAGISTRADA VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ: El mismo no ha sido fundado expresamente por el recurrente, por lo que existe un desistimiento tácito del mis-

mo, Por otra parte no se observa en la providencia recurrida vicios de forma o solemnidades que ameriten el estudio de oficio por parte del Tribunal, aunque cabe señalar que la práctica forense sugiere que este tipo de decisiones deban ser plasmadas en auto interlocutorios y no en simples providencia, hecho este sin embargo que no resta validez a lo resuelto, por lo que corresponde declarar desierto el recurso.

OPINIONES DE LOS MAGISTRADOS DRES. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS Y MARCOS RIERA HUNTER: Manifiestan que se adhieren a la opinión vertida por la Magistrada Valentina Núñez González, por compartir sus mismos fundamentos.

EN CUANTO AL RECURSO DE APELACIÓN. OPINIÓN DE LA MAGISTRADA VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ: El agravio se centra en el hecho de haber desestimado el A-quo el pedido de decaimiento del derecho que a su criterio dejara de usar la parte actora, para contestar la demanda reconvenzional promovida por la mandante del recurrente. Señala al respecto que el procedimiento aplicable al caso según lo previsto en la Ley 1.328/98 es el procedimiento sumario debiendo contestarse el traslado en el plazo de 9 días. Cuestiona el informe del Actuario que señala que la notificación de la reconvección fue hecha en el domicilio procesal y no en el domicilio real. Transcribe alguna jurisprudencia y doctrina que avalaría la pretensión del mismo en el sentido que la notificación fue correctamente realizada al haber sido hecha en el domicilio procesal fijado solicitando en consecuencia que la resolución sea revocada.

Corrido traslado a la otra parte, esta contesta en escrito que obra de fs.67/68 refutando los argumentos del apelante, señalando que el procedimiento adecuado a ser aplicado es el ordinario en razón a la materia, el monto y la jurisdicción agregando que el art. 133 del CPC, establece en el inicio a) las resoluciones que deben ser notificada por cédula en el domicilio del demandado, entre las que se encuentra al reconvección, solicitando en consecuencia la confirmación de lo resuelto.

Entrando a analizar la cuestión sometida a estudio, nos encontramos ante una demanda de indemnización de daños y perjuicios promovida por el Sr. Julio Cesar Britez Faraldo contra los Sres. Roberto Medina y Valentín Gamarra, por considerar que los mismos han obtenido un beneficio indebido mediante la percepción de derecho de autor que sostiene le correspondían al mismo más la indemnización de daños y perjuicios correspondiente. Corrido traslado la here-

dera del Sr. Medina contesta la demanda e interpone reconvencción por nulidad de inscripción del tema musical en discusión y es sobre el plazo de contestación de esta reconvencción lo que versa la apelación.

Al respecto es dable señalar que independientemente del procedimiento aplicado (sumario u ordinario) lo que se debe resolver es si la notificación realizada en el domicilio procesal fijado surte o no efecto para el computo del plazo respectivo.

El art. 157 de la Ley 1.328/98 señala que todas las controversias que se susciten con motivo de la aplicación de al presente Ley, deberá sustanciarse por el Proceso de conocimiento sumario del CPC y en todo lo no previsto en el presente capítulo, se aplicará igualmente en forma supletoria dicho cuerpo legal. De manera que claramente queda establecido que lo que rige son las normas específicas y concordantes del Código Procesal Civil.

El art. 683 del CPC, establece las condiciones y trámites vigentes: “En los casos en que la ley remita al proceso de conocimiento sumario la solución de un conflicto, o que por la naturaleza de la cuestión resultare evidente que deba tramitarse de ese modo, y siempre que no se halle previsto un procedimiento especial, se aplicarán las reglas de conocimiento ordinario, con las siguientes modificaciones:...”, y dentro de esas modificaciones no se establece que en caso de haberse establecido domicilio procesal la reconvencción deba ser notificada en el mismo, de manera que se encuentra plenamente vigente la disposición contenida en el art. 133 del CPC que dice: “serán notificados por cédulas en el domicilio del interesado, las siguientes resoluciones: a) la que dispone el traslado de la demanda, de la reconvencción y de los documentos que se acompañan a sus contestaciones;

De manera que al haberse realizado la notificación de la reconvencción en un domicilio diferente al denunciado por el accionante como domicilio real (fs. 15, Blínder (ex Luis Alberto de Herrera) y República Argentina) por mas que este fuere el de su representante legal, la misma no surte efecto conforme a la disposición legal citada, de manera que no se ha producido decaimiento de derecho alguno, debiendo ser confirmada la providencia que desestimó el pedido formulado por improcedente, con imposición de costas a la parte perdedora.

OPINIÓN DEL MAGISTRADO DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDIVINOS: Manifiesta que se adhiere a la opinión vertida por la Magistrada Valentina Núñez González, por compartir sus mismos fundamentos.

OPINIÓN DEL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER: 1) En primer término, no se puede privar de eficacia totalmente a la cédula de fs. 50 porque la providencia del 11 de diciembre del 2.006 (fs. 38) ha sido notificada correctamente; en el domicilio procesal denunciado y constituido.

2) En segundo lugar, aun cuando la providencia del 20 de diciembre del 2006 (fs. 48), que dispuso el traslado de la reconvencción tuviera que ser notificada en el domicilio real y no procesal, se advierte que a fs. 54 la actora se presentó a contestar la demanda reconvenccional aludiendo expresamente a la cédula de notificación de fs. 50 (diligenciada en fecha 22 de diciembre del 2.006), lo cual es indicativo de que recibió dicha cédula que, en tales condiciones, produce todos sus efectos conforme el art. 144, del CPC, iniciándose, en consecuencia, el inicio del plazo para contestar la reconvencción a partir del día siguiente hábil de tal cédula.

3) En tercer lugar, la actora no contestó la reconvencción en el plazo de nueve días, sino en forma extemporánea. La cédula se diligenció el 22 de diciembre del 2006 y la demanda se contestó el 20 de febrero siguiente, 2007, deslizándose –además– un grave error en el cargo de fs. 56 porque en lugar de consignarse el año 2007, se consignó el año 2006, dato materialmente imposible atendiendo a la fecha en que se diligenció la notificación (diciembre del 2006), lo que invalida el cargo y provoca la no presentación del escrito. Por ello, además de que se contestó tardíamente, la contestación se efectuó en un escrito que no puede tenerse por presentado.

4) En consecuencia, corresponde que el Tribunal revoque la providencia recurrida por no hallarse la misma ajustada a Derecho, con costas.

POR TANTO, en mérito a las consideraciones que anteceden, el TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL, PRIMERA SALA, DE LA CAPITAL;

RESUELVE:

1. DECLARAR desierto el recurso de nulidad.
2. CONFIRMAR, con costas, la providencia recurrida.
3. ANOTAR, registrara y remitir copia a la Corte Suprema de Justicia.

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

Ante mí: María Teresa Cañete, Actuaría Judicial.

AUTO INTERLOCUTORIO N° 764

SENTENCIA. Sentencia que deciden “ultra petita”

Haber fijado la liquidación en un monto superior al solicitado por la parte actora configura una violación del principio de congruencia (ultra petita) atendiendo que ha otorgado al actor más de lo que pidió.

SENTENCIA. Nulidad de sentencia.

La violación del principio de congruencia provoca la nulidad del Auto Interlocutorio recurrido, en lo que respecta a la liquidación complementaria, de conformidad con lo dispuesto en el art. 15, incs. “b” y “c” del CPC.

SENTENCIA. Sentencia Contradictoria. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.

El Principio de Congruencia por el cual los Jueces en general tienen el deber de analizar en los fundamentos (considerando) de la resolución respectiva todas y cada una de las cuestiones propuestas por las partes (pretensiones) y, consiguientemente, el deber de resolver en la parte dispositiva de la misma resolución (decisión) precisamente todas esas cuestiones propuestas, en forma expresa, positiva y precisa, sin incurrir en omisiones, excesos, o pronunciamientos sobre materia extraña. La violación del principio de congruencia provoca, inexorablemente, la declaración de nulidad del auto así pronunciado (art. 15, inc. “b”, del CPC).

SENTENCIA. Sentencia Contradictoria. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.

En la especie, como se dijo, el auto recurrido es nulo por incongruente: 1) En primer lugar, no se ha analizado en los fundamentos de la resolución el pedido de finiquito y de levantamiento de embargo de la parte demandada, omitiéndose consignar las razones jurídicas que llevaron al Juzgado de Primera Instancia a, finalmente, desestimar tales pretensiones. 2) Existe también incongruencia en el fallo que se analiza por cuanto que el Juzgado, al analizar la liquidación presentada por la actora (liquidación complementaria) concedió mayor suma que la que ha sido solicitada por la parte demandante.

PAGO. Extinción de las obligaciones.

En el caso los demandados incurrieron en mora, al no haber hecho pago inmediato de la suma establecida en el auto de liquidación resuelta por este Tribunal, conforme lo dispone el Art. 475 del CPC. En este sentido, corresponde

el pago por la demora, debiendo calcularse un porcentaje del 2,75% sobre el monto depositado.

**REGULACIÓN DE HONORARIOS. MEDIDAS CAUTELARES.
Levantamiento de las medidas cautelares.**

En el caso a pesar del pago o depósito, no resulta posible acceder al finiquito del juicio ni del levantamiento del embargo, tal como lo pretendió la parte demandada, precisamente porque se encuentra pendiente la regulación de los honorarios profesionales y el pago pertinente, conforme lo establece expresamente el artículo 7 de la ley de honorarios profesionales que no permite el levantamiento de medidas cautelares u otras similares, “sino cuando al pedido se acompañase el recibo de pago de los honorarios del abogado o procurador de la parte vencedora ...” (Voto del Dr. Riera Hunter por su propio fundamento).

JUICIO EJECUTIVO. Liquidaciones complementarias.

Las liquidaciones complementarias, sólo pueden ser admitidas procesalmente cuando luego de una liquidación anterior (y luego del remate, o, en su caso, luego de la sentencia de remate y de la extracción del dinero embargado) queda un saldo insoluto que permite la prosecución del procedimiento de cobro por medio de un nuevo embargo ejecutivo y subasta, en su caso. (Voto del Dr. Riera Hunter por su propio fundamento).

JUICIO EJECUTIVO. Liquidaciones complementarias.

El hecho de que el monto resultante de la liquidación no haya sido pagado en tiempo propio sólo autoriza o permite al acreedor a continuar la ejecución, como se dijo, por medio de la obtención de un nuevo mandamiento de intimación de pago y subasta, en su caso, pero no –se reitera– omitir este trámite procesal y pretender directamente una liquidación complementaria, y luego –tal vez otra, etc. Es por ello por lo que el pedido de liquidación complementaria del actor deviene improcedente. (Voto del DR. Riera Hunter por su propio fundamento).

T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. 13/12/11. “Máximo Benítez Demmler c/ María Emilia Alvarenga de Núñez y Demetrio Gustavo Núñez Gómez s/ Preparación de Acción Ejecutiva” (A.I. N° 764).

Asunción, 13 de diciembre de 2.011.

VISTOS: Los recursos de apelación y nulidad interpuestos contra el A.I. N° 1383 de fecha 28 de agosto de 2008, fs. 83, dictado por la Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Quinto Turno, y;

CONSIDERANDO:

Que, con el Auto Interlocutorio recurrido se resolvió: "...I) rechazar, con costas, el pedido de finiquito de juicio y levantamiento de embargo promovido por los demandados, en base a las consideraciones vertidas en el exordio de la presente resolución; II) hacer lugar con costas al incidente de liquidación complementaria presentada por la parte actora, dejándola establecida en la suma de Gs. 4.009.680 (Cuatro millones nueve mil seiscientos ochenta) en concepto de intereses y gastos hasta la fecha, en base a las consideraciones que anteceden; III) anotar, registrar, y remitir copia a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia."

EN CUANTO AL RECURSO DE NULIDAD. OPINIÓN DE LA MAGISTRADA VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ: El recurrente fundamenta este recurso en su escrito de fs. 86/89. Principalmente alega que el fallo recurrido carece de fundamento y que la Jueza de grado inferior se apartó de la petición de las partes, siendo violentado el principio de congruencia. Fundamenta la nulidad en los artículos 256 de la Constitución Nacional y 15 incisos b) y d) del CPC.

Por su parte, el abogado Cristian Miguel Núñez Servín, en representación de la parte actora, contesta los agravios en relación este recurso a fs. 92/93 de autos, solicitando su rechazo por falta de fundamentación.

Entrando al análisis de autos y del Auto de Liquidación apelado, se desprende que en el citado fallo cuestionado se resolvió en primer término rechazar el pedido de finiquito y levantamiento de embargo; haciéndose lugar al incidente de liquidación complementaria presentada por la parte actora, dejándola establecida en la suma de Gs. 4.009.680. Sin embargo, en el escrito de fs. 78/79, la parte actora al presentar su liquidación complementaria, peticiono los rubros de interés moratorios: Gs. 1.981.152 y notificaciones: Gs. 45.000, lo que sumados ambos montos se tiene la suma de Gs. 2.026.152, sin embargo, el Juzgado fijó la suma de Gs. 3.964.680 y Gs. 45.000 en concepto de interés moratorio y notificaciones, es decir, Gs. 1.983.528 más de lo solicitado por la demandante. Haber fijado la liquidación en un monto superior al solicitado por la parte actora configura una violación del principio de congruencia (ultra petita) atendiendo que ha otorgado al actor más de lo que pidió. La violación del principio de congruencia provoca la nulidad del Auto Interlocutorio recurrido, en lo que respecta a la liquidación complementaria, de conformidad con lo dispuesto en el art. 15, incs. "b" y "c" del CPC.

En consecuencia, por los fundamentos expuestos, corresponde que esta Magistratura declare la nulidad de la Resolución recurrida.

OPINIÓN DEL MAGISTRADO DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS: Manifiesta que se adhiere a la opinión vertida por la Magistrada Valentina Núñez González, por compartir sus mismos fundamentos.

OPINIÓN DEL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER: Esta Magistratura comparte con la Conjueza preopinante el criterio sostenido por la misma en el sentido de que corresponde declarar la nulidad de la resolución que se encuentra en grado de recurso ante este Tribunal.

En efecto, uno de los principios fundamentales que deben ser rigurosamente atendidos por los órganos jurisdiccionales al dictar sus resoluciones es el Principio de Congruencia por el cual los jueces en general tienen el deber de analizar en los fundamentos (considerando) de la resolución respectiva todas y cada una de las cuestiones propuestas por las partes (pretensiones) y, consiguientemente, el deber de resolver en la parte dispositiva de la misma resolución (decisión) precisamente todas esas cuestiones propuestas, en forma expresa, positiva y precisa, sin incurrir en omisiones, excesos, o pronunciamientos sobre materia extraña. La violación del principio de congruencia provoca, inexorablemente, la declaración de nulidad del auto así pronunciado (art. 15, inc. “b”, del CPC).

En la especie, como se dijo, el auto recurrido es nulo por incongruente:

1) En primer lugar, no se ha analizado en los fundamentos de la resolución el pedido de finiquito y de levantamiento de embargo de la parte demandada, omitiéndose consignar las razones jurídicas que llevaron al Juzgado de Primera Instancia a, finalmente, desestimar tales pretensiones. Técnicamente, se ha incurrido en este caso en incongruencia citrapetita en la fundamentación, con el consiguiente efecto de provocar tal incongruencia la nulidad de la decisión correspondiente, es decir, la determinada en el apartado primero del auto en alzada.

2) En segundo lugar, tal cual como lo sostuvo la Conjueza preopinante, existe también incongruencia en el fallo que se analiza por cuanto que el Juzgado, al analizar la liquidación presentada por la actora (liquidación complementaria) concedió mayor suma que la que ha sido solicitada por la parte demandante. En efecto, en el escrito de liquidación complementaria del actor se solicitó en total la suma de Gs. 2.026.152 en concepto de intereses y notificaciones. En

cambio, en la resolución que se analiza, el Juzgado otorgó al actor mayor suma de dinero en concepto de intereses (el actor pidió Gs. 1.981.152 y el Juzgado otorgó Gs. 3.964.680) excediendo en Gs. 1.983.528 de lo pretendido por el accionante, configurándose por ello la incongruencia ultrapetita, tanto en la fundamentación como en la decisión propiamente dicha. El vicio así detectado provoca necesariamente la nulidad del apartado segundo del auto recurrido, referido específicamente a la liquidación del juicio.

En consecuencia, por los fundamentos expresados, corresponde que el Tribunal declare la nulidad integral del auto recurrido, con costas a la parte recurrida por oponerse a la pretensión de nulidad del nulidicente (art. 408, CPC).

EN CUANTO AL RECURSO DE APELACIÓN. OPINIÓN DE LA MAGISTRADA VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ: Dada la forma como ha sido resuelta la primera cuestión, se hace innecesario el estudio del recurso de apelación.

Y LA MAGISTRADA VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ PROSIGUIÓ DICIENDO: Habiéndose declarado la nulidad de la resolución en Alzada corresponde que esta Magistratura, de cumplimiento a lo dispuesto en el art. 406 del CPC y se dicte, en consecuencia, la resolución que fuese pertinente en reemplazo de la que ha sido objeto de anulación.

QUE, a fs. 77 de autos la demandada acompaña boleta de depósito de la liquidación establecida por este Tribunal (A.I. N° 649 de fecha 17 de diciembre de 2007) y solicita el finiquito del juicio y el levantamiento de los embargos trabados en autos.

La parte actora, a fs. 78/79 se opone al finiquito y levantamiento de los embargos trabados en autos y peticiona una liquidación complementaria en atención a que el monto depositado no cubre la liquidación final, por ser moroso. Alega que la liquidación fue establecida por A.I. N° 649 de fecha 17 de Diciembre de 2.007 dictado por esta Alzada, el cual fue notificado a los demandados en fecha 24 de diciembre de 2007 y que desde esta fecha hasta el depósito del monto de Gs. 18.063.000, han transcurrido más de tres meses. Finaliza realizando su propio cálculo de la siguiente manera: Monto Adeudado: Gs. 18.344.000. Intereses moratorio (4 meses x 2,7%): Gs. 1.981.152. Notificaciones (3 x Gs.15.000): Gs. 45.000. TOTAL: 20.370.152. SALDO DEUDOR: Gs. 2.026.152.

La parte demandada se opone a la liquidación complementaria a fs. 81/82, sosteniendo que no corresponde establecer interés sobre interés por no estar

establecido en nuestra legislación. Finaliza solicitando el rechazo de la liquidación complementaria, con costas.

Revisadas las constancias procesales, se advierte que efectivamente este Tribunal ha dictado el A.I. N° 649 de fecha 17 de diciembre de 2007 (fs. 67/68) que resolvió modificar la liquidación en el monto final de Gs. 18.063.000. La referida resolución fue notificada a la parte demandada en fecha 24 de Diciembre de 2007. En fecha 1 de abril de 2009, los demandados presentaron la boleta de depósito del monto de la liquidación establecida por este Tribunal, es decir, luego de tres meses y 8 días de haber sido notificados de la misma.

Ahora bien, indudablemente los demandados incurrieron en mora, al no haber hecho pago inmediato de la suma establecida en el auto de liquidación resuelta por este Tribunal, conforme lo dispone el Art. 475 del CPC. En este sentido, corresponde el pago por la demora, debiendo calcularse un porcentaje del 2,75% sobre el monto de Gs. 18.063.000, por la cantidad de 3 meses y 8 días lo que nos da: Gs. 1.490.196. Debe sumarse a ello las notificaciones practicadas a posteriori del A.I. N° 649 de fecha 17 de diciembre de 2007, que en total son dos: Gs. 30.000.

En suma, para esta Alzada la liquidación complementaria debe quedar de la siguiente manera: Monto depositado: Gs. 18.063.000. Interés moratorio (2,75 x 3 meses y 8 días): Gs. 1.490.196. Notificaciones (Gs. 15000 x 2): Gs. 30.000. TOTAL: Gs. 18.583.196. saldo deudor: Gs. 1.520.196, que debe ser abonado por los demandados.

En cuanto a las costas, las mismas deben ser impuestas en el orden causado por no haber prosperado las pretensiones de las partes (Arts. 193 del CPC).

OPINIÓN DEL MAGISTRADO DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDIVINOS: Manifiesta que se adhiere a la opinión vertida por la Magistrada Valentina Núñez González, por compartir sus mismos fundamentos.

OPINIÓN DEL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER: Habiéndose declarado la nulidad total del auto recurrido no corresponde el estudio de la apelación, debiendo el Tribunal dar cumplimiento al artículo 406 del CPC y dictar nueva resolución, substitutiva de la anulada.

En tal sentido, se advierte que por A.I. N° 649 de fecha 17 de diciembre del 2007 (fs. 67) el Tribunal resolvió establecer la liquidación del juicio en la suma de Gs. 18.063.000. La parte demandada depositó la citada suma de dinero conforme se desprende del comprobante agregado a fs. 76, 77 de autos. Con tal

depósito, la parte demandada abonó integralmente lo que ha sido resuelto por la Magistratura judicial en concepto de capital, intereses y gastos del juicio, quedando pendiente, sin embargo, la estimación o justiprecio de los honorarios profesionales que, conforme lo anotó expresamente el Tribunal, deben ser regulados por la vía incidental correspondiente.

Sin embargo, a pesar del pago o depósito, no resulta posible acceder al finiquito del juicio ni del levantamiento del embargo, tal como lo pretendió la parte demandada, precisamente porque se encuentra pendiente la regulación de los honorarios profesionales y el pago pertinente, conforme lo establece expresamente el artículo 7° de la Ley de Honorarios Profesionales que no permite el levantamiento de medidas cautelares u otras similares, “sino cuando al pedido se acompañase el recibo de pago de los honorarios del abogado o procurador de la parte vencedora ...”. Este requisito legalmente exigido (recibo de pago) no ha sido acompañado por la parte demandada cuando solicitó el finiquito del juicio y el levantamiento del embargo, razón por la cual la pretensión deviene improcedente.

Cabe aclarar que la improcedencia a la cual se ha hecho referencia se relaciona única y exclusivamente con la exigencia legislada en el artículo 7° de la Ley de Honorarios Profesionales, y no con los montos que son reclamados por vía incidental por la parte actora en concepto de liquidación complementaria. Las liquidaciones complementarias, como lo ha sostenido este mismo Tribunal con el voto de esta Magistratura, sólo pueden ser admitidas procesalmente cuando luego de una liquidación anterior (y luego del remate, o, en su caso, luego de la sentencia de remate y de la extracción del dinero embargado) queda un saldo insoluto que permite la prosecución del procedimiento de cobro por medio de un nuevo embargo ejecutivo y subasta, en su caso. Pero, el hecho simple de que el monto de la liquidación sea pagada luego de varios meses por el deudor, como es el caso de autos, no autoriza en modo alguno al actor a solicitar nueva liquidación complementaria. El hecho de que el monto resultante de la liquidación no haya sido pagado en tiempo propio sólo autoriza o permite al acreedor a continuar la ejecución, como se dijo, por medio de la obtención de un nuevo mandamiento de intimación de pago y subasta, en su caso, pero no –se reitera– omitir este trámite procesal y pretender directamente una liquidación complementaria, y luego –tal vez– otra, etc. Es por ello por lo que el pedido de liquidación complementaria del actor deviene improcedente.

JURISPRUDENCIA

Por los fundamentos expresados, corresponde que el Tribunal resuelva:

1) Desestimar el pedido de finiquito y de levantamiento de embargo formulado por la parte demandada conforme el escrito de fs. 77 de autos, por improcedente, con costas.

2) Rechazar el pedido de liquidación complementaria formulado por la parte actora conforme el escrito de fs. 78 y siguientes de estos autos, por improcedente, con costas.

POR TANTO, en mérito a las consideraciones que anteceden, el TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL, PRIMERA SALA, DE LA CAPITAL;

RESUELVE:

1. DECLARAR la nulidad del fallo en Alzada.

2. RECHAZAR el pedido de finiquito y levantamiento de embargo, y en consecuencia, DEJAR establecida la liquidación complementaria realizada por la parte actora, en la suma de Gs. un millón quinientos veinte mil ciento noventa y seis (Gs. 1.520.196) en concepto de interés y gastos, conforme a los fundamentos expuesto en el exordio de esta resolución.

3. IMPONER las costas en el orden causado.

4. ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Marcos Riera Hunter, Valentina Núñez, Oscar Paiva V.

Ante mí: María Teresa Cañete, Actuaría Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 808

RECURSO DE APELACIÓN. EXPRESION DE AGRAVIOS.

“...se requiere un análisis crítico de la sentencia, debe expresa concretamente las razones que fundan el agravio, no la suplen afirmaciones genéricas sobre la prueba si no se señalan los errores en su apreciación; debe contener una refutación concreta de las conclusiones de hecho o de la aplicación del derecho; no constituye expresión de agravios que abra la segunda instancia el escrito que solo contiene apreciaciones generales o abstractas”, por lo que corresponde en consecuencia declarar desierto el recurso de apelación.

T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. 29/12/11. “Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados Bancarios C/ Esteban E. Cabrera Britos y Otra S/ Ejecución Hipotecaria”. (A.I. N° 808).

Asunción, 29 de diciembre de 2011.

Y VISTOS: El recurso de apelación interpuesto por el Abog. Juan Ángel Orihuela, representante legal de la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados Bancarios, contra el A.I. N° 934 de fecha 23 de agosto de 2010 dictado por el Juez de Primera instancia en lo Civil y Comercial del Séptimo Turno, y;

CONSIDERANDO:

QUE por la resolución recurrida el A-quo había dispuesto: “Establecer la liquidación de capital e intereses dejándolos fijados en la suma de Gs. 361.724.452, quedando un saldo aún adeudado a la actora de Gs. 253.724.452...”.

EN CUANTO A LA NULIDAD. OPINIÓN DE LA MAGISTRADA VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ: Este recurso no fue interpuesto y por consiguiente tampoco fundado. Por otra parte haciendo uso de las facultades conferidas por la ley, y efectuando de oficio el análisis de la resolución recurrida, no se observan en la misma, vicios de forma o solemnidades que ameriten el estudio de oficio por parte del Tribunal, debiendo declararse desierto el recurso.

OPINIONES DE LOS MAGISTRADOS DRES. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS Y MARCOS RIERA HUNTER: Manifiestan que se adhieren a la opinión de la Magistrada Valentina Núñez González por compartir sus mismos fundamentos.

EN CUANTO A LA APELACIÓN. OPINIÓN DE MAGISTRADA VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ: entrando a analizar el escrito presentado por el profesional recurrente, se observa que el mismo no reúne los requisitos exigidos por el art. 419 del CPC, dado que no constituye un análisis de la resolución ni tampoco expone los motivos por las que considera que la misma es injusta o viciada. En efecto, expresiones tales como: “el porcentaje aplicado en dicho Interlocutorio es ínfimo en relación a la liquidación practicada por la Entidad Financiera a la que represento, pues a decir verdad, dicha Liquidación se basa en la matemática financiera aplicada para estos casos, conforme a las normas operacionales del Banco Central del Paraguay. En relación al punto señalado, la Liquidación presentada por la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Emplea-

dos Bancarios se halla realizada conforme a las normas de esta Entidad y de la Banca Matriz, por lo que amerita que VV.EE., revoquen el Auto Interlocutorio individualizado en el apartado segundo de este escrito y confirmen la Liquidación realizada por el instituyente, la Entidad a la que represento cuya copia adjunto a esta presentación...”. No echan ninguna luz a cuáles son sus reclamos, dado que observando los cálculos realizados por el Juez de Primera Instancia, se observa que los mismos han sido hechos en base a los porcentajes establecidos por el recurrente y en los rubros planteados por el mismo.

Al respecto podemos citar lo que Ibáñez Frocham, en su obra “Tratado de los recursos en el proceso civil” menciona: “...se requiere un análisis críticos de la sentencia, debe expresa concretamente las razones que fundan el agravio, no la suplen afirmaciones genéricas sobre la prueba si no se señalan los errores en su apreciación; debe contener una refutación concreta de las conclusiones de hecho o de la aplicación del derecho; no constituye expresión de agravios que abra la segunda instancia el escrito que solo contiene apreciaciones generales o abstractas”, por lo que corresponde en consecuencia declarar desierto el recurso interpuesto. En cuanto a las costas, no habiéndose producido actividad procesal por parte de la parte demandada en estos autos, corresponde imponer las costas en el orden causado.

OPINIONES DE LOS MAGISTRADOS DRES. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS Y MARCOS RIERA HUNTER: Manifiestan que se adhieren a la opinión de la Magistrada Valentina Núñez González por compartir sus mismos fundamentos.

POR TANTO, en mérito a las consideraciones que anteceden, EL TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL, PRIMERA SALA, DE LA CAPITAL,

RESUELVE:

1. DECLARAR desierto el recurso de nulidad.
2. DECLARAR desierto el recurso de apelación interpuesto por el representante legal de la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados Bancarios, imponiendo las costas en el orden causado.
3. ANOTAR, registrar y remitir copia a la Corte Suprema de Justicia.
Magistrados: Marcos Riera Hunter, Valentina Núñez, Oscar Paiva V.
Ante mí: María Teresa Cañete, Actuaría Judicial.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 59

RECURSOS DE APELACIÓN. Concesión del recurso de apelación.

La decisión principal dictada por el Juzgado en el apartado primero de la sentencia (admisión de la falta de acción) no causa agravio a ninguna de las partes litigantes en este juicio, razón por la cual el Juzgado no debió conceder los recursos interpuestos por las mismas en forma indiscriminada, como lo hizo, en consecuencia, por los fundamentos que han sido expresados, corresponde que el Tribunal declare mal concedidos los recursos interpuestos por la parte actora y por la codemandada.

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.

De acuerdo con los preceptos del Código Procesal Civil en materia de congruencia judicial el Juez tiene la obligación, bajo pena de nulidad, de analizar en los fundamentos del fallo todas las cuestiones propuestas por las partes litigantes (Thema Decidendum) y, consiguientemente, tiene el deber derivado, también bajo pena de nulidad, de resolver esas mismas cuestiones propuestas en la parte dispositiva o resolutive de la sentencia judicial, en forma expresa, positiva y precisa, declarando íntegramente el derecho de todas las partes litigantes y concediendo –o denegando, según corresponda– única y necesariamente lo que ha sido objeto de petición, sin conceder lo que no se pidió, o más de lo que se pidió. (Voto en minoría del Dr. Marcos Riera Hunter).

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.

Si el Juez analiza las cuestiones propuestas en los fundamentos de la resolución, pero no se pronuncia expresamente respecto de todas y cada una de ellas en la parte resolutive o decisoria, incurre en incongruencia citrapetita en la decisión. (Voto en minoría del Dr. Marcos Riera Hunter).

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.

Si el Juez no analiza una o algunas de las cuestiones propuestas en los fundamentos del fallo, pero se pronuncia igualmente en la parte resolutive o dispositiva, incurre en incongruencia citrapetita en la fundamentación. (Voto en minoría del Dr. Marcos Riera Hunter).

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.

Si el Juez no analiza algunas de las cuestiones propuestas en los fundamentos del fallo y tampoco se pronuncia expresamente respecto de ellas en la parte resolutive de la sentencia judicial, incurre en incongruencia citrapetita en

la fundamentación y también en la decisión. (Voto en minoría del Dr. Marcos Riera Hunter).

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.

En el caso particular que es objeto de estudio, no se advierte que el Juzgado haya incurrido en incongruencia citrapetita en la decisión porque no existe falta de correspondencia entre la pretensión resarcitoria global de la actora y la resolución judicial condenatoria. (Voto en minoría del Dr. Marcos Riera Hunter).

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.

No obstante, si bien no existe en el caso que se estudia incongruencia citrapetita en la decisión judicial, debe admitirse que la parte actora, hoy nuli-dicente, tiene razón cuando sostiene que el Juzgado de Primera Instancia no ha analizado en absoluto el rubro reclamado en concepto de “responsabilidad o culpabilidad”, lo que evidencia que se ha omitido en la fundamentación del fallo que se analiza consignar las razones destinadas a justificar o el rechazo de dicho rubro, o bien la admisión del mismo, en forma total o parcial. El vicio, pues, en el cual se ha incurrido es el de “incongruencia citrapetita en los fundamentos del fallo judicial”. (Voto en minoría del Dr. Marcos Riera Hunter).

SENTENCIA. Motivación de la sentencia.

La falta de fundamentación, en este caso, la incongruencia citrapetita en los fundamentos del fallo, constituye un vicio estructural grave que afecta a la validez de las resoluciones judiciales porque viola el mandato constitucional contenido en el artículo 256 de la Constitución, en concordancia con las normas contenidas en los artículos 15, inc. “b”, y 159, inc. “c”, del Código Procesal Civil. (Voto en minoría del Dr. Marcos Riera Hunter)

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.

Por otra parte, al vicio formal o estructural que ha sido detectado (incongruencia citrapetita en la fundamentación por omisión de fundamentos en relación a uno de los rubros reclamados por la actora) se suma otro de la misma naturaleza y no menos grave: la contradicción lógica en la cual ha incurrido el a-quo al emitir ciertas y determinadas afirmaciones fundamentales para la causa. (Voto en minoría del Dr. Marcos Riera Hunter).

PRUEBA. Exclusión probatoria.

Ningún hecho controvertido puede afirmarse como probado y no probado en el mismo juicio y en el mismo sentido porque ello importa contradicción, vicio

lógico que invalida la decisión que se funda en las afirmaciones contradictorias y recíprocamente excluyentes. (Voto en minoría del Dr. Marcos Riera Hunter).

RECURSO DE APELACION.

No habiendo dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 419 del CPC, que impone a los recurrentes la carga procesal de efectuar la crítica razonada de la sentencia judicial a fin de mantener la vigencia del recurso ante la Alzada, corresponde que el citado recurso sea declarado desierto. (Voto en minoría del Dr. Marcos Riera Hunter).

DAÑOS Y PERJUICIOS.

No existe, por tanto, ningún rubro que pudiera denominarse por “responsabilidad o culpabilidad” como alude la accionante, sino que, por el contrario, en el supuesto e hipotético caso de que exista culpa o responsabilidad del demandado en la comisión del hecho calificado como dañoso habrá obligación de indemnización, siempre y cuando, además, el hecho en cuestión haya provocado daño efectivo en los derechos del presunto afectado, sea daño emergente (material o personal), lucro cesante, daño moral, o pérdida de chance. (Voto en minoría del Dr. Marcos Riera Hunter).

DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño emergente.

El hecho calificado como dañoso sólo será “dañoso” si ha provocado o generado daño resarcible porque, en caso contrario, si no existe daño el hecho en cuestión no podría generar indemnización alguna. (Voto en minoría del Dr. Marcos Riera Hunter).

DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño emergente.

Es verdad que la actora manifiesta también que no ha tenido dinero para solventar gastos de los problemas de salud que le ocasionó a la actora tanto física como psíquica en concepto de lucro emergente y, consecuentemente, se ha visto privada de la posibilidad de presentar instrumentos probatorios en tales conceptos. Pero, esta imposibilidad alegada no puede primar por sobre la carga de la prueba (onus probandi) que, como es sabido, recae sobre todo aquel que alega un hecho positivo. (Voto en minoría del Dr. Marcos Riera Hunter).

DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño emergente.

Si bien es verdad que acreditado el hecho dañoso la Magistratura tiene facultades para determinar de oficio y prudencialmente el “quantum” de la indemnización, conforme lo dispuesto en el artículo 452 del CPC, tal normativa en este caso no resulta aplicable en tratándose del daño emergente, es decir, del

daño sufrido en las cosas (daños materiales), o en la persona del presunto afectado, porque no es posible a la Magistratura poder cuantificar el valor del daño personal que sufre una persona por haber sido calificada indebida o injustamente como morosa en INFORMCONF si el mismo daño en cuestión (problemas de salud diversos) no ha sido acreditado a través de los mecanismos probatorios que el Derecho Procesal pone al alcance de las partes litigantes. (Voto en minoría del Dr. Marcos Riera Hunter)

DAÑOS Y PERJUICIOS. Lucro cesante.

En relación al lucro cesante, éste debe ser alegado y probado por el reclamante quien, a dicho efecto, debe indicar ya en el escrito de demanda todas las circunstancias que pudieran conducir a la conclusión de que, efectivamente, el accionante ha dejado de ganar una suma de dinero, o ha perdido una posibilidad económica de lucro, como consecuencia del ilícito que se atribuye a la parte demandada. (Voto en minoría del Dr. Marcos Riera Hunter).

PRUEBA DE TESTIGOS

En el caso los testigos que en esta causa han depuesto no han referido tampoco, y en concreto, circunstancias que pudieran fundar la pretensión de lucro cesante de la actora. (Voto en minoría del Dr. Marcos Riera Hunter).

DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño moral

A criterio de esta Magistratura el sólo hecho de que una persona figure injusta e indebidamente en los registros de personas morosas en INFORMCONF constituye un hecho dañoso que justifica ampliamente resarcimiento en concepto de daño moral. No es discutible que en una sociedad como la actual, signada por las transacciones comerciales de diversa índole, la necesidad de las operaciones crediticias, de los préstamos en diversos conceptos, etc. el mero hecho de que una persona figure como morosa en tales registros le provoca un particular estado de ánimo disgusto, preocupación, sentimiento de injusticia, y hasta vergüenza que afecta a la persona en su fuero interno provocándole daño moral, el cual, obviamente, debe ser resarcido. (Voto en minoría del Dr. Marcos Riera Hunter).

DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño moral

No resulta fácil determinar el monto en dinero que debe ser establecido para resarcir el daño moral provocado, en tal determinación se involucran numerosos factores que hacen relación con una diversidad heterogénea de circunstancias que deben ser evaluadas en su conjunto por la Magistratura no sólo

para poder afirmar por la vía de la presunción el daño moral, sino para justipreciar el valor del mismo cuya fijación queda al arbitrio prudente del órgano jurisdiccional. (Voto en minoría del Dr. Marcos Riera Hunter).

T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. 02/09/11.- “Cynthia Elizabeth Torres Torres c/ Demestry & Cía. Estudio Jurídico y Otros s/ Indemnización de Daños y Perjuicios por Responsabilidad Extracontractual y Otros”. (A y S N° 59).

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

CUESTIONES:

¿Han sido correctamente concedidos los recursos?

En caso afirmativo, ¿es nula la sentencia en alzada?

En caso contrario, ¿es ella justa?

Practicado el sorteo de ley, este, arrojó el siguiente orden de votación: Preopinante; el Magistrado Dr. MARCOS RIERA HUNTER, Dr. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS y VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER DIJO: Corresponde, antes que nada, que el Tribunal, en ejercicio de facultades que le son propias, analice si los recursos interpuestos han sido correctamente concedidos.

De las constancias de los autos se desprende que la actora promovió demanda indemnizatoria de daños y perjuicios contra las firmas Autorrepuestos Arasy S.R.L. y Demestri & Cía., Estudio Jurídico. La primera opuso contra la pretensión de la accionante la excepción de falta de acción como de previo y especial pronunciamiento que no fue resuelta, sin embargo, por el Juez a quo como tal, sino en la sentencia definitiva como primer punto de ella. La parte actora, al contestar el traslado de la excepción previa de falta de acción, se allanó en forma incondicional, oportuna, total y efectiva conforme el escrito de fs. 51 de autos, razón por la cual, en la sentencia definitiva en alzada, el Juzgado de Primera Instancia, además de resolver en el apartado segundo la admisión de la demanda de la actora contra la firma Demestri & Cía. S.A., condenándola a abonar a la accionante suma de dinero en concepto de daños y perjuicios, resolvió en el apartado primero: “Hacer lugar, con costas en el orden causado, a la excepción de falta de acción interpuesta por el representante convencional de la firma Autorrepuestos Arasy SRL y, en consecuencia, desvincularla del presente juicio”.

Contra la sentencia definitiva interpusieron recursos la parte actora, representada por la abogada Miriam Andrea Rode y las dos firmas codemandadas (Autorrepuestos Arasy SRL y demestri & Cía. SA) representadas por el abogado Augusto Daniel Velázquez Ocampo, que fueron concedidos por el Juzgado conforme providencias de fs. 180, vlta. y fs. 179, vlta., respectivamente.

En primer término, corresponde señalar cuanto sigue:

1) La decisión adoptada por el Juzgado en el apartado primero de la sentencia en alzada (por el cual hace lugar a la excepción de falta de acción opuesta por Autorrepuestos Arasy SRL, con costas en el orden causado) resulta absolutamente irrecurrible para la actora porque, como se dijo, la misma se ha allanado expresamente a la excepción de falta de acción. Nadie puede pretender cuestionar una resolución que acoge una pretensión a la cual se ha prestado previo y expreso consentimiento.

2) Por otra parte, salvo la imposición de las costas en el orden causado (que es susceptible de ocasionar agravio a la parte codemandada que ganó la excepción), el apartado primero de la sentencia recurrida, en cuanto a lo principal, es también irrecurrible para la firma Autorrepuestos Arasy SRL por cuanto que la decisión judicial acoge favorablemente la defensa opuesta por dicha parte codemandada. No puede cuestionarse por la vía recursiva una decisión que, precisamente, hace lugar a la propia pretensión. En cualesquiera de los supuestos que han sido indicados la intención de impugnar tales decisiones por vía de recursos importa una incoherencia procesal que se enmarca en la Teoría de los Propios Actos.

3) Por último, resulta también muy claro que la otra parte codemandada, Demestri & Cía. SA, no puede cuestionar tampoco lo resuelto por el Juzgado en el apartado primero de la sentencia que se analiza porque dicha parte codemandada no ha opuesto la excepción de falta de acción, sino que solamente ha contestado la demanda que se resolvió, como se dijo, desfavorablemente para ella en el apartado segundo de la resolución.

De todo lo dicho se deduce que la decisión principal dictada por el Juzgado en el apartado primero de la sentencia (admisión de la falta de acción) no causa agravio a ninguna de las partes litigantes en este juicio, razón por la cual el Juzgado no debió conceder los recursos interpuestos por las mismas en forma indiscriminada, como lo hizo. Concretamente, no debió conceder los recursos interpuestos por la actora contra el apartado primero de la resolución definiti-

va. Tampoco debió conceder los recursos interpuestos por la codemandada Demestri & Cía. SA contra el mismo apartado. Finalmente, salvo la imposición de las costas en el orden caudado, tampoco debió conceder los recursos interpuestos por la firma codemandada Autorrepuestos Arasy SRL contra la decisión principal del apartado primero (admisión de la falta de acción). Así como el interés es la medida de la acción, el agravio lo es de los recursos ante la Alzada. Si no existen agravios, los recursos ante la Alzada resultan improcedentes.

En consecuencia, por los fundamentos que han sido expresados, corresponde que el Tribunal declare mal concedidos los recursos interpuestos por la parte actora y por la codemandada Demestri & Cía. SA contra el apartado primero de la sentencia recurrida, y también los recursos interpuestos por firma codemandada Autorrepuestos Arasy SRL contra el apartado primero de la sentencia recurrida que en lo principal resuelve hacer lugar a la excepción de falta de acción y contra el apartado segundo, debiendo estudiar el Tribunal solamente los recursos de la actora en relación al apartado segundo, los recursos de Demestri & Cía. SA en relación al mismo apartado segundo y los recursos de Autorrepuestos Arasy SRL en relación al apartado primero de la sentencia recurrida en cuanto impone costas en el orden causado en la excepción de falta de acción. 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 DR. MARCOS RIERA HUNTER DIJO: La parte codemandada, Autorrepuestos Arasy SRL, no ha fundado el recurso de nulidad en relación al apartado primero de la sentencia recurrida en cuanto impone costas en el orden causado en la excepción de falta de acción, razón por la cual, no existiendo tampoco vicios o defectos en tal decisorio que impongan al Tribunal el deber de declarar la nulidad de oficio, corresponde que el referido recurso de nulidad sea declarado desierto.

En relación al apartado segundo de la sentencia en alzada (que hace lugar a la demanda y condena a Demestri & Cía SA a abonar a la accionante suma de dinero, Gs. 15.000.000, a la actora), la citada firma codemandada no ha fundado tampoco el recurso de nulidad en forma discriminada y distinta del recurso de apelación también deducido, sino en forma promiscua con éste último.

No obstante, la representante de la actora sí ha fundado el recurso de nulidad contra el apartado segundo de la resolución en alzada solicitando al Tribunal la declaración de la nulidad de tal pronunciamiento basada en que el Juzgado de Primera Instancia ha violado el principio de congruencia por haber –dice– omitido pronunciarse respecto de todos los puntos (rubros) planteados en el escrito de demanda, dictando una sentencia citrapetita. Refiere que ha reclamado ante el Juzgado indemnización por daños y perjuicios por la suma total de Gs. 94.239.117 en concepto de responsabilidad y culpabilidad, lucro cesante y, por último, daño moral y psíquico, y, sin embargo, agrega, el Juzgado solamente concedió los rubros de daño moral y lucro cesante redondeando los dos conceptos en uno sólo “sin delinearlos claramente”, además de no referirse al rubro reclamado en concepto de responsabilidad y culpabilidad.

El principio de congruencia se encuentra legislado en el Código Procesal Civil como deber de los Jueces tanto en relación a la fundamentación del fallo, como en relación al pronunciamiento que debe hallarse contenido expresamente en la parte dispositiva o resolutive de la resolución judicial.

En efecto, el artículo 15 del Código Procesal Civil establece que son deberes de los jueces: “Fundar las resoluciones definitivas e interlocutorias en la Constitución y las leyes, conforme a la jerarquía de las normas vigentes y al principio de congruencia, bajo pena de nulidad” (inc. “b”) y, además, “pronunciarse necesaria y únicamente sobre lo que sea objeto de petición, salvo disposiciones especiales” (inc. “d”). Asimismo, el artículo 159 del mismo cuerpo legal, establece que la sentencia definitiva de Primera Instancia destinada a poner fin al litigio deberá contener: “la relación sucinta de las cuestiones de hecho y de derecho que constituyen el objeto del juicio” (inc. “b”); “la consideración, por separado, de las cuestiones a que se refiere el inciso anterior. El Juez deberá decidir todas las pretensiones deducidas y sólo sobre ellas. No está obligado a analizar las argumentaciones que no sean conducentes para decidir el litigio” (inc. “c”); “los fundamentos de hecho y de derecho” (inc. “d”); “la decisión expresa, positiva y precisa, de conformidad con las pretensiones deducidas en juicio, calificadas según correspondiere por la ley, declarando el derecho de los litigantes, y, en consecuencia, condenando o absolviendo de la demanda o reconvenición, en su caso, en todo o en parte” (inc. “e”).

De acuerdo, entonces, con los preceptos del Código Procesal Civil en materia de congruencia judicial el Juez tiene la obligación, bajo pena de nulidad, de

analizar en los fundamentos del fallo todas las Cuestiones Propuestas por las partes litigantes (Thema Decidendum) y, consiguientemente, tiene el deber derivado, también bajo pena de nulidad, de resolver esas mismas cuestiones propuestas en la parte dispositiva o resolutive de la sentencia judicial, en forma expresa, positiva y precisa, declarando íntegramente el derecho de todas las partes litigantes y concediendo –o denegando, según corresponda– única y necesariamente lo que ha sido objeto de petición, sin conceder lo que no se pidió, o más de lo que se pidió. Tal es así que:

1) Si el Juez analiza las cuestiones propuestas en los fundamentos de la resolución, pero no se pronuncia expresamente respecto de todas y cada una de ellas en la parte resolutive o decisoria, incurre en incongruencia citrapetita en la decisión.

2) Si el Juez no analiza una o algunas de las cuestiones propuestas en los fundamentos del fallo, pero se pronuncia igualmente en la parte resolutive o dispositiva, incurre en incongruencia citrapetita en la fundamentación.

3) Si el Juez no analiza algunas de las cuestiones propuestas en los fundamentos del fallo y tampoco se pronuncia expresamente respecto de ellas en la parte resolutive de la sentencia judicial, incurre en incongruencia citrapetita en la fundamentación y también en la decisión.

En todos estos casos la sentencia judicial adolece de nulidad por violación del principio de congruencia, de la misma manera que si el pronunciamiento que se dictare fuese ultrapetita (concesión excesiva), o extrapetita (pronunciamiento sobre materia extraña).

En el caso particular que es objeto de estudio, no se advierte que el Juzgado haya incurrido en incongruencia citrapetita en la decisión porque no existe falta de correspondencia entre la pretensión resarcitoria global de la actora y la resolución judicial condenatoria. La accionante demandó por daños y perjuicios y reclamó una suma determinada de dinero (Gs. 94.239.117) en diversos conceptos (rubros), y el Juzgado resolvió hacer lugar a la pretensión resarcitoria de la demandante y condenó a la firma Demestri & Cía. SA a abonar a la actora una suma también determinada de dinero (Gs. 15.000.000) inferior a la reclamada técnicamente, por tanto, no existe incongruencia citrapetita en la parte resolutive del fallo en alza porque el Juez de Primera Instancia ha pronunciado el Derecho resolviendo la causa y condenando a la demandada a abonar a la accionante suma de dinero en concepto de daños y perjuicios conforme su criterio de

evaluación en cuanto lo alegado y probado. No hay, por ende, omisión en la parte resolutive, decisoria, o dispositiva de la sentencia que es objeto de recurso.

No obstante, si bien no existe en el caso que se estudia incongruencia citrapetita en la decisión judicial, debe admitirse que la parte actora, hoy nulliciente, tiene razón cuando sostiene que el Juzgado de Primera Instancia no ha analizado en absoluto el rubro de Gs. 53.283.746 reclamado en concepto de “responsabilidad o culpabilidad”, lo que evidencia que se ha omitido en la fundamentación del fallo que se analiza consignar las razones destinadas a justificar o el rechazo de dicho rubro, o bien la admisión del mismo, en forma total o parcial. El vicio, pues, en el cual se ha incurrido es el de “incongruencia citrapetita en los fundamentos del fallo judicial”.

La posición asumida por el representante convencional de Demestri & Cía. SA, en cuanto sostiene que tal rubro (“responsabilidad o culpabilidad”) está fuera de lugar y que existe una confusión en la actora al pretender el pago del mismo, no constituye fundamento suficiente para subsanar la omisión de consignar la fundamentación específica que requiere la pretensión resarcitoria en lo tocante a dicho rubro porque tales argumentos, en su caso, serían atingentes al estudio de la cuestión de fondo. De lo que se trata aquí es determinar si el Juzgado ha fundado o no la decisión jurídica en relación al rubro denominado por la actora como de “responsabilidad o culpabilidad”, siendo la respuesta completamente negativa. El Juez de Primera Instancia ha analizado en el considerando de la resolución recurrida solamente los rubros de lucro cesante, daño moral y daño psíquico, pero no el de “responsabilidad o culpabilidad” que ha sido objeto de reclamo por la actora en forma específica e independiente de los otros rubros cuantificándolo, incluso, en la suma de Gs. 53.283.746.

La falta de fundamentación, en este caso, la incongruencia citrapetita en los fundamentos del fallo, constituye un vicio estructural grave que afecta a la validez de las resoluciones judiciales porque viola el mandato constitucional contenido en el artículo 256 de la Constitución, en concordancia con las normas contenidas en los artículos 15, inc. “b”, y 159, inc. “c”, del Código Procesal Civil.

Por otra parte, al vicio formal o estructural que ha sido detectado (incongruencia citrapetita en la fundamentación por omisión de fundamentos en relación a uno de los rubros reclamados por la actora) se suma otro de la misma naturaleza y no menos grave: la contradicción lógica en la cual ha incurrido el a-quo al emitir ciertas y determinadas afirmaciones fundamentales para la causa.

En efecto, se constata que a fs. 174 de autos el Juez de Primera Instancia afirmó que “En cuanto al daño psicológico, entendemos que debe ser perfectamente acreditado para que dé lugar a resarcimiento. Su existencia no puede presumirse, como ocurre con el daño moral. Al no haberse demostrado su existencia, no corresponde resarcimiento alguno en ese rubro”. Sin embargo, a fs. 174, vlta. el Juzgado afirmó que corresponde hacer lugar a la demanda promovida por la actora porque la demandada Demestri y Cía. ha aceptado haber incluido el nombre de aquella en el “registro de operaciones morosas de INFORMCONF en forma totalmente irresponsable ocasionando con ello graves trastornos psicológicos ...”. La contradicción lógica es evidente: por un lado, se afirma –en relación a un punto que debe ser conceptualizado como sustantivo para la causa– que el daño psicológico no ha sido probado debiendo rechazarse dicho rubro; pero, por el otro, se afirma que la actora ha sufrido “graves trastornos psicológicos” lo cual implica que a criterio del Juzgador dichos daños han sido probados. Ningún hecho controvertido puede afirmarse como probado y no probado en el mismo juicio y en el mismo sentido porque ello importa contradicción, vicio lógico que invalida la decisión que se funda en las afirmaciones contradictorias y recíprocamente excluyentes.

En consecuencia, por los fundamentos expresados, corresponde que el Tribunal declare la nulidad del apartado segundo de la sentencia recurrida, con costas a la parte recurrida por oponerse a la pretensión de nulidad (artículo 408 del CPC). 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 TERCERA CUESTIÓN PLANTEADA EL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER DIJO: La parte codemandada, Autorrepuestos Arasy SRL, no fundamentó el recurso de apelación interpuesto en relación al apartado primero de la sentencia recurrida en cuanto impone las costas en el orden causado en la excepción de falta de acción opuesta por ella misma. En consecuencia, no habiendo dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 419 del CPC, que impone a los recurrentes la carga procesal de efectuar la crítica razonada de la sentencia judicial a fin de mantener la vigencia del recurso ante la Alzada, corresponde que el citado recurso sea declarado desierto.

