

GACETA JUDICIAL



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

GACETA JUDICIAL

Director
Víctor Manuel Núñez
Ministro

Año 2012 – Número 4



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° 4

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 MONTANÍA, 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

COLABORADOR:

CHRISTIAN FORTE

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° 1.328/98.

ISBN: 978-99967-25-86-9

PRÓLOGO

Nos encontramos culminando el tercer año de la Gaceta Judicial desde su relanzamiento en el año 2010 con la satisfacción de la aceptación de los usuarios en el área jurídica.

Agradecemos el apoyo de nuestro Director, quien ha confiado en nosotras para la realización de esta necesaria herramienta de trabajo que ya había sido iniciada en años anteriores por significativos magistrados y maestros del derecho que integraban el Poder Judicial.

En la convicción que esta noble tarea sea de utilidad para magistrados, abogados, funcionarios y, por qué no, también para el ciudadano que no estudió leyes.

En esta revista encontraremos temas variados que hacen a la aplicación de las normas en lo que respecta más bien a cuestión de forma, puesto que hemos enfatizado en los auto interlocutorios que resuelven cuestiones procesales.

Creímos conveniente enfatizar en estas resoluciones, puesto que nos hemos dado cuenta que gran parte de la tarea de los magistrados se encuentra inmersa en estas cuestiones, lo que trae como consecuencia un cúmulo de trabajo innecesario que puede ser suplida en gran parte con la correcta aplicación de las normas en temas que parecen sencillos pero que, evidentemente, se repiten constantemente.

Agradecemos a los doctrinarios que han contribuido a lo largo de estos tres años y todos los usuarios de esta publicación que son el público que hacen posible estas ediciones y muy especialmente a la Editora Intercontinental S.A., que nos ha apoyado incondicionalmente desde el año 2010 en la persona del abogado Alejandro Gatti.

Les deseamos un exitoso año 2013 y el deseo que en nuestros hogares reine la paz .

Equipo de Coordinación
GACETA JUDICIAL

CONTENIDO

1.	PRÓLOGO	7
2.	ÍNDICES	
–	Índice Temático	15
–	Índice por Tribunales	21
3.	DOCTRINA	
–	Garantías en el sistema de responsabilidad penal, <i>por la</i> <i>Mag. Bettina Ovando Bareiro</i>	27
4.	JURISPRUDENCIA	
	CORTE SUPREMA DE JUSTICIA	
	ACCIÓN PENAL. Acción Penal Privada. Desistimiento de la Acción. Oportunidad del desistimiento. CSJ, Sala Penal. 01/02/12. (Ac. y Sent. N° 20)	33
	DAÑOS Y PERJUICIOS. Accidente de tránsito. Culpa presumida. Exoneración de responsabilidad. Presunción. Prueba de daños y perjuicios. Responsabilidad Aquiliana o extracontractual. Res- ponsabilidad contractual o extracontractual. Responsabilidad objetiva. Teoría del riesgo. CSJ, Sala civil y Comercial. 16/02/12. (Ac. y Sent. N° 70)	37
	CONTRATO DE LOCACIÓN. Cláusulas/ DOMINIO. Título de Domi- nio/ EDIFICACIÓN Y PLANTACIÓN/ INDEMNIZACIÓN. Mejoras/ PRUEBA. Carga de la Prueba. CSJ, Sala Civil y Co- mercial. 28/02/12. (Ac. y Sent. N° 103)	53
	CONCUBINATO. Impedimentos dirimentes/ DIVORCIO. Efecto del Divorcio/ SENTENCIA. Efectos de la Sentencia/ UNIÓN DE HE-	

CONTENIDO

CHO. Reconocimiento de la unión de hecho. CSJ., Sala Civ. y Comercial. 07/03/12 (Ac. y Sent. N° 119)	61
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Procedencia/ RECURSO DE APELACIÓN. Facultades del Tribunal de Apelación. Objeto del Recurso de Apelación/ SENTENCIA ARBITRARIA. CSJ., Sala Constitucional. 19-03-2012.(Ac. y Sent. N° 171)	68
DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño emergente. Honorarios Profesionales. Lucro cesante. Prueba de daños y perjuicios/ REGULACIÓN DE HONORARIOS. Regulación de Honorarios extrajudiciales. CSJ., Sala Civ. y Comercial. 30/03/12 (Ac. y Sent. N° 188)	78
TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL	
RECUSACIÓN. Recusación sin causa. Forma y tiempo de la recusación. T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. 07/02/12 (A. I. N° 08)	87
CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Consulta/ MAGISTRADO. Competencia de los magistrados/ RECUSACIÓN. Recusación sin causa. Forma y tiempo de la recusación. T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. 07/02/12 (A. I. N° 11).....	90
EXCUSACIÓN. Forma y tiempo de la excusación. T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. 15/02/12 (A. I. N° 23)	95
PRUEBA. Inapelabilidad de la providencia que ordena prueba. Ofrecimiento y producción de la prueba/ RECURSO DE APELACIÓN. Concesión del recurso de apelación. T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. 17/02/12 (A. I. N° 34)	97
CADUCIDAD DE LA INSTANCIA. Procedencia de la caducidad de instancia. DEMANDA. Contestación de la demanda/ EXCEPCIÓN DE PREVIO Y ESPECIAL PRONUNCIAMIENTO. T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. 17/02/12 (A. I. N° 39)	103
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS/ MAGISTRADO. Facultades del magistrado/ USUCAPIÓN. T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. 21/03/12 (A. I. N° 102)	109
DEMANDA. Traslado de la demanda/ DOMICILIO. Domicilio especial./ JUICIO EJECUTIVO	
EXCEPCIÓN/NOTIFICACIÓN. Domicilio para notificar/ DOMICILIO. Domicilio especial/ PAGARÉ T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. 16/04/12 (A. I. N° 197)	115

CONTENIDO

CONTRATO. Rescisión del contrato/EXCEPCIÓN. NOTIFICACIÓN. Notificación por automática/PODER JUDICIAL. Competencia.T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. 17/04/12 (A. I. N° 198)	124
RECURSO DE APELACIÓN. Concesión del recurso de apelación/ SECRETARIO JUDICIAL. T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. 17/04/12 (A. I. N° 199)	131
SOCIEDAD ANÓNIMA. Trasmisión de acciones de sociedades anónimas/ SUSTITUCIÓN PROCESAL. Cesión de derechos y acciones. T. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. 04/05/12 (A. I. N° 268)	133
FERIA JUDICIAL/ CADUCIDAD DE INSTANCIA.T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. 07/05/12 (A. I. N° 270)	139
ACTO JURÍDICO. Nulidad de acto jurídico/ ACUMULACIÓN DE PROCESOS. Requisitos para la acumulación de procesos/ EXCEPCIÓN DE PREVIO Y ESPECIAL PRONUNCIAMIENTO/ PRESCRIPCIÓN. Excepción de prescripción/ PRINCIPIO DE CONGRUENCIA. T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. 29/05/12 (A. I. N° 361)	141
ALIMENTOS. Beneficiario de alimentos. Cesación de alimentos/ DIVORCIO. Causas de divorcio/ INCIDENTE. T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. 07/02/12 (Ac. y Sent. N° 3)	150
DERECHO A LA DEFENSA. Derecho a la defensa en juicio/ NOTIFICACIÓN. Notificación por cedula/ NULIDAD PROCESAL. Vicios del procedimiento/ PRUEBA/ RECURSO DE APELACIÓN. Facultades del Tribunal de Apelación/ REGULACIÓN DE HONORARIOS. Regulación de honorarios extrajudiciales/ RESOLUCIÓN JUDICIAL/ SENTENCIA. T. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. 29/02/12 (A. I. N° 99)	160
MANDATO. Representación sin mandato. T. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. 06/03/12 (A. I. N° 106)	169
RECURSO DE APELACIÓN. Admisibilidad y procedencia del recurso de apelación. Recurso de apelación ante la Corte Suprema de Justicia. T. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. 08/03/12 (A. I. N° 117)	170
JUICIO EJECUTIVO/ PROCESOS ESPECIALES/ PRUEBA. Suspensión de la etapa procesal siguiente. T. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. 13/03/12 (A. I. N° 134)	173

CONTENIDO

CADUCIDAD DE INSTANCIA. Procedencia de la caducidad de instancia. T. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. 15/03/12 (A. I. N° 137)	178
EXCUSACIÓN. Inhibición/ MAGISTRADO. Mal desempeño en sus funciones. T. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. 02/04/12 (A. I. N° 177)	184
DESALOJO/ REGULACIÓN DE HONORARIOS. T. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. 03/04/12 (A. I. N° 192)	186
DESISTIMIENTO.MANDATO. Poder general. Poder especial/PRES- CRIPCIÓN. Excepción de prescripción/ PROCESO. Actos Proce- sales/ RECURSO DE NULIDAD/ REGULACIÓN DE HONO- RARIOS. T. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. 09/04/12 (A. I. N° 196)	190
DERECHO A LA DEFENSA. Estado de indefensión/ PRUEBA DO- CUMENTAL. Ofrecimiento y producción de la prueba documen- tal. T. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. 13/04/12 (A. I. N° 214)	199
RECURSO DE APELACIÓN/ COSTAS. T. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. 20/04/12 (A. I. N° 240)	209
DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad extracontractual/ EXCEP- CIÓN DE DEFECTO LEGAL. T. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. 04/05/12 (A. I. N° 279)	210
REGULACIÓN DE HONORARIOS. De Peritos. Base de cálculo para la regulación de honorarios. PROCESO CIVIL Y COMERCIAL. Principio dispositivo. T. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. 04/05/ 12 (A. I. N° 282)	217
DEMANDA. Ampliación de la demanda. Litisconsorcio. Clases. Legi- timación activa/ PROCESO CIVIL Y COMERCIAL. Partes. T. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. 04/05/12 (A. I. N° 284)	222
PAGO. Pago Por Consignación/ PRESCRIPCIÓN. Prescripción libe- ratoria/ SENTENCIA. Clases de Sentencia. Sentencia condena- toria. Sentencia declarativa. T. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. 23/05/12 (A. I. N° 313)	235
JUICIO EJECUTIVO. Título a la orden. Diligencias preparatorias/ PAGARÉ. Características. Principios generales. Principios. T. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. 06/02/12 (Ac. Sent. N° 1)	243
EXCUSACIÓN. Inhibición/ PRUEBA DOCUMENTAL/ RECURSO	

CONTENIDO

DE NULIDAD. SUCESIÓN. Fuero de atracción. T. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. 14/02/12 (Ac. y Sent. N° 03)	248
CONTRATO. Teoría de la lesión/ FALSIFICACIÓN. Falsificación de documentos/ TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN. T. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. 29/02/12 (Ac. y Sent. N° 6)	256
NOMBRE. Cambio de apellido/ PERSONAS. Personas físicas. Personas jurídicas. T. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. 03/04/12. (Ac. y Sent. N° 20)	263
DAÑOS Y PERJUICIOS. Accidente de tránsito. Competencia administrativa ruta internacional. Culpa concurrente. Culpa presumida. Daño Moral. Ejercicio de la Acción Penal. Responsabilidad objetiva/ PRUEBA. Ofrecimiento y producción/ PREJUDICIALIDAD. T. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. 25/04/12 (Ac. y Sent. N° 29)	272
CADUCIDAD DE LA INSTANCIA. Suspensión del término/ COSTAS. Costas en el orden causado/ FERIA JUDICIAL/ PLAZOS PROCESALES. Plazos judiciales. T. de Apel. Civ. y Com. Quinta Sala. 30/05/12 (A. I. N° 404)	286
EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN/ PRESCRIPCIÓN. Excepción de prescripción/ RENDICION DE CUENTAS. Obligación de rendir cuentas. Procedimiento en el juicio de rendición de cuentas. T. de Apel. Civ. y Com. Quinta Sala. 09/02/12 (Ac. y Sent. N° 4)	293
CONTRATO. Efectos del contrato/ DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño moral. Daños y perjuicios resultantes del hecho ilícito. Hechos ilícitos/ DEFENSA DEL CONSUMIDOR/ INTERESES/ LEY DEL COMERCIANTE/ PAGO. Requisitos del pago. PRUEBA. Apreciación de la prueba. T. de Apel. Civ. y Com. Quinta Sala. 21/02/12 (Ac y Sent. N° 24)	299
LEY. Aplicación de la ley. Interpretación de la ley/ MAGISTRADO. Deber de imparcialidad. Facultades del magistrado/ SUCESIÓN. Declaratoria de herederos. Derecho de representación. Derechos hereditarios. Vocación hereditaria. T. de Apel. Civ. y Com. Quinta Sala. 27/02/12 (Ac. y Sent. N° 28)	317
EXCEPCIÓN DE INHABILIDAD DE TÍTULO. Procedencia de la excepción de inhabilidad de título/ JUICIO EJECUTIVO. Acción	

CONTENIDO

ejecutiva/ TARJETA DE CRÉDITO T. de Apel. Civ. y Com. Quinta Sala. 05/03/12 (Ac. y Sent. N° 32)	335
DIVORCIO. Causas de divorcio/ PRESUNCIONES. T. de Apel. Civ. y Com. Quinta Sala. 24/05/12 (Ac. y Sent. N° 67)	340

ÍNDICE TEMÁTICO

- ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD, 68
 - Procedencia, 68
- ACCIÓN PENAL, 33, 34
 - Acción Penal Privada, 33, 34
 - Desistimiento de la Acción, 33, 34
 - Oportunidad del desistimiento, 33, 34
- ACTO JURÍDICO, 143
 - Nulidad de acto jurídico, 143
- ACUMULACIÓN DE PROCESOS, 141, 142
 - Requisitos para la acumulación de procesos, 141, 142
- ALIMENTOS, 150, 151, 152
 - Beneficiario de alimentos, 150, 151, 152
 - Cesación de alimentos, 151, 152
- CADUCIDAD DE INSTANCIA, 103, 139, 178, 179, 286, 287
 - Procedencia de la caducidad de instancia, 103, 178, 179
 - Suspensión del término, 287
- CONCUBINATO, 61, 62
 - Impedimentos dirimentes, 61, 62
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY, 91
 - Consulta, 91
- CONTRATO, 124, 256, 257, 301
 - Efectos del contrato, 301
 - Rescisión del contrato, 124
 - Teoría de la lesión, 256, 257
- CONTRATO DE LOCACIÓN, 54

ÍNDICE TEMÁTICO

- Cláusulas, 54
- COSTAS, 209, 287
 - Costas en el orden causado, 287
- DAÑOS Y PERJUICIOS, 37, 38, 39, 78, 79, 211, 272, 273, 300, 301
 - Accidente de tránsito, 37, 38, 39, 272, 273
 - Competencia administrativa ruta internacional, 272
 - Culpa concurrente, 272, 273
 - Culpa presumida, 37, 38, 272
 - Daño emergente, 79
 - Daño moral, 273, 301
 - Daños y perjuicios resultantes del hecho ilícito, 301
 - Ejercicio de la Acción Penal, 272
 - Exoneración de responsabilidad, 37, 38
 - Hechos ilícitos, 300, 301
 - Honorarios Profesionales, 79
 - Lucro cesante, 78
 - Presunción, 39
 - Prueba de daños y perjuicios, 39, 79
 - Responsabilidad Aquiliana o extracontractual, 38
 - Responsabilidad contractual o extracontractual, 38
 - Responsabilidad extracontractual, 211
 - Responsabilidad objetiva, 37, 38, 272, 273
 - Teoría del riesgo, 37, 38
- DEFENSA DEL CONSUMIDOR, 300
- DEMANDA, 103, 115, 222, 223
 - Ampliación de la demanda, 222, 223
 - Clases, 222, 223
 - Contestación de la demanda, 103
 - Legitimación activa, 223
 - Litisconsorcio, 222, 223
 - Traslado de la demanda, 115
- DERECHO A LA DEFENSA, 160, 161, 199
 - Derecho a la defensa en juicio, 160, 161
 - Estado de indefensión, 199
- DESALOJO, 186

ÍNDICE TEMÁTICO

- DESISTIMIENTO, 191
- DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS, 109, 110
- DIVORCIO, 62, 150, 152, 340, 341
 - Causas de divorcio, 150, 340, 341
 - Efecto del Divorcio, 62
- DOMICILIO, 115, 116
 - Domicilio especial, 115, 116
- DOMINIO, 54, 55
 - Título de Dominio, 54, 55
- EDIFICACION Y PLANTACIÓN, 53, 54, 55
- EXCEPCIÓN, 116, 125
- EXCEPCIÓN DE DEFECTO LEGAL, 210, 211
- EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN, 293
- EXCEPCIÓN DE INHABILIDAD DE TÍTULO, 335
 - Procedencia de la excepción de inhabilidad de título, 335
- EXCEPCIÓN DE PREVIO Y ESPECIAL PRONUNCIAMIENTO, 103, 142, 143
- EXCUSACIÓN, 95, 184, 249
 - Forma y tiempo de la excusación, 95
 - Inhibición, 184, 249
- FALSIFICACIÓN, 257
 - Falsificación de documentos, 257
- FERIA JUDICIAL, 139, 286, 287
- INCIDENTE, 150
- INDEMNIZACIÓN, 53, 54, 55
 - Mejoras, 53, 54, 55
- INTERESES, 301
- JUICIO EJECUTIVO, 116, 117, 173, 243, 335, 336
 - Acción ejecutiva, 335
 - Diligencias preparatorias, 243
 - Título a la orden, 243
- LEY, 317, 318, 319
 - Aplicación de la ley, 317, 319
 - Interpretación de la ley, 318
- LEY DEL COMERCIANTE, 300

ÍNDICE TEMÁTICO

- MAGISTRADO, 91, 109, 110, 184, 319
 - Competencia de los magistrados, 91
 - Deber de imparcialidad, 319
 - Facultades del magistrado, 110, 319
 - Mal desempeño en sus funciones, 184
- MANDATO, 169, 191
 - Poder general, 191
 - Poder especial, 191
 - Representación sin mandato, 169
- NOMBRE, 263, 264, 265
 - Cambio de apellido, 263, 264
- NOTIFICACIÓN, 115, 116, 117, 124, 125, 160, 161
 - Domicilio para notificar, 115, 116, 117
 - Notificación por automática, 124, 125
 - Notificación por cédula, 160, 161
- NULIDAD PROCESAL, 160, 161
 - Vicios del procedimiento, 160, 161
- PAGARÉ, 117, 243
 - Características, 243
 - Principios generales, 243
 - Principios, 243
- PAGO, 236, 300
 - Pago por Consignación, 236
 - Requisitos del pago, 300
- PERSONAS, 264
 - Personas físicas, 264
 - Personas jurídicas, 264
- PLAZOS PROCESALES, 286
 - Plazos judiciales, 286
- PODER JUDICIAL, 124
 - Competencia, 124
- PREJUDICIALIDAD, 272
- PRESCRIPCIÓN, 143, 191, 235, 236, 293
 - Excepción de prescripción, 143, 191, 293
 - Prescripción liberatoria, 235, 236

ÍNDICE TEMÁTICO

- PRESUNCIONES, 340
- PRINCIPIO DE CONGRUENCIA, 142
- PROCESO CIVIL Y COMERCIAL, 218, 222
 - Partes, 222
 - Principio dispositivo, 218
- PROCESO, 191
 - Actos Procesales, 191
- PROCESOS ESPECIALES, 173
- PRUEBA, 54, 55, 97, 98, 161, 173, 273, 300
 - Apreciación de la prueba, 300
 - Carga de la prueba, 54, 55
 - Inapelabilidad de la providencia que ordena prueba, 97, 98
 - Ofrecimiento y producción de la prueba, 97, 98
 - Ofrecimiento y producción, 273
 - Suspensión de la etapa procesal siguiente, 173
- PRUEBA DOCUMENTAL, 199, 200, 249
 - Ofrecimiento y producción de la prueba documental, 199, 200
- RECURSO DE APELACIÓN, 68, 97, 131, 161, 170, 171, 209
 - Admisibilidad y procedencia del recurso de apelación, 171
 - Concesión del recurso de apelación, 97, 131
 - Facultades del Tribunal de Apelación, 68, 161
 - Objeto del Recurso de Apelación, 68
 - Recurso de apelación ante la Corte Suprema de Justicia, 170, 171
- RECURSO DE NULIDAD, 191, 248
- RECUSACIÓN, 87, 90, 91
 - Recusación sin causa, 87, 90, 91
 - Forma y tiempo de la recusación, 87, 90, 91
- REGULACIÓN DE HONORARIOS, 79, 160, 186, 191, 217, 218
 - Base de cálculo para la regulación de honorarios, 217, 218
 - De Peritos, 217, 218
 - Regulación de Honorarios extrajudiciales, 79, 160
- RENDICIÓN DE CUENTAS, 293, 294
 - Obligación de rendir cuentas, 293, 294
 - Procedimiento en el juicio de rendición de cuentas, 294
- RESOLUCIÓN JUDICIAL, 160

ÍNDICE TEMÁTICO

- SECRETARIO JUDICIAL, 131
- SENTENCIA, 62, 160, 235, 236
 - Clases de Sentencia, 235, 236
 - Efectos de la Sentencia, 62
 - Sentencia condenatoria, 235, 236
 - Sentencia declarativa, 236
- SENTENCIA ARBITRARIA, 68
- SOCIEDAD ANÓNIMA, 134
 - Trasmisión de acciones de sociedades anónimas, 134
- SUCESIÓN, 248, 249, 318, 319
 - Declaratoria de herederos, 318
 - Derecho de representación, 318, 319
 - Derechos hereditarios, 318
 - Fuero de atracción, 248, 249
 - Vocación hereditaria, 318, 319
- SUSTITUCIÓN PROCESAL, 133, 134
 - Cesión de derechos y acciones, 133, 134
- TARJETA DE CRÉDITO, 335, 336
- TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN, 257
- UNIÓN DE HECHO, 61, 62
 - Reconocimiento de la unión de hecho, 61, 62
- USUCAPIÓN, 109

ÍNDICE POR TRIBUNALES

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sala Constitucional

19/03/2012. CSJ., Sala Constitucional. Acción de Inconstitucionalidad en el juicio: “Félix Erico Ortiz Villagra s/ enriquecimiento ilícito” (Ac. y Sent. N° 171)	68
--	----

Sala Penal

01/02/12. CSJ, Sala Penal. Edgar López s/ Violación de domicilio y daño” (Ac. y Sent. N° 20)	33
--	----

Sala Civil y Comercial

16/02/12. CSJ, Sala civil y Comercial. “Elena Cuevas Jara Vda. de Ledesma c/ Empresa De Transporte El Conquistador s/ Indemnización de Daños y Perjuicios” (Ac. y Sent. N° 70)	37
28/02/12. CSJ, Sala Civil y Comercial. “Carlos A. Álvarez y otros c/ Néstor Gerardo Báez y Otros s/ retención de inmueble por cobro de mejoras” (Ac. y Sent. N° 103)	53
07/03/12. CSJ, Sala Civ. y Comercial. “G. A. c/ J. Del R. V. G. s/ reconocimiento de unión de hecho post mortem” (Ac. y Sent. N° 119)	61
30/03/12. CSJ, Sala Civ. y Comercial. “Rafael Beconi y otros contra Jorge Arnaldo Ruiz Ovelar y otro sobre Indemnización de Daños y Perjuicios” (Ac. y Sent. N° 188)	78

TRIBUNAL DE APELACIÓN CIVIL Y COMERCIAL

Primera Sala

07/02/12. T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. “Regulación de Honorarios Profesionales del Abg. Pablo Cabrera Marecos en los Autos: C.C. F. s/ Sucesión” (A. I. N° 08).	87
--	----

ÍNDICE POR TRIBUNALES

07/02/12. T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. “Alois Ludwing Seisenbacher c/ Peter Geisler s/ Resolución de Contrato y otros” (A. I. N° 11)	90
15/02/12. T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. “Carlos Miranda y otros c/ Julio Ramón Miranda Barrios y Otros s/ Acción de Simulación y Nulidad de Acto Jurídico” (A. I. N° 23)	95
17/02/12. T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. “Lidia Ladislaa Lovera Vda. de Iriberry c/ Ruth Margarita Mercedes Zarate Frutos s/ Cumplimiento de Contrato y otros” (A. I. N° 34)	97
17/02/12. T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. “Banco Alemán S.A. (En Liquidación) c/ Yolanda Ignacia Ramírez de Jiménez y otros s/ Acción Autónoma de Nulidad” (A. I. N° 39)	103
21/03/12. T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. “Nota Negativa de los Registros Públicos Abogado Ignacio M. Jiménez” (A. I. N° 102)	109
16/04/12. T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. “Esso Standard Paraguay S.R.L. c/ Unión Service S.R.L. s/ Acción Preparatoria de Juicio Ejecutivo” (A. I. N° 197)	115
17/04/12. T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. “Editorial y Gráfica Intersudamericana S.A. c/ Editorial Atlántida S.A. s/ Ejecución de Contratos y Daños y Perjuicios” (A. I. N° 198)	124
17/04/12. T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. “Trovato Comercial e Industrial S.A. c/ Química Amparo Ltda. s/ Indemnización de Daños y Perjuicios por Responsabilidad Extracontractual” (A. I. N° 199)	131
04/05/12. T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. “Ramón Alcibar Ugarte y otros c/ José Luis Urrutia y otros s/ Nulidad de Acto Jurídico y Reivindicación” (A. I. N° 268)	133
07/05/12. T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. “Banco Nacional de Fomento c/ Abdón Rafael Giménez y otros s/ Acción Autónoma de Nulidad” (A. I. N° 270)	139
29/05/12. T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. “Oscar Zacarías Bobadilla Suárez c/ Travel S.R.L. y otros s/ Cumplimiento de Contrato / Cobro de Guaraníes Ordinario” (A. I. N° 361)	141
07/02/12. T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. “H. G. s/ Cesación de Prestación de Alimentos y otro” (Ac y Sent. N° 3)	150

ÍNDICE POR TRIBUNALES

Tercera Sala

29/02/12. T. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. “Pedro Jose Gamarra Doldán c/ Pedro Domingo Volpe Torres s/ Regulación de Honorarios Extrajudiciales” (A. I. N° 99)	160
06/03/12. T. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. “3M Espe Ag. c/ Diproan S.R.L. s/ Nulidad de Registro de Marcas” (A. I. N° 106)	169
08/03/12. T. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. “Compulsas del Expediente: M. A. M. s/ Insania” (A. I. N° 117)	170
13/03/12. T. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. “Ulises Morínigo Peralta c/ Enrique Kurt Rehnfeld s/ Acción Ejecutiva de Ejecución de Sentencia” (A. I. N° 134)	173
15/03/12. T. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. “Asociación Paraguaya de Los Adventistas del Séptimo Día c/ César Micale y otro s/ Juicio Ejecutivo” (A. I. N° 137)	178
02/04/12. T. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. “E. F. R. c/ S. E. P. s/ Reconocimiento de Unión de Hecho” (A. I. N° 177)	184
03/04/12. T. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. “RHP Abog. Nicolás Arce Pereira en: María Angélica Benita Silva de Ramírez c/ Alfredo Cikel Horn s/ Desalojo” (A. I. N° 192)	186
09/04/12. T. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. “Adela Elvira Herrero de González y otros c/ El Estado Paraguayo s/ Indemnización de Daños y Perjuicios” (A. I. N° 196)	190
13/04/12. T. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. “Egon S.A c/ Luis Saquier Blanco s/ Aprobación de Cuentas y Ejecución de Contrato” (A. I. N° 214)	199
20/04/12. T. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. “Juan Amín Mussi Prieto y otros c/ Francisco Eliseo Aguilera y otros s/ Cumplimiento de Contrato y otros” (A. I. N° 240)	209
04/05/12. T. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. “Grupo JJD DRL c/ Emprendimientos Fast S.A. s/ Indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual” (A. I. N° 279)	210
04/05/12. T. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. “RHP del Lic. Oreste Olmedo G. en el juicio: Juan Aureliano Barboza C. c/ Odilón Musa C. y otro s/ reivindicación” (A. I. N° 282)	217

ÍNDICE POR TRIBUNALES

04/05/12. T. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. “Enrique Ramón Sánchez Sandoval y otros c/ Carnicas Villacuenca S.A. y otros s/ Nulidad de Acto Jurídico” (A. I. N° 284)	222
23/05/12. T. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. “Reconstitución del exp.: Sara Parquet de Ríos y otro c/ Financiera Urundey s/ Pago por consignación y compensación de intereses” (A. I. N° 313)	235
06/02/12. T. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. “Cooperativa Universitaria Ltda. c/ Víctor Hugo Melgarejo Britos y otros s/ preparación de acción ejecutiva” (Ac. y Sent. N° 1)	243
14/02/12. T. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. “Virgilio Ojeda Ibarrola y Otros c/ Ganadera San Aureliano s/ Nulidad de Acto Jurídico y otros” (Ac. y Sent. N° 03)	248
29/02/12. T. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. “Hugo Victoriano Agüero Bogado c/ Sinforiano Néstor Portillo R. y otros s/ Nulidad de Acto Jurídico y otros” (Ac. y Sent. N° 6)	256
03/04/12. T. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. “A. B. O. F. s/ rectificación de apellido”. (Ac. y Sent. N° 20)	263
25/04/12. T. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. “Jorge Javier Dosantos C. c/ Julio Ulises Vera y otros s/ Indem. De daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual ind. De daños” (Ac. y Sent. N° 29)	272
Quinta Sala	
30/05/12. T. de Apel. Civ. y Com. Quinta Sala. “Banco de Desarrollo S.A. (en quiebra) c/ Manuel Eusebio Gamarra Elizeche s/ Demanda Ordinaria de Reconocimiento de crédito y cobro de guaraníes” (A. I. N° 404)	286
09/02/12. T. de Apel. Civ. y Com. Quinta Sala. “La Caprichosa S.A. c/ Luis Saguier Blanco y otros s/ Rendición de cuentas” (Ac. y Sent. N° 4)	293
21/02/12. T. de Apel. Civ. y Com. Quinta Sala. “Daisy Jacqueline Ortiz Prieto c/ Hutchison Telecomunicaciones Paraguay S.A. hoy AMX Paraguay S.A. s/ Ind. De Daño Moral” (Ac y Sent. N° 24)	299
27/02/12. T. de Apel. Civ. y Com. Quinta Sala. “H. J. N. s/ Sucesión” (Ac. y Sent. N° 28)	317

ÍNDICE POR TRIBUNALES

05/03/12. T. de Apel. Civ. y Com. Quinta Sala. “Empresa Credi Fácil SAECA c/ Jorge Antonio Cárdenas Ayala s/ cobro de guaraníes” (Ac. y Sent. N° 32)	335
24/05/12. T. de Apel. Civ. y Com. Quinta Sala. “R. F. H. A. c/ F. M. de . s/ Divorcio a petición por una sola de las partes” (Ac. y Sent. N° 67)	340

Doctrina

GARANTÍAS EN EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL

Mag. Bettina Ovando Bareiro*

Con la ratificación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, por Ley N° 57/90, se ha producido en el sistema jurídico nacional, cambios en la forma de pensar a los niños y adolescentes. Con ella, el Paraguay, al igual que los demás Estados Parte, se vio en el compromiso de adecuar su legislación a los principios y derechos que consagra y que responde a las tendencias actuales de la política socio criminal de los adolescentes. La política del Estado en torno al problema de las conductas infractoras de los adolescentes no puede ser exclusivamente represiva. Hoy es de casi unánime aceptación que se requiere de una política social integral y, de ser necesario como *ultima ratio legis*, dentro de ella, de una política criminal que pueda detener el avance de las infracciones a la ley penal cometidos por adolescentes.

El Paraguay, ha aceptado que los adolescentes infractores a la ley penal deben tener un tratamiento diferenciado en relación a la que se le aplica a los adultos. Dicho variación se conoce con el nombre de la “Doctrina de la Protección

* Abogada, egresada de la Universidad Católica Ntra. Sra. de la Asunción. Culminó el curso de Especialización Derecho de Familia en la Universidad Litoral de Santa Fe. Egresada de la Escuela Judicial para Magistrados, Segunda Promoción. Egresada del Instituto de Altos Estudios Estratégicos (I.A.E). Diplomada en Ciencias Penal, I.N.E.C.I.P., Especialista en Derecho de Niñez y Adolescencia, con énfasis en Políticas Públicas. Posgrado en Actualización en Derecho de Familia, Niñez y Adolescencia (U.B.A). Defensora en la Niñez y la Adolescencia, de la Capital. Directora de la Escuela de Ciencias Jurídicas y Sociales del Instituto Stanford.

Integral”, la cual se sustenta en el “Interés Superior del Niño”, cuya significación es que el niño ha dejado de ser “objeto” de derecho, para convertirse en “sujeto” de derecho, lo que le confiere una particular posición en el sistema normativo.

Según la concepción actual, no se pueden restringir las garantías del Derecho Penal, como los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad y en el Proceso Penal los principios de presunción de inocencia, proporcionalidad, abstención de declarar, acusatorio, inviolabilidad de la defensa, juicio oral, etc., garantías reconocidas a los adultos. Se resalta claramente la aplicación de la normativa establecida para la protección de derechos humanos, además de la existencia de derechos adicionales de que gozan los adolescentes, conforme al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Así mismo, como se le atribuye una responsabilidad por sus actos, se le concede una serie de garantías judiciales, procesales y otras conforme con su desarrollo y formación, etcétera, como lo prescribe el Art. 40 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

Articulando estas directivas, el Código de la Niñez y la Adolescencia –Ley 1680/01– instituye un amplio catálogo de medidas a ser aplicadas acorde a las diferentes características y factores psicológicos, familiares y sociales del adolescente ante la comisión de hechos tipificados como crimen o delito en el Código Penal.

Las medidas contempladas son las provisorias (aplicadas durante el proceso) y las definitivas (las ordenadas en la sentencia como sanción). Aparecen bien diferenciada las provisorias de las definitivas.

En el mismo contexto, al adherirse a las posiciones garantistas, la Convención distingue con precisión dos ámbitos al establecer tratamientos distintos a los niños que se encuentran en abandono con los que transgreden las normas penales, separando claramente la aplicación de una política social o política criminal, respectivamente, por lo que se prevé medidas socio-educativas que se gradúan judicialmente de acuerdo al grado y carácter de la ofensa, recurriendo a la medida privativa de libertad sólo para las transgresiones de extrema gravedad.

La imposición judicial de las medidas es uno de los requisitos más importantes de la Convención Sobre los Derechos del Niño: el estable-

cimiento o comprobación de la responsabilidad del niño debe ser determinada a través de un proceso circundado de todas las garantías del Derecho penal sustantivo y adjetivo. Además de éstas, el proceso a los adolescentes infractores debe llevarse a cabo dentro del marco de todos los principios contenidos en el principio del *debido proceso*.

Es evidente que en materia de niños, los países de América Latina no pueden desistir del Estado y, por lo tanto, de sus instrumentos de control social, esto porque, como bien señalan muchos juristas y analistas políticos, cualquier realización colectiva en nuestras sociedades tiene como eje al Estado. A lo sumo, lo que es exigible de éste es una presencia máxima en lo relativo a la promoción social y una presencia mínima en lo relativo al uso de la coerción.

Desde esta perspectiva se han dado pasos trascendentales, con el repliegue del sistema tutelar-punitivo que las legislaciones sobre menores establecieron durante más de cincuenta años, ya que con la promulgación en 1989 de la Convención Sobre los Derechos del Niño y nuestro C.N.A., se revierte el modelo proteccionista y lo sustituye por uno garantista en el cual el niño pasa a ser sujeto de derechos y deja de ser objeto pasivo de tutela.

Al adherirse a las posiciones garantistas, la Convención distingue con precisión dos ámbitos al establecer tratamientos distintos a los niños que se encuentran en abandono con los que transgreden las normas penales, separando claramente la aplicación de una política social o política criminal respectivamente, por lo que se prevé medidas socio-educativas que se gradúan judicialmente de acuerdo al grado y carácter de la ofensa, recurriendo a la medida privativa de libertad sólo para las transgresiones de extrema gravedad.

La imposición judicial de las medidas es uno de los requisitos más importantes de la Convención Sobre los Derechos del Niño: el establecimiento o comprobación de la responsabilidad del niño debe ser determinada a través de un proceso circundado de todas las garantías del Derecho penal sustantivo y adjetivo. Además de éstas, el proceso a los adolescentes infractores debe llevarse a cabo dentro del marco de todos los principios contenidos en el principio del *debido proceso*.

El presente artículo tiene por cometido señalar las principales

garantías procesales que deben respetarse en la investigación y juzgamiento de los adolescentes infractores.

EL CÓDIGO DE LOS NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA Y LAS GARANTÍAS EN LA INVESTIGACIÓN Y JUZGAMIENTO DEL ADOLESCENTE INFRACTOR

La Ley 1.680/01, que puso en vigencia el nuevo Código de la Niñez y la Adolescencia (CNA) evidencia una tendencia a incorporar los principios que rigen en la Doctrina Moderna de Protección Integral al adolescente infractor contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, tales como la prohibición de su detención arbitraria o ilegal, acceso a la asistencia jurídica, celeridad procesal y acceso a la doble instancia.

Sin embargo, las normas procesales para el adolescente infractor (que comprende a las personas entre los 14 hasta antes de cumplir los 18 años de edad) carecen de especificaciones concretas, cuyos vacíos son cubiertos con la aplicación supletoria del Código de Procedimientos Penales o los artículos vigentes del Código Procesal Penal. Así lo establece el artículo 192 del CNA, que dispone que en los procesos judiciales que se sigan a los adolescentes infractores se respetarán las garantías de la administración de justicia consagrados en la Constitución Política del Estado, la Convención sobre los Derechos del Niño y las leyes vigentes de la materia. A continuación el detalle de las respectivas Garantías Penales: Intervención Mínima:

El derecho penal juvenil propugna la despenalización de los hechos punibles que no generan gran interés en su persecución.

El Art. 40.3b de la CDN requiere que siempre que sea conveniente, se tomen medidas fuera del ámbito judicial, respetando los derechos humanos y garantías penales.

Educación: Para estimular derechos y para limitar abusos del poder punitivo, es decir, tiene que tener una consideración positiva, no es posible –por ejemplo– aplicar medidas privativas de libertad sin consideración previa a la reprochabilidad y proporcionalidad, es decir, ‘te encierro no por lo que hiciste, sino porque necesitas ser (re) educado, (re)socializado’, además de los ya conocidos principios de: **Legalidad, Reprochabilidad, Proporcionalidad y Humanidad, aplicables a toda persona.**

CONCLUSIÓN

Los menores a partir de 14 años tienen una responsabilidad penal y pueden serle aplicadas medidas que dependen de la gravedad de los hechos punibles cometidos.

A pesar de haber cometido hechos punibles, los menores no pierden el derecho a obtener cualquiera de las medidas y los beneficios que les son reconocidos a todos los menores. En la práctica, esto se resume en que todos siguen teniendo los derechos reconocidos en la Constitución y los pactos internacionales.

Finalmente, las iniciativas tendientes a castigar con mayor severidad a los menores competen a la política penal de un país pero las mismas cuentan con opiniones contrarias de especialistas en numerosos países que ven en ellas un intento de criminalizar la pobreza.

El aumento de las penas y la mayor represión no son las únicas vías posibles en materia penal juvenil.

BIBLIOGRAFÍA

- Constitución Nacional Paraguaya.
- Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Ley N° 57/90.
- Reglas de Rial.
- Reglas de Bejín.
- Código de la Niñez y la Adolescencia del Paraguay.

Jurisprudencia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ACUERDO Y SENTENCIA N° 20

Cuestión debatida: *Se estudia la validez de una renuncia(desistimiento) de la acción penal privada entre las partes realizada en una Escribanía Pública y presentada ante la Corte Suprema de Justicia, teniendo en cuenta que ya se dictó sentencia válida.*

ACCIÓN PENAL. Acción Penal Privada. Desistimiento de la Acción. Oportunidad del desistimiento.

En nuestra legislación, ya sea el desistimiento, renuncia o abandono, solo pueden recaer sobre una acción penal, y la misma solo se encuentra vigente antes que el órgano jurisdiccional competente dicte sentencia válida, y esto obedece a que luego de aparecida la sentencia, la acción, como derecho de la víctima para lograr llevar a juicio a su contraparte, cumple su sentido y su fin y, por ello, desaparece.

ACCIÓN PENAL. Acción Penal Privada. Desistimiento de la Acción. Oportunidad del desistimiento.

El artículo 311 del CPP hace alusión a una reparación de daño y a una audiencia que debe ser llevada, sin mencionarse, antes de un juicio y el artículo 294 del CPP explica las posibilidades del abandono, posibilidades todas que solo pueden producirse antes de ser dictada una sentencia. Inclusive en la norma última señalada, se explica que el querellante puede desistir en cualquier parte del procedimiento, pero aún así queda a sujeto a la decisión general.

ACCIÓN PENAL. Acción Penal Privada. Desistimiento de la Acción. Oportunidad del desistimiento.

En un juicio de acción penal privada, el querellante puede desistir o abandonar su acción penal, puesto que la misma le pertenece, al contrario de los

juicios de acción penal pública, donde la acción es propiedad del Ministerio Público, pero al querellante puede abandonar o desistir su acción antes que dicha acción desaparezca, y esto ocurre cuando se dicta sentencia.

ACCIÓN PENAL. Acción Penal Privada. Desistimiento de la Acción. Oportunidad del desistimiento.

Al ser realizado un juicio, y dictada una sentencia, ya la infraestructura judicial se ha movilizó, poniéndose en juego tiempo y recursos pertenecientes al Estado; así, en cuanto recaiga la sentencia, sobrevendrá una sanción, que puede ser absolutoria o condenatoria, y en el caso del segundo, la pena impuesta pertenece al Estado, ya sea tanto en su ejecución o en su producto, es decir, en su pena privativa de libertad o trabajo a la comunidad, parte del Estado, o en una pena no privativa de libertad, cuya principal es la multa, también perteneciente al Estado por haber puesto en movimiento sus recursos, todo ello además de la posible pena secundaria que va solo al querellante. En el caso de autos nos hallamos delante de una absolución, pero el distingo es imposible dado que el razonamiento de uno es aplicable al otro.

CSJ, Sala Penal. 01/02/12. Edgar López s/ Violación de domicilio y daño” (Ac. y Sent. N° 20).

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

CUESTIONES:

¿Es pertinente para su homologación el acuerdo presentado por las partes?

En su caso, ¿resulta procedente?

A los efectos de establecer el orden de votación se realizó el sorteo de ley que arrojó el siguiente resultado: PUCHETA DE CORREA, BLANCO y BENÍTEZ RIERA.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, LA DOCTORA PUCHETA DE CORREA DIJO: En los antecedentes de la causa, se puede observar que el querellante Renilson Maia, representante de persona jurídica Norte Sur SA, ha querellado a Edgar López por los hechos punibles de Violación de Domicilio y Daño.

Esta situación fue llevada a juicio oral y público, donde se ha dictado la Sentencia Definitiva N° 22 de fecha 26 de julio de 2007, donde el Juzgado dispuso, en la parte más importante, absolver al acusado en autos.

Este fallo fue apelado y el mismo obtuvo respuesta en el Acuerdo y Sentencia N° 71 de fecha 15 de octubre de 2008, en donde el Tribunal de Apelación dispuso confirmar el fallo apelado en todas sus partes.

Así las cosas, el querellante interpone recurso de casación contra el último fallo aludido, e interin se realizan los trámites pertinentes, las partes presentan un acuerdo dado en escribanía, en donde renuncian mutuamente de todas las acciones que pudieran tener ambos entre sí, presentado copia autenticada del documento ante la Corte Suprema de Justicia.

Lo pertinente a ser estudiado en este momento es la validez que pudiera tener esta renuncia ante los órganos jurisdiccionales, en relación a la acción penal dada entre partes, es decir, a la querrela instaurada en contra de Edgar López.

Al respecto, y solo se reitera, estudiando la renuncia de la acción penal, considero que la misma no puede ser admitida como tal, y que el proceso debe continuar hasta el final, por las siguientes razones.

La primera de ellas es porque en nuestra legislación, ya sea el desistimiento, renuncia o abandono solo pueden recaer sobre una acción penal, y la misma solo se encuentra vigente antes que el órgano jurisdiccional competente dicte sentencia válida, y esto obedece a que luego de aparecida la sentencia, la acción, como derecho de la víctima para lograr llevar a juicio a su contraparte, cumple su sentido y su fin y, por ello, desaparece.

La segunda razón se da por la lectura de los artículos penales que hacen a la materia, cuales son el artículo 25 numeral 8 y los artículos 311, 294 y 424, todos del CPP.

En todas estas normas mencionadas se resalta lo argumentado en la primera explicación, se ve que el tenor es que se pueda renunciar, desistir o abandonar una acción cuando la misma siga vigente, y esto se puede colegir de la lectura analizada de estas normas. Así, por ejemplo, el artículo 311 del CPP hace alusión a una reparación de daño y a una audiencia que debe ser llevada, sin mencionarse, antes de un juicio y el artículo 294 del CPP explica las posibilidades del abandono, posibilidades todas que solo pueden producirse antes de ser dictada una sentencia. Inclusive en la norma última señalada, se explica que el querellante puede desistir en cualquier parte del procedimiento, pero aún así queda a sujeto a la decisión general.

Lo que se pretende recalcar es que, en un juicio de acción penal privada, el querellante puede desistir o abandonar su acción penal, puesto que la misma le

pertenece, al contrario de los juicios de acción penal pública, donde la acción es propiedad del Ministerio Público, pero al querellante puede abandonar o desistir su acción antes que dicha acción desaparezca, y esto ocurre cuando se dicta sentencia. Es por ello que todas las normas tienen una redacción que denota la anterioridad de las figuras, inclusive la conciliación como tal es marcada expresamente antes de un juicio y su estructura también demarca que la misma debe ser lograda antes que el juez cumpla su función de tal, ya que antes puede ejercer de mediador en la causa, remitiendo inclusive la misma a oficinas especializadas al efecto.

La tercera razón se impone en que al ser realizado un juicio, y dictada una sentencia, ya la infraestructura judicial se ha movilizó, poniéndose en juego tiempo y recursos pertenecientes al Estado; así, en cuanto recaiga la sentencia, sobrevendrá una sanción, que puede ser absolutoria o condenatoria, y en el caso del segundo, la pena impuesta pertenece al Estado, ya sea tanto en su ejecución o en su producto, es decir, en su pena privativa de libertad o trabajo a la comunidad, parte del Estado, o en una pena no privativa de libertad, cuya principal es la multa, también perteneciente al Estado por haber puesto en movimiento sus recursos, todo ello además de la posible pena secundaria que va solo al querellante.

En el caso de autos nos hallamos delante de una absolución, pero el distingo en imposible dado que el razonamiento de uno es aplicable al otro.

Por estas argumentaciones, considero que el acuerdo llegado por las partes en este juicio, referente a la acción penal, no puede ser admitido, y los trámites pertinentes deben ser ejecutados, salvo que el querellante particular prefiera desistir del recurso interpuesto ante esta Corte Suprema de Justicia.

Las COSTAS se impondrán en el orden causado, tal como lo permite la excepción del artículo 261 del Código Procesal Penal. ES MI VOTO.

A su turno los Doctores BLANCO y BENITEZ RIERA manifiestan que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto firmando S.S.E.E., todo por ante 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:

DECLARAR LA INADMISIBILIDAD del acuerdo llegado por la querella

en este juicio, señor Renilson Maia y el querellado en autos, señor Edgar López, por las razones expresadas en el considerando de esta resolución.

DISPONER que se lleven a cabo los trámites pertinentes en esta causa, remitiendo la misma a la Secretaría Judicial correspondiente a los efectos.

IMPONER las costas en el orden causado.

ANOTAR, registrar y notificar.

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

Ante mí: Secretaria Karina Penoni.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 70

Cuestión debatida: *Corresponde analizar las probanzas producidas en estos autos, para establecer si el accidente que produjo la defunción del cónyuge de la accionante se produjo como consecuencia de un hecho antijurídico atribuible a la parte demandada. Se trata de dos vehículos de similar porte.*

DAÑOS Y PERJUICIOS. Accidente de tránsito. Responsabilidad objetiva. Culpa presumida.

En el sistema jurídico nacional no consideró que el artículo 1847 del CC determine una responsabilidad objetiva en puridad, sino que incorpora *una culpa presumida* ya que condiciona su aplicación hasta tanto el demandado “... *pruebe que de su parte no hubo culpa...*”. Operando el principio *iuris tantum*.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Accidente de tránsito. Responsabilidad objetiva. Culpa presumida. Teoría del riesgo. Exoneración de responsabilidad.