En cuanto al apartado segundo de la sentencia recurrida, dada la forma como ha sido resuelta la primera cuestión planteada, se torna improcedente el estudio de la segunda cuestión porque jurídicamente no es posible que el Tribunal pueda revisar por la vía del recurso de apelación una resolución que ha sido declarada nula, es decir, carente de validez como norma jurídica particular.

Y EL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER PROSIGUIÓ DICHIENDO: Habiéndose declarado la nulidad del apartado segundo de la sentencia recurrida, corresponde que el Tribunal, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 406 del CPC, resuelva la cuestión de fondo y, en consecuencia, dicte la resolución que fuese pertinente en reemplazo de la que ha sido objeto de anulación.

De las constancias de los autos se desprende que la actora Cynthia Elizabeth Torres Torres promovió contra las dos firmas identificadas anteriormente demanda ordinaria por indemnización de daños y perjuicios fundada en que indebidamente y sin derecho alguno ha sido incluido su nombre en INFORMCONF lo que le ha provocado numerosos daños y perjuicios puesto que a causa de tal circunstancia se le ha denegado un préstamo de Gs. 1.000.000 en la Cooperativa Universitaria, además de haber perdido oportunidades laborales como profesional universitaria de la arquitectura y, por último, por haber sufrido daño físico, psíquico y moral a causa de las molestias, penurias, desazón y angustia que le ha provocado el comportamiento ilícito de las accionadas. La firma codemandada Autorrepuestos Arasy SRL opuso contra la pretensión de la accionante la excepción previa de falta de acción a la cual se allanó la actora siendo resuelta, por ello, favorablemente por el Juzgado de Primera Instancia en el primer punto de la sentencia que ha sido recurrida y que, como se anotó al tratar la primera cuestión planteada (análisis de admisibilidad), ha quedado firme por no ocasionar agravio a ninguna de las partes demandadas. La otra accionada, Demestri & Cía. SA, contestó la demanda y si bien admitió expresamente que incluyó indebidamente y por error el nombre de la actora en INFORMCONF, pidiendo disculpas por ello, cuestionó, no obstante, los montos elevados reclamados por aquella en concepto de indemnización por daños y perjuicios señalando en su descargo varios elementos de juicio: 1) Que la actora no ha probado ser profesional de la arquitectura; 2) Que no ha acreditado documentalmente haber solicitado un préstamo a la Cooperativa Universitaria; 3) Que tampoco ha probado que tal préstamo le ha sido denegado; 4) Que tampoco ha

sufrido los daños físicos, psíquicos, o morales que la actora dice haber padecido. Contestados los traslados pertinentes, el Juzgado dispuso la apertura de la causa a prueba produciéndose las probanzas que enuncia el actuario en el informe de fs. 86 de autos y en el informe complementario de fs. 140 del presente juicio. Los alegatos de las partes se encuentran agregados a fs. 145 y 156, llamándose “autos para sentencia” por providencia del 26 de noviembre del 2008 (fs. 159, vlt.), que quedó firme.

La cuestión que se somete a la decisión del Tribunal de Apelación resulta sensiblemente simplificada si se tiene en cuenta que la parte codemandada, Demestri & Cía. SA, ha admitido en forma expresa el hecho generador del supuesto daño, es decir, el de haber incluido indebidamente y por error el nombre de la actora en INFORMCONF solicitando, por ello, incluso, disculpas. Es decir, que el hecho que la actora ha calificado como dañoso resulta probado por admisión y confesión espontánea de la parte demandada. La cuestión ahora consiste en determinar si el hecho supuestamente dañoso (inclusión indebida del nombre de la actora en INFORMCONF) ha provocado realmente los daños y los perjuicios que la actora pretende reparar por medio de la presente demanda indemnizatoria en la cual reclama, concretamente, tres rubros: 1) Responsabilidad o culpabilidad: Gs. 53.283.746; 2) Lucro cesante: Gs. 15.641.873; 3) Daño moral y psíquico: Gs. 25.313.498. Total reclamado: Gs. 94.239.117.

En primer término, resulta necesario señalar que tradicionalmente se han reconocido solamente tres tipos de rubros susceptibles de indemnización o resarcimiento: daño emergente, lucro cesante y daño moral (*tertius genus*), agregándose muy posteriormente la “pérdida de chance”. No existe, por tanto, ningún rubro que pudiera denominarse por “responsabilidad o culpabilidad” como alude la accionante, sino que, por el contrario, en el supuesto e hipotético caso de que exista culpa o responsabilidad del demandado en la comisión del hecho calificado como dañoso habrá obligación de indemnización, siempre y cuando, además, el hecho en cuestión haya provocado daño efectivo en los derechos del presunto afectado, sea daño emergente (material o personal), lucro cesante, daño moral, o pérdida de chance. En otras palabras: el hecho calificado como dañoso sólo será “dañoso” si ha provocado o generado daño resarcible porque, en caso contrario, si no existe daño el hecho en cuestión no podría generar indemnización alguna.

En cuanto a lo primero, esta Magistratura interpreta que cuando la accionante reclamó el rubro indemnizatorio por “responsabilidad o culpabilidad” se

estaba refiriendo al daño que, según dijo, ha sufrido en su persona tanto desde el punto de vista físico como también psíquico. En efecto, en el escrito de demanda afirmó que el hecho de haber sido denegado el préstamo que estaba solicitando a causa de hallarse registrada como morosa en Informconf ha sido para ella un calvario que “dejó secuelas imborrables no sólo en el orden físico, sino también de orden psíquico y emocional en mi persona” (fs. 10) puesto que ha padecido –agrega- a causa de ello “problemas de salud, tales como trastornos estomacales, indigestiones, insomnio, palpitaciones y mareos, etc., las cuales no pudieron ser atendidas por falta de dinero para pagar las consultas médicas, internación y exámenes laboratoriales, medicamentos entre otros” (fs. 11). Sin embargo, tales problemas de salud no han sido acreditados en modo alguno por la actora quien se limitó solamente a alegarlos, pero no ha probarlos. No se han presentado –ni ofrecido- documentos que pudieran acreditar las consultas médicas, los estudios eventualmente realizados, ni internaciones, ni honorarios médicos, ni adquisición de medicamentos, etc., extremos éstos absolutamente indispensables para fundar la pretensión resarcitoria en concepto de daño emergente. Tampoco los testigos se han referido a los problemas de salud que la actora dice haber sufrido o padecido como consecuencia de la inclusión de su nombre como morosa en INFORMCONF y la negativa –según alega– del préstamo que dice haber solicitado a la Cooperativa Universitaria.

Es verdad que la actora manifiesta también que no ha tenido dinero para solventar tales gastos y, consecuentemente, se ha visto privada de la posibilidad de presentar instrumentos probatorios en tales conceptos. Pero, esta imposibilidad alegada no puede primar por sobre la carga de la prueba (onus probandi) que, como es sabido, recae sobre todo aquel que alega un hecho positivo. Si la actora afirmó haber sufrido problemas de salud, pues entonces debió haber probado tal extremo, lo que en el caso en estudio no ha ocurrido. Por lo demás, si bien es verdad que acreditado el hecho dañoso la Magistratura tiene facultades para determinar de oficio y prudencialmente el “quantum” de la indemnización, conforme lo dispuesto en el artículo 452 del CPC, tal normativa en este caso no resulta aplicable en tratándose del daño emergente, es decir, del daño sufrido en las cosas (daños materiales), o en la persona del presunto afectado, porque no es posible a la Magistratura poder cuantificar el valor del daño personal que sufre una persona por haber sido calificada indebida o injustamente como morosa en INFORMCONF si el mismo daño en cuestión (problemas de

salud diversos) no ha sido acreditado a través de los mecanismos probatorios que el Derecho Procesal pone al alcance de las partes litigantes. La norma del artículo 452 del CC es aplicable tratándose, por ejemplo, de accidentes de tránsito por colisión de autovehículos en los cuales una vez probado el hecho y el daño material el Juez puede de oficio estimar el valor de tales daños aun cuando la parte interesada no haya producido prueba en tal sentido. Pero, éste no es el caso de autos en el cual el daño emergente (personal) que dice haber sufrido la actora en su salud física y psíquica no ha sido acreditado impidiendo, se reitera, a la Magistratura cuantificar de oficio el valor de tales daños que, por las razones explicitadas, no pasan de ser afirmaciones gratuitas de la actora.

Es por ello por lo que la pretensión de la actora en relación a la suma de Gs. 53.283.746 en concepto de “responsabilidad o culpabilidad”, que la Magistratura califica “iura novit curiae” como daño emergente de índole personal, no puede ser acogida favorablemente por la Magistratura por improcedente.

En relación al lucro cesante, éste debe ser alegado y probado por el reclamante quien, a dicho efecto, debe indicar ya en el escrito de demanda todas las circunstancias que pudieran conducir a la conclusión de que, efectivamente, el accionante ha dejado de ganar una suma de dinero, o ha perdido una posibilidad económica de lucro, como consecuencia del ilícito que se atribuye a la parte demandada.

En la especie, la actora manifiesta que a causa de la inclusión indebida de su nombre como morosa en INFORMCONF se le ha denegado un préstamo solicitado a la Cooperativa Universitaria. Asimismo, afirma que “el daño es indemnizable en cuanto implica una minusvalía que compromete las aptitudes laborales y la vida de relación en general, frustrando posibilidades económicas o incrementando gastos futuros ... que sufro y sufriré inmensos daños que no podrán ser reparados con el resarcimiento económico como consecuencia de la acción realizada por las empresas ... las demandadas deberán pagar el lucro cesante a mi persona, producto de las vicisitudes a que fui sometida y sigo siendo sometida y la posibilidad de resarcir económicamente semejante daño es muy difícil, despojándose de un standard de vida que pudo haber sido mejor si no hubiese sucedido el hecho mencionado y sometido a tormento psicológico” (fs. 11, 12). Más adelante sostiene que el lucro cesante que solicita “deriva de la lesión a la integridad personal –física o psíquica–...”.

Pero, a pesar del desarrollo dialéctico de la accionante, lo concreto es que la misma no ha alegado ningún hecho o hechos que pudieran llevar a la conclu-

sión de que ha sufrido daño resarcible en concepto de lucro cesante. Tampoco pérdida de chance, si ése fuera el caso. No ha indicado específicamente la ganancia o la cantidad de dinero, salario, comisiones u otros emolumentos que aproximadamente ha dejado de percibir como consecuencia del hecho de la inclusión de su nombre como morosa en INFORMCONF. Tampoco ha alegado la pérdida laboral de una actividad profesional que debía asumir, o que podría asumir, como consecuencia de un eventual contrato en su calidad de profesional de la arquitectura. No ha especificado tampoco haber sufrido despidos de empleos o cargos a causa del hecho que la misma califica como dañoso. Tampoco ha acreditado haber solicitado préstamo a la Cooperativa Universitaria y que dicho pedido le haya sido denegado. Del informe de la Cooperativa de fs. 89 no se desprenden tales extremos. En cuanto a su condición de arquitecta egresada de la UNA, cabe mencionar que al tiempo de la promoción de la demanda todavía no tenía el título respectivo que lo presentó con posterioridad, en esta instancia de Alzada. El título que la acredita como arquitecta fue expedido en el año 2010, en tanto que la demanda se promovió en el año 2007. No es lo mismo ser profesional con título en forma, que ser estudiante universitario, o haber terminado el plan de estudios hallándose pendiente la tesis correspondiente al título académico.

Por otra parte, los testigos que en esta causa han depuesto no han referido tampoco, y en concreto, circunstancias que pudieran fundar la pretensión de lucro cesante de la actora. Preguntados acerca de si el hecho de figurar la misma en INFORMCONF le ha afectado de alguna manera, las repuestas ofrecidas son generales y ambiguas, además de imprecisas.

Así, el testigo Leopoldo Pablo Perrier manifestó al respecto que “específicamente le afectó en su inicio laboral y en el crédito que había solicitado en la Cooperativa Universitaria para poder terminar su tesis y terminar su carrera universitaria” (fs. 125, vlt.a.). Pero no se especifica cuál ha sido o fue la oportunidad laboral o profesional que ha perdido la actora a causa del hecho calificado por la misma como dañoso. Lo que se desprende realmente de tal declaración es que la misma no era todavía arquitecta al tiempo de la promoción de la demanda por faltarle la tesis correspondiente. En cuanto concierne al préstamo presuntamente denegado por la Cooperativa Universitaria, ya se dijo que tal extremo no ha sido probado con la única prueba fehaciente, el informe de tal institución al cual ya se ha aludido anteriormente. Por su parte, la testigo Cynthia

Elizabeth Pavón Vera manifestó que “tengo entendido que no se le concedió por haber figurado en INFORMCONF y también un trabajo que estaba intentando conseguir”. El trabajo aludido no ha sido especificado, la denegatoria del préstamo no ha sido probada y, por lo demás, la declaración de la testigo es vacilante al manifestar “tengo entendido”, es decir, que no le consta en forma concreta y fehaciente a través de hechos que hayan caído bajo la acción de sus sentidos. La única testigo que, al parecer, hizo alusión a una consecuencia negativa por figurar la actora como morosa en Informconf es Gloria Ramírez de Maqueda, quien a fs. 127 manifestó que a causa de tal registro “nos enteramos que ella estaba en INFORMCONF, motivo por el cual se solicitaron otras carpetas para ver quién podía cumplir con el trabajo”. Sin embargo, la misma testigo declaró al contestar preguntas anteriores que la actora llegó a trabajar en Brick Studio y que había ingresado en febrero del 2007 aproximadamente.

Las consideraciones que anteceden conducen a la conclusión de que la actora no ha logrado probar el lucro cesante a fin de fundar el reclamo de Gs. 15.641.873 en tal concepto. Por tales motivos el citado rubro tampoco puede ser admitido por la Magistratura.

Por último, en cuanto concierne al rubro reclamado en concepto de daño moral, el panorama jurídico se torna diferente. A criterio de esta Magistratura el sólo hecho de que una persona figure injusta e indebidamente en los registros de personas morosas en INFORMCONF constituye un hecho dañoso que justifica ampliamente resarcimiento en concepto de daño moral. No es discutible que en una sociedad como la actual, signada por las transacciones comerciales de diversa índole, la necesidad de las operaciones crediticias, de los préstamos en diversos conceptos, etc., el mero hecho de que una persona figure como morosa en tales registros le provoca un particular estado de ánimo, disgusto, preocupación, sentimiento de injusticia, y hasta vergüenza que afecta a la persona en su fuero interno provocándole daño moral, el cual, obviamente, debe ser resarcido.

En el caso, como se anotó, la parte demandada, Demestri & Cía. SA, ha admitido expresamente haber incurrido en error al incluir a la actora indebidamente en los registros de personas morosas de INFORMCONF. Incluso ha pedido disculpas por ello solicitando en esta instancia, no que se rechace la pretensión de la accionante, sino que se “retase” el monto de la condena (refiriéndose a la suma que había sido determinada como condena por el Juez de Primera

Instancia en la sentencia anulada). No resulta fácil determinar el monto en dinero que debe ser establecido para resarcir el daño moral provocado por la circunstancia que ha sido señalada precedentemente. En tal determinación se involucran numerosos factores que hacen relación con una diversidad heterogénea de circunstancias que deben ser evaluadas en su conjunto por la Magistratura no sólo para poder afirmar por la vía de la presunción el daño moral, sino para justipreciar el valor del mismo cuya fijación queda al arbitrio prudente del órgano jurisdiccional. En este caso, considerando las circunstancias particulares que rodean a la accionante, las cuales han sido enunciadas en esta fundamentación, se estima que el daño moral provocado por haber sido incluida indebidamente como morosa en INFORMCONF debe ser resarcido con la suma de Gs. 15.000.000.

En consecuencia, por los fundamentos que han sido expresados, corresponde que el Tribunal haga lugar a la demanda promovida por la actora, Cynthia Elizabeth Torres Torres, contra Demestri & Cía. S.A. por daños y perjuicios y, por consiguiente, condene a la accionada a abonar a la accionante la suma de Gs. 15.000.000 en concepto de daños y perjuicios en el plazo de diez días, contados a partir del día siguiente hábil de la notificación por cédula de la providencia de “cúmplase” a ser dictada en su oportunidad por el Juzgado de Primera Instancia. En cuanto a las costas, debe advertirse que la pretensión de la actora no ha prosperado totalmente, razón por la cual, habiendo vencimiento recíproco, corresponde que dicho accesorio sea impuesto en el orden causado por no haber prosperado totalmente las pretensiones de la actora. 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 se dio por terminado el acto, firmando los Sres. Magistrados por ante mí de que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue de inmediato.

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

RESUELVE:

DECLARAR mal concedidos los recursos interpuestos por la parte actora,

Cynthia Elizabeth Torres Torres, y por la parte codemandada, Demestri & Cía. S.A., contra el apartado primero de la sentencia recurrida.

DECLARAR mal concedidos los recursos interpuestos por la codemandada Autorrepuestos Arasy SRL contra el apartado primero de la sentencia en alzada que, en lo principal, resuelve hacer lugar a la excepción de falta de acción, y también contra el apartado segundo de la misma resolución.

DECLARAR desierto el recurso de nulidad interpuesto por la firma Autorrepuestos Arasy SRL contra el apartado primero de la sentencia recurrida en cuanto resuelve imponer las costas en el orden causado en la excepción de falta de acción.

DECLARAR la nulidad del apartado segundo de la sentencia en grado de recurso.

DECLARAR desierto el recurso de apelación interpuesto por la firma Autorrepuestos Arasy SRL contra el apartado primero de la sentencia recurrida en cuanto resuelve imponer las costas en el orden causado en la excepción de falta de acción.

HACER LUGAR a la demanda promovida por Cynthia Elizabeth Torres Torres contra la firma Demestri & Cía SA por indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual y, en consecuencia, condenar a la citada accionada a abonar a la accionante la suma de Gs. 15.000.000 en concepto de daños y perjuicios en el plazo de diez días contado a partir del día siguiente hábil de la notificación por cédula de la providencia de “cúmplase” que deberá ser dictada en su oportunidad por el Juzgado de Primera Instancia.

IMPONER las costas del juicio en el orden causado.

NOTIFICAR la presente resolución a las partes por cédula.

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

Magistrados: Marcos Riera Hunter, Valentina Nuñez, Oscar Paiva V.

Ante mí: María Teresa Cañete, Actuaría Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 60

Cuestión debatida: *Se advierte que el cumplimiento de contrato pretendido por el actor consiste en el reconocimiento y cobro de un crédito generado en una operación de compra de semovientes. Dice la parte actora que el monto de la operación ascendía a Gs. 31.631.401, que el demandado imputó al precio un cheque por la suma de Gs. 22.582.199. y el saldo en efectivo. Ninguna de estas premisas fácticas fue negada por el demandado, quien, incluso, se allanó a la demanda por el capital reclamado.*

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.

En el caso, el A-quo de una manera totalmente errónea omite el pronunciamiento del capital, realizándolo, en tal sentido, únicamente con respecto a los intereses, que llamativamente resulta el mismo monto del capital reclamado por la parte actora. Tal circunstancia torna por completo incongruente a la resolución recurrida, ya que se omitió el pronunciamiento con respecto al capital reclamado, y, además el Juez inferior se pronunció sobre materia extraña a la pretensión de las partes. (Voto en disidencia del Dr. Marcos Riera Hunter).

PAGO. Imputación de pago. CHEQUE.

La no presentación para el cobro del cheque imputado al precio no puede agravar la situación jurídico-comercial del comprador puesto que, este instrumento es una orden de pago que fue aceptada por el vendedor, actor en este juicio.

COSTAS. Exención de costas.

En cuanto a la forma de imposición de las costas, cabe referir que el accionado se allanó a la pretensión del actor, con respecto al capital reclamado, alegando desconocer la falta de presentación del cheque para su cobro. Ofreció, además, satisfacer el monto consignado en el cheque

DEMANDA. Allanamiento a la demanda.

El allanamiento presentado por el deudor cumple con los requisitos exigidos en el artículo 198 del Código Procesal Civil para liberar al demandado del pago de las costas. Tal es así, que el requerido reconoció, oportunamente, como fundada la pretensión del accionante; se allanó a satisfacerla; y, conforme al análisis precedente, no dio motivos para la promoción de esta demanda.

T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. 05/09/11. “El Rodeo SAc/ Julio Doldán s/ Cumplimiento de Contrato y Otro” (A. y S. N° 60).

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

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia recurrida?

En caso contrario, ¿es ella justa?

Practicado el sorteo de ley, este, arrojó el siguiente orden de votación: Preopinante, el Magistrado DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS, VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ Y DR. MARCOS RIERA HUNTER.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL MAGISTRADO DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS DIJO: El recurrente desistió expresamente del recurso de nulidad; y como no se observan vicios en la forma y solemnidades en la resolución recurrida que obliguen al Tribunal a la declaración de nulidad de oficio, corresponde tener por desistido al recurrente. Así voto.

A SU TURNO LA MAGISTRADA VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ: Manifiesta que se adhiere al voto del Magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos, por compartir sus mismos fundamentos.

A SU TURNO EL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER: En primer término, cabe señalar que el recurrente desistió expresamente del recurso de nulidad. Ahora bien, tal circunstancia no impide que el Tribunal de Alzada realice el estudio de la resolución recurrida que le permita determinar si la misma contiene vicios o defectos que le impongan al Tribunal declarar la nulidad de oficio.

De las constancias de autos surge que, la parte actora (El Rodeo SA) promovió demanda ordinaria contra el Señor Julio Doldán por cumplimiento de contrato, exigiéndole el pago de la suma de Gs. 22.585.199, más los intereses, costos y costas correspondientes.

Realizando un breve análisis de la S.D. N° 230, de fecha 16 de julio del 2008, que hoy es materia de recursos ante esta Alzada, se desprende una clara y notoria ininteligibilidad en el pronunciamiento realizado por el A-quo, ya que el mismo, en el apartado I de la parte resolutive de la Sentencia recurrida resolvió: *“Hacer Lugar a la demanda ordinaria de cumplimiento de contrato y cobro de guaraníes promovida por El Rodeo SA contra Julio Doldán y en consecuencia, ordenar al señor Julio Doldán el pago de la suma de Guaraníes veintidós millones quinientos ochenta y cinco mil ciento noventa y nueve (Gs. 22.585.199) correspondiente al interés sobre el 2,5% del total del capital demandado, desde*

la fecha de vencimiento del cheque a la fecha de resolución de aceptación de pago realizado por tercero”.

De la transcripción del mencionado pronunciamiento, y analizando la sintaxis del mismo, se concluye que el A-quo de una manera totalmente errónea omite el pronunciamiento del capital, realizándolo, en tal sentido, únicamente con respecto a los intereses, que llamativamente resulta el mismo monto del capital reclamado por la parte actora. Tal circunstancia torna por completo incongruente a la resolución recurrida, ya que se omitió el pronunciamiento con respecto al capital reclamado, y, además el Juez inferior se pronunció sobre materia extraña a la pretensión de las partes.

El principio de congruencia hace referencia a la obligatoria conformidad que debe guardar la resolución judicial con las pretensiones de las partes litigantes. El órgano jurisdiccional no puede apartarse de los términos en que ha quedado trabada la litis, debiendo, además, pronunciarse y resolver todas y cada una de las pretensiones que conduzcan a la solución del litigio. La violación de este principio procesal torna incongruente a la resolución, hecho que produce la nulidad insanable de la misma. La incongruencia se produce cuando: a) El Juzgador otorga al actor más de lo que pidió (Ultra petita); b) El Juzgador omite resolver pretensiones o cuestiones que deben ser objeto de fallo (Citra petita) y; c) cuando el mismo resuelve cuestiones no alegadas, o modifica cuestiones fundamentales y esenciales de las pretensiones de los litigantes (Extra petita). En el caso de autos, se observa con meridiana claridad que existe una incongruencia del tipo “*extra petita*”, ya que el Juzgado se pronunció (como ya se mencionó) respecto a fijar erróneamente en concepto de intereses el mismo monto del capital reclamado en la demanda, y por lo tanto, la omisión respecto al capital reclamado por la actora. Al hacerlo, el mismo incurrió en la modificación y alteración en cuestiones esenciales de las pretensiones de las partes, resolviendo sobre materia extraña al juicio, que importa violación del principio de congruencia de conformidad con el artículo 15, inc. “b”, del CPC.

Por lo demás, cabe hacer mención que el A-quo, en la Sentencia recurrida, no se ha pronunciado con respecto a la Ganadera Agatape SA; es más, por A.I. N° 477 de fecha 22 de diciembre del 2007, únicamente resolvió tener por reconocida la personería de la Ganadera Agatepe SA, no otorgándole, en tal sentido, la intervención correspondiente solicitada como tercero interviniente, ya sea en el carácter de coadyuvante, excluyente o sustituyente según sea el caso, circuns-

tancia tal que impide por completo al Tribunal dictar resolución, ya que tal solicitud se halla aún pendiente de pronunciamiento. Por último, cabe señalar que por el mencionado A.I. N° 477, de fecha 22 de diciembre de 2007, el A-quo en el apartado tercero resolvió hacer lugar a un pago parcial efectuado por parte de la Ganadera Agatape (a quien no le ha sido dada todavía la intervención correspondiente en autos como tercero), pronunciamiento que resulta por completo incoherente e inoportuno en lo que hace relación al citado auto interlocutorio.

En consecuencia, por los fundamentos expresados, corresponde que el Tribunal declare la nulidad de la sentencia en alzada, debiendo retrotraerse las actuaciones a fs. 125 de autos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL MAGISTRADO DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS DIJO: Por la S.D. N° 230 del 16 de julio de 2008, el Juez de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de la Niñez y la Adolescencia de la ciudad de J. A. Saldívar, Secretaría N° 2, resolvió: “Hacer Lugar a la demanda ordinaria de cumplimiento de contrato y cobro de guaraníes promovido por El Rodeo SA contra Julio Doldán y en consecuencia, ordenar al señor Julio Doldán al pago de la suma de guaraníes veinte y dos millones quinientos ochenta y cinco mil ciento noventa y nueve (Gs. 22.585.199) correspondiente al interés sobre el 2.5% del total del capital demandado, desde la fecha de vencimiento del cheque a la fecha de resolución de aceptación del pago realizado por tercero. Poner a disposición de la parte actora las sumas depositadas en estos autos. Imponer las costas a la parte demandada. Notificar por cedula a las partes. Anotar, registrar, y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia”.

Contra la referida sentencia se alzó el abogado Alberto J. Simón V., representante convencional de Julio César Doldán, quien expresó agravios en los términos del escrito agregado a fojas 134/135. En el mismo sostuvo que el fallo apelado es injusto puesto que con el fallo se lo condena al pago de intereses por una deuda con respecto a la cual nunca fue intimado de pago. También señaló que la tasa de interés aplicada es exagerada y que el actor no pudo ver satisfecho su crédito, únicamente, por la desidia del mismo quien dejó caducar el primer juicio y dilató, injustificadamente, el segundo. Agrega que tampoco corresponde la imposición de las costas a su parte puesto que el mismo no motivó esta demanda y, además, se allanó en tiempo y forma. Con estos argumentos se petitiona la revocación del fallo en revisión.

La abogada Anahí Brítez Infante, representante convencional de El Rodeo SA, contestó y controvertió los agravios esgrimidos por el demandado recurrente, en los términos del escrito agregado a fojas 140/142. La misma sostiene que los documentos que fundan esta acción son títulos de créditos con fechas ciertas, por lo que los intereses, para la misma, se generan con el mero vencimiento de los mismos, sin protesto, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 424 del CC. Agrega que el demandado no puede sostener en juicio el argumento de que el mismo pensaba que su obligación estaba compensada puesto que resulta ilógico que el mismo no advierta que un cheque de Gs. 22.585.1999, no fue presentado para el cobro. También señala que en el primer juicio el demandado solicitó la caducidad de la instancia y no el finiquito y archivamiento del mismo, lo que denota que la obligación reclamada no se encontraba cancelada. Finalmente, la representante de la parte actora se opone a la pretensión del apelante con respecto a la forma de imposición de las costas y solicita la confirmación del fallo en revisión.

Analizadas las constancias en autos, se advierte que el cumplimiento de contrato pretendido por el actor consiste en el reconocimiento y cobro de un crédito generado en una operación de compra de semovientes. Dice la parte actora que el monto de la operación ascendía a Gs. 31.631.401, que el demandado imputó al precio un cheque por la suma de Gs. 22.582.199. y el saldo en efectivo. Ninguna de estas premisas fácticas fue negada por el demandado, quien, incluso, se allanó a la demanda por el capital reclamado.

Ahora bien, el accionado alegó desconocer las razones por la que el actor no presentó a cobro el cheque girado, y solicitó se compense la obligación reclamada con lo producido por la venta de animales de la firma Agatape SA –quien autorizó la compensación–. El saldo fue depositado en efectivo durante el curso del juicio.

En estas condiciones, resulta claro que, las únicas cuestiones a determinar consisten en la procedencia del interés reclamado y la forma de imposición de las costas.

Con respecto a los intereses, cabe referir que, según nuestra legislación, la doctrina y la jurisprudencia uniforme de los tribunales, el cheque bancario es una orden de pago.

La naturaleza de este instrumento comercial arroja luz sobre la cuestión debatida, puesto que el detentador de este título –El Rodeo S.A. en este caso–,

con total independencia a la voluntad del librador, es el titular de la orden de pago y la efectivización del mismo, mediante su presentación a la entidad financiera girada, dependía, enteramente, del mismo.

Sin embargo, pese al derecho reconocido del que es titular el actor, éste no presentó el cheque bancario para su cobro. Esta inacción fue justificada con el argumento de que el librador dio instrucciones para que el cheque no sea presentado ante el banco girado, afirmación que fue negada por el demandado y con respecto a la cual no se generó ninguna diligencia probatoria.

En estas condiciones, se debe concluir que el negocio jurídico de compra-venta de semovientes concluyó con la entrega de los animales y sus respectivas guías al comprador; y con la entrega al vendedor del cheque bancario N° 926508 y dinero en efectivo, con lo que el precio quedó cancelado.

La no presentación para el cobro del cheque imputado al precio no puede agravar la situación jurídico-comercial del comprador puesto que, como quedó visto, este instrumento es una orden de pago que fue aceptada por el vendedor, actor en este juicio. Además, se advierte que no existe constancia de que el demandado haya emitido una orden de no pago, cancelado la cuenta, o retirado fondos a los efectos de que el cheque no pueda ser cobrado. En conclusión, no se demostró ninguna acción del demandado que denote una suerte de obstáculo para el cobro del cheque girado.

En estas condiciones, antes que una mora debitoris, nos encontramos ante una mora creditoris. Esto es así, pues no es el librador quien interrumpió u obstaculizó el pago del cheque bancario, sino que fue el poseedor quien no lo presentó para su cobro.

Atendiendo a estas consideraciones, resulta claro que el demandado no puede ser obligado al pago de los intereses por la configuración de la mora por incumplimiento del pago. Esta afirmación, no puede verse desvirtuada con ninguno de los argumentos esbozados por la parte actora en esta Instancia, por lo que el fallo en revisión debe ser revocado en este punto.

En cuanto a la forma de imposición de las costas, cabe referir que el accionado se allanó a la pretensión del actor, con respecto al capital reclamado, alegando desconocer la falta de presentación del cheque para su cobro. Ofreció, además, satisfacer el monto consignado en el cheque.

Este allanamiento cumple con los requisitos exigidos en el artículo 198 del Código Procesal Civil para liberar al demandado del pago de las costas. Tal es

así, que el requerido reconoció, oportunamente, como fundada la pretensión del accionante; se allanó a satisfacerla; y, conforme al análisis precedente, no dio motivos para la promoción de esta demanda.

Con respecto a este último punto, se señala que en estos autos no se constata que el demandado se haya resistido a la pretensión del actor en el plano estrictamente procesal. En efecto, en la situación de hecho y procesalmente, a lo largo del juicio no se observa ninguna intimación o reclamo pre-judicial tendiente a la satisfacción de la pretensión planteada en esta demanda.

Por estas razones, las costas deberán ser soportadas en el orden causado de conformidad al artículo 198 del Código Procesal Civil.

En consecuencia, la sentencia en revisión debe ser modificada en el punto primero y tercero. En consecuencia, debe hacerse lugar a la demanda por el capital reclamado, rechazándose los intereses pretendidos; y las costas deberán ser impuestas en el orden causado. En cuanto a las costas generadas en estas Instancia, de conformidad al artículo 203 inc. c) del CPC, las mismas deberán ser soportadas en forma proporcional por las partes. Así voto.

A SU TURNO LA MAGISTRADA VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ: Manifiesta que se adhiere al voto del Magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos, por compartir sus mismos fundamentos.

Y EL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER PROSIGUIÓ DICHIENDO: Habiéndose declarado la nulidad de la sentencia recurrida, correspondería dar cumplimiento al Art. 406 del CPC y, por tanto, dictar la resolución pertinente en reemplazo de la que ha sido objeto de anulación. No obstante, en este caso particular, dicha disposición resulta inaplicable por cuanto que la sentencia recurrida ha sido declarada nula por no sólo por contener vicio de forma (incongruencia extra-petita), sino también por hallarse afectado de vicio procesal que impide el pronunciamiento definitivo (cuestión relacionada con el tercero). Así voto.

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

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y los fundamentos en él esgrimidos, el TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA CAPITAL, PRIMERA SALA;

RESUELVE:

1. TENER por desistido al recurrente del recurso de nulidad.
2. CONFIRMAR el apartado primero en cuanto dispone se haga lugar a la demanda ordinaria de cumplimiento de contrato y cobro de guaraníes promovido por El Rodeo S.A. contra *Julio Cesar Doldán Kysela* condenándolo al pago de la suma de Guaraníes veintidós millones quinientos ochenta y cinco mil ciento noventa y nueve (Gs. 22.585.199) revocando la parte que imponía el pago de intereses.
3. IMPONER las costas en el orden causado en Primera Instancia.
4. IMPONER las costas en esta Instancia en forma proporcional a cada parte conforme al art. 203, inc. c) del Código Procesal Civil.
5. ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Marcos Riera Hunter, Valentina Núñez, Oscar Paiva V.
Ante mí: María Teresa Cañete, Actuaría Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 67

JUICIO EJECUTIVO. REMATE. Sentencia de remate. RECURSO DE APELACIÓN.

La irrecorribilidad legislada en el artículo 459 del CPC (“sin recurso alguno”) se encuentra limitada o restringida a aquellos casos o supuestos expresamente previstos en la citada disposición procesal vinculados con la ampliación de la ejecución en relación a los nuevos plazos o cuotas de la obligación en cuya virtud se procede cuyos vencimientos son “posteriores a la sentencia”. Si la ampliación se concede en relación a cuotas o plazos de la obligación respectiva cuyos vencimientos son anteriores a la sentencia de remate previamente dictada, la decisión judicial es decididamente recurrible ante el Tribunal.

JUICIO EJECUTIVO. REMATE. Sentencia de remate. RECURSO DE APELACIÓN.

El criterio del art. 459 del CPC no se opone, en modo alguno, a lo dispuesto en el artículo 442 del CPC, sino que lo complementa. En efecto, la citada disposición legal establece que la sentencia de remate es apelable, norma que debe ser concordada con el artículo 472 del mismo cuerpo legal. Pues bien: la resolu-

ción que dispone la ampliación de la ejecución con posterioridad a la sentencia (art. 459, CPC) forma parte o integra la sentencia de remate, que es una sola, la cual, como se dijo, es apelable conforme el artículo 442 antes citado y su concordante, y más aun si en la ampliación no se han tenido en cuenta los presupuestos del artículo 459 del Código de Rito.

JUICIO EJECUTIVO. REMATE. Sentencia de remate. RECURSO DE APELACIÓN.

El artículo 472 del Código Procesal Civil previene tres supuestos de apelabilidad de las sentencias de remate. Por su parte, el artículo 459 del mismo cuerpo normativo prevé una suerte de trámite de oposición, ciertamente limitado, para los casos de ampliaciones de la ejecución. Fundado en estas dos normas, el contestatario del recurso sostiene que la apelabilidad de la sentencia ampliatoria se rige por las reglas contenidas en la primera norma citada, y como el apelante no ejerció las facultades conferidas por el artículo 459 del CPC, estamos ante una incorrecta concesión del recurso.

JUICIO EJECUTIVO. REMATE. Sentencia de remate.

El trámite previsto para la ampliación de la ejecución posterior a la sentencia no puede ser parangonado a la etapa para oponer excepciones. Esto es así, principalmente, en razón de que la sentencia de remate dictada en el juicio proyecta sus efectos –en cuanto al análisis de procedencia de la ejecución– a las cuotas vencidas del mismo crédito ejecutado.

JUICIO EJECUTIVO. REMATE. Sentencia de remate.

En los procesos ejecutivos se admite la posibilidad de ampliar la ejecución antes o después del dictado de la sentencia de remate, según se produzcan los vencimientos de la obligación ejecutada.

JUICIO EJECUTIVO. EXCEPCIÓN.

Cuando se pretende la ampliación con instrumentos cuyos vencimientos se produjeron antes de la sentencia de remate, de conformidad a la última parte del artículo 458 del CPC, el deudor se encuentra facultado a oponer excepciones con respecto a los mismos, sin alterar el principio de que este trámite no implica una retrogradación del proceso. Por el contrario, esta facultad no está prevista para los supuestos de ampliaciones posteriores a la sentencia, puesto que el artículo 459 del CPC, únicamente, prevé la posibilidad de que el demandado justifique la extinción de la obligación, pero no lo faculta a oponer excepciones, lo que resulta lógico en atención a la preclusión procesal.

JUICIO EJECUTIVO. PAGARÉ.

La mera mención de que se presentaron pagarés con vencimientos anteriores a la sentencia no obsta a la ejecutividad de los mismos, ni justifican una desvinculación con el crédito reclamado.

JUICIO EJECUTIVO. REMATE. Sentencia de remate.

De la norma contenida en el artículo 459 del CPC, surge que la parte ejecutante sólo puede pretender la ampliación de la ejecución en relación a las nuevas cuotas o plazos de la obligación en virtud de la cual se procede siempre y cuando los vencimientos de dichas cuotas o plazos fuesen posteriores al dictamiento de la sentencia de remate previamente pronunciada. Las cuotas cuyos vencimientos son anteriores a la misma sentencia de remate no son susceptibles de fundar la ampliación conforme la citada disposición procesal por cuanto que, técnicamente, deben ser reclamadas al inicio de la acción preparatoria del juicio ejecutivo, o bien reclamadas por vía de ampliación antes de dictarse la sentencia definitiva de remate, de conformidad con el artículo 458 del CPC.

T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. 27/09/11. “Carlos J. Cuba Ruiz Díaz c/María Teresa Ramírez de Kamn s/ Preparación de Acción Ejecutiva”. (Ay S N° 67).

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

CUESTIONES:

¿Han sido correctamente concedidos los recursos?

En caso afirmativo, ¿es nula la sentencia en alzada?

En caso contrario, ¿es ella justa?

Practicado el sorteo de ley, este, arrojó el siguiente orden de votación: Preopinante; el Magistrado VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ, DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS y DR. MARCOS RIERA HUNTER.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA LA MAGISTRADA VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ DIJO: Corresponde que el Tribunal, en ejercicio de facultades oficiosas, analice si, en el caso en estudio, los recursos han sido correctamente concedidos, análisis que deviene pertinente por aludir la cuestión al orden público.

En la especie, del estudio detenido de los elementos de juicio y de las constancias de los autos, no se advierte que los recursos puedan hallarse mal concedidos por cuanto que las decisiones recurridas son de aquellas que ocasio-

nan agravio o perjuicio irreparable y, además, los recursos han sido interpuestos por la parte recurrente y agraviada en tiempo y forma.

En consecuencia, corresponde que el Tribunal analice las demás cuestiones planteadas y las resuelva conforme el Derecho. Así voto.

A SU TURNO EL MAGISTRADO DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS: Manifiesta que se adhiere al voto de la Magistrada Valentina Núñez González, por compartir sus mismos fundamentos.

A SU TURNO EL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER DIJO: Corresponde, en primer término, que la Magistratura efectúe el análisis de admisibilidad de los recursos a fin de determinar si los mismos han sido correctamente concedidos.

La parte recurrida sostiene que los recursos deben ser declarados mal concedidos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 459 del CPC y en razón de que la parte deudora, pese a la intimación que le ha sido notificada, no ha presentado los recibos o documentos que acrediten la extinción de la obligación, comportamiento procesal omisivo que provoca que se haga efectivo el apercibimiento decretado en autos admitiéndose, en consecuencia, la ampliación de la ejecución “sin recurso alguno”.

El artículo 459 del Código Procesal Civil dispone textualmente que: “Si durante el juicio, pero con posterioridad a la sentencia vencieren nuevos plazos o cuotas de la obligación en cuya virtud se procede, la ejecución podrá ser ampliada pidiéndose que el deudor exhiba dentro del quinto día los recibos correspondientes o documentos que acrediten la extinción de la obligación, bajo apercibimiento de hacerse extensivos los efectos de la sentencia a los nuevos plazos o cuotas vencidas. Si el deudor no exhibiere recibos o documentos que fueren reconocidos por el ejecutante, o no se comprobare su autenticidad mediante dictamen de un perito designado de oficio, que deberá pronunciarse en el plazo de cinco días, se hará efectivo el apercibimiento sin recurso alguno, siempre que el deudor no ofreciere otras defensas. Lo dispuesto en este artículo y en el anterior regirá también en las ejecuciones por cobro de alquileres y expensas comunes”.

Es verdad, sin duda, que si el deudor, luego de la notificación de la intimación, no exhibe en el plazo de cinco días los recibos correspondientes o documentos que acrediten la extinción de la obligación, o bien los exhibe, pero tales documentos no son reconocidos por el ejecutante y tampoco se comprueba su

autenticidad pericialmente, “Se hará efectivo el apercibimiento sin recurso alguno” y, consiguientemente, deberá ampliarse la ejecución haciéndose extensivos los efectos de la sentencia a los nuevos plazos o cuotas vencidos, siendo la resolución –en tales casos– irrecurrible. Pero, también es verdad que tal consecuencia procesal se encuentra normada exclusivamente para aquellos casos en que los vencimientos de los nuevos plazos o cuotas de la obligación en cuya virtud se procede son “posteriores a la sentencia”. Por el contrario, si se pretende ampliar la ejecución en relación a nuevos plazos o cuotas de la obligación en virtud de la cual se procede cuyos vencimientos son anteriores a la sentencia de remate ya dictada, resulta claro que la resolución del Juzgado por la cual se admite la ampliación de la ejecución no podría ser conceptuada como irrecurrible, sino impugnante ante la Alzada por vía de los recursos de apelación y nulidad. Toda otra interpretación resultaría incompatible con el significado normativo que se desprende de la interpretación del texto del artículo 459 del CPC y, al propio tiempo, lesiva del derecho de defensa en juicio que es de rango constitucional. Debe recordarse que, en principio, la regla es la recurribilidad de las resoluciones judiciales en general y la excepción es la irrecurribilidad, excepción que, precisamente por serlo, no puede ser entendida con carácter extensivo o analógico.

Por tanto: la irrecurribilidad legislada en el artículo 459 del CPC (“sin recurso alguno”) se encuentra limitada o restringida a aquellos casos o supuestos expresamente previstos en la citada disposición procesal vinculados con la ampliación de la ejecución en relación a los nuevos plazos o cuotas de la obligación en cuya virtud se procede cuyos vencimientos son “posteriores a la sentencia”. Si la ampliación se concede en relación a cuotas o plazos de la obligación respectiva cuyos vencimientos son anteriores a la sentencia de remate previamente dictada, la decisión judicial es decididamente recurrible ante el Tribunal.

El criterio que antecede no se opone, en modo alguno, a lo dispuesto en el artículo 442 del CPC, sino que, todo lo contrario, lo complementa. En efecto, la citada disposición legal establece que la sentencia de remate es apelable, norma que debe ser concordada con el artículo 472 del mismo cuerpo legal. Pues bien: la resolución que dispone la ampliación de la ejecución con posterioridad a la sentencia (art. 459, CPC) forma parte o integra la sentencia de remate, que es una sola, la cual, como se dijo, es apelable conforme el artículo 442 antes citado y su concordante, y más aún si en la ampliación no se han tenido en cuenta los presupuestos del artículo 459 del Código de Rito.

En el caso en estudio, y conforme surge de las constancias de los autos, luego de dictarse la sentencia definitiva de remate, la parte ejecutante solicitó la ampliación de la ejecución en relación a nuevas cuotas que se encuentran instrumentadas en los documentos agregados a fs. 69/74 de autos por un valor total de Gs. 20.400.000. Luego del trámite intimatorio que impone el artículo 459 del CPC, y ante la falta de presentación de los documentos o recibos correspondientes, el Juzgado, a pedido de parte y previo informe actuarial, dictó la sentencia hoy en grado de alzada por la cual resolvió ampliar la S.D. N° 799/2.006 y, en consecuencia, llevar adelante la ejecución promovida por la parte actora contra la ejecutada por la suma de Gs. 68.400.000, otorgando, por tanto, la ampliación solicitada de Gs. 20.400.000 conforme la totalidad de los documentos presentados por la parte ejecutante. Sin embargo, del estudio de tales documentos se advierte que solamente los identificados con los números 67, 68, 69 y 70 (fs. 73 y 74), por un monto de Gs. 4.800.000, tienen vencimientos que son posteriores al dictamiento de la sentencia de remate. Los demás documentos (Nros. 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65 y 66, agregados a fs. 69/73) tienen vencimientos que son anteriores a la sentencia definitiva ya pronunciada en este juicio, razón por la cual la sentencia ampliatoria, hoy en alzada, que admite la ampliación de la ejecución en relación a dichos documentos –por un monto total de Gs. 15.600.000- no es irrecurrible, sino recurrible ante el Tribunal por la vía de los recursos ordinarios de apelación y nulidad.

En consecuencia, por los fundamentos expresados corresponde que el Tribunal resuelva declarar mal concedidos los recursos interpuestos contra la sentencia recurrida en cuanto la misma admite la ampliación de la ejecución en relación a los documentos identificados con los números 67, 68, 69 y 70 por un monto total de Gs. 4.800.000, debiendo analizar los recursos deducidos contra la citada resolución en cuanto ella admite la ampliación de la ejecución en relación a los documentos identificados con los números 54/66 por un monto total de Gs. 15.600.000. Así voto.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA LA MAGISTRADA VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ DIJO: El recurso de nulidad no fue fundado por el recurrente, y como en la sentencia en revisión no se advierten vicios o defectos que la invaliden como acto jurisdiccional y motiven la declaración de nulidad de oficio, corresponde que este recurso sea declarado desierto. Así voto.

A SUS TURNOS LOS MAGISTRADOS DRES. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS Y MARCOS RIERA HUNTER: Manifiestan que se adhieren

al voto de la Magistrada Valentina Núñez González, por compartir sus mismos fundamentos.

A LA TERCERA CUESTIÓN PLANTEADA LA MAGISTRADA VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ DIJO: Con la S.D. N° 427 del 19 de junio de 2.007 el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Noveno Turno de la Capital, Secretaría N° 17, resolvió ampliar el monto de la presente ejecución, determinado en la S.D. N° 799 de fecha 07 de noviembre de 2006, en la suma de guaraníes veinte millones cuatrocientos mil (Gs. 20.400.000.), ordenando, en consecuencia, que esta ejecución sea llevada adelante por la suma de guaraníes sesenta y ocho millones cuatrocientos mil (Gs. 68.400.000.), más intereses y costas.

El abogado Ricardo A. Valdez Alcaraz, representante convencional de María Teresa Ramírez De Kamn, se alzó contra el referido fallo y expuso sus agravios en los términos del escrito glosado a fojas 103/104 de autos. Al hacerlo sostuvo, en lo medular, que el ejecutante solicitó la ampliación de la presente ejecución con instrumentos cuyos vencimientos se produjeron con anterioridad al dictado de la sentencia de mérito, situación que obsta a la solución dada por el A-quo en atención a que el artículo 459 del CPC faculta las ampliaciones únicamente para los casos de vencimientos posteriores a la sentencia. Agrega que, únicamente, los instrumentos de fojas 67 al 70 reconocen un vencimiento posterior a la sentencia. Con este argumento, el apelante solicita la revocación parcial del fallo en recurso consistente en la reducción de la ampliación a la suma de Gs. 4.800.000.

A fojas 105/107 de autos el abogado Ramón Sánchez Guerrero, representante convencional de la parte actora, contestó los agravios expuestos por el recurrente. En lo sustancial adujo que nos encontramos ante una sentencia inapelable en atención a que la demandada no ejerció ninguna de las facultades que le confería el artículo 459 del CPC, por lo que, conforme a lo dispuesto en el artículo 472 del mismo cuerpo legal, el fallo es irrecurrible. Sostuvo, además, que su contraparte funda su pretensión en un exceso rigor formalista, puesto que la misma tuvo la oportunidad procesal para impugnar los instrumentos que fundaron la ampliación o justificar la cancelación de los mismos. La presentación referida culmina solicitándose la confirmación del fallo en revisión.

Antes de pasar al estudio de la justicia del fallo en revisión, corresponde que el señalamiento de la parte actora, con respecto a la inapelabilidad de la sentencia recurrida, sea analizado como una cuestión preliminar.

El artículo 472 del Código Procesal Civil previene tres supuestos de apelabilidad de las sentencias de remate. Por su parte, el artículo 459 del mismo cuerpo normativo prevé una suerte de trámite de oposición, ciertamente limitado, para los casos de ampliaciones de la ejecución. Fundado en estas dos normas, el contestatario del recurso sostiene que la apelabilidad de la sentencia ampliatoria se rige por las reglas contenidas en la primera norma citada, y como el apelante no ejerció las facultades conferidas por el artículo 459 del CPC, estamos ante una incorrecta concesión del recurso.

A título de respuesta de esta posición, cabe referir que el trámite previsto para la ampliación de la ejecución posterior a la sentencia no puede ser parangonado a la etapa para oponer excepciones. Esto es así, principalmente, en razón de que la sentencia de remate dictada en el juicio proyecta sus efectos – en cuanto al análisis de procedencia de la ejecución– a las cuotas vencidas del mismo crédito ejecutado. Dicho en otros términos, ya no se genera una nueva discusión en torno a la viabilidad de la ejecución, por lo que no resulta lógico exigir al deudor que oponga excepciones a los efectos de tornar apelable a la sentencia ampliatoria. Además, debe recordarse que el artículo 459 del CPC sólo le otorga al ejecutado la facultad para justificar la extinción de la obligación, lo que no importa la posibilidad de volver a oponer excepciones.

En estas condiciones, debe rechazarse la tesis defendida por el contestatario del recurso de apelación y analizarse la justicia del fallo en revisión.

Del análisis de las constancias procesales, se advierte que el ejecutante solicitó la ampliación de la sentencia de remate justificando su petición con instrumentos cuyos vencimientos son anteriores y posteriores a la sentencia de mérito. El apelante rechazó los pagarés vencidos con anterioridad a la sentencia, admitiendo aquellos cuyos plazos se cumplieron con posterioridad al fallo.

Al respecto, cabe recordar que en los procesos ejecutivos se admite la posibilidad de ampliar la ejecución antes o después del dictado de la sentencia de remate, según se produzcan los vencimientos de la obligación ejecutada.

En nuestro código de procedimientos se prevén dos trámites distintos para ambos supuestos. Tal es así, que cuando se pretende la ampliación con instrumentos cuyos vencimientos se produjeron antes de la sentencia de remate, de conformidad a la última parte del artículo 458 del CPC, el deudor se encuentra facultado a oponer excepciones con respecto a los mismos, sin alterar el principio de que este trámite no implica una retrogradación del proceso. Por el contra-

rio, esta facultad no está prevista para los supuestos de ampliaciones posteriores a la sentencia, puesto que el artículo 459 del CPC, únicamente, prevé la posibilidad de que el demandado justifique la extinción de la obligación, pero no lo faculta a oponer excepciones, lo que resulta lógico en atención a la preclusión procesal.

En estas condiciones, resulta claro que, en un plano teórico, la presentación posterior a la sentencia de instrumentos cuyos vencimientos se produjeron con anterioridad al fallo, eventualmente, podría significar una merma en el ejercicio de defensa en juicio del ejecutado, puesto que el mismo, a la postre, estaría siendo privado de la facultad de controvertir la ejecutividad de los títulos en función al crédito admitido con la sentencia de remate.

Sin embargo, en el caso que se plantea, sin lugar a dudas, no se produjo esta merma en el derecho de defensa de la parte demandada, puesto que la misma ni siquiera señaló algún obstáculo para la admisión de los títulos presentados en función al crédito cuya ejecución fue admitida. La mera mención de que se presentaron pagarés con vencimientos anteriores a la sentencia no obsta a la ejecutividad de los mismos, ni justifican una desvinculación con el crédito reclamado.

Además, cabe advertir que la parte demandada admitió los títulos con vencimientos posteriores a la sentencia y en ellos se observa una correlación incuestionable con respecto a aquellos cuyos vencimientos se produjeron con anterioridad al dictado de la sentencia.

En suma, siendo tangible que los pagarés quirografarios con los que se funda la ampliación de la sentencia corresponden al crédito reconocido en la sentencia de remate, y no habiéndose justificado la extinción de la obligación, no cabe más que compartir la decisión del A-quo, por encontrarse ajustada a derecho.

POR TANTO, por las razones expuestas, corresponde confirmar el fallo en revisión, imponiendo las costas al apelante. Así voto.

A SU TURNO EL MAGISTRADO DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS: Manifiesta que se adhiere al voto de la Magistrada Valentina Núñez González, por compartir sus mismos fundamentos.

A SU TURNO EL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER DIJO: De la norma contenida en el artículo 459 del CPC, antes analizado, surge que la parte ejecutante sólo puede pretender la ampliación de la ejecución en relación

a las nuevas cuotas o plazos de la obligación en virtud de la cual se procede siempre y cuando los vencimientos de dichas cuotas o plazos fuesen posteriores al dictamiento de la sentencia de remate previamente pronunciada. Las cuotas cuyos vencimientos son anteriores a la misma sentencia de remate no son susceptibles de fundar la ampliación conforme la citada disposición procesal por cuanto que, técnicamente, deben ser reclamadas al inicio de la acción preparatoria del juicio ejecutivo, o bien reclamadas por vía de ampliación ANTES de dictarse la sentencia definitiva de remate, de conformidad con el artículo 458 del CPC.

En la especie, y tal como ya se ha advertido al efectuarse el análisis de admisibilidad de los recursos, la parte ejecutante solicitó –y obtuvo- la ampliación de la ejecución en relación a una serie de documentos (Nros. 54/66, fs. 69/73) que instrumentan cuotas cuyos vencimientos no son posteriores a la sentencia de remate previamente dictada, sino que son anteriores a la misma. Tales documentos, por un valor total de Gs. 15.600.000, no pueden ser objeto de la ampliación prevenida en el artículo 459 del CPC. Por lo demás, la circunstancia de que en la instancia inferior la parte ejecutada o deudora no haya respondido a la intimación legislada en el artículo 459 citado, no implica la procedencia de tal ampliación por cuanto que, se reitera, la ampliación ejecutiva que determina dicha norma se limita a las cuotas o plazos que vencen con posterioridad a la sentencia de remate.

En consecuencia, por los fundamentos expresados, corresponde que el Tribunal revoque, con costas, la sentencia en grado de recurso en cuanto la misma resuelve ampliar la S.D. N° 799/2.006 y llevar adelante la ejecución en relación a los documentos que en estos autos se encuentran identificados con los números 54/66 (fs. 69/73) por un valor total de Gs. 15.600.000. Así voto.

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

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y los fundamentos en él esgrimidos, el TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA CAPITAL, PRIMERA SALA;

RESUELVE:

1. DECLARAR desierto el recurso de nulidad.
2. CONFIRMAR, con costas la resolución recurrida, por los argumentos expuestos en el exordio de la presente resolución.

3. ANOTAR, registrar y remitir copia a la Corte Suprema de Justicia.
Magistrados: Marcos Riera Hunter, Valentina Núñez, Oscar Paiva V.
Ante mí: María Teresa Cañete, Actuaría Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 77

Cuestión debatida: *En el caso, el “thema decidendum” estriba en determinar si el actor tenía la posesión de la res litis y si fue despojado de ella en forma violenta o clandestina por los demandados.*

RECURSO DE NULIDAD. PROCESO. Debido proceso.

Tal como ha sido declarado y sostenido con reiteración por esta Magistratura en numerosos precedentes jurisprudenciales la sentencia judicial puede ser declarada nula no solamente por vicios de forma o de índole estructural (artículo 404 del CPC), sino también por vicios procesales que impiden el dictamiento válido de la resolución definitiva (art. 113, CPC), es decir, por violación de las reglas del debido proceso legal en detrimento del derecho de defensa que es un principio que tiene rango constitucional. (Voto en disidencia del Dr. Marcos Riera Hunter).

SENTENCIA. Nulidad de la sentencia.

En el caso en estudio no se ha integrado debidamente la litis, omisión que configura un vicio de índole procesal que tiene la virtualidad de provocar la nulidad de la sentencia definitiva. (Voto en disidencia del Dr. Marcos Riera Hunter).

INTERDICTO DE RECOBRAR

No pasa desapercibido a esta Magistratura que el art. 650 CPC utiliza en su texto la expresión “podrá”, operador deóntico facultativo que no traduce la obligación del actor del interdicto, sino la facultad o la permisión del mismo de poder promover o no la ampliación de la acción del interdicto respecto de terceras personas ocupantes del predio cuya presencia en el mismo llegare a su conocimiento. (Voto en disidencia del Dr. Marcos Riera Hunter).

INTERDICTO DE RECOBRAR. SENTENCIA. Nulidad de la sentencia.

Una correcta interpretación del art. 650 CPC en el contexto normativo del sistema, y atendiendo a los principios de defensa en juicio y de bilateralidad

procesal, conducen a la conclusión de que la citada norma facultativa no impide, en modo alguno, que la Magistratura de Alzada declare de oficio la nulidad de la sentencia definitiva. (Voto en disidencia del Dr. Marcos Riera Hunter).

LITISCONSORCIO

La norma contenida en el artículo 650 del CPC determina la facultad que tiene el actor del interdicto de promover o de no promover la ampliación del juicio cuando llegare a su conocimiento la presencia de terceras personas en el predio que es objeto del juicio. Pero, dicha norma procesal no excluye (ni expresa ni tácitamente) la obligación o el deber procesal que tiene el órgano jurisdiccional de integrar la litis de oficio en aquellos casos de litisconsorcio pasivo de carácter necesario. Tal deber u obligación que debe ejecutarse de oficio se desprende del artículo 101 del CPC, cuya norma no se limita a un proceso o acción en particular, sino que, por su carácter genérico, hace relación con la acumulación subjetiva de acciones en general. (Voto en disidencia del Dr. Marcos Riera Hunter).

LITISCONSORCIO. INTERDICTO DE RECOBRAR. DESALOJO.

En concordancia con la norma del artículo 101 del CPC e incluso, con la del artículo 650 del mismo cuerpo legal, se encuentra la contenida en el artículo 623 del CPC que, aunque está referida expresamente al juicio de desalojo, regula una situación procesal análoga a la del presente juicio de interdicto en razón de que en ambos procesos (desalojo e interdicto de recobrar) concurre un elemento común relevante en cuanto a la finalidad perseguida con la sentencia definitiva, cual es la recuperación o restitución del inmueble a fin de que el actor del desalojo o del interdicto recuperen el uso y el goce de la cosa inmueble. (Voto en disidencia del Dr. Marcos Riera Hunter).

DESALOJO. INTERDICTO DE RECOBRAR.

La norma del artículo 623 del CPC impone al Juez ordenar de oficio la intervención de las terceras personas que se encuentren ocupando el inmueble que es objeto del juicio, a denuncia de la parte actora o del demandado “a fin de que puedan mostrarse parte en el juicio y que la sentencia tenga efecto contra ellos”. En concordancia con esta disposición, la contenida en el artículo 631 dispone que “La sentencia de desalojo se notificará también por cédula o personalmente a los subinquilinos y ocupantes precarios mencionados en el artículo 623, y éstos dispondrán para el desalojo del mismo plazo acordado al inquilino principal”. (Voto en disidencia del Dr. Marcos Riera Hunter).

DESALOJO. LITISCONSORCIO.

El actor del desalojo puede promover la pretensión contra el poseedor inmediato, pero derivado, que reconoce un poseedor mediato y originario, como también contra un poseedor mediato, que reconoce un poseedor inmediato en el inmueble, pero derivado de él. En ambos casos resulta indispensable la integración de la litis con todos los poseedores, independientemente de que sean mediatos (originarios) o inmediatos (derivados) por cuanto que, como es sabido, la posesión puede ser ejercida directamente por el interesado, o bien a través de una tercera persona a la cual la doctrina la denomina “sirviente de la posesión” (véanse los artículos 1.911 y 1.921 del C.C.). (Voto en disidencia del Dr. Marcos Riera Hunter).

INTERDICTO DE RECOBRAR.

El procedimiento establecido en la ley procesal para el juicio de desalojo no puede ser aplicado por analogía al interdicto, que se rige por normas procesales específicas que guardan relación con la naturaleza de la acción, cuyo objetivo es mantener el “statu quo” de la posesión actual, con el propósito de evitar que se cometan actos de despojo o privación de la posesión por vías de violencia o clandestinidad.

LITISCONSORCIO. SENTENCIA. Nulidad de la sentencia.

Los vicios de integración que pudieran existir no tienen en el caso la trascendencia suficiente para anular de oficio la sentencia, atendiendo al régimen procesal especial establecido por el legislador para los interdictos.

RECURSO DE APELACIÓN.

Ante una cuestión respecto de la cual hay duda entre aplicar el recurso de nulidad o el de apelación, prevalece la apelación porque la nulidad solamente resulta aplicable cuando el *sub examine* no puede ser resuelto en el recurso de apelación.

POSESIÓN. COMPRAVENTA.

En el caso particular, las boletas de compraventa arrimadas al juicio y la absolución de posiciones de la demandada, demuestran que el actor tenía sobrados motivos para considerarse con un legítimo derecho de posesión sobre la res litis. La circunstancia de que en dichos lotes no se hayan construido mejoras no cambia el carácter de la posesión que fuera perdida por el propietario del inmueble al suscribir los boletos de compraventa a favor del comprador y percibir el precio estipulado.

INTERDICTO DE RECOBRAR.

Estando cumplidos los requisitos exigidos en el Art. 646 del CPC, corresponde revocar la sentencia recurrida, teniendo en cuenta que en un juicio de interdicto de recobrar posesión se defiende al poseedor de buena fe, debiendo en consecuencia los demandados restituir al demandante la posesión del inmueble en litigio en el plazo de diez días de quedar firme la presente resolución, bajo apercibimiento que en caso de no hacerlo así, se procederá al cumplimiento de la resolución por medio de la fuerza pública conforme lo disponen los arts. 651 del CPC y 1951 del CC.

COMPRAVENTA. Cesión de derechos y acciones.

Por consiguiente queda claro que estos últimos conocían que su padre había suscripto los boletos de compraventa cediendo sus derechos posesorios sobre la res litis y que no obstante ese conocimiento, procedieron en forma subrepticia a transferir la propiedad a favor de uno de los herederos a espaldas del actor, que tenía la posesión jurídica del inmueble como cesionario de los referidos boletos de compraventa, lo que pone en evidencia la clandestinidad del accionar de los demandados y obliga a revocar la sentencia.

T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. 07/11/11. “Ruperto Aguilera Salinas c/ Rosa Vda. de Sosa y otros s/ Interdicto de Recobrar la Posesión”. (A. y S. N° 77).

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

CUESTIONES:

¿Es nula la Sentencia recurrida?

En caso contrario, ¿se halla ajustada a derecho?

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

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA LA MAGISTRADA VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ DIJO: La parte recurrente no ha fundamentado este recurso, conforme se desprende del escrito correspondiente y del petitorio donde claramente se señala que se tenga por fundado el recurso de apelación, sin hacer referencia alguna al de nulidad, por lo que existe un desistimiento tácito del mismo. Por lo demás no se observan vicios de forma o solemnidades en la resolución recurrida, que ameriten el estudio de oficio por parte del Tribunal por lo que corresponde declarar desierto el recurso. Así voto.

A SU TURNO EL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER DIJO:

De las constancias de estos autos se desprende que la parte actora promovió contra los demandados interdicto de recobrar la posesión del inmueble cuya identificación ha sido efectuada en el escrito inicial, por los fundamentos expresados en el mismo. Al contestar la pretensión interdictal del accionante los demandados manifestaron expresamente que el poseedor actual e inquilino de los predios o lotes cuya recuperación pretende el actor por medio del presente interdicto es el Sr. Marcos R. R. González a quien –dicen– “nosotros los legítimos dueños le dimos la posesión referente a los lotes y también se le firmó todos los documentos exigidos por la Municipalidad de Fernando de la Mora, para la aprobación de los planos y el pago de los Impuestos a la Construcción, cuyas copias se acompañan al presente” (fs. 72). La causa se tramitó hasta el llamamiento de autos para sentencia, pronunciándose, finalmente, la sentencia que hoy se encuentra en grado de recurso por la cual el Juzgado resolvió rechazar la demanda de interdicto de recobrar la posesión promovida por el Sr. Ruperto Aguilera contra los sucesores del Sr. Rodolfo Sosa, Rosa Presentado Vda. de Sosa y Miguel Ángel Sosa Presentado, por improcedente.

Tal como ha sido declarado y sostenido con reiteración por esta Magistratura en numerosos precedentes jurisprudenciales la sentencia judicial puede ser declarada nula no solamente por vicios de forma o de índole estructural (artículo 404 del CPC), sino también por vicios procesales que impiden el dictamiento válido de la resolución definitiva (art. 113, CPC), es decir, por violación de las reglas del debido proceso legal en detrimento del derecho de defensa que es un principio que tiene rango constitucional.

En el caso en estudio, se advierte que la parte demandada, al contestar la demanda, denunció que en el predio se encuentra ocupado por una tercera persona, el Sr. Marcos González, a quien se la sindicó como el poseedor actual del inmueble objeto de interdicto por haber suscripto con los hoy accionados un contrato de alquiler con opción de compra y a quien dieron –los demandados- la posesión de los lotes que motivan la pretensión del actor de este juicio de interdicto. Pues bien: desde el momento en que la parte demandada denunció la presencia en el predio objeto de este litigio a una tercera persona (el Sr. Marcos González), debió dársele a ésta intervención procesal para que pueda ejercer debidamente el derecho a la defensa por cuanto que no debe olvidarse que el accionante, por medio del interdicto de recobrar, pretende obtener una senten-

cia judicial por medio de la cual se le restituya la posesión, el uso y el goce del predio en cuestión. Pero, si el predio objeto del juicio se encuentra ocupado por una tercera persona, a quien los propios demandados han entregado la posesión del inmueble por medio de un contrato de alquiler, pues entonces dicha tercera persona, el Sr. Marcos González, que puede resultar afectado por un eventual desalojo, tiene todo el derecho de ejercer su defensa en este juicio para lo cual, resulta obvio, debió habersele dado intervención legal en el proceso.

En otras palabras: en el caso en estudio no se ha integrado debidamente la litis, omisión que configura un vicio de índole procesal que tiene la virtualidad de provocar la nulidad de la sentencia definitiva.

La situación procesal que ha sido precedentemente configurada se enmarca en el art. 650 del CPC, que, en el párrafo pertinente, expresa: “Cuando llegare a conocimiento del demandante la existencia de otros sucesores, copartícipes o beneficiarios, podrá ampliar la acción contra ellos en cualquier estado del juicio. Cada ampliación se tramitará en expediente separado, pero las pruebas producidas por el demandante se considerarán comunes a todos. Sustanciados los expedientes, el juez ordenará su acumulación al primero y dictará una sola sentencia”. La norma procesal que ha sido transcripta guarda relación precisamente con la integración de la litis en los interdictos de recobrar la posesión cuando en el predio objeto de litigio existieren otros ocupantes, respecto de los cuales debe pronunciarse una sola sentencia definitiva.

No pasa desapercibido a esta Magistratura que la norma procesal antes invocada utiliza en su texto la expresión “podrá”, operador deóntico facultativo que no traduce la obligación del actor del interdicto, sino la facultad o la permisión del mismo de poder promover o no la ampliación de la acción del interdicto respecto de terceras personas ocupantes del predio cuya presencia en el mismo llegare a su conocimiento.

Sin embargo, una correcta interpretación de la disposición procesal en el contexto normativo del sistema, y atendiendo a los principios de defensa en juicio y de bilateralidad procesal, conducen a la conclusión de que la citada norma facultativa no impide, en modo alguno, que la Magistratura de Alzada declare de oficio la nulidad de la sentencia definitiva.

En efecto, deben considerarse al respecto los siguientes argumentos:

1) En primer lugar, la norma contenida en el artículo 650 del CPC determina la facultad que tiene el actor del interdicto de promover o de no promover

la ampliación del juicio cuando llegare a su conocimiento la presencia de terceras personas en el predio que es objeto del juicio. Pero, dicha norma procesal no excluye (ni expresa ni tácitamente) la obligación o el deber procesal que tiene el órgano jurisdiccional de integrar la litis de oficio en aquellos casos de litisconsorcio pasivo de carácter necesario. Tal deber u obligación que debe ejecutarse de oficio se desprende del artículo 101 del CPC, cuya norma no se limita a un proceso o acción en particular, sino que, por su carácter genérico, hace relación con la acumulación subjetiva de acciones en general.

2. A) En segundo lugar, en concordancia con la norma del artículo 101 del CPC e, incluso, con la del artículo 650 del mismo cuerpo legal, se encuentra la contenida en el artículo 623 del CPC que, aunque está referida expresamente al juicio de desalojo, regula una situación procesal análoga a la del presente juicio de interdicto en razón de que en ambos procesos (desalojo e interdicto de recobrar) concurre un elemento común relevante en cuanto a la finalidad perseguida con la sentencia definitiva, cual es la recuperación o restitución del inmueble a fin de que el actor del desalojo o del interdicto recuperen el uso y el goce de la cosa inmueble. La norma del artículo 623 del CPC impone al Juez ordenar de oficio la intervención de las terceras personas que se encuentren ocupando el inmueble que es objeto del juicio, a denuncia de la parte actora o del demandado “a fin de que puedan mostrarse parte en el juicio y que la sentencia tenga efecto contra ellos”. En concordancia con esta disposición, la contenida en el artículo 631 dispone que “La sentencia de desalojo se notificará también por cédula o personalmente a los subinquilinos y ocupantes precarios mencionados en el artículo 623, y éstos dispondrán para el desalojo del mismo plazo acordado al inquilino principal”.

B) En precedentes anteriores esta Magistratura ha sostenido, por lo demás, que el actor del desalojo puede promover la pretensión contra el poseedor inmediato, pero derivado, que reconoce un poseedor mediato y originario, como también contra un poseedor mediato, que reconoce un poseedor inmediato en el inmueble, pero derivado de él. En ambos casos resulta indispensable la integración de la litis con todos los poseedores, independientemente de que sean mediatos (originarios) o inmediatos (derivados) por cuanto que, como es sabido, la posesión puede ser ejercida directamente por el interesado, o bien a través de una tercera persona a la cual la doctrina la denomina “sirviente de la posesión” (véanse los artículos 1911 y 1921 del CC).

C) Así, pues, a modo de ejemplo (argumento “a-exemplum”) supóngase que el propietario X alquila un inmueble al inquilino A. Posteriormente, el inquilino A. se retira físicamente del predio y subalquila el mismo inmueble al sub-inquilino B (independientemente de que tenga derecho o no a dicho subarrendamiento). Posteriormente, el propietario X desea promover un juicio de desalojo a fin de recuperar el uso y el goce del inmueble (independientemente de las causas que invoque en abono de la pretensión). Pues bien: el juicio de desalojo puede ser promovido:

a) Contra el sub-inquilino B, es decir, contra el poseedor y ocupante inmediato, quien al contestar la demanda denuncia que existe un poseedor mediato y originario, el inquilino A, de quien ha recibido la posesión; o bien b) Contra el inquilino A, es decir, contra el poseedor mediato, que lo es porque aunque no se encuentre física o materialmente ocupando el predio objeto de desalojo lo posee y lo ocupa a través del subinquilino B, a quien denuncia en el juicio como poseedor inmediato pero derivado de él; o bien c) Contra ambos, es decir, contra el inquilino A y también contra el sub-inquilino B.

D) Pues bien: solamente en el tercer caso debe conceptuarse que la litis ha sido correctamente integrada pudiendo pronunciarse la sentencia, previos los trámites procesales pertinentes, en la oportunidad correspondiente a fin de hacer lugar o desestimar el desalojo. Pero, en los dos casos anteriores (“a” y “b”) la litis debe integrarse con el litisconsorte pasivo necesario (sea el inquilino A, o sea el sub-inquilino B) de oficio por el Juez de la causa, conforme la norma del artículo 623 del CPC, caso contrario, si la litis no es integrada de la manera indicada y se prosigue el juicio dictándose, en tales condiciones, la sentencia definitiva, se configura un vicio de procedimiento que, conforme el artículo 113 del CPC, provoca la nulidad de la sentencia definitiva así pronunciada.

E) Lo señalado es, precisamente, lo que ha ocurrido en el presente juicio de interdicto de recobrar la posesión. El actor, Sr. Ruperto Aguilera, promovió el juicio contra los sucesores del Sr. Rodolfo Sosa, es decir, contra Rosa Presentado Vda. de Sosa y el Sr. Miguel Ángel Sosa Presentado. Los demandados, al contestar la demanda, manifestaron expresamente que habían alquilado el predio a un tercero, el Sr. Marcos González, identificándolo como el actual ocupante y poseedor del inmueble objeto de interdicto. Resulta, por tanto, muy claro que el Sr. Marcos González es, al igual que los demandados, poseedor del inmueble en cuestión, pero mientras que los accionados son poseedores mediatos del predio

(porque no lo ocupan materialmente, sino a través de otro), el Sr. Marcos González es el poseedor inmediato pero derivado del mismo predio porque al haber suscripto (según las manifestaciones de los demandados) un contrato de locación con los accionados, su posesión es precaria en relación a la posesión de los locadores, cuya posesión en el inmueble (mediata) es ejercida a través del inquilino Marcos González. Al haberse denunciado la presencia del mismo en el predio, el Juzgado debió darle intervención de oficio a fin de que pueda, en su caso, ejercer el derecho de defensa atendiendo, como se dijo, a que la sentencia definitiva debe afectar a todos (no solamente a algunos) los ocupantes del predio que es objeto de interdicto. Si así no se procediere no podría el actor obtener, si tuviere el derecho, la restitución del predio y el uso y el goce del mismo.

3) En tercer lugar, sobre el punto, la doctrina también es clara y específica. Refiere Palacio, comentando el artículo 617, apartado segundo, del CPN (idéntico al artículo 650 del CPC), que dicha norma “debe interpretarse en el sentido de que corresponde disponer la suspensión del procedimiento hasta la comparecencia o hasta el vencimiento del plazo concedido a los nuevos demandados para comparecer, pues de lo contrario importaría cercenarles el efectivo ejercicio del derecho de defensa” (Lino Palacio, Derecho Procesal Civil, T. VII, Abeledo-Perrot, Bs. As, 1.990, pag. 47).

En consecuencia, por los fundamentos expresados, y por aplicación del artículo 101, del CPC, corresponde que el Tribunal declare la nulidad de la sentencia en grado de recurso y del llamamiento para sentencia de fs. 183. Así voto.

A SU TURNO EL MAGISTRADO DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS DIJO: En el caso la parte recurrente ha desistido del recurso de nulidad. Por otra parte no se observan vicios de procedimiento que pudieran obligar al Tribunal a declarar de oficio la nulidad de la sentencia. Aún así este conjuer se permite formular algunas consideraciones: La circunstancia de que los demandados hayan manifestado en su contestación de la demanda que existe un contrato privado de alquiler a favor del Sr. Marcos González, no es suficiente para declarar la nulidad por vicios de integración del proceso, porque dentro del juicio de interdicto esa integración es optativa (art. 650) y no obligatoria como ocurre en el juicio de desalojo, donde el art. 623 del CPC impone el deber de poner en conocimiento de la demanda a los sub inquilinos u ocupantes precarios.

El procedimiento establecido en la ley procesal para el juicio de desalojo no puede ser aplicado por analogía al interdicto, que se rige por normas procesales específicas que guardan relación con la naturaleza de la acción, cuyo objetivo es mantener el “statu quo” de la posesión actual, con el propósito de evitar que se cometan actos de despojo o privación de la posesión por vías de violencia o clandestinidad.

En ese sentido, el Dr. Casco Pagano señala en su libro “Código Procesal Civil Comentado” que : “ La sentencia de interdicto tiene eficacia solamente en cuanto atañe a la legitimidad o ilegitimidad del despojo, sin prejuzgar respecto de las cuestiones posesorias o dominiales las que eventualmente pueden discutidas por las partes en otro proceso” (Tomo II, Art. 651, pag. 1160/1161, Edición 5ª, Edit. La Ley Paraguaya).

De lo expuesto se concluye que los vicios de integración que pudieran existir no tienen en el caso la trascendencia suficiente para anular de oficio la sentencia, atendiendo al régimen procesal especial establecido por el legislador para los interdictos.

Finalmente ante una cuestión respecto de la cual hay duda entre aplicar el recurso de nulidad o el de apelación, prevalece la apelación porque la nulidad solamente resulta aplicable cuando el *sub examine* no puede ser resuelto en el recurso de apelación. Por ello se dice que el recurso de nulidad es de *última ratio*. Por lo que corresponde tener por desistido al recurrente del recurso de nulidad. ASI VOTO.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA LA MAGISTRADA VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ DIJO: La sentencia N° 694 del 29 de Junio del 2010 en revisión resolvió: “Rechazar la presente demanda que por interdicto de recobrar la posesión ha promovido el Sr. Ruperto Aguilera Salinas contra los sucesores del Sr. Rodolfo E. Sosa, Rosa Presentado Vda. de Sosa y Miguel Angel Sosa Presentado por improcedente, de conformidad a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución”.

La parte actora formula sus agravios contra dicha sentencia en el escrito obrante a fs. 193 al 196, alegando en síntesis que su parte fue despojada de cuatro lotes que venia poseyendo legítimamente desde 1995, al adquirirlos en compra por medio de boletos de compraventa suscriptos por el propietario del inmueble, del primer comprador la Empresa Paraguaya de Electricidad SA que a su vez las había adquirido de Inmobiliaria General SA, administradora y

vendedora de la propiedad, siendo sus dueños los Sres. Rodolfo E. Sosa y su cónyuge sobreviviente Rosa Presentado de Sosa, señalando que los demandados, que son los sucesores del vendedor, se introdujeron en el inmueble en forma clandestina. Al respecto cuestiona la interpretación de la juzgadora quien si bien reconoce la posesión del actor, sin embargo sostiene que la acción se halla supeditada a que coexistan violencia y clandestinidad a lo que suma el requisito de que la posesión debe ser ininterrumpida, motivo por el cual se produce el rechazo de la acción. Efectúa un serie de precisiones sobre la obligación de que coexistan violencia y clandestinidad, con citas jurisprudenciales y doctrinarias. Reitera la valoración de las pruebas ofrecidas por las partes y concluye solicitando la revocatoria de la resolución.

Corrido traslado a la otra parte esta contesta en escrito que va de fs. 199/201 refutando los argumentos del recurrente y solicitando la confirmación de la resolución.

Entrando a analizar la cuestión sometida a estudio, nos encontramos ante un interdicto de recobrar la posesión promovida por el Sr. Ruperto Aguilera Salinas para el recupero de la posesión de cuatro lotes de su propiedad, individualizados con los Ctas. Ctes. Catastrales Nos. 27-1567/06/07/12/13 de la Finca N° 5814 del Distrito de Fernando de la Mora, contra los sucesores de Rodolfo E. Sosa, Rosa Presentado Vda. De Sosa y Miguel Ángel Sosa Presentado. Estos lotes habían sido adquiridos por el mismo del anterior comprador la Empresa Paraguaya de Electrificación S.A., conforme constan en los boletos de compraventa obrantes a fs. 5 a 16 de autos.

Según el Art.646 del CPC para que proceda el interdicto de recobrar posesión se requiere: *“que quien lo intente, o su causante, hubiere tenido la posesión actual de un bien mueble o inmueble, y que hubiere sido despojado total o parcialmente del bien, con violencia o clandestinidad”*.

En el caso el derecho de posesión del accionante sobre los cuatro lotes individualizados con las Ctas. Ctes. Ctrales N° 27-1567/06/07/12/13 (Finca 5814 de Fdo. de la Mora) fue reconocido por los demandados al absolver posiciones al manifestar que la res litis era propiedad del Sr. Rodolfo Sosa Oviedo, quien había dispuesto su loteamiento a través de la empresa Inmobiliaria General SA, suscribiendo en su oportunidad los boletos de compraventa de los lotes a favor de la Empresa Paraguaya de Electrificación SA.

Los demandados tampoco negaron al contestar la demanda, que dicha empresa cedió sus derechos sobre el inmueble al actor Ruperto Aguilera Sali-

nas, limitándose a sostener que éste jamás ejerció actos de posesión sobre los citados lotes.

En la audiencia de absolución, la demandada Rosa Presentado Vda. de Sosa, reconoció que los boletos de compraventa habían sido suscriptos por su marido Rodolfo E. Sosa y que el precio de venta fue totalmente percibido por el vendedor y que no obstante procedió a transferir los referidos lotes a su hijo Miguel Angel Sosa Presentado (5º, 6ª y 8º posición, fs 77 y 81 vltos). La prueba que deviene de esta confesión no puede ser ignorada ni dejada de lado por el Tribunal porque constituye el reconocimiento cierto de que los derechos de posesión del vendedor (y sus sucesores) fueron cedidos al que aparece como comprador en los boletos de compraventa, por lo que no pueden alegar tener una posesión de buena fe. En ese sentido el Art. 1913 in fine del Código Civil, establece: *“El poseedor será de mala fe, cuando conozca o deba conocer la ilegitimidad de su título”*.

Todo lo mencionado se halla corroborado por el relatorio remitido por la Inmobiliaria General S.A. obrante de fs. 95/165 que va acompañada de un frondosa documentación donde resaltan la orden de escrituración de la Finca N° 5814 de Fernando de la Mora, obrante a fs. 142 de fecha 23 de junio de 2009 ; la nota remitida al Esc. Público Fulvio Bobadilla en fecha 5 de junio de 2009 (fs.136) alertando de la situación que se planteaba ante el conocimiento tomado por la Inmobiliaria que el mencionado escribano había solicitado certificados de condiciones de dominio de los lotes propiedad de EPESA y a esa fecha del demandante así como la orden expedida por la demandada Sra. Rosa Presentado Vda. de Sosa (fs. Fs.93) donde autoriza al Esc. Público Fulvio Bobadilla Vallejos a realizar la transferencia de los lotes cuestionados a favor de su hijo Miguel Angel Sosa Presentado. De manera que los hoy demandados tenían perfecto conocimiento de la existencia de un propietario quien amparado por las cláusulas del contra de compra venta (Cláusula tercera) era poseedor del inmueble, pese a lo cual efectuaron una transferencia a favor del Sr. Miguel A.Sosa Presentado.

Al respecto la jurisprudencia argentina ha señalado que: *“El título es la regla ordinaria de la posesión y se toma en el concepto de fuente o causa eficiente, generadora de la adquisición del derecho, que ha dado origen y base a la posesión, con prescindencia del instrumento en que ese acto jurídico o derecho consta. En el caso sub judice, la posesión se ha adquirido con título, pues, el contrato de*

compraventa constituye un título suficiente para ello, aunque falte el instrumento público que la ley exige para la transmisión del dominio” (E.D., Tomo 2, pag. 557).

Igualmente, refiriéndose al caso, el Dr. Guillermo Borda, con su acostumbrada claridad observa que: “*un famoso plenario de la Cámara Civil (J.A., T.73, pág. 31; E.D., Tomo 2, pág. 555) resolvió que el boleto de compraventa era título suficiente para adquirir la posesión legítima del inmueble*” añadiendo que: “*La lógica y la justicia de esta solución son palmarias. La persona que como consecuencia de la firma de un contrato de compraventa recibe la tradición de la cosa se siente dueño, la posee a nombre propio. Luego firmará la escritura traslativa de dominio; pero antes y después de firmarla se comporta exactamente de la misma manera respecto de la cosa de la cual se considera dueño. La posee además, en virtud de un contrato oneroso y la recibe de buena fe. Su posesión esta rodeada de todos los caracteres para merecer la protección legal*” (“Derechos Reales”, Tomo I, págs. 58 y 59).

En el caso particular, las boletas de compraventa arrimadas al juicio y la absolución de posiciones de la demandada Rosa Presentado Vda. de Sosa, demuestran que el actor tenía sobrados motivos para considerarse con un legítimo derecho de posesión sobre la res litis. La circunstancia de que en dichos lotes no se hayan construido mejoras no cambia el carácter de la posesión que fuera perdida por el propietario del inmueble Rodolfo E. Sosa al suscribir los boletos de compraventa a favor del comprador y percibir el precio estipulado. Así lo entendió también la jueza interviniente al reconocer claramente en su resolución que “se trata de un bien inmueble cuya posesión detentaba la parte actora, conforme surge de las constancias, dándose así cumplimiento a la exigencia dispuesta por el inciso a) del citado artículo” refiriéndose al 646 del CPC, sin embargo, pese a ello, continúa diciendo que “la procedencia de la acción se halla sujeta a que el poseedor hubiere sido “despojado, total o parcialmente del bien con violencia o clandestinidad” lo cual no ha ocurrido en estos autos”.

En tal sentido, la A-quo considera que porque el actor no ha hecho gestiones de transferencia del inmueble ni ha pagado los impuestos no ha existido ni violencia ni clandestinidad, sino por el contrario existe desinterés por parte del mismo, olvidando que lo que exige el mencionado artículo es que el que intente la acción debe haber tenido la posesión actual que ella misma reconoce existe, no que haya pagado impuestos o efectuado trámites para titular algo que le

pertenece y posee, ni que tampoco la posesión deba ser ininterrumpida, como señala realizando una mezcla de requisitos de usucapión con interdicto. La posesión es libre de toda otra carga, debe demostrarse que existe y nada más. Y eso lo ha hecho el actor y así lo ha reconocido la A-quo.

Y en relación al segundo requisito, que otorga dos opciones o violencia o clandestinidad, aunque pueden darse casos en que concurren ambos, indudablemente que la clandestinidad ha existido por parte de los hoy demandados, por que a sabiendas que dichos lotes fueron vendidos a terceras personas habiendo transferido el primigenio titular Rodolfo E. Sosa la titularidad percibiendo el importe pactado, desplazando la posesión en cabeza del nuevo titular, conforme ellos mismos han confesado, en connivencia y clandestinidad, realizaron actos tendientes a despojar al mismo de su posesión como los que constan en el relatorio de la firma administradora del loteamiento Inmobiliaria General SA y la orden de escrituración a favor del hijo de la demandada que lleva una fecha evidentemente agregada ya que no existe correlación entre el tipo de letra de la orden y la fecha que se le agrega al final.

Al respecto, el distinguido tratadista Augusto Morello, en su obra “Juicios Sumarios- Interdictos-Desalojo” cita al referirse a la clandestinidad en este tipo de interdicto, jurisprudencias entre las que se puede citar:” Por clandestinidad pueden entenderse los recaudos fácticos que el despojante toma con el fin de ocultar su ocupación para que el despojado no pueda oponerse, es decir, que importa un proceder artero, disimulado, oculto”(Cap.1^a. La Ley, v 117, p. 286; v 118, p 128) y citando jurisprudencia nacional agrega “La desposesión es clandestina en cualquier caso que se hubiere producido sin violencia y sin conformidad de las partes” (Tri. Ap. 2^a Sala, Paraguay).

De manera que a la luz de lo que hemos venido señalando, la actual posesión de los demandados, como herederos de Rodolfo E. Sosa, debe reputarse clandestina atendiendo que fue llevada a cabo en forma solapada sin conocimiento ni participación del actor, que tenía un derecho de posesión sobre el inmueble.

Por lo expuesto, estando cumplidos los requisitos exigidos en el Art. 646 del CPC, corresponde revocar la sentencia recurrida, teniendo en cuenta que en un juicio de interdicto de recobrar posesión se defiende al poseedor de buena fe, debiendo en consecuencia los demandados restituir al demandante la posesión del inmueble en litigio en el plazo de diez días de quedar firme la presente

resolución, bajo apercibimiento que en caso de no hacerlo así, se procederá al cumplimiento de la resolución por medio de la fuerza pública conforme lo disponen los arts. 651 del CPC y 1951 del CC.

Las costas deberán ser impuestas a la parte perdedora en virtud al principio contenido en el art. 192 y 203 inciso b) del CPC en ambas instancias. Así voto.

A SU TURNO EL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER DIJO: Dada la forma como ha sido resuelto el recurso de nulidad, se torna improcedente el estudio del recurso de apelación.

Y EL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER PROSIGUIÓ DICHIENDO: Habiéndose declarado la nulidad de la sentencia en alzada, correspondería, en principio, que se dé cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 406 del CPC y, en consecuencia, se resuelva la cuestión de fondo dictándose la sentencia definitiva substitutiva de la que sido objeto de anulación.

Sin embargo, en este caso particular, tal normativa resulta inaplicable por cuanto que, como se anotó anteriormente, la nulidad de la sentencia recurrida ha sido declarada por haber sido pronunciada en violación de las reglas del proceso legal, por irregularidades que impiden que pueda dictarse la resolución definitiva. Si el Tribunal dictara sentencia definitiva declarando el derecho de las partes (haciendo lugar, o desestimando el interdicto) sin integrar la litis con el Sr. Marcos González, quien ha sido señalado por los demandados como el actual poseedor, inquilino y ocupante del predio objeto de interdicto, incurriría en idéntico vicio al cometido por el Juzgado de Primera Instancia por cuanto que estaría resolviendo la cuestión propuesta sin integrar al litigio a uno de los litisconsortes pasivos necesario, el Sr. Marcos González, a quien, en el caso de hacerse lugar el interdicto, se le estaría –como dice Palacio- cercenando el efectivo ejercicio del derecho de defensa.

Es por ello por lo que, en las condiciones anotadas, solamente corresponde disponer el reenvío de la causa y la remisión de los autos al Juzgado de Primera Instancia que sigue en el orden de turno a fin de que proceda a integrar la litis con el litisconsorte pasivo necesario, Sr. Marcos González, tramite la causa según el art. 650, del CPC y, finalmente, dicte la sentencia definitiva haciendo lugar o rechazando el interdicto de recobrar, según corresponda en Derecho. Así voto.

A SU TURNO EL MAGISTRADO DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS DIJO: En el caso, el “thema decidendum” estriba en determinar si el

actor tenía la posesión de la res litis y si fue despojado de ella en forma violenta o clandestina por los demandados.

Las pruebas arrimadas al expediente no dejan dudas de que el anterior propietario Rodolfo E. Sosa vendió por boleto privado los lotes en cuestión recibiendo la totalidad del precio pactado, hecho reconocido en forma explícita por sus herederos al absolver posiciones.

Por consiguiente queda claro que estos últimos conocían que su padre había suscripto los boletos de compraventa cediendo sus derechos posesorios sobre la res litis y que no obstante ese conocimiento, procedieron en forma subrepticia a transferir la propiedad a favor de uno de los herederos a espaldas del actor, que tenía la posesión jurídica del inmueble como cesionario de los referidos boletos de compraventa, lo que pone en evidencia la clandestinidad del accionar de los demandados y obliga a revocar la sentencia. Por ello adhiero al voto de la Conjuez preopinante, debiendo imponerse las costas a la parte perdedora. Así voto.

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

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y los fundamentos en él esgrimidos, el TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA CAPITAL, PRIMERA SALA;

RESUELVE:

1. DECLARAR desierto el recurso de nulidad.
2. REVOCAR la S.D. N° 694 del 29 de Junio del 2010 por las razones expuestas en el exordio de esta resolución, haciendo lugar al interdicto de recobrar la posesión promovida por el Sr. Ruperto Aguilera Salinas y emplazando a los demandados Rosa Presentado Vda. De Sosa y Miguel Ángel Sosa Presentado, a restituir al mismo, la posesión del bien despojado, individualizado como Finca N° 5814, lotes 1567/06/07/12/13 del Distrito de Fernando de la Mora, en el plazo de 10 días contados a partir de quedar firme la presente resolución, bajo apercibimiento de que en caso de no hacerlo así, se ordenará el cumplimiento pro medio de la fuerza pública, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 651 del CPC y 1951 de CC, con imposición de costas a la perdedora en ambas instancias.
3. ANOTAR, registrar, y remitir copia a la Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Marcos Riera Hunter, Valentina Núñez, Oscar Paiva V.
Ante mí: María Teresa Cañete, Actuaría Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 78

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad civil. DENUNCIA. Denuncia falsa.

La denuncia penal o, en su caso, la querrela criminal, solamente pueden generar responsabilidad civil y obligación de resarcir daños en el denunciante o querellante cuando se han atribuido falsamente al denunciado o querellado hechos punibles o ilícitos penales, con dolo, es decir, con intencionalidad, o bien con culpa, imprudencia, negligencia o, incluso, temeridad.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad civil. DENUNCIA. Denuncia falsa.

Si no se acredita la conducta dolosa o intencional en la atribución de hechos punibles falsos, o no se prueba la culpa, la imprudencia, la negligencia o la temeridad, el proceso penal al cual queda vinculado o sometido el encausado no puede generar a favor de éste derecho a promover indemnización de daños y perjuicios, aun cuando el encausado ha sido beneficiado posteriormente con la absolución o sobreseimiento definitivo si, en el caso particular, se acreditan elementos de juicio razonables que pudieran justificar razonablemente la denuncia, la querrela y la imputación penal.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad civil. PENA. Extinción de la pena.

En el caso de que el procesado quede desvinculado del proceso penal por haberse producido la extinción de la acción penal, difícilmente podría tener derecho a exigir indemnización o resarcimiento de daños por cuanto que, en tal hipótesis, el sobreseimiento –que no es técnicamente absolución– no ha sobrevenido como consecuencia del estudio de fondo de los elementos fácticos y jurídicos propios de los autos penales, sino meramente como consecuencia del vencimiento de los plazos legales dentro de los cuales debe, perentoriamente, dictarse sentencia definitiva condenatoria o absolutoria.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad civil. MINISTERIO PÚBLICO.

No puede atribuirse al demandado responsabilidad en el hecho de la imputación fiscal por cuanto que tal acto procesal ha sido cumplido de oficio por el Ministerio Público, y como consecuencia –hay que destacarlo– del resultado de la pericia caligráfica que –como ha sido dicho– arrojó como conclusión técnica que las firmas del hoy demandado en el cheque objeto de pericia eran apócrifas. Claramente se observa en ello la determinación del Ministerio Público.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad civil. PENA. Extinción de la pena. MINISTERIO PÚBLICO.

A pesar de haberse efectuado la imputación fiscal sobre la base de elementos de juicio razonables (presunto hecho punible por adulteración o falsificación de firmas en instrumento privado –cheque–), la Fiscalía no logró acreditar la culpabilidad de los encausados en tal supuesto hecho punible, no por la ausencia de los elementos o factores penales de punición o condena, sino, como se dijo, por extinción de la acción penal. Es decir, lo que ha determinado la desvinculación de los procesados del juicio penal ha sido el transcurso y fenecimiento del plazo legal perentorio para dictarse la sentencia definitiva sin que ella se haya pronunciado.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad civil. PENA. Extinción de la pena. COSTAS. Costas en el orden causado.

La forma de imposición de las costas en el sobreseimiento definitivo (costas en el orden causado) constituye un indicador que obsta a la pretensión del hoy demandante, conforme el artículo 268 del CPP que dispone: “Cuando el querellante adhesivo haya participado en el procedimiento por medio de una acusación falsa o temeraria, el Tribunal podrá imponerle total o parcialmente las costas”. Pero en el proceso penal, precisamente por haberse extinguido la acción penal.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad civil.

Al no acreditarse los presupuestos básicos para la admisión de la acción resarcitoria (conducta ilícita con culpa o dolo), mal podría configurarse daño o lesión que pudiera exigir reparación civil por la vía del resarcimiento dinerario.

T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. 10/11/11. “Evelio Fabio Salinas Ruiz Díaz c/ Cesar Orlando Riveros M. s/ Indemnización de Daños y Perjuicios por Responsabilidad”. (A. y S. N° 78).

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

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia en alzada?

En caso contrario, ¿es ella justa?

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

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER DIJO: La parte recurrente no ha fundado el recurso de nulidad, sino únicamente el de apelación también interpuesto. Por lo demás, no existen en la sentencia recurrida vicios o defectos (formales o procesales) que impongan al Tribunal el deber de declarar la nulidad de oficio.

En consecuencia, corresponde que el recurso de nulidad sea declarado desierto por el Tribunal. 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 estos autos se desprende que la parte actora promovió contra la accionada demanda ordinaria por indemnización de daño (moral y otros) fundada en que la parte demandada lo involucró injustificadamente en un ilícito penal que lo sometió a varios años de proceso penal, con los consiguientes perjuicios que tal situación comporta, sufriendo el escarnio público ante sus amistades, en su lugar de trabajo, perdiendo la oportunidad de usufructuar una beca de maestría en el extranjero y, asimismo, la posibilidad de poder concursar ante cargos ante el Consejo de la Magistratura atendiendo a que en una ocasión –cuando integró una terna por un cargo judicial– fue recriminado por el Ministro entrevistador quien le señaló la necesidad de que solucione primero la situación por la cual atraviesa para luego poder aspirar al ejercicio de funciones en el Poder Judicial.

De los antecedentes que se desprenden de los autos penales, a la vista del Tribunal, surge que el demandado en este juicio, Sr. César Orlando Riveros, formuló en diciembre del 2001 una denuncia ante el Ministerio Público por falsificación de firma en un instrumento privado (cheque), aunque en tal denuncia no se refirió absolutamente al demandante en esta causa, el Sr. Evelio Salinas, sino que dirigió la denuncia solamente contra el abogado Néstor Candia

conforme el relatorio contenido en la misma. Posteriormente, en el mes de marzo del 2002, el denunciante concurrió ante la Fiscalía a fin de ratificarse en los términos de la denuncia, ocasión en la cual tampoco involucró al Sr. Evelio Salinas en el ilícito denunciado. La denuncia fue ratificada únicamente en relación al abogado Néstor Candia. Más adelante, en mayo del 2002, el hoy demandado promovió querrela penal adhesiva contra el abogado Néstor Candia. En el escrito de querrela, por primera vez, mencionó el nombre del hoy actor, Sr. Evelio Salinas, y cuestionó las declaraciones de éste cuando el mismo compareció a declarar ante la Fiscalía como testigo. En dicha oportunidad, además, manifestó que fue víctima por parte del abogado apoderado (refiriéndose al abog. Néstor Candia) y su asistente (refiriéndose al Sr. Evelio Salinas). Por último, señaló también el comportamiento desleal que han tenido dichas personas en torno al caso que era objeto de querrela criminal. En junio del 2002 el demandado, Sr. Riveros, concurrió nuevamente a la Fiscalía a prestar declaración, ocasión en que no involucró tampoco al Sr. Evelio Salinas, ni mencionó su nombre.

Con posterioridad, en noviembre del 2002, por disposición fiscal, se procedió a la pericia caligráfica de las firmas obrantes en el cheque supuestamente adulterado, análisis técnico que arrojó como conclusión que las firmas atribuidas al Sr. César Orlando Riveros eran apócrifas, procediéndose, en consecuencia, en Noviembre del 2002, a la imputación fiscal contra el abogado Néstor Candia y el hoy actor, Sr. Evelio Salinas. En el mes de diciembre del 2002 el Sr. César Orlando Riveros (hoy demandado) promovió un incidente de acumulación de autos penales, que fue acogido favorablemente por la Magistratura penal. Más adelante, en el mes de marzo del 2003, el Sr. Evelio Salinas promovió un incidente de extinción de la acción penal, incidente en el cual el demandado, Sr. César Orlando Riveros, se opuso (en ambas instancias) a la pretensión del incidentista, la cual, finalmente, fue rechazada en Primera Instancia por resolución que, previa interposición de los recursos, fue anulada por el Tribunal de Apelación Penal. Por último, el abogado Pedro Candia, en representación de los encausados, promovió incidente de sobreseimiento definitivo, pretensión que fue acogida favorablemente por allanamiento del Ministerio Público por entender que se había producido la extinción de la acción penal, con costas en el orden causado.

La denuncia penal o, en su caso, la querrela criminal, solamente pueden generar responsabilidad civil y obligación de resarcir daños en el denunciante

o querellante cuando se han atribuido falsamente al denunciado o querellado hechos punibles o ilícitos penales, con dolo, es decir, con intencionalidad, o bien con culpa, imprudencia, negligencia o, incluso, temeridad. Si no se acredita la conducta dolosa o intencional en la atribución de hechos punibles falsos, o no se prueba la culpa, la imprudencia, la negligencia o la temeridad, el proceso penal al cual queda vinculado o sometido el encausado no puede generar a favor de éste derecho a promover indemnización de daños y perjuicios, aun cuando el encausado ha sido beneficiado posteriormente con la absolución o sobreseimiento definitivo si, en el caso particular, se acreditan elementos de juicio razonables que pudieran justificar razonablemente la denuncia, la querrela y la imputación penal.

Por otra parte, en el caso de que el procesado quede desvinculado del proceso penal por haberse producido la extinción de la acción penal, difícilmente podría tener derecho a exigir indemnización o resarcimiento de daños por cuanto que, en tal hipótesis, el sobreseimiento –que no es técnicamente absolución– no ha sobrevenido como consecuencia del estudio de fondo de los elementos fácticos y jurídicos propios de los autos penales, sino meramente como consecuencia del vencimiento de los plazos legales dentro de los cuales debe, perentoriamente, dictarse sentencia definitiva condenatoria o absolutoria.

En el caso sometido a consideración del Tribunal no se advierten elementos de juicio que pudieran persuadir acerca de la intencionalidad, dolo, culpa, temeridad, o imprudencia por parte del demandado en relación al hecho de quedar el actor sometido a proceso penal en la causa cuya relación cronológica ha sido precedentemente efectuada.

En efecto, en primer término, corresponde señalar que la denuncia formulada en su oportunidad por el hoy demandado ante el Ministerio Público no fue dirigida, en modo alguno, contra el actor de este juicio, Sr. Evelio Salinas, sino, como se dijo, solamente contra el abogado Néstor Candia. Tampoco en las dos declaraciones que se cumplieron con posterioridad en sede Fiscal el demandado aludió, en modo alguno, al Sr. Evelio Salinas, ni mencionó su nombre. Por otra parte, si bien no puede desconocerse que en ocasión de promover la querrela criminal adhesiva nombró al Sr. Evelio Salinas y cuestionó el contenido de sus declaraciones efectuadas por el mismo ante la Fiscalía, manifestando, incluso, que ha sido víctima del abogado Néstor Candia y su asistente (Sr. E. Salinas), cuyo comportamiento desleal aludió, tampoco puede obviarse que formalmente

la querrela no fue dirigida contra el hoy demandado, sino tan sólo contra el abogado Néstor Candia.

A todo lo dicho debe agregarse que no puede atribuirse al demandado responsabilidad en el hecho de la imputación fiscal por cuanto que tal acto procesal ha sido cumplido de oficio por el Ministerio Público, y como consecuencia –hay que destacarlo– del resultado de la pericia caligráfica que –como ha sido dicho– arrojó como conclusión técnica que las firmas del hoy demandado en el cheque objeto de pericia eran apócrifas. Claramente se observa en ello la determinación del Ministerio Público.

El incidente de acumulación de autos no podría conceptuarse, por su índole meramente procesal, como signo de persecución por parte del demandado, aun cuando el mismo, en la promoción del incidente, haya aludido a “los querrelados”, referencia que, además de no contener nombres, configura un error puesto que –técnicamente– el querrellado ha sido solamente una persona (Néstor Candia).

En cuanto al comportamiento procesal que le cupo al hoy demandado en ocasión de tramitarse el incidente de extinción de la acción penal (promovido por el hoy accionante), si bien manifestó que “he podido conocer la estafa que fuera perpetrada en mi contra por mi propio abogado apoderado el Dr. Candia en compañía de un oficial de justicia el señor Evelio Salinas” (fs. 11, autos penales), tal aseveración no podría modificar el criterio antes asentado por cuanto que el entonces querellante tenía intención en mantener vivo el proceso penal abierto no solamente contra Evelio Salinas, sino contra el único denunciado y querrellado formalmente, el abogado Néstor Candia. Si, con motivo del incidente de extinción penal, el entonces querellante se allanaba a la pretensión hubiera perdido la posibilidad de proseguir los trámites penales consiguientes contra el abogado Néstor Candia. De ahí, entonces, que aparece como entendible (independientemente de la fundamentación jurídica) de la oposición del hoy demandado al incidente de extinción de la acción penal.

Finalmente, sin perjuicio de lo precedentemente anotado, debe destacarse un extremo fundamental para la resolución de la presente causa: que los encausados fueron desvinculados del proceso penal no precisamente por absolucón recaída con motivo del estudio de fondo de las constancias penales, sino como consecuencia de un sobreseimiento que ha sido acogido por la Magistratura Penal por haberse producido la extinción de la acción penal, con el allanamiento

del Ministerio Público e imposición de las costas en el orden causado. Lo que se quiere indiciar es, concretamente, que a pesar de haberse efectuado la imputación fiscal sobre la base de elementos de juicio razonables (presunto hecho punible por adulteración o falsificación de firmas en instrumento privado –cheque–), la Fiscalía no logró acreditar la culpabilidad de los encausados en tal supuesto hecho punible, no por la ausencia de los elementos o factores penales de punición o condena, sino, como se dijo, por extinción de la acción penal. Es decir, lo que ha determinado la desvinculación de los procesados del juicio penal ha sido el transcurso y fenecimiento del plazo legal perentorio para dictarse la sentencia definitiva sin que ella se haya pronunciado.

A todo lo dicho, por lo demás, debe agregarse que la forma de imposición de las costas en el sobreseimiento definitivo (costas en el orden causado) constituye un indicador que obsta a la pretensión del hoy demandante, conforme el artículo 268 del CPP que dispone: “Cuando el querellante adhesivo haya participado en el procedimiento por medio de una acusación falsa o temeraria, el Tribunal podrá imponerle total o parcialmente las costas”. Pero, como se dijo, en el proceso penal, precisamente por haberse extinguido la acción penal, no se ha acreditado una acusación falsa o temeraria, razón por la cual las costas no han sido impuestas al querellante, ni al Estado, sino en el orden causado.

Al no acreditarse los presupuestos básicos para la admisión de la acción resarcitoria (conducta ilícita con culpa o dolo), mal podría configurarse daño o lesión que pudiera exigir reparación civil por la vía del resarcimiento dinerario.

En consecuencia, por los fundamentos expresados, corresponde que el Tribunal confirme, con costas, la sentencia en alzada (que hace lugar a la falta de acción y rechaza la demanda, con costas) por hallarse la misma ajustada a Derecho. Así voto.