En Paraguay se aplica hoy en día en nuestros tribunales, debido a la adopción del modelo argentino, la responsabilidad objetiva y por riesgo creado es aplicable directamente siempre que la “*presunción de culpa*” o “...*culpa presumida...*”, no recaiga contra la propia víctima o un tercero.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Accidente de tránsito. Responsabilidad objetiva. Culpa presumida. Teoría del riesgo.

En particular, el Código Civil legisla sobre la obligación de reparar el daño provocado con o por las cosas, en el subsiguiente Art. 1847, cuya aplicación para

determinar la responsabilidad de las partes en un accidente de tránsito corresponde por tratarse de una norma más específica que la que establece la responsabilidad por actividad riesgosa.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Accidente de tránsito. Responsabilidad objetiva. Culpa presumida. Teoría del riesgo. Exoneración de responsabilidad.

Ahora bien, en materia de accidentes de tránsito, es jurisprudencia constante de nuestros tribunales excluir el criterio de riesgo en la producción del evento dañoso cuando el mismo se produjo como consecuencia de la colisión de dos vehículos de similares características, dado que sería inconducente aplicar las reglas de inversión de la carga probatoria en forma recíproca, cuando el riesgo de la cosa ya no sería el factor principal en la generación del daño cuyo resarcimiento se pretende.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Accidente de tránsito. Responsabilidad contractual o extracontractual.

Respecto del propietario o guardián del vehículo en que viajaba la víctima, el factor de atribución de responsabilidad puede ser contractual o extracontractual, según se trate, respectivamente, de un contrato de transporte, oneroso o gratuito, o de un transporte benévolo. Mientras que la responsabilidad respecto del otro vehículo envuelto en el siniestro, en el que no viaje la víctima, el factor de atribución será, la más de las veces, del tipo extracontractual.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Accidente de tránsito. Responsabilidad Aquiliana o extracontractual.

La obligación de responder en virtud de la atribución objetiva de responsabilidad ha sido prevista para casos excepcionales. Por ende, siempre que los elementos que hacen a dicha excepcionalidad no se hallen presentes, es de rigor la aplicación del régimen común, fundado en los principios de la responsabilidad aquiliana.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Accidente de tránsito.

Quienes participan del beneficio del empleo de cosas riesgosas, usuarios o explotadores, no pueden pretender ser amparados por el régimen de responsabilidad objetiva establecido a favor de las víctimas que no tuvieron participación alguna en los beneficios o comodidades que genera el empleo de una cosa riesgosa (como el peatón). Este criterio ya fue sentado por la jurisprudencia nacional en fallos anteriores (Ac. y Sent. N° 68 del 23 de junio de 2002, Tercera Sala Civil y Comercial).

DAÑOS Y PERJUICIOS. Accidente de tránsito. Prueba de daños y perjuicios.

El Parte Policial tiene carácter relativo, respecto a las circunstancias del accidente, pues fue redactado en base a declaraciones unilaterales de una de las aquí litigantes (conductor del ómnibus), sirve para establecer que en dicha ocasión la capa asfáltica estaba seca y el tiempo era bueno.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Accidente de tránsito. Prueba de daños y perjuicios. Presunción.

La camioneta tenía preferencia de paso, ello no eximia de los deberes de prudencia que competen a todo conductor. Y la colisión demuestra la incapacidad del embistente para conservar –en todo momento– el dominio del rodado, que ya había transpuesto el medio de la calzada (como fue demostrado en Juicio), incurriendo, en actitud sorpresiva y quebrantando normas de atención. Se ha sostenido en forma reiterada que *“la presunción que juega a favor del automotor que tenía prioridad de paso no tiene carácter absoluto y que no autoriza a quien goza de ella a llevarse por delante todo lo que encuentra en su camino”*.

CSJ, Sala civil y Comercial. 16/02/12. “Elena Cuevas Jara Vda. de Ledesma c/ Empresa de Transporte El Conquistador s/ Indemnización de Daños y Perjuicios” (Ac. y Sent. N° 70).

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 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 interpuesto ante la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Quinta Sala recurso de Apelación y Nulidad contra el Acuerdo y Sentencia N° 164 de fecha 30 de diciembre de 2008. De conformidad al memorial de agravios obrantes a fs. 255 (fojas dos-

cientos cincuenta y cinco) se puede apreciar que el recurrente no ha fundado el Recurso de nulidad, por lo tanto, debe ser declarado desierto. Asimismo, 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 sus turnos los Ministros TORRES KRIMSER Y GARAY manifestaron: Que se adhieren a la opinión del Ministro que antecede por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL MINISTRO MIGUEL OSCAR BAJAC ALBERTINI PROSIGUIÓ DICIENDO: 1. El recurso de apelación y nulidad fue interpuesto por el abogado José María Dávalos Alfaro en representación de la firma CONQUISTADOR SOCIEDAD ANÓNIMA TRANSPORTE Y TURISMO contra el Acuerdo y Sentencia N° 164 de fecha 30 de diciembre de 2008 la cual ha establecido en la parte dispositiva: “...1. *DECLARAR DESIERTO el recurso de nulidad. 2. REVOCAR el punto primero y, en su lugar hacer lugar al incidente de impugnación de la pericia, con los alcances señalados. Costas en el orden causado.-2. REVOCAR, la S.D. N° 620 de fecha 02 de octubre de 2007, con costas, a la parte demandada, por las razones expresadas en el exordio de la presente resolución y, en su lugar, disponer hacer lugar a la demanda por daño moral y lucro cesante promovido por la Señora Elena Cuevas Jara Vda. de Ledesma contra Empresa de Transporte Conquistador S.A. por la suma total de Gs. 113.945.990 (Guaraníes ciento trece millones novecientos y cinco mil, novecientos noventa), que es el total de Gs. 88.945.990 (guaraníes ochenta y ocho millones novecientos cuarenta y cinco mil novecientos noventa) como lucro cesante en accidente. Mas la suma de Gs. 25.000.0000 (Guaraníes veinticinco millones), por daño moral que el 50% de lo que hubiera correspondido a ambos, más los intereses a partir de que quede firme esta resolución, y costas a cargo de la demandada, la empresa El Conquistador S.A. Desvincular a la Aseguradora Seguros El Porvenir S.A., en razón de no cubrir la póliza de seguros de auto vehículo el rubro de daño moral y lucro cesante....”.*

Por su parte, el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial ha resuelto: “...1. *NO HACER LUGAR al incidente de impugnación deducido por la actora a fs. 50 de autos, salvo en lo que se refiere a las documentaciones de fs. 25 a 30, que se excluyen del material probatorio de este juicio, con la expresa reserva señalada en los considerandos de esta sentencia. 2) NO HACER LUGAR, a la demanda de indemn-*

zación de daños y perjuicios, promovida en autos por la Sra. ELENA CUEVAS JARA VDA. DE LEDESMA contra la EMPRESA DE TRANSPORTE "EL CONQUISTADOR S.A.", por improcedente, de conformidad a los fundamentos y con el alcance expuestos en el exordio de la presente resolución. 3. IMPONER las costas, a la parte actora...."(SIC).

El recurso de apelación fue promovido en tiempo y forma conforme el Código Ritual, para posteriormente conceder su prosecución por el A. I. N° 644, de fecha 07 de setiembre 2009, expresando los agravios obrantes a fojas 255 para que posteriormente la parte demandada conteste la misma.

2. Antes de analizar el *tema decidendum*, debemos recordar que el juicio de resarcimiento por daños en materia extracontractual consta de dos etapas a analizar: la primera; donde se estudian los elementos que se encuentran compuestos por el factor de atribución, el cual comprende el factor subjetivo, el factor objetivo y el mixto, para posteriormente analizar la causalidad y el daño, el cual debe ser jurídicamente relevante, y de esta manera analizar a la antijuridicidad. Al determinar el magistrado con las probanzas suficientes la concurrencia de estos elementos, el Juez admite la demanda y comienza el análisis de la segunda parte del juicio, el cual hace referencia al concepto de la indemnización ya sea esta patrimonial o extramatrimonial para la determinación probatoria del monto o *quantum* indemnizatorio.

Es visible que en primera instancia la demanda no ha prosperado la primera etapa de estudio, ya que el decisorio no ha prosperado la demanda. Por su parte, en segunda instancia se ha hecho lugar a la demanda estableciendo la culpa concurrente para la determinación del quantum indemnizatorio. De esta manera las partes obtienen el derecho subjetivo y la garantía procesal de la doble instancia, a fin del control de las sentencias judiciales conforme lo establece la Constitución Nacional y el Artículo 8.2. h) de la Convención Interamericana de los Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica– en estricta concordancia con el artículo 403 del Código Procesal Civil.

3. Que, el recurrente se agravia contra el Acuerdo y Sentencia N° 164 de fecha 30 de diciembre de 2008 y funda sus pretensiones sosteniendo que su representado no tuvo culpa alguna en los hechos de la demanda, que muy por el contrario la parte demandante es responsable del accidente, también manifiesta que el Tribunal de Apelaciones no ha valorado todos los hechos como ser la velocidad del vehículo KIA y el efecto del impacto al colisionar el colectivo

contra el semáforo para posteriormente y a esta consecuencia terminar en la forma que las fotografías presentadas demuestra. Asimismo, reitera en su expresión de agravio la gran velocidad de la furgoneta y que la misma fue la que colisionó contra el colectivo, concluyendo que la culpa ha sido producida por un tercero, solicitando se revoque la resolución recurrida con costas.

5. Al correr traslado a la parte demandada, contestó en tiempo y forma manifestando que el recurrente no se ha motivado en su expresión de agravio sobre el segundo punto de la resolución recurrida por la cual este punto se encuentra firme, asimismo, manifiesta que la Resolución recurrida se encuentra correctamente fundada, solicitando se rechace por improcedente, siendo confirmada con costas.

6. Que, por A.I. N° 1164 de fecha 18 de agosto de 2010 se dispuso: “... *Dar por decaído el derecho que han dejado de usar la Compañía de Seguros Porvenir S.A., para presentar su escrito de contestación del traslado corrídole. TÉNGASE por contestado el traslado corrídole a Elena CuevasVda. De Ledesma, en los términos de escrito óbrate a fs. 264/6. Autos para Sentencia...*”, dándose de esta forma cumplimiento al principio de bilateralidad y salvaguardando el derecho a la defensa.

7. Que, el objeto de estudio del presente recurso debe sustentarse en los puntos puestos en consideración en la expresión de agravios del recurrente, quien no ha expresado agravios contra el punto dos del Acuerdo y Sentencia N° 164 de fecha 30 de diciembre de 2008, dictada por el Tribunal de Apelaciones, Quinta Sala, de la Capital, por lo tanto, es objeto de estudio en base al principio *tantum apelatum quantum devolutum* lo concerniente al punto tres de la citada resolución que revoca la resolución de primera instancia y hace lugar a la demanda de indemnización de daños.

7.1. En la promoción de la demanda la Sra. ELENA CUEVAS JARA VDA. DE LEDESMA, demanda por indemnización de daños y perjuicios a la Empresa de Transporte El Conquistador S.A., manifestando y justificando su calidad de Viuda del Sr. Jorge Daniel Ledesma, con el Certificado de Defunción y la S.D. N° 264 de fecha 22 de marzo de 2002, dictada por el Juzgado de Primera Instancia, Duodécimo Turno, de la Capital, por la cual es declarada heredera en su calidad de cónyuge. En la promoción de la demanda se ha señalado que el Sr. Jorge Ledesma falleció como consecuencia de un accidente de tránsito ocurrido en fecha 19 de setiembre de 2001, en la intersección de la Avenida Mariscal López

y Perú de esta capital, suceso en el cual se vieron involucrados un ómnibus de la línea 13, Coche N° 52, y la camioneta tipo furgoneta marca Kia Color Blanco, Móvil 25, perteneciente al Sistema Nacional de Televisión Cerro Cora S.A., conducida por Alcides René Candia Jara. Cabe señalar que la demandante ha manifestado que en el momento del accidente no se hallaba funcionando el sistema de semáforo.

7.2 Antes de analizar las pruebas diligenciadas por las partes de manera a poder determinar la culpabilidad o responsabilidad civil de las mismas en el hecho, es importante mencionar que el proceso penal que se le ha iniciado al chofer del ómnibus de la línea 13 El Conquistador S.A. ha culminado con el sobreseimiento definitivo del mismo, este elemento más la posición de la no existencia de culpa por parte del conductor del ómnibus de pasajeros son las argumentaciones que ha expresado la parte demandada en su contestación de la demanda, argumentando la culpa del conductor de la furgoneta de la marca KIA.

8. Teniendo presente el objeto de juicio, debemos dotar del significado al enunciado prescriptivo –norma- conjugándolos a los elementos que componen la posibilidad de un resarcimiento indemnizatorio en materia extracontractual, como el caso que nos ocupa; los cuales –como he manifestado precedentemente– se encuentran compuestos por el factor de atribución, el cual comprende el factor subjetivo, el factor objetivo y el mixto, para posteriormente analizar la causalidad y el daño, el cual debe ser jurídicamente relevante, y de esta manera analizar a la antijuridicidad.

8.1. En la resolución de segunda instancia, la cual es objeto de recurso, el Tribunal ha sostenido la existencia de una responsabilidad objetiva de conformidad a los artículos 1846 y 1847 del Código Civil, cabe recordar que el análisis clásico de la responsabilidad extracontractual precisa el análisis del factor de atribución subjetiva, donde se debe probar la culpa, ahora bien, en el caso de autos la resolución recurrida sostiene la existencia de una responsabilidad objetiva, llamada responsabilidad también sin culpa, según las cuales, el patrono debe responder por los daños físicos sufridos por la persona afectada, con entera independencia de que haya mediado culpa o negligencia, y aún cuando se hayan producido por imprudencia o la culpa no grave de la propia víctima (posición ésta adoptada por la doctrina unitaria).

8.2. En nuestra legislación civil podemos identificar la tendencia de la responsabilidad objetiva en las disposiciones de los arts. 1846 que dispone:

“...*El que crea un peligro con su actividad o profesión, por la naturaleza de ellas, o por los medios empleados, responde por el daño causado, salvo que pruebe fuerza mayor o que el perjuicio fue ocasionado por culpa exclusiva de la víctima, o de un tercero por cuyo hecho no deba responder...*”. Igualmente la llamada teoría del riesgo creado el cual surge patente del art. 1847 que manda: “...*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...*”. La función de la responsabilidad objetiva es la de no exigir la prueba de culpa por parte del demandante y la inversión de la carga probatoria en quien creó el riesgo con su actividad y efectivamente produjo un daño real en otro.

Dentro de esta teoría nuestros tribunales han determinado que el conducir un vehículo automotor consiste en una actividad peligrosa, no obstante los hechos mencionados y probados en autos llevan la discusión al artículo 1847 más que al art. 1846, en este entendimiento el tribunal de apelaciones determino la responsabilidad concurrente de las partes y ha calificado la responsabilidad de la empresa de transporte el conquistador dentro de la teoría del riesgo creado.

8.3. Ante esta posición debemos señalar que la doctrina del riesgo no es unitaria. Lejos de ello, luce distintas corrientes. Una de ellas se limita a aceptarla por mera negación de la teoría de la culpa y constituye la teoría del riesgo integral. En palabras de Messineo podemos afirmar que la responsabilidad por riesgo concurre con prescindencia del elemento culpa, en el sentido de que, aun cuando el acto sea no culpable, la responsabilidad existe y el resarcimiento se debe igualmente, siempre que haya nexos causal entre el acto (no culpable) y el daño) (MESSINEO. Derecho Civil y Comercial. Tomo VI. Pág. 483).

Ahora bien, en el sistema jurídico nacional no considero que el artículo 1847 del C.C. determine una responsabilidad objetiva en puridad, sino que incorpora una *culpa presumida*, ya que condiciona su aplicación hasta tanto el demandado “... *pruebe que de su parte no hubo culpa...*”. Operando el principio *iuris tantum*.

El caso de autos coincide con el ejemplo identificado en el libro de MESSINEO cuando se refiere al caso del empresario “... *el cual, en cuanto se beneficia del resultado de la empresa y de la organización de ella, debe responder del*

eventual daño que tal organización produzca a terceros...” (Ob. cit., pág 484). Ahora bien, siempre y cuando no se excluya la culpa por responsabilidad de la víctima o de un tercero. Asimismo, cabe señalar que esta presunción de culpa determinada por el Art. 1847 del Código Civil no excluye que se deba probar también la antijuridicidad, el daño y el nexo causal entre el acto y el daño.

8.4. A fin de establecer con precisión los hechos que se encuentran controvertidos, de las probanzas obrantes en autos podemos apreciar que la demandada ha probado que por parte del chofer del ómnibus no ha existido culpa y más bien la culpa recae en el conductor de la furgoneta de la marca KIA, teniendo presente las declaraciones testificales obrantes en autos fs. 127 donde el Sr. Alcides Candia Jara, quien fue el conductor del KIA tipo furgón, ha manifestado: “... *Veníamos detrás de otros vehículos a una velocidad de 60 ó 70 Km. por hora...*” Asimismo, podemos apreciar que el Sr. Julio César Caballero Cazal, quien dijo ser una persona que transitaba en su vehículo en ese lugar, manifestó en su declaración testifical: “... *nosotros veníamos en el carril derecho más o menos a 50 Km por hora y tres cuadras antes de la avenida Perú nos pasa una Furgoneta blanca por el carril izquierdo a gran velocidad y más o menos unos segundos después... vimos el accidente... el accidente prácticamente ocurrió en el medio de la intersección de la Avda. Mariscal López y Perú y a raíz del impacto el ómnibus se fue a embestir primero contra el semáforo que es hacia el Mercado y luego contra la muralla de la casa y después volcó...*”. Asimismo manifestó en reiteradas ocasiones en su declaración que la furgoneta chocó al colectivo en la rueda trasera, ya que el colectivo estaba prácticamente cruzando toda la avenida.

Por su parte en este mismo sentido el testigo Mario Aquino Cárdenas, en su declaración testifical obrante a fojas 142 de autos, ha manifestado que se trasladaba con el Sr. Julio César Caballero en un vehículo y ha presenciado el accidente, manifestó: “... *el ómnibus cruzaba normalmente la Avda. a una velocidad normal, mientras el Furgón nos pasó muy rápido, que sé yo, a una velocidad de 120 Km por hora, más o menos, no sabría calcular...*”. El Sr. Jean Paul Pierre Ortiz Romero, manifestó que al referirse a la velocidad de la furgoneta “... *podría decir que probablemente a 80 Km/H o menos...*”. Que en este orden de ideas ha manifestado la actora en su promoción de la demanda que los semáforos se encontraban en amarillo, con lo cual se demuestra que se debía aminorar la velocidad en la bocacalle, como asimismo, de las fotografías y la prueba

pericial se puede observar que el ómnibus de la línea 13 fue investido por la furgoneta que no transitaba a una velocidad prudencial impactando contra el ómnibus a la altura de la rueda trasera ya cruzando más de la mitad de la Avenida Perú el citado transporte público, con lo cual se invierte la posición de culpa ante las pruebas citadas.

8.5. En la resolución objeto de recurso se aprecia la calificación de una culpa concurrente, lo cual no considero que se halla probado en autos debido a que se ha demostrado con claridad con las propias declaraciones y pericias adjuntadas por la parte actora, demuestran que el vehículo de la marca KIA tipo furgón produjo el accidente y cruzo la Avenida Perú a una gran velocidad impactando al ómnibus a la altura de casi la rueda trasera, cabe señalar que de la prueba pericial se observa que el ómnibus que transitaba sobre el carril derecho de la Avenida Perú ya estaba cruzando a más de la mitad de la misma.

8.6. De estos hechos probados, la presunción de culpa determinada en el art. 1847, no hace operar la teoría del riesgo en el caso de autos, ya que se ha demostrado la culpa de quien conducía el vehículo donde se encontraba el Sr. Jorge Ledesma, fallecido (demandante), teniendo en consideración que se excluye de su responsabilidad al propietario del ómnibus, en este caso a la empresa El Conquistador S.A., por operar el enunciado prescriptivo que reza: “...*eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder...*”.

Es preciso mencionar que en los Antecedentes del Anteproyecto de Código Civil presentado por el Dr. Luis De Gásperi el mismo manifestó entre otras cosas en su art. 2511, que “...*La admisión del riesgo, como fundamento de la responsabilidad de la empresa, es una concesión hecha a despecho de la idea de culpa que históricamente no pudo ser desalojada de su dominio en el Derecho Civil sino bajo la presión de los cambios radicales que las condiciones de trabajo y la seguridad de vida han experimentado con la aparición de la gran industria a mediados del siglo pasado*”. “Sin duda dice Jossierand, la responsabilidad objetiva no destronará jamás completamente a la responsabilidad subjetiva, No es deseable, agrega que la noción de riesgo suplanta a la de la culpa” (autor cit. Cours de Droit Civil Positif Francais, t. II, pág, 201). Ante esto debemos apreciar que el Paraguay en la redacción de los artículos 1846 y 1847 no ha adoptado la propuesta del Dr. De Gásperi quien establecía a la teoría de la responsabilidad objetiva y teoría del riesgo con un carácter excepcional y no general como se

aplica hoy en día en nuestros tribunales, debido a la adopción del modelo argentino, ante tal situación la responsabilidad objetiva y por riesgo creado es aplicable directamente siempre que la “*presunción de culpa*” o “...*culpa presumida...*” no recaiga contra la propia víctima o un tercero, como se observa de las probanzas existentes en autos y del análisis realizado anteriormente.

9. Por tanto, debido a la no existencia de culpa por parte de la empresa demandada y la no existencia de los elementos necesarios para operar la responsabilidad objetiva y la teoría del riesgo, consideradas éstas como el factor de atribución, la demanda debe ser rechazada y en consecuencia soy del parecer de revocar el Acuerdo y Sentencia N° 164 de fecha 30 de diciembre de 2008, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Quinta Sala, de la Capital, con costas en a la perdidosa conforme el artículos 192 del Código Civil. Es mi voto.

A SU TURNO EL SEÑOR MINISTRO RAÚL TORRES KIRMSER: Conuerdo con el sentido del voto del ministro preopinante, pero difiero en cuanto a los fundamentos de la decisión.

Como primer punto debe señalarse que en lo relativo al daño producido por vehículos automotores es imprecisa la aplicación del Art. 1846 del Código Civil. Esto debido a que dicho artículo legisla respecto del daño provocado como consecuencia de la realización de una actividad que por sí o por la naturaleza de los medios empleados pueda crear un estado de riesgo. Como claramente puede percibirse, la conducción de un vehículo puede ser encuadrada dentro de esta categoría, como muchas otras situaciones, ya que la responsabilidad por el riesgo creado por la actividad es una categoría genérica, que sin embargo debe dar paso a la aplicación de normas específicas cuando estas regulen el hecho sometido a la competencia del órgano jurisdiccional. En particular, el Código Civil legisla sobre la obligación de reparar el daño provocado con o por las cosas, en el subsiguiente Art. 1847 –hecho que llevó a parte de la doctrina a afirmar la existencia de una innecesaria “duplicación legislativa” (Roberto Moreno, ¿“*Ad-hocracia*”? : *El riesgo de la responsabilidad por riesgo en nuestro derecho*. Cómo pensar en el derecho privado moderno. La Ley Paraguaya, pág. 195)–, cuya aplicación para determinar la responsabilidad de las partes en un accidente de tránsito corresponde por tratarse de una norma más específica que la que establece la responsabilidad por actividad riesgosa.

Ahora bien, en materia de accidentes de tránsito, es jurisprudencia constante de nuestros tribunales excluir el criterio de riesgo en la producción del

evento dañoso cuando el mismo se produjo como consecuencia de la colisión de dos vehículos de similares características, dado que sería inconducente aplicar las reglas de inversión de la carga probatoria en forma recíproca, cuando el riesgo de la cosa ya no sería el factor principal en la generación del daño cuyo resarcimiento se pretende (Félix A. Trigo Represas, Rubén H. Compagnucci de Caso, *Responsabilidad civil por accidentes de automotores*. Hammurabi, José Luis Depalma Editor. 2ª Edición, Tomo II, págs. 168 a 170).

El hecho de que la víctima del siniestro sea un pasajero de uno de los vehículos involucrados en el siniestro no altera esta conclusión. Sobre el punto, cabe recordar que la situación del pasajero debe ser juzgada en relación a quién sea la persona a quien se atribuya la producción del hecho dañoso. Respecto del propietario o guardián del vehículo en que viajaba la víctima, el factor de atribución de responsabilidad puede ser contractual o extracontractual, según se trate, respectivamente, de un contrato de transporte, oneroso o gratuito, o de un transporte benévolo. Mientras que la responsabilidad respecto del otro vehículo envuelto en el siniestro, en el que no viaje la víctima, el factor de atribución será, la más de las veces, del tipo extracontractual.

Ahora bien, corresponde determinar, en abstracto, cuál es el tipo de responsabilidad extracontractual, si objetiva o subjetiva, aplicable cuando la víctima sea un pasajero en uno de los vehículos envueltos en un accidente de tránsito.

En este punto, debe destacarse y resaltarse lo correctamente indicado por el Ministro preopinante: la responsabilidad objetiva debe ser aplicada con un criterio restrictivo, para evitar la desnaturalización del régimen de responsabilidad civil, ya que la obligación de responder en virtud de la atribución objetiva de responsabilidad ha sido prevista para casos excepcionales. Por ende, siempre que los elementos que hacen a dicha excepcionalidad no se hallen presentes, es de rigor la aplicación del régimen común, fundado en los principios de la responsabilidad aquiliana.

Es idóneo ampliar la cita doctrinaria hecha por el preopinante en este punto y recordar que De Gásperi resaltaba la necesidad de encerrar en fórmulas concretas la noción de responsabilidad por riesgo u objetiva –en un sistema como el nuestro fundado en el concepto romano de culpa–, a fin de reducir el campo de su aplicación (*Anteproyecto de Código Civil*. Editorial “El Gráfico”. Asunción, 1964. Pág. 785).

Es por ello que, si bien existen corrientes doctrinarias y jurisprudenciales que asimilan la situación de la víctima que viajaba en el vehículo –a causa de un transporte benévolo– a la situación de un peatón –en virtud de que la misma no podía guiar el vehículo en el que viajaba y menos aún el otro vehículo participante del siniestro– y por ello establecen que la responsabilidad debe ser considerada como objetiva en virtud del riesgo inherente a la cosa en que viajaba, por nuestra parte sostenemos que las situaciones referidas no pueden ser equiparadas, dado que quien opta por viajar en un vehículo para facilitar su travesía o para obtener beneficios de dicha forma de transporte, conoce y acepta los riesgos que dicha forma de viajar conlleva. Es decir, obtiene un beneficio a partir del empleo de una cosa riesgosa, por lo que su situación no puede ser equiparada a la de aquellas personas que no utilizaron o se beneficiaron con el empleo de una cosa riesgosa.

Por este motivo, en decisiones anteriores se ha juzgado, la situación de la víctima que se hallaba en el vehículo siniestrado en virtud de un transporte benévolo –supuesto en el que no existe vínculo contractual–, desde la óptica de la responsabilidad subjetiva, y se requirió demostrar la culpabilidad del propietario o guardián de la cosa en la producción del siniestro.

De la misma manera, la situación respecto de otro vehículo, en el que no viaja la víctima, debe ser considerada según el beneficio obtenido por el empleo de una cosa riesgosa. En otras palabras, quienes participan del beneficio del empleo de cosas riesgosas, usuarios o explotadores, no pueden pretender ser amparados por el régimen de responsabilidad objetiva establecido a favor de las víctimas que no tuvieron participación alguna en los beneficios o comodidades que genera el empleo de una cosa riesgosa. Este criterio ya fue sentado por la jurisprudencia nacional en fallos anteriores (Ac. y Sent. N° 68 del 23 de junio de 2002, Tercera Sala Civil y Comercial).

Como consecuencia de lo apuntado, corresponde a la parte demandante demostrar que el accidente se produjo como consecuencia de una conducta culpable, por cuyas consecuencias deba responder la parte demandada.

Corresponde, por ende, analizar las probanzas producidas en estos autos, para establecer si el accidente que produjo la defunción del cónyuge de la accionante se produjo como consecuencia de un hecho antijurídico atribuible a la parte demandada.

Af. 127 consta la declaración testifical de Alcides René Candia Jara, chofer del vehículo en el que viajaba la víctima fatal del accidente. Esta declaración es

esencial, ya que el mismo chofer del vehículo en el que viajaba la víctima reconoce que circulaba con el exceso de velocidad, puesto que afirma que su velocidad era de 60 ó 70 km/h, siendo que en Asunción la velocidad máxima permitida es de 50 km/h –Ordenanza N° 21/94, Reglamento General de Tránsito–. A f. 141 consta la declaración testifical de Julio César Caballero Cazal, quien relató que la furgoneta en la que viajaba la víctima fatal ultrapasó al vehículo en el que viajaba el testigo, a una velocidad superior a los 50 km/h. En idéntico sentido, a f. 142, el testigo Mario Aquino Cárdenas añadió que a su criterio el furgón habría viajado a una velocidad muy superior a la máxima permitida.

A estas declaraciones, se suma la del testigo Jean Paul Pierre Ortiz Romero –una de las personas que viajaba en el mismo furgón que la víctima fatal–, quien expresó que si bien iba durmiendo al momento de la colisión, en algunas ocasiones en que estaba despierto pudo constatar que el vehículo circulaba a 80 km/h.

En la copia del Informe Criminalístico, que fuera remitido por el Departamento de Investigación de Delitos –fs. 147 a 163–, se destaca el hecho de que “el furgón circulaba a velocidad no prudencial” –f. 150–.

Todas las pruebas indicadas son conducentes a establecer que la culpa en la producción del accidente corresponde al chofer del furgón, es decir, del vehículo en el que viajaba la propia víctima. Abona esta postura, el principio según el cual se presume que el chofer del vehículo que embiste tiene culpa en la producción del accidente. En este sentido: “Se presume la culpa de quién actúa como agente activo del choque, o sea el que embiste o atropella produciendo con su impulso el impacto” (CC0000 TL 7969 S 19-8-1986); “Es inveterada la jurisprudencia que establece que salvo prueba en contrario se presume la «culpa» del conductor de un automotor que con la parte delantera embiste el costado de otro” (CC0002 AZ 37439 RSD-55-96 S 30-5-1996).

Todos estos elementos, sumados a la orfandad probatoria respecto a elementos que puedan configurar el concurso de culpa en el conductor del vehículo de propiedad de la demandada, llevan a la conclusión de que la demanda incoada debe ser rechazada. Por lo tanto, la resolución apelada deber ser revocada.

Las costas deben ser impuestas a la parte perdedora, de conformidad con las disposiciones de los Arts. 205, 203 inc. b) y 192 del Código Procesal Civil.

A SU TURNO EL SEÑOR MINISTRO CÉSAR ANTONIO GARAY DIJO:
El Artículo 1847 del Código Civil establece que 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 examina total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder.

En el caso, se estudia si la Empresa de Transporte “El conquistador” es responsable –civilmente– del accidente de tránsito que terminó con la trágica y penosa muerte de Jorge Ledesma, quien fue esposo de Elena Cuevas Jara Vda. de Ledesma (la accionante).

Si bien no fue negado el hecho generador, fueron discutidas las circunstancias cómo sucedió el siniestro, cuestión que es fundamental esclarecer para la imputación de responsabilidad. Para la actora, el accidente se produjo por culpa exclusiva del chofer de la Línea 13, afirmando que el ómnibus cruzó la Avda. López con excesiva velocidad, no respetando el paso preferencial. Aseveró que, pese a tomar la precaución debida, no pudo evitarse que la camioneta choque con la unidad de transporte público sufriendo daños en su parte delantera, aseverando que como consecuencia de ello se produjo la muerte de su esposo (fs. 15/6). Para la accionada, el accidente sucedió por culpa del conductor de la camioneta, afirmando que ese día el ómnibus se desplazaba por la Avda. Perú con dirección Sur a velocidad prudencial. Al llegar a la intersección de esta con la Avda. López y teniendo que la luz del semáforo estaba intermitente, cruzó la esquina (confluencia) y al traspasar el eje de la Avda. López, la camioneta guiada por Alcides René Candia, que a su vez circulaba a velocidad superior de los 50 Km, por carril del medio con dirección Oeste, impactó en el costado izquierdo del ómnibus (fs. 43/8).

De lo expuesto se aprecia pues que la accionante reconoció que la camioneta, en la que se encontraba a bordo su esposo, chocó al ómnibus de pasajeros. Asimismo, ambas Partes señalaron que el día del luctuoso hecho el aparato de semáforo se encontraba con luz intermitente.

El Parte Policial tiene carácter relativo, respecto a las circunstancias del accidente, pues fue redactado en base a declaraciones unilaterales de una de las aquí litigantes (conductor del ómnibus), sirve para establecer que en dicha ocasión la capa asfáltica estaba seca y el tiempo era bueno (fs. 7/9).

Las muestras fotográficas agregadas a fs. 22/5 bis –las que fueron aceptadas como válidas por el Juzgado (fs. 219)– dan cuenta que el ómnibus fue chocado en el parte media trasera, lo que indica que ya había transpuesto más

de la bocalle cuando fue embestido por la camioneta que había iniciado el cruce, con alta velocidad, pues de no ser así, no se explicaría que el alto impacto de la colisión que hizo que el ómnibus (de gran porte) fuese lanzado por la camioneta contra el poste del semáforo, chocado una muralla, para luego terminar volcado, y las condiciones como quedó la camioneta (fs. 35). La velocidad con que transitaba la camioneta fue corroborada con la prueba testifical obrante a fs. 127, 141/2, fs. 165, rendida por testigos presenciales (algunos de ellos a bordo de la camioneta).

Tampoco puede obviarse el informe pericial, presentado como prueba instrumental, que si bien fue impugnado por la accionante, fue declarado válido por el A-quo (fs. 219), del que se constata lo siguiente: I) el conductor de la camioneta no realizó ninguna maniobra tendiente a evitar la colisión contra el ómnibus de la Línea 13 que ya había transpuesto el eje de la Avda. López; II) El hecho que la camioneta haya producido el vuelco de vehículo de mucho mayor peso, indica que impactó a velocidad superior a los 50 Km/h; III) El hecho que el ómnibus (de gran peso e inercia) haya iniciado su maniobra de frenado al cruzar la Avda. López y quedado en su posición final (volcado) a distancia de sólo 21 mts., contados a partir de su posición en el momento del impacto, demuestra por sí solo que atravesada la Avda. López a exigua velocidad. Esta pericia se encuentra reforzada por el hecho que la abolladura producida por impacto de la camioneta es “puntual” y no con desplazamiento horizontal hacia la parte trasera de la carrocería, como hubiera ocurrido en caso que el ómnibus circulara a mayor velocidad (fs. 37).

Entonces, si bien la camioneta tenía preferencia de paso, ello no eximia de los deberes de prudencia que competen a todo conductor. Y la colisión demuestra la incapacidad del embistente para conservar —en todo momento— el dominio del rodado, que ya había transpuesto el medio de la calzada (como fue demostrado en Juicio), incurriendo, en actitud sorpresiva y quebrantando normas de atención.

Se ha sostenido en forma reiterada que *“la presunción que juega a favor del automotor que tenía prioridad de paso no tiene carácter absoluto y que no autoriza a quien goza de ella a llevarse por delante todo lo que encuentra en su camino”*(Garay, ibídem, pág. 181). *“La preferencia de paso no significa en sí misma una atribución in abstracto, desvinculada de las circunstancias imperantes. No aniquila el deber de prudencia de quien tiene la prioridad. El tránsito*

constituye un complejo accionar; donde cada uno debe actuar con la debida cautela. La prioridad de paso no es un pasaporte de legitimidad para andar totalmente autónomo sin conexión con las naturales contingencias creadas por la compleja circulación” (CN Esp. CivCom, Sala I, 21/8/81).

Al no existir responsabilidad de la accionada, corresponde desestimar la demanda de indemnización de daños y perjuicios y, en consecuencia, revocar el Fallo impugnado, con costas a la perdidosa según 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 inmediatamente sigue:

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

RESUELVE:

DESESTIMAR al Recurso de Nulidad interpuesto.

REVOCAR el Acuerdo y Sentencia N° 164, dictado en fecha 30 de diciembre del 2008 por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Quinta Sala, de la Capital.

COSTAS a la perdidosa, en esta Instancia.

ANOTAR, registrar y notifique.

Ministros: Raul Torres Kirmser, César Antonio Garay y Miguel Bajac Albertini

Ante mí: Alejandrino Cuevas. Secretario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 103

Cuestión debatida: *Se trata de determinar el quantum debido por los demandados por las mejoras introducidas en su propiedad. Tanto en primera como en segunda instancia se ha hecho lugar a la demanda de retención por cobro por mejoras, por lo que no queda más que determinar si la retasa –en menos– del monto realizada en segunda instancia se encuentra o no ajustada a derecho.*

EDIFICACIÓN Y PLANTACIÓN. INDEMNIZACIÓN. Mejoras.

Para reclamar el crédito por mejoras es necesario establecer si las obras realizadas en la propiedad del demandado son idóneas para reconocer a favor

del edificador la existencia de un crédito exigible y conexo a la cosa, de acuerdo con las disposiciones de los arts. 1982 a 1988 del CC.

**EDIFICACIÓN Y PLANTACIÓN. INDEMNIZACIÓN. Mejoras.
PRUEBA. Carga de la Prueba.**

No cualquier construcción representa una mejora útil o necesaria; tal obra debe ser de tal entidad que sea idónea para optimizar el uso y la explotación del bien, según su destino; o, que de no realizarse provocaría un perjuicio grave al bien, respectivamente. En efecto, al tratarse de mejoras útiles, y suponiendo que la edificadora sea de buena fe –o de la mala fe, pero el propietario optare por conservar las mejoras–, sólo se podría generar un crédito a favor de la misma en la medida del mayor valor obtenido por el bien: corresponde, pues, a la actora edificadora la carga de probar el mayor valor adquirido por el bien.

**EDIFICACIÓN Y PLANTACIÓN. INDEMNIZACIÓN. Mejoras.
PRUEBA. Carga de la Prueba.**

A los efectos de analizar la cuantía, la determinación monetaria y líquida del valor de las mismas, debemos realizar una precisión. No debemos determinar el valor de las mejoras, es decir, cuánto se gastó –como se pretendió realizar en este proceso–; sino que debemos buscar el mayor valor del inmueble. Esto quiere decir que no es lo gastado lo que se reembolsa, sino que –conforme con los principios del enriquecimiento– se abona el mayor valor del inmueble, que se traduce en la diferencia de su valor de mercado entre antes y después de las mejoras.

**DOMINIO. Título de Dominio. EDIFICACIÓN Y PLANTACIÓN.
INDEMNIZACIÓN. Mejoras.**

El hecho de ostentar un boleto de compraventa sobre un predio no implica, en nuestro ordenamiento positivo, ser titular de la propiedad. Para ostentar esta última calidad se requiere que el vendedor extienda la respectiva escritura pública traslativa de dominio.

**EDIFICACIÓN Y PLANTACIÓN. INDEMNIZACIÓN. Mejoras.
CONTRATO DE LOCACIÓN. Cláusulas.**

La suscripción de este contrato de locación con la constancia de la construcción y sus facilidades, y la prohibición de mejoras, hace que esta Magistratura entienda que tales edificaciones fueron realizadas por su propietario. No solo porque la ley presume que toda construcción o plantación existente en un terreno fue hecha a costa del propietario, sino porque también, los locatarios, de

haber sido ellos los que han construido todo cuanto estaba edificado en el inmueble –según señalaron algunos testigos– tuvieron que haber dejado constancia de ello al inscribir las mejoras en los registros públicos. Ni siquiera se ha hecho una reserva o salvedad al momento de suscribir el vínculo de locación.

DOMINIO. Título de Dominio. EDIFICACIÓN Y PLANTACIÓN. INDEMNIZACIÓN. Mejoras. PRUEBA. Carga de la Prueba.

El presupuesto y los recibos de pago, que fueron también señalados por el constructor al momento de prestar declaración testifical, solo dan cuenta de gastos realizados en el inmueble por el demandante, mas no se refieren al mayor valor que pudo llegar a adquirir el inmueble en razón de tales innovaciones a la estructura originaria.

C.S.J., Sala Civil y Comercial. 28/02/12. “Carlos A. Álvarez y otros c/ Néstor Gerardo Báez y otros s/ retención de inmueble por cobro de mejoras” (Ac. y Sent. N° 103).

Previo estudio de los antecedentes del caso, la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, Sala Civil y Comercial, 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: RAÚL TORRES KIRMSER, MIGUEL OSCAR BAJAC ALBERTINI y CÉSAR ANTONIO GARAY.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO TORRES KIRMSER DIJO: La recurrente no ha fundamentado el recurso de nulidad. Por lo demás, y dado que no se advierten en la resolución recurrida vicios o defectos que autoricen a esta Magistratura a declarar la nulidad de oficio, se debe declarar desierto el recurso de nulidad interpuesto.

A SUS TURNOS LOS SEÑORES MINISTROS BAJAC ALBERTINI y GARAY dijeron que se adhieren al sólido juzgamiento del Ministro Torres Kirmsers por idénticos fundamentos

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO TORRES KIRMSER DIJO: Por Sentencia Definitiva N° 413 de fecha 5 de julio de 2006 el Juez de Primera Instancia el Juzgado de Luque resolvió: “1°.- HACER LUGAR, con costas, a la demanda que por retención de inmueble por cobro

de mejoras promueven CARLOS ANTONIO ÁLVAREZ y FLORENCIA CAYETANA GÓMEZ DE ÁLVAREZ contra los señores NÉSTOR GERARDO BÁEZ MARTÍNEZ y MARIANA DE JESÚS ROMERO DE BÁEZ hasta que aquellos sean indemnizados en la suma de cien millones de guaraníes por las mejoras incorporados a la finca N° 26.263 del distrito de Luque, con cta. Cte. Ctral. N° 27-0808-20. 2°.- ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia” (f. 175 vlt.).

Recurrida la mencionada sentencia, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Quinta Sala de la Capital, por Acuerdo y Sentencia N° 75 de fecha 10 de agosto de 2007, resolvió: “TENER POR DESISTIDO el recurso de nulidad. CONFIRMAR PARCIALMENTE la S.D. N° 413 de fecha 05 de julio de 2006, en la parte que hace lugar a la demanda de retención de inmueble por cobro de mejoras promovida por CARLOS ÁLVAREZ y FLORENCIA CAYETANA GÓMEZ DE ÁLVAREZ, contra NÉSTOR GERARDO BÁEZ MARTÍNEZ y MARIANA DE JESÚS ROMERO BÁEZ, dictada por el Juez de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral, de la Niñez y la Adolescencia de Luque, conforme a los fundamentos expuestos en el considerando de la presente resolución. ESTABLECER la suma de GUARANÍES TREINTAY CINCO MILLONES (Gs. 35.000.000), que los nombrados demandados deberán abonar a los actores CARLOS ÁLVAREZ y FLORENCIA CAYETANA GÓMEZ DE ÁLVAREZ, por las mejoras introducidas en la Finca N° 26.263 del Distrito de Luque, con Cta. Cte. Catastral N° 27-0808-20, de conformidad a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. IMPONER las costas en forma proporcional. ANOTAR, registrar, notificar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia” (f. 198).

La parte recurrente expresó agravios contra el acuerdo y sentencia dictado por el tribunal de alzada en los términos del escrito obrante a fs. 203/204 de autos. Manifestó que sus poderdantes han acreditado suficientemente tanto la posesión del inmueble como las mejoras introducidas en el mismo, las que han demandado el pago de cien millones de guaraníes. Indicó que la accionada en ningún momento ha negado la existencia de las mejoras, y señaló que tampoco su contraparte alegó o probó que las mejoras introducidas hayan sido ordenadas por los demandados.

Por A.I. N° 384 de fecha 11 de mayo del 2011 la Corte Suprema de Justicia resolvió dar por decaído el derecho que han dejado de usar los demandados para contestar el traslado de los agravios.

Se trata de determinar el *quantum* debido por los demandados por las mejoras introducidas en su propiedad. Tanto en primera como en segunda instancia se ha hecho lugar a la demanda de retención por cobro por mejoras, por lo que no queda más que determinar si la retasa –en menos– del monto realizada en segunda instancia se encuentra o no ajustada a derecho.

Para reclamar el crédito por mejoras es necesario establecer si las obras realizadas en la propiedad del demandado son idóneas para reconocer a favor del edificador la existencia de un crédito exigible y conexo a la cosa, de acuerdo con las disposiciones de los arts. 1982 a 1988 del CC.

Ya hemos señalado en anteriores ocasiones que no cualquier construcción representa una mejora útil o necesaria; tal obra debe ser de tal entidad que sea idónea para optimizar el uso y la explotación del bien, según su destino; o, que de no realizarse provocaría un perjuicio grave al bien, respectivamente. En efecto, al tratarse de mejoras útiles, y suponiendo que la edificadora sea de buena fe –o de la mala fe, pero el propietario optare por conservar las mejoras–, sólo se podría generar un crédito a favor de la misma en la medida del mayor valor obtenido por el bien: corresponde, pues, a la actora edificadora la carga de probar el mayor valor adquirido por el bien.

A los efectos de analizar la cuantía, la determinación monetaria y líquida del valor de las mismas, debemos realizar una precisión. No debemos determinar el valor de las mejoras, es decir, cuánto se gastó –como se pretendió realizar en este proceso–; sino que debemos buscar el mayor valor del inmueble. Esto quiere decir que no es lo gastado lo que se reembolsa, sino que –conforme con los principios del enriquecimiento– se abona el mayor valor del inmueble, que se traduce en la diferencia de su valor de mercado entre antes y después de las mejoras.

Se hace necesario aquí realizar un recuento de los hechos que precedieron tanto al dominio como a la posesión del inmueble disputado, para precisar ciertos aspectos que exponen los serios problemas probatorios que adolece el proceso.

La accionante ha señalado que el inmueble ha sido “adquirido” (f. 38) en cuotas por la señora María Irala de Álvarez –su madre– en mayo de 1970, y ha adjuntado un boleto de compraventa que así lo instrumenta. Con posterioridad, en el año 1986, los Sres. María Irala de Álvarez y Pedro Álvarez procedieron a ceder los derechos y acciones que los mismos tenían sobre el inmueble a favor del demandante, conforme consta al dorso del boleto agregado a f. 6.

Refiere la demandante que, a pesar de haber abonado la totalidad del precio del inmueble, el Sr. Augusto José Scavone procedió a vender –en diciembre del año 1990– la propiedad al señor José Inocente Garcete Aquino, quien, a su vez, en el año 1998, transfirió el bien al ahora demandado, el Sr. Néstor Gerardo Báez Martínez.

Necesariamente debemos detenernos aquí y explicitar cuanto sigue. Primeramente, aclarar que el hecho de ostentar un boleto de compraventa sobre un predio no implica, en nuestro ordenamiento positivo, ser titular de la propiedad. Para ostentar esta última calidad se requiere que el vendedor extienda la respectiva escritura pública traslativa de dominio. Como ya hemos señalado repetidas veces, la propiedad de los bienes registrables se transmite por contrato – art. 1967 del Código Civil– ,pero esta regla debe ser armonizada con la normativa relativa a las formas, contenida en el art. 700 y siguientes del mismo cuerpo legal, la cual exige que los actos traslativos de dominio relativos a inmuebles – entre los que se inscriben, desde luego los contratos– sean hechos en escritura pública, so pena de no tenerlos por concluidos –esto es, de no quedar perfeccionados como actos jurídicos–. La omisión de la forma exigida encuentra su solución en la ejecución forzada de la obligación de hacer escritura, regulada en el art. 701 del Código Civil, de la cual no han echado mano los demandantes en su momento.

En estas condiciones podemos señalar que la propiedad nunca ha sido escriturada a favor de los demandantes ni de sus progenitores. A pesar de estos antecedentes dominiales del predio, y por circunstancias que desconocemos, el Sr. Álvarez y su familia han ciertamente demostrado poseer el inmueble desde el año 1986. Esto es, con anterioridad a la adquisición del inmueble por parte de los demandados, cosa que ha sido corroborada por versiones de los vecinos (f. 122/124) y por quien ha señalado realizar construcciones en la casa (f. 121), al momento de rendir testimonios. Este último ha presentado el presupuesto de las obras así como los recibos de pago por parte de los demandantes (fs. 15/18) por los trabajos. Asimismo, los demandantes han probado abonar varios servicios que eran utilizados en la casa, como los de luz, agua y teléfono (fs. 20 a 32).