A SUS TURNOS LOS MAGISTRADOS VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ Y DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS: Manifiestan que se adhieren al voto del Magistrado Dr. Marcos Riera Hunter, por compartir sus mismos fundamentos.

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

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y los fundamentos en él esgrimidos, el TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA CAPITAL, PRIMERA SALA;

RESUELVE:

DECLARAR desierto el recurso de nulidad.

CONFIRMAR, con costas, la sentencia recurrida.

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

Magistrados: Marcos Riera Hunter, Valentina Núñez, Oscar Paiva V.

Ante mí: María Teresa Cañete, Actuaría Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 89

Cuestión debatida: *La cuestión que se somete a la consideración del Tribunal (cuestión propuesta o thema decidendum) es determinar si la denuncia promovida por el denunciante debe ser admitida o no.*

RECURSO DE NULIDAD.

La Sentencia recurrida fue dictada por el A quo, basándose en la aplicación de lo dispuesto en la ley, por lo que teniendo en cuenta que los agravios esgrimidos pueden resolverse por la vía del recurso de apelación, también deducido, y, no observándose vicios o errores procesales que pudieran obligar al Tribunal a declarar la nulidad de oficio, corresponde no hacer lugar al recurso de nulidad interpuesto.

INTERDICCIÓN.

El Juez de Primera Instancia no admitió la denuncia promovida por interdicción e inhabilitación, sino que la desestimó, desestimación que se efectúa por medio de un auto interlocutorio ya que la sentencia definitiva como tal queda reservada para emitir el pronunciamiento que acaece como consecuencia de la admisión de la denuncia y su substanciación, precisamente lo que en el caso de autos no ha ocurrido.

INTERDICCIÓN

De conformidad a lo dispuesto por el art. 76 del Cod. Civil el denunciante no es parte, solo interviene en el proceso al realizar la denuncia y el mismo recién se inicia cuando el Juez admite la denuncia y nombra al curador provisional del presunto insano.

INTERDICCIÓN.

En el juicio de inhabilitación e interdicción, para decidir sobre algo tan grave como la incapacidad de una persona, el informe médico debe ser categórico en el sentido de indicar una grave deficiencia mental del denunciado

INTERDICCIÓN.

Para llegar a la interdicción del enfermo mental debe verificarse el cumplimiento de los dos requisitos de fondo mencionados en la ley: la existencia de la enfermedad mental (elemento médico psiquiátrico), que influye la vida de relación, en la “aptitud” de dirigir su persona o administrar sus bienes” (art. 141 elemento social o jurídico). La ausencia de cualquiera de ellos ha de llevar necesaria e imperativamente, al rechazo de la demanda”.

INTERDICCIÓN.

Los juicios de interdicción y de inhabilitación constituyen procedimientos breves, sumarios y especiales que se encuentran normados en los artículos 73/90 del Código Civil. Una vez promovida la denuncia por quien se encuentra legitimado para ello (art. 74, CC), con el abono del informe médico de un especialista, el Juez, antes de admitir la presentación y proceder a la substanciación del proceso, debe examinar personalmente al denunciado asistido por un médico especialista. Es importante en este punto enfatizar que el examen es efectuado por el Juez con la presencia de un especialista, cuya intervención es establecida o exigida por la ley para “asistir” al Magistrado actuante. El citado facultativo, por consecuencia, no asume la condición de un perito en los términos que previene el artículo 343 del CPC, sino de un consultor que asiste al Juez técnicamente en dicho acto con sus conocimientos médicos. Pero, se reitera, es el Juez quien debe examinar personalmente al denunciado. (Voto en disidencia del Dr. Marcos Riera Hunter).

INTERDICCIÓN.

La denuncia debe conceptuarse infundada cuando carece de fundamentos, es decir, cuando ha sido formulada sin la constancia o el informe médico que previene el artículo 75 C.C, o cuando en la relación de las circunstancias del caso se omite consignar los hechos que sustentan a aquella. (Voto en disidencia del Dr. Marcos Riera Hunter).

INTERDICCIÓN

La norma determina muy claramente quiénes asumen la condición de partes en este juicio especial y sumario (el denunciante, el denunciado, el Defensor de Incapaces y, en su caso, el curador) lo que significa que todos ellos pueden

intervenir en el proceso y, consiguientemente, formular peticiones e interponer recursos contra las decisiones que fuesen dictadas siempre y cuando, obviamente, concurren los presupuestos de la recurribilidad y de la legitimación en el recurrente. (Voto en disidencia del Dr. Marcos Riera Hunter),

INTERDICCIÓN,

La substanciación a la cual alude el Código Civil es sinónimo de trámite, pero esta tramitación del juicio no significa que necesariamente debe correrse traslado del escrito inicial a ninguna de las personas identificadas en el artículo 77 del CC, sino que debe procederse en forma inmediata al examen médico del denunciado tal como lo previene el artículo 78 del CC, “por uno o más especialistas, ordenado judicialmente”. Es importante aquí dejar bien en claro que no son las partes del juicio quienes proponen al o a los especialistas médicos, por cuanto que la designación constituye una potestad privativa del Juez de la causa, quien puede, según su propio criterio judicial, designar a un sólo médico especialista, o, en su caso, a varios. (Voto en disidencia del Dr. Marcos Riera Hunter).

INTERDICCIÓN.

Una vez presentados el o los dictámenes deberán ser puestos de manifiesto a fin de que las partes puedan solicitar ampliaciones o explicaciones en la forma legislada, a dicho respecto, en el Código Procesal Civil, tras lo cual, aunque la ley no lo diga, parece razonable correr vista de todo lo actuado al Defensor de Incapaces para luego, previo llamamiento de “autos para sentencia”, dictar resolución bajo la forma de sentencia definitiva, haciendo lugar o desestimando la denuncia, según corresponda en Derecho, disponiendo –en el primer caso– la designación del curador definitivo, y la inscripción de la resolución en los Registros Públicos. (Voto en disidencia del Dr. Marcos Riera Hunter).

INTERDICCIÓN.

La ley no determina en forma expresa cuál debe ser el comportamiento jurisdiccional del Juez cuando la denuncia promovida no es notoriamente infundada ni inverosímil, pero resulta por lo demás razonable entender que en tal supuesto, si en la denuncia se han aportado los hechos básicos en relación al denunciado, tiene una base médica inicial y como consecuencia del examen efectuado por el Juez con la asistencia del facultativo médico se desprenden elementos de juicio que permitan concluir la seriedad de la denuncia, o su carácter verosímil, ésta debe ser admitida y, por tanto, sustanciada conforme la ley (artículos 77 y sigtes. del CC). (Voto en disidencia del Dr. Marcos Riera Hunter).

INTERDICCIÓN.

En el caso, no siendo la denuncia promovida ni infundada ni inverosímil ad-initio, corresponde que la misma sea admitida por la Magistratura de conformidad con lo dispuesto en los artículos 77 y siguientes del C.C., criterio que resulta robustecido si se considera que el denunciado tiene importante actividad comercial, tal como surge de las constancias de autos. (Voto en disidencia del Dr. Marcos Riera Hunter).

T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. 28/11/11. “J. P. R. G. s/ Interdicción e Inhabilitación”. (A. y. S N° 89).

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

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia recurrida?

En caso contrario, ¿es ella justa?

Practicado el sorteo de ley, este, arrojó el siguiente orden de votación: Preopinante; el Magistrado DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS, DR. MARCOS RIERA HUNTER y el DR. MST. NERI E. VILLALBA F.

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA EL MAGISTRADO DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS DIJO: La parte actora fundamentó el recurso de nulidad expresando en lo principal de su escrito que, el médico psiquiatra Carlos Stevens Sachero designado en autos para examinar al Sr. J. P. R. G. , fue excluido de la Junta Médica sin razón y en desconocimiento de las partes, conformándose la junta médica el 9 de noviembre de 2010 designando al Psiquiatra Alberto Arestivo Bellasai quien en fecha 23 de noviembre de 2010 se presenta antes de ser notificado y solicita diligencias; que el Juzgado ha privado a su parte del derecho de recusar al perito designado así como el de pedir aclaraciones al Juzgado sobre los dictámenes periciales motivo por el cual su parte ha procedido a presentar un incidente de nulidad que si bien fue rechazado por A.I. N° 2396 de fecha 22 de diciembre de 2010 fue recurrido pero que hasta la fecha no se han remitido las compulsas pertinentes al tribunal. Por último, solicita se anule la Sentencia con costas. Por su parte el apoderado del Sr. J. P. R. G. al contestar el traslado manifiesta y alega que, el Médico forense Carlos Stevens solicitó la conformación de una junta médica en el momento de realizarse la audiencia de examinación de su mandante en razón que en dicha audiencia se adjuntaron varios estudios de resonancia, tomografía, radiografías, y otros

estudios que ameritaban como lo sostuvo el citado profesional un mejor estudio y dictamen de estado mental y neurológico del Sr. Juvenal Ríos y que esto fue aceptado por el apoderado de los denunciantes y por el apoderado del denunciado quienes designaron perito médico, siendo que el Juzgado designó al Psiquiatra Carlos Arestivo Bellasai de conformidad a lo dispuesto procesalmente por los artículos 76 y 77 del Cód. Civil, que el mencionado profesional, luego que fuera comunicado telefónicamente por los otros dos peritos se presentó el 23 de noviembre de 2011 a solicitar diligencias y luego conjuntamente con los otros dos profesionales se reunieron el 27 de noviembre para examinar al Sr. J. P. R. G.; que el representante de los denunciantes no podía impugnar al perito pues en estos autos no existía proceso hasta tanto el Juez no admitiera la denuncia y aun en el caso en que pudiera hacerlo el plazo de 3 días ya había vencido; que las compulsas de la apelación realizada en contra del A.I. N° 2396 de fecha 22 de diciembre de 2010 ya fueron remitidas y fue proveído el 17 de mayo de 2011, solicitando por último el rechazo del recurso de nulidad. Que la Defensora de Pobres y ausentes e incapaces mayores de edad del Primera Turno en su escrito de fs. 217 solicitó el rechazo del recurso de nulidad pues no se ha violado ni las formas ni las solemnidades prescriptas por la Ley.

Que, la Sentencia recurrida fue dictada por el Aquo, basándose en la aplicación de lo dispuesto en la ley, por lo que teniendo en cuenta que los agravios esgrimidos pueden resolverse por la vía del recurso de apelación, también deducido, y, no observándose vicios o errores procesales que pudieran obligar al Tribunal a declarar la nulidad de oficio, corresponde no hacer lugar al recurso de nulidad interpuesto. Así voto.

A SU TURNO EL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER DIJO:
 En primer término, corresponde señalar que la resolución que viene en grado de Alzada ante este Tribunal, Sentencia Definitiva N° 148 del 24 de marzo del 2011, dictada por el Juzgado de Primera Instancia, debe ser conceptuada por la Magistratura superior como un Auto Interlocutorio y no como una Sentencia Definitiva, como ha sido denominada por el Juzgado, por cuanto que, conforme se explicitará más acabadamente en el desarrollo de la presente fundamentación, dicha resolución ha sido pronunciada no después de ser admitida la denuncia de interdicción e inhabilitación formulada por la parte denunciante, sino antes de su admisión. En otras palabras: el Juez de Primera Instancia no admitió la denuncia promovida, sino que la desestimó, desestimación que se efectúa

por medio de un auto interlocutorio ya que la sentencia definitiva como tal queda reservada para emitir el pronunciamiento que acaece como consecuencia de la admisión de la denuncia y su substanciación, precisamente lo que en el caso de autos no ha ocurrido.

Es por ello por lo que, se reitera, la resolución en grado de recurso, en rigor, no es una sentencia definitiva, sino que, por su contenido (desestimación de la denuncia) y atendiendo al momento procesal en que ha sido dictada, constituye un Auto Interlocutorio.

En cuanto al recurso de nulidad propiamente, la parte recurrente (denunciante) manifiesta que la resolución recurrida adolece de nulidad por cuanto que el médico psiquiatra designado en autos, refiriéndose al Dr. Carlos Stevens Sachero, fue excluido de la Junta Médica sin razón alguna y en desconocimiento de las partes. Manifiesta, asimismo, que el Dr. Carlos Alberto Arestivo Bellasai fue designado para integrar la misma Junta Médica también sin conocimiento de las partes privándosele, en consecuencia, del derecho de recusar al perito designado, agregando también que el dictamen pericial presentado no ha sido presentado con copia para las partes a fin de que éstas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 359 del CPC, puedan solicitar dentro del plazo de cinco días las aclaraciones que fuesen necesarias. Finaliza manifestando que “Al sólo efecto de evitar que se manifieste que mi parte ha consentido en todo lo actuado, hemos procedido a presentar un incidente de nulidad, tal como puede verse a fojas 160/3 de autos, esta presentación fue rechazada por el A.I. N° 2396 de fecha 22 de diciembre de 2010 (ver fojas 168/70), y que mi parte apeló y alegó de nulidad esta resolución, ver fojas 172 de autos, recurso que fue concedido...” (fs. 200).

Todos estos agravios guardan relación con actuaciones procesales que, por su naturaleza, no pueden ser reclamadas en la instancia de Alzada con motivo del recurso de nulidad, sino que deben ser objeto de impugnación por medio del incidente de nulidad de actuaciones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 117 del CPC.

La parte hoy recurrente, tal como lo dijo, promovió efectivamente un incidente de nulidad de actuaciones en la instancia inferior que fue desestimado liminarmente por A.I. N° 2396/2010, pero esta resolución fue confirmada por el Tribunal por A.I. N° 722 de fecha 25 de noviembre de 2011, en el cual esta Magistratura, básicamente, señaló tres argumentos en abono de la confirma-

ción: 1) Que la providencia del 9 de noviembre del 2010 (fs. 128), por la cual se dispuso la conformación de la Junta Médica, no ha sido objeto de recursos ante la Alzada; 2) Que el incidente de nulidad fue promovido en forma extemporánea y 3) Que el recurso de reposición con apelación en subsidio interpuesto contra la providencia de fecha 6 de diciembre del 2010 (fs. 154, vlt.), por la cual se dispuso correr traslado de los dictámenes médicos a la Defensoría de Incapaces, fue desestimado por el Juzgado de Primera Instancia por A.I. N° 2396/2010, sin que existan constancias de haberse interpuesto el recurso de queja por recursos denegados.

Los argumentos expresados por la parte recurrente para reclamar la nulidad de la resolución hoy recurrida no resultan válidos para obtener la finalidad pretendida. No existiendo, por lo demás, vicios o defectos en el auto en alzada que impongan al Tribunal el deber de declarar la nulidad de oficio, corresponde que el referido recurso sea desestimado por improcedente. Así voto.

A SU TURNO EL MAGISTRADO DR. NERI E. VILLALBA F. manifiesta que se adhiere a la opinión vertida por el Magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos por compartir sus mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL MAGISTRADO OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS DIJO: A fs. 198/201 expresa agravios el apoderado de los denunciantes, sosteniendo que la Resolución debe ser revocada en todas sus partes pues se encontraba pendiente un incidente de nulidad y debió de esperar el resultado de dicho incidente antes de dictar sentencia; y que el Juzgado entró a analizar el amparo presentado cuando nadie puede privarle a una persona a administrar sus bienes; no tuvo en cuenta el dictamen del Dr. Martínez Catáneo quien indicó que el Sr. J.P.R.G. no tiene fijación en las pruebas de memoria, presenta errores en suma y resta y no puede realizar multiplicación, lo que lo inhabilita para administrar ciento cincuenta millones de guaraníes por mes; también critica la sentencia en la parte en que hace mención al juicio ejecutivo que por Gs. 500.000.0000 tiene el Sr. Ríos y expresa que el Juez no puede desconocer que el acto de negar la firma ya ha precluido por lo que no puede decir que el Sr. Ríos ha negado su firma y que si no se hubiera promovido este juicio a esta altura ya se le hubieran rematado todos los bienes del interdictado. Que, la denuncia para ser rechazada debe ser notoriamente infundada e inverosímil y luego de leer el informe del Dr. Martínez Cattáneo es evidente que no es notoria ni inverosímil la denuncia, solicitando la anulación o la revocación de la sentencia.

El apoderado de la parte denunciada se presentó y contestó el traslado de la expresión de agravios (fs.203/207), negando los hechos articulados por el recurrente y solicitando que el Tribunal dicte resolución confirmando la Sentencia con costas.

La Abog. Luisa M. Valdez de Fleitas, Defensora de Pobres, Ausentes e incapaces Mayores de Edad del Primer turno contestó el traslado a fs. 217, peticionando se confirme el fallo en revisión.

Que en primer lugar hay que analizar que de conformidad a lo dispuesto por el art. 76 del Cod. Civil en este tipo de juicio, el denunciante no es parte, solo interviene en el proceso al realizar la denuncia y el mismo recién se inicia cuando el Juez admite la denuncia y nombra al curador provisional del presunto insano. En el caso de autos todos los trámites ordenados por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Octavo Turno, quien luego fue recusado (fs. 176/7) con duros términos expresados por los abogados de los denunciantes fueron tendientes a que una junta médica integrada por profesionales designados uno por los denunciantes, otro por el denunciado y otro por el Juzgado informaran al Juez si el Sr. J. P. R. G. tiene disminución de su capacidad mental que lo haga inepto de cuidar de su persona y de administrar sus bienes.

En el juicio de inhabilitación e interdicción, para decidir sobre algo tan grave como la incapacidad de una persona, el informe médico debe ser categórico en el sentido de indicar una grave deficiencia mental del denunciado y al respecto la jurisprudencia Argentina ha dicho: “Por la gravedad y delicadeza que representan los procesos por insania por su naturaleza y carácter siempre es de índole restrictiva la admisión procesal sobre la base de certificados médicos que deben llevar al ánimo del juez la adecuada presunción de la existencia de motivos necesariamente serios como para someter a una persona a un proceso de este tipo” (“Digesto Jurídico 2, tomo I Derecho Civil, pág. 390)“la pericia médica constituye, pues, en el juicio en que se pide una declaración de demencia, una prueba imprescindible y rigurosamente científica... es una prueba que jamás puede faltar... No se requiere ,en cambio, que las conclusiones del examen sean concluyentes, bastando simplemente que establezcan prima facie cual es la situación en que el presunto insano se encuentra, ya que la pericia médica... pese a su enorme importancia no vincula al juez, quien será en definitiva el que decida valiéndose de todos los elementos de convicción que se le ofrezcan en autos (Juan Carlos Ghirardi, “La Inhabilitación Judicial”, Editorial

Astrea, pág. 211). A su vez, en la nota al art. 82 del Proyecto de Freitas se lee :”Declarar a un hombre demente y privarlo de la administración de sus bienes es una medida sumamente grave y debe emplearse todos los medios posibles para que no haya abusos, facilitándose en todo lo posible el conocimiento de la verdad. En la obra del profesor Alberto G. Spota, “Tratado de Derecho Civil”, tomo I, Parte General, Volumen 3, Editorial Depalma, págs. 470/1, el autor dice: “Además la jurisprudencia de los tribunales de la Capital, con buen criterio se orienta a que el denunciado proponga uno o dos peritos médicos de su parte, *no correspondiendo reconocer igual derecho al denunciante, ya que concluye su papel con la presentación de la denuncia...* La razón fundamental de que el denunciante no pueda proponer peritos médicos radica en la circunstancia decisiva de que admitiendo un procedimiento contradictorio entre tal denunciante y el denunciado, se somete toda la gravísima cuestión de la capacidad de obrar del segundo a una singular contradicción inadmisibile. Se trata de evidentísima materia de orden público, en la cual sólo se deja a la parte interesada en la declaración de la incapacidad el derecho a peticionar la interdicción, no pudiendo ex officio proceder el acto-condición que implica la sentencia, esta depende de petición de parte ...*Por lo demás, cualquiera sea la suerte que corra la petición del denunciado proponiendo peritos médicos, algo que está fuera de duda: es que el denunciante concluye su misión como tal una vez radicada su denuncia, dándosele oportunidad para aportar los elementos objetivos y concretos a fin de obtener del Juez que decreta la apertura del procedimiento de insania propiamente dicho. A partir de ese momento, su intervención en juicio no tiene otro alcance que el formular las peticiones que coadyuven a la buena marcha del procedimiento y cuya suerte depende del prudente arbitrio judicial*“. Los autores Carlos R. Ponce, Eduardo J. Cárdenas y Omar J. Cancela en el trabajo realizado con respecto al valor probatorio de la pericia médica en el proceso de insania publicado en El Derecho, Tomo 107, pág. 1001, han sostenido: “...para llegar a la interdicción del enfermo mental debe verificarse el cumplimiento de los dos requisitos de fondo mencionados en la ley: la existencia de la enfermedad mental (elemento médico psiquiátrico), que influye la vida de relación, en la “aptitud” de dirigir su persona o administrar sus bienes” (art. 141 elemento social o jurídico). La ausencia de cualquiera de ellos ha de llevar necesaria e imperativamente, al rechazo de la demanda”.

En el caso sometido a revisión por este Tribunal, los denunciantes son cinco hijos legítimos del denunciado, quienes proponen como curador al Sr. M Á

R.M, hijo extramatrimonial del Sr. J. P. R. G. y medio hermano de los denunciantes. Justamente el propuesto como curador, ha sido demandado en un amparo constitucional por su padre , quien accionó para conseguir volver a entrar a la administración de la firma Galería Bonanza de J. P. R. G., de la cual había sido despojado por el citado, tal como consta en la S.D. N° 68 de fecha 1 de noviembre de 2010 obrante a fs. 120/125 de autos, pero lo más grave aún es que en el acta de toma de posesión realizada por el Actuario del Juzgado del Crimen interviniente en el Amparo, obrante a fs. 118/119 de estos autos consta que se ha encontrado un sello cuya impresión fue dejada a continuación (ver fs. 119) manifestando el Sr. Juvenal Ríos que el mismo corresponde a su firma y fue encontrado en el primer cajón del escritorio del Sr. M. R. (propuesto como curador) y observó que algunos contratos de alquiler están con ese sello insertos en los mismos “ Estos hechos son muy graves y demuestran lo que venía padeciendo el Sr. Juvenal Primitivo Ríos por parte de su hijo quien es propuesto como curador por los 5 hijos matrimoniales del Sr. Ríos, quienes seguramente –y se puede presumir– no estaban en desconocimiento de lo que hacía su medio hermano. Que, aún más grave, es el hecho descrito por el testigo M.S.G.G. propuesto por el Sr. M.Á.R.M. en el juicio de amparo quien expresó: “Que es cobrador... que trabaja para el Sr. J., que hace dos o tres años vino su hijo M.R. a ayudarlo a su papá, que la galería Bonanza tiene 84 locales en la planta baja y 80 en la planta alta , que el cobro de la planta baja se la lleva al Sr. Juvenal, quien no le firma ningún recibo y el cobro de la planta alta se la entrega a su hijo Miguel Ángel Ríos por orden de su papá” (fs. 124).

Que con respecto al juicio caratulado “Francisca Nora Gómez Verlangieri c/. J.P.R.G. s/. Acción Preparatoria de Juicio Ejecutivo” que fuera agregado por los denunciantes a fs. 42/62 en forma parcial y por el Sr. J.P.R.G. a fs. 64/100 en forma completa, consta que el Sr. Ríos ha deducido excepción de falsedad de firma negando la deuda y la autenticidad de los documentos presentados (fs. 82/3) defensa que está contemplada en la ley procesal, ya que el hecho argüido por los denunciantes que existió reconocimiento ficto de la firma no impide, en la estación procesal pertinente oponer la defensa de falsedad contemplada en el inciso d) del art. 462 del CPC y tampoco existe ninguna constancia que gracias a este trámite de interdicción no se hayan rematado todos los bienes del Sr. Juvenal Ríos.

Que, a más de todos estos elementos enumerados es importante observar los informes periciales realizados por tres especialistas, quienes no han deter-

minado que el Sr. Ríos se encuentre incapaz de cuidar a su persona y de administrar sus negocios. El dictamen del Dr. Guido Martínez Cattaneo ha sostenido (fs.148) “que el Sr. Ríos padece un deterioro moderado de sus funciones cognitivas y que su capacidad personal para dirigir empresas de movimiento comercial intenso se halla limitado” mientras que el perito propuesto por el denunciado y por el Juzgado han presentado conjuntamente su dictamen pericial a fs. 150/3 expresando : “se trata de una persona de sexo masculino de 79 años, físicamente sana, lúcida, consciente, con lesiones moderadas en el cerebro, con trastornos irrelevantes en su memoria, con salud mental conservada y que hasta la fecha sigue administrando sin inconvenientes sus bienes con la ayuda de un administrador”.

En estas condiciones y por las razones y fundamentos expuestos, la S.D. recurrida se halla ajustada a derecho, por lo que debe ser confirmada en todas sus partes, imponiendo las costas de conformidad a los Arts. 192 y 203 del CPC a los apelantes. Así voto.

A SU TURNO EL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER DIJO: De las constancias de los autos se desprende que el abogado Francisco Adrián Alvarenga, con el patrocinio del abogado Juan Ramón Bueno Jara, en representación de los Sres. D.R.O., A.R.O., A.V.R.O., F.R.O. y F.K.R.O., promovió una denuncia de interdicción e inhabilitación del Sr. J.P.R.G. por los fundamentos explicitados en el escrito inicial (fs. 25 y siguientes) acompañándose en carácter de recaudo, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 75 del CC constancias médicas de facultativos de la especialidad médica.

Con posterioridad, de acuerdo con el artículo 76 del CC, luego de algunas dilaciones, el Juzgado se constituyó personalmente ante el denunciado en el domicilio del mismo acompañado del Médico Psiquiatra Dr. Carlos Stevens Sachero quien, conforme el acta de fs. 109 de autos, manifestó que “luego del examen forense de los documentos médicos agregados al expediente, recomienda la conformación de una junta médica a fin de realizar un mejor estudio y dictamen del estado mental y neurológico del Señor J. R.”. Posteriormente, a fs. 128, el Juzgado dictó la providencia del 9 de noviembre del 2010 que textualmente dice: “Atento al reconocimiento judicial realizado, ordénase la realización de un examen médico de la salud mental del señor Juvenal Primitivo Ríos González, y para el efecto nómbrase una junta médica integrada por los Doctores Carlos Alberto Arestivo Bellasai, Guido Martínez Cattáneo y Víctor Godoy.

Notifíquese por cédula”. En cumplimiento de la designación judicial los facultativos procedieron al examen médico del denunciado y presentaron los respectivos dictámenes que se encuentran agregados a fs. 148 y 150/153 de autos. Previa vista a la Defensora de Incapaces, que la evacuó en los términos del escrito de fs. 166, el Juzgado dictó la resolución –hoy en grado de recurso– por la cual resolvió rechazar la denuncia promovida por los denunciantes, con costas a los mismos.

Los juicios de interdicción y de inhabilitación constituyen procedimientos breves, sumarios y especiales que se encuentran normados en los artículos 73/90 del Código Civil. Una vez promovida la denuncia por quien se encuentra legitimado para ello (art. 74, CC), con el abono del informe médico de un especialista, el Juez, antes de admitir la presentación y proceder a la substanciación del proceso, debe examinar personalmente al denunciado asistido por un médico especialista. Es importante en este punto enfatizar que el examen es efectuado por el Juez con la presencia de un especialista, cuya intervención es establecida o exigida por la ley para “asistir” al Magistrado actuante. El citado facultativo, por consecuencia, no asume la condición de un perito en los términos que previene el artículo 343 del CPC, sino de un consultor que asiste al Juez técnicamente en dicho acto con sus conocimientos médicos. Pero, se reitera, es el Juez quien debe examinar personalmente al denunciado.

La ley establece en su artículo 76 (Código Civil) que “si la denuncia, a juicio del Juez, apareciese notoriamente infundada e inverosímil, podrá desestimarla sin más trámite, previa audiencia al Defensor de Incapaces”. La denuncia debe conceptuarse infundada cuando carece de fundamentos, es decir, cuando ha sido formulada sin la constancia o el informe médico que previene el artículo 75 antes citado, o cuando en la relación de las circunstancias del caso se omite consignar los hechos que sustentan a aquella. Es inverosímil cuando no tiene la apariencia de ser verdadera o creíble, apreciación o juzgamiento que depende exclusivamente del criterio prudencial del Magistrado de la causa. En tales casos, el Juez podrá desestimarla, es decir, no tiene la obligación de desestimarla, sino que puede hacerlo o no. La expresión “podrá” denota un operador facultativo que permite al Juez tanto la admisión de la denuncia como la desestimación de la misma en los casos señalados. Ahora bien, si la denuncia no es notoriamente infundada e inverosímil, entonces resulta viable debiendo en tal caso ser admitida por el Juez quien, de acuerdo con el artículo 77 del CC, “nombrará

un curador provisional al denunciado, salvo que no lo considere necesario, atento a las circunstancias, y se sustanciará el juicio en el que serán parte el denunciado, el denunciante, el Defensor de Incapaces y el curador, en su caso”.

La norma determina muy claramente quiénes asumen la condición de partes en este juicio especial y sumario (el denunciante, el denunciado, el Defensor de Incapaces y, en su caso, el curador) lo que significa que todos ellos pueden intervenir en el proceso y, consiguientemente, formular peticiones e interponer recursos contra las decisiones que fuesen dictadas siempre y cuando, obviamente, concurren los presupuestos de la recurribilidad y de la legitimación en el recurrente.

La substanciación a la cual alude el Código Civil es sinónimo de trámite, pero esta tramitación del juicio no significa que necesariamente debe correrse traslado del escrito inicial a ninguna de las personas identificadas en el artículo 77 del CC, sino que debe procederse en forma inmediata al examen médico del denunciado tal como lo previene el artículo 78 del CC, “por uno o más especialistas, ordenado judicialmente”. Es importante aquí dejar bien en claro que no son las partes del juicio quienes proponen al o a los especialistas médicos, por cuanto que la designación constituye una potestad privativa del Juez de la causa, quien puede, según su propio criterio judicial, designar a un sólo médico especialista, o, en su caso, a varios. Si bien el o los especialistas médicos operan ya como peritos en la materia, debiendo aceptar el cargo bajo juramento, no resultan aplicables todas las normas procesales legisladas para el juicio ordinario de acuerdo con los artículos 343 y siguientes del Código Procesal Civil, sin perjuicio —empero— de que la designación sea puesta en conocimiento de las partes a los efectos de que puedan promover, eventualmente, recusaciones contra el médico o los médicos nombrados, aplicándose en este supuesto las normas procesales prevenidas para la recusación de peritos.

Una vez presentados el o los dictámenes deberán ser puestos de manifiesto a fin de que las partes puedan solicitar ampliaciones o explicaciones en la forma legislada, a dicho respecto, en el Código Procesal Civil, tras lo cual, aunque la ley no lo diga, parece razonable correr vista de todo lo actuado al Defensor de Incapaces para luego, previo llamamiento de “autos para sentencia”, dictar resolución bajo la forma de sentencia definitiva, haciendo lugar o desestimando la denuncia, según corresponda en Derecho, disponiendo —en el primer caso— la designación del curador definitivo, y la inscripción de la resolución en los Registros Públicos.

En el caso en estudio, y conforme puede advertirse de la relación circunstanciada que ha sido efectuada anteriormente, el procedimiento en estos autos llegó solamente hasta el momento en el cual el Juzgado debía desestimar o admitir la denuncia. Si el Juzgado hubiera admitido la denuncia –por simple providencia- el juicio hubiera proseguido hasta el pronunciamiento definitivo dictándose, en consecuencia, la sentencia definitiva. Pero, como la denuncia no fue admitida, sino desestimada, el Juzgado debió haber pronunciado sólo un auto interlocutorio. Es por ello por lo que se indicó al principio de la fundamentación de esta Magistratura (en cuanto a la primera cuestión planteada) que la resolución que hoy se encuentra en grado de alzada ante este Tribunal –por su naturaleza y contenido- debe ser conceptuada propiamente como un auto interlocutorio, y no precisamente como una sentencia definitiva porque, se reitera, la sentencia definitiva es el tipo de resolución que debe ser dictada por el Juez luego de substanciar íntegramente el proceso de interdicción o inhabilitación, haciendo lugar a la demanda (ya no se habla de denuncia), o desestimándola, según corresponda en Derecho.

En consecuencia, la cuestión que se somete a la consideración del Tribunal (cuestión propuesta o *thema decidendum*) es determinar si la denuncia promovida por el denunciante debe ser admitida o no. En tal sentido, la normativa aplicable es la que se encuentra contenida en el artículo 76, *in fine*, del CC que dice: “Si la denuncia, a juicio del Juez, apareciere notoriamente infundada o inverosímil, podrá desestimarla sin más trámite, previa audiencia del Defensor de Incapaces”. Ya se dijo anteriormente que el carácter infundado o inverosímil de la denuncia significa ausencia de fundamentación (omisión de las razones fácticas, o de la constancia médica inicial) y también apariencia de no ser creíble, que, según la ley, debe ser “notoria”, en cuyo caso el Juez podrá desestimarla. La ley no determina en forma expresa cuál debe ser el comportamiento jurisdiccional del Juez cuando la denuncia promovida no es notoriamente infundada ni inverosímil, pero resulta por lo demás razonable entender que en tal supuesto, si en la denuncia se han aportado los hechos básicos en relación al denunciado, tiene una base médica inicial y como consecuencia del examen efectuado por el Juez con la asistencia del facultativo médico se desprenden elementos de juicio que permitan concluir la seriedad de la denuncia, o su carácter verosímil, ésta debe ser admitida y, por tanto, sustanciada conforme la ley (artículos 77 y sigtes. del CC).

En este sentido, la doctrina ha sostenido que “el examen que se verifica ante el Juez tiene como objetivo determinar prima facie si la denuncia reviste o no el carácter de seria, y, en caso de duda, pensamos que debe estarse por la prosecución del juicio; lo mismo ocurrirá, como es lógico, si de la verificación surgen serios indicios de la procedencia de la acción. En las últimas hipótesis, todo ello será definitivamente resuelto luego del nuevo examen que han de realizar los especialistas, previsto en el art. 78, y con la valoración, por parte del juez, de las otras pruebas que pudieran acumularse en el curso del proceso” (Ruffinelli, “Derecho Civil, Parte General, Personas”, Editora Intercontinental, Asunción, 1993, pág. 255). El tratadista –muy razonablemente– sostiene que “en caso de duda debe estarse por la prosecución del juicio”, es decir, por la admisión de la denuncia para resolverse definitivamente la cuestión en la sentencia definitiva, e indica –también razonablemente– que no es así, sin embargo, como debe procederse en el momento de la sentencia puesto que “en caso de duda, debe estarse por la capacidad de la persona” (Op. cit., pág. 255, nota N° 28).

Revisadas las actuaciones efectuadas en este juicio y, especialmente, los dictámenes de los especialistas médicos, se advierte que la denuncia promovida por el denunciante en el escrito inicial no aparece ni como infundada ni como inverosímil por cuanto que no solamente se han acompañado documentos médicos que revelan estudios efectuados en la persona del denunciado, en los cuales se ha detectado pérdida de memoria reciente, episodios de desorientación temporoespacial, atrofia temporo parietal cortical, laguna isquémica en tálamo izquierdo, (fs. 20 y 21), sino que en el informe del Dr. Guido Martínez Cattáneo (fs. 148) se indican una serie de deficiencias observadas luego de pruebas neurológicas, concluyendo el citado facultativo que “El señor Juvenal Primitivo Ríos González, de acuerdo a su nivel de instrucción y su nivel situacional social y comercial, padece un deterioro moderado de sus funciones cognitivas. En consecuencia su capacidad personal para dirigir empresas de movimiento comercial intenso, se halla limitada. En esta evaluación se excluyen los factores afectivos que pudieran limitar su rendimiento intelectual. Para que esta evaluación tenga un valor totalmente real debería agregar más pruebas diagnósticas en una segunda entrevista”.

Es verdad y, por tanto, no puede obviarse, que los otros dos médicos especialistas (Dres. Carlos Alberto Arestivo Bellasai y Víctor Godoy) tuvieron un

dictamen diferente al presentado por el Dr. Guido Martínez Cattáneo puesto que aquellos señalaron en la parte conclusiva que “Se trata de una persona de sexo masculino, de 79 años, físicamente sana, lúcida, conciente, con lesiones moderadas en el cerebro, con trastornos irrelevantes en su memoria, con salud mental conservada y que hasta la fecha sigue administrando sin inconvenientes sus bienes con la ayuda de un administrador. En consecuencia el Sr. J.P.R.G. se encuentra capacitado de cuidar de sí mismo y de administrar sus bienes” (fs. 153).

Sin embargo, debe recordarse que no se trata aquí –atendiendo a la instancia procesal del juicio- de definir en forma terminante y conclusiva si el Sr. J.P.R.G. debe ser o no declarado interdicto, o, en su caso, inhabilitado, sino de determinar si la denuncia promovida por los denunciados debe ser admitida o no. Y tal determinación debe efectuarse valorando prudencialmente las actuaciones médicas cumplidas en autos a la luz de la normativa aplicable: “Si la denuncia, a juicio del juez, apareciere notoriamente infundada e inverosímil, podrá desestimarla sin más trámite...” (art. 76, in fine, CC). Pero, como se dijo, la denuncia no aparece como “notoriamente infundada e inverosímil”, sino todo lo contrario: aparece como fundada y creíble atendiendo a los elementos de juicio que han sido expuestos precedentemente. No se trata aquí de juzgar con un criterio “electoral” en el sentido de decidir simplemente a consecuencia de una mayoría (médica). Se trata de decidir, conforme la ley, si la denuncia aparece o no ab-initio como infundada e inverosímil.

Pues bien: estos calificativos no podrían ser aplicados al caso en estudio por lo ya sostenido anteriormente, razón por la cual se estima que la denuncia promovida debe ser admitida por la Magistratura para que, agotadas las actuaciones prevenidas en la ley, pueda determinarse con mayores elementos de juicio que los existentes hasta el momento si el denunciado adolece o no de una enfermedad mental, o de disminución de sus facultades mentales, o, en su caso, de algunas de las causas que pudieran justificar la declaración de inhabilitación en lugar de la de interdicción, pronunciamiento que perfectamente puede ser efectuado por el Juez no solamente por cuanto que ello hace a un principio de economía del proceso (como refiere Moreno Ruffinelli en la obra citada, pág. 262), sino también por cuanto que en la denuncia el denunciante aludió no sólo a la “interdicción” propiamente dicha, sino también a la “inhabilitación”, cuyos factores se encuentran determinados legalmente en el artículo 89 del Código

Civil. En otras palabras: puede ocurrir que como consecuencia de estudios posteriores (como lo ha aconsejado el Dr. G. Martínez Cattáneo) se determine en el denunciado causas o factores que no hagan a la interdicción (art. 73), sino a la inhabilitación (art. 89), figuras que una vez declaradas impiden que el afectado pueda disponer de sus bienes sino a través del curador, en el primer caso, y con la autorización del curador, en el segundo caso.

Es por ello por lo que no siendo la denuncia promovida ni infundada ni inverosímil ad-initio, corresponde que la misma sea admitida por la Magistratura de conformidad con lo dispuesto en los artículos 77 y siguientes del CC, criterio que resulta robustecido si se considera que el denunciado tiene importante actividad comercial, tal como surge de las constancias de autos.

En consecuencia, por los fundamentos expresados, corresponde que el Tribunal revoque la resolución en alzada (erróneamente calificada como sentencia definitiva, por la cual se rechaza la denuncia) por no hallarse la decisión ajustada a Derecho. En cuanto a las costas, se estima que este accesorio debe ser impuesto en el orden causado atendiendo a que la parte recurrida, atendiendo a los elementos de juicio, pudo considerarse razonablemente con derecho a litigar. Así voto.

A SU TURNO EL MAGISTRADO DR. MST. NERI E. VILLALBA F.: Manifiesta que se adhiere a la opinión vertida por el Magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos por compartir sus mismos fundamentos.

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

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y los fundamentos en el esgrimidos, el TRIBUNAL DE APELACION EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA CAPITAL, PRIMERA SALA;

RESUELVE:

DECLARAR DESIERTO el recurso de nulidad.

CONFIRMAR con costas, la Sentencia apelada.

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

Magistrados: Marcos Riera Hunter, Valentina Núñez, Oscar Paiva V.

Ante mí: María Teresa Cañete, Actuaría Judicial.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 94

ACCIÓN DE AMPARO.

Contra la Sentencia de Amparo sólo cabe el recurso de Apelación, no corresponde el estudio del recurso de nulidad. Corresponde únicamente, de oficio cuando el Tribunal advierte que hay vicios de forma, insalvables, que no permiten el dictamiento de una sentencia válida.

ACCIÓN DE AMPARO. RECURSO DE NULIDAD. Procedencia del recurso de nulidad.

En el juicio de amparo es enteramente procedente el recurso de nulidad por dos razones fundamentales: 1) Porque, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 405 del CPC, el recurso de apelación contiene implícitamente al de nulidad, por lo que cuando el recurrente interpone el recurso de apelación, interpone también el de nulidad pudiendo fundamentar este último recurso válidamente ante la Alzada; 2) Porque, de admitirse que el recurso de nulidad no resulta procedente en el amparo porque en la ley procesal se hace referencia sólo a la apelabilidad de la sentencia de amparo y no a la recurrencia por la vía del recurso de nulidad, ello importaría tener que extender también este criterio (equivocado o erróneo) a las sentencias que recaen en otros juicios, como los juicios ejecutivos o interdictos, en los cuales la ley procesal tampoco alude expresamente al recurso de nulidad, sino al de apelación. Sin embargo, a nadie se le ocurriría pretender que en tales juicios especiales el recurso de nulidad no podría ser interpuesto contra las sentencias respectivas. (Voto en disidencia del Dr. Marcos Riera Hunter).

RECURSO DE APELACIÓN. RECURSO DE NULIDAD.

Con la entrada en vigencia del Código Procesal Civil (1989) el recurso de nulidad se encuentra contenido tácita o implícitamente en el recurso de apelación (art. 405, CPC, ya citado) por lo que si procede la apelación también procede el recurso de nulidad, y, a la inversa, si no procede la apelación tampoco procede la impugnación por vía del recurso de nulidad. (Voto en disidencia del Dr. Marcos Riera Hunter).

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.

El deber de congruencia ha sido legislado no solamente en referencia a la parte dispositiva o resolutive de las sentencias judiciales, sino también en relación al tratamiento, estudio, o análisis que necesaria y obligadamente deben

efectuar los órganos jurisdiccionales en la fundamentación de los fallos respectivos. En otras palabras: el deber de congruencia, bajo pena de nulidad de la sentencia, afecta tanto a la fundamentación de las resoluciones judiciales como a la decisión de las mismas. (Voto en disidencia del Dr. Marcos Riera Hunter).

ACCIÓN DE AMPARO. Amparo de pronto despacho.

El “Amparo de Pronto Despacho”, tiene por objeto específico la obtención de una orden judicial de pronto despacho de actuaciones administrativas, para que se dicte el acto administrativo o preparatorio que corresponda.

DEMANDA. Allanamiento a la demanda. ABOGADO. MANDATO. Forma del mandato.

Si bien es cierto el Abogado del INDERT no ha presentado poder especial para allanarse al presente amparo, la intención de la referida institución es la de satisfacer la pretensión del actor según se puede apreciar de las constancias de autos. Inclusive al contestarse el traslado de los agravios del apelante, se ha presentado la Resolución en la cual se designa al mismo como representante convencional del INDERT y le autoriza para allanarse en estos autos.

ACCIÓN DE AMPARO. Amparo de pronto despacho.

El proceso no es una misa jurídica que se encuentra atado a las formas y solemnidades, sino un método civilizado de debate en que está interesada toda la sociedad y no solo las partes. La actitud y la intención de la parte demandada se encuentra patente, por lo que debe hacer lugar al presente Amparo de Pronto Despacho.

ACCIÓN DE AMPARO. Amparo de pronto despacho.

En este caso específico, resulta evidente e injusta la persistente y excesiva demora del requerido que, dejó transcurrir un tiempo más que suficiente para pronunciarse acerca de la petición del actor, siendo procedente el amparo constitucional de pronto despacho.

ACCIÓN DE AMPARO. Amparo de pronto despacho.

Si en el caso concreto no existiera un plazo legal para que la autoridad administrativa se pronuncie respecto de lo que ha sido objeto de petición, obviamente no puede jamás producirse o configurarse la denegatoria tácita, razón por la cual, ante la inacción o silencio de la institución pública, no resta sino recurrir judicialmente por la vía del amparo constitucional de pronto despacho, acreditando el accionante la petición formulada y quedando a criterio prudente de la autoridad judicial justipreciar si, en el caso, ha existido o no una mora por

parte de la autoridad pública que pudiera fundar válidamente el amparo constitucional promovido. (Voto en disidencia del Dr. Marcos Riera Hunter).

ACCIÓN DE AMPARO. Amparo de pronto despacho.

Aun cuando el presupuesto de la urgencia no sea visualizada con claridad, en caso de duda debe optarse por la admisión del remedio constitucional, más aun si se tiene en cuenta que si el agravio no puede impugnarse sino únicamente por medio del amparo, pues entonces la figura del amparo constitucional (en este caso de pronto despacho) debe ser admitida aunque no se configure el requisito de la urgencia puesto que en caso contrario se estarían creando las condiciones para que las personas reclamen atención a sus derechos haciendo justicia por mano propia, extremo inadmisibles en una sociedad organizada jurídica y políticamente que pretende constituirse en un Estado de Derecho, democrático y constitucional. (Voto en disidencia del Dr. Marcos Riera Hunter).

ACCIÓN DE AMPARO. Amparo de pronto despacho.

Siendo procedente la acción de amparo, corresponde que el Tribunal revoque la sentencia recurrida (que rechaza la acción de amparo), por no hallarse la misma ajustada a Derecho, admitiéndose, por consiguiente, la pretensión de la parte accionante y ordenando a la accionada a responder al peticionante del expediente lo que en Derecho corresponda, en el plazo de diez días de la notificación pertinente, bajo apercibimiento de que en caso contrario el silencio será considerado como una denegación ficta que permitirá al interesado recurrir por la vía del contencioso-administrativo, si así conviniere a sus derechos.

T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. 13/12/11. “Miguel Angel Gauto Bejarano c/ Instituto Nacional de Desarrollo y de la Tierra (INDER) s/ Amparo”. (A. y S. N° 94).

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

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia recurrida?

En caso contrario, ¿es ella justa?

Practicado el sorteo de ley, este, arrojó el siguiente orden de votación: Preopinante; el Magistrado Dr. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS, Dr. MARCOS RIERA HUNTER y VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ.

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA EL MAGISTRADO DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS DIJO: Que de conformidad al Art. 581

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

Que, en estas condiciones resulta notorio e indudable que, contra la Sentencia de Amparo sólo cabe el recurso de Apelación, no corresponde el estudio del recurso de nulidad. Corresponde únicamente, de oficio cuando el Tribunal advierte que hay vicios de forma, insalvables, que no permiten el dictamiento de una sentencia válida. Así voto.

A SU TURNO EL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER DIJO:
En primer término, corresponde anotar que esta Magistratura no puede compartir, en absoluto, el criterio sostenido por el preopinante cuando afirma que “contra la sentencia de amparo sólo cabe el recurso de apelación, no corresponde el estudio del recurso de nulidad...”.

En numerosos precedentes jurisprudenciales esta Magistratura ha sostenido –y sostiene– que en el juicio de amparo es enteramente procedente el recurso de nulidad por dos razones fundamentales: 1) Porque, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 405 del CPC, el recurso de apelación contiene implícitamente al de nulidad, por lo que cuando el recurrente interpone el recurso de apelación, interpone también el de nulidad pudiendo fundamentar este último recurso válidamente ante la Alzada; 2) Porque, de admitirse que el recurso de nulidad no resulta procedente en el amparo porque en la ley procesal se hace referencia sólo a la apelabilidad de la sentencia de amparo y no a la recurrencia por la vía del recurso de nulidad, ello importaría tener que extender también este criterio (equivocado o erróneo) a las sentencias que recaen en otros juicios, como los juicios ejecutivos o interdictos, en los cuales la ley procesal tampoco alude expresamente al recurso de nulidad, sino al de apelación. Sin embargo, a nadie se le ocurriría pretender que en tales juicios especiales el recurso de nulidad no podría ser interpuesto contra las sentencias respectivas.

En realidad, el criterio de que el recurso de nulidad no procede en el juicio de amparo no constituye sino una rémora de la jurisprudencia que se ha cons-

tituido bajo la vigencia de la antigua ley 340/72 de amparo constitucional, en la cual se legislaba como mecanismo de impugnación contra la sentencia al recurso de apelación, sin mencionar al de nulidad. Pero, lo que se debe entender de una buena vez es que con la entrada en vigencia del Código Procesal Civil (1989) el recurso de nulidad se encuentra contenido tácita o implícitamente en el recurso de apelación (art. 405, CPC, ya citado) por lo que si procede la apelación también procede el recurso de nulidad, y, a la inversa, si no procede la apelación tampoco procede la impugnación por vía del recurso de nulidad.

Es por ello por lo que, tal como ésta Magistratura ha declarado en un precedente recaído en otro juicio de amparo, “si la sentencia pronunciada contiene vicios de orden estructural, pues entonces el Tribunal Superior debe declarar la nulidad de la misma y, seguidamente, proceder a dictar sentencia substitutiva en cumplimiento de lo que marca el artículo 406 del CPC. Si, por otra parte, la sentencia dictada adolece de vicios procesales que impiden el dictamiento válido de la resolución definitiva (como lo establece el artículo 113 del CPC), el Tribunal Superior deberá declarar la nulidad de la sentencia recurrida, pero no podrá ordenar el reenvío (como ocurriría en otros casos distintos del amparo) puesto que tal procedimiento no resulta viable a la luz de lo legislado en el artículo 586 del CPC, razón por la cual, en caso de nulidad por razones procesales, luego de la anulación, el Tribunal (que asume las competencias del Juzgado de Primera Instancia) –como lo dice el artículo 586 citado– “subsancará todos los vicios o irregularidades del procedimiento, asegurando, dentro de la naturaleza sumarísima de este juicio, la vigencia del principio de contradicción” (del voto del Magistrado Dr. Riera Hunter, Acuerdo y Sentencia N° 116 del 10 de octubre del 2008, TApel en lo Civil y Comercial de la Capital, Segunda Sala).

Por los fundamentos señalados, el recurso de nulidad es admisible en el juicio de amparo constitucional y, por ende, debe ser analizado de oficio por la Magistratura de Alzada, más aún si se conceptúa que el mismo es de orden público.

En la especie, la parte recurrente manifiesta que la sentencia en grado de alzada adolece de nulidad por cuanto que, según refiere, la Jueza de grado inferior no ha analizado la causa conforme la cuestión que ha sido propuesta (amparo de pronto despacho), sino que apartándose de la cuestión planteada abordó cuestiones vinculadas con el derecho de fondo del accionante, concretamente cuestiones relacionadas con el precio del inmueble que debe ser abonado

en concepto de indemnización por expropiación. Concretamente, la parte nuli-dicente solicita la declaración de nulidad de la sentencia en grado de recurso por entender que, en el caso, se ha configurado un vicio de incongruencia.

Por el principio de congruencia, legislado en el artículo 15, inc. “b”, del CPC, bajo pena de nulidad, los Jueces y Tribunales tienen el deber de analizar en los fundamentos de la resolución todas las cuestiones propuestas por las partes litigantes y, consiguientemente, resolver –en la parte dispositiva de la sentencia o resolución- todas y cada una de las cuestiones propuestas declarando íntegramente el derecho de todos litigantes, concediendo –o denegando– única y necesariamente lo que ha sido objeto de petición, sin conceder lo que no se pidió, o más de lo que se pidió. Conforme lo dicho, el deber de congruencia ha sido legislado no solamente en referencia a la parte dispositiva o resolutive de las sentencias judiciales, sino también en relación al tratamiento, estudio, o análisis que necesaria y obligadamente deben efectuar los órganos jurisdiccionales en la fundamentación de los fallos respectivos. En otras palabras: el deber de congruencia, bajo pena de nulidad de la sentencia, afecta tanto a la fundamentación de las resoluciones judiciales como a la decisión de las mismas.

En la especie, como se dijo, el recurrente sostiene que la Juzgadora de la instancia inferior ha violado el mentado deber de congruencia, no porque haya fallado la causa al margen de las cuestiones propuestas (la parte resolutive o dispositiva del fallo se pronunció respecto de la cuestión propuesta, rechazando el amparo de pronto despacho), sino porque, según refiere, el Juzgado no estudió en el considerando de la resolución la única cuestión que ha sido planteada (amparo de pronto despacho), sino que analizó y fundamentó respecto de cuestiones de fondo relacionadas con el derecho de su parte vinculadas, a su vez, con la indemnización pretendida por la expropiación de un inmueble cuyos derechos y acciones ha adquirido del anterior propietario.

Debe admitirse, en principio, que atendiendo a los argumentos o fundamentos esgrimidos por la sentenciante, podría pensarse que en el caso no se analizó la cuestión propuesta (el amparo de pronto despacho y sus presupuestos esenciales), sino otra cuestión distinta (la cuestión de fondo aludida por el recurrente). Pero, una lectura detenida conduce a una conclusión contraria por cuanto que en el considerando de la resolución la Juzgadora aludió clara y precisamente a la cuestión propuesta (amparo de pronto despacho) cuando manifestó “esta acción está entonces dirigida a provocar un pronunciamiento

por parte de la entidad requerida, ante una supuesta omisión de ésta”, analizando, acto continuo, las notas que han sido presentadas por el accionante como base de la pretensión para, finalmente, concluir que “para que la vía del amparo se haga efectiva por la supuesta falta de pronunciamiento de un órgano estatal, la arbitrariedad debe ser flagrante e irreparable, y esta situación no se presenta en el sub-iudice..., lo que nos conduce a determinar que morosidad por parte del ente demandado no existe”.

Estas condiciones, anotadas expresamente en el considerando de la sentencia recurrida, permiten entender que, en rigor, la Juzgadora de grado inferior no se apartó de la cuestión propuesta por cuanto que ella (la cuestión propuesta) fue analizada y resuelta conforme los fundamentos que la jueza de Primera Instancia estimó conducentes. Una cosa es incongruencia en la fundamentación por tratar una cuestión que no ha sido propuesta, y otra distinta es abordar realmente la cuestión propuesta para luego fallarla sobre la base de argumentos que pudieran hallarse equivocados desde el punto de vista jurídico. Pero, en este último supuesto, ya no existiría un vicio de incongruencia en la fundamentación, sino, en su caso, meros errores in iudicando que, por la naturaleza de los mismos, deben ser reparados por la vía del recurso de apelación.

Por ello, independientemente de la corrección jurídica de los argumentos expresados por la Jueza de Primera Instancia, esta Magistratura estima que, en el caso, no se ha llegado a configurar el grave vicio de incongruencia (extrapetita) en la fundamentación del fallo recurrido, cuyos argumentos deberán, por ello, ser analizados por medio del recurso de apelación también deducido.

En consecuencia, por las razones expresadas, corresponde que el recurso de nulidad sea desestimado por improcedente. Así voto.

A SU TURNO LA MAGISTRADA VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ; manifiesta que se adhiere al voto del Magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos por compartir sus mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL MAGISTRADO DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS DIJO: Por la sentencia recurrida el a-quo resolvió: “...*No Hacer Lugar al amparo constitucional de pronto despacho interpuesto por el señor Miguel Ángel Gauto Bejarano contra el Instituto Nacional de Desarrollo Rural y de la Tierra (INDERT), por los fundamentos expuestos en el exordio; Imponer las costas en el orden causado; Anotar...*”.

Que, en cuanto al recurso de apelación, el apelante se agravia contra la S.D. N° 828 de fecha 23 de noviembre de 2011, fundado en que, a su parecer, la

Inferior al resolver el presente amparo, se apartó de lo que se ha petitionado, puesto que su parte ha solicitado por medio del presente amparo, que se intime a la demandada (INDERT) a que se expida en un plazo determinado sobre lo solicitado sede administrativa. Expresa el recurrente que la Jueza de grado inferior solo debía expedirse sobre la demora del órgano administrativo, y no sobre la procedencia o viabilidad de la cuestión de fondo que era la indemnización por expropiación. Señala el amparista que, si bien no se hizo lugar al allanamiento de la demandada por falta de poder especial, la misma no negó la existencia de la demora de su parte de expedirse sobre la solicitud de su representado.

El Juzgado inferior, por providencia de fecha 28 de noviembre de 2011, ha rechazado la contestación de la parte demandada, por extemporánea (fs. 53) y este Tribunal llamo autos para resolver por providencia de fecha 29 de noviembre de 2011.

De las constancias de autos, del fallo recurrido y del fundamento de agravios respectivamente, surge y se advierte que, la cuestión en debate, consiste en estudiar y definir si se ha satisfecho o no la petición formulada por el actor ante la administración, lo que a criterio de la A-quo no corresponde por no existir demora en el pronunciamiento, y es por este motivo que se ha rechazado el amparo.

Es sabido, que esta clase de petición, es lo que en Doctrina se lo llama “Amparo de Pronto Despacho”, que tiene por objeto específico la obtención de una orden judicial de pronto despacho de actuaciones administrativas, para que se dicte el acto administrativo o preparatorio que corresponda.

Analizadas las constancias de autos, se tiene que el Dr. Miguel Ángel Gauto Bejarano, en su carácter de cesionario de los derechos y acciones del Sr. Xaver Wanner, ha reclamado al INDERT (ex IBR) la indemnización legal correspondiente a la expropiación del inmueble individualizado como Finca No. 3952 de Yhu, inscripto en la Dirección General de los Registros Públicos al folio 1 y sgte. del 30 de mayo de 1986. La propiedad de referencia fue expropiada por Ley No. 1131/97, cuyo artículo 2º dispuso: “...*El instituto de Bienestar Rural (IBR) y los propietarios acordaran un plazo no mayor de noventa días el precio de las tierras expropiadas.*”. Que, en atención a lo expuesto en dicho artículo, el amparista recurrió ante la administración (INDERT) a los efectos de que se expida sobre la indemnización legal correspondiente, conforme se puede apre-

ciar con las misivas enviada a dicha institución (ver fs. 4 al 11), sin embargo el INDERT no se expidió hasta la fecha en relación a la solicitud del actor.

Que, al correrse traslado de la presente acción a la parte demandada, el representante convencional del INDERT, Abogado Juan Marcelo Cuenca Torres, se ha allanado a la pretensión del amparista, sin embargo, la Inferior no ha dado crédito a dicho allanamiento, por no haberse acompañado poder especial para dicho efecto ni constar en el poder general presentado, facultad alguna para presentar allanamiento para luego resolver el rechazo del amparo, por las razones expuestas en el fallo apelado.

El Art. 40 de nuestra Carta Magna, dispone: “...*Del derecho a peticionar a las autoridades: Toda persona, individual o colectivamente y sin requisitos especiales, tiene derecho a peticionar a las autoridades, por escrito, quienes deberán responder dentro del plazo y según las modalidades que la ley determine. Se reputara denegada toda petición que no obtuviese respuesta en dicho plazo*”.

Que, este Conjuez considera que, si bien es cierto el Abogado del INDERT no ha presentado poder especial para allanarse al presente amparo, la intención de la referida institución es la de satisfacer la pretensión del actor según se puede apreciar de las constancias de autos. Inclusive al contestarse el traslado de los agravios del apelante, se ha presentado la Resolución P. N° 2651/11 (fs. 50/51), en la cual se designa al Abogado Juan Marcelo Cuenca como representante convencional del INDERT y le autoriza para allanarse en estos autos. El proceso no es una misa jurídica que se encuentra atado a las formas y solemnidades, sino un método civilizado de debate en que está interesada toda la sociedad y no solo las partes. La actitud y la intención de la parte demandada se encuentra patente, por lo que debe hacer lugar al presente Amparo de Pronto Despacho. Por otro lado, en autos se observa la persistente y excesiva demora del requerido, que dejó transcurrir un tiempo más que suficiente para pronunciarse no obstante los varios urgimientos del actor, constituyendo esto una omisión lesiva del derecho de defensa en juicio y del debido proceso.

En otro orden, en autos se plantea lo que Roberto Dromi desarrolló en su obra “Derecho Administrativo”, 4ª ed. actualizado, Bs. As. 1995; bajo la denominación de Amparo por Mora Administrativa, que exige la concurrencia de tres elementos: Acto omitido o presupuesto objetivo, falta de pronunciamiento, órgano inactivo o presupuesto subjetivo de legitimación pasiva y parte interesada o presupuesto subjetivo de legitimación activa. El silencio prolongado del órgano

administrativo, en este caso el INDERT, puede afectar una libertad constitucional y producir daño grave irreparable que habilita la vía del amparo.

En este caso específico, resulta evidente e injusta la persistente y excesiva demora del requerido que, dejó transcurrir un tiempo más que suficiente para pronunciarse acerca de la petición del actor, siendo procedente el amparo constitucional de pronto despacho.

En suma, se encuentran reunidos los requisitos para la procedencia del amparo, por lo que corresponde revocar la resolución recurrida y establecer un plazo de diez días hábiles para que el Instituto Nacional de Desarrollo Rural y de la Tierra (INDERT) dé respuesta a las peticiones formuladas en fecha 24 de abril de 2006; 17 de setiembre de 2009 y 2 de setiembre de 2011 bajo apercibimiento que en caso de no hacerlo así será considerado como una denegación tácita quedando expedita la vía al peticionante para recurrir ante quien corresponda.

En cuanto a las costas las mismas deberán ser en ambas instancias en el orden causado, por haber requerido la cuestión planteada una interpretación por parte del Tribunal. Así voto.

A SU TURNO EL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER DIJO: De las constancias de los autos surge que el accionante promovió contra la institución demandada amparo de pronto despacho fundado en que, pese a las reiteradas presentaciones efectuadas, la misma no ha llegado a expedirse respecto de la cuestión que le ha sido planteada, provocándosele agravio por la omisión o silencio del ente administrativo, razón por la cual promueve la presente acción de amparo de pronto despacho a fin de que se condene a la parte demandada a que se expida conforme lo peticionado en el expediente administrativo N° 5.073/2.009. La parte demandada, al evacuar el traslado que le ha sido corrido, se limitó a presentar un escrito en el que manifestó un expreso allanamiento a la pretensión del accionante, peticionando, por lo demás, la exoneración de las costas. Dictada la sentencia definitiva de Primera Instancia –que desestimó la acción de amparo constitucional– el recurrente fundó sus agravios en los términos del escrito de fs. 42 y siguientes de estos autos, del cual se corrió nuevamente el traslado correspondiente, presentando la parte accionada, a fs. 52 de autos, un escrito en el cual reiteró el allanamiento (acompañando, por lo demás, como recaudo, una copia de la resolución administrativa del INDERT N° 2.651/11 por la cual se autorizaba al profesional abogado a allanar-

se en estos autos). La presentación de la accionada (parte apelada) fue desestimada por la Juzgadora de grado anterior por providencia del 28 de noviembre del 2011 (fs. 53) por entender la misma que ha sido presentada extemporáneamente.

El amparo promovido por el actor se funda –como no puede ser de otra manera– en lo dispuesto en el artículo 40 de la Constitución Nacional que garantiza el derecho de las personas de peticionar a las autoridades y, correlativamente, determina la obligación de las autoridades de responder a las peticiones ciudadanas dentro del plazo legal, si éste estuviera legislado. Caso contrario, preceptúa la cláusula constitucional, “se reputará denegada toda petición que no obtuviese respuesta en dicho plazo”. El análisis normativo de la disposición constitucional ya ha sido abordado por esta Magistratura en ocasiones anteriores entendiendo que, si hubiese plazo legal para que la autoridad requerida emita la respuesta al peticionante, y no lo hiciese, la denegatoria ficta prevista en la Constitución permite a la parte perdedora promover –no el amparo– sino el juicio contencioso-administrativo, conforme el procedimiento legal determinado en el cual, incluso, podrá obtener eventualmente la medida cautelar de prohibición de innovar conforme la norma del artículo 725 del CPC, aplicable a todos los juicios. Pero, si en el caso concreto no existiera un plazo legal para que la autoridad administrativa se pronuncie respecto de lo que ha sido objeto de petición, obviamente no puede jamás producirse o configurarse la denegatoria tácita, razón por la cual, ante la inacción o silencio de la institución pública, no resta sino recurrir judicialmente por la vía del amparo constitucional de pronto despacho, acreditando el accionante la petición formulada y quedando a criterio prudente de la autoridad judicial justipreciar si, en el caso, ha existido o no una mora por parte de la autoridad pública que pudiera fundar válidamente el amparo constitucional promovido.

En la especie, independientemente de que el actor tuviera o no derecho a una indemnización por expropiación de un inmueble respecto del cual dice ser cesionario de los anteriores propietarios, se advierte que el mismo ha formulado, en el año 2006, una petición a la institución demandada, pero no a título personal, sino como representante de terceras personas, por lo que dicha presentación no puede ser considerada por la Magistratura como base que pudiera sustentar la pretensión de este amparo de pronto despacho en el cual, se enfatiza, el actor se presentó por sus propios derechos, es decir, como titular de un

derecho (de petición) no atendido por la accionada. Luego, en septiembre del 2009, el actor presentó, esta vez a título personal, una petición en la cual solicitó expresamente que el INDERT tome nota del contenido de la presentación corriéndole un plazo –determinado por el mismo peticionante– de 90 días para “acordar el precio del citado inmueble expropiado”. Finalmente, en el mes de septiembre del 2011, volvió a presentar otra petición en carácter de reiteración relacionada con el mismo expediente 5.073/2.009, sin que la institución requerida haya emitido respuesta alguna.

No cabe duda que la parte demandada incurrió en violación de su obligación constitucional de responder a la petición ciudadana que le ha sido formulada. Independientemente de que el peticionante tenga derecho o no a obtener lo relacionado con la cuestión de fondo (cobro de precio por indemnización por expropiación de inmueble) la repartición pública debe responder, como corresponda en Derecho. Por otra parte, también es claro que ha transcurrido tiempo suficiente como para que la respuesta del ente público pudiera ser emitida, lo que, sin embargo, no ha ocurrido, incurriendo así en morosidad institucional. Por último, aun cuando el presupuesto de la urgencia no sea visualizada con claridad, en caso de duda debe optarse por la admisión del remedio constitucional, más aun si se tiene en cuenta que, tal como esta Magistratura lo ha sostenido también en otros precedentes, si el agravio no puede impugnarse sino únicamente por medio del amparo, pues entonces la figura del amparo constitucional (en este caso de pronto despacho) debe ser admitida aunque no se configure el requisito de la urgencia puesto que en caso contrario se estarían creando las condiciones para que las personas reclamen atención a sus derechos haciendo justicia por mano propia, extremo inadmisibles en una sociedad organizada jurídica y políticamente que pretende constituirse en un Estado de Derecho, democrático y constitucional. En la especie, fuera del amparo de pronto despacho no existe ningún otro mecanismo (institucional, por su supuesto) para obtener de la repartición pública demandada respuesta a la petición formulada, no pudiendo recurrirse tampoco a otro juicio o proceso judicial a dicho efecto.

A todo lo dicho es necesario agregar que la parte demandada no cuestionó ni impugnó la pretensión de la parte actora. Es verdad que el allanamiento formulado en Primera Instancia carece de valor jurídico por cuanto que no se ha presentado poder especial para dicho efecto, no pudiendo tampoco admitirse como tal (allanamiento) el formulado por la parte demandada al evacuar el

traslado de los recursos fundados por el hoy recurrente por cuanto que, como se recordará, dicha presentación fue desestimada por la Jueza de Primera Instancia por extemporánea. Pero, sin embargo, si bien tales allanamientos no pueden ser considerados como tales, no puede soslayarse –como se apuntó– que la parte demandada no ha cuestionado el derecho del actor. Es más, no ha contestado la demanda de amparo, configurándose una incontestación que, conforme principios elementales del Derecho Procesal, provoca una presunción de reconocimiento de lo alegado por el actor en el escrito de demanda, presunción que favorece al hoy accionante y que, por lo demás, se agrega o se suma a los fundamentos ya expresados por esta Magistratura en abono de la pretensión del amparista.

En consecuencia, por los fundamentos expresados, siendo procedente la acción de amparo, corresponde que el Tribunal revoque la sentencia recurrida (que rechaza la acción de amparo), por no hallarse la misma ajustada a Derecho, admitiéndose, por consiguiente, la pretensión de la parte accionante y ordenando a la accionada a responder al peticionante del expediente N° 5.073/2.009 lo que en Derecho corresponda, en el plazo de diez días de la notificación pertinente, bajo apercibimiento de que en caso contrario el silencio será considerado como una denegación ficta que permitirá al interesado recurrir por la vía del contencioso-administrativo, si así conviniere a sus derechos.

En cuanto a las costas, dicho accesorio debe ser impuesto a la parte demandada, en ambas instancias, por dos razones: 1) Por aplicación de la teoría objetiva del riesgo, legislada en el artículo 192 del CPC; 2) Porque, en la especie, no concurren los presupuestos del artículo 587 del CPC, únicos casos en que legalmente corresponde la exoneración de las costas. Así voto.

A SU TURNO LA MAGISTRADA VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ; manifiesta que se adhiere al voto del Magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos por compartir sus mismos fundamentos.

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

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y los fundamentos en él esgrimidos, el TRIBUNAL DE APELACION EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA CAPITAL, PRIMERA SALA;

RESUELVE:

DECLARAR mal concedido el recurso de nulidad. REVOCAR la S.D. N° 828 de fecha 23 de noviembre de 2011, dictada por la Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Decimotercer Turno, fijando un plazo de diez días hábiles para que el INDERT se pronuncie sobre las peticiones pendientes contenidas en las presentaciones individualizadas en el cuerpo de la resolución, bajo apercibimiento de que en caso de no hacerlo así será considerado como una denegación tácita quedando expedita la vía para que el peticionante ocurra ante quien corresponda.

COSTAS en el orden causado en ambas instancias.

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

Magistrados: Marcos Riera Hunter, Valentina Núñez, Oscar Paiva V.

Ante mí: María Teresa Cañete, Actuaría Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 97

Cuestión debatida: *Revisadas las constancias procesales y las posiciones asumidas por las partes en esta Instancia, esta Magistratura se abocara al estudio de autos a los efectos de establecer si la Sentencia objeto de apelación se encuentra o no ajustada a derecho.*

HÁBEAS DATA.

Debemos mencionar que el Hábeas Data es una garantía constitucional, cuya misión consiste en brindar protección inmediata y efectiva de los derechos fundamentales a la intimidad, a la inviolabilidad del patrimonio documental y la comunicación privada o la protección de la dignidad y de la imagen privada de las personas, afectados por las prácticas de almacenamiento, procesamiento y suministro de datos.

HÁBEAS DATA.

Conforme a la norma constitucional transcripta, el Hábeas Data es puesto a disposición de personas físicas o jurídicas para asegurarle el conocimiento de informaciones y datos concernientes a ellos en los registros públicos o particulares de carácter público, para la rectificación de sus datos personales. Constituye una garantía que tiene dos fases. Una primera permite que todos los habi-

tantes puedan acceder a las constancias de los archivos y, por lo tanto, a controlar su veracidad. La segunda tiene por objeto la modificación del registro, sustancialmente en dos casos: cuando son falsos o requieren de actualización.

HÁBEAS DATA.

El órgano jurisdiccional debe evaluar la petición de habeas data de la accionante, para corroborar la concurrencia de los siguientes requisitos: a) Identificar el registro de que se trata; b) Expresar si se conoce o no su contenido y en la primera hipótesis enunciar en qué consiste; c) Presentar pruebas u ofrecer probar el error o inexactitud de lo registrado; y d) Expresar en qué consiste la ilegalidad que afecta sus derechos.

HÁBEAS DATA.

El Hábeas Data Rectificador, solicitado a los efectos de modificar los datos erróneos que se posee y Hábeas data Cancelatorio solicitado para la “destrucción” de datos, cuando son erróneos o implican una afectación ilegítima a su derecho.

HÁBEAS DATA.

En el caso, la acción de Habeas Data debe ser rechazada, ya que por esta vía se pretende la rectificación o destrucción de datos insertos en un supuesto documento adulterado, aparentemente por la propia actora (ex empleada de la firma demandada), y que obra en los registros de la firma demandada. Y se dice supuesto, porque ninguna de las partes ha demostrado lo contrario.

HÁBEAS DATA. ESCRITURA PÚBLICA. Rectificación de escritura pública.

En puridad, lo que pretende la actora es la rectificación y/o destrucción del contenido obrante en el Acta Notarial, que fue suscripta por su parte y que obra en poder de la demandada, ya que el testimonio de la adulteración del certificado de venta es el que la perjudica laboralmente. Esta cuestión no puede ser dilucidada por medio de una acción constitucional, residual como es el caso del Habeas Data, sino por otras vías legales con más amplitud de discusión y alcance probatorio para el esclarecimiento de los hechos alegados por las partes. Solo Este hecho ya amerita el rechazo de la presente acción.

HÁBEAS DATA. ESCRITURA PÚBLICA. Rectificación de escritura pública.

No se puede discutir en un juicio de habeas data la rectificación o destrucción de declaraciones contenidas en actos jurídicos, que emiten informaciones

tan serias como las acusaciones de adulteraciones de documentos, cuando las mismas están labradas en un instrumento público, por ende no puede tenerse los como datos falsos o malintencionados, ya que el acta notarial fue suscripto por la propia actora. De lo contrario, si se hiciera lugar a lo peticionado se desnaturalizaría la acción constitucional de Hábeas Data, que está destinada a la obtención de informaciones erróneas o la afectación legítima de un derecho, empleándole como medio de invalidar actos jurídicos.

HÁBEAS DATA. ESCRITURA PÚBLICA. Rectificación de escritura pública.

La garantía constitucional del Hábeas Data no puede ser utilizada para redargüir de falsedad instrumentos públicos o los informe contenidos en los mismos, al contrario se debe alegar que los registros del caso incluyen información que es inexacta o que puede provocarle discriminación, a lo que se suma que su aplicación solamente es válida para registros públicos o privados de carácter público, no reuniendo ninguna de estas características al empresa demandada.

T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. 16/12/11. “Diana Noemí Ramírez González c/ Perfecta Automotores S.A. s/ Hábeas Data”. (A. y S. N° 97).

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

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia recurrida?

En caso contrario, ¿se halla ajustada a derecho?

Practicado el sorteo de ley, este, arrojó el siguiente orden de votación: Preopinante; la Magistrada VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ, Dr. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS y MARÍA MERCEDES BUONGERMINI PALUMBO.

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA LA MAGISTRADA VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ DIJO: El apelante desiste expresamente de este recurso y al no observarse vicios o errores en el procedimiento que ameriten su estudio de oficio por esta Alzada, corresponde tenerlo por desistido.

A SUS TURNOS LOS MAGISTRADOS OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS y MARÍA MERCEDES BUONGERMINI PALUMBO, manifiestan que se adhieren al voto de la Magistrada Valentina Núñez González por compartir sus mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA LA MAGISTRADA VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ DIJO: Por el fallo recurrido, el Juez de Primera

Instancia en lo Civil y Comercial del Séptimo Turno, resolvió: "...Hacer Lugar parcialmente a la acción de Habeas Data promovida por Diana Noemí Ramírez Gonzalez contra Perfecta Automotores SA, y en consecuencia, intimar a la firma Perfecta Automotores SA a que exhiba el original del documento (certificado de venta) supuestamente adulterado, en el plazo de cinco días de quedar firme y ejecutoriada la presente resolución, bajo apercibimiento de ordenarse el secuestro del aludido documento.; Imponer las costas en el orden causado; Anotar...".

El abogado Fernando A. Heisecke Gómez N., en representación de la firma Perfecta SA, se agravia contra la Sentencia recurrida, y fundamenta este recurso a fs. 99/101. En lo substancial, el apelante critica el análisis errado por el Juez de la causa, de los elementos probatorios y de las disposiciones legales aplicadas al caso en estudio. Agrega que su parte fue intimada varias veces para que presente el documento supuestamente adulterado (certificado de venta) y que ha negado tenerlo en su poder y que luego de las instrumentales agregadas en autos, el A-quo llega a la errada conclusión que el documento obra en poder de su representada. Por otro lado, se agravia por la aplicación del Art. 305 del CPC al caso en estudio, a los efectos de revertir lo reconocido por la demandante en el acta notarial, sosteniendo que es improcedente, puesto que su parte no ha negado la existencia ni el contenido del documento. Agrega el recurrente otras consideraciones por las cuales su parte se agravia contra el fallo en revisión, y finaliza solicitando su revocación, con costas.

La actora, Diana Noemí Ramírez González, por derecho propio y bajo patrocinio de abogado, contesta el traslado de la fundamentación del apelante, en el escrito de fs. 104/108, en el que refuta las afirmaciones realizadas por el mismo, sosteniendo que la Sentencia recurrida se encuentra ajustada a derecho y solicita su confirmación.

Revisadas las constancias procesales y las posiciones asumidas por las partes en esta Instancia, esta Magistratura se abocara al estudio de autos a los efectos de establecer si la Sentencia objeto de apelación se encuentra o no ajustada a derecho.

Debemos mencionar que el Hábeas Data es una garantía constitucional, cuya misión consiste en brindar protección inmediata y efectiva de los derechos fundamentales a la intimidad, a la inviolabilidad del patrimonio documental y la comunicación privada o la protección de la dignidad y de la imagen privada de las personas, afectados por las prácticas de almacenamiento, procesamiento y suministro de datos.

En efecto, el Art. 135 de la Constitución Nacional, dispone: "...Toda persona podrá acceder a la información y a los datos que sobre sí misma, o sobre sus bienes, obren en registros oficiales o privados de carácter público, así como reconocer el uso que se haga de los mismos y de su finalidad. Podrá solicitar ante el magistrado competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquellos, si fuesen erróneos o afectaran legítimamente sus derechos.

Conforme a la norma constitucional transcripta, el Hábeas Data es puesto a disposición de personas físicas o jurídicas para asegurarle el conocimiento de informaciones y datos concernientes a ellos en los registros públicos o particulares de carácter público, para la rectificación de sus datos personales. Constituye una garantía que tiene dos fases. Una primera permite que todos los habitantes puedan acceder a las constancias de los archivos y por lo tanto a controlar su veracidad. La segunda tiene por objeto la modificación del registro, sustancialmente en dos casos: cuando son falsos o requieren de actualización.

Asimismo, el órgano jurisdiccional debe evaluar la petición de la accionante, para corroborar la concurrencia de los siguientes requisitos: a) Identificar el registro de que se trata; b) Expresar si se conoce o no su contenido y en la primera hipótesis enunciar en que consiste; c) Presentar pruebas u ofrecer probar el error o inexactitud de lo registrado; y d) Expresar en qué consiste la ilegalidad que afecta sus derechos.

En esa tarea, la Sra. Diana Noemí Ramírez González promueve acción constitucional de Habeas Data, contra la firma Perfecta SA, alegando que la empresa demandada conserva datos falsos o erróneos acerca de su persona, que tiene como base una acusación falsa de adulteración de documentos, específicamente de un certificado de venta. Afirma que fue víctima de esta situación por parte de la Gerente General de la empresa accionada, y que la obligaron a firmar su renuncia para no perjudicarla así como también la obligaron a firmar el Acta Notarial de manifestaciones donde asume la responsabilidad del hecho. Manifiesta la actora que toda esta situación la ha perjudicado gravemente en su actividad laboral y comercial, ya que a raíz de la denuncia realizada por la parte demandada a la empresa de seguros Mapfre SA, esta ha rescindido el contrato laboral que mantenía con la actora. Peticiona la rectificación y/o destrucción de los datos falsos que posee la firma Perfecta Automotores SA por afectar legítimamente sus derechos.

De acuerdo a lo manifestado por la parte actora, se tiene que la misma solicita la rectificación y/o la destrucción de los datos erróneos que posee la

demandada. Según la Doctrina, se puede distinguir distintos tipos de acciones, conforme con la finalidad que persigue. En este caso se tiene dos tipos de acciones, el Hábeas Data Rectificador, solicitado a los efectos de modificar los datos erróneos que se posee y Hábeas data Cancelatorio solicitado para la “destrucción” de datos, cuando son erróneos o implican una afectación ilegítima a su derecho.

Como se anotó más arriba, la Sra. Diana Noemí Ramírez González, peticona la rectificación y/o la destrucción de los datos falsos que conserva la firma Perfecta Automotores SA sobre su persona, basado en una supuesta adulteración de documentos, específicamente un certificado de venta firmado por el director de la citada empresa. La empresa accionada, al momento de contestar la demanda, ha presentado las documentaciones con que cuenta en relación a la actora, atendiendo a que la Sra. Diana Ramírez González ha prestado servicios para la firma Perfecta Automotores SA, conforme se desprende de las documentales obrantes a fs. 33/51 de autos. Sostiene que los datos que obran en su poder se encuentran clasificados y resguardados en los archivos del Departamento de Recursos Humanos de la Empresa; y que en relación al documento adulterado (certificado de venta) expresa que el original obra en poder de la escribana Cinthia Cristina González de Secchia, quien ha labrado el acta notarial.

Ahora bien, esta Magistratura, al observar la postulación de la parte actora, considera que la acción de Hábeas Data debe ser rechazada, ya que por esta vía se pretende la rectificación o destrucción de datos insertos en un supuesto documento adulterado, aparentemente por la propia actora (ex empleada de la firma demandada), y que obra en los registros de la firma demandada. Y se dice supuesto, porque ninguna de las partes ha demostrado lo contrario. Lo que si se tiene por cierto, es la existencia de un Acta Notarial número 8 de fecha 12 del mes de febrero de 2008 (véase fs. 47/49), en donde se dejó constancia que la Sra. Diana Noemí Ramírez González adulteró el certificado de venta a los efectos de formalizar un seguro con la firma Mapfre, pero la actora afirma que fue coaccionada para la firma de dicho instrumento notarial, conjuntamente con su renuncia voluntaria y el recibo de la liquidación de sus haberes.

En puridad, lo que pretende la actora es la rectificación y/o destrucción del contenido obrante en el Acta Notarial, que fue suscripta por su parte y que obra en poder de la demandada, ya que el testimonio de la adulteración del certificado de venta es el que la perjudica laboralmente. Esta cuestión no puede ser

dilucidada por medio de una acción constitucional, residual como es el caso del Habeas Data, sino por otras vías legales con más amplitud de discusión y alcance probatorio para el esclarecimiento de los hechos alegados por las partes. Solo Este hecho ya amerita el rechazo de la presente acción.

No se puede discutir en estos tipos de juicios la rectificación o destrucción de declaraciones contenidas en actos jurídicos, que emiten informaciones tan serias como las acusaciones de adulteraciones de documentos, cuando las mismas están labradas en un instrumento público, por ende no puede tenérselos como datos falsos o malintencionados, ya que el acta notarial fue suscripto por la propia actora. De lo contrario, si se hiciera lugar a lo peticionado se desnaturalizaría la acción constitucional de Habeas Data, que está destinada a la obtención de informaciones erróneas o la afectación legítima de un derecho, empleándose como medio de invalidar actos jurídicos.

Por otro lado, esta Alzada no concuerda con la aplicación del Art. 305 del CPC, efectuada por el A-quo, en atención a que la parte demandada no ha negado la existencia ni el contenido del documento adulterado, por el contrario ha arrimado todas las documentaciones e informaciones acerca de su otrora trabajadora y actora de esta acción, manifestando que el certificado de venta se encontraba en el poder de la Escribana Cinthia Cristina González de Secchia, sin que se le peticione oficio alguno para la presentación de dicho documento.

En suma, esta garantía constitucional no puede ser utilizada para redargüir de falsedad instrumentos públicos o los informe contenidos en los mismos, al contrario se debe alegar que los registros del caso incluyen información que es inexacta o que puede provocar discriminación, a lo que se suma que su aplicación solamente es válida para registros públicos o privados de carácter público, no reuniendo ninguna de estas características al empresa demandada.

Conforme a los argumentos esgrimidos en párrafos anteriores, se llega a la conclusión que, la Sentencia recurrida debe ser revocada, imponiendo las costas a la parte perdedora conforme a lo establecido en el Art. 192, en concordancia con el Art. 203 inc. a) del CPC.

A SUS TURNOS LOS MAGISTRADOS OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS y MARÍA MERCEDES BUONGERMINI PALUMBO, manifiestan que se adhieren al voto de la Magistrada Valentina Núñez González por compartir sus mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Sres. Magistrados por

ante mí de que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue de inmediato.

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y los fundamentos en él esgrimidos, el TRIBUNAL DE APELACION EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA CAPITAL, PRIMERA SALA;

RESUELVE:

1. TENER POR DESISTIDO el recurso de nulidad.

2. REVOCAR, con costas, la Sentencia recurrida.

3. ANOTAR, registrar, notificar y remitir una copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Marcos Riera Hunter, Valentina Núñez, Oscar Paiva V.

Ante mí: María Teresa Cañete, Actuaría Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 100

Cuestión debatida: *En estos autos se discute la vocación hereditaria de la solicitante de condición de heredera como hija legítima.*

RECURSOS. Admisibilidad.

Las resoluciones judiciales solamente pueden ser objeto de recursos por las partes a quienes agravan las decisiones contenidas en aquellas, pero no pueden ser recurridas aquellas decisiones que no ocasionan perjuicio irreparable, sea porque son irrecurribles, o bien porque han sido dictadas acogiendo precisamente la solicitud o petición del litigante. Recurrir una resolución judicial que acoge lo que ha sido solicitado importa un contrasentido ya que tal determinación no ocasiona agravio irreparable, condición esencial para el otorgamiento de los recursos.

REGISTRO CIVIL. Certificado de nacimiento. SUCESIÓN. Declaratoria de herederos.

La Ley N° 58/1.914, vigente al tiempo en que se verificó el nacimiento de la solicitante de condición de heredera como hija legítima, preceptuaba en su Art. 42 que ante la inhabilidad de los padres en declarar el nacimiento, lo debía hacer un pariente mayor de edad más próximo que resida en el lugar del nacimiento. Dicha normativa tiene su relación en el Art. 60 de la Ley N° 1.266/87 del

Registro del Estado Civil. Así, con la declaración efectuada por el tío, extremo éste no discutido en autos, se dio cumplimiento con lo que la norma legal, vigente al tiempo del nacimiento, imponía para el caso del nacimiento de un hijo legítimo.

FILIACIÓN. Prueba de la filiación.

Existen extremos probatorios que acreditan la condición de heredera por lo que carece de todo sentido obligarla a que promueva un juicio de demostración de su filiación cuando que en autos surgen los extremos que lo acreditan.

REGISTRO CIVIL. Certificado de nacimiento.

No solamente no resultan aplicables las disposiciones contenidas en la actual Ley N° 1.266 del año 1987, como pretende el Ministerio Público, sino que tampoco son aplicables numerosas disposiciones de la Ley N° 58, específicamente el artículo 42 invocado por los Conjuces del Tribunal, por cuanto que todas estas disposiciones (las de la Ley 58/1914), contenidas en los capítulos IV, V y VII, han sido dejadas sin efecto por el referido Decreto Ley No. 11.665 del año 1946, que es la normativa que debe ser tenida en cuenta por la Magistratura para resolver la causa que se somete a su consideración puesto que, se reitera, la solicitante de condición de heredera como hija legítima, nació en el año 1947, siéndole aplicable, en consecuencia, las normas de la Ley N° 58/1914. (Voto en disidencia del DR. Marcos Riera Hunter).

REGISTRO CIVIL. Certificado de nacimiento.

Conforme surge de las constancias de los autos el nacimiento de la hija de la causante no declarado su nacimiento por esta fue declarado por el tío, razón por la cual, conforme la norma legal aplicable al caso, tal declaración efectuada por un tercero (pariente) importa no sólo la anotación de su nacimiento como tal, sino también la inscripción de la filiación de la misma, como hija legítima del esposo de la causante (ya fallecido, de quien fue declarada heredera anteriormente según S.D. N° 249 del 19 de julio de 1974) y de la causante del presente juicio sucesorio. (Voto en disidencia del DR. Marcos Riera Hunter).

T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. 20/12/11. "M. D. S. Vda. de S. s/ Sucesión". (A. y S. N° 100).

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

CUESTIONES:

¿Han sido correctamente concedidos los recursos?

En caso afirmativo, ¿es nula la sentencia en alzada?

En caso negativo, ¿se halla ajustada a derecho?

Practicado el sorteo de ley, este, arrojó el siguiente orden de votación: Preopinante; el Magistrado DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS, DR. MARCOS RIERA HUNTER y VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER DIJO: Corresponde, antes que nada, determinar si los recursos interpuestos han sido correctamente concedidos por el Juzgado de Primera Instancia. En tal sentido, se advierte que la representante del Ministerio Público, al emitir el Dictamen N° 2.986 de fecha 24 de octubre del 2007, agregado a fs. 55 de estos autos, manifestó que corresponde que se dicte resolución declarando que por el fallecimiento de la causante, M. D. S. Vda. De S. le suceden en calidad de herederos sus hijos B. D., E. R. y J. M. S. S. y, en tal concepto, con derecho a los bienes relictos y sin perjuicio de terceros. Asimismo, en el mismo dictamen, se opuso a la declaración de heredera respecto de la Sra. M. de la P. O. S. S. ratificándose, en cuanto a los fundamentos de la oposición, en el dictamen N° 711 del 22 de mayo del 2006. El Juzgado de Primera Instancia, al dictar la sentencia declaratoria que hoy se encuentra en grado de alzada, resolvió declarar la vocación hereditaria de todas las personas anteriormente nombradas, incluyendo a la Sra. M. de la P. O. S. S., razón por la cual la representante del Ministerio Público interpuso a fs. 79 de autos los recursos de apelación y nulidad contra la resolución pronunciada, recursos que fueron concedidos por el Juzgado por providencia de fs. 79, vlta.

Ahora bien: se advierte que el Ministerio Público carece de agravios en relación a la declaratoria de herederos de B. D, E. R. y J. M. S. S. (por cuanto que con anterioridad ya había aconsejado la declaratoria en relación a dichas personas), sino únicamente en relación a la Sra. M. de la P. O. S. S.. Es por ello por lo que el Juzgado debió rechazar los recursos interpuestos contra la sentencia declaratoria en relación a las tres primeras personas nombradas y conceder tales recursos solamente en relación a la cuarta. Sin embargo, no lo hizo así y concedió los recursos contra todo el dispositivo decisorio de la sentencia definitiva recurrida. Las resoluciones judiciales solamente pueden ser objeto de recursos por las partes a quienes agravan las decisiones contenidas en aquellas, pero no pueden ser recurridas aquellas decisiones que no ocasionan perjuicio irreparable, sea porque son irrecurribles, o bien porque han sido dictadas aco-

giendo precisamente la solicitud o petición del litigante. Recurrir una resolución judicial que acoge lo que ha sido solicitado importa un contrasentido ya que tal determinación no ocasiona agravio irreparable, condición esencial para el otorgamiento de los recursos.

Es por ello por lo que corresponde que el Tribunal declare mal concedidos los recursos interpuestos por el Ministerio Público contra la sentencia definitiva en alzada en cuanto resuelve declarar la vocación hereditaria de los Sres. Bernardo Doroteo, E. R. y J. M. S. S., debiendo analizar tales recursos solamente en relación a la Sra. María de la Purificación Octaviana Sánchez Sandoval. Así voto.

A SUS TURNOS LOS MAGISTRADOS DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS Y VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ: Manifiestan que se adhieren al voto del Magistrado Dr. Marcos Riera Hunter, por compartir sus mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL MAGISTRADO DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS DIJO: La recurrente, Agente Fiscal Abog. Gilda M. Acevedo de Corina, ha desistido expresamente de dicho recurso, entendiéndose que el vicio que alega puede ser subsanado dentro del recurso de apelación. En consecuencia, no advirtiéndose vicios o defectos que ameriten declarar la nulidad de oficio, corresponde tener por desistido el recurso. Así voto.

A SUS TURNOS LOS MAGISTRADOS DR. MARCOS RIERA HUNTER Y VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ: Manifiestan que se adhieren al voto del Magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos, por compartir sus mismos fundamentos.

A LA TERCERA CUESTIÓN PLANTEADA EL MAGISTRADO DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS DIJO: Por la Sentencia Apelada el A quo resolvió: “DECLARAR que por el fallecimiento de M. D. S. vda. de S. le suceden como herederos, sus hijos B. D., E. R., M. De La P. O. S. S. y J. M. S. S. y en tal carácter, con derecho a los bienes relictos, sin perjuicio de terceros...”.

La Agente Fiscal recurrente expresa sus agravios en su escrito obrante a fs. 92/96 manifestando que, la resolución recurrida agravia a esa representación de la sociedad al declarar como heredera a la Sra. M. de la P. O. S. S., entendiéndose que ella viola normas de orden público relativas al estado de familia, los que sucintamente se centran en tres argumentos: 1) que la filiación debe acreditarse con las correspondientes partidas de nacimiento en la que conste el

reconocimiento expreso de ambos padres, tratándose de hijos extramatrimoniales o de uno de ellos si se trata de hijos matrimoniales; 2) la resolución por la que declara a la Sra. M. de la P. O. S. S. heredera de su padre no constituye por sí solo prueba de su filiación y 3) que el juicio sucesorio no es la vía para obtener un pronunciamiento en relación a la filiación.

Sostiene que, a través de los Dictámenes N° 711, del 22/05/2.006 (fs. 20); N° 2.986, del 24/10/2.007 (fs. 55) y N° 293, del 04/05/2.008 (fs. 66), dicha fiscalía se había opuesto a la inclusión de la Sra. M. de la P. O. S. S. como heredera en razón a que el nacimiento de la misma había sido declarado por un tercero, Sr. Francisco Sandoval, tío de la nombrada, que no tendría efectos respecto de los padres que no la reconocieron.

La adversa contesta estos agravios expresando que las manifestaciones de la Agente Fiscal no se ajustan a la verdad, sosteniendo que existe por parte de la recurrente una confusión entre las cuestiones de orden público, con un exceso de ritualismo, afirmando que existen cuestiones ya juzgadas por sentencias firmes y ejecutoriadas agregadas en autos que acreditan que la Sra. M. de la P. O. S. S. fue declarada heredera de su padre y que los propios hermanos admiten este hecho. Agrega que al tiempo en que ocurrió el nacimiento de la nombrada regía la Ley N° 58/1914 y que el nacimiento fue declarado por el tío en razón de que el padre estaba cumpliendo servicio en el interior del país en su carácter de militar de carrera y que la madre se hallaba internada en el hospital, sosteniendo finalmente que deviene innecesaria la promoción de un juicio de filiación por vía ordinaria ya que existen elementos probatorios agregados en autos que acreditan la condición de hija matrimonial, extremo éste que habrían sido valorados en el juicio sucesorio de su padre.

Concluye su memorial peticionando se confirme la sentencia recurrida.

En estos autos se discute la vocación hereditaria de la Sra. M. de la P. O. S. S..

De las constancias de autos, específicamente, de la fotocopia autenticada del Tomo II, 3ª Sección del año 1947, del Registro de Estado Civil, agregada a fs. 62, como del Certificado de Nacimiento agregado a fs. 64, surge que el nacimiento de la Sra. M. de la P.O.S.S. fue inscripto en el Registro de Estado Civil, por el Sr. Francisco Sandoval, resultando que la nombrada fue inscripta como hija legítima de E.S.A. y M.D.S.

La Ley N° 58/1914, vigente al tiempo en que se verificó el nacimiento de la Sra M. de la P.O.S.S., preceptuaba en su Art. 42 que ante la inhabilidad de los

padres en declarar el nacimiento, lo debía hacer un pariente mayor de edad más próximo que resida en el lugar del nacimiento. Dicha normativa tiene su relación en el Art. 60 de la Ley N° 1.266/87 del Registro del Estado Civil.

Así, con la declaración efectuada por el Sr. F S, tío de la Sra. S S, extremo éste no discutido en autos, se dio cumplimiento con lo que la norma legal, vigente al tiempo del nacimiento, imponía para el caso del nacimiento de un hijo legítimo.

La condición de hija legítima del Sr. Enrique Sánchez Acosta fue reconocida en la sucesión del nombrado, a la que concurrió con la madre, Sra. M.D. Sviuda de Sánchez, causante de la presente sucesión, conforme surge de la S.D. 249, de fecha 19 de julio de 1974, obrante a fs. 63, recaída en el juicio “Enrique Sánchez Acosta s/ Sucesión”, no constando en la resolución que hubiese habido reclamo alguno de la misma, ante la calidad de hija legítima invocada por la misma y reconocida en la sucesión.

Por otro lado, del escrito de promoción del sucesorio ab-intestato planteado por el Sr. Enrique R. Sánchez Sandoval (fs. 10/11) resulta que la condición de hija matrimonial del causante fue reconocida a la Sra. M. de la P. O. S. S. por sus propios hermanos, extremo que se ratifica con la presentación de fs. 24, 53 y siguientes.

Existen extremos probatorios que acreditan la condición de heredera de la Sra. M. de la P. O. S. S. de la Sra. M D S vda. de S por lo que carece de todo sentido obligarla a que promueva un juicio de demostración de su filiación cuando que en autos surgen los extremos que lo acreditan.

Conforme con los argumentos vertidos, más arriba y a las constancias de autos, se debe hacer lugar a la declaración de heredera a favor de la Sra. M. de la P. O. S. S., confirmando el fallo de la baja instancia. Así voto.

A SU TURNO EL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER DIJO: Básicamente, la representante del Ministerio Público se opone a la declaratoria de herederos en relación a la Sra. M. de la P.O.S.S. –por ello pide la revocatoria de la sentencia recurrida a dicho respecto– fundada en que una figura es la de la declaración de los nacimientos y otra distinta la del reconocimiento de las filiaciones. Agrega que el nacimiento de la Sra. M. de la P.O.S.S. ha sido declarado por un tercero, el Sr. F.S., pero que no existen en los autos constancias de que haya sido reconocida por la causante o su cónyuge, siendo insuficiente para dicho efecto la declaración de nacimiento efectuada por el tercero por cuanto que

la misma no constituye prueba de filiación en la relación a las personas que no declararon el nacimiento. Solamente, dice, es prueba del nacimiento y no de la filiación respecto de la causante de esta sucesión. Invoca como fundamento legal de los agravios las disposiciones contenidas en los artículos 60/66 de la Ley N° 1.266/1987 “Del Registro del Estado Civil”.

Como primer punto debe señalarse con énfasis que las normas legales invocadas por la representante del Ministerio Público Fiscal no resultan aplicables al caso cuyo estudio se somete a la consideración de esta Magistratura de Alzada por cuanto que las mismas han entrado en vigencia en el año 1987 y, sin embargo, la Sra. M. de la P. O. S. S. ha nacido, conforme certificado agregado a autos, en el año 1.947, es decir, antes de la vigencia de la normativa que hoy rige el estado civil de las personas en la República. Por aplicación del principio de irretroactividad de la ley, legislado en el artículo 14 de la Constitución Nacional, tales disposiciones resultan por completo inaplicables, debiendo tenerse en cuenta para resolver la causa las normas que se encontraban legalmente en vigor al tiempo del nacimiento de la Sra. María de la M. de la P. O. S. S.

En tal sentido, debe considerarse, inicialmente, la Ley N° 58 del año 1914, que reglamentó el funcionamiento del Registro del Estado Civil de las Personas. La citada normativa contiene disposiciones relativas a los nacimientos, y al reconocimiento y legitimaciones (Capítulos IV y VII, respectivamente), discriminando, por tanto, por un lado, la figura de la declaración de los nacimientos y, por otro lado, la del reconocimiento y las legitimaciones, tal como refiere el Ministerio Público invocando para ello la Ley N° 1.266/87. Sin embargo, es relevante señalar que los capítulos IV y VII de la Ley N° 58/1914 han sido expresamente derogados por los artículos 1° y 39 del Decreto Ley N° 11.665 del año 1.946. El citado artículo 1° dispone: “Sustitúyense los Capítulos IV y V de la ley 58 del Registro Civil, de acuerdo a las disposiciones de los artículos siguientes ...”, es decir, los artículos 2° y sigtes. de la citada normativa. A su vez, el artículo 39 dice: “Sustitúyense las disposiciones del Capítulo VII de la Ley 58, relativos a reconocimientos por las disposiciones siguientes: Suprímense los actos de reconocimientos realizados en los Libros respectivos de las Oficinas de Registro Civil, que en lo sucesivo pasarán a formalizarse en los Registros de Nacimientos como inscripciones de nacimientos con las correspondientes formalidades para tales anotaciones”.

Los fundamentos antes expresados conducen a la conclusión de que no solamente no resultan aplicables las disposiciones contenidas en la actual Ley

Nº 1.266 del año 1.987, como pretende el Ministerio Público, sino que tampoco son aplicables numerosas disposiciones de la Ley Nº 58, específicamente el artículo 42 invocado por los Conjueces del Tribunal, por cuanto que todas estas disposiciones (las de la Ley 58/1.914), contenidas en los capítulos IV, V y VII, han sido dejadas sin efecto por el referido Decreto Ley Nº 11.665 del año 1946, que es la normativa que debe ser tenida en cuenta por la Magistratura para resolver la causa que se somete a su consideración puesto que, se reitera, la Sra. M. de la P.O.S.S. nació en el año 1.947, siéndole aplicable, en consecuencia, las normas del citado Decreto Ley.

Desde el momento en que, por disposición del artículo 39, del Decreto Ley Nº 11.665/1947, se establece que los actos de reconocimientos “pasarán a formalizarse en los Registros de Nacimientos como inscripciones de nacimientos con las correspondientes formalidades para tales anotaciones”, la normativa que debe ser aplicada a la especie es la contenida en el artículo 3º del mismo Decreto Ley que dispone: “La declaración de nacimiento, tratándose de hijos legítimos, deberá ser hecho obligatoriamente, en primer término, por uno de los padres. Por ausencia, incapacidad e inexistencia de ambos, por el miembro de la familia o pariente, mayor de edad, en grado más próximo que tenga conocimiento del hecho. A falta de éstos, por el vecino de la casa donde haya ocurrido el alumbramiento o por quien le conste personalmente dicha circunstancia. También puede hacerla el autorizado con poder especial otorgado por cualquiera de los padres, como también los tutores”.

Conforme surge de las constancias de los autos, fs. 7, 62, 63, 64, el nacimiento de la Sra. M. de la P.O.S.S. fue declarado por el Sr. Francisco Sandoval, razón por la cual, conforme la norma legal aplicable al caso, tal declaración efectuada por un tercero (pariente) importa no sólo la anotación de su nacimiento como tal, sino también la inscripción de la filiación de la misma, como hija legítima del Sr. Enrique Sánchez (ya fallecido, de quien fue declarada heredera anteriormente según S.D. Nº 249 del 19 de julio de 1974) y de la Sra. María Dorotea Sandoval, causante del presente juicio sucesorio. Resulta relevante hacer constar que en el documento que registra la anotación del nacimiento de la Sra. M. de la P.O.S.S. (fs. 62) se consignó una nota que textualmente dice: “La presente inscripción se hace en virtud del artículo tercero y doce del Decreto Ley número once mil seiscientos sesenta y cinco”, precisamente el que ha sido señalado por esta Magistratura como el aplicable (art. 3º) al caso particular en estudio.

En consecuencia, habiéndose acreditado conforme los instrumentos públicos citados no solamente el nacimiento de la Sra. M. de la P. O. S. S., sino su filiación como hija legítima de la causante, corresponde que el Tribunal confirme la sentencia en grado de recurso en cuanto resuelve declarar que por el fallecimiento de la Sra. M. D. S. Vda. de S le sucede como heredera su hija, la Sra. M. de la P. O. S. S., por hallarse la decisión ajustada a Derecho.

A SU TURNO LA MAGISTRADA VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ: Manifiesta que se adhiere al voto del Magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos, por compartir sus mismos fundamentos.

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

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y los fundamentos en él esgrimidos, el TRIBUNAL DE APELACION EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA CAPITAL, PRIMERA SALA;

RESUELVE:

TENER por desistido al recurrente del recurso de nulidad interpuesto.

CONFIRMAR la sentencia apelada, de conformidad a los argumentos vertidos en el considerando de la presente resolución.

ANOTAR, registrar y remitir una copia a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Marcos Riera Hunter, Valentina Núñez, Oscar Paiva V.

Ante mí: María Teresa Cañete, Actuaría Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N°104

BIENES PRIVADOS DEL ESTADO.

Por disposición de la ley, y en este caso el Código Civil, taxativamente impide la concesión de la propiedad de las tierras del dominio privado, pertenecientes al Estado y a los Entes Autónomos del Derecho Público, mediante el procedimiento de la Usucapión; consecuentemente, podemos decir que la acción intentada, en estas condiciones, es *objetivamente improponible*, motivo por el cual, no debió ser tramitada.

BIENES PRIVADOS DEL ESTADO.

Sin lugar a dudas se puede afirmar que el patrimonio del Banco Nacional de Trabajadores está supeditado a los preceptos que reglamentan los bienes públicos, aún cuando su capital no esté íntegramente conformado con aportes estatales, y de ello se deduce que el Banco Nacional de Trabajadores es una entidad de naturaleza *mixta*, cuyo capital se integra con aportes de los trabajadores, del Estado y de otras personas físicas o jurídicas.

BIENES PRIVADOS DEL ESTADO.

El Banco Nacional de Trabajadores, es una entidad autónoma de derecho público, por lo que de conformidad a la normativa vigente citada precedentemente la demanda es objetivamente improponible e improcedente, por tanto se concluye que los bienes del Banco Nacional de Trabajadores no pueden ser adquiridos por usucapión, dados que los mismos se hallan sometidos al régimen de los bienes públicos del Estado.

USUCAPIÓN.

La usucapión es un medio excepcional de adquisición de dominio de un inmueble. Aunque la ley admita esta vía, la misma es exigente en cuanto a los requisitos y a la prueba de los hechos necesarios –posesión, antigüedad, correcta identificación, dimensiones exactas, etc.–, es decir la comprobación de los extremos exigidos debe efectuarse de manera precisa.

BIENES DEL DOMINIO PÚBLICO.

La demanda, obviamente, debe plantearse contra quien es propietario del bien, por el poseedor que no lo es. Al demandarse al BNT, el accionante lo considera *propietario* del bien objeto de la demanda, y no puede ser de otro modo de conformidad a los documentos agregados en autos, por lo que corresponde la aplicación del art. 1993 del Cod. Civil, en concordancia con el Capítulo II, del CC, en el art. 1898 que dispone la inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad de los bienes de dominio público del Estado.

PRUEBA DE TESTIGOS. Apreciación de la prueba testimonial.

En cuanto a la valoración de las declaraciones testimoniales de las personas propuestas por el accionante, las mismas no han sido contestes ni uniformes en sus respuestas en cuanto al año en que empezó a poseer el actor el inmueble; tampoco fueron precisos a la extensión ocupada; como al dar la razón de sus dichos.

USUCAPIÓN. Cómputo del plazo en la usucapión.

Al no haberse podido establecer con cierta certeza el inicio de la posesión a los efectos de la usucapión y siendo este elemento el mas importante para la procedencia de una usucapión, la demanda instaurada no procede.

ACCIÓN REAL. REIVINDICACIÓN. Acción reivindicatoria.