Recordemos que toda construcción existente en un terreno se presume hecha por su propietario, salvo prueba en contrario, a norma del art. 1982 del Código Civil. Vemos que el demandado ha adquirido el inmueble en el año 1998, conforme consta en la escritura pública N° 29, pasada ante la Escribana Milka

Gloria Zulmira, cuya copia se encuentra agregada a fs. 8/10 de autos. En la escritura de compraventa se expresa que el inmueble no había sufrido modificaciones, no reconocía gravámenes ni restricciones de dominio, lo que implica que a la fecha de adquisición del inmueble no existían créditos por mejoras inscriptos a favor de los demandantes, como lo exige el art. 1829, para hacer oponibles dichos créditos a los terceros que adquieran los inmuebles.

Con posterioridad, el propietario celebró un contrato de locación con los demandantes (fs. 10/11) en el año 2001, en el que se pactó expresamente la prohibición de ceder la locación, de modificar el inmueble o el de introducir mejoras sin autorización de la propietaria. En el referido contrato también se hizo alusión a las construcciones y dependencias que ya tenía la casa –cláusula quinta–, como los tres dormitorios, la sala, el comedor, un baño, una cocina, etc.

La suscripción de este contrato de locación con la constancia de la construcción y sus facilidades, y la prohibición de mejoras, hace que esta Magistratura entienda que tales edificaciones fueron realizadas por su propietario. No solo porque la ley presume que toda construcción o plantación existente en un terreno fue hecha a costa del propietario, sino porque también, los locatarios, de haber sido ellos los que han construido todo cuanto estaba edificado en el inmueble –según señalaron algunos testigos– tuvieron que haber dejado constancia de ello al inscribir las mejoras en los registros públicos. Ni siquiera se ha hecho una reserva o salvedad al momento de suscribir el vínculo de locación.

Como bien se ha señalado en la instancia anterior, tanto las versiones como el material probatorio desarrollado en el proceso son bastantes confusos. No ha quedado del todo claro si existían o no construcciones en el fundo con anterioridad a la entrada al mismo por parte de los demandantes.

Mucho menos se ha determinado, en caso de que efectivamente las construcciones –todas o algunas– hayan sido realizadas por los demandantes, cuál sería el valor final en que el predio se vio aumentado. La demandante no produjo ninguna prueba tendiente a la comprobación del precio del inmueble con anterioridad a las obras realizadas por ella, lo que brindaría uno de los elementos que deben ser comparados para determinar la existencia de un mayor valor adquirido. Tampoco produjo pruebas tendientes a demostrar cuál sería el valor del inmueble con las obras realizadas por su parte, segundo elemento necesario para la comparación. La constatación judicial nada señala respecto a la antigüedad de las construcciones, ni hace mención a aquellas que pudieron haber sido

realizadas por el demandante. Mucho menos refiere, ni siquiera someramente, a los valores que pudieran llegar a tener las construcciones constatadas. En las testificales se ha hecho alusión, principalmente, a la antigüedad de la posesión de los demandantes, cuestión ésta que no agrega nada en un juicio como éste, que tiene por objeto justipreciar las mejoras realizadas en una propiedad ajena.

El presupuesto de fs. 15/16 y los recibos de pago de fs. 18, que fueron también señalados por el constructor al momento de prestar declaración testifical (f. 121), solo dan cuenta de gastos realizados en el inmueble por el demandante, mas no se refieren al mayor valor que pudo llegar a adquirir el inmueble en razón de tales innovaciones a la estructura originaria.

Estos problemas probatorios solo pueden ser imputados a la demandante, en quien recae la carga de la prueba de las mejoras introducidas y del mayor valor que éstas dan al inmueble.

En suma: en autos no se ha determinado precisamente cuando se han introducido las mejoras. No consta en autos elemento alguno de convicción que sea conducente para estimar el mayor valor obtenido por las obras realizadas en el bien; en consecuencia, no se ha demostrado la existencia de un crédito exigible como resultado de las edificaciones o plantaciones realizadas.

En estas condiciones tendríamos que la demanda debería de ser rechazada, tanto la pretensión de reconocimiento de crédito por mejoras como la del derecho de retención. Pero como lo señalamos al principio, aquí solo discutimos el *quantum*—lo demás ha pasado en autoridad de cosa juzgada—, por lo que la resolución recurrida debe ser confirmada. La resolución recurrida debe ser confirmada *in totum*. Las costas, tomando en consideración los vencimientos recíprocos del proceso, deben ser impuestas en forma proporcional, en un 30% a la parte demandada, y en un 70% a la parte actora.

A SU TURNO EL SEÑOR MINISTRO BAJAC ALBERTINI manifestó que se adhiere al voto del preopinante por los mismos fundamentos.

A SU TURNO EL SEÑOR MINISTRO GARAY DIJO: Adhiero—en lo sustancial— a las motivaciones del Ministro Torres Kirmser. En lo que respecta a la imposición de Costas, deberán ser soportadas por la perdedora, en observancia a la Teoría objetiva de la derrota establecida en los Artículos 192 y 205 del Código Procesal Civil. Así 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 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA CIVIL Y COMERCIAL,

RESUELVE:

TENER POR DESISTIDO al recurrente del Recurso de Nulidad interpuesto.

CONFIRMAR el Acuerdo y Sentencia N° 75, de fecha 10 de agosto de 2007, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial Cuarta Sala, de esta Capital.

IMPONER las Costas proporcionalmente en un 30% a la Parte demandada y 70% a la Parte actora.

ANOTAR, notificar y registrar.

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

Ante mí: Alejandrino Cuevas. Secretario Judicial

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 119

Cuestión debatida: *Se trata de establecer la procedencia o no de un juicio de reconocimiento de unión de hecho **post mortem**.*

UNIÓN DE HECHO. Reconocimiento de la unión de hecho. CONCUBINATO.

Según nuestro ordenamiento jurídico el concubinato se da cuando un hombre y una mujer con aptitud nupcial, viven en forma pública, singular, estable y se comportan entre sí y frente a terceros, como si fueran esposos. Cabe destacar que todos estos requisitos deben darse de manera conjunta en la relación de pareja, para que pueda ser considerada jurídicamente: una unión de hecho o concubinato.

UNIÓN DE HECHO. Reconocimiento de la unión de hecho. CONCUBINATO. Impedimentos dirimentes.

Hasta el momento del fallecimiento del causante, la actora se encontraba unida en matrimonio, lo cual constituye un impedimento dirimente, en razón de que no permite un matrimonio válido, impidiendo, por lo tanto, el reconocimiento de efectos jurídicos, conforme lo establecido por el Art. 83 de la Ley N° 1/92, precedentemente referido.

DIVORCIO. Efecto del Divorcio. SENTENCIA. Efectos de la Sentencia. UNIÓN DE HECHO. Reconocimiento de la unión de hecho. CONCUBINATO. Impedimentos dirimientes.

Sobre el punto debemos acotar, contrariamente a lo entendido por la actora, que la sentencia de divorcio es constitutiva y no meramente declarativa. Ello significa que es la sentencia la que crea el estado de soltería o no vinculación matrimonial, no se limita tan solo a declarar un estado que ya existe, lo produce ella misma. Por ello, las alegaciones vertidas por la actora en el escrito de expresión de agravios, relativas al abandono del que fuera víctima por parte de su anterior pareja, en fecha anterior al divorcio, no desvirtúan la existencia de este impedimento dirimente.

CSJ., Sala Civ. y Comercial. 07/03/12. “G. A. c/ J. Del R. V. G. s/ reconocimiento de unión de hecho post mortem” (Ac. y Sent. N° 119).

Previo estudio de los antecedentes del caso, la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, Sala Civil y Comercial, 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: TORRES KIRMSER, GARAY Y BAJAC ALBERTINI.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO TORRES KIRMSER DIJO: El recurrente ha desistido expresamente del recurso de nulidad.

Ahora bien, considerando los fundamentos de la resolución recurrida, cabe advertir que el *Ad quem*, basó su decisión en la prueba documental presentada por la parte demandada ante esa instancia (fs. 115 /165), sin que dicha prueba haya sido agregada, conforme con las reglas procesales que admiten la producción de prueba en segunda instancia (Art. 428 del C.P.C.) y pese a que, en un principio, el apelante solicitó expresamente la implementación de tal trámite. Empero dicha parte consintió el llamado de autos para sentencia y la omisión de los pasos procesales necesarios para que dicha prueba ingrese válidamente al proceso. Por ende, la valoración de dichas constancias implicaría una indebida fundamentación y por lo tanto la violación de los Arts. 15 inc. b) y 159 inc. b) del C.P.C., ya que en definitiva se trata de apreciar prueba que no ha sido válidamente agregada a estos autos.

Sin embargo, es menester señalar que la actora, a quien perjudica el vicio, no solo omitió señalar tal anomalía, sino que reconoció expresamente el hecho al cual alude la instrumental mencionada, así como la existencia de dicha prueba documental al expresar agravios, ante esta instancia, manifestando: “Si bien es cierto que el divorcio del matrimonio que me unía con el señor Rafael Orué fue declarado en fecha 29 de agosto de 2007, cabe aclarar a ese respecto que mi ex cónyuge me había abandonado en fecha 13 de noviembre de 1997, según se desprende de los términos del acta de abandono de fecha 13 de abril de 2005 – fs. 131–...” (sic),(f. 199).

De lo dicho, surge claramente que el vicio aludido ha sido subsanado por la conducta procesal de la parte afectada, por lo que atendiendo al carácter relativo de las nulidades procesales, previsto en el Art. 114 inc. b) del C.P.C. no corresponde la declaración de nulidad basada en la irregularidad mencionada, ya que como se verá al tratar el mérito, tal conducta permite alcanzar la demostración de lo alegado por otros medios formalmente válidos. Por otro lado, no se advierten en la resolución recurrida otros vicios o defectos que ameriten una declaración de nulidad de oficio, por lo que la nulidad debe ser desestimada.

A SUS TURNOS LOS SEÑORES MINISTROS GARAY y BAJAC ALBERTINI dijeron: que se adhieren al voto precedente por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO TORRES KIRMSE DIJO: Se trata de establecer la procedencia o no de un juicio de reconocimiento de unión de hecho *post mortem*.

A través de la resolución recurrida, el *Ad quem* revocó la S.D. N° 106 de fecha 23 de abril de 2009, no haciendo lugar a la demanda que por reconocimiento de unión de hecho *post mortem* promovió la Sra. Guillermina Ayala contra el Ministerio Público.

La recurrente expresó agravios en los términos del escrito de fs. 197/201, alegando que la resolución recurrida devenía injusta en razón de que el *Ad quem* no valoró debidamente todas las pruebas que versaron sobre la existencia de una vida en común, estable, pública y singular, entre la misma y el señor J. Del R.V.G.. Sostuvo que si bien el divorcio entre la misma y el señor R. O. había sido declarado en fecha 29 de agosto de 2007, este ya le había abandonado en fecha 13 de noviembre de 1997, según había sido acreditado con el Acta de abandono obrante a f. 131 de autos (documental agregada por la heredera inter-

viniente) y, que luego de cuatro años de producido el abandono, en el año 2001, conoció al señor .J. Del R.V.G.. con quien mantuvo una relación de pareja hasta su fallecimiento.

Al contestar los agravios, el Abg. Antonio Rubén Saracho en representación de la Sra. N. M. V. (heredera del señor .J. Del R.V.G..según S.D. N° 248 de fecha 28 de agosto de 2009 dictada en los autos caratulados: “.J. Del R.V.G.. s/ sucesión”), manifestó que la resolución recurrida se encontraba ajustada a derecho en razón de que había sido demostrada la existencia de un impedimento dirimente (ligamen), para la declaración de la unión de hecho pretendida por la actora.

Del análisis de la resolución impugnada surge que el *Ad quem* consideró que la declaración de la existencia de la sociedad de hecho solicitada por la actora, se apartaba en forma flagrante de lo establecido en el Art. 83 de la Ley 1/92 “De Reforma Parcial del Código Civil”, en razón de que había quedado acreditado que la actora promovió el juicio de reconocimiento de unión de hecho en fecha 6 de febrero de 2008 –cuando aún no habían transcurrido 6 meses de su divorcio, declarado en fecha 29 de agosto de 2007– posteriormente al fallecimiento del señor .J. Del R. V.G., acaecido en fecha 6 de agosto de 2007.

La actora planteó la demanda en los términos de los escritos obrantes a fs. 18/19 y 7/8 de autos, alegando la existencia de una unión de hecho con el señor Julio Del Rosario Valinotti, desde mediados del año 2002 hasta el deceso del mismo. Sostuvo que dicha unión había sido pública, estable y singular y que ninguno había estado afectado por impedimentos dirimientes. Solicitó sea reconocida la relación concubinaria a los efectos de acceder al beneficio de pensión de la Caja de Jubilaciones de Itaipú, correspondiente al occiso.

Los herederos del señor .J. Del R. V.G., aun habiendo sido notificados de la demanda, no la contestaron, habiéndosele dado por decaído el derecho que tenían de hacerlo (f. 63). Posteriormente, habiéndose dictado la sentencia de primera instancia, la heredera N. M. V. tomó intervención y planteó recursos de nulidad y apelación contra la misma. Al plantear dichos recursos presentó los documentos que –como se tiene referido– fundaron la decisión del *Ad quem*.

El interrogante que surge en el sub-lite es si existió –o no– una unión de hecho o concubinaria entre la actora y el causante de la sucesión, que fuera estable, pública y singular, con la edad requerida y sin impedimento alguno, para otorgarle efectos jurídicos conforme a la Ley.

Según nuestro ordenamiento jurídico el concubinato se da cuando un hombre y una mujer con aptitud nupcial, viven en forma pública, singular, estable y se comportan entre sí y frente a terceros como si fueran esposos. Cabe destacar que todos estos requisitos deben darse de manera conjunta en la relación de pareja, para que pueda ser considerada jurídicamente: una unión de hecho o concubinato.

Realizando el examen legal de la figura estudiada, tenemos que nuestra Carta Magna, en relación a los efectos de las Uniones de Hecho, preceptúa, Art. 51: “Las uniones de hecho entre el hombre y la mujer, sin impedimentos legales para contraer matrimonio, que reúnan las condiciones de estabilidad y singularidad, producen efectos similares al matrimonio dentro de las condiciones que establezca la Ley”. Por su parte, el Art. 217 del CC, aún vigente, dispone: “La unión extramatrimonial, pública y estable entre personas con capacidad para contraer matrimonio, producirá los efectos jurídicos previstos en este capítulo”. Asimismo, la Ley N° 1/92 dispone en su Art. 83: “La unión de hecho constituida entre un hombre y una mujer que voluntariamente hacen vida en común, en forma estable, pública y singular, teniendo ambos la edad mínima para contraer matrimonio y no estando afectados por impedimentos dirimentes producirá efectos jurídicos conforme a la presente Ley”; y, específicamente en relación a la petición precisa de la actora, el Art. 94 establece: “El supérstite en las uniones de hecho que tuviera cuando menos cuatro años de duración, gozará de los mismos derechos a las jubilaciones, pensiones e indemnizaciones que correspondan al cónyuge”.

Hecha la referencia a los requisitos para la procedencia de la pretensión de la actora, cabe mencionar aquí –con expresa referencia a lo dicho al tiempo de tratar el recurso de nulidad– que quedó claramente demostrada la existencia de un impedimento de ligamen, no ya por las instrumentales de fs. 115/165, que no fueran –como se dijera– debidamente agregadas, sino por el reconocimiento expreso realizado por la actora –en el escrito de expresión de agravios presentado ante esta instancia– de que su anterior matrimonio había sido disuelto en fecha 29 de agosto de 2007, es decir en fecha posterior al fallecimiento del señor .J. Del R. V.G. –según el Certificado de Defunción obrante a f. 12 de autos–.

En estos términos, tal reconocimiento conforma una confesión espontánea en los términos del Art. 302 *in fine*, del C.P.C., según el cual dicha confesión puede prestarse en cualquier estado del juicio, haciendo plena prueba. En estas

condiciones, la existencia del vínculo matrimonial en cabeza de la actora, ha sido espontáneamente admitida por la misma, subsanándose así el vicio ya referido en sede de nulidad y deviniendo tal circunstancia –repetimos– susceptible de consideración, por la confesión de la actora.

De lo expresado surge que hasta el momento del fallecimiento del causante, la actora se encontraba unida en matrimonio, lo cual constituye un impedimento dirimente, en razón de que no permite un matrimonio válido, impidiendo por lo tanto, el reconocimiento de efectos jurídicos, conforme lo establecido por el Art. 83, de la Ley N° 1/92, precedentemente referido.

Sobre el punto debemos acotar, contrariamente a lo entendido por la actora, que la sentencia de divorcio es constitutiva y no meramente declarativa. Ello significa que es la sentencia la que crea el estado de soltería o no vinculación matrimonial, no se limita tan solo a declarar un estado que ya existe, lo produce ella misma. Por ello, las alegaciones vertidas por la actora en el escrito de expresión de agravios, relativas al abandono del que fuera víctima por parte de su anterior pareja, en fecha anterior al divorcio, no desvirtúan la existencia de este impedimento dirimente.

Ilustra Zannoni: “... sintéticamente podemos afirmar que son impedimentos aquellas prohibiciones de la Ley que afectan a las personas para contraer un determinado matrimonio. Tales prohibiciones tienen sustento, por supuesto, en hechos o situaciones jurídicas preexistentes que afectan al sujeto. Sin embargo, el impedimento no es, en sí mismo, el hecho o situación jurídica preexistente, sino la prohibición que, en consideración a ellos, formula la Ley... El impedimento de ligamen está constituido por el matrimonio anterior, mientras subsista» (art. 166, inc. 6°). Son obvios sus fundamentos y su vigencia universal en los sistemas jurídicos que solo aceptan el matrimonio monogámico, independientemente de la disolubilidad del vínculo por divorcio o de la Indisolubilidad en vida ambos cónyuges. En nuestro derecho, a partir de la vigencia de la reforma del Código Civil por la Ley 23.515, el matrimonio válido se disuelve no solo por la muerte de uno de los cónyuges sino también por la sentencia de divorcio vincular (art. 213, inc. 3°), que puede también decretarse por conversión de una anterior sentencia firme de separación en los plazos y formas establecidos por el art. 238 (conf. art. 216). Además, se ha conservado la habilidad nupcial del cónyuge declarado ausente con presunción de fallecimiento, manteniendo entonces vigencia lo dispuesto en el art. 31, parr. 1°, de la Ley 14.394 (conf. art. 2°).

Salvo estos casos, y dado el supuesto en que un matrimonio anterior fuese declarado nulo (arts. 219 y 22, CC), el vínculo matrimonial subsistente constituye impedimentodirimente para la celebración del otro matrimonio...” (Eduardo A. Zannoni, *Derecho Civil, Derecho Familiar*, T. I, segunda edición, págs. 188, 201).

Sentada la postura de la clara demostración de la existencia de un impedimento dirimente, cabe señalar por lo demás, que la parte actora ha incurrido en un verdadero ocultamiento de la existencia de un impedimento de ligamen, dado que tal situación que impedía el progreso de la pretensión y que se refería a su estado civil concomitante al tiempo de la relación con el causante, fue omitida en la relación de hechos del escrito de demanda, manifestando, muy por el contrario, f. 18, la ausencia de tal impedimento, lo que deviene incluso en un falseamiento consciente e intencionado de la verdad.

Sobre la base de lo expuesto, descartada la unión concubinaria como fundamento válido de la supuesta sociedad constituida entre la actora y el occiso, debemos concluir necesariamente en el rechazo de la acción así planteada, debiendo ser confirmado el fallo recurrido, en todas sus partes. Las costas deben ser impuestas a la parte perdedora, de conformidad a lo establecido en los Arts. 192 y 205 del C.P.C.

A SUS TURNOS LOS SEÑORES MINISTROS GARAY Y BAJAC ALBERTINI dijeron: Que se adhieren al voto precedente por los mismos fundamentos.

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:

DESESTIMAR el Recurso de Nulidad.

CONFIRMAR el Acuerdo y Sentencia N° 24, de fecha 29 de junio del 2010, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil, Comercial, Laboral y Penal, Primera Sala, de la Circunscripción Judicial Alto Paraná y, en consecuencia,

NO HACER LUGAR a la demanda de reconocimiento de matrimonio aparente *post mortem* planteada por G.A. A. contra el Ministerio Público.

IMPONER las Costas a la Parte vencida.

ANOTAR, notificar y registrar.

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

Ante mí: Alejandrino Cuevas. Secretario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 171

Cuestión debatida: *Se analiza por medio de la acción de inconstitucionalidad si el Tribunal de Alzada Penal se ha extralimitado en sus funciones al entrar a valorar las pruebas y hechos analizados en el juicio oral y público.*

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Procedencia. RECURSO DE APELACIÓN. Facultades del Tribunal de Apelación.

El tribunal de alzada entiende equívocamente que al no pronunciarse sobre ciertas pruebas el tribunal de mérito vicia su sentencia, amén de que ello implique un peligroso acercamiento a la revalorización de las probanzas o hechos según el caso, como lo explica el jurista, si las probanzas analizadas y juzgadas son suficientes para sostener el decisorio del tribunal, no se precisa el estudio discriminado y puntilloso de todo el paquete probatorio.

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Procedencia. RECURSO DE APELACIÓN. Facultades del Tribunal de Apelación. Objeto del Recurso de Apelación..

Al inicio de los votos se reconoce la vigencia del Principio de Inmediatez, mas a renglón seguido se analizan cuestiones reservadas al tribunal de méritos.

SENTENCIA ARBITRARIA. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Procedencia. RECURSO DE APELACIÓN. Facultades del Tribunal de Apelación. Objeto del Recurso de Apelación.

Luego de analizar la fundamentación realizada por el Tribunal de Apelaciones, considero que el mismo presenta ciertas incoherencias que, señaladas en su momento, enmarcan al decisorio en los parámetros de una sentencia arbitraria, por autocontradictoria y por esbozar en parte un fundamento solo aparente.

CSJ., Sala Constitucional. 19-03-2012. Acción de Inconstitucionalidad en el juicio: “Félix Erico Ortiz Villagra s/ enriquecimiento ilícito” (Ac. y Sent. N° 171).

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?

A la cuestión planteada el Dr. FRETES dijo: El Abog. Arnaldo Giuzzio, Agente de la Unidad Fiscal Anticorrupción, plantea acción de inconstitucionalidad contra el Acuerdo y Sentencia N° 40 de fecha 14 de julio de 2009 dictado por el Tribunal de apelación Penal, Tercera Sala, en los autos “Félix Erico Ortiz Villagra s/ enriquecimiento ilícito”, alegando la conculcación de los artículos 256 y 137 de la Constitución.

El fallo impugnado resuelve cuanto sigue: “1) Declarar la competencia de este Tribunal, para resolver el recurso de apelación Especial interpuesto. 2) Declarar la admisibilidad del recurso de apelación Especial interpuesto por el Abog. Oscar Germán Latorre Cañete contra la S.D. N° 315 del 14 de octubre de 2008, dictada por el Tribunal de Sentencia, conformado por los Abog. Víctor Alfieri como Presidente y Miembros Titulares Abog. Wilfredo Peralta y María Lourdes Cardozo. 3) Anular la S.D. N° 315 del 14 de octubre de 2008, dictada por el tribunal de Sentencia, conformado por los Abog. Víctor Alfieri como Presidente y Miembros Titulares Abog. Wilfredo Peralta y María Lourdes Cardozo y en consecuencia, ordenar el reenvío del proceso a los efectos de lo establecido en el Art. 473 del C.P.P.”.

En lo que hace a la impugnación del fiscal accionante, la misma se sintetiza en lo siguiente, manifiesta que el tribunal de alzada se ha extralimitado en sus funciones al entrar a revalorar las pruebas y hechos analizados en el juicio oral y público. Agrega que en un apartado el tribunal ha procedido a utilizar como fundamentación la declaración indagatoria del condenado y que consta en el acta del juicio oral. Expone en otro momento que “la decisión en mayoría del tribunal de Apelación en lo Penal, Tercera Sala, no desvirtuó los fundamentos esgrimidos por el tribunal de sentencia al declarar la existencia del hecho punible de enriquecimiento ilícito, sino que se dedicó a “juzgar” si Félix Erico Ortiz era o no funcionario público, analizó como compró la aeronave y en que condición pudo saldar las obligaciones asumidas con esa compra, examinando las

pericias contables producidas durante el juicio, incluso objetando las conclusiones a que los peritos arribaron, es decir, realizando una actividad valorativa que no le corresponde por competencia y por no ser la etapa procesal oportuna”(sic), ello para concluir luego que la resolución atacada conculca las disposiciones constitucionales antes citadas.

Al iniciar la lectura del decisorio cuya declaración de inconstitucionalidad se solicita, vemos inicialmente, en lo que hace ya al análisis de fondo de la cuestión recurrida, el voto preopinante, en él, se inicia el análisis recordando precisamente el límite al que se halla sometido el A Quem en relación al estudio de la cuestión apelada, mas posteriormente se constata lo señalado por el fiscal accionante al encontrarse la transcripción de la declaración del condenado, la que a su vez fue incorporada al proceso oral, aunque de nuevo utilizada en este caso como parte de la fundamentación del fallo. Finalmente menciona que el tribunal de sentencia ha incurrido en falta a la regla de la sana crítica, mas en vez de señalar precisa y puntualmente en qué ha consistido la falta dada la trascendencia de los efectos del recurso, se limita a referirse a los dictados de la ley. Por su parte el voto adhiriente si bien recalca la prohibición al tribunal dealzada de revalorar las pruebas o los hechos, a fs. 562 de autos se pronuncia respecto de la apreciación de las pericias sancionando la forma de utilización de estas, circunstancia esta que se reserva única y exclusivamente al tribunal de méritos y que de nuevo comprueba los extremos denunciados en el planteamiento de esta acción.

El artículo 467 del Código de Procedimientos Penales expresa: *“Motivos. El recurso de apelación contra la sentencia definitiva solo procederá cuando ella se base en la inobservancia o la errónea aplicación de un precepto legal.*

Cuando el precepto legal que se invoque como inobservado o erróneamente aplicado constituya un defecto del procedimiento, el recurso sólo será admisible si el interesado ha reclamado oportunamente su saneamiento o ha hecho la reserva de recurrir; salvo en los casos de nulidad absoluta, o cuando se trate de los vicios de la sentencia”. De las constancias de la sentencia impugnada por esta vía, se constata que los magistrados en su mayoría centran su pronunciamiento ni en la inobservancia de alguna norma, ni en su errónea aplicación. De su simple lectura surge que primeramente realizan un reconocimiento de los límites que la ley les impone en el estudio de la cuestión apelada, más a renglón seguido proceden a incurrir precisamente en situaciones vedadas por la norma.

Tal situación parece haber sido advertida por la disidencia al mantener y reiterar aquellas limitaciones que establece la ley para estos casos, esto es, la prohibición por respeto al Principio de Inmediatez de hacer referencia a cuestiones probatorias o a hechos analizados ya en instancias inferiores, extremo en que incurre la mayoría al leerse a fs. 557 luego de la transcripción literal del relato del condenado que *“se constata también en autos, que todos estos extremos han sido ratificados por las testificales y acreditados con las instrumentales ofrecidas y producidas en juicio los que hacen razonable la procedencia del recurso planteado por el recurrente, dando un tiente de duda respecto a la valoración de las pruebas aportadas”*(sic). Sobre el punto, el autor nacional Rodolfo Centurión Ortiz en su obra *“Introducción al Derecho Procesal Penal Paraguayo”*, 2001, pag. 233, refiere respecto del recurso cuanto sigue: *“La exposición de motivos, haciendo referencia al Recurso de apelación Especial, en su apartado 232, señala que este sistema permite un adecuado control sobre la aplicación del derecho y sobre las condiciones de legitimidad de la sentencia, relacionada generalmente al estricto cumplimiento de los derechos procesales y las garantías judiciales”* y agrega *“La apelación procederá sólo cuando se den dos condiciones: a) la aplicación incorrecta de una disposición o norma legal; y b) la violación de los principios del debido proceso. En esta etapa ya no podrán ser discutidos los hechos debatidos en el juicio oral y público, sino únicamente las cuestiones de fondo”*.

Otro punto que llama la atención es cuando el A-Quem manifiesta que el tribunal de méritos solamente ha tomado en cuenta algunos de los elementos probatorios a efectos de sustentar su fallo, situación que vicia el contenido del decisorio tornándolo anulable. Tal situación no es así. En el estudio de las sentencias arbitrarias Néstor Pedro Sagües en su obra *“Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario”*, pág. 257 expone sobre el tema: *“Los jueces no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las pruebas de autos. Así lo enseña reiteradamente la Corte, agregando que basta que se analicen sólo las pruebas estimadas conducentes para fundar sus conclusiones. Por eso, la omisión de considerar el examen de una prueba determinada no tiñe de arbitrariedad al fallo, si éste contempla y decide las cuestiones planteadas y las resuelve con elementos de juicio suficientes para fundarlo – en el caso, para determinar la existencia de delito–. En otras palabras, la resolución que encuentra fundamento en pruebas suficientes no puede ser objeto de la tacha de arbitra-*

riedad (en nuestro caso anulación, siendo que el efecto es el mismo), *aunque omite el tratamiento de una prueba a que se refiere el apelante. No es imprescindible, pues, una argumentación detallada de las probanzas de que hace mérito el fallo, siempre que éste contenga fundamentos bastantes para sustentarlo*”.

Compartimos plenamente el parecer del autor extranjero, sin querer profesar con ello una fundamentación mínima o deficiente en lo que a constancias de autos se refiere, ya que ello equivaldría igualmente a la inconstitucionalidad del fallo o cuanto menos su anulación en la instancia correspondiente. En el caso particular que nos concierne, el tribunal de alzada entiende equívocamente que al no pronunciarse sobre ciertas pruebas el tribunal de mérito vicia su sentencia, amen de que ello implique un peligroso acercamiento a la revalorización de las probanzas o hechos según el caso, como lo explica el jurista, si las probanzas analizadas y juzgadas son suficientes para sostener el decisorio del tribunal, no se precisa el estudio discriminado y puntilloso de todo el paquete probatorio, situación que se constata de las propias transcripciones que del fallo del tribunal de sentencia, realiza el de alzada.

Ahora, en cuanto a las implicancias constitucionales emergentes tenemos dos situaciones, la primera de ellas surge de la señalada primariamente en relación a la invocación de preceptos referentes al límite de la competencia del A-Quem. Como se ha señalado, en el voto mayoritario se hace hincapié en el mandato referido mas la consecuencia ha sido distinta a la ordenada por la norma. En este orden de ideas el citado jurista Sagües califica a la sentencia de arbitraria al desconocer o apartarse de la norma o principio aplicable (op. cit., pág. 170) y expresa que “*también es arbitrario el fallo que desconoce principios rectores del derecho...*”, escenario que se nos presenta en el auto atacado siendo que al inicio de los votos se reconoce la vigencia del Principio de Inmediatez mas a renglón seguido se analizan cuestiones reservadas al tribunal de méritos. En similares términos se expresa Genaro Carrió en “El Recurso Extraordinario por Sentencia Arbitraria”, T. I, pág. 281, al decir que “*una sentencia puede ser auto contradictoria ya por que declara un precepto aplicable y sin embargo no lo aplica...*”.

Por otro lado, la segunda situación plasmada en el fallo impugnado resulta de una transcripción literal de una de las partes del juicio, específicamente del condenado, utilizada como fundamentación del fallo, así a fs. 556 vlto. y 557 se verifica que luego de la reproducción de la declaración del condenado se asevera

como cierto su contenido integrándolo a la justificación del sentido del fallo, situación que se convierte en una fundamentación aparente y no derivada del razonamiento del juzgador, tal y como lo exige la constitución en el párrafo segundo del artículo 256.

En conclusión, luego de analizar la fundamentación realizada por el Tribunal de Apelaciones, considero que el mismo presenta ciertas incoherencias que, señaladas en su momento, enmarcan al decisorio en los parámetros de una sentencia arbitraria, por auto contradictoria y por esbozar en parte un fundamento solo aparente.

En base a lo precedentemente expuesto, a las disposiciones legales citadas y en concordancia con el parecer del Ministerio Público, considero que corresponde hacer lugar a la acción y en consecuencia declarar inconstitucional y por ende nulo el Acuerdo y Sentencia N° 40 de fecha 14 de julio de 2009 dictado por el Tribunal de apelación Penal, Tercera Sala, en los autos “Felix Erico Ortiz Villagra s/ enriquecimiento ilícito”. ES MI VOTO.

A su turno el señor Ministro César Antonio Garay dijo: Esta Magistratura aceptó juzgar la Acción de Inconstitucionalidad presentada por la Fiscalía interviniente en la Causa criminal donde se dictó el Fallo, impugnado en Sala Constitucional. Y lo hizo en estricta y cabal observancia del Artículo 136, primer segmento, de la Constitución Nacional y ante la inhibición de la Ministro Gladys Bareiro de Módica; la no aceptación del Ministro Miguel Oscar Bajac (Vide fs. 64) e ídem del Ministro Raúl Torres Kirmsner quien invocó el Artículo 21 del Código Procesal Civil (fs. 65).

Hemos leído los escritos que lucen a fs. 2/13 del Agente Fiscal que accionó por inconstitucionalidad, fs. 28/37 de la Defensa Letrada y el Dictamen N° 1.210 (7-IX-2.010) de la Fiscalía General del Estado.

La Acción que nos ocupa impugnó el Acuerdo y Sentencia Número 40, que dictó el Tribunal de Apelación en lo Penal, Tercera Sala, el 14 de julio del 2009, en la Causa respectiva. Por mayoría decidieron dos de sus Conjuces: “declarar la admisibilidad del Recurso de Apelación especial interpuesto...”; “anular la S. D. N° 315 del 14 de octubre de 2008, dictada por el Tribunal de Sentencia...” (fs. 554/68, T. III, proceso criminal).

Es pertinente principiar el juzgamiento a partir del Artículo 456 del Código Procesal Penal para así encontrar el hilo de Ariadna que nos conduzca y permita discurrir – lúcidamente– si fue vulnerada nuestra Ley Fundamental.

Y nada mejor para ese propósito que leer serenamente el Fallo atacado de inconstitucional por el Ministerio Público.

Las invocaciones de los Conjueces que juzgaron en mayoría, fueron ya desgranadas (si cabe la expresión) por los escritos ut supra aludidos y por quienes han precedido en el juzgamiento.

Ahora bien, amerita recordar unos exiguos párrafos del Magistrado que votó en disidencia, por razón de la diafanidad y precisión de sus motivaciones, ubicadas en el antípoda jurídico respecto a los Conjueces que resolvieron mayoritariamente. Son aquellos: “El Tribunal de Apelación no se encuentra habilitado a expedirse nuevamente sobre los hechos declarados en la instancia ordinaria, ni del examen de los testigos, ni las aclaraciones de los peritos, pues son procedimientos propios del juicio oral y público la actividad se limita a determinar que normas legales corresponde aplicar para resolver el caso conforme a derecho; como así también, si las normas de referencia fueron debidamente interpretadas por el órgano juzgador. Los jueces del Tribunal de Sentencia condenaron al acusado en base a elementos probatorios objetivos, reunidos y producidos en tiempo oportuno. El Art. 175 del Código Procesal Penal dispone que: “las pruebas obtenidas serán valoradas con arreglo a la sana crítica”. El Tribunal formulará su convicción de la valoración conjunta armónica de todas las pruebas producidas. Los jueces disponen de un marco de libre apreciación. Tal amplitud se refleja en la facultad de poder elaborar soluciones acordes con los dictados de una lógica interna razonable que disipe lo imposible, lo absurdo, lo arbitrario. La Sentencia recurrida refleja una correcta aplicación de las pautas enunciadas”.

“Con relación a la falta de motivación de la sentencia invocada por la defensa como agravio, el ad-quo dio respuesta suficiente a las cuestiones puestas en consideración para la solución del caso concluyendo, luego de haber dado un valor determinado a cada una de las pruebas que fueron recibidas en el juicio, que el acusado por el Ministerio Público es el autor del enriquecimiento ilícito y para ello han dado una extensa explicación de los motivos que lo llevaron a esa conclusión, lo mismo en cuanto a la determinación de la reprochabilidad del autor y el grado de su reproche para la aplicación de la pena, por lo que, en estas condiciones, no se observa una falta de fundamentación o motivación de la sentencia, que halló probada la tesis sostenida en el juicio por el fiscal y declaró culpable al indiciado”.

“Finalmente, en cuanto a la sanción impuesta, la encuentro justa, atendiendo esencialmente a las circunstancias en que se ha cometido el enriquecimiento ilícito que ha sido considerada acertadamente por el ad-quo para imponerla, al haberla fundado el tribunal debidamente en el Art. 65 del C.P.”.

“En consecuencia, hallando correcta la apreciación del ad-quo para la adecuación de la conducta del condenado respecto al tipo penal descrito en las normas anteriormente mencionadas, soy de opinión que debe ser confirmada la sentencia recurrida en todas sus partes. Es mi voto”.

La Fiscalía General del Estado en su Dictamen N° 1.210 ya referido, fundamentó, entre otras sólidas motivaciones así: “Ahora bien, a los efectos de considerar la admisibilidad de la presente acción, conviene tener presente lo establecido en el artículo 456 del Código Procesal Penal. Este artículo, establece la competencia del Tribunal de Apelación en el sentido de someter a su estudio puntos específicos. En ese sentido, esta Representación Fiscal comparte el criterio del preopinante, Dr. Luis María Benítez Riera. En ese contexto, jurisprudencia constante, sostiene que el Tribunal carece de competencia para revisar el hecho plasmado y fijado por el Tribunal de Sentencia producto de un juicio oral. La apelación, como un modo de control de la resolución del Tribunal inferior, debe resolver la cuestión puesta a su consideración con los mismos materiales de hecho y de derecho que se tuvo en cuenta al momento de dictar sentencia. La valoración de las pruebas y la determinación de las conclusiones expuestas en ella, es potestad exclusiva del Tribunal de Sentencia”.

“Según las previsiones del Código Procesal Penal en el referido artículo, el Tribunal de Apelación, solo puede controlar si las pruebas son válidas, es decir, si fueron colectadas atendiendo a lo establecido en el CPP—es decir, no debieron haber vulnerado ningún principio o garantía de las partes; la legitimidad—, en otras palabras si las pruebas que sirvieron para la condena o absolución del acusado, no revisten errores in procedendo”.

“Por otro lado, esta Representación Fiscal, considera que la opinión —en mayoría— de los miembros del Tribunal de Apelaciones, se extralimitó del ámbito de su competencia, arrogándose potestades propias de un Tribunal de Sentencia, ya que analizaron cuestiones de fondo, justipreciando los elementos probatorios incorporados en la causa que hacen al grado de participación del procesado. Sin embargo, el Tribunal de alzada, debía limitarse a observar la correcta aplicación de la condena o si dejaron de darse los requisitos que motivaron su dictamiento, aspectos no observados en la resolución en cuestión”.

“En dicho sentido, conforme al cuestionamiento del accionante, los Miembros del Tribunal de Apelación Penal Tercera sala de la circunscripción de la capital, al resolver la Apelación Especial presentada por los abogados defensores del condenado por enriquecimiento ilícito, se extralimitaron en las funciones que le competen en este tipo de resoluciones, al analizar y valorar las pruebas presentadas y producidas en un juicio oral y público, y en ese contexto, se viola el Principio de Legalidad, el Principio de Supremacía de la Constitución Nacional y el Principio de Razonabilidad, todos consagrados en la Carta Magna, por lo que la resolución N° 40 de fecha 14 de julio de 2009, deviene arbitraria, ilegal y por ende inconstitucional, por lo que deber ser declarada nula y dejar subsistente la Sentencia Definitiva N° 315, de fecha 14 de octubre de 2008, dictada por los jueces abogados, Víctor Alfieri, Wilfrido Peralta y María Lourdes Cardozo”.

“Efectivamente, se observa que la resolución atacada adolece de vicios de inconstitucionalidad, por lo que es preciso determinar cómo estos afectan a derechos y garantías constitucionales. En ese sentido, el artículo 256 de la Constitución Nacional prevé en su segundo párrafo que: “Toda sentencia judicial debe estar fundada en esta Constitución y en la ley...”; la norma jurídica requiere que toda sentencia judicial —entiéndase “cualquier resolución judicial”— debe estar fundada en la constitución y en la ley. Esta exigencia se traduce en un mandato jurídico del cual implícitamente surge que todo fundamento no debe apartarse de lo que la Ley dispone, es decir debe ser correcto, pues el razonamiento equivocado lleva a conclusiones incorrectas y, por ende, a la defectuosa aplicación de la ley. Es por ello que todo error, que todo vicio en el razonamiento lógico en la decisión del órgano jurisdiccional lesiona garantías y derechos contemplados en la Carta Magna”.

“Al respecto, las normas sustanciales y procesales habilitan a la Corte Suprema de Justicia a declarar de oficio la inconstitucionalidad de las resoluciones jurisdiccionales viciadas de tal irregularidad (véase art. 563 del C.P.C). Luego, por deducción integral y sistemática, es competencia oficial del Ministerio Público solicitar la inconstitucionalidad de las resoluciones cuando exista mérito suficiente al efecto (arts. 554 C.P.C. y 359 del C.C.), más aún si se observa que el Ministerio Público es el titular de la acción pública y, como tal, resulta agraviado si las determinaciones jurisdiccionales soslayan la sistemática jurídica cuya guarda y tutela le es conferida”.

César Garay nos ilustra: “Si se admite la estructura escalonada del orden jurídico, o pirámide de Kelsen, es obvio — se ha dicho— que la norma de gradomás

alto regula el acto por el cual es creada la norma de orden inferior, porque el ámbito jurídico no se compone de una pluralidad inconexa de ellas, sino que la validez de cada norma está referida a otra de mayor jerarquía” (Votos y Sentencias, Tomo II, página 65).

“Lo que se pretende asegurar –observa un autor– es el orden escalonado de creación de las normas jurídicas y rectificar cualquier desviación que pudiera producirse en los grados inferiores de acuerdo con aquella debe presidir la creación de dichas normas, sean generales o individuales” (ibídem).

“El Art. 200 de nuestra Ley Fundamental busca, en una esfera más elevada que abarca todo el orden jurídico, el mantenimiento de la supremacía constitucional, la prioridad de las normas y preceptos en ella consagrados” (ibídem).

El juzgamiento en mayoría ha desbordado los límites que prevé el Artículo 456 del Código Procesal Penal y sus respectivas concordancias legales, incurriendo –por esa razón– en decisión arbitraria, lo que no está permitido en la moderna República, a ningún Juez.

“La Sentencia presupone la existencia de un derecho considerado como fuerza o como poder absoluto; de una ley que traduzca en forma precisa ese derecho; de un hecho, cualquiera sea su clase, originario de la controversia ; de un poder constituido especialmente para aplicar la ley; de una norma que regule el procedimiento, sirviendo de elemento funcional para la efectividad del derecho declarativo, y de una sanción que garantice ese derecho declarado por los jueces contra las violaciones posteriores” (César Garay, Técnica Jurídica, Tomo I, páginas 284/5).

“De aquí se deduce que la sentencia es la resultante de todos los elementos intervinientes en el litigio: derecho, ley, litigantes, procedimiento y juez, concurrencia de factores que determina la verdadera función de ese último e impide toda arbitrariedad contraria a la justicia, porque los jueces no crean el derecho, ni son autores de la ley, ni pueden fallar con prescindencia de ella y ateniéndose tan solo a su propia voluntad” (ibídem).

Con el inconstitucional sustento de los Artículos 132 y 137 de la Ley de Leyes, la acción de inconstitucionalidad que nos ocupa tendrá que hallar – con plena sujeción a Derecho– acogida favorable. Así voto.

A su turno el Doctor NÚÑEZ RODRÍGUEZ manifestó que se adhiere al voto del Ministro preopinante, Doctor FRETES, por los mismos fundamentos.

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

Y VISTOS: Los méritos del Acuerdo que antecede, la ExcelentísimaCOR-
TE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Constitucional,

RESUELVE:

HACER LUGAR a la acción y en consecuencia declarar inconstitucional y
por ende nulo el Acuerdo y Sentencia N° 40 de fecha 14 de julio de 2009, dictado
por el Tribunal de apelación Penal, Tercera Sala, en los autos “Félix Erico Ortiz
Villagra s/ enriquecimiento ilícito”.

ANOTAR, registrar y notificar.

Ministros: Víctor Manuel Núñez Rodríguez, Antonio Fretes y César Anto-
nio Garay.

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

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 188

Cuestión debatida: *En estos autos se discute la estimación de daños realizada por el Tribunal de Apelaciones. En particular son dos rubros los reclamados por el recurrente el lucro cesante, el daño emergente en concepto de pago de honorarios profesionales en el proceso penal en que se investigó la causa y los responsables del accidente de tránsito que constituyó el hecho generador de los daños.*

DAÑOS Y PERJUICIOS. Lucro cesante.

La mera presentación de un diploma universitario carece de la entidad necesaria para demostrar, por sí solo, la existencia de un lucro cesante. Este rubro constituye la ganancia futura cierta que se ha dejado de percibir como consecuencia del hecho dañoso. No puede ser considerado en la base de una hipotética expectativa, sino estimado en virtud de constancias concretas y probadas. Era fundamental que la accionante presente, además, elementos que acrediten que efectivamente se desempeñaba como profesional libre o asalariado en el ramo invocado –contaduría pública– y, además, que aporte elementos que permitan establecer cuál era la entidad de los ingresos esperados en el periodo en el que supuestamente se vio privada de desarrollar su supuesta actividad profesional.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño emergente. Honorarios Profesionales.

Los honorarios profesionales generados por la tramitación de un proceso integran las costas y gastos causídicos. Dichas costas y gastos, en principio, deben ser soportados por la parte que los produjo, salvo que exista una condena en costas a la parte adversa.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Prueba de daños y perjuicios. REGULACION DE HONORARIOS. Regulación de Honorarios extrajudiciales.

En el supuesto de que dicho recibo pueda ser considerado, en virtud del silencio del demandado, en autos no hay constancia de dicho acuerdo—que como ya se dijera es un contrato sometido a formalidades específicas, Art. 13 de la Ley de Honorarios—, por lo que no es posible conocer el contenido del mismo, o lo que es peor, la propia existencia del acuerdo.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Prueba de daños y perjuicios. REGULACION DE HONORARIOS. Regulación de Honorarios extrajudiciales.

Además, a falta de acuerdo—vale repetirlo— rigen las normas de la Ley N° 1376/88 y el acuerdo, para que sea válido, debió ser celebrado por la persona obligada al pago de los honorarios.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Prueba de daños y perjuicios. REGULACION DE HONORARIOS. Regulación de Honorarios extrajudiciales.

No hay constancia de la supuesta convención sobre honorarios celebrada con las mismas, por lo que en virtud de lo establecido por el Art. 13, primera parte, dicho acuerdo no puede ser probado por otros medios y no cabe más que tenerlo por inexistente y, por ende, ineficaz para justificar cualquier tipo de erogación cuya repetición pueda reclamarse al hoy demandado. Es decir, el recibo presentado no es instrumento idóneo para demostrar la existencia de un contrato sobre honorarios profesionales.

CSJ., Sala Civ. Y Comercial. 30/03/12. “Rafael Beconi y otros contra Jorge Arnaldo Ruiz Ovelar y otro sobre Indemnización de Daños y Perjuicios” (Ac. y Sent. N° 188).

Previo estudio de los antecedentes del caso, la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, Sala Civil y Comercial, 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: TORRES KIRMSER, GARAY Y BAJAC ALBERTINI.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO TORRES KIRMSER DIJO: El recurrente desistió expresamente del recurso de nulidad y dado que no se advierten vicios o defectos que ameriten decretar de oficio la nulidad de la sentencia recurrida, corresponde tener por desistido al Abog. Fernando Beconi del recurso interpuesto.

ASUS TURNOS LOS MINISTROS CÉSAR ANTONIO GARAY y BAJAC ALBERTINI dijeron: Que se adhieren al voto que antecede por sus mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, EL SEÑOR MINISTRO TORRES KIRMSER DIJO: Por Sentencia Definitiva N° 278 de fecha 28 de julio de 2010 el Juez de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Laboral del Segundo Turno, de la Circunscripción Judicial de Cordillera, resolvió: “I) Hacer lugar, a la presente demanda que por indemnización por daños y perjuicios promueven los señores Rafael Beconi; Leónidas Antola de Beconi; Julia Liliana y Rosana Beconi Antola contra el señor Jorge Arnaldo Ruiz Ovelar y condenarlo a sufragar a los demandantes la suma de Gs. 70.000.000.- (Guaraníes setenta millones), en el plazo de diez días de quedar ejecutoriada la presente resolución y por las razones expuestas en el considerando de esta resolución; II) Imponer las costas al perdedor por expresa disposición de lo prevenido por el art. 192 del Código de rito en la especie Civil; III) Anotar...” (sic) (f. 459).