Los arts. 2407 y 2408 del Código Civil determinan que la acción reivindicatoria compete al propietario de la cosa y se da en contra del poseedor, y el art. 1940 del mismo cuerpo legal expresa “Un título valido no da sino un derecho a la posesión de la cosa, y no la posesión misma. El que no tiene sino un derecho a la posesión no puede, en caso de oposición, tomar la posesión de la cosa, debe demandarla por las vías legales...”.

USUCAPIÓN.

Del título de propiedad y del informe de condiciones de dominio expedido por la Dirección General de los Registros Públicos demuestran que la propiedad del inmueble en litigio pertenece al Banco Nacional de Trabajadores reconviente, quien también ha pagado los impuestos inmobiliarios , lo que determina que esta acción fue acogida por el Juzgado de Primera Instancia correctamente, por lo que corresponde confirmar la resolución en todas sus partes declarando que la demanda por usucapión contra el Banco Nacional de Trabajadores es objetivamente improponible e improcedente, por lo que debe ser rechazada y haciendo lugar a la demanda de reivindicación de inmueble promovida por el Banco Nacional de Trabajadores en Quiebra.

T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. 23/12/11. “Idilio Bartolomé Recalde Agüero c/ Banco Nacional de Trabajadores en Quiebra s/ Usucapión” (A. y S. N° 104).

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

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia recurrida?

En caso contrario, ¿se halla ajustada a Derecho?

Practicado el sorteo de ley, este, arrojó el siguiente orden de votación: Preopinante; la Magistrada VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ, DR. CARMELLO A. CASTIGLIONI Y RAÚL GÓMEZ FRUTOS.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA LA MAGISTRADA VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ DIJO: El recurrente ha fundamentado dicho recurso expresando que debe anularse la sentencia de Primera Instancia en virtud de

que es un nítido modelo de mala sentencia e incluso, de una sentencia aberrante. Su razonamiento jurídico es abiertamente contradictorio e incongruente porque por una parte, en ella se afirma que la demanda de autos es improponible pues, según la Jueza sentenciante, el banco demandado es una institución del Estado y sus bienes, por lo tanto, no son susceptibles de usucapión y, por la otra, no obstante esa pretendida improponibilidad, examina seguidamente todos los hechos y prueba referidos a los demás presupuestos de la acción en autos. Que analizado el fallo en cuestión no se observan vicios en la sentencia ni en el procedimiento que lo invaliden como acto jurisdiccional o que puedan motivar la declaración de nulidad, pudiendo ser estudiados dichos agravios por vía del recurso de apelación. En estas condiciones, corresponde, desestimar el recurso de nulidad interpuesto. Así voto.

A SUS TURNOS LOS MAGISTRADOS DR. CARMELO A. CASTIGLIONI Y RAÚL GÓMEZ FRUTOS: Manifiestan que se adhieren al voto de la Magistrada Valentina Núñez González, por compartir sus mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA LA MAGISTRADA VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ DIJO: Por la Sentencia recurrida la Jueza resolvió: “Declarar que la presente demanda de usucapión que deduce el Sr. Idilio Bartolomé Recalde Agüero contra el Banco Nacional de Trabajadores es objetivamente improponible e improcedente, por lo que debe ser rechazada. Hacer Lugar, con costas, a la demanda de reivindicación de inmueble promovida por el Banco Nacional de Trabajadores en Quiebra contra Idilio Bartolomé Recalde Agüero y ocupantes y en consecuencia condenar al demandado, su familia y ocupantes a desocupar el inmueble identificado en el considerando de esta resolución en el plazo de 10 días a contar desde que la presente resolución quede firme y ejecutoriada, bajo apercibimiento de ser ordenado su desahucio. Imponer las costas a la parte actora”. Anotar, registrar...”.

Que en un extenso escrito que va de fs. 263/275, expresa agravios el apoderado de la parte actora, haciendo una serie de comentarios sobre lo que considera fue el derrotero seguido por la Jueza para llegar a las conclusiones plasmadas en su resolución, cuestión que no viene al caso, y que sucintamente podrían resumirse en que: a) “.. la S.D. N° 350 recurrida, esta totalmente equivocada cuando entiende que la usucapión de estos autos no es procedente porque el inmueble objeto de ella es un bien del dominio estatal. Esta conclusión es errónea, si se atiende al hecho de que la posesión, a objeto de usucapir del Sr.

Idilio Bartolomé Recalde Agüero se inició en el año 1971, y que durante el curso de esa posesión, y hasta operarse ella por haber transcurrido el plazo de 20 años, exigido en el art. 1989 del Código Civil, el inmueble usucapido pertenecía al dominio privado de Compañía Sudamericana de Cereales SA, según consta en el Título de propiedad del inmueble usucapido (Finca 1864 de Nueva Germania), presentado en autos por el propio Banco Nacional de Trabajadores, fs. 65/12 de autos. En ese título de fs. 65/120, puede verse que la Finca 1864 de Nueva Germania fue adquirida por el Banco Nacional de Trabajadores el 20 de febrero de 2.004, lo cual quiere decir que, hasta entonces, era susceptible de ser adquirido por usucapión, en virtud de la regla general del art. 1917 del Código Civil: “Todas las cosas que están en el comercio son susceptibles de posesión”. Quiere decir, también, que durante el curso de la usucapión por parte del Sr. Idilio Recalde de la Finca 1864 de Nueva Germania, de 1971 a 1991, no estaba alcanzado dicho inmueble por la imprescriptibilidad dispuesta en la norma del art. 1904 del Código Civil: “Los inmuebles del dominio privado del Estado y de propiedad pública o privada de las Municipalidades no pueden adquirirse por prescripción”. De modo que, bien examinados y afinados los plazos aplicables al caso, se clarifica que jamás pudo pensarse en algo semejante a la improponibilidad de la demanda de usucapión de autos, como desaprensivamente se hace en la S.D. recurrida... Además, es sabido –y, la misma ley lo dice–, la sentencia judicial de usucapión es solo declarativa, que se limita a constatar los hechos posesorios de quien se presenta como titular de la respectiva posesión... Llevamos así establecidas dos incuestionables conclusiones, a saber: a) Que la usucapión del Sr. Idilio Recalde se inició y concluyó cuando la Finca 1864 de Nueva Germania, pertenecía al dominio privado, y, b) Que la sentencia de usucapión es solo declarativa... la S.D. recurrida es verdaderamente notable por el interés que revela en descalificar las pruebas del actor, articulando hechos, circunstancias y argumentos que no fueron expuestos en este juicio, por ninguna de las partes”. Pide finalmente que el Tribunal revalúe totalmente las pruebas en autos, y las amerite con un criterio coordinado, aplicando las reglas de la sana crítica al producto que resulte de la apreciación armónica de todos los elementos producidos en este juicio, solicitando revocar con costas la sentencia recurrida.

El abogado Carlos Alberto Zilbervarg, al contestar el traslado que se le corriera a su parte, afirma que la sentencia apelada debe ser confirmada en todas sus partes, pues no es verdad que la Finca que ocupa puede ser adquirida

por usucapión. El Banco demandado es una entidad de naturaleza mixta cuyo capital se integra con aportes de los trabajadores, del Estado y de otras personas físicas y jurídicas y por lo tanto al ser parte de los aportes provenientes de fondos públicos (del Estado Paraguayo) no se puede prescribir en virtud a lo dispuesto en el art. 1993 del Cod. Civil... Es importante destacar que el apelante afirma que la posesión de su mandante comenzó en 1971 y eso no es verdad, pues de las pruebas existentes en el Expediente resulta que la casa de material existente al frente de la propiedad es nueva y que comenzó a poseer el inmueble que pretende usucapir, solamente hace doce años y al respecto es importante el informe de la Ande obrante a fs. 213 que determino que el actor se conectó al suministro eléctrico recién el 10 de enero de 2002 y es impensable creer que desde 1971 hasta el 2002 el actor y toda su familia han vivido en el Inmueble objeto de este juicio sin luz, pudiendo haber solicitado y obtenido ese servicio. De ello resulta que no es cierto que la posesión del Sr. Idilio Recalde se inició y concluyó cuando el inmueble pertenecía al dominio privado, pues se ha demostrado en autos que la posesión del citado comenzó recién en el año 1996 siendo que la demanda se inició en el año 2008... Es evidente y así lo ha sostenido la reiterada jurisprudencia de nuestros tribunales y la doctrina extranjera que la usucapión es una institución que debe aplicarse con criterio restrictivo. No se puede despojar de un inmueble al legítimo propietario cuando existan dudas sobre el tiempo de la posesión del actor, o peor aún, cuando en el caso que nos ocupa, que es evidente que la posesión comenzó cuando mucho entre 12 y 10 años antes de haberse establecido la demanda. Que es claro que los argumentos dados por el recurrente, tendientes a lograr la revocación de la Sentencia no pueden prosperar por mas que se esfuerce en corregir ahora los dichos de los testigos, pues si los testigos de la actora conocen al actor desde el año 1996 como pueden saber que desde 1971 posee la propiedad. Pide la confirmatoria del fallo con costas.

Estudiados los autos, los agravios del apelante, y las razones esgrimidas por la demandada y reconviniendo, en primer término debemos mencionar que por disposición de la ley, y en este caso el Código Civil, taxativamente impide la concesión de la propiedad de las tierras del dominio privado, pertenecientes al Estado y a los Entes Autónomos del Derecho Público, mediante el procedimiento de la Usucapión; consecuentemente, podemos decir que la acción intentada, en estas condiciones, es *objetivamente improponible*, motivo por el cual, no debió ser tramitada.

Así tenemos que el art. 1993 del CC dispone: “...*Las tierras del dominio privado del Estado y de los entes autónomos del Derecho Público no pueden ser adquiridas por usucapión...*”, es decir, está prohibido por la ley.

Que, sin lugar a dudas se puede afirmar de que el patrimonio del Banco Nacional de Trabajadores está supeditado a los preceptos que reglamentan los bienes públicos, aún cuando su capital no esté íntegramente conformado con aportes estatales, y de ello se deduce que el Banco Nacional de Trabajadores es una entidad de naturaleza *mixta*, cuyo capital se integra con aportes de los trabajadores, del Estado y de otras personas físicas o jurídicas. La doctrina alusiva a la materia es sumamente explicativa al señalar que, si bien una empresa mixta se compone en parte con capital privado, no por ello deja de someterse al *régimen de los bienes y fondos públicos*.

En este orden se tiene que el Banco Nacional de Trabajadores, es una entidad autónoma de derecho público, por lo que de conformidad a la normativa vigente citada precedentemente la demanda es objetivamente improponible e improcedente, por tanto se concluye que los bienes del Banco Nacional de Trabajadores no pueden ser adquiridos por usucapión, dados que los mismos se hallan sometidos al régimen de los bienes públicos del Estado.

Además de esto, en el juicio de usucapión, debe procederse con criterio restrictivo, en atención a las razones de orden público interesadas. La usucapión es un medio excepcional de adquisición de dominio de un inmueble. Aunque la ley admita esta vía, la misma es exigente en cuanto a los requisitos y a la prueba de los hechos necesarios –posesión, antigüedad, correcta identificación, dimensiones exactas, etc., es decir la comprobación de los extremos exigidos debe efectuarse de manera precisa. Deben ser objeto de plena prueba el cumplimiento de todos los requisitos objetivos. Tal posibilidad es restrictiva y procede únicamente, una vez cumplidos con exactitud y perfección las exigencias legales, doctrinales y jurisprudenciales. Ante la mínima duda por parte de los juzgadores, corresponde el rechazo de la pretensión de usucapir un inmueble. El onus probandi en esta materia debe ser riguroso y exigente. Requiere el pleno convencimiento y puntilloso cumplimiento de los extremos probatorios necesarios para la procedencia de la acción.

La demanda de usucapión se encuentra encaminada a obtener la propiedad plena de un inmueble, probando que se han reunido todos los requisitos que la ley exige al respecto. La demanda, obviamente, debe plantearse contra quien

es propietario del bien, por el poseedor que no lo es. Al demandarse al BNT, el accionante lo considera *propietario* del bien objeto de la demanda, y no puede ser de otro modo de conformidad a los documentos agregados en autos, por lo que corresponde la aplicación del art. 1993 del Cod. Civil, en concordancia con el Capítulo II, del CC, en el art. 1898 que dispone la inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad de los bienes de dominio público del Estado.

El recurrente se agravia, diciendo que el razonamiento jurídico de la sentenciable es abiertamente contradictorio e incongruente, pues por un lado afirma que la demanda de autos es improponible y por otra parte examina seguidamente todos los hechos y pruebas referidos a los demás presupuestos de la acción en autos. En este punto es preciso que aclaremos objetivamente sobre todos y cada uno de los puntos que determinan, en sentido general, el contenido y alcances del rechazo de la demanda como manifestación contralora de la actividad jurisdiccional, para poder propiciar su aplicación y despertar interés en la misma: El rechazo de la demanda por ser ella improponible debemos entenderlo en sentido amplio y comprenderá integrado en él, las diversas figuras que existen actualmente y que se conocen como inadmisibilidad, improcedencia, ineptitud, etc... Que siendo el Juez el director del proceso quien debe ceñirse a los principios de la discrecionalidad, la justicia y el derecho, tiene el ejercicio de atribuciones judiciales implícitas como ser el principio de autoridad, eficacia y economía y celeridad procesal que permiten que aplique institutos procesales como el de la improponibilidad de la demanda. Queda claro, que esto no significa que pueda dejar de lado el análisis de las pruebas agregadas en autos, pues ella vulneraría el derecho constitucional de defensa en juicio, mas aún habiendo una demanda reconvenzional que debía ser estudiada y tratada en donde se demostró que la demanda de usucapión instaurada por el Sr. Idilio Recalde además de ser improponible por pretender usucapir bienes que no pueden ser adquiridos por la usucapión, tampoco reunía los requisitos indispensables exigidos por el art. 1989 del Cod. Civil. ya que no existe una clara determinación del tiempo en que el mismo presuntamente inició la posesión del bien, no ha podido establecerse con cierta certeza el inicio de la posesión, por lo que siendo este elemento el más importante para la procedencia de una usucapión, la demanda instaurada no procede.

La improponibilidad de la demanda está sujeta al juicio del juzgador, por ello el A-quo puede abordarlo en cualquier estado del proceso y no solo ab initio,

como afirma la parte actora, y en estos autos, con buen criterio el A -quo no rechazó in limine la demanda y sustanció el proceso llegando a la conclusión expresada en el resuelve.

Que, en cuanto a la valoración de las declaraciones testimoniales de las personas propuestas por el accionante obrantes a fs. 184/189, las mismas no han sido contestes ni uniformes en sus respuestas en cuanto al año en que empezó a poseer el actor el inmueble; tampoco fueron precisos a la extensión ocupada; como al dar la razón de sus dichos manifestaron trabajar con el actor, porque siempre lo visitaban, fue a pedir colaboración, contraponiéndose con las declaraciones de los testigos propuestos por la demandada y reconviniendo obrantes a fs. 207,210/212 lo que le resta credibilidad a sus declaraciones y en este tipo de proceso ordinario el Juez debe ser estricto en la apreciación de las pruebas, que no deben dejar lugar a dudas. Al no haberse podido establecer con cierta certeza el inicio de la posesión y siendo este elemento el más importante para la procedencia de una usucapión, la demanda instaurada no procede.

Que, del análisis de la sentencia recurrida, surge que la apreciación de las pruebas por parte de la A-quo ha sido en base a la prueba legal o tasada y el de la libre convicción, sin apartarse de las reglas de la sana crítica que se encuentra constreñido en el principio de la experiencia y la lógica, es decir en los principios extraídos de la observación del normal comportamiento humano confirmado por la realidad. Al decir de Eduardo Couture, T. II, pág. 195: *“Las reglas de la sana crítica son reglas de correcto entendimiento humano, contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar, pero estables y permanentes en cuanto a los principios en que debe apoyarse la sentencia”*.

Que, el inferior ha valorado las pruebas producidas y diligenciadas por las partes, al permitir el contradictorio, vale decir el debate, derivadas de la aplicación del debido proceso, y con ello reafirmó los principios constitucionales de la defensa en juicio y de igualdad de oportunidades.

Al respecto del tema en cuestión, la Corte Suprema de Justicia ha expresado: “...El Banco Central del Paraguay es una empresa del Estado y sus bienes en consecuencia son estatales y por lo tanto fuera de la posibilidad que puedan ser objeto de usucapión. Los fondos de las empresas públicas son también público” (Corte Suprema de Justicia, Ac. y Sent. N° 328, en los autos: “Urbietta Valdovinos, Roberto Marcial c/ Banco Central del Paraguay s/ Usucapión”; *“...al no estar cuestionado el título de propiedad del inmueble en litigio, corresponde*

confirmar el apartado de hacer lugar a la demanda reivindicatoria...” (TApel. Civil y Com., Segunda Sala, Ac. y Sent. N° 53, en los autos: “Fanego Cabrera de Frutos, Miriam Catalina c/ Arrúa Giménez, Alba s/ Reivindicación de Inmueble”).

En la obra de Fenochietto-Arazi, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Tomo II, pág. 176, se expresa: “...*Cuando surge en forma manifiesta que la presentación carece de tutela jurídica, ya porque la demanda tiene un objeto inmoral o prohibido por las leyes o porque la causa invocada como fundamento de la petición es ilícita o inmoral, el juez debe rechazar de oficio la demanda a fin de evita un dispendio tan inútil como vicioso de la actividad jurisdiccional...*”.

Que, los arts. 2407 y 2408 del Código Civil determinan que la acción reivindicatoria compete al propietario de la cosa y se da en contra del poseedor, y el art. 1940 del mismo cuerpo legal expresa “Un título valido no da sino un derecho a la posesión de la cosa, y no la posesión misma. El que no tiene sino un derecho a la posesión no puede, en caso de oposición, tomar la posesión de la cosa, debe demandarla por las vías legales...”.

Que del título de propiedad y del informe de condiciones de dominio expedido por la Dirección General de los Registros Públicos demuestran que la propiedad del inmueble en litigio pertenece al Banco Nacional de Trabajadores reconviniente, quien también ha pagado los impuestos inmobiliarios, lo que determina que esta acción fue acogida por el Juzgado de Primera Instancia correctamente, por lo que corresponde confirmar la resolución en todas sus partes e imponiendo las costas de esta instancia al apelante perdidoso de acuerdo a lo disponen los arts. 192 y 203 del CPC. Así voto.

A SUS TURNOS LOS MAGISTRADOS DR. CARMELO A. CASTIGLIONI Y RAÚL GÓMEZ FRUTOS: Manifiestan que se adhieren al voto de la Magistrada Valentina Núñez González, por compartir sus mismos fundamentos.

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

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y los fundamentos en él esgrimidos, el TRIBUNAL DE APELACION EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA CAPITAL, PRIMERA SALA;

RESUELVE:

1. NO HACER LUGAR al recurso de nulidad.
2. CONFIRMAR con costas, la sentencia apelada.
3. ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Marcos Riera Hunter, Valentina Nuñez, Oscar Paiva V.
Ante mí: María Teresa Cañete , Actuaría Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N°105

Cuestión debatida: *En estos autos, el debate se circunscribe a dilucidar si la terminación del contrato de prestación de servicios que existió entre el actor y la empresa demandada, se ajustó o no al derecho aplicable, es decir, al Código Civil Alemán, para que, una vez establecido esto, determinar si la demanda de incumplimiento de contrato es o no procedente.*

LEY. Aplicación de la ley. Ley extranjera

En el caso el contrato cuya existencia y vigencia fue reconocida por ambas partes se tiene que efectivamente convinieron expresamente que dicho contrato de servicio que los vinculaba se regiría por el Derecho de la Republica Federal de Alemania plenamente válida en base al principio de autonomía de la voluntad establecido en el art. 715 del Código Civil.

LEY. Aplicación de la ley

En base a lo dispuesto en el art. 22 del Código Civil Paraguayo y a lo convenido por las partes, el a-quo tenía la obligación de aplicar las disposiciones del Código Civil Alemán para la decisión de la cuestión de fondo, pero no lo hizo. En cuanto a la forma, no hay duda alguna que para la sustanciación procesal de esta demanda debía aplicarse el Código Procesal Civil del Paraguay, por lo que el a-quo incurrió en una confusión.

MAGISTRADO. Facultades del magistrado.

Con motivo de la no aplicación del derecho sustancial convenido por las partes, el Derecho Alemán, el a-quo incurrió en la violación de lo dispuesto en el art. 15 inciso "b" del Código Procesal Civil que establece: "*Son deberes de los jueces, sin perjuicio de lo establecido en el Código de Organización Judicial: a) ...; b) fundar las resoluciones definitivas e interlocutorias, en la Constitución*

en las leyes, conforme a la jerarquía de las normas vigentes, y al principio de congruencia, bajo pena de nulidad; c) resolver siempre según la ley, sin que les sea permitido juzgar del valor intrínseco o la equidad de ella”, mereciendo por ello la sanción de nulidad establecida en el mismo artículo, ya que se trata de una resolución dictada en violación de dichas normas procesales y en consecuencia, en violación de la formas o solemnidades que prescriben las leyes (Art. 404 CPC).

DEMANDA. Contestación de la demanda.

En el caso surge de los diversos e-mails enviados que no fueron impugnados por la parte actora al contestar el traslado que se le corrió, por lo que, su silencio debe ser interpretado como un reconocimiento de los documentos citados (Art. 235 inciso “a” del CPC).

CONTRATO DE SERVICIOS.

En el caso la terminación del contrato de prestación de servicios se debió al incumplimiento contractual en que incurrió el actor, lo que por aplicación del artículo 626 del Código Civil Alemán facultaba a la empresa demandada a dar por concluido el contrato con los efectos del artículo 628 del mismo Código, por lo que, estando justificada la terminación del contrato de prestación de servicios en una conducta contraria al contrato, imputada a la actora y que quedara demostrada en el expediente, la parte demandada no tiene obligación ni contractual ni legal –en base al derecho extranjero aplicable– a pagar remuneración o indemnización alguna al actor con motivo de una terminación contractual debidamente justificada de conformidad con el Art. 626 del Código Civil Alemán.

T. de Apel. Civ. y Com. Cuarta Sala. 02/09/11. “Reconstitución del Expte: Hans Werner Bentz c/ Cartones Yaguareté SA s/ Incumplimiento de Contrato” (A. y S. N° 105).

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

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia recurrida?

En su caso, ¿se halla ajustada a derecho?

Practicado el sorteo de ley, a fin de establecer el orden de votación, resultó de él que debían votar los señores Miembros en el orden siguiente: Dr. EUSEBIO MELGAREJO CORONEL, BASILCIO GARCÍAAYALAY RAÚL GÓMEZ FRUTOS.

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL PREOPINANTE DR. EUSEBIO MELGAREJO DIJO: La representante convencional de la parte demandada abogada Inés Bettina Cardozo Fretes, en el escrito de fs. 436/457, fundamentó el recurso de nulidad interpuesto invocando entre sus argumentos que la sentencia recurrida viola el principio de legalidad porque no se aplicó el derecho alemán, convenido por las partes en el art. 13, apartado 3° del Contrato de Servicios suscripto entre el Sr. Hans Werner Bentz y Cartones Yaguareté SA.

Revisando el contrato de referencia, cuya existencia y vigencia fue reconocida por ambas partes, se tiene que efectivamente, el Sr. Hans Werner Bentz y Cartones Yaguareté SA convinieron expresamente que el contrato de servicios que los vinculaba se regiría por el Derecho de la República Federal de Alemania.

Esta convención, plenamente válida, en base al principio de la autonomía de la voluntad, establecido en el art. 715 del Código Civil, obligaba al a-quo a aplicar el derecho alemán para la resolución de esta controversia, conforme a lo convenido entre las partes contratantes.

Sin embargo, el a-quo, en el considerando de la sentencia recurrida sostuvo que: *“No corresponde la aplicación de disposiciones del Código Civil Alemán, a las relaciones contractuales de autos, por imperio de disposiciones de forma de nuestro ordenamiento legal y no existiendo tampoco conformidad de partes y sabido es que tampoco las partes, pueden otorgarse un procedimiento distinto al reglado”*, aunque no individualizó en la sentencia cuáles son las disposiciones del ordenamiento positivo paraguayo que se verían violadas por la aplicación al caso del Código Civil Alemán.

A fin de dilucidar si la consideración del a-quo tiene sustento legal, sobre la base de la traducción del Código Civil Alemán realizada por la Traductora Pública matriculada Raquel Lebrón, agregada al expediente fs 174-184 –que aunque impugnada por la actora, esta impugnación debe ser desechada debido a que la actora no especificó los fundamentos ni la demostró (Art. 308 del CPC)– esta magistratura entiende que en los artículos pertinentes del Código Civil Alemán no existe alguna disposición que pudiera ser contraria a las instituciones políticas, al orden público o a la moral y las buenas costumbres vigentes en la República del Paraguay, circunstancias éstas que, de darse, por aplicación del art. 22 Código Civil Paraguayo, impedirían la aplicación de las disposiciones de la norma extranjera.

Por consiguiente, en base a lo dispuesto en el art. 22 del Código Civil Paraguayo y a lo convenido por las partes, el a-quo tenía la obligación de aplicar

las disposiciones del Código Civil Alemán para la decisión de la cuestión de fondo, pero no lo hizo. En cuanto a la forma, no hay duda alguna que para la sustanciación procesal de esta demanda debía aplicarse el Código Procesal Civil del Paraguay, por lo que el a-quo incurrió en una confusión.

Estimo pertinente mencionar la siguiente Jurisprudencia: “...*Ahora bien, sentado el criterio de que es aplicable al Derecho del Menor el Título Preliminar del Código Civil, debe tenerse en cuenta que dicho Título contiene una disposición de consideración necesaria al tratar cuestiones como las que nos ocupa. Dice el art. 22 del Código Civil: «Los jueces y tribunales aplicarán, de oficio, las leyes extranjeras, siempre que no se opongan a las instituciones políticas, las leyes de orden público, la moral y las buenas costumbres, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de ellas. No se aplicarán las leyes extranjeras cuando las normas de este Código sean más favorables a la validez de los actos». Esta disposición y la del art. 9º, segunda parte, del Código de Organización Judicial, obliga a los magistrados en los actos en que puedan resultar «competentes» o «aplicables» disposiciones extranjeras, a su aplicación de oficio, sin que las partes deban necesariamente invocar la ley extranjera o probar la misma. Por supuesto se deberá atender si su aplicación afecta o no los criterios de orden público internacional paraguayo. La mencionada disposición innovadora permite resolver cuestiones donde la aplicación de una ley u otra – nacional o extranjera– podría traer consecuencias o soluciones divergentes. Constituye ella el instrumento normativo del orden jurídico nacional que permite resolver de un modo adecuado y justo las relaciones jurídicas internacionales. Es la ventana legislativa de nuestro orden jurídico hacia el orden jurídico externo. Frente al mentado art. 22 del Código Civil, al magistrado no le cabe alternativas ante el supuesto de que resultare competente y aplicable una legislación extranjera, sino su aplicación de oficio. Además, de otro modo se estaría aplicando una legislación inadecuada y probablemente injusta a la relación jurídica tenida en vista»* (LLP 1995,16). Esta jurisprudencia es congruente con la disposición del art. 145 de la Constitución Nacional que acepta el orden jurídico supranacional.

Con motivo de la no aplicación del derecho sustancial convenido por las partes, el Derecho Alemán, el a-quo incurrió en la violación de lo dispuesto en el art. 15 inciso “b” del Código Procesal Civil que establece: “*Son deberes de los jueces, sin perjuicio de lo establecido en el Código de Organización Judicial: a)*

...; b) fundar las resoluciones definitivas e interlocutorias, en la Constitución y en las leyes, conforme a la jerarquía de las normas vigentes, y al principio de congruencia, bajo pena de nulidad; c) resolver siempre según la ley, sin que les sea permitido juzgar del valor intrínseco o la equidad de ella”, mereciendo por ello la sanción de nulidad establecida en el mismo artículo, ya que se trata de una resolución dictada en violación de dichas normas procesales y en consecuencia, en violación de la formas o solemnidades que prescriben las leyes (Art. 404 CPC).

Tal circunstancia afecta a la validez de la sentencia recurrida, por lo cual la misma debe ser anulada.

A sus turnos los miembros BASILICIO GARCIAAYALA Y RAÚL GÓMEZ FRUTOS manifiestan que votan en igual sentido y por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, EL PREOPINANTE DR. EUSEBIO MELGAREJO PROSIGUIÓ DICIENDO: Bajo estas premisas, corresponde a esta Magistratura expedirse en relación al fondo de la controversia, por aplicación del art. 406 del CPC, lo que es posible dado que el vicio que provocó la nulidad es intrínseco a la sentencia. Para ello es necesario fijar la materia esencial objeto de la discusión.

En estos autos, el debate se circunscribe a dilucidar si la terminación del contrato de prestación de servicios que existió entre el Sr. Hans Werner Bentz y la empresa Cartones Yaguareté SA, se ajustó o no al derecho aplicable, es decir, al Código Civil Alemán, para que, una vez establecido esto, determinar si la demanda de incumplimiento de contrato es o no procedente.

Es por ello que debe examinarse si las distintas argumentaciones esgrimidas por los litigantes son válidas o no, si han sido probadas, y si las mismas reposan en normas legales aplicables al debate, para finalmente resolver, según dicho examen, la procedencia o no de la presente demanda.

En este sentido, corresponde en primer término transcribir el texto de los artículos de la ley extranjera aplicable al caso, siguiendo la traducción obrante en autos; así el Art. 626 del Código Civil Alemán dispone: *“Terminación por motivo extraordinario sin plazo previo. (1) La relación de servicios podrá ser terminada por cualquiera de las partes por motivos extraordinarios, sin plazo de preaviso, cuando existan hechos, debido a los cuales no pueda exigírsele a la parte facultada a efectuar la terminación, teniendo en cuenta todas las circuns-*

tancias especiales del caso, y considerando los intereses de ambas partes contractuales, que continúe con la relación de servicios hasta el cumplimiento del plazo de preaviso, o hasta la terminación del plazo acordado de la relación de servicios. (2) La terminación tiene que efectuarse solamente dentro del plazo de las dos semanas. El plazo se iniciará a partir del momento en que la parte facultada a efectuar la terminación de la relación de servicios, tome conocimiento sobre los hechos decisivos para hacerlo. La parte que efectúa la terminación de la relación de servicios, deberá comunicar de inmediato, a solicitud de la otra parte, por escrito, sobre los motivos de dicha terminación”.

Igualmente, el Art. 628 del Código Civil Alemán dispone: *“Remuneración, Indemnización de daños por terminación por motivo extraordinario. (1) En caso que luego del inicio de la prestación de servicios sea terminada la relación de servicios por los motivos establecidos en los Artículos 626 o 627, la persona obligada a prestar servicios podrá exigir una parte de la remuneración por los servicios que haya prestado hasta ese momento. En caso de que el obligado termine el contrato, sin haber sido incitada para ello por la otra parte por una conducta contraria al contrato, o provoque que la otra parte termine el contrato debido a su conducta contraria al mismo, no le corresponderá el derecho a remuneración, como si sus servicios prestados hasta ese momento no tuvieran interés para la otra parte, debido a la terminación. En caso de que la remuneración correspondiente a una fecha posterior haya sido pagada por adelantado, la persona obligada deberá devolverla, según lo dispuesto en el Artículo 347 o, cuando la terminación se produzca por una causa, de la cual ella no sea la responsable, según lo establecido por las disposiciones sobre enriquecimiento sin causa. (2) En caso de que la terminación se produzca por causa de que la otra parte haya tenido una conducta contraria al contrato, ésta estará obligada a indemnizar a la otra parte por los daños resultantes por la terminación de la relación de servicios”.*

Bajo este marco legal, debe determinarse si entre las partes actora y demandada existió un contrato de prestación de servicios, atendiendo a que dicho contrato sirve de sustento tanto a la demanda como a la contestación. De las constancias del expediente surge que efectivamente existió entre las partes un contrato de prestación de servicios, que es el glosado a fs. 106-111/ de autos, habiendo sido este contrato reconocido por ambos litigantes. Al quedar reconocido este contrato, es también aplicable la cláusula 13, apartado 3º en la que se

convino que *“el presente contrato de servicios se halla sujeto al Derecho de la República Federal de Alemania”* (traducciones de Lic. Helga Kiep de Ortiz a fs. 100 y de Raquel Lebrón a fs. 173 de autos, ambas coincidentes).

Surge además del mismo contrato que en la cláusula 2.2 se convino que el Sr. Hans Werner Bentz debía *“...abstenerse de cualquier competencia directa o indirecta y de realizar negocios por sí mismo o por cuenta de terceros, en el ramo industrial de CYSA y las empresas que forman parte de la misma”* (traducciones de Lic. Helga Kiep de Ortiz a fs. 96 y de Raquel Lebrón a fs. 168 de autos, ambas coincidentes).

Esto último es relevante ya que se trata de un elemento importante para la discusión de autos, pues el mismo se constituye en el núcleo central de la defensa del demandado, por lo que esta Magistratura debe detenerse a examinar las constancias de autos a fin de determinar si la terminación del contrato de prestación de servicios estuvo o no justificada en el incumplimiento de esta norma contractual de prohibición.

De las constancias de autos se tiene que cuando Cartones Yaguareté SA contestó la demanda, acompañó fotocopia simple de los Estatutos Sociales de la firma Cartonpar S.R.L. (fs. 185/193), de la que surge que esta firma fue constituida por el Sr. Hans Werner Bentz en la República Argentina, siendo éste, el Sr. Hans Werner Bentz, propietario del 60% de las cuotas de capital y que su objeto social es dedicarse *“... en especial a la industria papeleras ...”*, similar al de Cartones Yaguareté SA. De esta copia simple, como de los demás documentos presentados con la contestación de la demanda, se corrió traslado al representante convencional del Sr. Hans Werner Bentz, quien lo contestó diciendo que por tratarse de una fotocopia simple le restaba *“...importancia y eficacia...”*, pero no presentó prueba alguna que pudiera sustentar su impugnación en el sentido que el Sr. Hans Werner Bentz no era cuotista de Cartonpar SRL o de que el objeto social era diferente al de Cartones Yaguareté SA.

El actor fue intimado para que presentara el original de los Estatutos Sociales, pero no los presentó, limitándose a contestar la intimación diciendo que se encontraban en el protocolo de la Escribana autorizante, agregando que la sociedad *“...fue formalizada en Argentina y donde funciona; razones éstas que corroboran lo expuesto más arriba, acerca del porqué no se encuentra en poder de nuestra parte”* (fs. 382), lo que a criterio del Tribunal implica un reconocimiento tácito de los extremos invocados por Cartones Yaguareté SA al contestar la demanda.

Esto conduce a afirmar que el Sr. Hans Werner Bentz ha incumplido lo convenido en el Artículo 2, apartado 2 del contrato de prestación de servicios, que prohibía al actor dedicarse, por sí o por cuenta de terceros a actos que se encuentran en competencia directa o indirecta con la empresa que le contrató como Gerente. Este tipo de prohibiciones contractuales son legítimas y lícitas en los contratos servicios que tienen el carácter de exclusividad, como el que se analiza en autos.

Pero hay otros elementos de prueba que demuestran el interés y la participación del Sr. Hans Werner Bentz en la firma Cartonpar SRL, ya que ésta fue dirigida desde la empresa Cartones Yaguareté SA, lo que surge de los diversos e-mails agregados a fs. 224/240 de autos por la demandada, que no fueron impugnados por la parte actora al contestar el traslado que se le corrió, por lo que, su silencio debe ser interpretado como un reconocimiento de los documentos citados (Art. 235 inciso “a” del CPC).

Además, las pruebas rendidas en autos exhiben un elemento adicional, aunque no menos importante que el anterior, que justifica la terminación del contrato de servicios: el perjuicio económico sufrido por Cartones Yaguareté S.A. por la gestión del Sr. Hans Werner Bentz, quien dispuso la venta, enviando como exportación a la Argentina, productos fabricados por CYSA a Cartonpar SRL a un precio sensiblemente inferior al costo de producción de CYSA en el año 2009 con el agravante que el precio de venta no fue cancelado por Cartonpar S.R.L., lo que resulta del informe del Síndico de CYSA, Abogado Joaquín Irún Grau (fs. 356/359).

Que las consideraciones anteriores conducen a afirmar que la terminación del contrato de prestación de servicios se debió al incumplimiento contractual en que incurrió el Sr. Hans Werner Bentz, lo que por aplicación del artículo 626 del Código Civil Alemán facultaba a Cartones Yaguareté SA a dar por concluido el contrato con los efectos del artículo 628 del mismo Código, por lo que, estando justificada la terminación del contrato de prestación de servicios en una conducta contraria al contrato, imputada a la actora y que quedara demostrada en el expediente, la parte demandada Cartones Yaguareté SA no tiene obligación ni contractual ni legal –en base al derecho extranjero aplicable– a pagar remuneración o indemnización alguna al actor Sr. Hans Werner Bentz, con motivo de una terminación contractual debidamente justificada de conformidad con el Art. 626 del Código Civil Alemán.

TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL

Es así, que de acuerdo a estas motivaciones, corresponde no hacer lugar a la demanda que por incumplimiento de contrato promovió el Sr. Hans Werner Bentz Contra Cartones Yaguareté SA, por corresponder así en derecho.

En cuanto a las costas, en ambas instancias, corresponde su imposición a la parte actora en aplicación del artículo 192 del Código Procesal Civil en conexión con el art. 203 inc. b) y 408 del mismo cuerpo legal. Voto en tal sentido.

A sus turnos los miembros Basilio García Ayala y Raúl Gómez Frutos manifiestan que votan en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Con lo que terminó el acto, firmando los Sres. Miembros de conformidad, por ante mí que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue a continuación.

Visto: Por el mérito que ofrece el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Cuarta Sala;

RESUELVE:

1) Declarar Nula la S.D. N° 1.244 de fecha 31 de diciembre de 2010, dictada por el juzgado de primera instancia en lo civil, comercial y laboral de la ciudad de Luque, Abog. Juvencio Torres.

2) Resolver sobre el fondo de la cuestión de conformidad a lo normado por el Art. 406 del CPC, no haciendo lugar a la presente demanda de incumplimiento de contrato que promoviera el Sr. Hans Werner Bentz contra la firma Cartones Yaguareté SA, por los fundamentos expuestos en exordio de la presente resolución.

3) Imponer las costas en ambas instancias a la parte actora.

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

Magistrados: Eusebio Melgarejo, Raúl Gómez Frutos, Basilio García Ayala.

Ante mí: Letizia Pereira, Actuaría Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 106

CONDOMINIO.

Es necesario aclarar para evitar confusiones que en el condominio la parte indivisa es una cuota ideal o abstracta del derecho de dominio entero y que no se corresponde con ninguna parte física o materialmente determinada de la cosa.

CONDOMINIO.

El derecho de propiedad, que pertenece a cada condómino en la medida de su parte indivisa, se proyecta sobre la totalidad de la cosa.

CONDOMINIO.

Hay condominio cuando dos o más personas comparten el dominio de una misma cosa, en este caso particular de un inmueble, y su característica principal radica en que el derecho pertenece a una pluralidad de sujetos, en este caso a dos partes, cada uno de los cuales ejerce las facultades inherentes al dominio, con las limitaciones impuestas por el derecho igual de los demás.

CONDOMINIO. División del condominio.

El modo normal de la cesación del condominio es la división de la cosa conforme lo dispone el artículo 2088 del Código Civil, por lo que resulta inobjetable el derecho concedido a los condóminos para pedir, en cualquier momento, la división de la cosa común.

CONDOMINIO. Derechos y obligaciones de los condóminos.

Las facultades de los condóminos son amplias respecto de la parte indivisa y sumamente limitadas en cuanto a la cosa común, la parte indivisa o cuota es una noción abstracta o ideal y los derechos de los condóminos respecto de ella constituyen un capítulo de la propiedad individual, con amplios poderes de disposición. Sobre la cosa común, los derechos de los condóminos concurren en igualdad de condiciones, limitándose unos a otros, siendo por tanto, muy restringidas las posibilidades de actuación sin contarse con el consentimiento expreso o tácito de los demás.

CONDOMINIO. División del condominio.

En este contexto, el inmueble objeto de este juicio, ciertamente es un bien indivisible, dada las dimensiones del mismo (el frente cuenta con siete metros) es así que por la propia naturaleza de dicho bien, se hace imposible una partición física o material, lo que sí es factible es la división o partición pecuniaria o

dineraria, por medio de la enajenación del predio en cuestión, en subasta pública o por los medios idóneos permitidos por la Ley, llegando siempre a un acuerdo traducido económicamente, por la imposibilidad de dividir físicamente inmueble.

T. de Apel. Civ. y Com. Cuarta Sala. 08/09/11. “Aconcagua S.A. c/ Elvio Ramón Villalba Báez S/ Partición de Condominio” (A. y S. N° 106).

Previo análisis del caso sometido a estudio, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES:

¿Es nula la Sentencia recurrida?

En caso contrario, ¿es ella justa?

Practicado el sorteo de ley, dio el siguiente resultado: BASILICIO GARCIA AYALA, RAÚL GOMEZ FRUTOS y Dr. EUSEBIO MELGAREJO CORONEL.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, EL MAGISTRADO PREOPINANTE BASILICIO GARCÍAAYALA, dijo: El abogado Artemio Monges Ocampos, representante convencional de la parte demandada, en el escrito de fojas 87/92, desiste expresamente de este recurso, y como no se observan vicios en el procedimiento que ameriten el estudio de la nulidad de oficio, corresponde tenerlo por desistido. Es mi voto.

ASUS RESPECTIVOS TURNOS LOS MIEMBROS RAÚL GÓMEZ FRUTOS Y Dr. EUSEBIO MELGAREJO CORONEL, manifiestan que se adhieren al voto precedente por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL MAGISTRADO PREOPINANTE BASILICIO GARCÍAAYALA, prosiguió diciendo: En los términos del escrito de fs. 87/92, el abogado Artemio Monges Ocampos, en su carácter de representante convencional de la señora Graciela Ramos Vda. de Villalba, fundamenta la apelación manifestando: “Que, mi parte se agravia y considera que la Sentencia Definitiva N° 803 de fecha 17 de septiembre del año 2007 y notificada a mi parte en fecha 20 de febrero del corriente año 2009, debe ser revocada con costas por haber sido dictada en abierta violación de varias disposiciones legales referidas al hecho denunciado en autos, (error in jure) como las contempladas en el Código Civil respecto a la forma de la partición del condominio cuando existe indivisión forzosa; del Código Procesal Civil referente a la acumulación de autos; de la Ley N° 154/69 Ley de Quiebras en lo que hace al fuero de atracción, a la Ley N° 1.294/87 “Ley Orgánica Municipal que regula sobre la dimensión mínima

que deberá tener los inmuebles, además de haber incurrido en falsa apreciación e interpretación torcida e interesada de los instrumentos públicos y privados agregados a autos y en la no valoración de las pruebas obrante en el expediente, por lo que este Excelentísimo Tribunal de Apelación, debe revocar en su totalidad la mencionada Sentencia Definitiva N° 803/07 dictada por el Juzgado del Quinto Turno de esta Capital, en base a las consideraciones y fundamentos que seguidamente expongo:

En los siguientes párrafos del escrito de expresión de agravios, el Profesional añade antecedentes de la presente cuestión, y seguidamente bajo el título Violación de Disposiciones Legales señala: “Que, la partición de condominio solicitada se refiere al inmueble individualizado como Finca N° 9.113 del Distrito de San Roque, inscripto en la Dirección de los Registros Públicos bajo el número 3 y al folio 4 y siguientes de fecha 25 de Enero del año 1979, en donde mi poderdante el extinto Elvio Ramón Villalba Báez (y ahora sus herederos) son propietarios de la parte indivisa, correspondiéndole a ellos la Fracción “A” del citado inmueble y actualmente condómino de la firma comercial denominada Aconcagua S.A., quien adquirió los derechos de la Fracción “B”.

Afirma el recurrente que el inmueble en cuestión se encuentra afectado por indivisión forzosa impuesta por la Ley N° 1294/87 “Orgánica Municipal” y al respecto se remite al artículo 178 de la referida ley que dice en su texto: “Los solares urbanos no deben tener menos de doce metros de frente ni una superficie menos de trescientos sesenta metros cuadrados”.

Sigue formulando sus agravios y refiere que el bien inmueble en cuestión ya no puede ser sometido a división, por la ya referida “indivisión forzosa”, y al respecto menciona el artículo 2088 del Código Civil que dispone: “Cada propietario tiene derecho a pedir en cualquier tiempo la división de la cosa común, cuando no se encuentre sometida a indivisión forzosa”.

De acuerdo a estos lineamientos, el apelante sostiene que en el caso de autos solamente puede proceder la partición indirecta, o sea, la división dineraria, pues en sus términos la Jueza Inferior no buscó los mecanismos legales apropiados al hacer lugar con costas a la partición del inmueble, estando éste afectado por la indivisión forzosa.

Por otro lado, insiste el abogado Monges Ocampos, que la A quo ha incurrido así mismo en violación de la Ley de Quiebras, porque la firma Aconcagua S.A. el 24 de Junio de 2003 solicitó Convocatoria de Acreedores ante el Juzgado de

Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Quinto Turno, sin mencionar en dicha oportunidad la existencia de derechos que tiene la convocatoria respecto a la parte indivisa en el inmueble ya referido –Finca N° 9113 del Distrito de San Roque– violando de dicha forma la Ley N° 154/69, De Quiebras.

Prosigue señalando la imperiosa necesidad de cumplir con la Ley de Quiebras, sobre el fuero de atracción que este tipo de juicios conlleva, finalizando su presentación, solicitando a este Tribunal, que dicte resolución, revocando el fallo recurrido en todas sus partes, con costas.

Efectuado el traslado correspondiente a la parte actora, ésta, no lo contestó en el tiempo establecido en la ley procesal, conforme se lee en el informe de la Actuaria obrante a fs. 96 vltto., por lo que este Tribunal dictó el A.I. N° 348 de fecha 20 de mayo de 2009 que dispuso: “Dar Por Decaído el derecho que ha dejado de usar el Abog. César Ayala, por no haber presentado en tiempo su escrito de contestación del traslado. AUTOS para resolver...”.

Estudiados estos autos y realizados los controles pertinentes, tenemos que la firma Aconcagua SA promovió demanda por división de condominio contra el señor Elvio Ramón Villalba Báez, respaldando la acción, en su condición de copropietario del inmueble individualizado como Finca N° 9113 de Distrito de San Roque, e inscripto en la Dirección de los Registros Públicos bajo el número 11 al folio 22 y siguientes, de fecha 27 de enero de 2005. Es así que, efectuado el traslado de rigor, la parte demandada contesta la demanda señalando que la pretensión de los demandantes no puede progresar, porque aduce que dicho inmueble tiene la circunstancia de indivisión forzosa.

Antes de efectuar el juzgamiento de la presente cuestión, resulta imprescindible referirnos sobre el Juicio de Convocatoria de Acreedores que en los términos de la demandada se ha promovido y que con ello, el presente juicio conforme los dichos de la parte apelante mal puede prosperar –además de los motivos ya referidos por dicha parte– al respecto, no se observa en autos el expediente de Convocatoria de Acreedores aducido por el recurrente, de existir, al menos las partes –en el momento procesal oportuno tuvieron que haberlo invocado y agregar constancias del mismo– por supuesto, que si dicho juicio existe, es deber de Aconcagua SA (demás está decirlo) que en el respectivo juicio concursal, declarar todos sus bienes que hubiera en su patrimonio, puesto que dicho requerimiento es primordial y fundamental para la admisibilidad de un pedido de Convocatoria de Acreedores, pero, en este juicio prima facie en la

Instancia Inferior no se ha tratado este punto coyuntural, el pleito en primera instancia sólo tuvo como objeto dilucidar la procedencia o no de una acción de partición de condominio, y es a lo que esta Alzada se remitirá.

En estos autos, se debate la división de condominio del inmueble individualizado como Finca N° 9.113 de Distrito de San Roque e inscripto en la Dirección de los Registros Públicos bajo el número 11 al folio 22 y siguientes, de fecha 27 de enero de 2005, conforme surge del título de propiedad agregado a fs. 10/21 de autos.

Ahora bien, es necesario aclarar para evitar confusiones que en el condominio la parte indivisa es una cuota ideal o abstracta del derecho de dominio entero y que no se corresponde con ninguna parte física o materialmente determinada de la cosa. El derecho de propiedad, que pertenece a cada condómino en la medida de su parte indivisa, se proyecta sobre la totalidad de la cosa. Entonces, hay condominio cuando dos o más personas comparten el dominio de una misma cosa, en este caso particular de un inmueble, y su característica principal radica en que el derecho pertenece a una pluralidad de sujetos, en este caso a dos partes, cada uno de los cuales ejerce las facultades inherentes al dominio, con las limitaciones impuestas por el derecho igual de los demás. El modo normal de la cesación del condominio es la división de la cosa conforme lo dispone el artículo 2088 del Código Civil que dice: “Cada copropietario tiene derecho a pedir en cualquier tiempo la división de la cosa común, cuando no se encuentre sometida a una indivisión forzosa”. Por eso resulta inobjetable el derecho concedido a los condóminos para pedir, en cualquier momento, la división de la cosa común.

Las facultades de los condóminos son amplias respecto de la parte indivisa y sumamente limitadas en cuanto a la cosa común, la parte indivisa o cuota es una noción abstracta o ideal y los derechos de los condóminos respecto de ella constituyen un capítulo de la propiedad individual, con amplios poderes de disposición. Sobre la cosa común, los derechos de los condóminos concurren en igualdad de condiciones, limitándose unos a otros, siendo por tanto, muy restringidas las posibilidades de actuación sin contarse con el consentimiento expreso o tácito de los demás.

“La indisolubilidad del condominio es siempre extraordinaria y transitoria, y ante la imposibilidad de división material o en especie del objeto sobre el cual recae el condominio –partición directa– debe recurrirse a una división en

valor moneda –partición indirecta” (CSJ. S. Civ. y Com. Ac. y Sent. N° 1502.18.12.2006.LLP 207 (marzo) 179 PY. JUR. 230.2006.

“Por ello, al no poderse realizar la partición del inmueble por licitación entre los propietarios por no haber estos presentado acuerdo en tal sentido, debe recurrirse a la subasta pública y a las reglas del juicio ejecutivo referentes a ella, designándose un martillero y debiendo comprender dicha subasta la totalidad del inmueble y no una porción indivisa, teniendo en cuenta sus características que impiden una división en especie”. (CSJ. S. Civ. y Com. Ac. y Sent. N° 1502).

En este contexto, el inmueble objeto de este juicio, ciertamente es un bien indivisible, dada las dimensiones del mismo (el frente cuenta con siete metros) es así que por la propia naturaleza de dicho bien, se hace imposible una partición física o material, lo que sí es factible es la división o partición pecuniaria o dineraria, por medio de la enajenación del predio en cuestión, en subasta pública o por los medios idóneos permitidos por la Ley, llegando siempre a un acuerdo traducido económicamente, reitero, por la imposibilidad de dividir físicamente inmueble individualizado como Finca N° 9.113 de Distrito de San Roque.

Las motivaciones expuestas y las consideraciones que anteceden, me llevan a la conclusión de que la sentencia recurrida, dictada por la Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Quinto Turno no se encuentra ajustada a Derecho y en consecuencia debe ser revocada por este Tribunal.

En cuanto a las costas, de conformidad a la Regla establecida en el artículo 192, en concordancia con el artículo 203 inc. b) del Código Procesal Civil, corresponde imponerlas a la perdedora. Es mi voto.

A sus respectivos turnos los miembros Raúl Gómez Frutos y Dr. Eusebio Melgarejo Coronel, manifiestan que se adhieren al voto precedente por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, previa lectura y ratificación de su contenido, firmando los Señores Miembros, por ante mí la Secretaria Autorizante de que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue:

Asunción, de Agosto de 2.011.

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente, y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Cuarta Sala;

RESUELVE:

TENER POR DESISTIDO el recurso de nulidad.

REVOCAR, con costas, la S.D. N° 803 de fecha 17 de agosto de 2007, dictada por la Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Quinto Turno, y en consecuencia ordenar la partición pecuniaria o dineraria, del predio en cuestión, en subasta pública o por los medios idóneos permitidos por la Ley, dada la imposibilidad de dividir físicamente el mismo, conforme a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución.

ANOTAR, registrar, notificar y remitir una copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Eusebio Melgarejo, Basilio García Ayala, Raúl Gómez Frutos.

Ante mí: Letizia Pereira, Actuaría Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 109

DESALOJO.

El juicio de desalojo es un juicio especial que tiene por objeto el cumplimiento judicial de la obligación de restituir un inmueble, en el cual no se puede discutir cuestiones relativas al derecho de propiedad o de posesión y que se encuentran legitimados para promoverlo el propietario o locador, quienes deben fundar su pretensión en el pertinente título y procederá el mismo contra el locatario, sublocatario o cualquier ocupante precario cuya obligación de restituir un inmueble o parte de el fuere exigible. Por eso, la pretensión de desalojo es inadmisibles contra el ocupante que alega su calidad de poseedor del inmueble –objeto de la demanda de desalojo– siempre y cuando este aporte las pruebas que prima facie acrediten la verosimilitud del derecho que invoca.

DESALOJO. POSESIÓN.

En un juicio de desalojo, como el que nos ocupa, el cual no tiene como antecedente un contrato en cuya virtud se reconozca la condición de tenedor del demandado, debe admitirse la calidad de poseedor de la cosa a favor de este último y resulta ilógico exigirle más pruebas que la configurada por el hecho de la ocupación misma de la cosa, porque esta, la ocupación, constituye un acto posesorio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2384 del Código Civil y quien sostuviere lo contrario, deberá probarlo.

DESALOJO. POSESIÓN.

En el juicio de desalojo se halla descartada toda posibilidad de debatir el tema relativo al mejor derecho a la posesión o la posesión misma. Por lo tanto, la pretensión no procede contra el ocupante que alega su calidad de poseedor, siempre que este aporte elementos probatorios que, a prima facie, acrediten la verosimilitud de su alegación y la sentencia que recaiga en el juicio solo podrá decidir el derecho del actor - propietario o locador - a la restitución o no del inmueble objeto de la demanda y tiene eficacia de cosa juzgada solo en relación a la obligación de restituir el bien y no contra los derechos de posesión o dominio que eventualmente pueden ser materia de otros juicios promovidos por las partes.

POSESIÓN.

De todas maneras es siempre poseedor, la simple ocupación de la cosa constituye acto posesorio, toda vez que tenga un carácter más o menos permanente. Por eso basta invocarlo para detener un juicio de desalojo, siempre que no aparezca demostrada la falsedad de esa alegación.

T. de Apel. Civ. y Com. Cuarta Sala. 16/09/11. “José Dolores Oviedo Melgarejo c/ Federico Piris S/ Desalojo”. (A. y S. N° 109).

Previo estudio de los antecedentes del caso, se resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES:

¿Es nula la Sentencia apelada?

En su caso, ¿se halla ajustada a Derecho?

Practicado el sorteo de Ley para determinar el orden de votación, resultó que los Miembros debían votar en el orden siguiente: BASILICIO GARCÍA AYALA, RAÚL GÓMEZ FRUTOS y Dr. EUSEBIO MELGAREJO CORONEL.

A LA PRIMERA CUESTION, EL PREOPINANTE BASILICIO GARCÍA AYALA dijo: El representante convencional del demandado no planteó este recurso, y el Juez tampoco lo concedió; sin embargo, el Tribunal puede estudiarlo de oficio si existieren motivos para ello conforme a lo dispuesto por el Art. 405 del Código Procesal Civil que lo considera implícito en el de apelación, pero como no se observan vicios en el procedimiento que motiven la nulidad, corresponde declararlo desierto. Es mi voto.

ASUS TURNOS LOS MIEMBROS RAÚL GÓMEZ FRUTOS Y Dr. EUSEBIO MELGAREJO CORONEL manifiestan que se adhieren al voto del Miembro preopinante por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL PREOPINANTE BASILICIO GARCÍA AYALA, prosiguió diciendo: El representante convencional de la parte demandada Abogado Víctor Vicente Recalde Ramos fundamenta la apelación en los términos de su escrito de fs. 77/82 que comienza manifestando: “Que, la representación ejercida por mi parte, se agravia contra la S.D. N° 1539 del 30 de Noviembre del año 2010, por no poseer la referida resolución fundamentos jurídicos de carácter objetivo. Violándose el debido proceso y la defensa en juicio. Ingresando dicha resolución en lo que se llama “Sentencias arbitrarias”.

Manifiesta que la Jueza no ha motivado la referida resolución conforme a lo dispuesto por el Art. 15 Inc. a) del Código Procesal Civil, y que además no ha tenido en cuenta la prueba de defensa arrojada en estos autos, al contrario, la demerita, y procede a la transcripción de lo expuesto en el considerando en estos términos: “... que las pruebas de la demandada fueron consideradas por el Juzgado, resultando ellos insuficientes para rebatir la petición del actor, pues se tratan de elementos distintos a lo que atañe al presente juicio, es decir, pruebas circunstancias que para el caso concreto no son relevantes”. “... La inferior expone a favor del actor diciendo: “... Que, esta magistratura encuentra la razón de parte del actor, ya que del título dominial debidamente inscripto en la Dirección General de los Registros Públicos se deduce que el actor es el titular del dominio de la Finca No. 7125 del Distrito de San Antonio, que se halla plenamente ubicado con las referencias cardinales y numerales que individualizan al inmueble”. Para luego exponer sobre el testimonio de un testigo: “Cabe resaltar la importancia de la prueba testimonial del testigo Antonio Yegros cuya declaración ha sido en forma conteste y uniforme, estando bajo juramento de ley y han dado razón suficiente, respecto a la cuestión planteada, por lo que su declaración merece fe en juicio de conformidad al Art. 342 del CPC. Violándose también el Art. 256 de la CN y el Inc. c) del Art. 15 del CPC”.

Sigue formulando consideraciones, cita jurisprudencias y doctrinas aplicables al caso en estudio, y luego agrega: “Conforme a las constancias de autos, y la sentencia de la inferior, no se halla demostrada que mi representado sea un ocupante precario de la finca del actor, el demandante no ha demostrado dicho extremo, y la inferior no pudo establecer claramente esa posición. Las documentaciones presentadas por la defensa establece claramente que mi representado vive y reside en una finca totalmente diferente a la que reclama el actor. Mi representado nunca reconoció ser ocupante precario de la finca del actor más

bien se defendió de la agresión injusta demostrando con pruebas instrumentales el derecho a la posesión que posee sobre una parte de la Finca N° 70 y que se halla viviendo en ese lugar aproximadamente desde el año 1973 y que el testimonio del testigo del actor Antonio Yegros no pudo enervar a favor del actor su derecho. Este testigo no expuso detalles, fecha, horas, etc. para que pueda ser creído. Para que proceda el desalojo contra ocupantes precarios, debe necesariamente establecerse los requisitos. El ocupante es precario, o intruso, cuando la cosa ocupada ha de ser propiedad de otra persona y estar reconocida por el ocupante o intruso”.

Formula otras consideraciones y finaliza solicitando al Tribunal dicte resolución revocando la sentencia apelada imponiendo las costas a la parte actora.

El actor José Dolores Oviedo contesta el traslado de la fundamentación del apelante en los términos del escrito de fs. 89/92, presentado por derecho, propio bajo patrocinio de Abogado en el que expresa: “El recurso de apelación tampoco ha sido fundado y razonado debidamente ya que el apelante se limitó a esbozar algunas excitadas alocuciones coléricas pero flojas de contenido, y en ese tren, dice que el Juzgado “expone a favor del actor” e invoca para sustentar tal afirmación inexactamente varias disposiciones legales como el típico Art. 15 del CPC y el 256 de la Carta Magna nada más y nada menos...”.

Más adelante sostiene: “Otro garrafal error que el impugnador invocado en su texto, es pretender entrar a debatir sobre el fondo de la cuestión, tal como la propiedad del inmueble invadido por su cliente, siendo esta cuestión materia de amplio debate en primera instancia. El recurso de apelación está limitado sólo a revisar la aplicación correcta de la ley, por lo que mal podríamos elevar esas discusiones ante un Excmo. Tribunal que no tuvo la inmediatez en la producción de las pruebas en primera instancia”.

Sigue formulando consideraciones y luego agrega: “Manifiesta el promotor de los recursos en la página tres de su escrito de fundamentación, que reconoce que el actor es el adjudicatario de la Finca N° 7125 del Distrito de San Antonio que se halla plenamente ubicado con las referencias cardinales y numerales que individualizan el inmueble, pero que no le da derecho a dirigir su demanda contra otro inmueble. A confesión de parte, relevo de pruebas. Lo que no reconoce el quejoso es que la Finca N° 7.125 de referencia es un desprendimiento de la Finca Madre N° 70 cuya superficie desconozco si sigue existiendo pues estamos haciendo referencia a una Finca catastrada a inicios del Registro Público y que lógicamente fue cambiada de números con la incursión de nuevos dueños”.

Sostiene que el apelante no ha redargüido de falso el título en el cual basa la propiedad de la fracción de tierra que su parte demanda su desalojo y que simplemente se aferra a la existencia de la Finca N° 710, que tampoco su parte niega, solo que dicha propiedad no está discutida en juicio, que por su naturaleza es sumario. Asimismo agrega que el actor no ha acompañado ningún documento respecto a sus afirmaciones y que el Código Civil define muy bien las formas de probar los derechos reales, es decir la propiedad de una fracción.

Concluye solicitando al Tribunal dictar resolución confirmando, con costas, la sentencia recurrida.

Al analizar el expediente, se constata que José Dolores Oviedo Melgarejo según escrito de fs. 9/11 presentado el 20 de setiembre de 2010 por derecho propio bajo patrocinio del Abogado Carlos Francisco Alvarez Jara, promueve demanda de desalojo contra el señor Federico Piris, afirmando ser propietario del inmueble individualizado como FINCA N° 7.125, con Cta. Cte. Ctral N°. 27-0696-05, acompañando un Certificado de Adjudicación expedido el 3 de marzo de 2010, en el cual consta que por A.I. N° 62 el 15 de febrero de 2010, se aclaró el A.I. N° 2.147 del 9 de diciembre de 2009 y adjudicó a Carlos Francisco Alvarez Jara la Finca N° 7.125, con Cta. Cte. Ctral N° 27-0896-05, la cual consta de una superficie de 9.534 m² 2.918 cm², de la cual, por cesión de derechos y acciones, se le adjudicó a Víctor Manuel Hermosa Sagaz, José Dolores Oviedo Melgarejo y Carlos Francisco Alvarez Jara, 3.178 m² a cada uno en condominio, fs.4/5.

En los términos del escrito de fs. 51/56, el representante convencional del demandado Abogado Victor Vicente Recalde Ramos, contesta la demanda manifestando que: “El actor promueve juicio de desalojo contra mi mandante, alegando ser un ocupante precario de la Finca N° 7.125 del Distrito de San Antonio y con derecho a desocupar el inmueble NO habiendo demostrado el actor la precariedad que alega” que su mandante es propietario legítimo del referido inmueble cuyo desalojo se solicita, y que lo ocupa en tal carácter desde el mismo día de su adquisición en la forma referida.

Sostiene que el padre de su principal, José Ascensión Piris González, vivía con su madre doña María Marta González en la Finca N° 70 de San Antonio y que era dueña de parte de condominio de ese lugar, que cuando esta falleció se abrió la sucesión y por S.D. N° 256, el 7 de junio de 1979 fue declarado único y universal heredero de José Ascensión González, por lo que no es ocupante precario, que desde la fecha en que adquirió dicho inmueble, lo ocupa como propietario, sien-

do conocido como tal por los vecinos del lugar y que introdujo importantes mejoras en el mismo, por lo que rechaza categóricamente la acción de desalojo promovida en contra del mismo.

Entre los documentos presentados por las partes litigantes es importante señalar que el actor acredita el dominio la Finca N° 7.125 del Distrito de San Antonio, individualizada con Cta. Cte. Ctral 27.0696.05 con el Certificado expedido el 3 de marzo de 2010, en el cual consta que la finca, mencionada cuenta con una superficie de 9,534 metros cuadrados con 2.918 centímetros cuadrados y linda con los derechos de MOLINAS, con la Avenida San Antonio que atraviesa la Finca N° 70 y con el Arroyo Guazú y el demandado presenta documentos que prueban que la propiedad le correspondía en condominio a Víctor Faustino Villalba Y José Ascensión Piriz González, padre del demandado, y que ésta forma parte de la Finca N° 70 y cuenta con una superficie de 1 HA 4.282 metros cuadrados y se encuentra individualizada con Cta. Cte. Ctral 27.5340.35, linda con la Finca N° 70 y la Avenida San Antonio, fs.26.

Del Certificado de Adjudicación presentado por el actor, se deduce que el actor es el titular del dominio de la Finca N° 7.125 del Distrito de San Antonio, ubicada con las referencias que individualizan al inmueble y que la propiedad ocupada por el demandado, le correspondía en condominio a Víctor Faustino Villalba y José Ascensión Piriz González, padre del demandado, forma parte de la Finca N° 70, individualizada con Cta. Cte. Ctral. 27.5340.35 cuenta con una superficie de 1 HA 4.282 m², linda con la Finca N° 70 y la Avenida San Antonio (fs. 26), en un lugar diferente al que ocupa la Finca N° 7.125.

Teniendo en cuenta las circunstancias referidas, corresponde señalar que la parte actora no acreditó su condición de propietario del inmueble ocupado por el demandado y plantea la presente demanda de desalojo.

En primer lugar, se debe señalar que el juicio de desalojo es un juicio especial que tiene por objeto el cumplimiento judicial de la obligación de restituir un inmueble, en el cual no se puede discutir cuestiones relativas al derecho de propiedad o de posesión y que se encuentran legitimados para promoverlo el propietario o locador, quienes deben fundar su pretensión en el pertinente título y procederá el mismo contra el locatario, sublocatario o cualquier ocupante precario cuya obligación de restituir un inmueble o parte de el fuere exigible. Por eso, la pretensión de desalojo es inadmisibile contra el ocupante que alega su calidad de poseedor del inmueble - objeto de la demanda de desalojo - siempre

y cuando este aporte las pruebas que prima facie acrediten la verosimilitud del derecho que invoca.

En un juicio de desalojo, como el que nos ocupa, el cual no tiene como antecedente un contrato en cuya virtud se reconozca la condición de tenedor del demandado, debe admitirse la calidad de poseedor de la cosa a favor de este último y resulta ilógico exigirle más pruebas que la configurada por el hecho de la ocupación misma de la cosa, porque esta, la ocupación, constituye un acto posesorio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.384 del Código Civil y quien sostuviere lo contrario, deberá probarlo.

En el juicio de desalojo se halla descartada toda posibilidad de debatir el tema relativo al mejor derecho a la posesión o la posesión misma. Por lo tanto, la pretensión no procede contra el ocupante que alega su calidad de poseedor, siempre que este aporte elementos probatorios que, a prima facie, acrediten la verosimilitud de su alegación (Lino Palacio. D.P.C. Tomo VII), y la sentencia que recaiga en el juicio solo podrá decidir el derecho del actor –propietario o locador– a la restitución o no del inmueble objeto de la demanda y tiene eficacia de cosa juzgada solo en relación a la obligación de restituir el bien y no contra los derechos de posesión o dominio que eventualmente pueden ser materia de otros juicios promovidos por las partes.

La jurisprudencia en esta materia es constante y pacífica, de que el juicio de desalojo solo procede contra los arrendatarios o sub arrendatarios del actor y contra los ocupantes precarios, circunstancia que estaba lejos de suceder en estos autos, en el cual José Dolores Oviedo Melgarejo reclama a Federico Piris el desalojo de la Finca N° 7.125 del Distrito de San Antonio, con Cta. Cte. Ctral. N° 27-0896-05, la cual consta de una superficie de 9.534 m² 2.918, cuadrados y linda con los derechos de Molinas, con la Avenida San Antonio que atraviesa la Finca N° 70 y con el Arroyo Guazú y el demandado ocupa parte de la Finca N° 70 individualizada con Cta. Cte. Ctral. 27.5340.35 cuenta con una superficie de 1 HA 4.282 m², linda con la Finca N° 70 y la Avenida San Antonio, lo cual hace que la demanda sea improcedente contra quien invoca la calidad de poseedor y es indiferente que el poseedor sea legítimo o ilegítimo. De todas maneras es siempre poseedor, la simple ocupación de la cosa constituye acto posesorio, toda vez que tenga un carácter más o menos permanente. Por eso basta invocarlo para detener un juicio de desalojo, siempre que no aparezca demostrada la falsedad de esa alegación.

Luego del análisis de los autos y de la sentencia recurrida, puedo afirmar que la Jueza Sentenciante no hizo una acertada apreciación de los hechos que se dieron en el caso en estudio y realizó una errada aplicación de las disposiciones legales mencionadas en la misma, por lo que no comparto el criterio expuesto por la Jueza de grado inferior cuando hace lugar a la demanda de desalojo promovida por el señor José Dolores Oviedo Melgarejo contra el señor Federico Piris llegando a la conclusión de que la referida sentencia no se halla ajustada a derecho y en consecuencia debe ser revocada por este Tribunal imponiendo las costas al apelante perdedor conforme a lo dispuesto por los Art. 192 y 203, inc. b), del Código Procesal Civil. Es mi voto.

A SUS RESPECTIVOS TURNOS, LOS MIEMBROS RAÚL GÓMEZ FRUTOS Y Dr. EUSEBIO MELGAREJO CORONEL manifiestan que se adhieren al voto del Miembro preopinante por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, previa lectura y ratificación de su contenido, firmando los Señores Miembros de conformidad, quedando acordada la sentencia que sigue, todo por ante mí que certifico.

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente, y sus fundamentos; El Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Cuarta Sala,

RESUELVE:

DECLARAR DESIERTO, el recurso de nulidad.

REVOCAR, con costas, la S.D. N° 1539 de fecha 30 de noviembre de 2010 dictada por la Jueza de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Laboral de San Lorenzo, y en consecuencia no hacer lugar a la demanda de desalojo promovida por el señor José Dolores Oviedo Melgarejo contra el señor Federico Piris, conforme a los fundamentos expuestas en el exordio de esta resolución.

ANOTAR, registrar, notificar y remitir una copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Eusebio Melgarejo Coronel, Raúl Gómez Frutos, Basilio García.

Ante mí: Letizia Pereira, Actuaría Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 150

Cuestión debatida: *Para dilucidar el tema sometido a esta Alzada, se deben indagar las pruebas aportadas a los efectos de comprobar si existió entre las partes un acuerdo para la impresión de los libros citados más arriba en su edición novena del año 2009, propiedad del demandado, y si se adeuda un saldo por el trabajo de impresión de la obra de referencia.*

CONTRATO DE EDICIÓN.

En el caso se ha demostrado en autos la relación contractual entre los litigantes y la parte actora ha cumplido con su parte consistente en la entrega de 1.000 ejemplares, no así el demandado que adeuda un saldo, se refuerza la tesis sostenida con las testificales rendidas por las ex-funcionarias del Estudio Jurídico del demandado donde dan cuenta de la existencia del acuerdo celebrado en el año 2009. Las mismas manifestaron haber recibido los ejemplares remitidos por la actora. Asimismo en las notas de remisión consta el recibo firmado por las testigos, en donde se constata que la parte actora ha cumplido con su parte del acuerdo, consistente en la entrega de los 1.000 ejemplares de la obra del demandado. (Voto en minoría del Dr. Melgarejo Coronel).

CONTRATO DE EDICIÓN.

Se rechaza la demanda, porque el Contrato de Edición debe formalizarse por escrito y con las menciones previstas legalmente, entre las que cabe señalar el ámbito territorial del contrato, el número máximo y mínimo de ejemplares que alcanzará la edición, el plazo de entrega del original al editor y la forma de distribución.

CONTRATO DE EDICIÓN.

En este caso, con los documentos presentados por la parte actora como base del Juicio Ordinario por Cobro de Guaraníes promovido contra el demandado, no acreditan la deuda reclamada por la parte actora, en razón de que el Presupuesto confeccionado en la Boleta no es un contrato firmado por el demandado que lo obligue al pago del saldo reclamado.

CONTRATO DE EDICIÓN.

Si con posterioridad a la fecha en que se canceló la obligación surgida por la impresión de mil ejemplares del libro de autoría del demandado, se hubiere realizado otra impresión, ese hecho debe ser demostrado con documentos, y en este caso el presupuesto presentado por la parte actora no reúne ese requisito,

no está firmado por el demandado; y además solo es un presupuesto, no es un contrato que obliga al demandado a su cumplimiento.

TApel. Civ. y Com. Sala cuarta. 13-12-11. “Sociedad Editora Litocolor SRL c. Hernán Casco Pagano s/ Juicio Ordinario de Cobro de Guaraníes” (Ac. y Sen. N° 150).

Previo análisis del caso sometido a estudio, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES:

¿Es nula la Sentencia recurrida?

En caso contrario, ¿es ella justa?

Practicado el sorteo de Ley, dio el siguiente resultado: Dr. EUSEBIO MELGAREJO CORONEL, RAÚL GÓMEZ FRUTOS y BASILICIO GARCÍA AYALA.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, EL MIEMBRO PREOPINANTE Dr. MELGAREJO CORONEL, dijo: El recurrente desiste expresamente de este recurso en su escrito obrante a fs. 175/181, y como no se observan vicios o errores en la sentencia recurrida que la invaliden como acto jurisdiccional, corresponde tenerlo por desistido. Es mi voto. Conste.

A SU TURNO EL MIEMBRO GÓMEZ FRUTOS manifiesta que se adhiere al voto precedente por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, EL PREOPINANTE Dr. MELGAREJO CORONEL, prosiguió diciendo: Por la Sentencia en revisión, la Jueza interviniente resolvió: “...Hacer Lugar, con costas, a la demanda que por Cobro de Guaraníes promoviera la Sociedad Editora Litocolor SRL contra Hernán Casco Pagano por la suma de Guaraníes Doce Millones (Gs. 12.000.000) y. en consecuencia. condenar al demandado a abonar al actor la suma mencionada más los intereses legales pertinentes, en el plazo de 10 días de quedar firme la presente resolución; No Hacer Lugar, con costas, a la demanda reconventional promovida por Hernán Casco Pagano contra Sociedad Editora Litocolor SRL, por daño moral, por improcedente, conforme a lo expuesto en el exordio de esta resolución; Anotar...”.

El Dr. Hernán Caso Pagano, en causa propia, se alza contra la referida sentencia y fundamenta este recurso en los términos de su escrito obrante a fs. 175/181. Los agravios se pueden resumir en: 1) Que, Sentencia es injusta en razón de que la A-quo aplico erróneamente las disposiciones legales referentes

a los contratos, se equivocó en la apreciación de los hechos y fundó la misma tomando en consideración las pruebas aportadas por la actora, sin ni siquiera referirse a las pruebas esenciales y decisivas producidas por su parte; 2) Que la Jueza de Justicia Letrada parte de la premisa falsa de que su parte pactó con la Editora Litocolor en el mes de marzo de 2009, la impresión de la novena edición de su obra “Código Procesal Civil Comentado y Concordado”, según la misma, en los términos del contrato de fs. 8; 3) Que, lo expuesto por la Jueza es falso, ya que el documento agregado a fs. 8 es tan solo un presupuesto y no puede ser considerado un contrato, y muchos menos, el contrato de impresión de su obra, en su novena edición, cuyo supuesto pago se reclama, y el cual se concluyó de imprimir ya en el año 2007; 4) Continúa el apelante, fundamentando su apelación, poniendo más énfasis en que el presupuesto de fs. 8 no es válido como comprobante de venta y que la novena edición de su obra fue impresa en su totalidad en el año 2007. Alega además que, los documentos presentados por la parte actora no guardan relación alguna con la impresión de la Novena Edición de su libro; 5) Agrega otras consideraciones por las cuales se agravia contra el fallo apelado y finaliza solicitando la revocatoria de la resolución recurrida, con costas.

A fs. 183/186 de autos, los representantes convencionales de la parte actora, abogados Elvira Quinteros de Melgarejo y Pablo Andrés Melgarejo, contestan el traslado del apelante, en el que refutan los agravios del mismo, sosteniendo que la Sentencia en estudio se encuentra ajustada a derecho y solicitan su confirmación, con costas.

Corresponde a esta Magistratura establecer si la Sentencia apelada se encuentra o no ajustada a derecho.

Estudiados los autos y realizados los controles pertinentes al fallo apelado, se tiene que, la firma Editora Litocolor SRL promueve demanda ordinaria sobre cobro de guaraníes contra el Dr. Hernán Casco Pagano, por la suma de Gs. 12.000.000, manifestando que el demandado adeuda dicha suma por la impresión de la novena edición de la obra “Código Procesal Civil, Comentado y Concordado” perteneciente al accionado. Sostiene que fueron impresos y entregados al Dr. Casco Pagano todos los ejemplares pactados y, sin embargo, el mismo no abonó la totalidad de lo acordado, reclamando una parte del saldo (Gs. 12.000.000).

Por su parte, el demandado Dr. Hernán Casco Pagano niega adeudar suma alguna de dinero a la actora, acompañando dos recibos expedidos por la firma

accionante y reconviene por daño moral, manifestando que la presente demanda instaurada por la firma Litocolor SRL atenta contra su buen nombre peticionando la suma de Gs. 120.000.000, en dicho concepto.

Ahora bien, para dilucidar el tema sometido a esta Alzada se deben indagar las pruebas aportadas a los efectos de comprobar si existió entre las partes un acuerdo para la impresión de los libros citados más arriba en su edición novena del año 2009, propiedad del demandado, y si se adeuda un saldo por el trabajo de impresión de la obra de referencia.

Del análisis de autos, esta Magistratura observa que efectivamente existió un acuerdo entre las partes para la impresión de la novena edición de la conocida obra “Código Procesal Civil, Comentado y Concordado”, perteneciente al Dr. Hernán Casco Pagano. Dicho acuerdo, efectivamente se pactó en el año 2009, conforme con la factura a crédito N° 001.001.1189 de fecha 31 de marzo de 2009 obrante a fs. 7 de autos. Asimismo, lo afirmado se comprueba con los pagos parciales efectuados por el demandado según se desprende de los recibos de dinero de fs. 9 y 10, que hacen mención a la factura citada precedentemente. También obran en autos las notas de remisión de los libros a la oficina del demandado (ver fojas 11 al 19) que prueban la entrega total de los libros impresos.

El demandado, Dr. Hernán Casco Pagano ha impugnado dichas instrumentales al contestar la demanda, sin embargo, en el estadio procesal pertinente no ha diligenciado ninguna prueba que desacredite los documentos de referencia. Por otro lado, el apelante en esta instancia critica el presupuesto de fs. 8, que como bien lo menciona no es válido como comprobante de venta, no obstante, al ser cierta dicha afirmación esta Magistratura se mantiene en la postura de que efectivamente existió un acuerdo entre la firma Litocolor SRL y el Dr. Casco Pagano, en el año 2009 para la impresión de 1.000 ejemplares de su libro.

Que, refuerza la tesis sostenida por esta Magistratura las testificales rendidas por las ex-funcionaras del Estudio Jurídico Casco Pagano, María del Pilar González Negrete y Rilsí Leticia Méndez Colombo (ver fojas 119/120 y 122), donde dan cuenta de la existencia del acuerdo celebrado en el año 2009. Las mismas manifestaron haber recibido los ejemplares remitidos por la firma Litocolor SRL. Asimismo, en las notas de remisión consta el recibo firmado por las citadas personas, en donde se constata que la parte actora ha cumplido con su

parte del acuerdo, consistente en la entrega de los 1.000 ejemplares de la obra del demandado.

Conforme a lo expuesto, se ha demostrado en autos la relación contractual entre los litigantes, es decir, el acuerdo a que han arribado en el año 2009 para la impresión de los libros citados. En este caso, la parte actora ha cumplido con la entrega de los 1.000 ejemplares, no así el demandado que adeuda un saldo de Gs. 12.000.000.

Otro hecho llamativo es que el propio demandado Dr. Hernán Casco Pagano ha presentado las documentales impugnadas por su parte y que la actora ha arribado en este juicio, en la denuncia penal por hechos punibles sobre violación de los derechos del autor, carpeta fiscal que obra por cuerda separada, en donde se observa que el mismo menciona un acuerdo con la firma actora para la impresión de los libros de su autoría. Es decir, que en la denuncia penal el demandado tiene por válidas dichas instrumentales y en el presente caso los impugna de falsedad, existiendo una contradicción de su parte.

En suma, la pretensión de la parte actora se halla ajustada derecho, debiendo el demandado abonar la suma de Gs. 12.000.000, correspondiente al saldo pendiente por la impresión de los 1.000 ejemplares de la obra Código Procesal Civil, Comentado y Concordado”.

En cuanto a la demanda reconventional por daño moral deducida por el Dr. Hernán Casco Pagano, en su escrito de agravios de fs. 175/181, el mismo nada dice respecto a este tema, por lo que debe tenérselo por consentido del apartado segundo de la Sentencia apelada, por el principio *“tantum apellatum, quantum devolutum”*.

Los fundamentos expuestos y las consideraciones que anteceden, llevan a esta Alzada a concluir que el fallo apelado se encuentra ajustado a derecho y debe ser confirmado en todas su partes, por ser lógico y justo.

En cuanto a las costas, las mismas deben ser soportadas por el apelante perdidoso, por la teoría objetiva de la derrota. Es mi voto. Conste.

En primer lugar quiere manifestar su respetuosa disidencia con el colega preopinante, en lo que hace relación al recurso de apelación interpuesto por el demandado y reconviniendo Dr. Hernán Casco Pagano contra la S.D. N° 773 de fecha 13 de junio de 2011 dictada por la señora Jueza de la Justicia Letrada del 3er. Turno, por las muchas dudas que me producen los hechos alegados y probados por las partes en este juicio, sobre todo el hecho preocupante de que no exista

un contrato sino un presupuesto expedido en el año 2009, cuyo contenido sería un acuerdo para imprimir una obra en el año 2007, y segunda, cuando no se ha demostrado que todos los libros impresos y entregados estuvieran numerados, existiendo una denuncia sobre un supuesto hecho punible contra derechos intelectuales o violación del derecho de autor e inventor, que tendrá una influencia capital sobre esta acción donde se reclama el cobro de una suma de dinero.

La duda sube o se incrementa, cuando la impresión de la novena edición fuera totalmente cancelada, según se demuestra con el recibo obrante a fojas 31 de autos donde se expresa la palabra “cancelación”.

Sigue mi aprehensión cuando noto que se reclama por lo que sería el saldo de una de las tantas impresiones pactadas entre actora y demandado reconviniente, es decir, una obligación que forma parte de una pretensión sucesiva, que necesariamente tiene que tener vinculación con las demás contrataciones, siendo muy raro al menos que se siga imprimiendo libros a una persona que según la parte actora le estaría debiendo una suma de dinero.

Estoy convencido eso sí de que existe por lo menos una confusión, un error, ya que no podemos olvidar la trayectoria del Prof. Dr. Hernán Casco Pagano, un jurista de nota, un buenísimo profesor, que constituye todo un paradigma para las promociones de abogados de varias universidades. Si hubiera estado en un Tribunal Anglosajón por lo menos me abstendría de votar haciendo uso del Non Liqueant, o de la abstención, fundado en el hecho de no estar convencido de algo. Como estoy formando parte de un Tribunal paraguayo, no puedo dejar de juzgar y sí debo seguirle a mi conciencia y a mi experiencia como un juez de varios años, ya que la palabra “sentencia”, deriva de la palabra *sentire*, y lo que siento, es que debe rechazarse esta demanda porque no es clara, los hechos que fundarían el derecho del actor no están probados de forma categórica, y tanto las probanzas documentales como las testificales no dejan sino una duda que no se disipa durante toda la tramitación del proceso. Voto en consecuencia por el rechazo de la demanda, porque el Contrato de Edición debe formalizarse por escrito y con las menciones previstas legalmente entre las que cabe señalar el ámbito territorial del contrato, el número máximo y mínimo de ejemplares que alcanzará la edición, el plazo de entrega del original al editor y la forma de distribución.

En el caso en estudio, la distribución estuvo a cargo del demandado, siendo muy importante la numeración de los ejemplares.

En lo referente a la demanda reconvenzional, me adhiero al voto del Preopinante, por los mismos fundamentos.

En cuanto a las costas las mismas deben imponerse en ambas instancias y en ambas acciones, en el orden causado por existir vencimiento parcial y mutuo (Arts. 195 y 203 inc. d) del CPC). Es mi voto. Conste.

OPINIÓN DEL MIEMBRO BASILICIO GARCÍA: Las posiciones asumidas por los Miembros que me precedieron en el estudio de los recursos interpuestos por el demandado Dr. Hernán Casco Pagano contra la S.D. N° 773 de fecha 13 de junio de 2011 dictada por la Jueza de Justicia Letrada del Tercer Turno, me obligan al análisis de los autos, de la sentencia recurrida y de los votos de cada uno de ellos, para expedirme respecto al tema sometido a consideración del Tribunal, teniendo en cuenta que el preopinante Dr. Eusebio Melgarejo Coronel se expide por su confirmación; sin embargo, el otro Miembro, Dr. Raúl Gómez Frutos por su revocación parcial, conforme a los fundamentos expuestos por cada uno de ellos al emitir sus respectivos votos.

La sentencia recurrida por el demandado resolvió: "... hacer lugar, con costas, a la demanda que por Cobro de Guaraníes promoviera la Sociedad Editora Litocolor S.R.L. contra Hernán Casco Pagano por la suma de Guaraníes Doce Millones (Gs. 12.000.000) y en consecuencia condenar al demandado a abonar al actor la suma mencionada más los intereses legales pertinentes, en el plazo de 10 días de quedar firme la presente resolución. No Hacer Lugar, con costas, a la demanda reconvenzional promovida por Hernán Casco Pagano contra Sociedad Editora Litocolor SRL, por Daño Moral por improcedente, conforme a lo expuesto en el exordio de esta resolución. Anotar, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia".

En los términos del escrito de fs. 21/23 presentado en fecha 13 de abril de 2010 la abogada Elvira Quinteros de Melgarejo, bajo patrocinio del Dr. Pablo Andrés Melgarejo ejerciendo la representación de la Sociedad Editora Litocolor SRL acompañando Poder General habilitante cuya copia está agregada a fs.3/6 de autos, promueve Juicio Ordinario por Cobro de Guaraníes contra el nombrado demandado, al que la Jueza de Justicia Letrada del Tercer Turno le imprime trámite pertinente por providencia de fecha 19 de abril de 2010 de foja 24, por la que, entre otros, resuelve: "...Téngase por iniciada la presente demanda ordinaria por cobro de guaraníes que promueve Sociedad Editora Litocolor SRL contra Hernán Casco Pagano por el cobro de la suma de Guaraníes (12.000.000)

Doce Millones y de la misma y de los documentos presentados córrase traslado a la parte demandada citándola y emplazándola para que la conteste dentro del plazo de ley...”.

El demandado Dr. Hernán Casco Pagano en fecha 04 de mayo de 2010, en los términos del escrito de fs. 36/46, contesta el traslado de la demanda, y al mismo tiempo plantea demanda reconvenzional por Daño Moral, y la jueza corre traslado de la misma y de los documentos presentados a la parte actora por providencia de la misma fecha de foja 47, emplazándola para que la conteste dentro del plazo de ley.

Posteriormente, ambas partes litigantes realizaron diversas diligencias que obran de fojas 60 al 128 entre las que se destacan el ofrecimiento y producción de sus respectivas pruebas de las que da cuenta la Actuaría en su informe de fecha 04 de febrero de 2011 de foja 129 que motivó el proveído de la misma fecha también de foja 129 que ordenó el cierre del período probatorio y la entrega de los autos a las partes para que presenten sus alegatos en el plazo de ley si así conviniere a sus derechos.

Por providencia de fecha 03 de marzo de 2011, fs. 136, previo informe de la actuaría, la jueza llama “Autos para Sentencia”; y en fecha 13 de junio de 2011 dicta la S.D. N° 773 cuya parte resolutive transcribí precedentemente, contra la cual el demandado planteó los recursos en estudio que fueron concedidos por la Jueza interviniente por providencia de fecha 22 de junio de 2011 de foja 172 vlto. siendo remitidos los autos a la Mesa de Entrada del Tribunal de Apelación en lo Civil, donde se procedió al sorteo correspondiente y como resultado del mismo fueron remitidos a este Tribunal en fecha 30 de junio de 2011, donde se llamó “Autos”, en fecha 25 de julio de 2011 por A.I. N° 520 obrante a foja 174.

Prosiguiendo con los trámites correspondientes en esta instancia, el recurrente expresa agravios en los términos del escrito de fs. 175/181 presentado en fecha 01 de agosto de 2011, y la representante convencional de la parte actora contesta el traslado que le corriera el Tribunal, en los términos del escrito de fs. 183/186 presentado en fecha 09 de agosto de 2011, que motivó la providencia de fecha 11 del mismo mes y año de foja 186 vlto. que llamó: “Autos para Sentencia”.

Practicado el pertinente sorteo para determinar el orden de votación resultó que los Miembros del Tribunal debían votar en el orden siguiente: Dr. EUSEBIO MELGAREJO CORONEL, RAÚL GÓMEZ FRUTOS Y BASILICIO GARCÍA AYALA.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA; el Miembro BASILICIO GARCIA AYALA dijo: Los Miembros que me precedieron en su estudio, coinciden en que corresponde tener por desistido al recurrente del recurso de nulidad, por las razones expuestas por el Preopinante, posición a la que me adhiero por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA; el Miembro BASILICIO GARCÍAAYALA prosiguió diciendo: En lo referente al recurso de apelación, los Miembros que me precedieron en su estudio, tienen posiciones opuestas, pues el Preopinante Dr. Eusebio Melgarejo Coronel se expide por la confirmación de la sentencia recurrida; y el Miembro Dr. Raúl Gómez Frutos por su revocación parcial, por las razones expuestas al emitir sus respectivos votos.

Después de analizar el expediente, la sentencia recurrida, las posiciones asumidas por las partes litigantes, el demandado en su escrito de fundamentación del recurso de apelación, y la representante convencional de la actora en su contestación del traslado; hice lo mismo con los proyectos de resolución de cada uno de los Miembros que me precedieron en el estudio del tema sometido a consideración del Tribunal, quienes, como ya señalé, tienen posiciones opuestas, y emitieron sus respectivos votos basándose en los argumentos expuestos para justificar las posiciones asumidas.

Como consecuencia del análisis realizado, puedo manifestar que en este caso, con los documentos presentados por la parte actora como base del Juicio Ordinario por Cobro de Guaraníes promovido contra el Dr. Hernán Casco Paganó, cuyas copias se hallan agregadas a estos autos, no acreditan la deuda de Doce Millones de Guaraníes (Gs. 12.000.000), reclamada por la parte actora, en razón de que el Presupuesto N° 5836 de fecha 30 de marzo de 2009 confeccionado en la Boleta N° 2.559 cuya copia está agregada a fs. 8 y también a fs. 20 de autos, no es un contrato firmado por el demandado que lo obligue al pago del saldo reclamado; y por otro lado, la impresión por la empresa actora de mil ejemplares del libro “Código Procesal Civil Comentado y Concordado”, novena Edición, de autoría del demandado, se terminó en el mes de diciembre de 2007, y el pago de la Factura N° 001-001-000520 de fecha 17 de Noviembre de 2007, se realizó conforme a los recibos expedidos por la parte actora por distintos montos, en diferentes fechas cuyas copias están agregadas a fs. 56/59 de autos, y cabe señalar que en el de foja 59 de fecha 12 de mayo de 2008 consta que dicho pago corresponde a la cancelación de la deuda.

Si con posterioridad a la fecha en que se canceló la obligación surgida por la referida impresión de mil ejemplares del mencionado libro de autoría del demandado, se hubiere realizado otra impresión, ese hecho debe ser demostrado con documentos, y en este caso el presupuesto de fecha 30 de marzo de 2009 presentado por la parte actora, cuya copia está agregada a foja 20 no reúne ese requisito, no está firmado por el demandado; y además solo es un presupuesto, no es un contrato que obliga al demandado a su cumplimiento.

Conforme a las consideraciones que anteceden, llego a la conclusión de que el apartado primero de la sentencia recurrida no se halla ajustada a derecho, por lo que corresponde su revocación parcial por este Tribunal, como lo manifiesta el Miembro Raúl Gómez Frutos al emitir su voto.

Con relación a la demanda reconventional planteada por el demandado contra la parte actora, que fue desestimada por el apartado segundo de la sentencia recurrida, el Dr. Casco Pagano en su escrito de expresión de agravios nada dice al respecto, por lo que comparto la posición asumida por el Miembro Preopinante Dr. Eusebio Melgarejo Coronel.

En cuanto a las costas, me adhiero al voto del Miembro Raúl Gómez Frutos, quien se expide por su imposición en el orden causado en ambas instancias.

Conforme a las constancias de autos y a las consideraciones que anteceden, me adhiero al voto en el sentido expuesto en los párrafos que anteceden.

Con lo que se dio por terminado el acto, previa lectura y ratificación de su contenido, firmando los Señores Miembros, por ante mi la Secretaria Autorizante de que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue:

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente, y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Cuarta Sala;

RESUELVE:

TENER POR DESISTIDO el recurso de nulidad.

REVOCAR el primer apartado de la S.D. N° 773 de fecha 13 de junio de 2011, dictada por la Jueza de la Justicia Letrada en lo Civil y Comercial del Tercer Turno, conforme a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución.

CONFIRMAR el segundo punto de la citada resolución, por los argumentos expuestos en el exordio de este fallo.

IMPONER las costas en ambas instancias en el orden causado.

JURISPRUDENCIA

ANOTAR, registrar, notificar y remitir una copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Eusebio Melgarejo Coronel, Raúl Gómez Frutos, Basilio García

Ante mí: Letizia Pereira, Actuaría Judicial.

TRIBUNAL DE APELACIÓN DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

AUTO INTERLOCUTORIO N° 216

Cuestión debatida: *El Defensor inhibiente se aparto de seguir entendiendo en el juicio amparándose en el art. 20 inc f) del C.P.C., por haber sido defensor o haber emitido opinión o dictamen o dado recomendación acerca del pleito se discute si tiene o no andamiaje su separación.*

RECUSACIÓN. Recusación con causa. MINISTERIO DE LA DEFENSA PÚBLICA.

Aunque se trate de juicios en que el defensor ya tiene formada su opinión, esta no es vinculante para el juzgado. Además, en este fuero las resoluciones son modificables en el tiempo siempre y cuando las circunstancias que dieron pie para el planteamiento de cualquier juicio, sea Maltrato, Convivencia o Relacionamento (art. 167 del C.N. y A.). En otros términos, si la situación anterior ha cambiado o no por una situación u otra, también el Defensor puede cambiar su opinión.

T. de Apel. N. y A. 01/06/11. “M. J. S. V. y otra s/ Régimen de Convivencia”. (A.I. N° 216).

Asunción, 01 de junio de 2011.

VISTO: El escrito en que la Defensora de la Niñez y la Adolescencia del Segundo Turno, Abg. Rossana Carolina Hermosilla impugna la inhibición del Defensor de la Niñez y la Adolescencia del Primer Turno, Abog. Daniel Iván Gómez Rambado, y

CONSIDERANDO:

El Defensor Inhibiente se apartó de seguir entendiendo en el juicio amparándose en el art. 20 inc. f) del CPC, por haber sido defensor o haber emitido

opinión o dictamen o dado recomendaciones acerca del pleito, ya que en su calidad de defensor de la Niñez y la Adolescencia ha intervenido en el juicio: “M.J.S.V. y otra s/ Maltrato” y recomendó que se le otorgue como medida cautelar el cuidado de las menores María J. y M.Y.S.V. a favor de la madre, señora H.M. del R.V. y se establezca un régimen de relacionamiento amplio a favor del progenitor. Por otra parte dijo, que ya tiene una opinión formada sobre las acciones planteadas (maltrato y ahora el régimen de convivencia), pues, existen identidad de sujetos ya que los niños y los progenitores son los mismos. Por tal motivo deduce la presente excusación antes de al realización de al audiencia prevista en el art. 174 del C.N. y A.” (Fl. 47).

La recusación no tiene andamiaje. En efecto, aunque se trate de juicios en que el ya viene formada su opinión, esta no es vinculante para el Juzgado. Además, en este fuero las resoluciones son modificables en el tiempo siempre y cuando las circunstancias que dieron pie para el planteamiento de cualquier juicio, sea Maltrato, Convivencia o Relacionamiento (art. 167 del C.N. y A.). En otros términos, si la situación anterior ha cambiado o no por una situación u otra, también el Defensor puede cambiar su opinión.

Por otra parte, en el A.I. N° 97 de fecha 22 de marzo de 2011, dictado por este Tribunal, que cita como jurisprudencia el Defensor Inhibiente, si bien es cierto, que se a parto a la Defensora Yngrid Yambay de seguir entendiendo en el juicio: “M.P.P.V. Y otro s/ modificación de régimen de convivencia”, el hecho obedeció a que la Defensora que le seguía en el orden de turno, Abog. María Teresa Garcete de Sosa, ha intervenido en la audiencia de sustanciación y ofrecimiento de pruebas, es más, ha dictaminado en l amentada audiencia cuando lo correcto era que la misma simplemente impugne la inhibición de la defensora Yngrid Yambay y se retire de la audiencia. En otros términos, son situaciones absolutamente diferentes y que no puede servir de parámetro respecto a la pretensión del Defensor Inhibiente.

Por consiguiente, corresponde hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensora de la Niñez y la Adolescencia del Segundo Turno, Abg. Rossana Carolina Hermosilla por así corresponder en derecho en el caso concreto de autos.

POR TANTO, el Tribunal de la Niñez y la Adolescencia

RESUELVE:

HACER LUGAR a la impugnación deducida por la Defensora de la Niñez

y la Adolescencia del Segundo Turno, Abog. Rossana Carolina Hermosilla contra la inhibición del defensor de la Niñez y la adolescencia del Primer Turno, Abog. Daniel Iván Gómez Rambado.

REMITIR e presente juicio al Juzgado de origen a los efectos procesales que corresponda.

ANOTESE, regístrese y remítase copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Manuel Silvio Rodríguez, Arnaldo Samuel Aguirre y Fulvia Imelda Nuñez de Vera y Aragón.

Ante mí: María E. Galeano O. Actuaria Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 222

MEDIDAS CAUTELARES. RECURSO DE APELACIÓN. Concesión del recurso de apelación. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

En las medidas cautelares dictadas en esta jurisdicción en forma autónoma y las dispuestas fuera de la etapa procesal prevista en el Art. 174 del C.N. y A., y en los casos específicos en el Art. 175 del mismo cuerpo legal, se tienen que regir por las disposiciones del CPC, que rigen la materia (Arts. 691 y siguientes), de conformidad con el art. 170 del C.N. y A., de tal suerte que el proceso no se desvirtúe y se resuelve exclusivamente en alzada la procedencia de mantener o levantar las medidas cautelares de acuerdo a la debida protección del Interés Superior del Niño que solo en cada caso concreto puede definirse adecuadamente, naturalmente dentro del debido proceso salvo que se trate de una situación que altere la guarda del niño o adolescente, o que concierna a su seguridad, en cuyo caso podrá concederse con efecto suspensivo los recurso que se interpongan.

MEDIDAS CAUTELARES. RECURSO DE APELACIÓN. Concesión del recurso de apelación.

En el caso de autos la medida cautelar ordenada en el auto interlocutorio revisado admite los recursos interpuestos y de conformidad a lo prescribe el art. 694 del CPC los mismos se conceden sin efecto suspensivo, razón por la cual necesariamente debe admitirse que los mismo fueron bien concedidos.

MEDIDAS CAUTELARES. RECURSO DE APELACION. Concesión del recurso de apelación.

Este Tribunal ha sustentado el criterio que las medidas cautelares ordenadas en forma autónoma, el recurso de apelación debe ser concedido sin efecto suspensivo por aplicación del art. 694 del CPC. (Voto en minoría del Dr. Silvio Rodríguez).

RECURSO DE APELACIÓN. Concesión del recurso de apelación. NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Régimen de relacionamiento.

De acuerdo con esta disposición y teniendo en cuenta el contenido de la resolución recurrida que en puridad es un régimen de relacionamiento maqui-llado con el tinte de una medida cautelar, resulta evidente que en este caso resulta inaplicable el criterio tradicional del Tribunal en esta materia y, por consiguiente, los recursos concedidos contra el auto interlocutorio que establece una medida cautelar autónoma de régimen de relacionamiento dictada deben necesariamente ser concedidos con efecto suspensivo. (Voto en minoría del Dr. Silvio Rodríguez).

T. de Apel. N. y A. 02/06/11.- “A.M.G.C. s/ Medida Cautelar Autónoma de Régimen de Relacionamiento”. (A.I. N° 222).

Asunción, 02 de junio de 2011

VISTOS: Los recursos de nulidad y apelación interpuestos contra el A.I. N°96 de fecha 19 de abril de 2011, dictado por el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y Adolescencia del Tercer turno, y

CONSIDERANDO:

Opinión de la Dra. Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón.

Que a fs.84 de autos la Abogada L.C.O., representante convencional de la demandada, solicita la modificación de la forma de concesión de los recursos que interpuso en estos autos, y lo hizo después de que este Tribunal corriera traslado de su fundamentación por proveído de fecha 6 de mayo de 2011 (fs.78).

Interpuestos los recursos de referencia el Juzgado los concedió sin efecto suspensivo la medida cautelar dictada en el Interlocutorio supra mencionado (fs. 77).

En este aspecto, este Tribunal ha sentado su parecer de que en las medidas cautelares dictadas en esta Jurisdicción en forma autónoma y las dispuestas

fuera de la etapa procesal prevista en el Art. 174 del C.N. y A. y en los casos especificados en el Art. 175 del mismo cuerpo legal, se tienen que regir por las disposiciones del CPC que rigen la materia (Arts. 691 y siguientes), de conformidad con el Art. 170 del C.N. y A., de tal suerte que el proceso no se desvirtúe y se resuelva exclusivamente en alzada la procedencia de mantener o levantar las medidas cautelares de acuerdo a la debida protección del Interés Superior del Niño que solo en cada caso concreto puede definirse adecuadamente, naturalmente dentro del Debido proceso (A.I. N° 442 de fecha 29 de diciembre de 2004), salvo que se trate de una situación que altere la guarda del niño o adolescente, o que concierna a su seguridad, en cuyo caso podrá concederse con efecto suspensivo los recursos que se interpongan.

Que, el Tribunal, de conformidad al Art. 417 del CPC, se halla facultado a modificar la forma de concesión de los recursos si las mismas no se ajustan a las reglas procedimentales.

Que en el caso de autos la medida cautelar ordenada en el Auto Interlocutorio en revisión admite los recursos interpuestos y de conformidad a lo que prescribe el Art. 694 del CPC los mismos se conceden sin efecto suspensivo, razón por la cual necesariamente debe admitirse que los mismos fueron bien concedidos y, consecuentemente, se deben seguir los trámites propios que corresponden a esta instancia.

Opinión del Dr. Silvio Rodríguez.

La profesional L.C.O. solicita que se modifique la forma de concesión de los recursos concedidos contra el A.I. N° 96 de fecha 19 de abril de 2011 en el sentido de concederse con efecto suspensivo y no sin efecto suspensivo tal como lo dispuso el Juzgado.

Y bien, según criterio sustentado por este Tribunal las medidas cautelares ordenadas en forma autónoma, como en el caso de autos, el recurso de apelación debe ser concedido sin efecto suspensivo por aplicación del Art. 694 del Código Procesal Civil. La condición pues, para mantener este criterio es que se trate de una medida cautelar.

En el caso de autos, el título del juicio es el siguiente: “A.M.G.C. s/ Medida Cautelar Autónoma de Régimen de Relacionamiento” y examinando la prescripciones de los artículos 174 y 175 del Código de la Niñez y la Adolescencia, resulta fácil percatarse que entre sus prescripciones no se halla contemplada una medida cautelar con el título antes mencionado. Es más, el régimen de

relacionamiento se rige por el Procedimiento General y no admite otro procedimiento. En concordancia con esta conclusión, no puede perderse de vista que el artículo 104 del Código Procesal Civil, también de aplicación supletoria en este fuero establece claramente la siguiente regla: “Las partes no pueden darse un procedimiento especial, distinto del legal, para sustanciar judicialmente el proceso en que intervengan, pero pueden renunciar a trámites o diligencias particulares, establecidos en su interés exclusivo.”

De acuerdo con esta disposición y teniendo en cuenta el contenido de la resolución recurrida que en puridad es un régimen de relacionamiento maquillado con el tinte de una medida cautelar, resulta evidente que en este caso resulta inaplicable el criterio tradicional del Tribunal en esta materia y, por consiguiente, soy de opinión que los recursos concedidos contra el A. I. N° 96 de fecha 19 de abril de 2001 deben necesariamente ser concedidos con efecto suspensivo.

Opinión del Dr. Arnaldo Samuel Aguirre.

Me adhiero a la opinión de la Dra. Fulvia Núñez de Vera y Aragón, por los mismos fundamentos.

Por tanto, el Tribunal de Apelación de la Niñez y Adolescencia.

RESUELVE:

No hacer lugar a la modificación de la forma de concesión de los recursos de nulidad y apelación interpuestos contra la resolución supraindividualizada.

Anótese, regístrese, y remítase copia a la Exma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Arnaldo Samuel Aguirre, Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón, Manuel Silvio Rodríguez.

Ante mí: María E. Galeano, Actuaría Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 228

NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Procedimiento General. Audiencia conciliación.

En este sentido, el incidentista tiene razón de que el certificado médico presentado tiene la validez necesaria para considerarla como una razón justifi-

cada a la no presentación de la audiencia de conciliación porque fue expedido por el Centro de Emergencias Médicas, dependiente del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social. Por consiguiente, la Jueza debió haber suspendido la audiencia en cuestión y fijado la misma para otra oportunidad.

NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Procedimiento General. Audiencia conciliación.

La audiencia de conciliación tiene carácter personalísimo y, en consecuencia, salvo que el demandado otorgue un poder especial a su abogado para representarlo en la audiencia de conciliación ésta carece de validez. Lo que aquí interesa es la presencia del incidentista y si es o no admisible la justificación presentada por el mismo para la suspensión de la audiencia.

NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Procedimiento General. Audiencia conciliación.

La conciliación es un trámite irrenunciable y privarle de ella a una de las partes a pesar de haber justificado su inasistencia convenientemente, estamos evidentemente ante un estado de indefensión, mas todavía teniendo en cuenta que en esta causa se tiene que resolver si la niña viaja o no para radicarse con su madre, quien reside en los Estados Unidos de Norteamérica por lo cual el auto interlocutorio recurrido que rechaza in limine el incidente de nulidad es nulo.

T. de Apel. N. y A. 07/06/11. “Compulsas P. M. S.F. s/ Venia Para Viajar con Fines de Radicación”. (A.I. N° 228).

Asunción, 7 de junio de 2011.