Recurrida la mencionada sentencia por la parte actora, el Tribunal de Apelación en lo Civil, Comercial, Laboral y Penal de la Circunscripción Judicial de Cordillera, por el Acuerdo y Sentencia N° 38, de fecha 30 de julio de 2010, resolvió: “1) Confirmar, la sentencia definitiva N° 278 de fecha 28 de julio de 2009, dictada por la Jueza de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Laboral del segundo turno de la Cordillera, Abg. Carmen Mendoza V., pero modificando el monto a que como indemnización de Daños y Perjuicios es condenado a pagar el señor Jorge Arnaldo Ruiz Ovelar, dejándolo establecido en la suma total de Guaraníes Diecinueve Millones Setecientos Noventa y Un Mil Trescientos Noventa y Cinco (Gs. 19.791.395.-), por las fundamentaciones expresadas en el considerando de la presente resolución; 2) Imponer, las costas en el orden causado; 3) Anotar...” (sic) (f. 483 vlta.).

La parte recurrente expresó agravios contra el Acuerdo y Sentencia recurrido, en los términos del escrito obrante a fs. 495 y 496 de autos. Agravia al recurrente la reducción del monto establecido por el Tribunal en concepto de indemnización de daños y perjuicios. En particular, sostiene que corresponde aumentar el monto indemnizatorio fijado por el Tribunal e incluir entre los rubros reparables los gastos incurridos por sus representadas en ocasión de la asistencia legal contratada para las actuaciones en la causa penal que versó sobre el mismo hecho que motivó la presente litis. Sostiene, además, que es contrario a derecho el rechazo del rubro lucro cesante.

La adversa no contestó el traslado dentro del plazo legal, por lo que se dio por decaído el derecho que tenía para tal fin, por A.I. N° 1573 del 4 de agosto de 2011, obrante a f. 502.

En estos autos se discute la estimación de daños realizada por el Tribunal de Apelaciones. En particular son dos rubros los reclamados por el recurrente – quienes actúan con una representación conjunta–: el lucro cesante reclamado por Rossana Beconi y el daño emergente de Rossana Beconi y Julia Beconi en concepto de pago de honorarios profesionales en el proceso penal en que se investigó la causa y los responsables del accidente de tránsito que constituyó el hecho generador de los daños.

En cuanto al supuesto lucro cesante, la mera presentación de un diploma universitario carece de la entidad necesaria para demostrar, por sí solo, la existencia de un lucro cesante. Este rubro constituye la ganancia futura cierta que se ha dejado de percibir como consecuencia del hecho dañoso. No puede ser considerado en la base de una hipotética expectativa, sino estimado en virtud de constancias concretas y probadas. Era fundamental que la accionante presente, además, elementos que acrediten que efectivamente se desempeñaba como profesional libre o asalariado en el ramo invocado –contaduría pública- y, además, que aporte elementos que permitan establecer cuál era la entidad de los ingresos esperados en el periodo en el que supuestamente se vio privada de desarrollar su supuesta actividad profesional. En este sentido, esta Corte ya ha expresado en reiteradas oportunidades: “El lucro cesante está constituido por las ganancias concretas que el damnificado se vio privado de percibir a raíz del incumplimiento de la obligación. Es pues, una ganancia cierta y esperada y no una probabilidad o mera expectativa. ‘La simple posibilidad de obtener una ganancia, es insuficiente para caracterizar el lucro cesante, porque para ello es

menester una probabilidad objetiva que emane del curso normal de las cosas' (Cám. 1^a CC La Plata, Sala 3^a, 14/2/95, "Young, Noel Antonio y otro c. Bandino, Enrique R.", Juba 7 sum. B200876); 'El lucro cesante no puede concebirse como un ítem hipotético o eventual, pues por su naturaleza es un daño cierto que sólo puede ser reconocido cuando su existencia y cuantía se acredita mediante prueba directa, extremo que se logra demostrando la imposibilidad de realizar una determinada actividad rentada o la disminución transitoria de la misma' (CN-Civ., Sala H, 16/3/95, 'M., E.C. c. Lodola, Pablo E.', La Ley, 1997-E-1002 (39.762-S)') (Acuerdo y Sentencia Núm. 514, del 12 de julio de 2011).

Ninguno de estos extremos fue alegado, ni mucho menos probado. No hay evidencia alguna en el proceso de que la accionante Rossana Beconi haya desarrollado algún tipo de actividad rentada, ni tampoco de que tal actividad haya debido interrumpirse como consecuencia del accidente, privándosele de los ingresos respectivos. Por lo tanto, la sentencia apelada debe ser confirmada en este punto.

En cuanto al supuesto daño emergente dado por los gastos incurridos en concepto de honorarios profesionales, por las demandantes, Rossana Beconi y Julia Beconi, es necesario realizar algunas breves aclaraciones.

En primer lugar, los honorarios profesionales generados por la tramitación de un proceso integran las costas y gastos causídicos. Dichas costas y gastos, en principio, deben ser soportados por la parte que los produjo, salvo que exista una condena en costas a la parte adversa. Esto surge de lo dispuesto por el Art. 192 del Código Procesal Civil, y particularmente en materia de honorarios, el Art. 11 de la Ley N° 1376/88, que si bien establecen primeramente la acción del profesional contra su propio mandante y contra el condenado en costas, igualmente dispone que el mandante podrá repetir lo pagado cuando exista una condena en costas a su perdidosa. Ahora bien, en la causa penal "Jorge Arnaldo Ruiz Ovelar sobre homicidio culposo y otro", las hoy denunciadas no revistieron el papel de partes, ni siquiera el de víctimas –ya que los dos tipos penales investigados en la causa fueron el homicidio culposo y la exposición al peligro en el tránsito terrestre–, a lo que cabe agregar que tampoco ha recaído en dicha causa una condena en costas contra el hoy demandado.

Sin embargo, en autos se da una peculiaridad. Los honorarios cuya repetición son reclamados en estos autos no surgieron de una litis en la que se hayan enfrentado las pretensiones del hoy demandando y de quienes revisten el rol de

actoras en el presente proceso, sino como una consecuencia de un hecho ilícito, un accidente de tránsito, que motivó el inicio de una investigación por parte del Ministerio Público para determinar los responsables de la producción del siniestro. En este contexto, la declaración indagatoria tomada a la demandante Beconi, para determinar su grado de responsabilidad en el accidente en el que perdiera la vida una persona, no es una consecuencia necesaria en términos de causalidad natural, pero sí al considerar un nexo de causalidad jurídica, según el cual la muerte de una persona exige una investigación de oficio del Ministerio Público.

Dentro del marco de dicha investigación, la declaración indagatoria de los posibles responsables, en este caso los conductores de los vehículos comprometidos, es un requisito legal, así como la asistencia de un letrado durante dicho procedimiento. Por ello, ante la disposición de los Arts. 1833, 1835 y sobre todo, 1856 del Código Civil, es posible considerar dicha erogación, generada como consecuencia de la declaración indagatoria –después de la cual el Ministerio Público abandonó la investigación contra la hoy accionante– como una disminución del patrimonio de la víctima de un acto ilícito, disminución que debe ser resarcida. De esta manera, puede afirmarse que entre el gasto producido por la declaración indagatoria y el hecho ilícito atribuido al hoy demandando, existe un nexo de causalidad jurídica, ya que, según el ordenamiento jurídico vigente, tal declaración era necesaria y no se habría producido de no haberse materializado el accidente vehicular.

En este punto debe hacerse una breve acotación. El gasto en concepto de honorarios profesionales fue planteado como una pretensión de las actoras: Rossana Beconi y Julia Beconi; sin embargo, de la lectura de las constancias del juicio penal agregadas a estos autos, así como de la carpeta fiscal, surge que la única que prestó declaración indagatoria en dicha sede penal fue la hoy actora Julia Beconi, quien conducía uno de los vehículos involucrados en el suceso. No así la codemandante Rossana Beconi, por lo que puede decirse que el gasto en concepto de honorarios profesionales por el patrocinio necesario en ocasión de una audiencia indagatoria no es un rubro que pueda ser reclamado por esta última.

Ahora bien, aun en este contexto este gasto realizado por Julia Beconi en concepto de honorarios profesionales no puede ser libremente estimado por el Juez que entienda en el juicio sobre reparación de daños. Los honorarios profe-

sionales de los abogados están sometidos a disposiciones legales en las que se establecen los límites inferiores en que pueden ser establecidos, así como la forma de justiprecio, siendo la fijación convencional excepcional en la práctica y hallándose sujeta a formalidades específicas tales como la instrumentación por escrito. Ahora bien, cabe preguntarse si Julia Beconi puede reclamar la totalidad de la suma supuestamente abonada en ocasión de los trabajos realizados por el profesional del foro.

La parte recurrente sostiene que el monto sufragado responde a un acuerdo convencional a que se ha arribado sobre el monto correspondiente en concepto de los trabajos realizados, acuerdo al que habrían llegado las actoras y el Abg. Fernando Andrés Beconi y presenta como prueba de ello un recibo librado por el citado Profesional del foro. En primer término, la propia validez de dicho instrumento para demostrar la realización de un pago es materia, hartamente discutible. Si bien en autos se da la particularidad de que dicho instrumento fue producido por el propio representante de las hoy actoras, el Abg. Fernando Andrés Beconi, no es menos cierto que constituye un instrumento que carece de fecha cierta con anterioridad a su presentación a autos y que proviene de alguien, que si bien representa convencionalmente a una de las partes, no litiga por un interés propio en la presente causa. Por ello, podría haber sido pertinente la realización de las formalidades requeridas por el Art. 307 *in fine* del Código Procesal Civil: “Los documentos privados emanados de terceros que no son partes en el juicio, ni causantes de las mismas, deberán ser reconocidos mediante la forma establecida para la prueba testifical”. A pesar de lo expuesto, en su escrito de contestación de demanda, el demandado pareció reconocer la existencia de dicho pago y se limitó a negar hallarse obligado a abonar dicho monto, por no haber una condena en costas en la causa penal, porque las reclamantes no han sido parte en la causa penal y porque no se adecua dicho monto a lo establecido por la legislación aplicable.

Ahora bien, aun en el supuesto de que dicho recibo pueda ser considerado, en virtud del silencio del demandado, en autos no hay constancia de dicho acuerdo –que como ya se dijera es un contrato sometido a formalidades específicas, Art. 13 de la Ley de Honorarios–, por lo que no es posible conocer el contenido del mismo, o lo que es peor, la propia existencia del acuerdo. Además, a falta de acuerdo –vale repetirlo– rigen las normas de la Ley N° 1376/88 y el acuerdo, para que sea válido, debió ser celebrado por la persona obligada al pago

de los honorarios. En este sentido, el Art. 13 de dicha ley establece: “Los abogados podrán fijar por contrato escrito el monto sus honorarios, y no se admitirá otra prueba de su existencia que la exhibición del respectivo instrumento público o privado. En este último caso deberá ser reconocido en juicio por el obligado a su pago”. En estos autos solamente ha sido agregado un recibo, librado por el Abg. Fernando Andrés Beconi por un supuesto pago realizado por las actoras. No hay constancia de la supuesta convención sobre honorarios celebrada con las mismas, por lo que en virtud de lo establecido por el Art. 13, primera parte, dicho acuerdo no puede ser probado por otros medios y no cabe más que tenerlo por inexistente y por ende ineficaz para justificar cualquier tipo de erogación cuya repetición pueda reclamarse al hoy demandado. Es decir, el recibo presentado no es instrumento idóneo para demostrar la existencia de un contrato sobre honorarios profesionales.

Inclusive, aun en el supuesto de que dicho acuerdo hubiese sido agregado a autos, es discutible si el mismo podría ser oponible a una persona que no participó en la convención. De la redacción del Art. 13, puede colegirse fácilmente que el contrato es oponible al deudor que participó del convenio, y la solución no podría ser otra, ya que según lo dispuesto por el Art. 717, *in fine*, del Código Civil: “Los contratos no pueden oponerse a terceros ni ser invocados por ellos, salvo casos previstos en la ley”. Por ende, si el obligado al pago de dichos honorarios, en virtud de una condena en costas o de su responsabilidad aquiliana – como es el caso de autos –, no participó en el contrato de fijación de honorarios, dicho acuerdo no puede serle opuesto. De esta manera, las disposiciones de la Ley de Arancel de Honorarios de Abogados y Procuradores, N° 1.376/88, se constituye en la medida de lo que puede reclamarse en concepto de repetición de lo pagado en dicho concepto, vale destacarlo, ante la falta de acuerdo con uno de los obligados. Lo pagado en más debe ser soportado por quien consintió dicha prestación a cambio de los servicios profesionales en cuestión.

Por otra parte, debe indicarse que en autos no existe constancia de que los honorarios hayan sido regulados o estimados, según los parámetros establecidos por la Ley N° 1.376/88, “Arancel de Honorarios de Abogados y Procuradores”. Como surge de lo dispuesto por el Art. 9° de la mentada Ley, el Juez que entendió en la causa en que se produjeron dichos trabajos, es el competente para estimar los honorarios profesionales que correspondan por trabajos realizados en una instancia judicial; por ende queda vedado en esta etapa procesal un

JURISPRUDENCIA

estudio estimatorio sobre la entidad de dichos honorarios, ya que en virtud de lo dispuesto por el Art. 7° del Código Civil, las disposiciones de la Ley N° 1.376/88 son prevalentes en materia de estimación de honorarios profesionales y por ello no corresponde la aplicación del Art. 452 del Código Civil en lo relativo a este rubro. Por lo expuesto, la resolución apelada debe ser confirmada en este punto.

Por lo tanto, el acuerdo y sentencia apelado debe ser confirmado.

Las Costas de esta instancia deberán imponerse a la parte perdedora, de conformidad con lo establecido por los Arts. 205, 203 inc. a) y 192 del Código Procesal Civil. Así voto.

ASUS TURNOS LOS MINISTROS CÉSAR ANTONIO GARAY y BAJAC ALBERTINI dijeron: Que se adhieren al voto que antecede por sus mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto firmando SS.EE. todo por Ante mí 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:

TENER por desistido al Abg. Fernando Andrés Beconi del Recurso de Nulidad interpuesto.

CONFIRMAR el Acuerdo y Sentencia N° 38, de fecha 30 de julio del 2010, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil, Comercial, Laboral y Penal de la Circunscripción Judicial Cordillera.

IMPONER las Costas de esta Instancia a la Parte apelante y perdedora.

ANOTAR, notificar y registrar.

Ministros: Raúl Torres Kirmser, César Antonio Garay, Miguel Oscar Bajac

Ante mí: Alejandrino Cuevas. Secretario Judicial.

TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL

AUTO INTERLOCUTORIO N° 8

RECUSACIÓN. Recusación sin causa.

Según el art. 20 del C.P.C. la facultad de recusar es otorgada no solo en beneficio de las partes, sino también de los mandatarios o letrados.

RECUSACIÓN. Recusación sin causa.

En el caso, quien recusa sin expresión de causa es la abogada, no su mandante, siendo el escrito de referencia la primera presentación ante el Juez recusado, por lo que consideramos que es válida la interpretación de la recusación, debiendo desestimarse la impugnación promovida por la jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial.

RECUSACIÓN. Recusación sin causa.

La recusación sin causa corresponde solo a las partes, no a los abogados o representantes, art. 24, CPC. Al no tener reconocimiento de personería, no puede representar los derechos de la accionante, y como tampoco puede pretender recusar sin causa por sí misma la pretensión deviene improcedente debiendo haber sido desestimada por el Juez originario. (Voto en disidencia del Dr. Marcos Riera Hunter).

RECUSACIÓN. Recusación sin causa. Forma y tiempo de la recusación.

La recusación sin expresión de causa, conforme el art. 27 del CPC (cuya normativa comprende ambas modalidades de recusación: con y sin expresión de causa) debe ser efectuada por la parte demandada en su primera presentación; en caso contrario, si dicho derecho no se ejerce en el momento procesal establecido por la ley, se extingue sin posibilidad de que pueda renacer con posterioridad a consecuencia de cambios en el Juzgado, sea por recusaciones o inhabilidades de los Magistrados. (Voto en disidencia del Dr. Marcos Riera Hunter).

T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. 07/02/12. “Regulación de Honorarios Profesionales del Abg. Pablo Cabrera Marecos en los Autos: C. C. F. S/ Sucesión” (A. I. N° 08).

Asunción, 7 de febrero de 2012.

Y VISTO: El pedido de regulación de honorarios profesionales presentado por la abogada Amanda Pintos de Alarcón, por los trabajos realizados en esta Instancia, y;

CONSIDERANDO:

OPINIÓN DE LA MAGISTRADA VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ: Que, en el informe de fecha 27 de mayo de 2011, la Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Décimo Turno de la Capital impugna la recusación sin expresión de causa deducida por la abogada María Del Rosario Bernabé, representante legal de la señora J. M. Vda. de C., manifestando que *“la citada ejecutada, a través de su representante convencional de elección, solo tenía la oportunidad de recusar sin expresión de causa al juzgado anterior –Noveno Turno– al momento de disponer la apertura de la causa a prueba de las excepciones, de pago total y de nulidad, no posteriormente, al momento de disponer la apertura de la causa a prueba de las citadas excepciones, como lo está haciendo ahora a través de una intervención de la Abogada MARÍA DEL ROSARIO BERNABÉ E., en consecuencia, habiendo perdido por tanto el derecho de hacerlo, de conformidad a lo dispuesto en el art. 27 del C.P.C. y la jurisprudencia coincidente”...*

Que de los autos principales que tenemos a la vista se constata que en fecha 11 de marzo de 2011, María Del Rosario Bernabé en representación de la señora J. M. Vda. de C., toma intervención en estos autos, constituyendo domicilio, sin que fuera reconocida su personería hasta la fecha.

Que, por providencia de fecha 4 de abril de 2011, el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Octavo Turno, Neri Joel Kunzle, se inhibe de entender en estos autos, habiendo sido recusado en los autos principales “C. C. F. S S/ SUCESIÓN”, remitiendo los autos al Juzgado que le sigue en orden de turno.

Que, en fecha 5 del mes de mayo de 2011, la abogada María del Rosario Bernabé, recusa sin causa al Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Noveno Turno, Alberto Martínez Simón. Por providencia de fecha 6 de mayo

de 2011, el mencionado Juez se excusa de entender en estos autos, según las disposiciones del Art. 24 del C.P.C. remitiendo los autos al Juzgado del Primera Instancia en lo Civil y comercial del Décimo Turno. Según el art. 20 del C.P.C. la facultad de recusar es otorgada no solo en beneficio de las partes, sino también de los mandatarios o letrados, que sería el caso que nos ocupa. En efecto, de la lectura del escrito de fs.62 presentado ante la Secretaría a cargo la Actuaría Gisela Gómez de Pick, se infiere que quien recusa sin expresión de causa es la abogada María del Rosario Bernabé, no su mandante, siendo el escrito de referencia la primera presentación ante el Juez recusado, por lo que consideramos que es válida la interposición de la recusación, debiendo desestimarse la impugnación promovida por la Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Décimo Turno, Capital.

OPINIÓN DEL MAGISTRADO DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS; manifiesta que se adhiere a la opinión de la Magistrada Valentina Núñez González por compartir sus mismos fundamentos.

OPINIÓN DEL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER: La impugnación deducida por la Magistrada del Décimo Turno contra la excusación del Juez del Noveno Turno deviene procedente y, por ende, debe ser admitida por la Magistratura de Alzada por dos razones:

1) Porque quien ha efectuado la recusación sin causa contra el Juez del Noveno Turno no es la parte litigante, que es la única que puede promover tales incidencias (la recusación sin causa corresponde sólo a las partes, no a los abogados o representantes, art. 24, CPC), sino por una abogada, María del Rosario Bernabé, quien no tiene reconocida la personería en representación de la Sra. J. M. Vda. de C. La citada profesional solicitó intervención y denunció el domicilio procesal a fs. 60, pero tal petición ha sido proveído por el Juzgado. En tales condiciones, al no tener reconocimiento de personería, no puede representar los derechos de la Sra. J. M. Vda. de C., y como tampoco puede pretender recusar sin causa por sí misma (por las razones antes enunciadas), la pretensión deviene improcedente debiendo haber sido desestimada por el Juez del Noveno Turno.

2) Porque la recusación sin expresión de causa, conforme el artículo 27 del CPC (cuya normativa comprende ambas modalidades de recusación: con y sin expresión de causa) debe ser efectuada por la parte demandada en su primera presentación; en caso contrario, si dicho derecho no se ejerce en el momento

procesal establecido por la ley, su extingue sin posibilidad de que pueda renacer con posterioridad a consecuencia de cambios en el Juzgado, sea por recusaciones o inhabilitaciones de los magistrados. En las condiciones procesales anotadas, el Juez del Noveno Turno solamente podía ser recusado por la Sra. J. M. Vda. de C. con expresión de causa, conforme lo previsto en la parte final del artículo 27 del CPC.

El Juez del Noveno Turno debió, por ende, haber desestimado la recusación sin expresión de causa que le promovió la abogada María del Rosario Bernabé. Al no hacerlo, la impugnación de la Magistrada del Décimo Turno resulta completamente procedente en Derecho.

En consecuencia, por los fundamentos expresados, corresponde que el Tribunal haga lugar a la impugnación formulada por S.S. la Sra. Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de la Capital del Décimo Turno contra la inhabilitación de S.S. el Sr. Juez de igual clase y jurisdicción del Noveno Turno y, por consiguiente, disponga la devolución de los autos a este último Magistrado para que siga entendiendo en la presente causa.

POR TANTO, en mérito a las consideraciones que anteceden, EL TRIBUNAL DE APELACION EN LO CIVIL Y COMERCIAL PRIMERA SALA DE LA CAPITAL,

RESUELVE:

1) RECHAZAR la impugnación planteada, debiendo remitirse estos autos al Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Décimo Turno Capital.

2) ANOTAR, registrar y remitir copia a la Corte Suprema de Justicia.

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

Ante mí: Abog. María Teresa Cañete. Actuaría Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 11

RECUSACIÓN. Recusación sin causa. Forma y tiempo de la recusación.

La oportunidad de recusar sin expresión de causa, dispone el art. 27 del C.P.C. debe ser al entablar la demanda o en su primera presentación. Fuera de

tales oportunidades, el derecho se extingue sin posibilidad de que vuelva a renacer con posterioridad.

RECUSACIÓN. Recusación sin causa. Forma y tiempo de la recusación.

En este caso, la parte recusante, ejerció inicialmente su derecho a recusar sin causa al Juez del Segundo Turno, sin embargo, según constancias de autos, lo realizó fuera del término establecido en el Art. 2º de la acordada N° 380 de fecha 26 de julio de 2005, que señala que a partir de la entrada en vigencia de la Mesa de entrada en lo Civil y Comercial, los demandantes podrán ejercer el derecho a recusar sin causa o por causa no sobreviniente, dentro de los tres días de realizado el sorteo y ante la secretaría sorteada.

RECUSACIÓN. Recusación sin causa. Forma y tiempo de la recusación.

Resulta muy claro que por la vía de la Acordada 380/2005 se modificó el plazo procesal que anteriormente había sido establecido para el citado acto procesal para el Código Procesal Civil, que tiene un rango de prelación superior a la Acordada. (Voto en disidencia del dr. Marcos Riera Hunter)

MAGISTRADO. Competencia de los magistrados.

Los Magistrados, para fallar las causas sometidas a su competencia, deben aplicar la Constitución y las leyes (art. 256, C.N.) atendiendo, por lo demás, al principio de prelación que viene exigido no solamente por la norma del artículo 137 constitucional, sino también por el artículo 15, inc. “b”, del CPC, bajo pena de nulidad. (Voto en disidencia del dr. Marcos Riera Hunter).

MAGISTRADO. Competencia de los magistrados.

Como los Jueces y Tribunales inferiores a la Corte Suprema de Justicia no tienen competencia para declarar la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de las leyes (concepto lato que, en este caso, incluye a las Acordadas a la Corte Suprema de Justicia) cuando existe, incompatibilidad entre una norma superior y otra inferior, afectándose el principio de prelación, los autos deben ser elevados a la Corte Suprema de Justicia (Sala constitucional) a los efectos de la consulta legislada en el artículo 18, inc, “a”, del Código Procesal Civil a fin de que sea el órgano competente quien determine jurisdiccionalmente si a la normativa que se conceptúa inconstitucional (por violación en este caso del principio de prelación) es realmente constitucional o no.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Consulta.

Del pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia dependerá que los órganos jurisdiccionales inferiores apliquen o no la normativa que es objeto de impugnación por la vía especial de la consulta, más aun en el entendimiento de que, en el caso, no es posible aplicar simultáneamente tanto el art. 27, del CPC. como el art. 2 de la Acordada 380/2001, cuyo presupuestos son compatibles. (Voto en disidencia del dr. Marcos Riera Hunter).

T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. 07/02/12. “Alois Ludwing Seisenbacher C/ Peter Geisler s/ Resolución de Contrato y otros” (A. I. N° 11).

Asunción, 7 de febrero de 2012.

Y VISTA: La impugnación planteada por el Juez de primera instancia en lo Civil y Comercial del Tercer Turno, de la Capital, Miguel Ángel Rodas, y;

CONSIDERANDO:

OPINIÓN DE LA MAGISTRADA VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ: Que, a fs. 17 de autos, el abogado Javier Cabrera López, en representación de Alois Ludwing Seisenbacher, se presenta a promover demanda, por indemnización de daños y perjuicios, en contra del señor Peter Geisler, ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Laboral, de Luque.

Que, por providencia de fecha 14 de abril de 2011 el Juez de Luque manifiesta que en el contrato de alquiler las partes acordaron que para cualquier divergencia aceptan la jurisdicción de los tribunales ordinarios de la ciudad de Asunción y, en consecuencia, remite estos autos, al Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de Turno de la Capital.

Que, a fs. 22 de autos, consta el comprobante de ingreso en mesa de Entrada Civil y Comercial capital, en el cual, consta el desplazamiento de la competencia, la fecha de sorteo y posterior remisión de los autos al Juzgado correspondiente, en fecha 19 de abril de 2011.

Que, en fecha veintinueve de abril de 2001, el abogado Enrique Cabrera en representación del señor Alois Ludwing Seisenbacher, presenta recusación sin expresión de causa contra el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Segundo Turno abogado Silvino Delvalle; el mismo en fecha 4 de mayo de 2011, se inhibe de entender en autos y pasa los mismos al Juzgado que le sigue en orden de Turno.

Que, en fecha 18 de mayo de 2011, el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Tercer Turno, Miguel Angel Rodas, impugna la inhibición de autos, en virtud a las disposiciones del Art. 2º de la Acordada N° 380 de fecha 26 de julio de 2005, y eleva los autos ante esta instancia.

La oportunidad de recusar sin expresión de causa, dispone el art. 27 del C.P.C. debe ser al entablar la demanda o en su primera presentación. Fuera de tales oportunidades, el derecho se extingue sin posibilidad de que vuelva a renacer con posterioridad. En este caso, la parte recusante, ejerció inicialmente su derecho a recusar sin causa al Juez del Segundo Turno, sin embargo, según constancias de autos, lo realizó fuera del término establecido en el Art. 2 de la acordada N° 380 de fecha 26 de julio de 2005, que señala que a partir de la entrada en vigencia de la Mesa de entrada en lo Civil y Comercial, los demandantes podrán ejercer el derecho a recusar sin causa o por causa no sobreviniente, dentro de los tres días de realizado el sorteo y ante la secretaría sorteada.

Consecuentemente, corresponde que el Tribunal haga lugar a la impugnación planteada en autos y disponga se remita el expediente al Juzgado de origen.

OPINIÓN DEL MAGISTRADO DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS; manifiesta que se adhiere a la opinión de la Magistrada Valentina Nuñez González por compartir sus mismos fundamentos.

OPINIÓN DEL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER: Esta Magistratura estima que el Tribunal no se encuentra en condiciones procesales, por el momento, de resolver la incidencia que se ha configurado como consecuencia de la impugnación formulada por el Juez del Tercer Turno contra la excusación del Juez del Segundo Turno aplicando para ello la Acordada N° 380 del 26 de julio del 2005.

En efecto, tal como ha sido sostenido con anterioridad en un precedente jurisprudencial, la citada Acordada modifica el plazo procesal dentro del cual la parte actora debe ejercer su facultad o derecho de recusar, modificación determinada en contra de lo dispuesto en el Código Procesal Civil, que constituye una normativa de mayor prelación que las Acordadas de la Corte Suprema de Justicia (art. 137, Constitución Nacional). En efecto, el artículo 27 del CPC establece que el actor debe ejercer su derecho de recusar (con o sin expresión de causa) al entablar la demanda, o en su primera presentación. En cambio, la Acordada N° 380/2005 establece que a partir de la entrada en vigencia de la Mesa de

Entrada en lo Civil y Comercial los demandantes sólo podrán ejercer el derecho de recusar en el plazo de tres días de realizado el sorteo y ante la secretaría sorteada.

Resulta muy claro que por la vía de la Acordada se modificó el plazo procesal que anteriormente había sido establecido para el citado acto procesal para el Código Procesal Civil, que, como se dijo, tiene un rango de prelación superior a la Acordada.

Los Magistrados, para fallar las causas sometidas a su competencia, deben aplicar la Constitución y las leyes (art. 256, C.N.) atendiendo, por lo demás, al principio de prelación que viene exigido no solamente por la norma del artículo 137 constitucional, antes invocado, sino también por el artículo 15, inc. “b”, del CPC, bajo pena de nulidad. Como los Jueces y Tribunales inferiores a la Corte Suprema de Justicia no tienen competencia para declarar la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de las leyes (concepto lato que, en este caso, incluye a las Acordadas a la Corte Suprema de Justicia) cuando existe, incompatibilidad entre una norma superior y otra inferior, afectándose el principio de prelación, los autos deben ser elevados a la Corte Suprema de Justicia (Sala constitucional) a los efectos de la consulta legislada en el artículo 18, inc, “a”, del Código Procesal Civil a fin de que sea el órgano competente quien determine jurisdiccionalmente si a la normativa que se conceptúa inconstitucional (por violación en este caso del principio de prelación) es realmente constitucional o no. De tal pronunciamiento dependerá, por tanto, que los órganos jurisdiccionales inferiores apliquen o no la normativa que es objeto de impugnación por la vía especial de la consulta, más aun en el entendimiento de que, en el caso, no es posible aplicar simultáneamente tanto el art. 27, del CPC. como el art. 2 de la Acordada 380/2001, cuyo presupuestos son compatibles.

En consecuencia, por los fundamentos que han sido expresados, corresponde que, antes de que el Tribunal emita el pronunciamiento que en Derecho corresponda, disponga –por la vía de la medida ordenatoria- la elevación de los antecedentes a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia a fin de que se pronuncie sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma contenida en el artículo 2 de la Acordada N° 380/2005 en cuanto hace relación con el plazo procesal dentro del cual la parte actora debe ejercer el derecho de recusación, difiriendo, por ende, la cuestión planteada ante el Tribunal.

POR TANTO, en mérito a lo expuesto, el TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA CAPITAL, PRIMERA SALA;

RESUELVE:

1) HACER LUGAR A LA IMPUGNACIÓN planteada por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Tercer Turno, debiendo remitirse estos autos al Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Segundo Turno Capital.

2) ANOTAR, registrar y remitir copia a la Corte Suprema de Justicia.

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

Ante mí: Abog. María Teresa Cañete. Actuaría Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 23

EXCUSACIÓN. Forma y tiempo de la excusación.

La Acordada N° 519/2008 determina el orden de sustitución de juzgados, por lo cual se justifica acertadamente que el Juez de la Circunscripción Judicial de la Ciudad de Lambaré, haya impugnado la excusación de la Jueza de la localidad de San Lorenzo, en atención a que no se ha agotado el orden de sustitución de los Juzgados establecido por la Acordada de referencia.

T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. 15/02/12.- “Carlos Miranda y Otros c/ Julio Ramón Miranda Barrios y otros s/ Acción de Simulación y Nulidad de Acto Jurídico” (A. I. N° 23).

Asunción, 15 de febrero de 2012.

VISTA: La impugnación formulada por el Juez de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de la Niñez y Adolescencia de la ciudad de Lambaré, contra la excusación de la Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de la ciudad de San Lorenzo, conforme al A.I. N° 596 de fecha 03 de mayo de 2010, y;

CONSIDERANDO:

OPINIÓN DEL MAGISTRADO DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS: Que, por providencia de fecha 30 de octubre de 2009, (fs. 43), la Jueza

de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de la ciudad de San Lorenzo, expresa: "...Habiéndose planteado recusación sin causa contra esta Magistratura, de conformidad a los términos del escrito que antecede, separase de entender en la presente causa, por decoro y delicadeza, y de conformidad a lo establecido en el Art. 21 del C.P.C., remítase estos autos al Juzgado de igual clase de Lambaré, de conformidad a lo dispuesto por la Acordada N° 519/08 de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, bajo constancia en los libros de Secretaría, sirviendo el presente proveído de suficiente y atento oficio. Dése cumplimiento a lo establecido en la Acordada N° 30/90 de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia".

Por medio del A.I. N° 596 de fecha 03 de mayo de 2010, el Juez de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de la Niñez y Adolescencia de la ciudad de Lambaré, impugna la excusación formulada por la Jueza de la ciudad de San Lorenzo.

Entrando al estudio de la presente impugnación formulada por el Juez de la ciudad de Lambaré, se observa que el presente juicio se ha iniciado en la circunscripción judicial de la ciudad de Luque, siendo recusado sin expresión de causa el Juez Juvenio Torres. Posteriormente estos autos fueron remitidos al Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de San Lorenzo, excusándose la Jueza de dicha localidad de entender en el presente juicio por decoro y delicadeza, remitiendo la causa a la circunscripción judicial de Lambaré, en donde finalmente se impugna dicha remisión.

La Acordada 519 de fecha 29 de abril de 2008, dictada por la Excma. Corte Suprema de Justicia, en su Art. 2 dispone: *"...En concordancia con el Art. 200 del Código de Organización Judicial, ampliar el Art. 1 de la Acordada No. 335 del 17 de noviembre de 2.004 quedando redactado de la siguiente manera: 1.- Determinar el siguiente orden de sustitución de juzgados una vez agotados todos los turnos del mismo fuero en razón de la materia y en un mismo grado dentro de la localidad respectiva en la circunscripción judicial de Central: Los juicios de los Juzgados de Luque serán remitidos a San Lorenzo, luego a Capiata, luego a J.A. Saldívar; luego a Lambaré y por último a Asunción"*.

Por lo expuesto precedentemente, se justifica acertadamente que el Juez de la Circunscripción Judicial de la Ciudad de Lambaré, haya impugnado la excusación de la Jueza de la localidad de San Lorenzo, en atención a que no se ha agotado el orden de sustitución de los Juzgados establecido por la Acordada

de referencia. Por ende, corresponde que estos autos se remitan al Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de la ciudad de Capiata, para la prosecución del proceso.

OPINIONES DE LOS MAGISTRADOS DR. MARCOS RIERA HUNTER Y VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ: Manifiestan que se adhieren a la opinión vertida por el Magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos, por compartir sus mismos fundamentos.

POR TANTO, en mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA CAPITAL, PRIMERA SALA;**

RESUELVE:

HACER LUGAR a la impugnación formulada por el Juez de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de la Niñez y Adolescencia de la ciudad de Lambaré contra la excusación de la Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de San Lorenzo.

DISPONER que estos autos se remitan al Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de la ciudad de Capiata, a los efectos de proseguir con los trámites correspondientes.

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

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

Ante mí: Abog. María Teresa Cañete. Actuaría Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 34

PRUEBA. Ofrecimiento y producción de la prueba.

La providencia recurrida, en la parte que resolvió desestimar las pruebas que han sido objeto de ratificatoria por la parte demandada, por extemporánea, no ocasiona agravios a la parte actora porque se limita a desestimar pruebas de la demandada, no pruebas ofrecidas por la accionante.

PRUEBA. Ofrecimiento y producción de la prueba. RECURSO DE APELACIÓN. Concesión del recurso de apelación.

Si las pruebas, aunque fuesen ordenadas dentro del período probatorio, no han sido ofrecidas por las partes en el plazo legal, las providencias que disponen

su diligenciamiento no pueden ser irrecurribles, sino recurribles ante el Tribunal de Alzada. Si así no fuese se caería en el absurdo de que una prueba que no ha sido ofrecida dentro del plazo legal establecido sería irrecurrible simplemente por la circunstancia de que fue ordenada por el Juzgado dentro del período de pruebas, lo cual no es suficiente para que la misma sea irrecurrible.

PRUEBA. Inapelabilidad de la providencia que ordena prueba.

La norma del artículo 251 del CPC, en concordancia con las contenidas en los artículos 253, segunda parte, y 266 del CPC, permiten –por vía de interpretación– la construcción de un nuevo enunciado procesal en virtud del cual deben conceptuarse inapelables (irrecurribles) las providencias que ordenan diligencias de prueba dentro del período de prueba, siempre y cuando tales diligencias hubiesen sido ofrecidas por las partes dentro de los plazos legales establecidos para las mismas; caso contrario, dichas providencias resultan recurribles ante la Alzada.

PRUEBA. Inapelabilidad de la providencia que ordena prueba.

Si las providencias que ordenan pruebas que han sido ofrecidas fuera del plazo legal son recurribles, con mayor razón son recurribles aquellas que ordenan pruebas que no han sido ofrecidas por la parte litigante.

PRUEBA. Ofrecimiento y producción de la prueba.

Las pruebas, por tanto, no pueden ofrecerse antes de que empiece a correr el período de pruebas y si así ocurriere, como es el caso de autos, dicho ofrecimiento debe ser juzgado como extemporáneo.

T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. 17/02/12. “Lidia Ladislaa Lovera Vda. De Iriberry c/ Ruth Margarita Mercedes Zárate Frutos s/ Cumplimiento de Contrato y otros”. (A. I. N° 34).

Asunción, 17 de febrero de 2012.

VISTOS: Los recursos de apelación y nulidad interpuestos contra la providencia de fecha 15 de marzo del 2011 (fs. 91, vlt.), dictada por S.S. la Sra. Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de la Capital del Quinto Turno, y;

CONSIDERANDO:

Por la providencia recurrida el Juzgado de Primera Instancia resolvió: “Del pedido de diligencia de pruebas, no ha lugar por extemporáneo de confor-

midad al art. 253 del C.P.C. Agréguese las instrumentales. Señálase la audiencia del día 25 del mes de marzo del año en curso, a las 8:00 horas, a objeto de que la Sra. Lidia Ladislaa Lovera Vda. de Iriberry comparezca ante este Juzgado a absolver posiciones, bajo apercibimiento de lo dispuesto en los arts. 282 y 302 del C.P.C. y a tenor del interrogatorio a ser presentado. Notifíquese por cédula”. Contra la citada resolución se alza la parte recurrente en los términos del escrito de fs. 98 de estos autos.

ANÁLISIS DE ADMISIBILIDAD DE LOS RECURSOS – OPINION DEL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER: Corresponde, antes que nada, que el Tribunal analice si los recursos han sido correctamente concedidos atendiendo a que la concesión de los mismos hace a una cuestión de orden público.

En tal sentido, se advierte que la providencia en alzada, en la parte que resuelve desestimar las pruebas que han sido objeto de ratificatoria por parte de la demandada, por extemporáneas, no agravia en modo alguno a la parte actora y recurrente. Como es sabido, los recursos solamente pueden ser interpuestos por aquellas partes que resultan agraviadas por las resoluciones judiciales. Si la resolución judicial objeto de recursos no ocasiona agravio o gravamen irreparable no puede ser objeto de recursos. Así como el interés es la medida de la acción, el agravio lo es de los recursos ante la Alzada. La providencia recurrida, en la parte que ha sido señalada precedentemente, no ocasiona agravios a la parte actora porque se limita a desestimar pruebas de la demandada, no pruebas ofrecidas por la accionante.

Respecto de esta parte de la providencia recurrida, por tanto, corresponde que los recursos sean declarados mal concedidos.

En cuanto al resto de la providencia, se resuelve, por una parte, la agregación de instrumentales y, por la otra, la fijación de día y hora de audiencia para que la parte actora comparezca ante el Juzgado a absolver posiciones a tenor del pliego a ser presentado en su oportunidad.

En principio, esta parte de la providencia recurrida aparece como irrecurrible por haberse ordenado la producción de una prueba dentro del período respectivo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 251 del CC que dice: “Será inapelable toda providencia que ordenare diligencia dentro del período respectivo”, es decir, dentro del período probatorio. Pero, esta norma procesal debe ser interpretada, no en forma aislada, sino en concordancia con las contenidas en los artículos 253, segunda parte, y 266 del CPC que establecen que las

pruebas deben ser ofrecidas por las partes dentro del plazo legal, vale decir, dentro del plazo de diez días del período, salvo lo dispuesto para la prueba instrumental (que debe ser ofrecida conjuntamente con los escritos de demanda y contestación, arts. 219 y 235, inc. “c”, del CPC) y para la prueba de absolución de posiciones (que debe ser ofrecida en el plazo de veinte días del período de pruebas, art. 277 del CPC). Si las pruebas, aunque fuesen ordenadas dentro del período probatorio, no han sido ofrecidas por las partes en el plazo legal, las providencias que disponen su diligenciamiento no pueden ser irrecurribles, sino recurribles ante el Tribunal de Alzada. Si así no fuese se caería en el absurdo de que una prueba que no ha sido ofrecida dentro del plazo legal establecido sería irrecurrible simplemente por la circunstancia de que fue ordenada por el Juzgado dentro del período de pruebas, lo cual no es suficiente para que la misma sea irrecurrible.

Es por ello por lo que la norma del artículo 251 del CPC, en concordancia con las contenidas en los artículos 253, segunda parte, y 266 del CPC, permiten –por vía de interpretación– la construcción de un nuevo enunciado procesal en virtud del cual deben conceptuarse inapelables (irrecurriles) las providencias que ordenan diligencias de prueba dentro del período de prueba, siempre y cuando tales diligencias hubiesen sido ofrecidas por las partes dentro de los plazos legales establecidos para las mismas; caso contrario, dichas providencias resultan recurribles ante la Alzada.

En la especie, y conforme se desprende de las constancias de autos, la parte demandada no ofreció pruebas una vez iniciado el período probatorio. Lo que surge del expediente es que la parte demandada, luego de haber transcurrido más de un mes del período probatorio, presentó a fs. 91 un escrito en el cual se presentó a ratificar (no a ofrecer) –dice– las pruebas ofrecidas sin que –se reitera– se haya formulado con anterioridad a la ratificación ningún ofrecimiento, razón por la cual la providencia que dispuso día y hora de audiencia para la absolución de la actora resulta decididamente recurrible. En efecto, si las providencias que ordenan pruebas que han sido ofrecidas fuera del plazo legal son recurribles, con mayor razón son recurribles aquellas que ordenan pruebas que no han sido ofrecidas por la parte litigante.

En consecuencia, por los fundamentos expresados, corresponde que el Tribunal declare mal concedidos los recursos interpuestos contra la providencia en alzada en cuanto la misma resuelve, en la primera parte, “Del pedido de

diligencia de prueba, no ha lugar por extemporáneo de conformidad al artículo 253 del CPC”, y en cuanto dispone la agregación de la prueba instrumental (esta última ofrecida oportunamente con el escrito de contestación), debiendo el Tribunal analizar los recursos en relación al resto de la providencia en grado de alzada, específicamente en cuanto fija día y hora de audiencia para la absolución de la parte actora.

OPINONES DE LOS MAGISTRADOS VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ Y DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS: Manifiestan que se adhieren a la opinión vertida por el Magistrado Dr. Marcos Riera Hunter, por compartir sus mismos fundamentos.

RECURSO DE NULIDAD – OPINIÓN DEL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER: La parte recurrente no fundamentó el recurso de nulidad, sino que, todo lo contrario, manifestó que los vicios que le agravian pueden ser reparados por la vía del recurso de apelación. Por lo demás, no se advierten en la providencia en alzada vicios de forma o procesales que impongan al Tribunal el deber de declarar la nulidad de oficio, razón por la cual corresponde que el recurso de nulidad sea declarado desierto.

OPINONES DE LOS MAGISTRADOS VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ Y DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS: Manifiestan que se adhieren a la opinión vertida por el Magistrado Dr. Marcos Riera Hunter, por compartir sus mismos fundamentos.

RECURSO DE APELACIÓN – OPINION DEL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER: Como se anotó expresamente al efectuarse el análisis de admisibilidad de los recursos, las pruebas deben ser ofrecidas por las partes litigantes en tiempo propio, es decir, dentro del plazo de diez días del período probatorio, salvo para la prueba instrumental y la prueba de absolución de posiciones. La primera debe ser ofrecida al tiempo de promoverse la demanda o la contestación, en su caso, y la segunda (prueba confesoria), en el plazo de veinte días del período probatorio respectivo. En el caso en estudio, se advierte que la parte demandada, luego de empezar a correr el período probatorio, no formuló ningún pedido de ofrecimiento de pruebas, y, por tanto, tampoco ofreció la prueba confesoria o absolución de la parte accionante. Si no existe un pedido formulado, mal podría el Juzgado ordenar el diligenciamiento de una prueba no ofrecida, como es el caso de la absolución de la actora.

La parte demandada (y recurrida en esta Instancia) manifiesta que la prueba confesoria ya había sido ofrecida oportunamente, al tiempo de contestar

la demanda y promover la reconvención. Sin embargo, tal criterio resulta completamente equivocado puesto que todas las pruebas, a excepción de la prueba instrumental, deben ser ofrecidas luego de empezar a correr el período de pruebas, en el plazo que determina la ley: diez días en general para todas las pruebas, y veinte días para la prueba de absolución de posiciones. Las pruebas, por tanto, NO PUEDEN OFRECERSE antes de que empiece a correr el período de pruebas y si así ocurriere, como es el caso de autos, dicho ofrecimiento debe ser juzgado como extemporáneo.

En otras palabras: tanto las pruebas que se ofrecen antes de que empiece a correr el período de pruebas, como las ofrecidas luego de transcurrir los plazos legales de ofrecimiento, resultan extemporáneas por igual. La parte demandada incurre, por tanto, en error cuando entiende que la prueba de absolución ha sido ofrecida en tiempo oportuno porque dicho ofrecimiento lo formuló al contestar la demanda y promover la reconvención. El ofrecimiento que formuló en esa etapa del proceso resulta extemporáneo porque, como se dijo, todavía no había empezado a correr el período de pruebas. Lo dispuesto en el artículo 266 del CPC es categórico al respecto: “Las medidas de pruebas deberán ser pedidas, ordenadas y practicadas dentro del plazo ...”. Tal disposición, por tanto, no ha sido cumplida por la parte demandada en tanto concierne a la prueba de absolución de posiciones de la actora. Por lo demás, tampoco surge que tal prueba haya sido dispuesta por el Juzgado de oficio en carácter de medida ordenatoria, de acuerdo con el art. 18 del CPC.

En consecuencia, por los fundamentos expresados, corresponde que el Tribunal revoque, con costas, la providencia recurrida en la parte que resuelve fijar día y hora de audiencia a fin de que la parte actora comparezca a absolver posiciones a tenor del pliego a ser presentado, por no hallarse la misma ajustada a Derecho.

OPINIONES DE LOS MAGISTRADOS VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ Y DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS: Manifiestan que se adhieren a la opinión vertida por el Magistrado Dr. Marcos Riera Hunter, por compartir sus mismos fundamentos.

POR TANTO, en mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA CAPITAL, PRIMERA SALA;

RESUELVE:

DECLARAR mal concedidos los recursos interpuestos contra la providen-

cia en alzada en cuanto resuelve “Del pedido de diligencia de pruebas, no ha lugar por extemporáneo de conformidad con el artículo 253 del CPC”, y en cuanto dispone: “Agréguese las instrumentales”.

DECLARAR desierto el recurso de nulidad.

REVOCAR, con costas, la providencia recurrida en cuanto resuelve fijar día y hora de audiencia a fin de que la parte actora comparezca a absolver posiciones a tenor del pliego a ser presentado.

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

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

Ante mí: Abog. María Teresa Cañete. Actuaría Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 39

EXCEPCIÓN DE PREVIO Y ESPECIAL PRONUNCIAMIENTO.

No caben dudas que al deducirse una excepción, como de previo y especial pronunciamiento, se habilita una nueva instancia, distinta e independiente a la principal. Asimismo, no existen controversias con respecto a la suspensión de la instancia principal, en tanto se encuentre activa la abierta en ocasión del planteo de las excepciones previas.

EXCEPCIÓN DE PREVIO Y ESPECIAL PRONUNCIAMIENTO.

Al no encontrarse firme la resolución por la que se resolvía la excepción previa, mal podría hablarse de la conclusión de la instancia abierta para resolverla.

CADUCIDAD DE LA INSTANCIA. Procedencia de la caducidad de instancia.

La consecuencia lógica de esta conclusión (falta de resolución firme de la excepción previa), es que la instancia principal seguía suspendida, lo que denota la absoluta imposibilidad de realizar actos de impulso procesal en la misma, con la consecuente inviabilidad de declararla caduca.

CADUCIDAD DE LA INSTANCIA. Procedencia de la caducidad de instancia. DEMANDA. Contestación de la demanda.

Desde el momento en que en el juicio se han interpuesto excepciones previas (la de cosa juzgada, y otra, además, de falta de acción) se interrumpe el plazo para contestar la demanda y, consiguientemente, se interrumpe el plazo de caducidad de la instancia principal hasta que tales excepciones de previo pronunciamiento sean definitivamente resueltas.

T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. 17/02/12. “Banco Alemán S.A. (En Liquidación) c/ Yolanda Ignacia Ramírez de Jiménez y otros s/ Acción Autónoma de Nulidad” (A. I. N° 39).

Asunción, 17 de febrero de 2012.

VISTOS: Los recursos de apelación y nulidad interpuestos por CÉSAR MANUEL ROYGARRIOLA, representante convencional del BANCO ALEMÁN S.A. (en liquidación), contra el A.I. N° 1721 de fecha 09 de octubre de 2007, dictado por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Octavo Turno de la capital, Secretaría N° 16, y;

CONSIDERANDO:

Con la resolución recurrida se resolvió: declarar la caducidad de la instancia en estos autos; imponer las costas a la actora; y ordenar el levantamiento de las medidas cautelares dispuestas en este juicio.

EN CUANTO AL RECURSO DE NULIDAD – OPINIÓN DE LA MAGISTRADA VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ: El recurso de nulidad no fue fundado por el recurrente; y como no se observan vicios en la forma y solemnidades en el auto-interlocutorio en estudio que ameriten la declaración de nulidad ex officio, corresponde declarar desierto este 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: A fojas 228/232 de autos se presentó el abogado CARMELO CARLOS DI MARTINO, quien interviene en este juicio representando al Banco Alemán S.A. (en liquidación) para expresar agravios contra el fallo en recurso. Al hacerlo sostuvo, en lo sustancial, que el A-

quo pasó por alto la solución pacífica sostenida por la doctrina y los fallos judiciales, con respecto a la consideración de que las excepciones previas caducan con independencia del proceso principal. Sostiene el apelante que al interponer una excepción previa, los demandados habilitaron una instancia particular, susceptible de caducar en forma separada de la instancia principal y en esa instancia abierta el impulso procesal era una carga para su parte.

Agrega que la instancia habilitada por la interposición de la excepción previa no finalizó, ya que si bien fue dictada una resolución difiriendo su estudio, la misma no quedó firme por su falta de notificación a todas las partes y por la interposición del recurso de apelación y nulidad, de ahí que considera que si transcurrieron seis meses, lo fue dentro de la instancia accesoria, vale decir, en la excepción previa. Reconoce que en el juicio han transcurrido más de seis meses, pero considera que lo ha sido dentro de la instancia habilitada por los demandados y, por consiguiente, el impulso procesal corresponde al excepcionante. Continúa con la transcripción de doctrina y jurisprudencia que avalarían su pretensión con esta argumentación solicita la revocación del fallo en revisión.

El abogado CARLOS DANIEL ALARCÓN A., representante convencional de YOLANDA IGNACIA RAMÍREZ DE GIMÉNEZ Y FÉLIX RAMÓN GIMÉNEZ MENDOZA, se presentó ante este Tribunal para contestar y controvertir los agravios expuestos por el recurrente, lo hizo en los términos del escrito glosado a fojas 233/236, diciendo, en lo sustancial, que la tesis del apelante no se condice con las constancias obrantes en autos, puesto que el mismo ha sido notificado de la resolución con la que se resolvió la excepción previa, por lo que debió impulsar la instancia principal a los efectos de evitar la caducidad del juicio. Señala el contestatario de este recurso que el actor debía solicitar la apertura de la causa a prueba, puesto que el estudio de la excepción previa planteada por el mismo fue diferida por el A-quo. Con estos argumentos se solicita la confirmación del auto-interlocutorio apelado.

Con el A.I. N° 391 de fecha 30 de junio de 2009, dictado por este Tribunal, se tuvo por decaído el dercho que tenían la abogada Laura Benítez Torres, el Grupo Velox S.A., Trade Commerce Bank, Gonzalo Arancibia, María Inés Ferrer, Juan Carlos Vaz y José Iraola, para contestar el traslado de los agravios presentados por el apelante.

Analizadas las constancias procesales, se observa que el A-quo declaró la

caducidad de la instancia principal por considerar cumplidos los requisitos exigidos por el artículo 172 del Código Procesal Civil.

El apelante, al disentir con el parecer del Juez, señala que mal podría declararse la caducidad de la instancia principal, puesto que se encontraba activa la instancia con respecto a la excepción previa de cosa juzgada, que fuera articulada por uno de los co-demandados en autos y no la principal.

Al respecto, no caben dudas de que al deducirse una excepción, como de previo y especial pronunciamiento, se habilita una nueva instancia, distinta e independiente a la principal. Asimismo, no existen controversias con respecto a la suspensión de la instancia principal, en tanto se encuentre activa la abierta en ocasión del planteo de las excepciones previas.

Tal es así que el artículo 223 del Código Procesal Civil, en su segundo párrafo, dispone: “La oposición de excepciones interrumpirá el plazo para contestar la demanda”. De lo que se infiere que en la etapa introductoria del juicio se abre un nuevo capítulo a los efectos de substanciar la excepción previa.

Esta solución se encuentra pacíficamente admitida por la doctrina y la jurisprudencia.

Pues bien, en estas condiciones, resulta incontestable que podría producirse la caducidad de la instancia en la cual se substanciar la excepción previa, sin que los efectos de esta pretensión trasciendan a la instancia principal, la que, como quedó visto, queda suspendida hasta el cierre de aquella.

En rigor, este razonamiento no fue criticado por el contestatario de este recurso, quien arguyó que la instancia abierta en ocasión de la articulación de la excepción de cosa juzgada, como de previo y especial pronunciamiento, concluyó con la resolución dictada, recalando, en consecuencia, la carga del impulso procesal en el actor.

Es decir, la tesis postulada refiere que la instancia del juicio principal se reactivó por el agotamiento de la instancia abierta para tramitar la excepción previa.

Siendo así, la solución a la controversia gravita en torno a las consideraciones con respecto al cierre de la instancia de la excepción previa.

Al respecto, el A-quo resolvió diferir el estudio de la excepción de la cosa juzgada para el momento de dictarse sentencia de mérito. Esta decisión, inicialmente, no fue consentida por el excepcionante, quien interpuso los recursos de apelación y nulidad (vide fojas 192 y 194 del autos).

Estando pendiente la concesión de los recursos, estado de dependencia generada por la falta de notificación a todas las partes de la resolución impugnada y transcurrido los seis meses, el excepcionante se presentó a solicitar la caducidad de la instancia, lo que motivó el dictado del auto en revisión.

En estas condiciones, al no encontrarse firme la resolución por la que se resolvía la excepción previa, mal podría hablarse de la conclusión de la instancia abierta para resolverla.

La consecuencia lógica de esta conclusión, es que la instancia principal seguía suspendida, lo que denota la absoluta imposibilidad de realizar actos de impulso procesal en la misma, con la consecuente inviabilidad de declararla caduca.

Si bien es cierto que el excepcionante desistió, posteriormente, de los recursos de apelación y nulidad, no es menos cierto que este acto se produjo con posterioridad a la suspensión del proceso por la declaración de la caducidad de la instancia principal, consideración que denota la intrascendencia de este acto para dar un giro a las conclusiones precedentes.

En suma, por las razones expuestas, no cabe más que concluir que la instancia caduca fue la recursiva, activada por el excepcionante a propósito del dictado del A.I. N° 151 de fecha 13 de febrero de 2007, y no la principal. Sin embargo, la declaración de caducidad de la misma carece de toda importancia, puesto que el otrora apelante desistió de los recursos interpuestos.

Por tanto, por las consideraciones expuestas, no cabe más que concluir que el fallo en revisión debe ser revocado, quedando, en consecuencia, sin efecto lo resuelto en el mismo, debiendo seguir su curso la instancia principal. Dado que se ha debido realizar una tarea de investigación y armonización de las disposiciones a los argumentos esgrimidos por las partes, corresponde imponer las costas en el orden causado.

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: De las constancias de autos surge que la parte actora promovió acción autónoma de nulidad contra una diversidad de demandados (litisconsorcio pasiva). Una de las partes demandadas opuso, en tiempo y forma, la excepción de cosa juzgada, defensa que fue tramitada normalmente hasta que el juzgado dictó la resolu-

ción correspondiente por la cual resolvió diferir la excepción por entender que no podía resolverla como previa sin analizar la cuestión de fondo, tendiente a la tramitación. El referido interlocutorio fue objeto de recursos por parte del excepcionante, los cuales, empero, no llegaron nunca a ser otorgados por el Juzgado de Primera Instancia, solicitando dicha parte demandada y excepcionante la caducidad de la instancia por considerar que había transcurrido el plazo legal correspondiente legislado en el artículo 172 del CPC. Finalmente, el Juzgado dictó el auto que hoy se encuentra en grado de alzada, por el cual se resolvió declarar la caducidad de la instancia, con costas a la parte actora.

La decisión pronunciada por el Juez A-quo es clara y decididamente errónea. Desde el momento en que en el juicio se han interpuesto excepciones previas (la de cosa juzgada, y otra, además, de falta de acción) se interrumpe el plazo para contestar la demanda y, consiguientemente, se interrumpe el plazo de caducidad de la instancia principal hasta que tales excepciones de previo pronunciamiento sean definitivamente resueltas. En la especie, el auto interlocutorio que resolvió diferir la excepción de cosa juzgada (en rigor el Juez debió haber resuelto admitir o rechazar la defensa, no existe en el derecho la posibilidad de diferir la decisión que corresponde a una excepción previa) fue objeto de recursos por parte del excepcionante luego de haber solicitado por vía incidental la caducidad de la instancia, lo que significa que –en rigor– el pedido de caducidad se promovió antes de que el auto anteriormente referido quede firme y puede reiniciar el transcurso del plazo de caducidad de la instancia principal, interrumpida con motivo de las excepciones previas articuladas por varios demandados, en particular por quien opuso la excepción de cosa juzgada. Claramente se advierte, por tanto, que nunca pudo caducar la instancia principal simplemente porque nunca pudo correr el plazo de caducidad de la misma.

La resolución del Juzgado de Primera Instancia resulta, por ende, equivocada, razón por la cual corresponde que el Tribunal revoque, con costas, el auto apelado (que declara la caducidad de la instancia principal) por no hallarse el mismo ajustado a Derecho.

POR TANTO, en mérito a las consideraciones que anteceden, EL TRIBUNAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA CAPITAL, PRIMERA SALA;

RESUELVE:

- 1) DECLARAR DESIERTO en recurso de nulidad.

2) REVOCAR el A.I. N° 1.721 de fecha 09 de octubre de 2007, dictado por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Octavo Turno de la Capital, Secretaría N° 16, por los argumentos y con los alcances expuestos en el considerando de esta resolución.

3) IMPONER las costas en el orden causado.

4) ANOTAR, registrar y remitir copia a la corte Suprema de Justicia.

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

Ante mí: Abog. María Teresa Cañete. Actuaría Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 102

Cuestión debatida: *Del análisis de las constancias procesales se infiere que la controversia se resume en una disparidad de criterios técnicos, con respecto a la forma y dimensiones de la heredad usucapida por la recurrente. Las posiciones irreconciliables se traducen en una negación consolidada de la Dirección General de los Registros Públicos para inscribir una sentencia definitiva, mediante al cual se modifica un derecho real.*

MAGISTRADO. DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS.

La falta de profesionalidad y conocimientos técnicos en la materia, en mayor medida, se extiende a los Magistrados Judiciales. Sin dudas, los funcionarios del Registro Público, cuanto menos, dada la naturaleza de sus funciones, tienen un conocimiento más acabado que el de un Juez para opinar con respecto a las dimensiones y forma de una propiedad. Por esta razón, el análisis de los antecedentes del derecho real en cuestión, la confrontación de los sucesivos desmembramientos por las ventas realizadas, y la determinación, en definitiva, de las dimensiones del inmueble es un menester que, responsablemente, no puede ser realizado por un Magistrado, puesto que para ello se requieren conocimientos técnicos muy específicos.

USUCAPIÓN. DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS.

La única forma de sortear el obstáculo advertido por los Registros Públicos, para inscribir los derechos del usucapiente, es mediante la realización de

una mensura judicial, puesto que, mediante ese trámite, se podría ordenar la adecuación del título a sus reales dimensiones.

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS.

No cabe más que confirmar la resolución recurrida, puesto que la negatoria revisada no está fundada en una oposición caprichosa, sino en la constatación de una imposibilidad real de inscribir el derecho del recurrente, el que no fue desconocido en ninguna instancia.

MAGISTRADO. Facultades del magistrado.

Es facultad de los Jueces y Tribunales disponer por vía ordenatorias la realización de una serie de diligencias heterogéneas destinadas al mejor esclarecimiento del derecho de las partes para, sobre la base o resultado de tales medidas ordenatorias, proceder al dictamiento de la sentencia o resolución pertinente. (Voto por su propio fundamento del Dr. Marcos Riera Hunter).

T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. 21/03/12. “Nota Negativa de los Registros Públicos, abogado Ignacio M. Jiménez” (A. I. N° 102).

Asunción, 21 de marzo de 2012.

VISTOS: Los recurso de apelación y nulidad interpuestos por el abogado IGNACIO MANUEL JIMÉNEZ ANDRASCHKO, contra la R.N.N. N° 127/2005, dictada el 08 de septiembre de 2005, emanada de la Dirección General de los Registros Públicos; y

CONSIDERANDO:

Que, con la resolución impugnada se resolvió: “DENEGAR, la inscripción del oficio judicial dictado en los autos “Ignacio Manuel Jiménez c/ Elsa Andrschko Kolf y sucesión de Emerich Andrschko s/ Usucapión” hasta tanto se aclare o se individualice el inmueble del cual procede la superficie usucapida y que resulta de las operaciones practicadas por el profesional técnico, en ocasión del proceso judicial y todo ello conforme a lo expuesto en el exordio de la presente resolución. NOTIFÍQUESE al recurrente y a la Sección Séptima de Inmuebles”.

EN CUANTO AL RECURSO DE NULIDAD – OPINIÓN DE LA MAGISTRADA VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ: De la lectura de la extensa fundamentación de este recurso, se puede advertir que todas las críticas vertidas por el recurrente guardan relación con los criterios o conclusiones expuestos por la

Directora General de la Dirección General de los Registros Públicos en la resolución impugnada.

Siendo así, las mismas deberán ser consideradas al estudiarse el recurso de apelación, también interpuesto, dado que la materia de análisis del recurso de nulidad es aquella vinculada con errores in procedendo, que no fueron señalados por el impugnante.

Además, no resulta ocioso mencionar que no se expuso, de manera específica, el interés en la declaración de nulidad pretendida, lo que consolida la decisión de declarar desierto este recurso, para pasarse al análisis de la justicia de lo resuelto.

Finalmente, como del estudio de la resolución impugnada no se advierten vicios en la forma y solemnidades exigidas para el actor, que ameriten la declaración de nulidad de oficio, no cabe más que declarar desierto este recurso.

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.

EN CUANTO AL RECURSO DE APELACIÓN – OPINION DE LA MAGISTRADA VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ: El abogado IGNACION MANUEL JIMÉNEZ ANDRASCHKO, en causa propia, fundó el recurso de apelación explicando, explyada y claramente, las razones técnicas que denotan el error en la decisión asumida por la Directora General de la Dirección General de los Registros Públicos. En lo sustancial, dice el apelante, que, a la postre, la Directora se negó a inscribir una decisión asumida en sentencia definitiva, sin tener razones para ello. Agrega, que el análisis técnico de las dimensiones de la propiedad es una tarea exclusiva y excluyente de personas técnicas, por lo que mal podría emitirse un parecer técnico estando ayuno de los conocimientos en la materia. Por lo demás, el recurrente señala, que las conclusiones técnicas sostenidas en la resolución apelada no se encuentran respaldadas; y que la Directora General desconoció, orondamente, las conclusiones del ingeniero civil Justo A. Medina, que fueron presentadas por su parte. Con estos argumentos solicita la revocación de la resolución apelada.

La Directora General de los Registros Públicos, abogada y notaria publica LOURDES E. GONZÁLEZ PEREIRA, contestó los agravios expuestos por el recurrente señalando que se ratifica en la posición asumida en la resolución apelada. Asimismo, refirió que a los efectos de aclarar la situación planteada se

solicitó la intervención de un perito técnico, quien elaboró un plano e informe pericial, basado en las medidas y linderos de las inscripciones registrales, en este informe se denota que el inmueble cuenta con seis lados, y no cuatro como lo sostiene el apelante. La contestataria de este recurso sostiene que quizá esta observación explica la diferencia en la extensión del inmueble en cuestión. Por lo demás, se formulan referencias en torno al estudio de los antecedentes del título y se solicita la confirmación de la resolución apelada.

Del análisis de las constancias procesales se infiere que la controversia se resume en una disparidad de criterios técnicos, con respecto a la forma y dimensiones de la heredad usucapida por la recurrente.

Ambas posiciones se muestran absolutamente irreconciliables y se respaldan en opiniones técnicas.

Si bien es cierto que, al principio, el criterio sostenido por las autoridades de la Dirección General de los Registros Públicos era una opinión no técnica, como lo señaló el recurrente; no es menos cierto que la negatoria de la inscripción, posteriormente, fue consultada con un profesional técnico, quien consolidó la posición asumida en la resolución in examine.

Las posiciones irreconciliables se traducen en una negación consolidada de la Dirección General de los Registros Públicos para inscribir una sentencia definitiva, mediante al cual se modifica un derecho real.

Sin embargo, tanto en la resolución impugnada como en la contestación de este recurso, se aclaró, suficientemente, que la negatoria no importa un desconocimiento del derecho del recurrente; sino una requisitoria de trámites a los efectos de conciliar las diferencias observadas.

Con este breve recuento de los aspectos generales de la cuestión planteada, cómodamente, se puede concluir que la controversia se resume en la procedencia de la admisión de una de las dos opiniones técnicas, cuyas conclusiones, como se refirió, resultan diametralmente opuestas.

Esto es así, puesto que no existe una negación arbitraria de la Dirección General de los Registros Públicos para inscribir lo resuelto por un Juez, como lo sostuvo el apelante, sino un impedimento insuperable para cumplir con la orden judicial.

Tampoco resultan admisibles las críticas referentes a la falta de respaldo documental de los criterios asumidos por la Dirección General, puesto que al poco que se analizan las actuaciones rendidas en autos se advierte que, efecti-

vamente, se realizó un estudio de los antecedentes dominiales con las sucesivas ventas y desmembramientos que afectaron a la propiedad.

Pues bien, así planteadas las cosas, surge el primer obstáculo para admitir la tesis del apelante.

En efecto, el mismo criticó, extensamente, la falta de idoneidad de los funcionarios del Registro Público para emitir una opinión técnica con respecto a la forma y dimensiones de la heredad en cuestión.

La falta de profesionalidad y conocimientos técnicos en la materia, en mayor medida, se extiende a los magistrados judiciales. Sin dudas, los funcionarios del Registro Público, cuanto menos, dada la naturaleza de sus funciones, tienen un conocimiento más acabado que el de un Juez para opinar con respecto a las dimensiones y forma de una propiedad.

Por esta razón, el análisis de los antecedentes del derecho real en cuestión, la confrontación de los sucesivos desmembramientos por las ventas realizadas, y la determinación, en definitiva, de las dimensiones del inmueble es un menester que, responsablemente, no puede ser realizado por un Magistrado, puesto que para ello se requieren conocimientos técnicos muy específicos.

Nótese que para admitir este recurso se deben analizar todos los antecedentes dominiales, verificar las posiciones georeferenciados, determinar si el inmueble posee seis lados, o solo cuatro, estudiar los correspondientes asientos registrales, y, finalmente, determinar la dimensión de la heredad. La sola mención de la tarea exigida a esta Magistratura denota la necesidad de un proceso, con asistencia técnica.

Siendo así, mal podría admitirse una de las opiniones técnicas presentadas ante este Tribunal, en detrimento de la otra, puesto que ninguna de ellas fue practicada en el marco de un proceso.

En efecto, las dos opiniones técnicas antagónicas no fueron autorizadas, ni controladas en el marco de un proceso. La única diferencia que se apunta entre las mismas radica en que la presentada por la recurrente fue practicada, aparentemente, mediante una constitución in loco en el inmueble; en tanto que la arrojada por la Directora General se basó en las constancias obrantes en los Registros Públicos.

Todo este dossier de consideraciones permite concluir que la única forma de sortear el obstáculo advertido por los Registros Públicos para inscribir los derechos del usucapiente, es mediante la realización de una mensura judicial,

puesto que, mediante ese trámite, se podría ordenar la adecuación del título a sus reales dimensiones.

Por las razones expuestas, no cabe más que confirmar la resolución recurrida, puesto que la negatoria revisada no está fundada en una oposición caprichosa, sino en la constatación de una imposibilidad real de inscribir el derecho del recurrente, el que no fue desconocido en ninguna instancia. En cuanto a las costas, dada la evidente complejidad de la cuestión propuesta a control y la razonabilidad en la interposición de los recursos interpuestos, las mismas deberán ser soportadas en el orden causado.

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: Esta Magistratura comparte por completo lo sostenido por la Magistrada preopinante en el sentido de que “la única forma de sortear el obstáculo advertido por los Registros públicos, para inscribir el derecho del usucapiente, es mediante la realización de una mensura judicial, puesto que, mediante ese trámite, se podría ordenar la adecuación del título a sus reales dimensiones».

Ahora bien, tal temperamento no implica, al menos no necesariamente, que el Tribunal debe resolver la confirmación de la resolución administrativa que hoy se encuentra en grado de alzada, por cuanto que, a los efectos del dictamiento de una resolución justa, perfectamente puede disponerse, por la vías de una medida ordenatoria, la realización una pericia de medida, con el fundamento legal que previene el art. 18 del Código Procesal Civil. En efecto, es facultad de los Jueces y Tribunales disponer por vía ordenatoria la realización de una serie de diligencias heterogéneas destinadas al mejor esclarecimiento del derecho de las partes para, sobre la base o resultado de tales medidas ordenatorias, proceder al dictamiento de la sentencia o resolución pertinente. En la especie, se estiman que concurren los presupuestos fácticos que abona el criterio de dictar, previamente a la resolución que el Derecho corresponda, una medida ordenatoria a fin de proceder a la ejecución de una medida ordenatoria consistente en la mensura del predio a fin de esclarecer los aspectos técnicos que obstaculizan, de momento, la inscripción del título en la Dirección General de Registros Públicos. Tal medida permitirá, por una parte, obviar la necesidad de un juicio de mensura que al final de cuentas aportaría exactamente el mismo

resultado pretendido y, por otra parte, como consecuencia de lo señalado, evitar dilaciones en la definición del derecho del recurrente.

En consecuencia, esta Magistratura estima que, conforme los fundamentos expresados, corresponde que, antes de dictar resolución en la presente causa, se disponga por la vía de las medidas ordenatorias legisladas en el art. 18 del CPC la realización de una pericia de mensura a fin de determinar con precisión los aspectos técnicos relacionados con el derechos del recurrente.

POR TANTO, en mérito de las consideraciones que anteceden, el TRIBUNAL DE APELACIÓN EN L CIVIL Y COMERCIAL PRIMERA SALA DE LA CAPITAL;

RESUELVE:

- 1) DECLARAR desierto el recurso de nulidad.
- 2) CONFIRMAR la R.N.N. N° 127/2005, datada el 08 de septiembre de 2005, emanada de la Dirección General de los Registros Públicos, por los argumentos y con los alcances expuestos en el exordio de esta resolución.
- 3) IMPONER las costas en el orden causado.
- 4) ANOTAR, registrar y remitir copia a la Corte Suprema de Justicia.

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

Ante mí: Abog. Ezequiel Gill. Actuario Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 197

NOTIFICACIÓN. Domicilio para notificar. DEMANDA. Traslado de la demanda

En cuanto la cuestión se relaciona con el lugar o domicilio en el cual deben cursarse las cédulas de notificaciones que comunican el traslado de las demandas, es harto sabido que dichos instrumentos notificadorios deben ser diligenciados en el domicilio real (y actual) del demandado o accionado. Así lo establece claramente el artículo 215, inc. "b" del CPC.

NOTIFICACIÓN. Domicilio para notificar. DOMICILIO. Domicilio especial.

La obligación de notificar las demandas en el domicilio real de los accionados cede cuando las partes litigantes han constituido un domicilio especial, en

el cual –precisamente por ello se denomina domicilio especial– deben diligenciarse las notificaciones judiciales, todo ello conforme lo dispone el artículo 62 del Código Civil, que no está derogado implícitamente por el Código Procesal Civil por la sencilla razón de que las respectivas disposiciones contenidas en el Código de Forma y en el Código de Fondo no regulan la misma figura, sino materias jurídicas diferentes.

NOTIFICACIÓN. Domicilio para notificar. DOMICILIO. Domicilio especial.

Existiendo un domicilio especial, que es lo mismo que decir domicilio contractual, es en este domicilio en el cual deben diligenciarse las notificaciones relacionadas con la materia que ha sido objeto de contrato entre las partes. Caso contrario no tendría sentido la existencia de un domicilio especial o contractual.

NOTIFICACIÓN. Domicilio para notificar. DOMICILIO. Domicilio especial.

No puede existir diferencia en cuanto a los efectos del domicilio contractual, simplemente por el hecho de que en un caso se encuentre establecido en un instrumento público, y en otro en un documento privado no reconocido. El principio de la autonomía de la voluntad no permite, en modo alguno, efectuar esta distinción.

NOTIFICACIÓN. Domicilio para notificar. DOMICILIO. Domicilio especial. JUICIO EJECUTIVO.

Tratándose de demandas ejecutivas, el criterio que se sostiene no tiene por qué ser modificado por cuanto que si el domicilio especial en el cual deben cursarse las notificaciones para reconocimiento de firmas se asentaren en instrumentos no auténticos, inválidos, o si el procedimiento de preparación fuese de cualquier modo irregular, el deudor ejecutado tiene la posibilidad de oponer en la estación procesal pertinente las excepciones o defensas que correspondan a sus derechos, sea la excepción de nulidad de la ejecución, la de inhabilidad de título, la de falsedad por adulteración o falsificación del instrumento que sirve de base a la ejecución, etc.

JUICIO EJECUTIVO. EXCEPCIÓN.

No debe olvidarse que el momento procesal oportuno para que el ejecutado ejerza su defensa es en el periodo que se abre luego de ser citado para oponer excepciones contra la ejecución, si las tuviere.

NOTIFICACIÓN. Domicilio para notificar. DOMICILIO. Domicilio especial. JUICIO EJECUTIVO.

El domicilio especial es un domicilio contractual, fruto del libre consentimiento de las partes que suscriben el documento o contrato y debe ser tenido como tal solamente cuando dicho domicilio se desprende claramente de una cláusula inserta en el contrato respectivo. Si no existe cláusula contractual, no existe domicilio especial que valga, salvo que del contexto general del contrato surja incuestionablemente la voluntad de las partes contratantes en dicho sentido.

NOTIFICACION. Domicilio para notificar. JUICIO EJECUTIVO. PAGARÉ.

La ausencia de cláusula contractual y constancia de un domicilio asentado debajo de las firmas de los libradores de los pagarés conducen a concluir que los documentos que sirven de título para esta ejecución (pagarés) no contienen ningún domicilio especial o contractual lo que implica, consiguientemente, que las notificaciones debieron ser cursadas a la parte demandada en su domicilio real.

T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. 16/04/12. “Esso Standard Paraguay S.R.L. c/ Unión Service S.R.L. s/ Acción Preparatoria de Juicio Ejecutivo” (A. I. N° 197).

Asunción, 16 de abril de 2012.

VISTOS: Los recursos de apelación y nulidad interpuestos contra el A.I. N° 1.554 de fecha 03 de noviembre de .009, dictado por S.S. la Sra. Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Primer Turno de la Capital, y;

CONSIDERANDO:

Por el auto recurrido el Juzgado resolvió: *“HACER LUGAR parcialmente al incidente de nulidad de actuaciones deducido por el Abg. Edgar Báez Recalde, en representación de la firma UNIONSERVICE S.R.L., conforme a los términos expuestos en el exordio de la presente resolución; y, en consecuencia, retrotraer el presente juicio hasta la citación a oponer excepciones; COSTAS en el orden causado; ANOTAR, registrar...”*. Contra la citada resolución se alza la parte recurrente en los términos del escrito de fs. 215/218.

RECURSO DE NULIDAD – OPINIÓN DEL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER: La parte recurrente no ha fundado el recurso de nuli-

dad, sino únicamente el de apelación, razón por la cual 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 declarado desierto.

OPINIONES DE LOS MAGISTRADOS DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS Y VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ: Manifiestan que se adhieren a la opinión vertida por el Magistrado Dr. Marcos Riera Hunter, por compartir sus mismos fundamentos.

RECURSO DE APELACIÓN – OPINIÓN DEL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER: La cuestión sometida a decisión de este Colegiado Jurisdiccional se circunscribe a determinar si el incidente de nulidad promovido por la parte demandada a fs. 70 de autos es procedente o no. La incidencia – básicamente– ha sido fundada en el entendimiento de que las notificaciones diligenciadas (de reconocimiento de firma, de iniciación del juicio ejecutivo y de citación para oponer excepciones) no han sido cursadas al domicilio real, sino a un supuesto domicilio especial que en realidad no es tal porque los pagarés son documentos privados y, además, no forman parte o no integran la escritura pública de otorgamiento de línea de crédito presentada en autos.

En primer término, y en cuanto la cuestión se relaciona con el lugar o domicilio en el cual deben cursarse las cédulas de notificaciones que comunican el traslado de las demandas, es harto sabido que dichos instrumentos notificados deben ser diligenciados en el domicilio real (y actual) del demandado o accionado. Así lo establece claramente el artículo 215, inc. “b” del CPC. Ahora bien, la obligación de notificar las demandas en el domicilio real de los accionados cede cuando las partes litigantes han constituido un domicilio especial, en el cual –precisamente por ello se denomina domicilio especial– deben diligenciarse las notificaciones judiciales, todo ello conforme lo dispone el artículo 62 del Código Civil, que no está derogado implícitamente por el Código Procesal Civil por la sencilla razón de que las respectivas disposiciones contenidas en el Código de Forma y en el Código de Fondo no regulan la misma figura, sino materias jurídicas diferentes. Existiendo, por tanto, un domicilio especial, que es lo mismo que decir domicilio contractual, es en este domicilio en el cual deben diligenciarse las notificaciones relacionadas con la materia que ha sido objeto de contrato entre las partes. Caso contrario no tendría sentido la existencia de un domicilio especial o contractual.

Tal criterio se mantiene independientemente de que el mentado domicilio especial o contractual haya sido establecido en instrumento público o privado. Esta Magistratura no comparte ni acompaña la doctrina ni la jurisprudencia que sostiene que las notificaciones que corren traslado de una demanda no pueden diligenciarse en el domicilio especial cuando el mismo se encuentra asentado en un documento privado que todavía no ha sido reconocido. No puede existir diferencia, en cuanto a los efectos del domicilio contractual, simplemente por el hecho de que en un caso se encuentre establecido en un instrumento público, y en otro en un documento privado no reconocido. El principio de la autonomía de la voluntad no permite, en modo alguno, efectuar esta distinción.

Por otra parte, debe destacarse muy especialmente que la doctrina y la jurisprudencia que niega validez al domicilio contractual establecido en un instrumento privado no reconocido pasa por alto que, tratándose de demandas no ejecutivas, es de aplicación el artículo 307 del CPC en virtud del cual aquellos documentos privados que son atribuidos por una de las partes a la otra se tienen por auténticos, salvo impugnación y prueba en contrario. Por lo demás, tratándose de demandas ejecutivas, el criterio que se sostiene no tiene por qué ser modificado por cuanto que si el domicilio especial en el cual deben cursarse las notificaciones para reconocimiento de firmas se asentaren en instrumentos no auténticos, inválidos, o si el procedimiento de preparación fuese de cualquier modo irregular, el deudor ejecutado tiene la posibilidad de oponer en la estación procesal pertinente las excepciones o defensas que correspondan a sus derechos, sea la excepción de nulidad de la ejecución, la de inhabilidad de título, la de falsedad por adulteración o falsificación del instrumento que sirve de base a la ejecución, etc. No debe olvidarse que el momento procesal oportuno para que el ejecutado ejerza su defensa es en el periodo que se abre luego de ser citado para oponer excepciones contra la ejecución, si las tuviere.

Es por ello por lo que, como consecuencia de los argumentos expresados precedentemente, resulta forzoso concluir que si en el documento que sirve de base a la pretensión (ejecutiva o no) se encuentra establecido un domicilio especial o contractual, pues es allí en donde deben ser diligenciadas las cédulas de notificaciones iniciales, independientemente –como se dijo– de que dicho instrumento fuese público o privado.

El argumento de que la validez que se otorga al domicilio especial establecido en documentos privados todavía no reconocidos puede ocasionar fraudes

procesales, que se pueden evitar exigiendo que los domicilios especiales consten en instrumentos públicos, no tiene fundamento serio, por dos razones: 1) Primero, porque, como se dijo, la parte que se considere afectada en sus derechos a causa de una irregularidad derivada de la aplicación del domicilio especial establecido en un documento privado inicialmente no reconocido tiene los mecanismos legales para impugnar el vicio que eventualmente se configurase en el proceso; 2) Segundo, porque las personas que constituyen domicilios especiales en documentos privados, de acuerdo con lo establecido en el artículo 62 del C.C., no pueden ni deben ser tratadas paternalmente por la Magistratura como si fuesen infantes inconcientes de la responsabilidad que importa la suscripción de tales documentos y de sus consiguientes efectos conforme con el Derecho. Si una persona tiene la capacidad para celebrar contratos, otorgar hipotecas, solicitar y obtener préstamos, sin que por tales actos sea tratada de la manera antes indicada, pues entonces también puede constituir domicilios especiales en los contratos privados que suscriba con la misma autonomía y sin que se niegue a la cláusula contractual respectiva la validez que se reconoce –al menos inicialmente– a las demás cláusulas del contrato, sin perjuicio de la eventual y posterior impugnación y prueba en contrario.

Un criterio distinto no solamente tendría el efecto de marginar –gratuita e ilegalmente– la aplicación de una norma legal vigente (art. 62, C.C.) que no hace distinciones entre domicilios especiales constituidos en instrumentos privados o instrumentos públicos, sino que, además, introduciría tácitamente el “principio” de tener que negar validez y eficacia iniciales a todos los contratos perfeccionados en documentos privados, subvirtiéndose de esta manera la legislación en materia contractual.

En el caso particular y concreto, del estudio de las constancias de los autos surge que la parte actora o ejecutante ha presentado una diversidad de documentos con el escrito inicial de preparación de la acción ejecutiva, entre ellos la escritura pública N° 423 del 19 de diciembre del 2001 (en la cual la firma Unión Service S.R.L. constituyó un domicilio especial o contractual) y también pagarés. Pero, resulta que lo que se ejecuta en el presente juicio ejecutivo no es la escritura N° 423/2001, sino los pagarés atribuidos a la demandada agregados a fs. 32/43 (que no aparecen como vinculados a la escritura pública), y en estos pagarés no se asienta ningún domicilio especial o contractual que autorice a la parte actora a impulsar el diligenciamiento de las cédulas de notificaciones (al menos la primera de ellas) en dicho domicilio.

Es verdad que en los pagarés figura al pie el mismo domicilio referido en la escritura pública 423/2.001, pero dicha anotación o constancia no llega a constituir una cláusula contractual por la cual se haya establecido domicilio especial en dicho lugar. El domicilio especial, hay que reiterarlo, es un domicilio contractual, fruto del libre consentimiento de las partes que suscriben el documento o contrato y debe ser tenido como tal solamente cuando dicho domicilio se desprende claramente de una cláusula inserta en el contrato respectivo. Si no existe cláusula contractual, no existe domicilio especial que valga, salvo que del contexto general del contrato surja incuestionablemente la voluntad de las partes contratantes en dicho sentido. Por otra parte, en el caso de los pagarés presentados por el ejecutante, el domicilio que figura al pie de tales documentos – además de no hallarse contenido en ninguna cláusula contractual– se ha hecho constar debajo de las firmas de quienes han suscripto los pagarés presentados como base de la presente ejecución. Estas dos circunstancias –ausencia de cláusula contractual y constancia de un domicilio asentado debajo de las firmas de los libradores de los pagarés– conducen a concluir que los documentos que sirven de título para esta ejecución (pagarés) no contienen ningún domicilio especial o contractual, lo que implica, consiguientemente, que las notificaciones debieron ser cursadas a la parte demandada en su domicilio real.

La sola constatación de que las cédulas de notificaciones de fs. 48, 54 y 62 (que notificaron la audiencia para reconocimiento de firmas, la iniciación del juicio ejecutivo y la providencia de citación de remate) han sido diligenciadas no en el domicilio real denunciado por la parte demandada e incidentista, sino en un supuesto domicilio especial (inexistente), evidencia el vicio de procedimiento configurado en este proceso, con el agravante de que en la primera cédula de notificación (fs. 48) se ha omitido la correspondiente cédula de aviso.

No existen dudas, por tanto, de que en la especie concurre el primero de los requisitos básicos para la procedencia del incidente de nulidad de actuaciones, es decir, el vicio de procedimiento. Asimismo, además de este requisito básico y esencial, concurre también el segundo requisito para la admisión de incidencias de esta naturaleza, a saber el daño o perjuicio irreparable por cuanto que la parte demandada e incidentista ha señalado clara y expresamente que por causa de la nulidad se le ha privado de la oportunidad de oponer en el período que se abre con la citación de remate la excepción de prescripción, de acuerdo con el artículo 661, inc. “c”, del C.C.

Ahora bien: en cuanto al alcance de la pretensión incidental debe hacerse una clara distinción: si el incidentista hubiera señalado como daño o perjuicio a los derechos de su parte la privación de la oportunidad para oponer, además de la excepción de prescripción, otras excepciones, concretamente la excepción de nulidad a fin de poder desconocer las firmas atribuidas a la parte demandada, entonces el incidente promovido hubiera tenido que ser acogido en su integralidad, desde la cédula de notificación de fs. 48 en adelante. Pero, en la especie, debe compartirse con la Magistrada de grado inferior que la incidencia no puede admitirse hasta el punto de retrotraer las actuaciones del proceso desde la foja 48 en adelante por cuanto que la parte demandada e incidentista, al fundamentar la incidencia, manifestó específicamente que el daño que le había ocasionado la irregularidad o vicio procesal consistía en que se le había privado solamente del derecho y de la oportunidad de oponer la excepción de prescripción, no aludiendo a ninguna otra defensa que pudiera justificar una admisión integral del incidente. Tampoco cuestionó las firmas que figuran al pie de los pagarés objeto de ejecución, ni afirmó que dichas firmas o el cuerpo de tales documentos estuviesen adulterados, total o parcialmente. Si el agravio que ha sufrido el incidentista, según sus propias expresiones, se ha limitado a la privación de la excepción de prescripción, entonces no tiene sentido ni finalidad práctica retrotraer las actuaciones del proceso a fs. 48. Declarar una nulidad procesal de mayor alcance que la que ha sido solicitada por la parte incidentista no se compadece con el principio de congruencia por el cual la Magistratura debe otorgar o denegar solamente lo que ha sido objeto de petición, sin conceder más de lo que se pidió, o lo que no se pidió.

Es verdad, como lo dice el apelante en esta Alzada, que en el momento de promover el incidente de nulidad de actuaciones ha formulado una reserva relacionada con la excepción que dice que podía oponer. Pero, del escrito incidental resulta muy claro que la reserva aludida se limitaba única y exclusivamente a ampliar los fundamentos relacionados con la excepción de prescripción, y no con ninguna otra defensa. A fs. 72 de autos la parte incidentista dijo (al aludir a la excepción de prescripción): “reservándome el derecho a ampliar ESTA EXCEPCIÓN cuando se retrotraiga el procedimiento y SEA CITADO DE REMATE Y PUEDA FUNDAMENTAR CON MAYOR AMPLITUD LA MISMA” (las mayúsculas son de esta Magistratura). No hay dudas, por ende, que la intención clara y asertiva de la parte incidentista es lograr la declaración de

nulidad de las actuaciones de este proceso a fin de poder oponer contra la pretensión ejecutiva la excepción de prescripción.

Es por todas estas razones por las cuales es correcto el criterio de la Juzgadora de Primera Instancia en el sentido de que corresponde admitir la incidencia parcialmente, desde la foja 62 en adelante, a fin de que la parte presuntamente deudora pueda oponer la excepción por ella referida en el escrito incidental.

En consecuencia, por los fundamentos expresados, corresponde que el Tribunal confirme, con costas, el auto apelado (que hace lugar parcialmente al incidente de nulidad de actuaciones promovido por el abogado Edgar Báez Recalde en representación de la firma UNION SERVICE S.R.L.) por hallarse el mismo ajustado a Derecho.

OPINIONES DE LOS MAGISTRADOS DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS Y VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ: Manifiestan que se adhieren a la opinión vertida por el Magistrado 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, PRIMERA SALA;

RESUELVE:

DECLARAR desierto el recurso de nulidad.

CONFIRMAR, con costas, el auto apelado (que hace lugar parcialmente al incidente de nulidad de actuaciones promovido por el abogado Edgar Báez Recalde en representación de la firma UNION SERVICE S.R.L.) por hallarse el mismo ajustado a Derecho.

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

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

Ante mí: Abog. Ezequiel Gill. Actuario Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 198

Cuestión debatida: *Auscultadas las constancias obrantes en autos, surge incuestionable que el actor reclama, únicamente, la reparación de daños por la rescisión unilateral del contrato que lo vinculaba con el demandado.*

De las constancias de los autos surge que la parte actora promovió juicio de conocimiento ordinario por ejecución de contrato e indemnización de daños y perjuicios. Corrido traslado de la demanda, la parte demandada se presentó a oponer la excepción previa de convenio arbitral, la cual, previa substanciación, fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia por el auto que hoy se encuentra en grado de recursos ante este Tribunal.

PODER JUDICIAL. Competencia.

El artículo 248 de la Constitución Nacional atribuye competencia exclusiva y excluyente, para conocer y decidir en actos de carácter contencioso, al Poder Judicial.

PODER JUDICIAL. Competencia.

El art. 248 de la Constitución Nacional dispone que la competencia al poder judicial para conocer y decidir en actos de carácter contencioso es atribuida a dicho poder, sin perjuicio de las *decisiones arbitrales*, con lo que, definitivamente, dicha forma alternativa de solución de conflictos se encuentra admitida en nuestro ordenamiento positivo.

CONTRATO. Rescisión del contrato.

Cabe precisar que en la cláusula 7.03 del contrato que vinculaba a las partes en esta contienda, no se previó la solución arbitral para los casos de rescisión del contrato. Es decir, no se contempló la vigencia de la mentada cláusula para el caso en estudio. Lo más próximo a la situación fáctica planteada, que se refiere en dicha cláusula, es "...el incumplimiento del contrato...". Sin embargo, este incumplimiento guarda relación con la mora, temporal o definitiva, en el cumplimiento de las prestaciones, concepto distinto a la rescisión de un contrato de tracto sucesivo, por lo cual al no negarse la rescisión del contrato, lo convenido en el mismo no puede ser invocado por el demandado para enervar la vía optada por el actor para dirimir al contienda.

NOTIFICACIÓN. Notificación por automática.

En el caso la resolución cuestionada no constituye una sentencia definitiva, y tampoco un auto interlocutorio con fuerza de tal por cuanto que, lejos de

hacer lugar a la excepción previa, la ha desestimado por los fundamentos contenidos en los fundamentos del fallo respectivo. Por otra parte, tampoco concurren ninguna de las circunstancias previstas en el artículo 133 del CPC para la notificación por cédula o personal. Es por ello por lo que, en la especie, la resolución en alzada es de aquellas que se notifican por automática, es decir, ministerio legis, de conformidad con el principio general contenido en el artículo 131 del CPC. (Voto en disidencia del Dr. Marcos Riera Hunter).

NOTIFICACIÓN. Notificación por automática. EXCEPCIÓN.

En el caso, el auto en recurso solamente resuelve el rechazo de la excepción de convenio arbitral articulada como previa por la demandada, es decir, el rechazo de una pretensión de naturaleza incidental. Si dicho auto hubiera admitido la excepción previa, entonces sí tendría que ser notificada por cédula o personalmente, pero desde el momento en que el Juzgado ha resuelto la desestimación de la excepción citada, la decisión no tiene por qué notificarse por cédula o personalmente, sino, como se dijo, por automática, más aún si se tiene en cuenta que tampoco concurren en el caso los demás presupuestos del artículo 133 del CPC que impondrían la notificación cédular o personal. Es por ello, por lo que se ha concluido que el auto recurrido es de aquellos que deben ser notificados por automática. (Voto en disidencia del Dr. Marcos Riera Hunter).

T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. 17/04/12.- “Editorial y Gráfica Intersudamericana S.A. c/ Editorial Atlántida S.A. s/ Ejecución de Contratos y Daños y Perjuicios” (A. I. N° 198).

Asunción, 17 de abril de 2012.

VISTOS: Los recursos de apelación y nulidad interpuestos contra el A.I. N° 1.543 del 20 de octubre del 2010 (fs. 394), dictado por S.S. el Sr. Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de Luque, y;

CONSIDERANDO:

Por el auto recurrido el Juzgado resolvió: *“NO HACER LUGAR, con costas a la excepción de convenio arbitral, interpuesta por la parte demanda Atlántida S.A. contra Editorial Intersudamericana S.A. conforme a los fundamentos expuestos en el considerando de la presente resolución; ANOTAR, REGISTRAR Y REMITIR, copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia”*. Contra la citada

resolución se alza la parte recurrente en los términos del escrito de fs. 405 y sigtes., contestado por la otra parte conforme el escrito agregado a fs. 423 de autos.

EN CUANTO AL RECURSO DE NULIDAD – OPINIÓN DE LA MAGISTRADA VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ: El recurso de nulidad no fue fundado; y como no se observan vicios en la forma y solemnidades en la resolución alzada, que ameriten la declaración de nulidad *ex officio*, corresponde declarar desierto este recurso.

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.

EN CUANTO AL RECURSO DE APELACIÓN – OPINIÓN DE LA MAGISTRADA VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ: Con el A.I. N° 1.543 del 20 de octubre de 2010, el Juez de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Laboral de la ciudad de Luque, resolvió: *“NO HACER LUGAR, con costas a la excepción de convenio arbitral, interpuesta por la parte demandada Atlántida S.A. contra Editorial Intersudamericana S.A. conforme a los fundamentos expuestos en el considerando de la presente resolución; ANOTAR, REGISTRAR Y REMITIR, copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia”* SIC.

El abogado LUIS A. BREUER, representante convencional de EDITORIAL ATLÁNTIDA S.A., a fojas 405/419 de autos, expresó agravios contra el fallo en recurso. Al hacerlo sostuvo, en lo sustancial, que el auto-interlocutorio apelado se muestra en abierto conflicto con una serie de tratados internacionales que admiten la validez de las cláusulas arbitrales y la prórroga de jurisdicción. Advierte el recurrente que dichos instrumentos se encuentran en armonía con la Constitución Nacional, por lo que no existen razones valederas para amainar lo convenido entre las partes contratantes, para resolver el conflicto planteado. Con estos argumentos, se solicita la revocación del fallo en revisión.