VISTO: Los recursos de Nulidad y apelacion interpuestos por el profesional M.A.S.G., contra el A.I. N° 231 de fecha 23 de marzo de 2011, dictado por el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia del Sexto Turno, y

CONSIDERANDO:

OPINIÓN DEL DR. SILVIO RODRÍGUEZ:

LA NULIDAD: A pesar de no haberse fundado el recurso de nulidad por el recurrente, con el recurso de apelación viene implícito y es bajo este punto de vista que se tiene que estudiar sobre el presente recurso (arts. 406 y 113 del CPC).

ANTECEDENTES DEL CASO: Por proveído de fecha 09 de marzo de 2011, el Juzgado dispuso el señalamiento de audiencia a fin de que los señores

H.D.S.D. y E.F.S. comparezcan ante el Juzgado a los efectos previstos en el art. 174 del C.N. y A., bajo apercibimiento de que la incomparecencia de una de las partes sin causa justificada no obstara la prosecución del procedimiento (fl. 194). Notificado el señor H.D.S.M. de la mentada audiencia, según cedula de notificación de fecha 14 de marzo de 2011 (fl. 194) éste solicito la suspensión de la audiencia por reposo medico agregando el certificado expedido por el Centro de Emergencias Medicas (fl. 195).

Posteriormente, el Juzgado celebró la audiencia previsto para el día 18 de marzo de 2011, en los siguientes términos: “Se deja constancia de la incomparecencia del representante convencional de la parte demandada señor H.D.S.D., el Abog. M.A.S.D. presentando justificativo médico. Asimismo, el Juzgado ordena la apertura de la causa a prueba por todo el término de ley, pasando la parte actora a ofrecer las pruebas que hacen a su derecho, ordenando el Juzgado el diligenciamiento de dichas pruebas, como ser instrumentales, testificales, estudio psicológico” (Fl. 201).

En fecha 21 de marzo de 2011, se presentó ante el Juzgado, el profesional M.A.S.G., a promover incidente de nulidad de actuaciones contra el acta de audiencia de conciliación previsto para el día 18 de marzo de 2011, que fue celebrado a pesar del pedido de suspensión de su parte en base al certificado médico expedido por una profesional de Emergencias Médicas (Fl. 202/203), dictando el Juzgado el A.I. N° 231 de fecha 23 de marzo de 2011 en la que textualmente dice: “1) Rechazar, in limine, el incidente de nulidad interpuesto por el abogado M.A.S.G., en el sentido y alcances expuestos en el considerando de la presente resolución. 2) Hacer efectivo el apercibimiento decretado por providencia de fecha 22 de febrero del 2011; en consecuencia remitir los antecedentes a la Superintendencia de la Corte Suprema de Justicia. 3) Costas al incidentista” (Fl. 212/213), habiendo el citado profesional interpuesto los recursos de nulidad y apelación contra el A.I. N° 231 de fecha 23 de marzo de 2011 (Fl. 248/251).

CONCLUSIONES: En este sentido, el incidentista tiene razón de que el Certificado Médico presentado tiene la validez necesaria para considerarla como una razón justificada a la no presentación de la audiencia de conciliación porque fue expedido por el Centro de Emergencias Médicas, dependiente del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social. Por consiguiente, la Jueza debió haber suspendido la audiencia en cuestión y fijado la misma para otra oportunidad.

Por otra parte, el incidente de nulidad de actuaciones planteado por el incidente se adecua a lo establecido en el art. 181 del CPC que dice: “Los incidentes que impiden la continuación del proceso principal de sustanciaran en los mismos autos, quedando entre tanto suspendida la tramitación de aquel. Se entiende que impide la prosecución del principal toda cuestión sin cuya resolución previa es imposible de hecho y de derecho continuar sustanciándolo”.

Sin embargo, tal como puede notarse, el Juzgado obvió esta disposición y rechazó liminarmente el incidente (art. 184 del CPC), decisión que deviene absolutamente nula. En efecto, la audiencia de conciliación tiene carácter personalísimo y, en consecuencia, salvo que el señor H.D.S.D. otorgue un poder especial a su abogado para representarlo en la audiencia de conciliación, ésta carece de validez. Lo que aquí interesa es la presencia del incidentista y si es o no admisible la justificación presentada por el mismo para la suspensión de la audiencia.

Una de las primeras facultades del Juez dentro del Procedimiento General es la de procurar avenir a las partes a una conciliación y no siendo posible esta recién se encuentra facultada a disponer la apertura de la causa a prueba y la adhesión de las que crea convenientes (art. 174 del C.N. y A). En otros términos, la conciliación es un trámite irrenunciable y privarle de ello a una de las partes a pesar de haber justificado su inasistencia convenientemente, estamos evidentemente ante un estado de indefensión, más todavía teniendo en cuenta que en esta causa se tiene que resolver si la niña viaja o no para radicarse con su madre, quien reside en los Estados Unidos de Norteamérica. Es de notar, asimismo, que el abogado M.A.S.G., representante convencional del señor H.D.S.D., presentó un escrito donde ofrece pruebas (Fl. 206), pero el escrito de referencia no tiene sello de cargo, por lo que carece de valor procesal, al igual que el urgimiento presentado al folio 223 que no fue proveído por el Juzgado. Por consiguiente, en rigor de verdad, al profesional M.A.S.G. no se le dio intervención en el proceso después de la audiencia de conciliación.

Por lo brevemente expuesto, soy de opinión que el auto interlocutorio recurrido es nulo, y como corolario, las demás actuaciones procesales realizadas en el juicio, razón por la cual el expediente tiene que retrotraerse al folio 194 de autos, ordenando el Juzgado una nueva audiencia de conciliación y ofrecimiento de pruebas entre las partes y, en todo caso, bajo apercibimiento de que si el padre vuelve a presentar un certificado médico como el que consta en autos,

otorgue un Poder Especial a los efectos de intentarse una conciliación en la audiencia respectiva.

LA APELACIÓN: Habiéndose resuelta la cuestión de la manera antes indicada, no corresponde estudiar el recurso de apelación. Así voto.

A su turno los Dres. Arnaldo Samuel Aguirre y Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón dijeron: que se adhieren a la opinión del Dr. Silvio Rodríguez por los mismos fundamentos.

POR TANTO, el Tribunal de Apelación de la Niñez y la Adolescencia RESUELVE:

DECLARAR NULO el A.I. N° 231 de fecha 23 de marzo de 2011 por los motivos expuestos en el exordio de la presente resolución.

RETROTRAER el presente juicio al folio 194 a los efectos previstos en el exordio de la presente resolución.

ANÓTESE, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Manuel Silvio Rodríguez, Arnaldo Samuel Aguirre y Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón.

Ante mí: Maria E. Galeano O. Actuaria Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 230

RECURSO DE APELACIÓN. NOTIFICACIÓN.

En el caso de conformidad al informe de la actuaria que en autos no consta que se haya notificado a la parte demandada del traslado de la fundamentación del recurso, en estos autos no se dieron los presupuestos para dar por decaído el derecho no ejercido por el alimentante ya que el mismo no fue notificado hasta la fecha ni por cedula, ni personalmente, ni retirado el expediente o copia del proveído por la cual se le corre traslado de la fundamentación presentada por la parte actora.

T. de Apel. N. y A. 08/06/11. "A. L. M. G. s/Asistencia Alimenticia". (A.I. N° 230).

Asunción, 8 de junio de 2011.

VISTO: El recurso de apelación interpuesto contra la S.D. N° 956 de fecha 16 de diciembre de 2010, dictada por el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia del Primer Turno y,

CONSIDERANDO:

Que a fs. 240 de autos, la Actuaría de este Tribunal informa que el presente expediente fue recibido en este Tribunal en fecha 9 de marzo de 2011 y al día siguiente esta Sala dictó la providencia por la cual se corre traslado de la fundamentación del recurso interpuesto por la actora, señora M.L.G.P. Asimismo, a fs. 233 de autos el alimentante presentó un escrito con el objeto de poner a conocimiento de este Tribunal su imposibilidad de cumplir con la asistencia alimentaria del mes de marzo de año en curso, acompañando instrumentales en el que se proveyó: “Ocurra por la vía correspondiente en su oportunidad”, en fecha 28 de marzo de 2011. Igualmente en fecha 6 de mayo de 2011 la actora M.L.G. presentó un escrito solicitando el decaimiento del derecho del alimentante por no contestar el traslado corrídole. Asimismo, informa que en autos no consta que se haya notificado a la parte demandada de proveído de fs. 229 de autos, ni por cédula, ni personalmente ni tácitamente.

Que el art. 132 del CPC establece: “Notificación tacita: El retiro del expediente importara la notificación de todas las actuaciones cumplidas y las resoluciones dictadas en el mismo, El retiro de copia de un escrito, por una parte, su apoderado, o letrado, implica notificación personal del traslado que se hubiese conferido de aquel”.

Que el art. 133 del CPC dice: “Notificación por cédula y personal: Serán notificados por cédula y en el domicilio del interesado las siguientes resoluciones:... K) las providencias del Tribunal que dispone fundar el recurso interpuesto, y su traslado... Si el interesado consintiere en notificarse personalmente, será innecesaria la notificación por cédula. Para que la notificación personal tenga valor, deberá ser refrendada por el Actuario o el oficial de Secretaría con indicación de fecha y hora”.

Que, de conformidad al mencionado informe y a las consideraciones que anteceden, en estos autos no se dieron los presupuestos para dar por decaído el derecho no ejercido por el alimentante, ya que el mismo no fue notificado hasta la fecha ni por cédula, ni personalmente, ni retirado el expediente o copia del proveído por la cual se le corre traslado de la fundamentación presentada por la parte actora.

Que, en las condiciones señaladas, corresponde no hacer lugar, por improcedente, el decaimiento del derecho solicitado por la señora M.L.G.P.

POR TANTO, el Tribunal de Apelación de la Niñez y Adolescencia,
RESUELVE:

NO HACER LUGAR al decaimiento de derecho solicitado por la parte actora M.L.G.P. a fs. 234 de autos, en consecuencia, estése al proveído de fs. 229 del autos.

ANÓTESE, regístrese, y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Manuel Silvio Rodríguez, Arnaldo Samuel Aguirre y Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón.

Ante mí: Maria E. Galeano O. Actuaría Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 257

RECURSO DE APELACIÓN. Concesión del recurso de apelación. NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Régimen de relacionamiento.

En la Sentencia recurrida se hizo lugar al juicio de relacionamiento planteado por el padre de la menor, en el que se estableció un amplio régimen entre la niña y su progenitor. Apelada esta resolución el Juzgado concedió el recurso de apelación con efecto suspensivo. Esta forma de concesión del recurso de apelación contradice lo que establece el artículo 180 del C.N. y A., ya que la sentencia recurrida no tiene el efecto de alterar la guarda de la niña y tampoco se percibe que existan circunstancias que atenten contra su seguridad, que son las razones por las cuales pide romperse la regla establecida al principio del artículo 180 del C.N. y A. Por lo expuesto, corresponde hacer lugar a la petición formulada por el progenitor de modificar la forma de concesión del recurso de apelación en el sentido de concederlo sin efecto suspensivo.

T. de Apel. N. y A. 21/06/11. "A. M. B. S.S/ Regimen de Relacionamiento". (A.I. N° 257).

Asunción, 21 de junio de 2011.

JURISPRUDENCIA

VISTO: El escrito presentado por el señor O.B.B., y
CONSIDERANDO:

El recurrente solicita que se modifique la forma de concesión de los recursos concedidos contra la S.D. N° 695 de fecha 16 de setiembre de 2010 en el sentido de concederse sin efecto suspensivo y no con efecto suspensivo tal como lo dispuso el Juzgado (fl. 123).

En la sentencia de referencia se hizo lugar al juicio de régimen de relacionamiento planteado por el señor O.B.B., en el que se estableció un amplio régimen entre la niña A.M.B.S. y su progenitor (fls. 80/83). Apelada esta resolución (fls. 86/91 y 99/105), el Juzgado concedió el recurso de apelación con efecto suspensivo, según proveído de fecha 23 de noviembre de 2.010 (fl. 106). Esta forma de concesión del recurso de apelación contradice lo que establece el artículo 180 del C.N. y A., ya que la sentencia recurrida no tiene el efecto de alterar la guarda de la niña A. M. y tampoco se percibe que existan circunstancias que atenten contra su seguridad, que son las razones por las cuales puede romperse la regla establecida al principio del artículo 180 del C.N. y A. Por lo expuesto, corresponde hacer lugar a la petición formulada por el señor O.B.B.

POR TANTO, el Tribunal de Apelación de la Niñez y la Adolescencia,
RESUELVE:

MODIFICAR la forma de concesión del recurso de apelación interpuesto contra la S.D. N° 695 de fecha 16 de setiembre de 2010 en el sentido de concederlo sin efecto suspensivo.

COMUNICAR al Juzgado de origen la presente resolución a los efectos procesales que corresponda.

ANÓTESE, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Manuel Silvio Rodríguez, Arnaldo Samuel Aguirre y Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón.

Ante mí: María E. Galeano O. Actuaría Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 268

RECURSO DE APELACIÓN. Concesión del recurso de apelación.

En el caso resulta claro que de hecho ya se alterado la guarda de los niños en cuestión, razón por la cual la forma de concesión del recurso de apelación por parte del Juzgado contradice lo que establece el artículo 180 del C.N. y A., pues, la sentencia recurrida tiene otra vez por efecto alterar el status quo de los niños por lo que, corresponde hacer lugar a la petición formulada por el progenitor en el sentido de modificar el recurso de apelación con efecto suspensivo.

T. de Apel. N. y A. 30/06/11.- “C.D., S.A. y E.M.A.O. s/ Guarda”. (A.I. N° 268).

Asunción, 30 de junio de 2011.

VISTO: El escrito presentado por el señor Crispín Aquino Núñez en el que solicita la modificación de la forma de concesión concedido por el Juzgado contra la S.D. N° 057 de fecha 14 de marzo de 2011, y

CONSIDERANDO:

En la sentencia de referencia el Juzgado resolvió cuanto sigue: “I) Rechazarla petición de guarda de los niños C. D., S. A. y E. M. A. O. peticionada por el señor C. Aquino N. a cargo de la señora H. A. N..II) Disponerla guarda provisoria de los niños C. Damián A. O., S. A. A. O. y E. M. A. O. a cargo del señor A. O. M. con C.I. N° 1.9633.961 y la esposa de éste la señora M. L. con C.I. N° 2.328.003, quienes a tal efecto se instalarán en la vivienda de los niños, sito en el barrio Costa Alegre, compañía Cabañas de la ciudad de Caacupé, con las responsabilidades y obligaciones inherentes al cargo, quienes facilitarán el relacionamiento del señor C.A.N. con sus hijos menores en la vivienda familiar; con las observaciones descriptas de conformidad a lo establecido en el artículo 106 del C.N. y A. III) Disponerla comparecencia cada tres meses, entre el 01 y 10 del mes, desde el mes de abril del cte. año en secretaría de este Juzgado de los niños C. D. A. O., S. A. A. O. y E. M. A. O. acompañados de uno o ambos guardadores, a los efectos de un seguimiento adecuado de la medida en cuestión, amén de la presentación de las constancias escolares como del tratamiento médico necesario de los niños afectados, sin perjuicio de la constitución de este mismo Juzgado o un auxiliar especializado en el domicilio denunciado en autos.IV) Ordenarla presentación de las niñas S. A. y E. M. A. O. en la secreta-

ria del Juzgado el día miércoles 16 de marzo de 2011 a las 09:00 horas bajo apercibimiento de que en caso de incomparecencia se tomará dicha conducta como resistencia al cumplimiento del mandato judicial y se remitirán los antecedentes a la Justicia Penal a los fines pertinentes.V) Costosa la perdidosa, conforme al argumento que precede ” (fls. 104/107). Apelada la resolución por el señor C.A.N. (fls. 111/113), el juzgado concedió el recurso de apelación sin efecto suspensivo, según proveído de fecha 17 de marzo de 2011 (fl. 117).

Es de es de notar que los niños C.D., E.M., S.A.A. O. convivían de hecho con su progenitor, el señor C.A.N. a raíz del viaje de la madre de los mismos, la señora L.M.O.M. desde el mes de marzo del año 2010 a España, según las manifestaciones del mismo en el escrito de presentación en el que peticionó que sus hijos sean entregados en guarda a su hermana materna, la señora H.A.N., ya que debido a la actividad laboral que realiza (Suboficial de la Policía) no podía hacerse cargo en debida forma de sus hijos (fls. 5/6). Durante la sustanciación del juicio las niñas E.M. y S.A.A.O. han pasado a residir juntamente con el progenitor en la casa de la señora H.A.N., mientras que el menor C.D.A.O. no ha salido de la vivienda donde anteriormente vivía con su padre y hermanas.

En las condiciones señaladas resulta claro que de hecho ya se alterado la guarda de los niños en cuestión, razón por la cual la forma de concesión del recurso de apelación por parte del Juzgado contradice lo que establece el artículo 180 del C.N. y A., pues, la sentencia recurrida tiene otra vez por efecto alterar el status quo de los niños S.A., E.M.A.O. y C.D. Por lo expuesto, corresponde hacer lugar a la petición formulada por el señor C. A. N. (fl. 111/113) en el sentido de modificar el recurso de apelación con efecto suspensivo.

POR TANTO, el Tribunal de Apelación de la Niñez y la Adolescencia,
RESUELVE:

MODIFICAR la forma de concesión del recurso de apelación interpuesto contra la S.D. N° 057 de fecha 14 de marzo de 2.011 en el sentido de concederlo con efecto suspensivo.

COMUNICAR al Juzgado de origen la presente resolución a los efectos procesales que corresponda.

ANÓTESE, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Manuel Silvio Rodríguez, Arnaldo Samuel Aguirre y Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón.

Ante mí: María E. Galeano O. Actuaría Judicial.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 20

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.

Si bien es cierto el Código de la Niñez y Adolescencia considera necesaria escuchar al niño, esta escucha debe hacerse teniendo en cuenta su edad, contexto en aras al interés superior del niño e ir evaluando todas las situaciones en las que se halla atravesando. No se pueden tomar decisiones basadas únicamente en el deseo del niño, si ello puede resultar perjudicial para el mismo, teniendo en cuenta que las partes (madre y padre) se encuentran en conflicto que lleva a toda la familia a una situación de inestabilidad.

PATRIA POTESTAD. Régimen de convivencia. Derecho del menor a ser oído.

En materia de convivencia de menores debe prevalecer como factor decisivo de toda determinación judicial el interés de la niñas, consagrado en los artículos 3.1 y 9.1 de la Convención Internacional sobre los derechos del niño, ello sin perjuicio de que se contemplen los intereses y afectos de los padres en cuanto no se opongan a los de los hijos.

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.

Es sabido que en todas las situaciones que tienen como protagonistas a menores, es necesario buscar además del interés del menor, una solución que implique una estabilidad que posibilite el desarrollo integral de las niñas. Dicha estabilidad debe encuadrarse en una realidad que va más allá de lo afectivo y que requiere condiciones externas que la resguarden, afirmen y aseguren.

PRUEBA DE TESTIGOS. Apreciación de la prueba testimonial.

Los testimonios brindados por estas personas no fueron cuestionados por la adversa, merecen plena fe, pues responden a hechos o circunstancias que fueron presenciados por ellos mismos formándose su propia opinión de lo que han evidenciado.

PATRIA POTESTAD. Régimen de convivencia.

De las constancias de autos surge la falta de compromiso real del padre por la educación de sus hijas. En tal sentido es pertinente recordar que la patria potestad conlleva el derecho y la obligación principal de criar, alimentar, educar y orientar a sus hijos (Art. 70.1 C.N.A.) Esto implica una actitud activa y positiva encaminada hacia dicho objetivo.

PATRIA POTESTAD. Régimen de convivencia. Derecho del menor a ser oído. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. Colisión de intereses.

Cuando entran en colisión la opinión del menor y sus deseos con su interés superior, entendido este como la plena satisfacción de todos sus derechos y cuando no puedan ser ellos compatibilizados, deberá necesariamente privilegiarse el interés superior por sobre su deseo, pues lo contrario implicaría dejar sin sustento el régimen especial de protección del que gozan por su condición de persona en desarrollo, conforme prescribe el artículo 16 de la Convención Internacional sobre los derechos del niño, dejando librado su proceso de maduración y desarrollo a su propio arbitrio.

TApel. N. y A. Penal. 06/12/11. M. J. C. B. y otras s/ Régimen de Convivencia. (AC. Y Sent. N° 20)

Practicado el sorteo para establecer el orden de emisión de los votos de los Magistrados, el mismo resultó como sigue: CRESCENCIO BERNARDO PÁEZ SANTACRUZ, IRMA ALFONSO DE BOGARÍN y CLARA MERCEDES ESTIGARRIBIA MALLADA.

Acto seguido, atento a la pretensión recursiva, a los agravios sustentados por la parte apelante, y conforme a lo dispuesto en el Art. 456 del Código Procesal Penal vigente, el Tribunal de alzada acordó plantear y resolver las siguientes:

CUESTIONES:

1. ¿Es admisible el Recurso de Apelación interpuesto, o se impone su rechazo?
2. ¿Se ajusta a derecho la Sentencia recurrida?

A la Primera Cuestión, el preopinante dijo: Antes que nada es deber de este Tribunal, examinar si el recurso planteado ha dado cumplimiento a los requisitos formales para su procedencia.

Que, a fs. 410/415 obra el escrito de apelación; interpuesto por la parte actora y su fundamentación, señalando en la misma las soluciones que considera pertinentes, el mismo reúne los requisitos de forma, exigidos por la norma legal, cumpliendo así con lo establecido en el Art. 180 del Código de la Niñez y Adolescencia.

Que, por proveído de fecha 26 de octubre de 2010 (fs.417), se corrió traslado del recurso interpuesto a la representante convencional de la parte demandada, a quien se notificó el 28 de octubre 2010 por cédula notificación (fs. 419) quien contestó el traslado en fecha 3 de noviembre de 2010 (fs. 420/422), dentro del plazo de ley.

En efecto, de las constancias de autos surge que se hallan cumplidos los requisitos legales exigidos, por lo que resulta procedente declarar la admisibilidad, del citado recurso planteado. Es mi voto.

A la Segunda Cuestión: la resolución recurrida (S.D. N° 545 del 27 de setiembre del 2010) en su parte resolutive dice: “... *No Hacer Lugar, al Régimen de Convivencia solicitado por el Sr. E.M.C.A., con relación a las niñas M. J., M. P. y C. C. B., conforme a las condiciones y alcances transcriptos en el exordio de la presente resolución y en consecuencia, Otorgar la convivencia de las niñas M. J., M.P. y C.C.B. a su madre la Sra. C.R.B.R. Costas a la perdidosa. Anotar; registrar...*” (sic).

Que, haciendo una recapitulación de las diligencias realizadas en el presente caso, se encuentra que a fs. 410/415 el escrito de apelación interpuesto por la Ab. E.G. de F.F. de B. de fecha 12 de octubre del 2010 contra la S.D. N° 545 del 27 de setiembre de 2010, en representación del Sr. E.C. y señala en el escrito que la sentencia ha sido injusta y arbitraria, que el Juzgado obvió lo más fundamental que es el interés superior del niño, el deseo de las niñas ha sido exteriorizado ante la Jueza en forma libre y espontánea y que ésta los desechó conjuntamente con otros elementos de pruebas como el informe psicológico, socio-ambientales ordenados y realizados por profesionales especiales y que no han sido impugnados. El Juzgado no realizó un análisis minucioso de la situación que envuelve a las niñas y no ha considerado el derecho de las mismas a vivir en un ambiente que les dé estabilidad, respetando sus opiniones, atendiendo a su edad y grado de madures. Se cuestiona cómo es que no pueden resultar vinculantes para la decisión judicial las opiniones de las niñas; señala que se ha obviado la autonomía progresiva acogida por el Código de la niñez. Manifiesta que jamás se acusó a su mandante de un mal desempeño, de negligencia o impericia; tampoco se alegaron principios jurídicos y valederos para desacreditar a mi instituyente en su rol de padre y es obvio la incongruencia con la que la A-quo falla de la manera en que lo hizo. En cuanto a las costas solicita que el fallo sea revocado imponiendo las costas en el orden causado por ser la ajustada a derecho y responder al principio de igualdad de los padres en el ejercicio de la patria potestad que ejercen sobre sus menores hijos. Finalmente peticiona que el Excmo. Tribunal de Apelación de la Niñez y Adolescencia dicte resolución revocando en todas sus partes la sentencia recurrida.

Que, por proveído de fecha 26 de octubre de 2010, se corrió traslado del recurso interpuesto a la otra parte, a quien se notificó el 28 de octubre de 2010

por cédula de notificación y en fecha 3 de noviembre de 2010 contestó el traslado la Sra. C.R.B.R., bajo patrocinio de la Ab. S.E.G.F. (fs. ...); señalando que la magistrada de primera instancia ha explicado y fundamentado su decisión correctamente teniendo en cuenta el conjunto de pruebas agregadas a estos autos a favor de las menores y que la apelante se ha esmerado en calificar a la resolución judicial de primera instancia como injusta arbitraria y alejada diametralmente de los extremos alegados, basándose exclusivamente en las manifestaciones de las niñas ante la jueza al momento de ser oídas, acota que ellas pidieron a su padre ir a vivir con el mismo, y sin embargo en todo el expediente no se ha demostrado que el padre sea la persona que ésta en condiciones de educarlas ni de ocuparse de las mismas. Afirma que una sentencia no puede basarse solamente en lo que dicen las menores, estas afirmaciones deben ser acompañadas de pruebas, de lo contrario se caería en una arbitrariedad impuestas por los menores y cree que eso no es el objetivo cuando se le da el derecho a los menores de ser oídos. Por otro lado considera que las costas debe confirmarse en razón que la misma ley así lo establece (Art.192 del CPC), y que la recurrente no ha aportado elementos que permitan eludir la imposición de las costas. Concluye el escrito señalando que la sentencia se ajusta totalmente a la realidad hoy vivida por las menores y por toda la actividad probatoria presentada. Finalmente solicita, se dicte sentencia conformando con costas, la S. D. N° 545 de fecha 27 de setiembre de 2010, dictado por la Juez de Primera Instancia Ab. M.E.J. de A.

Que, posteriormente se dictó la providencia de autos para sentencia en fecha 3 de noviembre de 2010 y por Acuerdo y Sentencia N° 234 del 30 de noviembre del 2010, el Tribunal de Apelación de la Niñez y Adolescencia resolvió Revocar en todas sus partes la S. D. N° 545 de fecha 27 de noviembre de 2010 y en consecuencia; Otorgar el Régimen de Convivencia al Sr. E.C.A. y Eestableció un Régimen de Relacionamiento amplio a favor de las niñas con la madre.

Que, en fecha 14 de diciembre de 2010, el representante convencional de la Sra. C.B.R., promueve Acción de Inconstitucionalidad contra el Acuerdo y Sentencia N° 234 del 30 de noviembre de 2010 y su aclaratoria el Acuerdo y Sentencia 245 del 10 de diciembre de 2010, dictada por el Tribunal de Apelación de la Niñez y la Adolescencia. En fecha 8 de junio de 2011 la Ab. E.G. de F.F. de B. contesta el traslado corrídole por providencia de fecha 24 de mayo de 2011. A fs. 53/58 de autos se encuentra glosado el Dictamen Fiscal N° 712 de fecha 30 de

junio de 2011 del Fiscal Adjunto Abog. J.S.G. En fecha de 7 de julio 2011 se llamó autos para sentencia.

Que, en fecha 12 de setiembre de 2011 la Corte Suprema de Justicia dicta el Acuerdo y Sentencia N°, en la cual resuelve: Hacer Lugar a la acción de inconstitucionalidad promovida y en consecuencia declarar la nulidad del Acuerdo y Sentencia N° 234 del 30 de noviembre de 2010 y su aclaratoria el Acuerdo y Sentencia N° 245 del 10 de diciembre de 2010, dictadas por el Tribunal de Apelación y la Niñez y de la Adolescencia de la Capital e impuso las costas a la perdedora. Como consecuencia del recurso de aclaratoria interpuesto por la Abog. E. G. de F. F. de B. la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia resolvió: Hacer lugar al recurso de aclaratoria interpuesto y en consecuencia ordeno la remisión de la causa al Tribunal que sigue en orden de turno, aquel que dictó la resolución anulada.

Que, en fecha 26 de octubre de 2011 la Corte Suprema de Justicia remite los autos al Tribunal de Apelación Penal de la Adolescencia y por providencia del 26 de octubre de 2011 se llamó autos para resolver.

Que, corresponde al Tribunal de Alzada apreciar únicamente las constancias procesales pertinentes, verificar los presupuestos requeridos por la ley, si se ha dictado la resolución recurrida conforme a las normas procesales, y si se apreciaron correctamente las pruebas de acuerdo a las reglas de la Sana Crítica.

Por otro lado, es importante señalar que toda sentencia, debe contener el desarrollo o razonamiento seguido por el Magistrado que lo llevo a establecer y determinar el motivo de su decisión. En efecto, en ella se debe especificar concretamente, señalándose con certeza jurídica, como se ha ido perfeccionando ese razonamiento lógico jurídico, para llegar a una conclusión final, la que debe plasmarse sin equívoco alguno al dictar la resolución conclusiva.

Que, este Tribunal en su Acuerdo y Sentencia N° 02 del 31 de marzo de 2005, ha coincidido con la siguiente opinión: *“...La convención no determina la edad mínima del menor para ejercer este derecho, y se limita a establecer que “...esté en condiciones de formarse un juicio...”, por lo que será necesario, entonces, considerar cada caso en particular; pues “...el oír al menor no es sinónimo de aceptar sus deseos y, al mismo tiempo, sus dichos y afirmaciones deberán ser cotejados dentro del marco fáctico en que se producen, atendiendo en particular al grado de influencia de terceros que pueda darse en atención a la propia condición minoril (Grosman, Cecilia, “la opinión del hijo en las decisiones sobre tenencia”, en El Derecho, Tomo 107, pág. 1011)...”.*

Que si bien es cierto el Código de la Niñez y Adolescencia considera necesaria escuchar al niño, esta escucha debe hacerse teniendo en cuenta su edad, contexto en aras al interés superior del niño e ir evaluando todas las situaciones en las que se halla atravesando. No se puede tomar decisiones basadas únicamente en el deseo del niño, si ello puede resultar perjudicial para el mismo, teniendo en cuenta que las partes (madre y padre) se encuentran en conflicto que lleva a toda la familia a una situación de inestabilidad.

Que, no se encuentran elementos o razones suficientes que justifiquen plenamente, que las niñas sean apartadas de la convivencia con la madre, como se ha solicitado por parte del padre, por lo que corresponde que esta convivencia siga siendo mantenida.

Que, la Ley 57/90 Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, en su Artículo 3 (Del Interés superior del Niño/a): "... 1. *En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.* 2. *Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas...*".

Que, "... *La idea de interés o beneficio del menor –podría decirse de cualquier persona, pero especialmente de él– no es absoluta, sino que varía según la evolución de la vida social y sus valores preponderantes en un sistema de organización social y jurídica determinada, y según el lugar, el tiempo, las tradiciones y las costumbres...*" (Alicia Pucheta de Correa, "Derecho del Menor", Tomo III).

Que, es importante tener en cuenta no solamente las pruebas aportadas, sino también si se cumplen con las normas legales, ya que de ello se trata el hacer justicia, dictar la resolución conforme a la ley, como lo señala el art. 15 inc. b) y 159 del Código Procesal Civil y al analizar la sentencia recurrida no se encuentra vicios en la misma, sino que ha sido dictada conforme a derecho, por lo que corresponde su confirmatoria.

Que, las costas en esta instancia quedan en el orden causado, atendiendo a las particularidades del presente caso, que corresponde al ámbito de familia

y teniendo en cuenta que el ejercicio de la Patria Potestad corresponde a ambos progenitores, en consonancia con el Artículo 167 del Código de la Niñez y Adolescencia.

Que, a tenor de lo expuesto, corresponde confirmar la sentencia recurrida. Es mi voto.

Voto de la Dra. Irma Alfonso de Bogarín

Expreso mi adhesión al voto del distinguido colega Crescencio Bernardo Páez Santacruz, en el sentido de confirmar la sentencia apelada, pero considero oportuno efectuar una ampliación de los fundamentos.

El acto jurisdiccional objeto de recurso, sustentado en argumentos sólidos, resolvió cuanto sigue: *“No hacer lugar al régimen de convivencia solicitado por el señor E. M. C. A. con relación a las niñas M. J., M. P. y C. C. B.. Otorgar la convivencia de las niñas M. J., M. P. y C. C. B. a su madre, la señora C. R. B. R.. Costas a las perdidosas”*(fs. 401/405).

La Abog. E.G. de F.F. de B., en representación del señor E.M.C.A., expresa sus agravios a fs. 410/415. La señora C.B., en el escrito de contestación, luego de exponer sus argumentos peticionó la confirmación de la sentencia (fs. 420/422).

Para contextualizar la situación general señalo que el examen de las actuaciones principales revela que este juicio se inicia con la presentación de la Abog. E.G. de F.F. de B., en carácter de apoderada del señor E.M.C.A., en el que solicitó el régimen de convivencia de las niñas M.J., M.P. y M.C.C.B., contra la señora C.R.B.R. Funda su petición en el hecho de que las niñas han manifestado al padre en forma reiterativa y con angustia que no se acostumbran al nuevo ambiente en la que viven, que extrañan a su padre, la casa donde han sido criadas y sobre todo a su entorno acostumbrado, porque la madre ya no las escucha, no habla con ellas solo les grita y sobre todo son testigos de comentarios irónicos realizados por los habitantes de la casa hacia la persona del padre, que las molestan. Arguye que las niñas atraviesan una situación de miedo e inseguridad en la casa materna (fs. 21/26).

Al contestar la demanda la señora C. R. B. R. peticionó el rechazo del régimen de convivencia solicitado, argumentando sucintamente que contrajo matrimonio con el señor E.M.C.A. cuando contaba con apenas 16 años de edad, porque se encontraba en estado de gravidez de sus hijas mayores que son mellizas, que primeramente fueron a vivir en la casa de los padres de ella ya que los dos no tenían recursos económicos para hacer frente a la situación que se les

presentaba. Que luego decidieron mudarse a otra casa en forma independiente, propiedad que constituía bien propio de su esposo y porque él ya contaba con un trabajo gracias a la ayuda de su padre, quien en ese entonces trabajaba en la Caja de Jubilaciones del Personal de Itaipú Binacional y en cuanto a su persona, la misma se quedaba en el hogar, ya que la crianza de sus dos hijas mellizas no le permitía trabajar ni estudiar, que luego en setiembre de 2001 nació C. Que desde hace unos años atrás el señor C. cambió totalmente en el trato para con su persona. Alega que “... *constantemente me insultaba, me agredía, me trataba de inmoral, me despreciaba porque no aportaba dinero. En el año 2009 ante la crisis matrimonial que atravesábamos tras una discusión el padre de mis hijas me pidió que saliera del hogar conyugal con las menores, manifestándome que esa era su casa y que nuestra relación estaba acabada, por lo que en año 2010 me trasladé a vivir a la casa de mis padres juntamente con mis hijas y firmamos un acuerdo ante el Juzgado de Paz*”. Adujo que el señor C. no está en condiciones de ofrecer la casa donde vive que es de su propiedad porque al haber contraído tantas deudas se exponen a la pérdida de la misma, con lo cual sus hijas estarían padeciendo un desalojo. Asimismo sostiene: “... *los conflictos que menciona el actor los teníamos cuando convivíamos juntos, ahora solo existe los que él genera por no respetar los horarios de las niñas, retornándolas incluso en horas de la madrugada, llamándolas al celular en horarios inapropiados, interrumpiendo el descanso de las menores y descalificándome como madre cuando les llena de basura la cabeza*”. Continúa manifestando que: “... *No asiste a las reuniones que convoca el Centro Educativo al que asisten las niñas. No tiene con quien dejarles cuando él no se encuentra en la casa*”. De igual manera asevera que: “... *El padre de sus hijas no posee una personalidad segura y firme, prueba de ello es su desorden económico y por ende emocional, y falta constantemente a la verdad*” (fs. 260/266).

En estos términos ha quedado trabada la litis procesal. Por un lado, el señor E.M.C.A. reclama régimen de convivencia a su favor de las niñas M.J., M.P. y C.C.B. y, por el otro, la señora C.R.B.C., se opone a que el padre detente la convivencia de las niñas.

La sentencia de primera instancia arribó a sus conclusiones fundada en la plataforma jurídica contenida en el artículo 93 del Código de la Niñez y la Adolescencia, en los importantes aportes del equipo interdisciplinario que integra el Consejo Asesor de esta jurisdicción especializada: las Trabajadoras Socia-

les Lic. Mirtha Gómez e Hilda Houdin (fs. 336 y 340/341), las psicólogas Marta Núñez de Benítez Florentín y Aída Benítez de Rojas (fs. 356/358 y 367/368).

Con esa base confirió a la madre el régimen de convivencia de las tres hijas, quienes desde la separación de los progenitores, ocurrido en noviembre de 2009, conviven con ella. Las niñas fueron oídas en audiencia celebrada en fecha 24 de mayo de 2010.

Es pertinente también puntualizar que la Jueza de grado consideró las principales pautas para atribuir a la madre el régimen de convivencia. Estas son:

1. Interés superior de las niñas.
2. El principio del mantenimiento de la situación existente.
3. Incidencia de la situación familiar y social de cada una de las partes.
4. La opinión de las niñas.

En primer lugar es propicio recordar que en materia de convivencia de menores debe prevalecer como factor decisivo de toda determinación judicial el interés de la niñas, consagrado en los artículos 3.1 y 9.1 de la Convención Internacional sobre los derechos del niño, ello sin perjuicio de que se contemplen los intereses y afectos de los padres en cuanto no se opongan a los de los hijos.

En el ámbito de la jurisprudencia extranjera se sostuvo: “...*el superior interés debe ser preferido por los Jueces sobre los demás derechos de los padres y de la familia al momento de decidir los conflictos que impliquen la tenencia de los menores. Ese es también el interés de la sociedad y domina toda la materia de tenencia –ya sea provisoria o definitiva como asimismo el adecuado ejercicio de la patria potestad*”.

En la sentencia recurrida, a mi criterio, ha sido agudamente ponderado este principio para determinar la conveniencia de la convivencia de las niñas a cargo de la madre.

Así el presupuesto inicial y determinante lo constituye el acta remitida por el Juzgado de Paz de San Roque, donde se constata que los señores E.M.C.A. y C.R.B. de C., han acordado que la señora C. R. B. se retiraba del hogar conyugal con sus hijas M.P., M.J. y C.C. en el mes de noviembre de 2009 y pasarían a residir en la casa de los padres de la señora C., es decir, abuelos maternos de las niñas y, que el padre gozaría del régimen de relacionamiento con sus hijas respetando las actividades escolares y horarios de las menores como también sus deseos y decisiones (fs. 293). Quiere decir que el señor E.M.C. estaba de

acuerdo en que sus hijas convivan con su madre en la casa de los abuelos maternos, señores C.A.B.S. y M.T. de B.

No se han acreditado causales atendibles y de peso que supongan prescindir de esa común voluntad inicial de los padres.

En segundo lugar, es sabido que en todas las situaciones que tienen como protagonistas a menores, es necesario buscar además del interés del menor, una solución que implique una estabilidad que posibilite el desarrollo integral de las niñas. Dicha estabilidad debe encuadrarse en una realidad que va más allá de lo afectivo y que requiere condiciones externas que la resguarden, afirmen y aseguren. Entonces para su logro es necesario recordar que en este proceso lo que pretende el padre de las niñas es modificar la convivencia que desde noviembre de 2009 ejerce la madre por voluntad común de los padres.

En este lineamiento es dable mencionar que cualquier cambio en este sistema exige una nueva adaptación y esta alternativa necesariamente, para su procedencia, debe ser mejor a la anterior a fin de evitar que las mismas se vean perjudicadas.

Dada la importancia que la estabilidad supone en la vida de un menor asiste razón a la Jueza: “...*al considerar que no resulta conveniente para las niñas la modificación del status quo existente, ya que las mismas se encuentran conviviendo con su madre desde hace diez meses sin que existan fundadas razones para modificar o alterar esa estabilidad...*” (fs. 405).

En la especie se ha arrimado también otros elementos de convicción, ellos son: las pruebas testificales de los señores C.A.B.S. (fs. 305/307), V.M.A. de L. (fs. 309) y M.E.C.B. (fs. 311/312). De las mismas ha quedado probado que *la señora C.R.B.R. ha criado sus hijas como una madre ejemplar; es una excelente madre y compañera, así como ama de casa, se encargaba de todo y le acompañaba a sus hijas en todos lados*. Por otra parte, al ser preguntado al señor C.B. *si sabe y le consta haber apoyado emocional y económicamente a su hija C.B. y a su yerno E.C. cuando contrajeron matrimonio y contaban con 16 y 20 años respectivamente, dijo: “sí, claro, efectivamente los traje a vivir a mi casa de común acuerdo con mi señora y estuvieron viviendo por el espacio de un año y tres meses aproximadamente. Efectivamente ellos dependían emocional y económicamente de nosotros”*. Al ser preguntado *si sabe y le consta si el señor E.C. retornó alguna vez a sus hijas junto a su madre alrededor de las 12 de la noche, el mismo dijo: “no solamente me consta sino que usualmente ocurría esto las*

veces que les llevaba, incluso habiendo sido advertido que no ocurra eso por las niñas". Los testimonios brindados por estas personas no fueron cuestionados por la adversa, merecen plena fe, pues responden a hechos o circunstancias que fueron presenciados por ellos mismos formándose su propia opinión de lo que han evidenciado. En este marco resulta de importancia para la decisión que los testigos propuestos por la otra parte, señores M.M.C.A., M.S.C.A. y Y.C.S.C. no han comparecido ni justificado su inasistencia a la audiencia fijada para los mismos, disponiendo en consecuencia el Juzgado por proveído de fecha 28 de abril de 2010 la caducidad de la mentada prueba pericial (fs. 300).

Otras razones dadas por la A quo y que no debe pasarse por alto es la edad de las mellizas quienes están ingresando a la pubertad, por lo que a mi ver resulta aconsejable estrechar los vínculos materno-filiales. Súmese a ello que la convivencia actual de las mismas transcurre con los abuelos y otros miembros del entorno familiar materno, quienes incluso co-participan del cuidado y protección de las niñas. Ello surge, con meridiana claridad, del informe de la Trabajadora Social Hilda Houdin en el domicilio donde vive la señora C.B. con sus hijas M.J., M.P. y C.C., la misma entre otras dijo: *"Que las niñas hace 3 años son alumnas del Colegio Palomino que es un colegio Cristiano Católico, M.J. y M.P., que son mellizas, asisten al turno mañana, C. al turno tarde. Generalmente por la mañana los lleva la madre en automóvil, al regreso el abuelo las retira llevando a C., y ésta posteriormente es retirada del colegio por la madre al regreso del trabajo. Son buenas alumnas dedicadas y responsables. A C. se la observó muy apegada a su madre, la abraza y sube a su regazo constantemente. Respecto a su impresión diagnóstica la Trabajadora Social señala: Las niñas están viviendo con la madre, se relacionan con el padre conforme a un régimen de visitas establecido. El hogar es estable, corresponde a la familia de origen de la madre. A más de los abuelos maternos el grupo de convivencia compuesto por las tías, estudiantes universitarias, y una adolescente. Las niñas se encuentran bien cuidadas y protegidas en sus necesidades satisfechas, se observó vínculo afectivo entre las niñas y su madre, pero entre C. y su madre el vínculo es más estrecho. La madre desarrolla una actividad laboral que le permite ocuparse de sus hijas, recibe apoyo de su familia para la crianza de sus hijas. Las necesidades materiales están siendo satisfechas por el ingreso de la madre, la pensión alimenticia y el apoyo material de los abuelos maternos, llevan un nivel de vida excelente. La vivienda reúne óptimas condiciones de habitabilidad, donde las niñas y su madre*

pueden disponer de todo el espacio de una vivienda confortable con todas las comodidades, el lugar donde duermen resulta limitado para las 3 niñas y la madre, si bien es cierto que cada una cuenta con cama para dormir y un servicio sanitario de uso exclusivo para ellas. (fs. 340/341).

Otro aspecto que a mi ver resulta gravitante para decidir la confirmación del fallo es el informe del Centro Educativo Sor Eusebia Palomino, en el que se refiere que la niña C.C. B. es alumna de la Institución desde el pre-escolar, actualmente cursa el 2º grado. *Su rendimiento académico es óptimo, culminó el año lectivo 2.009 con término medio general de calificaciones 5. En la fecha presenta un proceso académico muy bueno. En la primera reunión general de padres convocada acudió la madre, quien es la que asiste con mayor frecuencia para interiorizarse de la situación académica y conductual de la niña* (fs. 326). *Respecto a M.P. y M.J. se refirió que hasta la fecha presentan adecuado proceso de rendimiento y conducta. La madre asiste a informar situación familiar actual. Se reitera la necesidad de apoyo sicoterapéutico. En el presente año 2010 la madre ha acudido a entrevista por iniciativa propia para interiorizarse por situación de su hija.* (fs. 322). Este informe engarzado con las testificales antes mencionadas nos da la pauta de que en realidad es la madre quien siempre se ha ocupado de sus hijas en el área de educación, es la que acude al colegio a interiorizarse de la situación académica y de conducta de sus hijas. Así también a fojas 329 se encuentra agregado el informe remitido por el Dr. Oscar Doldán Pérez, médico pediatra de las niñas en cuestión, quien elocuentemente afirmó que las menores M.P., M.J. y C.C.B. *habitualmente concurren al consultorio pediátrico para el control médico acompañada de su madre, la señora C.B.R.*

Por el contrario, de las constancias de autos surge la falta de compromiso real del padre por la educación de sus hijas. En tal sentido es pertinente recordar que la patria potestad conlleva el derecho y la obligación principal de criar, alimentar, educar y orientar a sus hijos. (Art. 70₁ CNA). Esto implica una actitud activa y positiva encaminada hacia dicho objetivo.

Por otra parte es necesario analizar el informe de la Trabajadora Social Lic. Mirtha Gómez, quien se constituyó en el domicilio del señor E.C.A. y, en la entrevista mantenida con las niñas, M.J., M.P. las mismas manifestaron *que se sienten a gusto en el domicilio paterno y desean quedarse a vivir en dicho hogar; expresan que tienen buen relacionamiento con su padre y la familia del mismo. Refieren que en el domicilio de la abuela materna donde se encuentran residien-*

do actualmente no se sienten bien porque no reciben buenos tratos y todo el tiempo las están reprochando no así a las demás primas que también viven en dicho lugar, por lo que están descontentas. Impresión diagnóstica: El hogar visitado reúne buenas condiciones de habitabilidad en un ambiente sencillo, evidenciándose orden e higiene en el lugar. Se observa muy buen relacionamiento familiar, el señor Emilio se desenvuelve adecuadamente en su rol de padre y demuestra preocupación y cariño por sus hijas. (fs. 336).

Contrastado este último informe de la Asistente Social en el que las niñas M.P., M.J. y C. habían manifestado que no se sentían a gusto en la casa de sus abuelos maternos porque recibían malos tratos y están descontentas, con la declaración ante el Juzgado y el informe psicológico, se tienen lo siguiente: “*C. dijo que sus abuelos maternos se llaman C. y T. y que son cariñosos con ella. Le gusta ir de visita a la casa de papá y también le gusta estar en la casa de mamá. Esta manifestación dada por la niña C. ante el Juzgado se encuentra acorde al estudio psicológico practicado a la misma por la Lic. Marta Núñez, en el que se refleja que la misma tiene marcada identificación con la madre, tiene necesidad de afecto y temor a la pérdida. Su núcleo familiar bien constituido con buena presencia del padre y de la madre. La niña no ha elaborado la separación muy conflictiva de sus padres*” (fs. 356).

Por su parte, M.J. dijo que ella siente que no es la casa de ellos y que todas las cosas no le pertenecen y, que en cambio, en la casa de su papá se siente que es su casa ya que allí vivían cuando la familia estaba junta. Relata que tanto ella como su hermana tienen buen relacionamiento con su padre y le solicitaron a su papá ir a vivir con él. En el estudio psicológico practicado a la misma por la psicóloga Marta Núñez, se refleja preocupación y angustia por la reciente separación de sus padres. Inmadurez afectiva. Signos de rebeldía y choques. Violento trastorno emocional con angustia. Hay buena noción del núcleo familiar, sintiéndose ella más cerca del padre, la relación con la madre es más conflictiva. Deseo de controlar las agresiones (fs. 358).

M. P. dijo: que quiere vivir con su papá, que se siente más a gusto y tranquila en la casa paterna, le gusta estar con su papá que tiene buen relacionamiento con él, que con su madre le es más difícil el diálogo, casi nunca se puede hablar con ella (fs. 348). En el estudio psicológico, han saltado los siguientes indicadores: Demuestra preocupación y desorientación con respecto al conflicto de sus padres y la ubicación de ellas dentro del conflicto. Manifiesta que a ella

le gustaría ir con su padre todos los fines de semana y no alternados. *Con la madre hay cuestionamientos y reacciones impulsivas. Ansiedad y culpa respecto a actividades relacionadas a su sexualidad. Necesidad de control, este último puede deberse a la edad por la que está pasando.* Miedo ante la propia impulsividad. La niña no ha elaborado la separación de sus padres (fs. 357).

Luego del análisis de este informe con los otros elementos probatorios debo señalar que coincido con las reflexiones de la sentenciante sobre el peso otorgado al deseo de las niñas para adoptar su decisión en procura de atender el bienestar de las mismas ante la contundencia de las otras pruebas ponderadas, dado que si bien a partir de la Convención Internacional sobre los derechos del niño, se introdujo el más trascendente principio con relación a la niñez que es el reconocimiento de la autonomía y subjetividad del niño, lo que implica considerarlo como sujeto pleno de derecho frente a la familia, sociedad y el Estado, con capacidad y facultad de presentar y dirigir peticiones por sí mismo ante cualquier entidad o funcionario público sobre los asuntos de la competencia de estos y a obtener respuesta oportuna (Arts. 12 Convención Internacional sobre los derechos del niño y 26 Código de la niñez y la adolescencia).

Pero de ninguna manera este principio implica o puede asimilarse, como pretende el impugnante, la posibilidad de poner en cabeza de las niñas la decisión sobre su destino, sino que significa proveer a las mismas todas las herramientas necesarias para que vayan adquiriendo protagonismo en el contexto de la vida familiar, escolar o comunitaria como sujeto de derecho dentro de los límites que derivan de su condición peculiar de persona en pleno proceso de desarrollo.

En este sentido se ha afirmado: “...*el niño siempre debería ser escuchado, lo cual no implica en absoluto que se hará lo que él pide...*”.

Puntualiza Grossman que su palabra no es vinculante y debe valorarse con los restantes elementos de juicio.

Acota Fanzolato que: “...*la opinión expresada por los menores no somete al Juez, pues no se debe confundir el sentimiento del menor con lo que resulte ser su conveniencia; sus manifestaciones únicamente constituirán un elemento más para fundamentar la decisión sobre la guarda...*”.

En conclusión, cuando entran en colisión la opinión del menor y sus deseos con su interés superior, entendido este como la plena satisfacción de todos sus derechos y cuando no puedan ser ellos compatibilizados, deberá necesariamen-

te privilegiarse el interés superior por sobre su deseo, pues lo contrario implicaría dejar sin sustento el régimen especial de protección del que gozan por su condición de persona en desarrollo, conforme prescribe el artículo 16 de la Convención Internacional sobre los derechos del niño, dejando librado su proceso de maduración y desarrollo a su propio arbitrio.

Con lo expuesto doy respuesta al agravio expresado respecto a la opinión de las niñas o deseo o preferencia, pues ello necesariamente debe ser valorado y sopesado a la luz de su interés superior, que en el caso particular se traduce en continuar la convivencia con su progenitora quien ha demostrado poder ejercer su maternidad en toda su extensión y responsabilidad, sin perjuicio de un amplio régimen de relacionamiento que deberá plantearse pues como sabiamente sostiene Ida Schermann en la Conferencia de los días 23 y 24 de septiembre de 2011. Formosa: Curso de Postgrado Actualización en derecho de familia, niñez y adolescencia: “...podrá truncarse la vida amorosa de los padres, pero su unidad como pareja de progenitores constituye un lazo perenne que se inscribe en la continuidad social. Desde la mirada del niño, su interés es no divorciarse de ninguno de sus padres, no perder sus ademanes, ni su brújula ni su calor”.

Las costas de esta Instancia deben imponerse al apelante, en virtud del artículo 203 inc. a) del CPC. Es mi voto.

A su turno la magistrada Clara Mercedes Estigarribia Mallada, manifiesta que se adhiere a los votos de sus compañeros en el sentido de confirmar la sentencia apelada. Y en cuanto a las costas comparte el criterio sustentado por la distinguida compañera Dra. Irma Alfonso de Bogarín por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los integrantes del Tribunal de Apelación Penal de la Adolescencia, por ante mí, que certifico, quedando la Sentencia que sigue:

VISTO: Los méritos que ofrece el Acuerdo y Sentencia precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación Penal de la Adolescencia:

RESUELVE:

1º) DECLARAR la Admisibilidad del Recurso de Apelación planteado.

2º) CONFIRMAR la S. D. N° 545 de fecha 27 de setiembre del año 2010, conforme a los fundamentos expuestos en el exordio de esta resolución.

3º) COSTAS al apelante.

4º) ANOTAR, registrar, notificar y remitir copia la Excma. Corte Suprema de Justicia.

JURISPRUDENCIA

Magistrados: Clara Estigarríbia, Crescencio Bernardo Páez Santacruz e
Irma Alfonso de Bogarín.

Ante mí: Carolina Silvera Arza, Actuaría Judicial.