A fojas 423/427 rola el escrito de contestación de los agravios esgrimidos por el apelante. El que fuera presentado por el abogado ALDO EDUARDO LEÓN, representante convencional de EDITORIAL Y GRÁFICA INTERSUDAMERICANA S.A.

Analizadas las constancias procesales, *prima facie*, lo que se advierte con nitidez es que los argumentos expuestos por el apelante se presentan coherentes con el ordenamiento jurídico.

En efecto, el artículo 248 de la Constitución Nacional atribuye competencia exclusiva y excluyente, para conocer y decidir en actos de carácter contencioso, al Poder Judicial.

Empero, la misma norma dispone que dicha competencia es atribuida al Poder Judicial, sin perjuicio de las *decisiones arbitrales*, con lo que, definitivamente, dicha forma alternativa de solución de conflictos se encuentra admitida en nuestro ordenamiento positivo.

A esto se le suma que una serie de tratados internacionales, prolijamente citados por el apelante, reconocen validez al convenio arbitral como forma alternativa de solución de conflictos.

Sostener una tesis que desconozca todo este marco normativo, *so pretexto* del orden público, es incuestionablemente inadmisibile. Máxime, cuando se invoca una ley de inferior jerarquía.

Sin embargo, pese a lo señalado, la cláusula arbitral invocada por la parte demandada no resulta aplicable al caso en estudio.

A esta conclusión se arriba del análisis de la naturaleza del conflicto planteado entre las partes. Se reparará en esto.

Auscultadas las constancias obrantes en autos, surge incuestionable que el actor reclama, únicamente, la reparación de daños por la rescisión unilateral del contrato que lo vinculaba con el demandado.

Ciertamente, el mismo incurrió en imprecisiones conceptuales al postular esta demanda –lo que debe ser precisado por el principio *iura novit curiae*–, puesto que, por un lado, pretende la ejecución del contrato, y, por el otro, la reparación de daños por la ruptura intempestiva de la relación contractual.

Sin embargo, del detenido análisis del escrito de demanda, no caben dudas, de que el actor solo pretende la reparación de daños, fundada en la conducta ilícita atribuida al accionado. Es decir, la acción intentada transita por la vía de la acción aquiliana, y no por la del incumplimiento contractual.

Repárese en que ambas pretensiones, al menos con el sustrato fáctico expuesto por el accionante, no pueden coexistir en atención a que mal podría procurarse el cumplimiento coercitivo de las obligaciones contractuales y, al mismo tiempo, la reparación de los daños por la ruptura contractual, puesto que la otrora relación mantenida entre los contendientes es de tracto sucesivo.

Pues bien, en la tesis fáctica sostenida por el actor, se refiere que el demandado rescindió unilateralmente el contrato que los vinculaba jurídica y comercialmente.

Esto denota que el referido contrato perdió la eficacia jurídica que le es propia, por lo que resulta lógico que cláusulas incursas en el mismo no puedan ser invocadas por las partes.

En efecto, el contrato, en la tesis de su conclusión, mal podría proyectar efectos jurídicos, salvo que se trate de cláusulas especialmente previstas para ello, como sería una cláusula penal, la que, justamente, se activa cuando la relación contractual principal pierde vigencia.

La parte demandada debió negar la pérdida de vigencia del contrato, por la rescisión unilateral, a los efectos de invocar, válidamente, una cláusula del mismo. No habiéndolo hecho, quedó reconocida su conclusión y, por lo tanto, el contrato no produce efectos entre las partes, puesto que la demanda planteada, como ya se expuso, en estas condiciones, transita por la vía de la acción aquiliana.

Cabe precisar que en la cláusula 7.03 del contrato que vinculaba a las partes en esta contienda, no se previó la solución arbitral para los casos de rescisión del contrato. Es decir, no se contempló la vigencia de la mentada cláusula para el caso en estudio.

Lo más próximo a la situación fáctica planteada, que se refiere en dicha cláusula, es "...el incumplimiento del contrato...". Sin embargo, este incumplimiento guarda relación con la mora, temporal o definitiva, en el cumplimiento de las prestaciones, concepto distinto a la rescisión de un contrato de tracto sucesivo.

Pues bien, en estas condiciones, resulta claro que al no negarse la rescisión del contrato, cuanto menos a los efectos de la defensa planteada, lo convenido en el mismo no puede ser invocado por el demandado para enervar la vía optada por el actor para dirimir esta contienda.

Con estas consideraciones, se arriba a la conclusión, aunque por argumentos distintos, de que el fallo en revisión es justo y lógico, por lo que el mismo debe ser confirmado. Las costas deberán ser soportadas por el apelante, conforme al artículo 203 inc. a) del Código Procesal Civil.

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.

ANÁLISIS DE ADMISIBILIDAD DE LOS RECURSOS - OPINIÓN DEL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER: Antes que nada, corresponde

que la Magistratura, en ejercicio de facultades que le son propias, determine si los recursos han sido correctamente concedidos.

De las constancias de los autos surge que la parte actora promovió juicio de conocimiento ordinario por ejecución de contrato e indemnización de daños y perjuicios. Corrido traslado de la demanda, la parte demandada se presentó a oponer la excepción previa de convenio arbitral, la cual, previa substanciación, fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia por el auto que hoy se encuentra en grado de recursos ante este Tribunal.

Cabe señalar que la citada resolución no constituye una sentencia definitiva, y tampoco un auto interlocutorio con fuerza de tal por cuanto que, lejos de hacer lugar a la excepción previa, la ha desestimado por los fundamentos contenidos en los fundamentos del fallo respectivo. Por otra parte, tampoco concurren ninguna de las circunstancias previstas en el artículo 133 del CPC para la notificación por cédula o personal. Es por ello por lo que, en la especie, la resolución en alzada es de aquellas que se notifican por automática, es decir, ministerio legis, de conformidad con el principio general contenido en el artículo 131 del CPC.

Sobre el punto, cabe enfatizar que solamente deben ser notificadas por cédula o personalmente las sentencias definitivas, los autos interlocutorios que tienen fuerza de tales y las demás resoluciones cuya notificación cedular sea dispuesta por el Juez o Tribunal, conforme los presupuestos del referido artículo 133 del Código de Rito. Pero, en el caso, no concurren tales circunstancias o presupuestos: el auto en alzada –se reitera– no constituye una sentencia definitiva, tampoco puede ser conceptuada como un auto interlocutorio con fuerza de tal por cuanto que tal denominación solamente puede ser atribuida a aquellos autos que, sin ser sentencias definitivas, tienen el efecto de una sentencia definitiva, por ejemplo, el auto de finiquito y archivamiento, la admisión de excepciones previas perentorias (falta de acción, prescripción, cosa juzgada, etc.), entre otras. En el caso, el auto en recurso solamente resuelve el rechazo de una excepción articulada como previa, es decir, el rechazo de una pretensión de naturaleza incidental. Si dicho auto hubiera admitido la excepción previa entonces sí tendría que ser notificada por cédula o personalmente, pero desde el momento en que el Juzgado ha resuelto la desestimación de la excepción de convenio arbitral la decisión no tiene por qué notificarse por cédula o personalmente, sino, como se dijo, por automática, más aun si se tiene en cuenta –se

reitera— que tampoco concurren en el caso los demás presupuestos del artículo 133 del CPC que impondrían la notificación cedular o personal. Es por ello, por lo que se ha concluido que el auto recurrido es de aquellos que deben ser notificados por automática.

Pues bien: la notificación automática se operó en fecha 21 de octubre del 2010, habiendo vencido el plazo para recurrir en fecha 27 del mismo mes y año, a las nueve horas. Sin embargo, los recursos fueron interpuestos en fecha 29 de octubre del 2010, conforme el cargo actuarial de fs. 398, es decir, fuera del plazo legal para tal efecto. La cédula de notificación de fs. 397 (por la cual se notificó cedularmente el auto recurrido en fecha 29 de octubre del 2010) carece de eficacia procesal por cuanto que cuando la misma fue practicada cuando ya se había operado la notificación automática conforme el artículo 131 del Código Procesal Civil.

En consecuencia, siendo inadmisibles los recursos, corresponde que los mismos sean declarados mal concedidos y se disponga, consiguientemente, la devolución de los autos al Juzgado de origen, con costas a la parte recurrente.

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 en todas sus partes el A.I. N° 1.543 de fecha 20 de octubre de 2010, emanado del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Laboral de la ciudad de Luque, por los argumentos expuestos en el exordio de esta resolución.
- 3) IMPONER las costas al apelante.
- 4) ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

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

Ante mí: Abog. Ezequiel Gill. Actuario Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 199

SECRETARIO JUDICIAL. RECURSO DE APELACION. Concepción del recurso de apelación.

En el expediente se encuentra agregado un escrito por el cual la parte recurrente interpuso recursos de apelación y nulidad contra un auto interlocutorio. No obstante, se advierte que dicho escrito no cuenta con el cargo firmado por la actuaria del Juzgado de Primera Instancia, quién, asimismo, dejó constancia de tal circunstancia en una nota al pie del escrito de referencia. Dicha omisión tiene el efecto de tener a dicho escrito como no presentado, teniendo en cuenta que precisamente el cargo actuarial constituye una condición esencialísima para dar fecha cierta a las presentaciones que efectúan las partes en los juicios, por lo cual debe declararse mal concedidos los recursos interpuestos.

SECRETARIO JUDICIAL.

La omisión en que se ha incurrido (cargo sin firma de la actuaria) resulta absolutamente insoslayable si se tiene en cuenta que entre las obligaciones del actuario legisladas en el artículo 186 del COJ se encuentra la de firmar los cargos actuariales, además de refrendar las actuaciones de los jueces.

T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. 17/04/12. “Trovato Comercial e Industrial S.A. c/ Química Amparo Ltda. s/ Indemnización de Daños y Perjuicios por Responsabilidad Extracontractual” (A. I. N° 199).

Asunción, 17 de abril de 2012.

VISTOS: Los recursos de apelación y nulidad interpuestos por el abogado Néstor Loizaga contra el A.I. N° 525 de fecha 13 de julio del 2011 (fs. 48 y vlta.) dictado por el Juez en lo Civil y Comercial de la Capital del Séptimo Turno, y;

CONSIDERANDO:

ANÁLISIS DE ADMISIBILIDAD DE LOS RECURSOS – OPINIÓN DEL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER: Antes que nada, corresponde que el Tribunal, en ejercicio de facultades que le son propias, analice si el recurso ha sido correctamente concedido.

De las constancias de autos surge que a fs. 59/60 del expediente se encuentra agregado un escrito por el cual la parte recurrente interpuso recursos de

apelación y nulidad contra el A.I. N° 525 de fecha 13 de abril de 2011. No obstante, se advierte que dicho escrito no cuenta con el cargo firmado por la actuario del Juzgado de Primera Instancia, quien, asimismo, dejó constancia de tal circunstancia en una nota al pie del escrito de referencia. Dicha omisión tiene el efecto de tener a dicho escrito como no presentado, teniendo en cuenta que precisamente el cargo actuarial constituye una condición esencialísima para dar fecha cierta a las presentaciones que efectúan las partes en los juicios.

La omisión en que se ha incurrido resulta absolutamente insoslayable si se tiene en cuenta que entre las obligaciones del actuario legisladas en el artículo 186 del COJ se encuentra la de firmar los cargos actuariales, además de refrendar las actuaciones de los jueces. La doctrina tiene una posición clara y terminante en relación a esta clase de omisiones y sus efectos perjudiciales en el orden judicial. Así, han declarado Palacio y Alvarado que el cargo *“otorga fecha cierta a tales escritos y comunicaciones... Teniendo fundamentalmente, por un lado, a determinar si un acto procesal se ha cumplido o no dentro del plazo que le corresponde y, por otro lado, a señalar el comienzo de los plazos que la ley confiere a los órganos judiciales para dictar cierto tipo de resoluciones... el escrito que carece de cargo debe tenerse por no presentado... constituye requisito esencial del cargo la firma del funcionario o empleado a quien la ley atribuye tal deber... la falta de firma determina la total ineficacia del cargo... la señalada omisión no impide asignarle efectos si el Funcionario autorizado para extenderlo informa que el escrito fue dejado en la oficina el día y hora que en aquel se consigna y no se aduce o demuestra falsedad o inexactitud”* (Lino Palacio y Adolfo Alvarado Velloso, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, T. 4, Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, Rca. Argentina, 1989, págs. 80/83).

Así pues, debe conceptuarse que el Juzgado ha concedido recurso sobre la base de un escrito que no tiene presentación ni agregación formal al expediente. Por lo demás, cabe mencionar que en igual sentido, el apartado II de la resolución recurrida que resuelve rechazar el pedido de decaimiento de derecho formulado por la parte actora, no agravia de ninguna manera a la demandada y hoy recurrente, ya que dicho pronunciamiento se produce en beneficio de su parte.

En consecuencia, y por todos los fundamentos consignados en el cuerpo de la presente resolución, corresponde que el Tribunal declare mal concedidos los recursos interpuestos contra el A.I. N° 525 de fecha 13 de abril de 2011, dictado

por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de la Capital del Séptimo Turno.

OPINIONES DE LOS MAGISTRADOS DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS Y BASILICIO GARCÍA: Manifiestan que se adhieren a la opinión vertida por el Magistrado Dr. Marcos Riera Hunter, por compartir sus mismos fundamentos.

POR TANTO, en mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA CAPITAL, PRIMERA SALA;

RESUELVE:

DECLARAR mal concedidos los recursos interpuestos contra el A.I. N° 525 de fecha 13 de abril de 2011, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de la Capital del Séptimo Turno, con costas.

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

Magistrados: Marcos Riera Hunter, Oscar Augusto Paiva Valdovinos y Basilio Garcia

Ante mí: Abog. Ezequiel Gill. Actuario Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 268

Cuestión debatida: *Se trata de establecer la procedencia de la subrogación de derechos y acciones, cual tiene por causa un contrato de compraventa, en un juicio de nulidad de título y reivindicación, intentado respecto de unas acciones de sociedades anónimas, aparentemente sustraídas de sus propietarios y posteriormente comprometidas en venta.*

SUSTITUCIÓN PROCESAL. Cesión de derechos y acciones.

El pedido de subrogación en los derechos y acciones de una acción ya intentada equivale, en esencia a un pedido de sustitución procesal.

SUSTITUCIÓN PROCESAL. Cesión de derechos y acciones.

La calidad de parte se adquiere por haber demandado una pretensión como actor en un proceso judicial, o por haber sido sujeto de la acción como demandada. Entre actor y demandado surge una relación, de índole procesal, que perdura a lo largo de todo el proceso, y mientras este no haya concluido. La sustitución procesal es una institución que permite el reemplazo de una perso-

na por otra, ya sea en la posición de actor o de demandado, pero ello se debe llevar a cabo con las formalidades del art. 76 y sgtes., del .C.P.C., esto es, con citación de la parte contraria a quién solicita la sustitución. La razón de esta formalidad es sencilla: La relación procesal establece cargas y obligaciones entre las partes, adicionales –y a veces distintas- de las provenientes de la relación sustancial, y que en caso de sustitución procesal, pudieran verse afectadas, si la parte sustituyente no tiene u ofrece las debidas garantías.

SUSTITUCIÓN PROCESAL. Cesión de derechos y acciones.

La pertinencia de la cesión de la posición del sujeto procesal en esta causa dependerá de la cesibilidad de los derechos sobre los que se litiga. Si estos son intransmisibles, también por lógica subsecuencia le será la calidad de parte actora.

SOCIEDAD ANONIMA. Trasmisión de acciones de sociedades anónimas

Tratándose de sociedades anónimas, la transferencias de las acciones importa la trasmisión de la calidad de socio, y viceversa, tal calidad no puede transferirse sin la correspondiente transferencias de las acciones. Ello así por la particular naturaleza de las sociedades anónimas, que son sociedades de capital –y solo indirectamente los son de personas–, en las cuales la participación accionaria resulta esencial. Sabido es que las acciones de una sociedad anónima son esencialmente transmisibles, dado el carácter y finalidad con que se ha creado esta institución, destinada primariamente para servir de vehículo de inversión al ahorro. Así pues, salvo que haya una excepción a este principio, que debe ser expresa y provenir de la Ley o del contrato societario –y esto último con las restricciones pertinentes– la trasmisión de las acciones importa la trasmisión de la calidad de socio.

SOCIEDAD ANÓNIMA. Trasmisión de acciones de sociedades anónimas

De Principio ha de decirse que toda vulneración de un derecho de preferencia –cualquiera que sea su fuente legal o convencional– no produce la invalidez de la transferencia, sino, en todo caso, la obligación de reparar los perjuicios que la preferencia no ejercida haya acarreado.

SOCIEDAD ANÓNIMA. Trasmisión de acciones de sociedades anónimas

Las normas especiales tienen prelación sobre las normas generales. El artículo 971 del CC es una disposición que sistemáticamente se inserta en el

capítulo general de las sociedades y que contiene normas que solo son aplicables supletoriamente a los tipos sociales que el mismo Código regula más adelante. Así el art. 1070 del CC, dispone que las acciones de una sociedad anónima que es el tipo societario que está concernido aquí, podrá ser nominativa o al portador. También estatuye que las acciones nominativas pueden estar sujetas a condiciones especiales de enajenabilidad, previstas en el acto constitutivo. A contrario, las acciones al portador no pueden ser objetos de estas limitaciones, y ello porque las mismas serían contrarias a su naturaleza, esencialmente transmisible, conforme surge la lectura conjunta de los arts. 1510 y 1517 del CC. Aquí estamos en presencia de acciones al portador de una sociedad anónima, de modo que las normas generales expresadas en el art. 971 citado no le son aplicables. Se concluye, pues, que la transmisión de las acciones tiene plena eficacia. Con ello se opera la translación de los derechos societarios provenientes del título accionario, conforma lo manda el art. 1510 del CC.

T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. 04/05/12. “Ramón Alcibar Ugarte y Otros c/ José Luis Urrutia y otros s/ Nulidad de acto jurídico y Reivindicación” (A. I. N° 268).

Asunción, 04 de mayo de 2012.

VISTOS: Los recursos de apelación y nulidad interpuestos por el Abg. Daniel Mendonça contra el A.I. N° 1.216 de fecha 31 de julio de 2007, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del segundo Turno de la Capital, y

CONSIDERANDO:

Que por el referido auto interlocutorio N° 1216 de fecha 31 de julio de 2007 el a-quo resolvió: “I) Subrogar al Sr. Rafael María Goyenechea en todos los derechos y acciones que le correspondían a los Sres. Miguen Aníbal Delia y Ana María Teresita Conrado de Delia en virtud de la escritura pública otorgada en la ciudad de Buenos Aires, capital de la República Argentina en fecha 28 de diciembre de 2006, glosada a fs. 713 a 716. Anotar,.... (fs. 720).

En cuanto al recurso de:

NULIDAD: El Abg. Daniel Mendonça desistió expresamente del recurso de nulidad por el interpuesto. No obstante se debe hacer algunas precisiones.

El pedido de subrogación en los derechos y acciones de una acción ya intentada equivale, en esencia a un pedido de sustitución procesal.

En efecto, la calidad de parte se adquiere por haber demandado una pretensión como actor en un proceso judicial, o por haber sido sujeto de la acción como demandada. Entre actor y demandado surge una relación, de índole procesal, que perdura a lo largo del todo el proceso, y mientras este no haya concluido. La sustitución procesal es una institución que permite el reemplazo de una persona por otra, ya sea en la posición de actor o de demandado, pero ello se debe llevar a cabo con las formalidades del art. 76 y sgtes. del Cod. Proc. Civ., esto es, con citación de la parte contraria a quien solicita la sustitución. La razón de esta formalidad es sencilla: la relación procesal establece cargas y obligaciones entre las partes, adicionales –y a veces distintas– de las provenientes de la relación sustancial, y que en caso de sustitución procesal pudieran verse afectadas, si la parte sustituyente no tiene u ofrece las debidas garantías. Ello ocurrirá v.g. si el cedente pretende transmitir sus calidad de parte a un sujeto son medios para afrontar las costas procesales.

El procedimiento de sustitución no se siguió en la instancia inferior, con lo que se produjo un vicio procesal que sustentaría la nulidad del fallo, pero el recurrente no solo se agravia de eso, sino que desistió expresamente de este recurso. Como además ha tenido la oportunidad procesal, ya en esta alzada, de expresar sus objeciones sobre la sustitución operada, se estima que el vicio ha sido convalidado. No advirtiéndose otros vivos que autoricen a una declaración oficiosa, se le debe tener por desistido.

APELACIÓN: Se trata de establecer la procedencia de la subrogación de derechos y acciones, cual tiene por causa un contrato de compraventa, en un juicio de nulidad de título y reivindicación, intentado respecto de unas acciones de sociedad anónima, aparentemente sustraídas de sus propietarios y posteriormente comprometidas en venta a Ana María T. Conrado de Delia, Miguel Aníbal Delia, Luis Enrique Zavala S., Luis Ramón Duclos Comero, Jorge J. Inchauspe, María Silvina Marengo.

El cuestionamiento principal se refiere a la transmisibilidad o cesibilidad de tales derechos y acciones, habida cuenta de la objeción de la parte demandada a la subrogación. En efecto, la pertinencia de la cesión de la posición de sujeto procesal en esta causa dependerá de la cesibilidad de los derechos sobre los que se litiga. Si estos son intransmisibles, también por lógica subsecuencia lo será la calidad de parte actora.

De principio se ha de decir que la tesis según la cual la sucesión a título singular tendría lugar en unos derechos societarios distintos de los titulados en las acciones de la sociedad anónima y cuya transferencia se objeta, es impropia. En efecto, en tratándose de sociedades anónimas, la transferencia de las acciones importa la transmisión de la calidad de socio, y viceversa, tal calidad no puede transferirse sin la correspondiente transferencia de las acciones. Ello así por la particular naturaleza de las sociedades anónimas, que son sociedades de capital –y solo indirectamente lo son de personas–, en las cuales la participación accionaria resulta esencial. De modo que no existen derechos societarios de participación que serían distintos de los derechos sobre las acciones. Así pues, la transmisibilidad o no de los derechos de participación en la sociedad anónima ha de examinarse a la luz de la transmisibilidad de las acciones.

Sabido es que las acciones de una sociedad anónima son esencialmente transmisibles, dado el carácter y finalidad con que se ha creado esta institución, destinada primariamente a servir de vehículo de inversión al ahorro. Así pues, salvo que haya una excepción a este principio, que debe ser expresa y provenir de la ley o del contrato societario –y esto último con las restricciones pertinentes–, la transmisión de las acciones importa la transmisión de la calidad de socio.

Establecido el punto se debe pasar a estudiar si se ha operado la transferencia de las acciones relativas a la sociedad que es el eje del conflicto. A fs. 713/716 y vlt. Obra el instrumento de cesión, escritura pública N° 436 de fecha 28 de diciembre de 2006, donde se otorga la cesión de las acciones litigiosas de la empresa Ugarte, Urrutia y Cía. S.A., individualizadas como el N° 1315 al 1514, con valor nominal de diecinueve mil guaraníes cada una, a favor de Rafael María Goyenechea. De modo que se tiene certeza del acto de cesión, y la consiguiente transferencia.

El agravio que al respecto expresa la parte recurrente es la alegación de que existiría una nulidad en tal transferencia, por haberse vulnerado el derecho de preferencia de los consocios en la adquisición de las acciones. De principio ha de decirse que toda vulneración de un derecho de preferencia –cualquiera que se su fuente, legal o convencional– no produce la invalidez de la transferencia, sino, en todo caso, la obligación de reparar los perjuicios que la preferencia no ejercida haya acarreado.

Luego, debe examinarse si el derecho de preferencia aducido en verdad existe en cabeza del apelante. Las partes están contestes que en el contrato

societario no se ha pactado ninguna restricción a la circulación de las acciones. Esto surge de la lectura de los escritos de fundamentación, que alude a un impedimento de origen legal, y del escrito de contestación, en el que la recurrida afirma que una clausula estatutaria de tal tenor no existe en el contrato societario fuente de las acciones.

De modo que lo debe verse es la existencia o no de una prohibición legal respecto de la cesión de acciones de una sociedad anónima. El recurrente pretende en este caso la aplicación del art. 971 del Cod. Civ., en el cual alude al derecho de preferencia de los socios en la transmisión de la parte del socio cedente. Empero, es sabido que las normas especiales tienen prelación sobre las normas generales. El artículo citado es una disposición que sistemáticamente se inserta en el capítulo general de las sociedades, y que contiene normas que solo son aplicables supletoriamente a los tipos sociales que el mismo Código regula más adelante. Así el art. 1070 del Cod. Civ. dispone que las acciones de una sociedad anónima, que es el tipo societario que está concernido aquí, podrán ser nominativas o al portador. También estatuye que las acciones nominativas pueden estar sujetas a condiciones especiales de enajenabilidad, previstas en el acto constitutivo. A contrario, las acciones al portador no pueden ser objetos de estas limitaciones, y ello porque las mismas serían contrarias a su naturaleza, esencialmente transmisible, conforme surge de la lectura conjunta de los arts. 1510 y 1517 del Cod. Civ. Aquí estamos en presencia de acciones al portador de una sociedad anónima, de modo que las normas generales expresadas en el art. 971 citado no le son aplicables. Se concluye, pues, que la transmisión de las acciones tiene plena eficacia. Con ello se opera la transmisión de los derechos societarios provenientes del título accionario, conforme lo manda el art. 1510. Ahora bien, esta transmisión de derechos sustanciales no tiene efectos automáticos sobre la calidad de parte, que es una posición procesal. Sin duda el derecho sustancial sustenta la calidad de parte, pero so supuestos diferentes. Como ya vimos supra, la calidad de parte importa ciertas cargas y obligaciones derivadas de la relación procesal misma, independientemente de la relación sustancial o de fondo. En este caso el recurrente no ha puesto objeciones a la sustitución, que estuvieran basadas en cuestiones de índole procesal, solo ha argüido impedimentos del derecho de fondo, que ya han sido solventados suficientemente en los párrafos precedentes.

Por consiguiente, y en atención de las consideraciones vertidas, corresponde confirmar el auto recurrido.

JURISPRUDENCIA

Las costas han de ser impuestas a la parte recurrente en ambas instancias, por aplicación de los arts. 192 y 203 del Cod. Proc. Civ.

Por lo tanto, el Tribunal de Apelación Civil y Comercial, Primera Sala,
RESUELVE:

Declarar desierto el recurso de nulidad. Confirmar el auto recurrido. Imponer costas a la perdedora, en ambas instancias. Anótese, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Ma. Mercedes Buongermini Palumbo, Dr. Juan Carlos Paredes y Arnaldo Martínez Prieto.

Ante mí: Abg. Ezequiel Gill

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 270

Cuestión debatida: *Revisadas las constancias procesales y, en especial, las posiciones asumidas por las partes en esta Instancia, se advierte que la cuestión radica en establecer si ha transcurrido o no el plazo de seis meses establecido por el Art. 172 del C.P.C.*

FERIA JUDICIAL. CADUCIDAD DE INSTANCIA.

Esta Alzada en reiterados fallos ha dictaminado que el mes de enero no cuenta para establecer el cómputo del plazo de caducidad.

T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. 07/05/12. “Banco Nacional de Fomento c/ Abdón Rafael Giménez y otros s/ Acción Autónoma de Nulidad” (A. I. N° 270).

Asunción, 7 de mayo de 2012.

VISTOS: Los recursos de apelación y nulidad interpuestos contra el A.I. N° 775 de fecha 25 de julio de 2008 dictado por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Decimotercer Turno, y;

CONSIDERANDO:

Que, con el fallo recurrido se resolvió: “...I.- DECLARAR la Caducidad de la Instancia en los autos caratulado: “BANCO NACIONAL DE FOMENTO C/

ABDÓN RAFAEL GIMÉNEZ MONZÓN S/ ACCIÓN EJECUTIVA”; II.- IMPONER las costas a la parte actora; III-ANOTAR...”.

EN CUANTO AL RECURSO DE NULIDAD – OPINIÓN DEL MAGISTRADO DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS: La representante convencional de la parte actora desiste expresamente de este recurso y, como no se observan vicios ni defectos formales en el fallo en alzada que ameriten el tratamiento de la nulidad de oficio, corresponde tener por desistido al recurrente del presente recurso.

OPINIONES DE LOS MAGISTRADOS DR. MARCOS RIERA HUNTER Y VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ: Manifiestan que se adhieren a la opinión vertida por el Magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos, por compartir sus mismos fundamentos.

EN CUANTO AL RECURSO DE APELACIÓN – OPINIÓN DEL MAGISTRADO DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS: La Abogada ZUNIL DABENAVENTE, en representación del BANCO NACIONAL DE FOMENTO, se agravia contra la resolución recurrida, y a fs. 97/101 de autos, presenta su escrito de fundamentación. En lo medular, los agravios de la recurrente se basan en que el Juez de la causa, para decretar la caducidad, ha computado el mes de enero para establecer el plazo de caducidad (seis meses). Solicita la revocatoria del fallo recurrido, con costas.

El Abogado LUIS ALBERTO ESTIGARRIBIA, en representación de la demandada, contesta el traslado de la fundamentación del apelante a fs. 102/103, en donde expresa que el Auto apelado se encuentra ajustado a derecho y solicita su confirmación con costas.

Revisadas las constancias procesales y, en especial, las posiciones asumidas por las partes en esta Instancia, se advierte que la cuestión radica en establecer si ha transcurrido o no el plazo de seis meses establecido por el Art. 172 del CPC.

En este sentido, esta Alzada en reiterados fallos ha dictaminado que el mes de enero no cuenta para establecer el cómputo del plazo de caducidad. En este caso puntual, se tiene que el Juez de la causa ha establecido que desde la providencia de fecha 27 de agosto de 2007 (fs. 57) y la Notificación realizada en fecha 5 de marzo de 2008 (fs. 59) ha transcurrido un lapso superior a los seis meses de falta de impulso procesal.

Esta Magistratura no comparte dicho cómputo, ya que de un simple cálculo aritmético se tiene que el Juez de grado inferior ha incluido el mes de enero

para resolver la caducidad de Instancia. Esto es así, ya que desde el 27 de agosto de 2007, hasta la Cédula de Notificación de fecha 05 de marzo de 2008, sin contar el mes de enero, han transcurrido 5 meses y seis días.

En suma, este Conjuez llega a la conclusión de que se debe revocar el Auto apelado por no estar ajustado a derecho, debiendo imponerse las costas en ambas instancia a la parte perdedora por el hecho objetivo de la derrota.

OPINIONES DE LOS MAGISTRADOS DR. MARCOS RIERA HUNTER Y VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ: Manifiestan que se adhieren a la opinión vertida por el Magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos, por compartir sus mismos fundamentos.

POR TANTO, en mérito a lo expuesto, el TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA CAPITAL, PRIMERA SALA;

RESUELVE:

TENER POR DESISTIDO el recurso de nulidad.

REVOCAR, el fallo apelado.

IMPONER las costas en ambas instancias a la perdedora.

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

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

Ante mí: Abog. Ezequiel Gill. Actuario Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 361

ACUMULACION DE PROCESOS. Requisitos para la acumulación de procesos.

En la especie, se ha promovido incidente de acumulación de dos procesos que se tramitan ante Jueces distintos, razón por la cual, de acuerdo con el art. 126 del CPC, los procesos deben ser suspendidos “desde que se comunicare el pedido de acumulación al Juez respectivo”.

ACUMULACIÓN DE PROCESOS. Requisitos para la acumulación de procesos.

En el caso en estudio nunca se ha “comunicado” al Juez el pedido (incidente) de acumulación de los procesos por cuanto que en el oficio que ha sido librado

por el Juzgado del Quinto Turno al Juzgado del Tercer Turno no se ha efectuado, en rigor, tal comunicación, sino que simplemente –por medio del mentado oficio– se ha solicitado al Juzgado del Tercer Turno “la remisión” del expediente.

ACUMULACIÓN DE PROCESOS. Requisitos para la acumulación de procesos.

Desde el momento en que nunca se efectuó la comunicación exigida por la ley –tampoco fue urgida por la parte que promovió el incidente de acumulación de los procesos– obviamente no puede empezar a correr la suspensión determinada por la norma contenida en el artículo 126 del CPC, no pudiendo sostenerse, por tanto, que haya existido un vicio procesal por haberse proseguido con la tramitación de la excepción previa y por haberse dictado, consecuentemente, la resolución respectiva.

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.

“Congruencia”, por tanto, importa el deber de: 1) Analizar todas las cuestiones propuestas y 2) Resolver todas las cuestiones propuestas. Es por ello por lo que, conforme la legislación procesal en la materia, la incongruencia puede hallarse configurada como vicio formal (externo) que provoca la nulidad de la resolución así pronunciada tanto en el considerando (fundamentación), como en la parte dispositiva (resolución) del fallo respectivo.

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.

Al omitirse el tratamiento, análisis, o estudio de la excepción de prescripción respecto de tales pretensiones en los fundamentos (considerando) del fallo, se ha incurrido técnicamente en el vicio de incongruencia citrapetita en la fundamentación, defecto que tiene la virtualidad de provocar la invalidación de la resolución así pronunciada.

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.

Por otra parte, la resolución que se analiza en cuanto a su validez como norma jurídica particularizada adolece también de nulidad por haber incurrido en otro tipo de incongruencia, específicamente del tipo extrapetita en la decisión (pronunciamiento sobre materia extraña) por cuanto que en autos se opuso solamente la figura de la excepción de prescripción como de previo y especial pronunciamiento y, sin embargo, el Juzgado resolvió en la parte dispositiva el rechazo total de la demanda reconvenional promovida por el demandado y reconviniente.

EXCEPCIÓN DE PREVIO Y ESPECIAL PRONUNCIAMIENTO.

Cuando se opone como previa una excepción perentoria (en este caso la de prescripción) el órgano jurisdiccional solamente debe pronunciarse en cuanto a la admisión o el rechazo de la citada defensa, pero de ninguna manera resolver sobre la admisión o el rechazo de la demanda propiamente dicha puesto el pronunciamiento que se efectúa no constituye una sentencia definitiva, sino un auto interlocutorio que tendrá o no fuerza de definitiva según se haga lugar o se rechace la excepción perentoria, según corresponda.

EXCEPCIÓN DE PREVIO Y ESPECIAL PRONUNCIAMIENTO. PRESCRIPCIÓN. Excepción de prescripción. ACTO JURÍDICO. Nulidad de acto jurídico.

En el caso, la excepción previa de prescripción hace relación con la demanda de nulidad de acto jurídico por lesión grave y enorme (y contra la demanda subsidiaria de modificación equitativa del contrato) es necesario señalar que, conforme lo dispuesto en el artículo 671, del CC, el plazo de prescripción es de dos años, plazo que debe ser contado desde la fecha del contrato objeto de nulidad o de modificación equitativa.

T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. 29/05/12. “Oscar Zacarías Bobadilla Suárez c/Travel S.R.L. y otros s/ Cumplimiento de Contrato / Cobro de Guaraníes Ordinario” (A. I. N° 361).

Asunción, 29 de mayo de 2012.

VISTOS: Los recursos de apelación y nulidad interpuestos contra el A.I. N° 2.578 del 22 de diciembre del 2010 (fs. 119), dictado por S.S. la Sra. Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de la Capital del Quinto Turno, y;

CONSIDERANDO:

Por el auto recurrido el Juzgado de Primera Instancia resolvió “HACER LUGAR, a la Excepción de Prescripción opuesta por el señor OSCAR ZACARÍAS BOBADILLA SUÁREZ, y en consecuencia rechazar la demanda reconvenzional deducida por TRAVEL S.R.L., por los motivos expuestos en el exordio de la presente resolución; IMPONER las costas a la perdidosa; ANOTAR, registrar, notificar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia”. Contra la citada resolución se alza la parte recurrente en los términos del escrito de fs. 125 de estos autos.

EN CUANTO AL RECURSO DE NULIDAD – OPINIÓN DEL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER: La parte recurrente solicita la declaración de nulidad del auto en grado de recurso fundada en que a pesar de haberse solicitado incidentalmente la acumulación al presente juicio del expediente caratulado “Travel S.R.L. c/ Oscar Zacarías Bobadilla s/ nulidad de acto jurídico y modificación equitativa de contrato”, promovido ante el Juzgado en lo Civil del Tercer Turno, y, por ende, de conformidad con el artículo 126 del CPC, que se suspenda la tramitación de los procesos, se prosiguió igualmente con el trámite de la excepción previa de prescripción opuesta por la parte demandada en este juicio hasta dictarse la resolución que, precisamente, es hoy objeto de recurso ante este Tribunal.

El artículo 126 del CPC dispone textualmente: “El curso de todos los procesos se suspenderá, si tramitasen ante un mismo Juez, desde que se promoviere la cuestión. Si tramitasen ante Jueces distintos, desde que se comunicare el pedido de acumulación al Juez respectivo. Exceptúase las medidas o diligencias de cuya omisión pudiere resultar perjuicio”.

En la especie, se ha promovido incidente de acumulación de dos procesos que se tramitan ante Jueces distintos, razón por la cual, de acuerdo con la normativa procesal antes citada, los procesos deben ser suspendidos “desde que se comunicare el pedido de acumulación al Juez respectivo”. Pero, ocurre que en el caso en estudio nunca se ha “comunicado” al Juez del Tercer Turno el pedido (incidente) de acumulación de los procesos por cuanto que en el oficio que ha sido librado por el Juzgado del Quinto Turno al Juzgado del Tercer Turno (fs. 111) no se ha efectuado, en rigor, tal comunicación, sino que simplemente –por medio del mentado oficio– se ha solicitado al Juzgado del Tercer Turno “la remisión” del expediente caratulado “Travel S.R.L. c/ Oscar Zacarías Bobadilla s/ nulidad de acto jurídico y otros”. Es por ello por lo que, desde el momento en que nunca se efectuó la comunicación exigida por la ley –tampoco fue urgida por la parte que promovió el incidente de acumulación de los procesos– obviamente no puede empezar a correr la suspensión determinada por la norma contenida en el artículo 126 del CPC, no pudiendo sostenerse, por tanto, que haya existido un vicio procesal por haberse proseguido con la tramitación de la excepción previa y por haberse dictado, consecuentemente, la resolución respectiva.

Si bien el auto interlocutorio en grado de alzada no es nulo por la causal señalada por la parte nulificante, sí puede sostenerse –en cambio– que la citada

resolución adolece de nulidad por haber sido pronunciada con el vicio de incongruencia que, conforme lo dispuesto en el artículo 15, inc. “b”, del CPC, provoca la nulidad del pronunciamiento.

En efecto, por el principio de congruencia el órgano jurisdiccional no solamente tiene el deber de emitir el pronunciamiento en la parte dispositiva de la resolución de acuerdo con las pretensiones o cuestiones propuestas por las partes litigantes (*Thema Decidendum*), sino que, conforme clara determinación legal, tiene el deber de fundar las resoluciones definitivas e interlocutorias en el referido principio. En otras palabras, el Juez tiene también el deber de ANALIZAR en el considerando de la resolución respectiva todas y cada una de las pretensiones de las partes en litigio. “Congruencia”, por tanto, importa el deber de: 1) Analizar todas las cuestiones propuestas y 2) Resolver todas las cuestiones propuestas. Es por ello por lo que, conforme la legislación procesal en la materia, la incongruencia puede hallarse configurada como vicio formal (externo) que provoca la nulidad de la resolución así pronunciada tanto en el considerando (fundamentación), como en la parte dispositiva (resolución) del fallo respectivo.

En el caso sometido a estudio ante la Magistratura de Alzada puede advertirse con claridad que el Juzgado de Primera Instancia del Quinto Turno no analizó en el considerando de la resolución recurrida todas las cuestiones propuestas por la parte actora quien opuso la excepción de prescripción como de previo y especial pronunciamiento contra algunas de las pretensiones contenidas en la demanda reconvencional promovida por la parte demandada.

En efecto, la parte accionada, Travel S.R.L., al tiempo de contestar la demanda conforme el escrito de fs. 68 y siguientes de autos, promovió por la vía reconvencional demanda ordinaria contra el accionante acumulando varias pretensiones: “Nulidad de acto jurídico, Lesión, modificación equitativa del contrato, rescisión o cumplimiento, enriquecimiento sin causa y pago por consignación” (fs. 71). Al disponerse el traslado respectivo, la parte actora y reconvencida, como se dijo, opuso la excepción de prescripción contra las acciones deducidas reconvencionalmente (véase, lo anotado en el “objeto”) y, en tal sentido, aludió expresamente a las siguientes demandas: 1) Nulidad de acto jurídico por lesión grave y enorme (y modificación equitativa); 2) Enriquecimiento sin causa; 3) Pago por consignación. Resulta claro, por tanto, que el Juzgado de Primera Instancia al resolver la excepción previa de prescripción (opuesta contra las

pretensiones indicadas precedentemente) debió analizar en los fundamentos del fallo (considerando) la figura de la prescripción en relación a: 1) La acción de nulidad de acto jurídico por lesión grave y enorme (y modificación equitativa del contrato); 2) La acción de enriquecimiento sin causa, y 3) La acción de pago por consignación. Sin embargo, como puede fácilmente observarse de la lectura de la resolución recurrida, el Juzgado analizó la prescripción solamente en relación a la acción de nulidad de acto jurídico por lesión grave y enorme (y la modificación equitativa, en su caso), pero omitió por completo referirse a la excepción de prescripción en relación a las otras dos pretensiones (enriquecimiento sin causa y pago por consignación) que, como resulta muy obvio, constituyen pretensiones diferentes a la primera y que tienen plazos de prescripción también diferentes.

Al omitirse el tratamiento, análisis, o estudio de la excepción de prescripción respecto de tales pretensiones en los fundamentos (considerando) del fallo, se ha incurrido técnicamente en el vicio de incongruencia citrapetita en la fundamentación, defecto que tiene la virtualidad de provocar la invalidación de la resolución así pronunciada.

Por otra parte, la resolución que se analiza en cuanto a su validez como norma jurídica particularizada adolece también de nulidad por haber incurrido en otro tipo de incongruencia, específicamente del tipo extrapetita en la decisión (pronunciamiento sobre materia extraña) por cuanto que en autos se opuso solamente la figura de la excepción de prescripción como de previo y especial pronunciamiento y, sin embargo, el Juzgado resolvió en la parte dispositiva el rechazo total de la demanda reconvenional promovida por el demandado y reconviniendo.

Cuando se opone como previa una excepción perentoria (en este caso la de prescripción) el órgano jurisdiccional solamente debe pronunciarse en cuanto a la admisión o el rechazo de la citada defensa, pero de ninguna manera resolver sobre la admisión o el rechazo de la demanda propiamente dicha puesto el pronunciamiento que se efectúa no constituye una sentencia definitiva, sino un auto interlocutorio que tendrá o no fuerza de definitiva según se haga lugar o se rechace la excepción perentoria, según corresponda. El Juzgado de Primera Instancia, por ende, no debía emitir semejante pronunciamiento y menos aun si se tiene en cuenta que en la demanda reconvenional el reconviniendo, además de las pretensiones que fueron resistidas por medio de la excepción de

prescripción, promovió también otra pretensión que el mismo denominó de “rescisión o cumplimiento” respecto de la cual la parte actora, reconvenida y excepcionante no opuso ninguna defensa previa, a pesar de lo cual el Juzgado rechazó igualmente la demanda reconvenzional por completo, incluyendo a la pretensión denominada de “rescisión o cumplimiento”.

Las dos incongruencias que han sido detectadas en el pronunciamiento que es objeto de revisión, la incongruencia citrapetita en la fundamentación y la incongruencia extrapetita en la decisión provocan, sin duda, la nulidad de la resolución pronunciada en tales condiciones.

En consecuencia, por los fundamentos expresados, corresponde que el Tribunal declare la nulidad del auto recurrido. En cuanto a las costas, dicho accesorio tendría que imponerse en principio a la parte recurrida por oponerse a la pretensión de nulidad del recurrente. Pero, no debe pasar desapercibido que la declaración de nulidad viene resuelta no como consecuencia del acogimiento de los fundamentos del nulidicente, sino por fundamentos que han sido expresados IURA NOVIT CURIA por la Magistratura superior. Es por ello por lo que, en atención a tales circunstancias, las costas deben ser impuestas en el orden causado.

OPINIONES DE LOS MAGISTRADOS VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ Y DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS: Manifiestan que se adhieren a la opinión vertida por el Magistrado Dr. Marcos Riera Hunter, por compartir sus mismos fundamentos.

EN CUANTO AL RECURSO DE APELACIÓN – OPINION DEL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER: Dada la forma como ha sido resuelto el recurso de nulidad, se hace improcedente el estudio del de apelación también deducido.

Y EL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER PROSIGUIÓ DICHIENDO: Habiéndose declarado la nulidad del auto recurrido, corresponde que, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 406 del CPC, se resuelva la cuestión de fondo y, por consiguiente, se dicte la resolución substitutiva en reemplazo de la que ha sido objeto de anulación.

Como se dijo al tratar el recurso de nulidad, la parte demandada, Travel S.R.L., promovió contra la actora demanda reconvenzional por “nulidad de acto jurídico, lesión, modificación equitativa del contrato, rescisión o cumplimiento, enriquecimiento sin causa y pago por consignación”. Al contestar el traslado que

le fue corrido, la parte actora y reconvenida opuso como artículo de previo y especial pronunciamiento la excepción de prescripción en relación a tres pretensiones: 1) nulidad de acto jurídico por lesión grave y enorme (y modificación equitativa del contrato, en su caso); 2) Enriquecimiento sin causa y 3) Pago por consignación, conforme los fundamentos expresados en el escrito de fs. 100 de estos autos. La excepción fue contestada a fs. 105 disponiéndose la apertura de la excepción a prueba conforme providencia de fs. 107, vlta., produciéndose las pruebas (instrumentales) que ilustra el informe actuarial de fs. 115, vlta. Finalmente, por providencia de fecha 30 de septiembre del 2010 (fs. 115, vlta.), el Juzgado llamó autos para resolver, providencia que quedó firme.

En cuanto la excepción previa de prescripción hace relación con la demanda de nulidad de acto jurídico por lesión grave y enorme (y contra la demanda subsidiaria de modificación equitativa del contrato) es necesario señalar que, conforme lo dispuesto en el artículo 671, del CC, el plazo de prescripción es de dos años, plazo que debe ser contado desde la fecha del contrato objeto de nulidad o de modificación equitativa. En la especie, el contrato privado suscripto por las partes litigantes (Oscar Zacarías Bobadilla y Travel S.R.L.) tiene fecha 3 de mayo del 2007 (fs. 10), razón por la cual, de acuerdo con la norma legal antes invocada, el plazo de prescripción venció en fecha 3 de mayo del 2009. Sin embargo, la demanda reconvenional por nulidad de contrato por lesión o su modificación (subsidiaria) equitativa se promovió con posterioridad, en fecha 12 de noviembre del 2009, disponiéndose el traslado correspondiente en fecha 12 de julio del 2010, conforme se desprende de la providencia respectiva de fs. 99, vlta. de autos. Resulta muy claro que cuando se promovió la demanda reconvenional por lesión (o modificación equitativa subsidiaria) ya se había operado la prescripción liberatoria en favor de la parte actora y reconvenida que opuso la excepción correspondiente.

Por otra parte, no podría pretenderse que la prescripción ha sido interrumpida como consecuencia de la demanda promovida en forma autónoma por Travel S.R.L. contra Oscar Zacarías Bobadilla por nulidad de acto jurídico ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil del tercer Turno (cuya acumulación a este juicio se había petitionado por vía incidental) por cuanto que en la demanda entablada por Travel S.R.L. se operó la caducidad de la instancia, conforme se desprende del A.I. N° 1.998 del 19 de octubre del 2010 (fs. 20, autos citados). De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 179, última parte, del CPC, “operada la

caducidad, la demanda se tiene por inexistente a los efectos de la interrupción de la prescripción”. Es, precisamente, lo que ha ocurrido en el caso. Al operarse la caducidad en el referido proceso la interrupción de la prescripción –en el supuesto de que hubiera habido interrupción, hipótesis que tampoco resulta admisible porque no obra en el citado juicio notificación alguna– queda sin efecto.

La excepción de prescripción, por tanto, respecto de la demanda de nulidad de acto jurídico por lesión grave (y modificación equitativa, en su caso) deviene procedente debiendo ser admitida por el Tribunal.

En cuanto a la misma excepción de prescripción previa opuesta contra las otras dos pretensiones (enriquecimiento sin causa y pago por consignación) se advierte que la parte actora, reconvenida y excepcionante, en realidad, no fundó la citada defensa previa, sino que más bien hizo referencia a la improcedencia de tales demandas en su aspecto de fondo. Pero, una cosa es afirmar que las pretensiones están prescriptas y otra distinta es sostener que son improcedentes porque no concurren los presupuestos legales debiendo, por ello, ser rechazadas por la Magistratura. Al no existir fundamentación concreta y específica en cuanto a la prescripción de las acciones correspondientes a las demandas de enriquecimiento sin causa y pago por consignación la defensa en cuestión debe ser rechazada por improcedente.

Por los fundamentos expresados, corresponde que el Tribunal resuelva:

1) Hacer lugar, con costas, a la excepción de prescripción opuesta como artículo de previo y especial pronunciamiento por la parte actora en relación a la demanda de nulidad de acto jurídico por lesión grave (y modificación equitativa del contrato, en su caso) promovida por la parte demandada, Travel S.R.L., por vía reconvenional. 2) Desestimar, con costas, la excepción de prescripción opuesta como artículo de previo y especial pronunciamiento por la parte actora en relación a las demandas de enriquecimiento sin causa y pago por consignación promovidas por la parte demandada, Travel S.R.L., por vía reconvenional, por improcedente.

OPINIONES DE LOS MAGISTRADOS VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ Y DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS: Manifiestan que se adhieren a la opinión vertida por el Magistrado 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, PRIMERA SALA;

RESUELVE:

DECLARAR la nulidad del auto en alzada, con costas en el orden causado.

HACER LUGAR, con costas, a la excepción de prescripción opuesta como artículo de previo y especial pronunciamiento por la parte actora en relación a la demanda de nulidad de acto jurídico por lesión grave (y modificación equitativa del contrato, en su caso) promovida por la parte demandada, Travel S.R.L., por vía reconvenzional.

DESESTIMAR, con costas, la excepción de prescripción opuesta como artículo de previo y especial pronunciamiento por la parte actora en relación a las demandas de enriquecimiento sin causa y pago por consignación promovidas por la parte demandada, Travel S.R.L., por vía reconvenzional, por improcedente.

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

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

Ante mí: Abog. Ezequiel Gill. Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 3

INCIDENTE.

Las pretensiones incidentales se resuelven no por medio de una sentencia definitiva, sino por medio de un auto interlocutorio. Es por ello por lo que, de acuerdo con la normativa invocada y la naturaleza de lo resuelto en la resolución en recurso, la misma debe ser considerada por el Tribunal como un auto interlocutorio, debiendo dictarse, por ende, también un auto interlocutorio en esta instancia y no un Acuerdo y Sentencia.

DIVORCIO. Causas de divorcio. ALIMENTOS. Beneficiario de alimentos.

En la Sentencia recaída en el juicio sobre divorcio vincular y su Aclaratoria, en donde se resolvió el divorcio de ambos litigantes por culpa concurrente, en la cual la beneficiaria fue culpable en parte de la separación, privándole esta situación de solicitar alimentos a su ex-cónyuge.

ALIMENTOS. Beneficiario de alimentos.

El solicitante de la cesación alimentaria no ha acreditado la alternación o modificación de su situación económica, ni suya (la del incidentista), ni la de la beneficiaria, por cuanto que los argumentos relacionados con el nacimiento de su hijo menor y con su estado de salud ya preexistían con anterioridad a dos aumentos de la prestación alimentaria que había logrado la beneficiaria, por lo que tales argumentos no tienen el carácter de novedosos (posteriores al último aumento alimentario) como para provocar la cesación de la prestación actualmente en vigencia.

ALIMENTOS. Beneficiario de alimentos.

No puede constituir fundamento suficiente para lograr la cesación alimentaria que se pretende por cuanto que, conforme constancias médicas, dicha cardiopatía ya se remonta, por lo menos, a los años 2002 y 2003, y, sin embargo, la ex cónyuge fue beneficiada en el año 2005 con otro aumento de la prestación alimentaria.

ALIMENTOS. Beneficiario de alimentos. Cesación de alimentos.

Si estas dos circunstancias (nacimiento del hijo menor y la cardiopatía del alimentante) no impidieron el aumento reiterado (en dos ocasiones) de la prestación alimentaria determinada a favor de la demandada, tampoco en esta ocasión podrían provocar la cesación de los alimentos puesto que aquellas circunstancias no son novedosas y, por ende, no podrían ser conceptuadas como causas eficientes de la modificación o alteración (negativa) de la situación económica del alimentante.

ALIMENTOS. Beneficiario de alimentos. Cesación de alimentos.

No corresponde la cesación de alimentos si no se han producido probanzas orientadas a acreditar que hubiesen desaparecido las causas que inicialmente determinaron la prestación alimentaria, conforme el artículo 263, inc. "d", del CC. Ello es así porque, para poder determinar que tales causas han desaparecido, es necesario previamente conocer cabalmente cuáles han sido dichas causas.

ALIMENTOS. Beneficiario de alimentos. Cesación de alimentos.

La declaración de culpa concurrente de las partes en el juicio de divorcio implica que ninguna de las dos partes litigantes carece de culpa o responsabilidad en la ruptura del vínculo matrimonial, o, en otros términos, que ambos litigantes tienen la culpa (compartida) en la declaración del divorcio vincular. Si

ambos son culpables, entonces ninguno es “no culpable”, que es el requisito que exige el artículo 20 de la Ley 45/91 para que el cónyuge “no declarado culpable” pueda conservar su derecho alimentario, lo que trae como consecuencia que no existe en ninguno de los entonces cónyuges la obligación de pasar alimentos al otro, conforme la ya dictada norma del artículo 77 de la ley N° 1/92.

ALIMENTOS. Beneficiario de alimentos. Cesación de alimentos. DIVORCIO.

Si el alimentante no tiene derecho a obtener la cesación de la prestación alimentaria determinada a favor de su ex cónyuge conforme lo dispuesto en los art. 260 y 263 inc. D) del C.C. , si tiene derecho a obtener la cesación alimentaria conforme lo dispuesto en los artículos 20 de la Ley N° 45/91 y 77 de la Ley N° 1/92.

T. de Apel. Civ. y Com. Primera Sala. 07/02/12. “H. G. S/ Cesación de Prestación de Alimentos y otro” (Ac. y Sent. N° 3).

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 DR. MARCOS RIERA HUNTER.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA LA MAGISTRADA VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ DIJO: El recurrente nada dice respecto al recurso de nulidad y al no observarse vicios o errores en el procedimiento que ameriten su estudio de oficio por esta Alzada, corresponde declararlo desierto. 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: En primer término, corresponde dejar en claro que la resolución que viene en grado de alzada ante este Tribunal no puede ser conceptuada como una sentencia definitiva –como ha sido calificada por el Juzgado de Primera Instancia- sino

como un auto interlocutorio. Ello es así por cuanto que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 601 del CPC: “Toda petición de aumento, disminución, cesación o coparticipación en los alimentos, se sustanciará por las normas de los incidentes, en el proceso en que fueron solicitados...”. Como es sabido, las peticiones incidentales se resuelven no por medio de una sentencia definitiva, sino por medio de un auto interlocutorio. Es por ello por lo que, de acuerdo con la normativa invocada y la naturaleza de lo resuelto en la resolución en recurso, la misma debe ser considerada por el Tribunal como un auto interlocutorio debiendo citarse, por ende, también un auto interlocutorio en esta instancia y no un Acuerdo y Sentencia.

No obstante, atendiendo a la posición asumida por la mayoría, no resta a esta Magistratura sino suscribir la presente resolución con la estructura de un Acuerdo y Sentencia dejando constancia de lo que ha sido puntualizado anteriormente.

En cuanto al recurso de nulidad, esta Magistratura se adhiere al voto de la preopinante, por iguales fundamentos. ASÍ VOTO.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA LA MAGISTRADA VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ DIJO: Por S. D. N° 764 de fecha 14 de octubre de 2010, la Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, del Décimo Turno, resolvió: “...1) HACER LUGAR, con costas, a la presente demanda de cesación de la prestación de alimentos establecida a favor de la Señora I. C. A., por su ex esposo el Señor H. G., conforme al exordio de la presente resolución. 2) LIBRAR oficio a la Caja de Jubilaciones del Instituto de Previsión Social y al Banco Nacional de Fomento, comunicando esta resolución. 3) ANOTAR...”.

La demandada, Sra. I. C. A., por derecho propio y bajo patrocinio de Abogada, se agravia contra la Sentencia en estudio, y a fs. 44/46 de autos fundamenta este recurso. En lo sustancial manifiesta que la Jueza de grado inferior no tuvo en cuenta la falta de elementos probatorios de los hechos esgrimidos por el actor. Sostiene que su imposibilidad de proveerse a sí misma la subsistencia diaria, se halla plenamente justificada en autos, con el certificado médico visado por el Ministerio de Salud Pública en donde consta que padece de hipertensión arterial, así como de angina de pecho, que le impiden realizar cualquier actividad física u otro tipo de trabajo. Sigue sosteniendo la apelante que el actor no produjo prueba alguna y que la Jueza al momento de dictar resolución no tuvo en cuenta su edad ni su estado de salud. Agrega otras consideraciones sobre el

tema en estudio y finaliza solicitando la revocación, con costas, del fallo apelado.

El actor, Sr. .H. G., por derecho propio y bajo patrocinio de Abogada contesta el traslado de la fundamentación de la apelante (fs. 47/50). Expresa que la Sentencia recurrida se encuentra ajustada a derecho y solicita su confirmación con costas.

Revisadas las constancias procesales, así como 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.

Se está en presencia de una demanda por cesación de prestación de alimentos, que promueve el alimentante H. G. contra su ex cónyuge I.C.A.. El actor fue condenado al pago de la suma de Gs. 468.392 en concepto de alimentos conforme a la S.D. N° 856 de fecha 02 de noviembre de 2005 (ver fs. 18/19). Ahora bien, el actor se presentó ante el Juzgado a solicitar el cese del pago de la cuota alimenticia, argumentado por un lado que actualmente tiene un hijo menor a quien debe mantener y por el otro que se encuentra con problemas de salud, ya que es cardíaco y sigue un tratamiento en el I.P.S. Asimismo, el actor basa su petición en que con la demandada tuvieron cuatro hijos, y que los mismos ayudan a su madre porque son todos mayores y trabajan.

El artículo 260 del Código Civil, expresa: "...Si después de hecha la asignación de los alimentos, se alterase la situación económica del que los suministra o del que los recibe, el juez podrá resolver el aumento, la disminución o la cesación de los alimentos, según las circunstancias".

Asimismo el inciso d) Art. 263 del mismo cuerpo legal, dispone: "...Cesará la obligación de prestar alimentos: d) cuando hubieren desaparecido las causas que la determinaron".

Para establecer la viabilidad de la cesación alimentaria en estos autos, corresponde analizar las pruebas aportadas por ambas partes. En ese sentido, se tiene por acreditado que tanto el actor H. G. y la demandada I.C.A., presentan problemas de salud conforme lo acreditaron a fs. 6, 14/17 y a fs. 32 del expediente que obra por cuerda separada. Asimismo, se constata que ambos litigantes son personas de avanzada edad. No obstante, se debe tener en cuenta ciertos elementos para establecer si corresponde o no la cesación de alimentos.

El actor alega en su escrito inicial que tiene otro hijo menor a quien debe ayudar económicamente en su educación, salud, vestimenta, etc., demostrando

este hecho con el correspondiente certificado de nacimiento obrante a fs. 12, y que el sueldo jubilatorio que percibe actualmente, descontando la suma en concepto de alimentos, no es suficiente para solventar los gastos mencionados. Por otro lado, de la unión matrimonial con la Sra. I.C.A. nacieron sus cuatro hijos y que en la actualidad son todos mayores, trabajan y le ayudan económicamente a su madre. También sostiene que ha dejado la casa matrimonial a la demandada donde hasta la fecha vive con dos de sus hijos, ya que los otros dos viajaron al extranjero a trabajar. Esta afirmación no ha sido desvirtuada por la demandada, lo que hace presumir que la misma recibe ayuda de sus hijos, no así el padre.

Por otro lado, existe otro hecho importante no tenido en cuenta por la Jueza de grado inferior, que es la Sentencia recaída en el juicio sobre divorcio vincular obrante a fs. 4 y su Aclaratoria de fs. 5, en donde se resolvió el divorcio de ambos litigantes por culpa concurrente, lo cual indica que la Sra. Ignacia Constantina Amarilla fue culpable en parte de la separación, privándole esta situación de solicitar alimentos a su ex-cónyuge.

En síntesis, en autos existen elementos de convicción que acreditan fehacientemente la desaparición de las causas que determinaron la obligación de prestar alimentos a la Sra. I. C. A., por lo que la cesación de alimentos se encuentra conforme a derecho.

Los fundamentos expuestos, las consideraciones que anteceden y las disposiciones legales citadas, llevan a esta Alzada a la conclusión de que la sentencia apelada debe ser confirmada en todas sus partes, imponiendo las costas a la parte perdedora conforme a lo establecido en el Art. 192, en concordancia con el Art. 203 inc. a) del C.P.C.

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 las constancias de los autos se desprende que el Sr. Herminio Giménez solicitó al Juzgado de Primera Instancia la cesación de la prestación alimentaria en favor de la Sra. I. C. A. fundado en los siguientes argumentos: 1) Que tiene un hijo menor de nombre Euclides a quien debe amparar, educar y proteger, obligaciones que no puede cumplir acabadamente porque le descuentan de sus ingresos la suma de Gs. 468.362 que es el monto de la prestación alimentaria

determinada en beneficio de la Sra. I. C. A.; 2) Que tiene problemas de salud porque es cardíaco y que sigue tratamiento en el IPS debiendo comprar sus medicamentos porque en dicho instituto no siempre le proveen; 3) Que la Sra. I. C.A. no se encuentra desamparada porque viven con ella sus cuatro hijos que la mantienen y la ayudan económicamente, habiéndole dejado –por lo demás– a la misma la casa matrimonial en donde vive hasta la fecha no habiéndole reclamado él nunca nada; 4) Que por sentencia aclaratoria de la sentencia de divorcio se declaró la culpa concurrente de ambos cónyuges, lo que provoca la pérdida del derecho alimentario de la Sra. I. C. A..

El artículo 260 del CC dispone que “Si después de hecha la asignación de los alimentos, se alterase la situación económica del que los suministra o del que los recibe, el juez podrá resolver el aumento, la disminución o la cesación de los alimentos, según las circunstancias”. A su vez, el artículo 263, inc. “d”, del mismo cuerpo legal, preceptúa: “Cesará la obligación de prestar alimentos: ... cuando hubieren desaparecido las causas que determinaron”.

En el caso en estudio, y a criterio de esta Magistratura, no concurren ninguno de los presupuestos previstos en las normas legales antes transcriptas para resolver –por aplicación de tales disposiciones– la cesación de los alimentos que percibe la Sra. I. C. A..

En efecto, el solicitante de la cesación alimentaria no ha acreditado la alternación o modificación de su situación económica, ni suya (la del incidentista), ni la de la beneficiaria (I. C. A.) por cuanto que los argumentos relacionados con el nacimiento de su hijo menor Euclides, y con su estado de salud ya preexistían con anterioridad a dos aumentos de la presentación alimentaria que había logrado la Sra. I. C. A., por lo que tales argumentos no tienen el carácter de novedosos (posteriores al último aumento alimentario) como para provocar la cesación de la prestación actualmente en vigencia.

El hijo menor E. nació en el año 1994 y con posterioridad, en el año 2002, la Sra. A. fue beneficiada con un aumento de la prestación alimentaria que ascendió de Gs. 102.000 a Gs. 300.000, conforme surge de las constancias obrantes en el expediente 604/2007, fs. 20, agregado a estos autos por cuerda separada. Asimismo, el estado de salud del Sr. H. G. (cardiopatía) tampoco puede constituir fundamento suficiente para lograr la cesación alimentaria que se pretende por cuanto que, conforme constancias médicas, dicha cardiopatía ya se remonta, por lo menos, a los años 2002 y 2003, y, sin embargo, la Sra. A. fue

beneficiada en el año 2005 con otro aumento de la prestación alimentaria (que ascendió a la suma de Gs. 468.392), conforme surge que las constancias de estos autos, fs. 18, en concordancia con las constancias que obran a fs. 28 del citado expediente N° 604/2007, a la vista del Tribunal. Si estas dos circunstancias (nacimiento del hijo menor E. y la cardiopatía del Sr. H. G.) no impidieron el aumento reiterado (en dos ocasiones) de la prestación alimentaria determinada a favor de I. C. A., tampoco en esta ocasión podrían provocar la cesación de los alimentos, puesto que, como se dijo, aquellas circunstancias no son novedosas y, por ende, no podrían ser conceptuadas como causas eficientes de la modificación o alteración (negativa) de la situación económica del alimentante.

Por lo demás, tampoco se han producido pruebas que acrediten la modificación o alteración económica de la alimentada (Sra. I. C. A.). No se ha probado que los hijos viven con ella y tampoco que la ayudan económicamente, y tampoco que se le haya cedido la casa matrimonial, omisiones que suben de punto si se tiene en cuenta que lo que tiene que probar el interesado (incidentista) en lograr la cesación de la prestación alimentaria es que la beneficiaria cuenta con posibilidades de atender por sí misma a su subsistencia, o que tiene bienes propios, o ambos extremos a la vez, lo que no ha ocurrido (art. 76, Ley N° 1/92).

Por último, tampoco se han producido probanzas orientadas a acreditar que hubiesen desaparecido las causas que inicialmente determinaron la prestación alimentaria, conforme el artículo 263, inc. "d", del C. C. Ello es así porque para poder determinar que tales causas han desaparecido es necesario previamente conocer cabalmente cuáles han sido dichas causas. Resulta elemental entender que no es posible afirmar la desaparición de las causas que determinaron la prestación alimentaria si se desconocen cuáles han sido aquellas causas. Precisamente, en el caso, tales causas originarias se desconocen por cuanto que si bien se sabe que la Sra. I. C. A. fue beneficiada inicialmente con una prestación alimentaria de Gs. 102.000 según sentencia definitiva N° 532 de septiembre de 1993, resolución mencionada en la S.D. N° 268/2002 (fs. 20, expediente N° 64/2007), no se tiene a la vista dicha sentencia definitiva N° 532/93 a fin de poder tomar conocimiento cabal de las causas que inicialmente determinaron la prestación alimentaria a favor de la Sra. I. C. A. Asimismo, tampoco se han producido pruebas para acreditar cuales fueron las causas que han motivado los dos aumentos posteriores de la prestación alimentaria, y la desaparición de las mismas.

Es por ello por lo que el pedido de cesación de la prestación alimentaria planteada por vía incidental por el Sr. .H. G. no podría tener acogida favorable por parte de la Magistratura sobre la base de las normas contenidas en los artículos 260 y 263, inc. “d”, del CC, razón por la cual, atendiendo a tales fundamentos, la pretensión del peticionante tendría que ser desestimada por improcedente.

Sin embargo, todo el razonamiento que ha sido precedentemente desarrollado por la Magistratura sufre una drástica modificación en sus premisas fundamentales, por cuanto que se advierte en autos un elemento de juicio novedoso y relevante que provoca la extinción o pérdida del derecho alimentario que venía gozando la Sra. I. C. A..

En efecto, el artículo 20 de la Ley N° 45/91 establece que “El cónyuge no declarado culpable conservará su derecho alimentario respecto del otro...”, salvo que concurran circunstancias previstas en la misma ley que, en este caso, no han acaecido (o no se probaron). Esta disposición da a entender tácitamente que si el cónyuge es declarado culpable en el juicio de divorcio pierde su derecho alimentario, criterio que es el que se encuentra contenido expresamente en el artículo 77 de la Ley N° 1/92, de Reforma del Código Civil, que establece: “No existe obligación de suministrar alimentos al cónyuge declarado judicialmente culpable del divorcio o de la separación personal”. Esta norma levanta la obligación que eventualmente tuviera o pudiera tener el cónyuge de pasar alimentos de acuerdo con el art. 76, de la citada ley modificatoria al otro. La norma que levanta una obligación constituye una norma permisiva porque permite al obligado no realizar la conducta obligada, o, lo que es lo mismo, instituye el derecho del sujeto pasivo de no ejecutar la conducta determinada en la norma obligatoria.

En la especie, conforme surge de la S.D. N° 698 del 30 de octubre del 2007 (fs. 4), se declaró el divorcio vincular de los Sres. .H. G.e I. C. A., y por S.D. N° 208 del 14 de abril del 2008 (fs. 5) se hizo lugar a la aclaratoria interpuesta contra la sentencia definitiva señalada declarándose la culpa concurrente de ambas partes del juicio de divorcio vincular. La declaración de culpa concurrente de las partes en el juicio de divorcio implica que ninguna de las dos partes litigantes carece de culpa o responsabilidad en la ruptura del vínculo matrimonial, o, en otros términos, que ambos litigantes tienen la culpa (compartida) en la declaración del divorcio vincular. Si ambos son culpables, entonces ninguno es “no

JURISPRUDENCIA

culpable”, que es el requisito que exige el artículo 20 de la Ley 45/91 para que el cónyuge “no declarado culpable” pueda conservar su derecho alimentario, lo que trae como consecuencia que no existe en ninguno de los entonces cónyuges la obligación de pasar alimentos al otro, conforme la ya dictada norma del artículo 77 de la ley N° 1/92.

En otras palabras: si bien el Sr. .H. G. no tiene derecho a obtener la cesación de la prestación alimentaria determinada a favor de I. C. A. conforme lo dispuesto en los artículos 260 y 263, inc. “d”, del C.C., sí tiene derecho a obtener dicha cesación alimentaria conforme lo dispuesto en los artículos 20 de la Ley N° 45/91 y 77 de la Ley N° 1/92.

En consecuencia, por los fundamentos anotados, corresponde que el Tribunal confirme, con costas, la resolución en grado de alzada (que hace lugar, con costas, a la cesación de la prestación alimentaria determinada a favor de la Sra. I. C. A.) por hallarse la decisión ajustada a Derecho. 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. DECLARA DESIERTO el recurso de nulidad.
2. CONFIRMAR la Sentencia apelada.
3. IMPONER las costas a la parte perdedora.
4. ANOTAR, registrar, notificar y remitir copia a la Corte Suprema de Justicia.

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

Ante mí: Abog. María Teresa Cañete. Actuaría Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 99

Cuestión debatida: *Establecida así la controversia en esta apelación interpuesta el cual tiene su punto de discusión en la acción de regulación de honorarios profesionales rechazada por el juzgado.*

REGULACIÓN DE HONORARIOS. Regulación de honorarios extrajudiciales.

Al respecto, el Art. 30 de la Ley 1.376/88 dispone el trámite para la regulación de honorarios solicitado por trabajos extrajudiciales. La norma prevé que el profesional al momento de solicitar la regulación presente la liquidación del monto pretendido, la cual se le corre traslado al presunto obligado. En un segundo paso, si el obligado niegue la obligación, el trabajo desarrollado o el monto pretendido, el juzgado deberá dar apertura a la etapa probatoria, que una vez llegado a término se dictara la sentencia regulando los honorarios o desestimándolos.

RESOLUCIÓN JUDICIAL. NOTIFICACIÓN. Notificación por cédula. SENTENCIA

La resolución que llama autos para resolver se debe notificar por cédula a las partes, porque, implica decidir la cuestión de puro derecho, conforme lo establece el Art. 133, inc. b) del Código Procesal Civil.

NULIDAD PROCESAL. Vicios del procedimiento.

La normativa del art. 113 del CPC establece que las nulidades declarables de oficio son aquellas que impiden dictar válidamente resolución cuando se viole el principio de la defensa en juicio o cuando se violen normas referentes a la competencia improrrogable.

DERECHO A LA DEFENSA. Derecho a la defensa en juicio.

Por violación al principio de defensa debe entenderse el dictado de resoluciones sin que previamente hayan tenido oportunidad de ser oídos quienes pudieran verse directamente afectados por ella, es decir, se refieren a violación de normas relativas a comunicación, como los traslados y las notificaciones, que permiten la oportunidad procesal de exponer la posición de la parte.

NULIDAD PROCESAL. Vicios del procedimiento.

En materia de nulidades nuestro derecho procesal sostiene el principio según el cual todas las nulidades procesales son relativas, es decir, no es procedente la declaración de nulidad sin un perjuicio que sea resultado de la misma. Siendo así, es necesario demostrar, amén del acto viciado, el perjuicio sufrido.

PRUEBA. NOTIFICACION. Notificación por cédula.

Independientemente de la procedencia o no de la apertura a prueba de la causa, se debe destacar que una decisión de tal índole se debe notificar por cédula.

PRUEBA. NOTIFICACION. Notificación por cédula.

La falta de notificación de la resolución en la cual se prescinde de la apertura de la causa a prueba y se declara la cuestión como de puro derecho impidió que la misma pudiera plantear las objeciones al respecto, si así lo considerase pertinente, y coadyuvó a configurar el vicio en la sustanciación del proceso.

NULIDAD PROCESAL. Vicios del procedimiento. DERECHO A LA DEFENSA. Derecho a la defensa en juicio.

En cuanto al perjuicio que lo apuntado podría causar al actor, ello surge patente, cuando que la falta de notificación le privó de ejercer el derecho a oponerse a lo resuelto mediante los medios de impugnación previstos en la ley para los casos en que una resolución sea considerada injusta o contraria a los intereses de una de las partes.

DERECHO A LA DEFENSA. Derecho a la defensa en juicio.

El principio establecido en el art. 16 de la Constitución Nacional debe entenderse como el dictado de resoluciones sin que previamente hayan tenido oportunidad de ser oídos quienes pudieran verse directamente afectados por ella, es decir, se refieren a violación de normas referentes a la comunicación de los actos realizados en el juicio, como es el caso de autos.

DERECHO A LA DEFENSA. Derecho a la defensa en juicio. PRUEBA.

En el caso que nos ocupa, la falta de oportunidad probatoria efectivamente viola el principio a la defensa, que incluye ciertamente también el de ofrecer y producir prueba. De manera que, la violación a este principio conlleva la máxima nulidad posible, la cual debe ser declarada de oficio por los jueces o tribunales al tener conocimiento de ello por cualquier motivo o razón.

RECURSO DE APELACIÓN. Facultades del Tribunal de Apelación.

El superior se encuentra circunscripto a aquello que es materia de recurso, conforme al principio "*tantum appellatum, quantum devolutum*". Siendo así, no puede exceder los límites que el propio recurrente estableció en el recurso, decidiendo sobre cuestiones que aunque hayan sido resueltas en la instancia

anterior en contra del recurrente, éste las ha excluido en forma expresa o implícita, conforme lo establece el art. 420 del CPC

T. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. 29/02/12. “Pedro José Gamarra Doldán c/ Pedro Domingo Volpe Torres s/ Regulación de Honorarios Extrajudiciales” (A. I. N° 99).

Asunción, 29 de febrero de 2012.

VISTOS: Los recursos de nulidad y apelación interpuestos por el Abog. PEDRO GAMARRA DOLDÁN, en contra del A.I. N° 215 de fecha 15 de marzo de 2011, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Décimo Tercer Turno; y.

CONSIDERANDO:

QUE, en primer orden, en el citado auto interlocutorio el juzgado resolvió: “ NO HACER LUGAR, al pedido de regulación de honorarios profesionales extrajudiciales solicitado por el Abog. PEDRO GAMARRA DOLDÁN, por los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. ANOTAR..”.

OPINIÓN DEL DR. NERI E. VILLALBA FERNÁNDEZ, DIJO: NULIDAD: La parte recurrente ha desistido de este recurso interpuesto. Pero, éste Miembro preopinante considera necesario su estudio, por observarse en la resolución recurrida vicios In Procedendo que conllevan su nulidad.

El apelante al fundar el recurso de apelación de fs. 26/28 de autos, se agravia de la resolución dictada por la a quo, y manifiesta, que el juzgado ha dictado su resolución rechazando la regulación de sus honorarios en contra de lo dispuesto en la ley. Dice, que resolver la cuestión de puro derecho tenía que dar por probado lo manifestado por su parte. Manifiesta, que la resolución que da por decaído el derecho de la parte demandada y llama autos para resolver no le fue notificada por cédula, por lo cual su parte no pudo recurrir tal resolución. Culmina su exposición solicitando la revocación de la resolución apelada.

En el sentido expuesto corrido el respectivo traslado la contraparte contesta a fs. 30 de autos, rechazando las alegaciones expuestas por el recurrente. Dice, que la parte actora no ha diligenciado la prueba propuesta por la misma ni ha urgido el libramiento del oficio, tampoco, ha recurrido la resolución que llama autos para resolver, cuya notificación es por automática. Termina su contestación peticionando la confirmación del auto apelado.

Establecida así la controversia en esta apelación interpuesta el cual tiene su punto de discusión en la acción de regulación de honorarios profesionales rechazada por el juzgado.

Al respecto, el Art. 30 de la Ley 1376/88 dispone el trámite para la regulación de honorarios solicitado por trabajos extrajudiciales. La norma prevé que el profesional al momento de solicitar la regulación presente la liquidación del monto pretendido, la cual se le corre traslado al presunto obligado. En un segundo paso, si el obligado niegue la obligación, el trabajo desarrollado o el monto pretendido, el juzgado deberá dar apertura a la etapa probatoria, que una vez llegado a término se dictara la sentencia regulando los honorarios o desestimándolos.

En este caso, la juez inferior, previa a la resolución recurrida, ha dictado el A.I. N° 079 de fecha 17 de febrero de 2011, que da por decaído el derecho de la parte demandada y llama autos para resolver. Que, tiene su resultado en el A.I. N° 215 de fecha 15 de marzo de 2011, en revisión por esta Cámara.

Evidentemente, si la judicatura creyó innecesaria la apertura del periodo de prueba, solo podía resolver el fondo de lo pretendido de puro derecho. Es decir, si la a quo consideraba la falta de elementos que acrediten la pretensión de honorarios debió ordenar la apertura de la etapa probatoria. Y, si su convicción le llevaba a la conclusión que contaba con los elementos necesarios para decidir la acción promovida, entonces correspondía dictar la declaración de la cuestión de puro derecho. Tal y como, lo determina en el A.I. N° 079 de fecha 17 de febrero de 2011.

Además, esa resolución que llama autos para resolver se debió notificar por cédula a las partes, porque, implica decidir la cuestión de puro derecho, conforme lo establece el Art. 133, inc. b) del Código Procesal Civil.

Por otro lado, el rechazo de esta demanda no fue dictado in límine, por lo tanto, el juzgado debió resolver la desestimación del pedido de regulación de honorarios por vía de la sentencia definitiva, tal y como, establece la jurisprudencia de nuestros Tribunales.

En conclusión, la resolución recurrida adolece de serios vicios *In Procedendo* que necesariamente imponen la declaración de nulidad. Ahora bien, existiendo trámites propios de primera instancia que deben ser ejercitados en dicha instancia se impone su reenvío al juzgado de igual clase y jurisdicción que le sigue en turno para el juzgamiento de fondo.

En cuanto a las costas, las mismas deberán ser impuestas a la parte contraria por haberse opuesto a la pretensión del recurrente.

OPINIÓN DE LA DRA. MARÍA MERCEDES BUONGERMINI PALUMBO, DIJO, NULIDAD: Primeramente corresponde destacar que el recurrente, en su escrito de agravios obrante a fs. 26/28 de autos, desistió expresamente del recurso de nulidad por él interpuesto. Empero de un análisis de su escrito de fundamentación de recursos, notamos que el mismo señala que la resolución por la cual la *a quo* prescindió de la apertura de la causa a prueba y declaró la cuestión como de puro derecho no le fue notificada en debida y legal forma. De ello surge que el apelante indica suficientemente un vicio que ha derivado en un menoscabo a sus derechos, razón por la cual debemos avocarnos a su estudio para determinar su procedencia. Es importante recalcar que, si bien la resolución cuyo anoticiamiento no se habría efectuado no es la que fue materia de recurso, es decir, no es aquella en virtud de la cual se abrió la presente instancia recursiva, lo resuelto por la misma tiene una estricta conexidad con la cuestión aquí sometida a decisión, por lo que el estudio de las cuestiones descriptas deviene necesario. Luego, se debe recordar que al tribunal compete el análisis oficioso de la nulidad, si existieran vicios que le impidan declarar válidamente resolución, en aplicación del art. 113 del Cód. Proc. Civ.

Debemos pues, establecer el alcance del art. 113 traído a colación para tratar el presente recurso. Esta normativa establece que las nulidades declarables de oficio son aquellas que impiden dictar válidamente resolución cuando se viole el principio de la defensa en juicio o cuando se violen normas referentes a la competencia improrrogable. Ahora bien, por violación al principio de defensa debe entenderse el dictado de resoluciones sin que previamente hayan tenido oportunidad de ser oídos quienes pudieran verse directamente afectados por ella, es decir, se refieren a violación de normas relativas a comunicación, como los traslados y las notificaciones, que permiten la oportunidad procesal de exponer la posición de la parte.

Dicho esto, procederemos al análisis propiamente.

Sabido es que el recurso de nulidad, conforme con el art. 404 del Cód. Proc. Civ., se da contra las resoluciones dictadas con violación de la forma y solemnidades previstas por las leyes. Aquí no se cuestiona ningún vicio respecto de la resolución recurrida en sí misma, sino defectos en el procedimiento que llevó a ella, y fundado en la falta de notificación cedular de la resolución que dio por

decaído el derecho del demandado para contestar el traslado de la demanda y llamó autos para resolver. (fs. 12 vlta.). Como se ha venido apuntando reiteradamente, en materia de nulidades nuestro derecho procesal sostiene el principio según el cual todas las nulidades procesales son relativas, es decir, no es procedente la declaración de nulidad sin un perjuicio que sea resultado de la misma. Siendo así, es necesario demostrar, amén del acto viciado, el perjuicio sufrido.

Así, examinadas las constancias del expediente notamos que el Abg. Pedro Gamarra Doldán ha promovido demanda de regulación de honorarios extrajudiciales contra el Sr. Pedro Volpe Torres conforme a las actuaciones extrajudiciales realizadas ante el Ministerio de Industria y Comercio –Dirección de la Propiedad Industrial– en los autos administrativos caratulados “Ecce Venio s/ Inscripción de marca en la clase 43” (fs. 5/7). Por providencia de fecha 21 de diciembre de 2010 el juzgado ha corrido traslado de la demanda al Sr. Pedro Volpe Torres a fin de que la conteste dentro del plazo de ley (fs. 8), la cual fue cedularmente anoticiada en fecha 29 de diciembre de 2010 (fs. 10). Luego, por A.I. N° 79 de fecha 17 de febrero de 2011 el juzgado ha resuelto dar por decaído el derecho que ha dejado de usar la parte demandada, Sr. Pedro Volpe Torres, por no haber contestado el traslado de la demanda; asimismo y al propio tiempo, llamó autos para resolver (fs. 12). Teniendo en cuenta esta última circunstancia, la inferior ha dictado el A.I. N° 215 de fecha 15 de marzo de 2011, por el cual resolvió no hacer lugar al pedido de regulación de honorarios profesionales extrajudiciales solicitado por el Abg. Pedro Gamarra Doldán (fs. 13).

Tratándose el presente caso de una demanda por regulación de honorarios extrajudiciales, el procedimiento se encuentra claramente legislado en el art. 30 de la ley de honorarios. El mismo establece en su primer párrafo que *“Los honorarios por trabajos extrajudiciales, no mediando acuerdo, serán regulados por el juez de Primera Instancia de Turno. Al efecto, el profesional presentará bajo forma de demanda, la liquidación correspondiente, de la que se correrá traslado por tres días perentorios a quien se estimase es el obligado a su pago”*. En su segundo párrafo dispone que *“Si negare la obligación, la realización de los trabajos o cuestionase el monto, se abrirá la cuestión a prueba por un plazo no mayor de quince días, pasados los cuales, el Juez, sin más trámites, y dentro de tercero día, procederá a regular o rechazar los honorarios reclamados. Contra esta decisión podrán deducirse los recursos de apelación y nulidad, los cuales se concederán en relación”*.

De la lectura y análisis del articulado transcrito surgen claramente los trámites que deben observarse para la sustanciación de un proceso de regulación de honorarios extrajudiciales. Así, el citado artículo impone la necesidad de correr traslado de la liquidación presentada por el demandante –solicitante de los honorarios- al demandado –potencial obligado al pago-. Asimismo, dispone que si el demandado contesta negando la obligación, la realización de los trabajos o cuestionase el monto, se deba abrir la causa a prueba.

En el caso de marras, podemos observar que si bien la *iudex a quo* ha ordenado el traslado de la demanda, el demandado no la contestó dentro del término de ley. Dada esta circunstancia la inferior dictó el A.I. N° 79 de fecha 17 de febrero de 2011 dando por decaído el derecho del demandado para contestar el traslado de la demanda y llamando autos para resolver. Con esta decisión se entiende que prescindió así de la apertura de la causa a prueba y que ha declarado implícitamente la cuestión como de puro derecho.

Independientemente de la procedencia o no de la apertura a prueba de la causa, se debe destacar que una decisión de tal índole se debe notificar por cédula.

En este sentido debemos recordar que el art. 133 del código ritual legisla sobre la forma de notificación de esta resolución, disponiendo que *“Serán notificadas por cédula en el domicilio del interesado las siguientes resoluciones: ...b) la que ordena la apertura a prueba, la que considera innecesaria la apertura a prueba y la que declare la cuestión de puro derecho...”*.

Considerando lo prescripto por la normativa citada y analizadas las constancias de autos, surge que la actora no ha sido notificada en legal y debida forma del A.I. N° 79 de fecha 17 de febrero de 2011. La falta de notificación de la mencionada resolución en la cual se prescinde de la apertura de la causa a prueba y se declara la cuestión como de puro derecho impidió que la misma pudiera plantear las objeciones al respecto, si así lo considerase pertinente, y coadyuvó a configurar el vicio en la sustanciación del proceso.

En cuanto al perjuicio que lo apuntado podría causar al actor, ello surge patente, cuando que la falta de notificación le privó de ejercer el derecho a oponerse a lo resuelto mediante los medios de impugnación previstos en la ley para los casos en que una resolución sea considerada injusta o contraria a los intereses de una de las partes.

Esta circunstancia viola el principio a la defensa, consagrado en el art. 16 de la Constitución Nacional, el cual en su primera parte establece que *“La*

defensa en juicio de las personas y sus derechos es inviolable". Dicho principio debe entenderse, según lo expresado precedentemente, como el dictado de resoluciones sin que previamente hayan tenido oportunidad de ser oídos quienes pudieran verse directamente afectados por ella, es decir, se refieren a violación de normas referentes a la comunicación de los actos realizados en el juicio, como es el caso de autos. En efecto, este principio requiere fundamentalmente que las leyes procesales acuerden, a quienes pudieren encontrarse en aquella situación, una suficiente y razonable oportunidad de ser oídos y de producir pruebas. No exige la efectividad del ejercicio de tal derecho, razón por la cual no puede invocarse cuando la parte interesada no hizo valer, por omisión o negligencia, los medios de defensa, pruebas o recursos de que dispuso en su momento. En el caso que nos ocupa, la falta de oportunidad probatoria efectivamente viola el principio a la defensa, que incluye ciertamente también el de ofrecer y producir prueba. De manera que, la violación a este principio conlleva la máxima nulidad posible, la cual debe ser declarada de oficio por los jueces o tribunales al tener conocimiento de ello por cualquier motivo o razón.

Igualmente es importante hacer algunas consideraciones respecto de la postura acogida por la *a quo* para fundamentar la resolución recurrida, es decir, el A.I. N° 215 de fecha 15 de marzo de 2011.

En la mencionada resolución se ha sostenido que "si bien es cierto el recurrente en su escrito obrante a fs. 5 de autos solicita librar oficio al Ministerio de Industria y Comercio a los efectos que remita copia a este juzgado del expediente administrativo mencionado en líneas precedentes, el mismo no urgió la realización de este valioso medio probatorio a fin de que este órgano juzgador pueda dictar resolución de justiprecio de honorarios profesionales extrajudiciales invocado" (sic.). En otras palabras, la inferior ha expresado que el accionante no ha producido prueba alguna que sustente su pedido de regulación de honorarios extrajudiciales, razón por la cual resolvió por su rechazo. De modo que la oportunidad procesal perdida –de objetar la no apertura a prueba de la causa– devino en un resultado claramente adverso y perjudicial para el recurrente.

Por último, corresponde hacer algunas precisiones respecto del pedido del recurrente de dejar sin efecto el apartado segundo del A.I. N° 79 de fecha 17 de febrero de 2011.

Así, de las constancias de autos surge que los recursos han sido interpuestos solo contra el A.I. N° 215 de fecha 15 de marzo de 2011, en relación y con

efecto suspensivo. En este sentido es importante traer a colación lo prescripto por el art. 420 del Cód. Proc. Civ., el cual establece que el tribunal no podrá fallar sobre aquello que no hubiese sido materia de recurso. En efecto, el superior se encuentra circunscripto a aquello que es materia de recurso, conforme al principio "*tantum appellatum, quantum devolutum*". Siendo así, no puede exceder los límites que el propio recurrente estableció en el recurso, decidiendo sobre cuestiones que aunque hayan sido resueltas en la instancia anterior en contra del recurrente, éste las ha excluido en forma expresa o implícita. En esta tesitura, la solicitud del recurrente deviene improcedente.

En conclusión, atendiendo a todo lo apuntado en los párrafos precedentes, se han producido irregularidades procesales que impiden el dictado de la sentencia y que no pueden ser subsanadas en esta.

En consecuencia, corresponde declarar la nulidad del auto interlocutorio recurrido de conformidad con los arts. 113, 404 y 408 del Cód. Proc. Civ., y dado que es imposible a este Tribunal pronunciarse sobre el fondo del asunto, se debe ordenar la remisión de estos autos a la instancia inferior, al juzgado que le sigue en orden de turno para que se subsanen las omisiones y se cumplan los trámites procesales pertinentes.

En cuanto a las costas corresponde su imposición a la parte perdidosa.

APELACIÓN: Vista la forma en que se resolvió el recurso de nulidad, no corresponde ya tratar este recurso también interpuesto.

A SU TURNO EL DR. ARNALDO MARTÍNEZ PRIETO, MANIFESTÓ: Que se adhiere al voto de la magistrada que antecede.

POR TANTO, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala,

RESUELVE:

ANULAR el A.I. N° 215 de fecha 15 de marzo de 2011 dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Decimotercer Turno.

REMITIR estos autos al Juzgado que sigue en orden de turno, a fin de que se cumplan los tramites procesales omitidos.

ANÓTESE, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Neri E. Villalba Fernandez, Maria Mercedes Boungermini Palumbo y Arnaldo Martínez Prieto.

Ante mí: Abg. Pablo Costantini. Actuario Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 106

MANDATO. Representación sin mandato.

Si bien el art. 60 del CPC faculta a la comparecencia en juicio sin los documentos que acreditan la personalidad en el plazo de 30 días, también es cierto que para ejercer esta representación sin mandato es necesario que el profesional aluda expresamente a ella e invoque y justifique sumariamente una causal o urgencia tal que impida la presentación de dicha documentación, tal y como lo indica el propio artículo citado.

T. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. 06/03/12. “3M Espe Ag. c/ Di-proan S.R.L. S/ Nulidad de Registro de Marcas” (A. I. N° 106).

Asunción, 06 de marzo de 2012.

VISTOS: Estos autos.

CONSIDERANDO:

Que a fs. 187 de autos consta la interposición de los recursos de apelación y nulidad por la Abg. Patricia Ma. Sanabria Centurión, en representación de la parte demandante, contra la S.S. N° 811 de fecha 04 de noviembre de 2011, dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Decimo Turno.

Ahora bien, la parte demandante, por quien toma intervención la Abg. Patricia Ma. Sanabria Centurión, litiga en estos autos bajo patrocinio de la Abg. Leónidas C. de Sanabria. De las constancias de autos no surge que la parte demandante haya otorgado poder general para asuntos judiciales y administrativos a favor de la Abg. Patricia Ma. Sanabria Centurión.

En relación con esto, y en atención a que la interposición de los recursos fue signada solamente por el profesional, se debe apuntar que, si viene el art. 60 del Cod. Proc. Civ. faculta a la comparecencia en juicio sin los documentos que acrediten la personalidad en el plazo de 30 días, también es cierto para ejercer esta representación sin mandato es necesario que el profesional aluda expresamente a ella e invoque y justifique sumariamente una causal o urgencia tal que

impida la presentación de dicha documentación, tal y como lo indica el propio artículo precitado.

No siendo este el caso de autos en razón que la citada profesional no invoco el artículo supremencionado, surge que la interposición de los recursos carece de validez jurídica ya que la Abg. Patricia Ma. Sanabria Centurión no tiene legitimación procesal para actuar en esta causa por sí misma, al no tener poder de la parte a la que patrocina. Se concluye entonces que, al momento de interponer los recursos, la citada profesional carecía de la facultad para actuar en representación de la parte demandante. Tampoco la profesional ha empleado los medios previstos en el art. 60 del Cod. Proc. Civ., al interponer el recurso.

En consecuencia, los recursos no han sido interpuestos por quien tenía la legitimación procesal debida y deben ser declarados mal concedidos.

Por lo tanto, el Tribunal de Apelación Civil y Comercial, Tercera Sala,
RESUELVE:

DECLARAR mal concedidos los recursos de apelación y nulidad interpuestos por la Abg. Patricia Ma. Sanabria Centurión, contra la S.D. N° 811 de fecha 04 de noviembre de 2011, dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Decimo turno, de conformidad a lo expuesto en el exordio de la presente resolución.

ANÓTESE, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Ma. Mercedes Buongermini Palumbo, Dr. Mst. Neri E. Villalba F. y Arnaldo Martínez Prieto.

Ante mí: Abg. Pablo Costantini.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 117

RECURSO DE APELACIÓN. Recurso de apelación ante la Corte Suprema de Justicia.

El art. 403 del CPC, que establece: “Procedencia de la apelación ante la Corte: El recurso de apelación ante la Corte Suprema de Justicia se concederá contra la sentencia definitiva del Tribunal de apelación que revoque o modifique la de primera instancia en este último caso será materia de recurso solo lo que hubiese sido objeto de modificación y dentro del límite de lo modificado.

RECURSO DE APELACIÓN. Admisibilidad y procedencia del recurso de apelación.

Contra las sentencias recaídas en los procesos ejecutivo, posesorios y, en general, en aquellos que admiten un juicio posterior, no se da este recurso.

RECURSO DE APELACIÓN. Recurso de apelación ante la Corte Suprema de Justicia.

La expresión Sentencia, contenida en los artículos 403 del CPC y 28 del COJ, no deja margen interpretativo. En cuanto al auto interlocutorio que resolvió el recurso de aclaratoria dictado por este Tribunal, se debe señalar que la citada resolución también resulta irrecurrible en tercera instancia en razón de ser accesoria del auto interlocutorio aclarado. También dictado por este Tribunal, así pues, al no ser apelable el principal, su accesorio tampoco será apelable por el principio de que lo accesorio sigue la suerte jurídica del principal.

T. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. 08/03/12. “Compulsas del Expediente: M.A.M. S/ Insania”. (A. I. N° 117).

Asunción, 08 de marzo de 2012.

VISTOS: Los recursos de apelación y nulidad interpuestos por el abg. Harry S. Biederman contra el A.I. N° 80 de fecha 21 de febrero de 2012, dictados por este tribunal, y;

CONSIDERANDO:

Que este Tribunal, en virtud del A.I. N° 14 de fecha 06 de febrero de 2012, resolvió: “Desestimar el recurso de nulidad. Revocar el primer apartado del A.I. N° 1466 de fecha 12 de diciembre de 1994 en el sentido de hacer lugar a la sustitución de curador y en consecuencia nombrar curadora del Sr. M.A.M. a su hija la Sra. M. de la P.M. I., de conformidad con el exordio de la presente resolución. Confirmar el segundo y tercer apartado de la resolución recurrida. Imponer las costas en ambas instancias a.... Anótese...”. (sic) (fs. 736). Posteriormente, por el A.I. N° 80 de fecha 21 de febrero de 2012, dictado por este Tribunal. Imponer las costas a la perdedora. Anótese...” (sic) (fs. 738 vlta.).

Que el art. 403 del Código Procesal Civil, que establece: “Procedencia de la apelación ante la Corte: El recurso de apelación ante la corte Suprema de Justicia se concederá contra la sentencia definitiva del Tribunal de apelación que

revoque o modifique la de primera instancia. En este último caso será materia de recurso solo lo que hubiere sido objeto de modificación y dentro del límite de lo modificado. Contra las sentencias recaídas en los procesos ejecutivos, posesorios y, en general, en aquellos que admiten un juicio posterior, no se da este recurso.

Procederá también contra las resoluciones originarias del Tribunal de apelación que causen gravamen irreparable o decidan incidentes”.

Analizados estos autos se advierte que el A.I. N° 14 de fecha 06 de febrero de 2012, objeto de los presentes recursos, no se enmarcan dentro de las previsiones establecidas en el art. 403 del Cod. Proc. Civ., puesto que en virtud de dicha resolución este Tribunal resuelve en alzada los recursos de apelación y nulidad interpuestos contra el A.I. N° 1466 de fecha 12 de diciembre de 1994, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Octavo Turno, con lo que la misma no es originaria del Tribunal de Apelación, por cuanto que en ella se estudia la procedencia o no de los recursos mencionados. La misma resulta, así, incurrir en virtud de las disposiciones previstas en el art. 403 del Cod. Proc. Civ., y el art. 28 del Cod. Org. Jud., que menciona que solo las sentencias definitivas son susceptibles de revisión, vía recurso, en tercera instancia, no así los autos interlocutorios, cualquiera sea el efecto que ellos tengan en el juicio. La expresión “sentencia”, contenida en la normativa de ambos artículos, no deja margen interpretativo. En cuanto al A.I. N° 80 de fecha 21 de febrero de 2012, dictado por este Tribunal, se debe señalar que la citada resolución también resulta irrecurrible en tercera instancia en razón de ser accesoria del A.I. N° 14 de fecha 06 de febrero de 2012, también dictado por este Tribunal, así pues, al no ser apelable el principal, su accesorio tampoco podrá ser apelable por el principio de que lo accesorio sigue la suerte jurídica del principal.

No corresponde en consecuencia, otorgar los recursos interpuestos por el Abg. Harry S: Biedermann contra el A.I. N° 14 de fecha 06 de febrero de 2012 y sus aclaratoria, A.I. N° 80 de fecha 21 de febrero de 2012, dictados por este Tribunal, de conformidad con las disposiciones contenidas en el Art. 403 del Cod. Proc. Civ. Y el Art. 28 ap. 2ª inc. a) de la Ley 879/81 del Código de Organización Judicial.

Por lo tanto,, el tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, tercera Sala,
RESUELVE:

Denegar la concesión de los recursos de apelación y nulidad interpuestos por el Abg. Harry S. Biedermann contra el A.I. N° 14 de fecha 06 de febrero de

2012 y su aclaratoria, A.I. N° 80 de fecha 21 de febrero de 2012, dictados por este Tribunal, por improcedentes, de conformidad con lo expuesto en el exordio de la presente resolución.

Anótese, registrase y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Ma. Mercedes Buongermini Palumbo, Dr. Mst. Neri E. Villalba F. y Arnaldo Martínez Prieto.

Ante mí: Abg. Pablo Costantini.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 134

PROCESOS ESPECIALES

“Los procesos especiales son todos aquellos procesos judiciales *contenciosos* (de conocimiento, de ejecución y cautelares) que se hallan sometidos a trámites específicos, total o parcialmente distintos a los del proceso ordinario. Se caracterizan por la simplificación de sus dimensiones temporales y formales, y, en consecuencia, por la mayor celeridad con que son susceptibles de sustanciarse y resolverse. ...”.

JUICIO EJECUTIVO. PROCESOS ESPECIALES

Como puede verse, los procesos de ejecución se encuentran insertos dentro de lo que en materia procesal se denomina proceso especial. El hecho de que en el caso de nuestro código de rito los procesos de ejecución en general no se encuentren ubicados dentro del libro IV rotulado “De los títulos y procedimientos especiales” no quiere decir que nuestro sistema procesal los excluya de dicha tipología. Debe quedar establecido que el art. 267 del Cód. Proc. Civ. tiene plena vigencia para el caso en estudio.

PRUEBA. Suspensión de la etapa procesal siguiente.

Sabido es que para la procedencia de un pedido de suspensión de la etapa procesal siguiente, el/la peticionante debe haber mostrado diligencia en el ofrecimiento y producción de sus pruebas, conforme lo establece la primera parte del art. 267 del Cód. Proc. Civ.

PRUEBA. Suspensión de la etapa procesal siguiente.

Deviene lógico concluir que los urgimientos presentados por la recurrente, si bien fueron presentados conforme a los cargos actuariales durante el periodo

probatorio, no fueron agregados al expediente inmediatamente como corresponde. Además la respuesta a ellos por parte del Juzgado fue que se esté a lo dispuesto por la providencia que ordenó el cierre del periodo probatorio y llamó autos para resolver –de fecha anterior a su presentación–. En las condiciones señaladas, no resta más que hacer lugar al recurso de apelación interpuesto y en consecuencia, hacer lugar al pedido de suspensión de la etapa procesal siguiente.

T. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. 13/03/12. “Ulises Morínigo Peralta c/ Enrique Kurt Rehnfeld s/ Acción Ejecutiva de Ejecución de Sentencia”. (A. I. N° 134).

Asunción, 13 de marzo de 2012.

VISTOS: Los recursos de apelación y nulidad interpuestos por la Abg. Olivia Fanego Gómez contra el a.I. N° 2.359 de fecha 24 de septiembre de 2010, dictado por el Juzgado de Justicia Letrada del Quinto Turno, y,

CONSIDERANDO:

Que, por el auto recurrido el inferior resolvió: “NO HACER LUGAR, a la suspensión de la etapa procesal siguiente solicitada por la abogada OLIVIA FANEGO GÓMEZ en nombre y representación de ENRIQUE KURT REHN-FELD NICOLI, por los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. COSTAS por su orden. ANOTAR...” (Sic)

NULIDAD: La recurrente desistió expresamente del presente recurso y no existiendo por lo demás defectos o vicios en la resolución recurrida que ameriten la declaración de nulidad de oficio por parte del Tribunal, corresponde tener por desistida a la apelante del recurso de nulidad.

APELACIÓN: Se agravia la representante convencional del ejecutado de la resolución recurrida por cuanto que la misma hizo un análisis alegando que la aplicación del art. 267 del Cód. Proc. Civ. resulta imposible en razón de que el mismo hace alusión al proceso de conocimiento ordinario, a los procesos especiales y a los incidentes no así al proceso de ejecución. Aduce que dicho razonamiento constituye un error que redundaría en un perjuicio para su parte ya que la citada norma deviene aplicable tanto respecto del proceso principal, como de los incidentes y excepciones, no existiendo precepto legal alguno sobre la aplicación

de dicha figura en el proceso de ejecución. Sostiene que su representación urgió los trámites probatorios en la excepción opuesta mediante sendos escritos presentados. Culmina su escrito sosteniendo que la falta de diligenciamiento en tiempo obedece a meros formalismos y a las burocracias de pruebas, por lo que solicita se revoque la resolución recurrida y consecuentemente se habilite un plazo complementario de pruebas al solo efecto de la agregación del expediente penal caratulado: “ENRIQUE KART REHNFELD NICOLI s/ HOMICIDIO CULPOSO”.

A través del A.I. N° 913 de fecha 19 de octubre de 2011 el Tribunal resolvió previo informe actuarial, dar por decaído el derecho que ha dejado de usar el Abg. ULISES MORÍNIGO PERALTA para contestar el traslado corrido por providencia de fecha 20 de septiembre de 2011, y la continuación de la instancia según su estado.

En los términos anotados precedentemente corresponde determinar la procedencia –o no– del recurso en estudio. Así las cosas, vemos que la jueza *a quo* rechaza el pedido de suspensión de la etapa procesal siguiente, en el marco del periodo probatorio de una excepción de inhabilidad de título opuesta por el representante convencional del ejecutado, fundada en la inaplicabilidad del art. 267 del Cód. Proc. Civ. al procedimiento de ejecución de sentencia en razón de que el mismo hacía alusión al proceso de conocimiento ordinario, a los procesos especiales y a los incidentes, pero no así al proceso de ejecución, por lo que, según sostiene, no resulta procedente la solicitud de suspensión de la etapa procesal siguiente requerida por la excepcionante.

De manera a realizar un estudio pormenorizado del tema propuesto, cabe en primer lugar efectuar un acercamiento a lo que la doctrina entiende por juicio de procedimientos especiales. “Los procesos especiales son todos aquellos procesos judiciales *contenciosos* (de conocimiento, de ejecución y cautelares) que se hallan sometidos a trámites específicos, total o parcialmente distintos a los del proceso ordinario. Se caracterizan por la simplificación de sus dimensiones temporales y formales, y, en consecuencia, por la mayor celeridad con que son susceptibles de sustanciarse y resolverse...” (sic) (Palacio, Lino Enrique. *Manual de Derecho Procesal Civil*, 17ª Ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2003, pág 78).

Como puede verse, los procesos de ejecución se encuentran insertos dentro de lo que en materia procesal se denomina “proceso especial” y ello no es objeto

de discusión ni doctrinaria ni jurisprudencialmente. El hecho de que en el caso de nuestro código de rito los procesos de ejecución en general no se encuentren ubicados dentro del libro IV rotulado “De los títulos y procedimientos especiales” no quiere decir que nuestro sistema procesal los excluya de dicha tipología. De hecho, de la simple lectura de lo transcrito en el párrafo que antecede no pueden quedar dudas de que al hablar de juicios de ejecución nos referimos a un tipo de juicio de trámite especial. Dicho esto, los fundamentos esgrimidos por la jueza inferior para el rechazo *ab initio* del pedido de suspensión de la etapa procesal siguiente carecen de rigor jurídico y por consiguiente debe quedar establecido que el art. 267 del Cód. Proc. Civ. tiene plena vigencia para el caso en estudio.

Habiéndose dilucidado el tema referente a la aplicabilidad del art. 267 del Cód. Proc. Civ. al caso particular, corresponde determinar la procedencia –o no– de lo petitionado por la recurrente en la instancia inferior. Al respecto cabe recalcar que la *a quo* no efectuó un análisis de la “cuestión de fondo” por cuanto que al haber considerado inaplicable al tipo de juicio que nos ocupa el artículo de referencia, desestimó el pedido sin más estudio. Sabido es que para la procedencia de un pedido de suspensión de la etapa procesal siguiente, el/la peticionante debe haber mostrado diligencia en el ofrecimiento y producción de sus pruebas, conforme lo establece la primera parte del art. 267 del Cód. Proc. Civ.

Así pues, lo que debe ser objeto de examen en este punto es si la recurrente ha cumplido –o no– con dicho requisito. De las constancias del expediente se desprende que en fecha 30 de marzo de 2010 el Juzgado inferior ordenó la apertura de la excepción a prueba, habiendo el representante convencional del ejecutado solicitado se traiga a la vista el expediente caratulado: “ENRIQUE KART REHNFELDT NICOLI S/ HOMICIDIO CULPOSO” tramitado ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en fecha 15 de abril de 2010. Como consecuencia de ello el Juzgado dictó el proveído de fecha 21 de abril de 2010 por medio del cual hizo lugar a lo petitionado, sin que obre en el expediente constancia del libramiento ni del retiro del oficio. Posteriormente, en fechas 30 de abril de 2010 y 17 de mayo del mismo año, se presentó el representante del ejecutado a objeto de urgir la producción probatoria. A fs. 45 de autos, obra copia del oficio de fecha 25 de mayo de 2010 por medio del cual se solicitó a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia copia autenticada del expediente individualizado líneas arriba, a cuyo dorso se observa la constancia de retiro del mismo por parte

de la recurrente en fecha 06 de junio de 2010. Por último en fecha 01 de junio de 2010 –fs. 48– obra un nuevo urgimiento por medio del cual se solicita el libramiento del mentado oficio. Con respecto a ésta última presentación, el Juzgado por providencia de fecha 18 de junio de 2010 dispuso se tenga presente y se esté a lo dispuesto por la providencia y los oficios de fecha 05 de mayo de 2010. En fecha 13 de julio de 2010, previo informe actuarial, se ordenó el cierre del periodo probatorio y se llamó autos para resolver. Con posterioridad a dicha resolución obran dos escritos más de urgimiento de fecha 17 de junio y 8 de julio de 2010, en los cuales la recurrente solicita se emplace la respuesta por el plazo de 48 hs. en vista de la falta de respuesta del oficio de fecha 25 de mayo de 2010. Dichos urgimientos tienen como consecuencia las providencias de fecha 13 de julio de 2010 –fs. 52 y 53 vlt.–, por medio de las cuales el *a quo* dispuso se esté a la providencia de la misma fecha obrante a fs. 51 –cierre del periodo probatorio–.

Del relato efectuado, se desprende que el cierre del período probatorio fue ordenado por providencia de fecha 13 de julio de 2010 obrante a fs. 51, y que a fs. 52 y 53 obran sendos urgimientos de fechas anteriores –17 de junio y 08 de julio de 2010– por medio de los cuales se solicitaba un emplazamiento a la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, para que conteste el oficio que le fuera dirigido. Así las cosas, deviene lógico concluir que dichos urgimientos si bien fueron presentados conforme a los cargos actuariales en las fechas señaladas, no fueron agregados al expediente inmediatamente como corresponde. Además la respuesta a ellos por parte del Juzgado fue que se esté a lo dispuesto por la providencia que ordenó el cierre del periodo probatorio y llamó autos para resolver –de fecha anterior a su presentación–.

En las condiciones señaladas, no resta más que hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la Abg. Olivia Fanego Gómez contra el A.I. N° 2.359 de fecha 24 de septiembre de 2010 y, en consecuencia, hacer lugar al pedido de suspensión de la etapa procesal siguiente.

En cuanto a las costas, corresponde imponerlas a la perdidosa de conformidad a lo dispuesto por el art. 203 del Cód. Proc. Civ.

POR TANTO, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala;

RESUELVE:

TENER por desistida a la recurrente del recurso de nulidad.

REVOCAR el A.I. N° 2.359 de fecha 24 de septiembre de 2010 y, en consecuencia, hacer lugar al pedido de suspensión de la etapa procesal siguiente.

IMPONER las costas a la perdidosa.

NOTIFÍQUESE por cédula.

ANÓTESE, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Neri E. Villalba Fernandez, María Mercedes Boungermini Palumbo y Dr. Mst. Arnaldo Martínez Prieto.

Ante mí: Abg. Pablo Costantini. Actuario Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 137

Cuestión debatida: *En autos se discute la procedencia de la caducidad de instancia en el procedimiento de cumplimiento de sentencia.*

CADUCIDAD DE INSTANCIA.

Es sabido que la caducidad de la instancia es un modo de terminación de los procesos que opera de pleno derecho y se basa en la inactividad injustificada de la parte a quien corresponde impulsar el trámite, que en este caso es el actor, tratándose de la caducidad de todo el litigio. Ahora bien, tratándose de un modo anormal de terminación del proceso, se ha establecido que las normas que lo rigen son de interpretación restringida, y que en caso de duda debe estarse por la continuación del proceso y no por su extinción.

CADUCIDAD DE INSTANCIA. Procedencia de la caducidad de instancia.

Es importante mencionar que el art. 176 del Cód. Proc. Civ. dispone taxativamente los casos en los cuales no procede la caducidad; a saber: en los procedimientos de ejecución o cumplimiento de sentencia, en los procesos sucesorios, y en general, en los voluntarios, salvo que en ellos se suscitaren controversias, y cuando los procesos estuvieren pendientes de alguna resolución y la demora en dictarla fuere imputable al juez o tribunal.

CADUCIDAD DE INSTANCIA. Procedencia de la caducidad de instancia.

En el caso, ya existe una resolución con fuerza de sentencia dictada por el órgano jurisdiccional –que además está siendo ejecutada–, vale decir, atendien-

do a las razones esgrimidas por quienes invocan el orden público como fundamento de la caducidad, que como vimos se refieren principalmente a liberar a los jueces de pronunciarse sobre demandas en las cuales se ha abandonado el proceso, se advierte que esta finalidad, que constituye la *ratio legis* de la norma, no se cumplirá con una declaración de caducidad post-sentencia, puesto que la jueza ya trató la cuestión y ya se expidió por medio de la sentencia.

CADUCIDAD DE INSTANCIA. Procedencia de la caducidad de instancia.

El juicio ya se halla en la etapa de ejecución de sentencia, lo que implica que la etapa para apelar las decisiones recaídas en el principal ya se encuentra hartamente preclusa. Es, ciertamente, irrazonable pretender la extinción de un proceso que ya tiene condena y cuyo cumplimiento compulsivo ya se ha iniciado.

T. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. 15/03/12. “Asociación Paraguaya de Los Adventistas del Séptimo Día c/ César Micale y Otro s/ Juicio Ejecutivo” (A. I. N° 137).

Asunción, 15 de marzo de 2.012.

VISTOS: Los recursos de apelación y nulidad interpuestos por el Sr. CÉSAR MICALE GONZÁLEZ, por derecho propio y bajo patrocinio de abogado, contra el A.I. N° 978 de fecha 12 de julio de 2011, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Primer Turno, y;

CONSIDERANDO:

Que por el referido auto interlocutorio el *a-quo* resolvió: “NO HACER LUGAR al pedido de Caducidad de Instancia solicitado por el demandado Sr. César Pacífico Micale, por sus propios derechos y bajo patrocinio de Abogado, conforme a los argumentos expuestos en el exordio de la presente resolución. RECHAZAR el pedido de declaración de litigante de mala fe al demandado César Pacífico Micale, que fuera solicitado por el Abogado José Miguel Fernández Zancur en representación del Sr. Luis Augusto Arias Figueredo, por improcedente. ANOTAR...” (sic.) (fs. 194 vltta.)

En cuanto al recurso de:

NULIDAD: El recurrente fundamenta dichos recursos en los términos de su escrito obrante a fs. 217/221 de autos. Aduce que la resolución recurrida no

se haya fundamentada por la *a-quo* y resulta incongruente. Expresa que su parte en fecha 15 de junio de 2011 planteó su pedido de declaración de caducidad de instancia y que la *a-quo*, por providencia de fecha 17 de junio de 2011, corrió traslado a la adversa de dicho pedido. Posteriormente, su parte, en virtud de su escrito de fecha 27 de junio de 2011, interpuso recursos de reposición y apelación en subsidio contra la citada providencia, la jueza inferior por providencia de fecha 28 de junio de 2011 llamó autos para resolver respecto de dichos recursos, luego, en virtud del A.I. N° 857 de fecha 02 de julio de 2011, resolvió hacer lugar al recurso de reposición interpuesto y, en consecuencia, revocar el proveído de fecha 17 de junio de 2011. Que la parte actora, en virtud de su escrito de fecha 05 de julio de 2011, solicitó se rechace in limine el pedido de caducidad planteado. En este orden de ideas señala que la *a quo* en el considerando de la resolución recurrida hizo referencia al traslado del pedido de caducidad y manifestó que la parte contestó el mismo, lo cual se aparta completamente de la verdad en razón de que la misma jueza había revocado la providencia que ordenó el traslado del pedido de declaración de caducidad. Por otro lado aduce que la jueza inferior dictó la resolución recurrida sin haber llamado autos para resolver en violación de lo dispuesto en el art. 162 inc. b) del Cód. Proc. Civ.

La contraria contesta dichos agravios y manifiesta que si bien la *a quo* se refirió al traslado que revocara antes e incluso aludió al escrito presentado por su parte en fecha 05 de julio de 2011 y lo consideró contestación al mismo, cuando solo era un escrito de manifestación, ello se trata simplemente de un error de redacción que no generó perjuicio concreto alguno a la parte ahora recurrente. Expresa además que la resolución recurrida se encuentra dictada acorde a derecho por lo que debe ser confirmada, con costas.

Del análisis de la resolución recurrida, A.I. N° 978 de fecha 12 de julio de 2011, surge que la misma se encuentra correctamente fundada y no presenta vicios de congruencia. En efecto, el resuelve se encuentra en concordancia con los fundamentos esgrimidos por la jueza inferior en el considerando, por lo que los vicios alegados por el recurrente no se encuentran configurados. En cuanto a lo expuesto por la Jueza respecto del traslado del pedido de declaración de caducidad y posterior supuesta contestación se debe decir que ello constituye un error de tipeo que no guarda relación con la fundamentación propiamente dicha de la resolución. En consecuencia, dado que no se advierten en la recurrida, otros vicios o defectos que autoricen a declarar de oficio su nulidad, corresponde desestimar el presente recurso.

APELACIÓN: El apelante, en el escrito obrante a fs. 219/221 de autos se agravia de la resolución de la inferior y manifiesta que la última actuación procesal producida antes de la caducidad pretendida es la providencia de fecha 07 de mayo de 2004, en virtud de la cual se ordenó la apertura del periodo probatorio de las excepciones opuestas en autos y que, en consecuencia, la caducidad de la instancia operó en fecha 07 de noviembre de 2004. Solicita así se revoque la resolución recurrida y en consecuencia, se declare la caducidad de la instancia inferior, con costas.

La parte contraria contesta el memorial en los términos del escrito de fs. 222/226 y expresa que la inferior dictaminó el rechazo de la caducidad de instancia ajustándose a las normas procesales pertinentes. Arguye que según lo dispuesto en el art. 176 inc. a) del Cód. Proc. Civ. no puede declararse la caducidad de la instancia en los procedimientos de ejecución de sentencia como el presente. Finalmente petitiona el rechazo de la apelación interpuesta por el recurrente.

En autos se discute la procedencia de la caducidad de instancia en el procedimiento de cumplimiento de sentencia.

Es sabido que la caducidad de la instancia es un modo de terminación de los procesos que opera de pleno derecho y se basa en la inactividad injustificada de la parte a quien corresponde impulsar el trámite, que en este caso es el actor, tratándose de la caducidad de todo el litigio. Ahora bien, tratándose de un modo anormal de terminación del proceso, se ha establecido que las normas que lo rigen son de interpretación restringida, y que en caso de duda debe estarse por la continuación del proceso y no por su extinción.

Es importante mencionar que el art. 176 del Cód. Proc. Civ. dispone taxativamente los casos en los cuales no procede la caducidad; a saber: en los procedimientos de ejecución o cumplimiento de sentencia, en los procesos sucesorios, y en general, en los voluntarios, salvo que en ellos se suscitaren controversias, y cuando los procesos estuvieren pendientes de alguna resolución y la demora en dictarla fuere imputable al juez o tribunal.

El presente caso se centra en torno de la posibilidad de pronunciamiento de caducidad de instancia supuestamente producida antes de la conclusión del trámite, pero declarada con posterioridad a la terminación del proceso por virtud de sentencia. En este caso la jueza inferior ha dictado la S.D. N° 473 de fecha 14 de agosto de 2006, obrante a fs. 60/61 de autos, por la cual resolvió: “LLEVAR ADELANTE la presente ejecución promovida por la ASOCIACIÓN PARAGUA-

YA DE LOS ADVENTISTAS DEL SÉPTIMO DÍA contra CÉSAR PACÍFICO MICALE GONZÁLEZ, por la suma de GUARANÍES NOVENTA Y DOS MILLONES (Gs. 92.000.000), más sus intereses y costas. NOTIFICAR por Cédula. ANOTAR...”. Dicha resolución no fue objeto de recurso alguno y una vez notificada a las partes del juicio quedó firme y ejecutoriada. La *a quo*, por providencia de fecha 02 de octubre de 2007, obrante a fs. 73 vlt., entre otras cosas, tuvo por iniciada la etapa de cumplimiento de sentencia en el presente juicio. En relación con esto, debe apuntarse también que cuando el ahora recurrente petitionó a la inferior la declaración de caducidad en estos autos –escrito de fs. 185/186 presentado en fecha 15 de junio de 2011–, el presente proceso ya se hallaba en la etapa de ejecución de sentencia.

Por otra parte, se debe atender a la cuestión de la subsanación de la caducidad por actos procesales posteriores. Este punto ha sido objeto de álgido debate en la doctrina. Así, se ha entendido que no cabe la llamada purga de caducidad (Eisner) y se ha alegado que siendo un instituto de orden público no es dable ni a los jueces ni a las partes disponer sobre ella, aún en el caso de que se hubiese continuado el proceso con posterioridad y éste se encontrase ya muy avanzado. Esta parte de la doctrina fundamenta su tesis en la idea de que la norma tiene en cuenta “el interés público y social antes que los intereses puramente particulares de las partes; los tribunales no deben ser archivos o depósitos de expedientes paralizados de los litigantes” y en que “el Estado, después de un período de inactividad prolongado, entiende liberar el oxígeno jurisdiccional de la necesidad de pronunciarse sobre las demandas y de todas las obligaciones derivadas de la relación procesal” (Raimundín). La tesis contraria sostiene que la caducidad es un instituto cuyo objetivo es imprimir celeridad a los procesos y castigar la negligencia de las partes.

Estas dos tesis encontradas centran su argumentación en la finalidad y fundamento dispares que atribuyen a la institución de la caducidad: orden público versus interés privado. Ahora bien, en el caso que nos ocupa ya existe una resolución con fuerza de sentencia dictada por el órgano jurisdiccional –que además está siendo ejecutada–, vale decir atendiendo a las razones esgrimidas por quienes invocan el orden público como fundamento de la caducidad, que como vimos se refieren principalmente a liberar a los jueces de pronunciarse sobre demandas en las cuales se ha abandonado el proceso, se advierte que esta finalidad, que constituye la *ratio legis* de la norma, no se cumplirá con una

declaración de caducidad post-sentencia, puesto que la jueza ya trató la cuestión y ya se expidió por medio de la sentencia. En tales condiciones carecería de objeto y de sentido pronunciar la nulidad del fallo por las razones alegadas.

Conviene, además, remarcar que el presente juicio ya se halla en la etapa de ejecución de sentencia, como se dijo *ut supra*. Esto implica que la etapa para apelar las decisiones recaídas en el principal ya se encuentra harto preclusa. Es, ciertamente, irrazonable pretender la extinción de un proceso que ya tiene condena y cuyo cumplimiento compulsivo ya se ha iniciado. Recordemos además que el art. 176 inc. a) del Código de Ritos establece que “No se producirá la caducidad: a) en los procedimientos de ejecución o cumplimiento de sentencia;...”. La excepción contenida en dicha norma encuentra su explicación o *ratio* en la circunstancia de que ya existe un pronunciamiento jurisdiccional de declaración de certeza respecto del derecho del actor. Entonces, en esta tesitura, la declaración de caducidad de instancia deviene improcedente.

Por las argumentaciones así vertidas corresponde confirmar el interlocutorio recurrido.

En cuanto a las costas, corresponde su imposición a la parte perdidosa, de conformidad con lo establecido en el art. 203 y 200 del Cód. Proc. Civ.

Por lo tanto, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala,

RESUELVE:

DESESTIMAR el recurso de nulidad interpuesto.

CONFIRMAR el auto apelado.

IMPONER costas a la perdidosa.

ANÓTESE, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Neri E. Villalba Fernández, Maria Mercedes Boungermini Palumbo y Dr. Mst. Arnaldo Martínez Prieto.

Ante mí: Abg. Pablo Costantini. Actuario Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 177

MAGISTRADO. Mal desempeño en sus funciones. EXCUSACIÓN. Inhibición.

El Art. 21 del Cód. Proc. Civ. ha sido modificado por virtud de la Ley 1.752/01, la cual en su Art. 14 dispone: “Constituye mal desempeño de funciones que autoriza la remoción de magistrados judiciales, agentes fiscales, procuradores fiscales y jueces de paz: inc. u) inhibirse de entender en casos de su competencia, sin causa debidamente justificada, entendida como tal la inhibición que busque evadir la responsabilidad de entender en los juicios que le correspondiesen y, en consecuencia, hubiese sido rechazada por el órgano de alzada o cuando la causal alegada haya sido la de decoro y delicadeza, sin que ella se funde en hechos o situaciones concretas que la motiven y que se hayan expresado en la resolución respectiva. El jurado podrá prescindir del requisito de la impugnación para proceder a la remoción cuando, a criterio del mismo, los fundamentos de la causal de decoro y delicadeza sean notoriamente insuficientes”.

MAGISTRADO. Mal desempeño en sus funciones. EXCUSACIÓN. Inhibición.

En el caso de autos, el Juez en lo civil y comercial del tercer turno no ha aclarado la causal de excusación de decoro y delicadeza con exactitud y claridad como lo exige nuestro ordenamiento procesal, ni los hechos en los que ella se fundaría. En consecuencia, no habiéndose fundado debidamente la causal de excusación invocada corresponde hacer lugar a la impugnación planteada por la Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Cuarto Turno.

T. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. 02/04/12. “E. F. R. c/ S. E. P. S/ Reconocimiento de Unión de Hecho” (A. I. N° 177).

Asunción, 2 de abril de 2012.

VISTA: La impugnación de la inhibición del Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Tercer Turno y,

CONSIDERANDO:

Por providencia del 27 de febrero de 2012, el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Tercer Turno, Abg. Miguel A. Rodas, se separa de enten-

der en los autos caratulados: “E. F. R. C/S. E. P. S/ RECONOCIMIENTO DE UNIÓN DE HECHO”. Dicha separación se realizó invocando la causal de inhibición prevista en el art. 21 del Cód. Proc. Civ. con la Abg. María Celia Sabatini de Rodríguez.

La jueza reemplazante, Abg. Judith Gauto Bozzano, impugnó esta excusación, pues sostiene que como la Abg. María Celia Sabatini recusó con expresión de causa al Juez Miguel A. Rodas el trámite que se debió aplicar es el establecido en el artículo 34 del Cód. Proc. Civ., cual es irrenunciable. Así también manifiesta que el Juez Miguel A. Rodas, al invocar el art. 21 del Cód. Proc. Civ., debía fundarse en motivos serios y graves debidamente sustentados.

En primer término, debemos señalar, que el Art. 21 del Cód. Proc. Civ. ha sido modificado por virtud de la Ley 1.752/01, la cual en su Art. 14 dispone: “Constituye mal desempeño de funciones que autoriza la remoción de magistrados judiciales, agentes fiscales, procuradores fiscales y jueces de paz: inc. u) inhibirse de entender en casos de su competencia, sin causa debidamente justificada, entendida como tal la inhibición que busque evadir la responsabilidad de entender en los juicios que le correspondiesen y, en consecuencia, hubiese sido rechazada por el órgano de alzada o cuando la causal alegada haya sido la de decoro y delicadeza, sin que ella se funde en hechos o situaciones concretas que la motiven y que se hayan expresado en la resolución respectiva. El jurado podrá prescindir del requisito de la impugnación para proceder a la remoción cuando, a criterio del mismo, los fundamentos de la causal de decoro y delicadeza sean notoriamente insuficientes”. Así, queda clara la obligación del juez de dar razón de las causales de inhibición, aun cuando éstas se refieran al ámbito del decoro.

En relación con esto, se debe decir que en el caso de autos, el Juez Miguel A. Rodas no ha aclarado la causal de excusación de decoro y delicadeza con exactitud y claridad como lo exige nuestro ordenamiento procesal, ni los hechos en los que ella se fundaría. Por lo demás, debemos recordar que el Código de Ética en su art. 21 inc. 6) dispone: “No inhibirse injustificadamente y con facilidad en las causas en las que debe intervenir por razón de su competencia. En las excusaciones, tiene el deber de consignar la causa legal de inhibición y una relación circunstanciada de la misma, especialmente cuando invoca como causal el decoro, ética o la delicadeza. El ejercicio del derecho contenido en el art. 39 del Código no podrá ser utilizado para excusarse de un proceso”, aludiendo al

valor fortaleza contenido en el art. 16 del mismo cuerpo deontológico, el cual también esta conceptualizado en los siguientes términos: “Es deber del juez ejercer la función jurisdiccional con coraje y fortaleza moral. Declarará, sin excepciones, el derecho de las partes conforme a criterios estrictamente jurídicos y rechazará todo intento de torcer el fallo judicial por motivaciones ajenas a la ley. Resistirá las presiones que pudiere sufrir en el ejercicio jurisdiccional y afrontará las consecuencias de las críticas que provoquen sus decisiones”.

En consecuencia, no habiéndose fundado debidamente la causal de excusación invocada corresponde hacer lugar a la impugnación planteada por la Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Cuarto Turno, Abg. Judith Gauto Bozzano.

Por lo tanto, el Tribunal de Apelación Civil y Comercial, Tercera Sala,
RESUELVE:

HACER LUGAR a la impugnación planteada por la Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Cuarto Turno, y en consecuencia, rechazar la excusación del Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Tercer Turno, Abg. Miguel A. Rodas.

HÁGASE saber al juez subrogado, a los efectos de que entienda en estos autos.

HÁGASE saber al juez subrogante.

ANÓTESE, regístrese y remítase copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Neri E. Villalba Fernández, Maria Mercedes Boungermini Palumbo y Dr. Mst. Arnaldo Martínez Prieto.

Ante mí: Abg. Pablo Costantini. Actuario Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 192

REGULACIÓN DE HONORARIOS. DESALOJO

Establecida así la controversia en esta apelación interpuesta el cual tiene su punto de discusión en el monto regulado en Primera Instancia de los Honorarios del Abogado por los trabajos realizados en un juicio de desalojo.

REGULACION DE HONORARIOS. DESALOJO

En cuanto al monto base, al tratarse la demanda promovida de un desalojo contra el locatario, el mismo esta dado por el importe de los alquileres correspondientes a dos años, de conformidad al art. 42 de la Ley 1.376/88. Atendiendo a dicho monto debe aplicarse los porcentajes previstos en el art. 32 de la Ley arancelaria al cual remite el artículo 42 del mismo cuerpo legal, en un 18% para el patrocinante dada la actuación del solicitante en tal carácter.

T. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. 03/04/12. “RHP Abog. Nicolás Arce Pereira en: María Angélica Benita Silva de Ramírez c/ Alfredo Cikel Horn s/ Desalojo”. (A. I. N° 192).

Asunción, 3 de abril de 2012.

VISTOS: Los recursos de apelación y nulidad interpuestos por el Abog. ERWIN ALEXANDER CIKEL SILGUERO, en contra del A.I. N° 1632 de fecha 14 de octubre de 2010, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Noveno Turno, y;

CONSIDERANDO:

QUE, en primer orden en el citado auto interlocutorio el Juzgado resolvió: “1. REGULAR los honorarios profesionales del Abog. NICOLÁS ARCE PEREIRA por los trabajos realizados en los autos: “MARÍA ANGÉLICA BENÍTEZ SILVA DE RAMÍREZ c/ ALFREDO CIKEL HORN s/ DESALOJO”, en esta instancia, en el carácter de Abogado patrocinante de ambos, dejándolos establecidos en la suma de GUARANÍES TRES MILLONES (Gs. 3.000.000), más la suma de guaraníes TRESCIENTOS MIL (Gs. 300.000), correspondiente al IVA. 2.- ANOTAR...” (fs. 4).

OPINIÓN DEL DR. NERI E. VILLALBA FERNÁNDEZ, DIJO; NULIDAD: La parte recurrente no ha fundado este recurso interpuesto, y siendo, los agravios vertidos por el mismo en sustento de éste recurso pudiendo ser resuelto por vía de la apelación también ejercitada, debiendo por ende ser declarado desierto al no haberse constatado en la resolución examinada vicios u omisiones procesales de naturaleza solemne o formal que autoricen a éste Tribunal a una declaración de nulidad de oficio, conforme lo establecen los Arts. 15 inc. b), 113 y 404 del Código Procesal Civil.

OPINIÓN DE LA DRA. MARÍA MERCEDES BUONGERMINI PALUMBO, DIJO; NULIDAD: El recurrente no fundamentó el recurso de nulidad por

él interpuesto; y dado que no se advierten en el auto recurrido, vicios o defectos que autoricen a declarar de oficio su nulidad, el recurso debe declararse desierto.

A SU TURNO EL DR. ARNALDO MARTÍNEZ PRIETO, MANIFESTÓ: Que se adhiere al voto precedente.

OPINIÓN DEL DR. NERI E. VILLALBA FERNÁNDEZ, DIJO; APELACIÓN: El apelante al fundar su recurso a fs. 12 y vlta. de autos, se agravia de la resolución dictada por el a quo en el justiprecio de los honorarios profesionales del Abog. NICOLAS ARCE PEREIRA, y manifiesta, que el porcentaje aplicado por el juzgado no corresponde debiendo ser del 7,5%. Dice, que la actuación del profesional afectado fue escasa y hasta desprolija por la falta de presentación de la escritura del título de propiedad y el juicio de desalojo es de una complejidad media ya que solo se discute la posesión y la restitución antes que aspectos mas trascendentales como la propiedad en una reivindicación. Alega, que el porcentaje aplicable es del 7.5% sobre la suma de dos años de alquiler, siendo Gs. 1.800.000. Culmina su exposición solicitando la retasa de los honorarios del profesional regulado.

Corrido el respectivo traslado la contraparte Abog. NICOLAS ARCE PEREIRA contesta el escrito de la parte apelante a fs. 14 de autos, rechazando las alegaciones expuestas por el recurrente reafirmando que la resolución apelada fue dictada correctamente. Argumenta, que el hecho de no haber incluido en el escrito de demanda del expediente principal jurisprudencias y doctrinas, no le quita meritos a su labor, ya que, esta es medida por el criterio expuesto, la profundidad, certeza y fuerza de los argumentos. Además, que la jurisprudencia y la doctrina en nuestro derecho no es fuente formal, como así lo es la ley. Termina su contestación peticionando la confirmación del auto apelado.

Establecida así la controversia en esta apelación interpuesta el cual tiene su punto de discusión en el monto regulado en primera instancia de los honorarios del Abogado NICOLAS ARCE PEREIRA.

En ese sentido y, teniendo a la vista los autos principales se constata que el citado profesional ha intervenido en el proceso en la instancia inferior como abogado patrocinante de la parte actora, desde el inicio de la demanda hasta el dictamiento de la orden de desahucio y su diligenciamiento y cumplimiento, conforme consta en el acta del Oficial de Justicia designado.

Así, bajo los requisitos establecidos en el Art. 21 de la Ley N° 1.376/88, conforme las acreditaciones de autos se encuentra plenamente cumplido, ha-

biendo el abogado afectado realizado su labor con esmero, profesionalidad y obtenido el más óptimo resultado para su cliente en la acción de desalojo con la desocupación del inmueble perteneciente a la actora.

En cuanto, al porcentaje y el monto base, el Art. 42 de la ley de aranceles dice: “En los juicios de desalojo se tomará como base para la aplicación del porcentaje previsto en el artículo 32 el importe de los alquileres correspondientes a dos años...”. Entonces, considerando el contrato de alquiler obrante en el principal a fs. 05/06, el monto base para el cálculo alcanza la suma de Gs. 24.000.000, sobre el cual el juez debe valorar dentro del marco porcentual del 05 al 20 por ciento del artículo 32. En este caso, el a quo ha previsto el porcentaje de 12.5% que es el promedio entre el 05 y el 20 por ciento. Que, puede tomarse correctamente valorando la calidad y el resultado del trabajo de Abogado interviniente en el juicio de desalojo. Con más razón considerando que el monto propuesto por el recurrente de Gs. 1.800.000 lesiona el párrafo in fine del Art. 42 de la Ley N° 1.376/88, al prever que los honorarios no podrán ser inferiores a 30 jornales siendo igual a Gs. 1.913.310.

Por todos los elementos analizados es criterio de éste Miembro preopinante que la resolución apelada debe ser confirmada en todas sus partes.

OPINIÓN DE LA DRA. MARÍA MERCEDES BUONGERMINI PALUMBO, DIJO, APELACIÓN: Si bien coincide con el preopinante en cuanto al monto base utilizado y al resultado final, disiente sin embargo esta Magistratura en cuanto al método de cálculo y los porcentajes utilizados.

En autos se discute, fundamentalmente, la retasa en menos de los honorarios regulados a favor del Abg. Nicolás Arce Pereira.

En cuanto al monto base, al tratarse la demanda promovida de un desalojo contra el locatario, el mismo está dado por el importe de los alquileres correspondientes a dos años, de conformidad al art. 42 de la Ley 1.376/88.

Así, de las constancias de los autos principales en los cuales esta regulación corre por cuerda separada, surge que el canon del alquiler era de UN MILLÓN DE GUARANÍES (G.1.000.000) mensuales, conforme con el contrato de alquiler obrante a fs. 5/6. Esta suma debe multiplicarse por 24 para obtener la base de cálculo, que asciende a la suma de G. 24.000.000. Este es el guarismo que debe servir de base para el cálculo de la presente regulación.

Atendiendo a dicho monto, deben aplicarse los porcentajes previstos en el art. 32 de la ley arancelaria, al cual remite el art. 42 del mismo cuerpo legal, en

un 18% para el patrocinante dada la actuación del solicitante en tal carácter. Todo ello arroja la suma de G. 4.320.000.

No obstante ello, como el monto fijado es superior a la establecida en la resolución apelada y la misma fue recurrida únicamente pretendiéndose la retasa en menos, el tribunal no puede reexaminar el cálculo en perjuicio del único apelante.

Consecuentemente, atendiendo al principio de la prohibición de la *reformatio in peius*, corresponde confirmar el auto interlocutorio apelado.

A SU TURNO EL DR. ARNALDO MARTÍNEZ PRIETO, MANIFESTÓ: Que se adhiere al voto de la magistrada que antecede.

Por tanto, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala, RESUELVE:

DECLARAR desierto el recurso de nulidad.

CONFIRMAR la resolución apelada.

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

Magistrados: Neri E. Villalba Fernández, María Mercedes Boungermini Palumbo y Dr. Mst. Arnaldo Martínez Prieto.

Ante mí: Abg. Pablo Costantini. Actuario Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 196

Cuestión debatida: Nos encontramos frente a una pretensión de nulidad fundada en la violación del principio de congruencia, específicamente del tipo *citra petita* –omisión de pretensiones o cuestiones que deben ser objeto de resolución–, por cuanto que la Procuraduría General de la República desistió en la instancia inferior de una excepción de prescripción opuesta como de previo y especial pronunciamiento, excepción que a la fecha de presentación del desistimiento se encontraba autos para resolver. El *thema decidendum* gira en torno a determinar si le produce algún agravio a la demandada el hecho de que más allá del desistimiento presentado, el Juzgado se haya pronunciado rechazando la excepción de prescripción opuesta por su parte como de previo y especial pronunciamiento.

PROCESO. Actos Procesales.

No existe nulidad en el solo beneficio de la ley; por lo que si el acto ha alcanzado su fin, aunque fuere susceptible de anulación, la misma no procede –art. 111 Cód. Proc. Civ.–. En ese mismo sentido, el art. 114 del código de forma se refiere los casos en que opera la subsanación de la nulidad entre los cuales se encuentra contenido el caso en que el acto haya cumplido su finalidad, la confirmación expresa o tácita y la cosa juzgada.

REGULACIÓN DE HONORARIOS. DESISTIMIENTO.

Los parámetros de cálculo del quantum regulatorio son diferentes si se esta ante una terminación anómala del proceso; como lo es el desistimiento, que si se da una finalización regular del mismo por virtud de una decisión de fondo sobre la excepción perentoria planteada, conforme lo manda el art. 26, inc. “b” de la Ley de Honorarios. En efecto, este artículo prevé una reducción de hasta el veinte y cinco por ciento del monto total a ser regulado, para el caso de desistimiento.

MANDATO. Poder general. Poder especial.

Si bien el Poder otorgado es General el mismo contiene cláusulas especiales, en este caso, la que habilita al profesional a desistir de la acción, por lo que en autos, no se puede considerar que el desistimiento presentado era improcedente por falta de requisitos formales como lo sostienen las representantes convencionales de la actora.

RECURSO DE NULIDAD. PRESCRIPCIÓN. Excepción de prescripción.

Habiéndose determinado el agravio o perjuicio que le causa a la demandada la omisión de pronunciamiento por parte de la *a quo* del desistimiento de la excepción de prescripción opuesta en autos, no cabe más que hacer lugar al recurso de nulidad interpuestos y en consecuencia declarar la nulidad del auto en alzada por los fundamentos expuestos precedentemente.

PRESCRIPCIÓN. Excepción de prescripción. DESISTIMIENTO.

Cabe mencionar que en el desistimiento de una excepción previa debe ser equiparado con la forma de desistimiento legislada en el art. 166 del Cód. Proc. Civ. –de la acción–, por cuanto que su acogimiento favorable significaría la renuncia de la parte demandada a la defensa por ella opuesta –en este caso como previa- contra el progreso de la pretensión de los accionantes. Por ende, el mismo –desistimiento– puede ser formulado en cualquier etapa del proceso con

el solo requisito del cumplimiento de lo dispuesto por el art. 168 del mismo cuerpo legal.

**T. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. 09/04/12. “Adela Elvira Herre-
ro de González y Otros c/ El Estado Paraguayo s/ Indemnización de
Daños y Perjuicios” (A. I. N° 196).**

Asunción, 9 de abril de 2012.

VISTOS: Los recursos de apelación y nulidad interpuestos por el Procura-
dor Adjunto de la Procuraduría General de la República, Abg. Renzo Alejandro
Cristaldo Garay contra el A.I. N° 1282 de fecha 25 de agosto de 2011, dictado por
el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Décimo Turno, y,

CONSIDERANDO:

Que, por el referido auto interlocutorio, el *a quo* resolvió: “1) RECHAZAR
con costas la excepción como de Previo y Especial pronunciamiento, deducida
por Procuradora Delegada Abg. LORENA CRISTALDO LAUG, en representa-
ción de la Procuraduría General de la república, por los motivos expuestos en el
exordio de la presente resolución. 2) ANOTAR...” (sic) (fs. 226 vlt.).

EN CUANTO AL RECURSO DE NULIDAD. OPINIÓN DEL MAGIS-
TRADO ARNALDO MARTÍNEZ PRIETO: El abogado, Procurador Delegado
de la Procuraduría General de la República, Renzo Alejandro Cristaldo Garay,
funda el presente recurso en los términos 233/237 y al respecto sostiene que el
auto recurrido es nulo por ser incongruente, por cuanto que a través del mismo
el Juzgado inferior no se ha expedido acerca del desistimiento de la excepción de
prescripción opuesta por la Procuraduría General, el cual fue simplemente ig-
norado. Aduce que el art. 404 del Cód. Proc. Civ. indica los casos en que procede
el recurso de nulidad, estableciendo que se da contra las resoluciones dictadas
con violación de la forma o solemnidades que prescriben las leyes y que dicha
norma legal se encuadra al caso que se plantea en esta instancia recursiva, por
cuanto que la Jueza de la instancia inferior ha omitido pronunciarse sobre lo
que ha sido objeto de petición –el desistimiento de la excepción de prescripción
opuesta como de previo y especial pronunciamiento–, resolviendo *citra petita*.
Continúa su escrito, aduciendo que ante el pedido de desistimiento de la excep-

ción de prescripción presentado el 19 de agosto de 2011, el Juzgado dictó la providencia del 25 de agosto del mismo año, que en su parte pertinente dispone: “(...) Del desistimiento de la excepción de prescripción opuesta como de previo y especial pronunciamiento estése a la providencia de fecha 04 de noviembre de 2010” (Sic). Cita la providencia del 04 de noviembre de 2010 a su vez dispone: “Téngase por notificada a la recurrente de la providencia de fecha 12 de octubre de 2010 y por contestado el traslado en los términos del escrito que antecede. Llamar autos para resolver” (sic); y arguye que, finalmente y sin tener en cuenta el desistimiento presentado, resolvió por medio del auto interlocutorio hoy recurrido, el rechazo de la excepción opuesta. Ante la eventualidad de ser cuestionada la posibilidad de desistir de la excepción en el estado en el que se encontraba el proceso, apunta que la excepción opuesta constituye una defensa que frente a la acción contenida en la demanda y como tal es renunciable en cualquier etapa del proceso, de la misma manera en que es factible desistir de la acción en cualquier etapa previa al dictado de la sentencia. Igualmente sostiene que la defensa opuesta por el estado había sido dejada de lado con el desistimiento de la Procuraduría General y que por tanto, cabía al Juzgado expedirse sólo y exclusivamente acerca del desistimiento y ya no sobre la excepción. Culmina su escrito, concluyendo que el fallo apelado es nulo por incongruente, por haberse pronunciado el Juzgado inferior sobre una cuestión que ya no era objeto de petición –la excepción de prescripción- y haber omitido pronunciarse sobre otra cuestión que expresamente le fue solicitada –el desistimiento de la excepción–.

A fs. 238/242, se presentan las Abgs. Violeta González Valdez y Teresita Vargas Cabral, en representación de los actores a objeto de contestar el traslado que les fuera corrido y al respecto del recurso en estudio refieren que del simple análisis del expediente se puede concluir que la nulidad no procede por cuanto que la resolución recurrida no perjudica ni causa agravio alguno, más aún, convalida la posición asumida por el Estado Paraguayo en oportunidad al Acuerdo arribado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Aducen que su parte sostiene que la *a quo*, por el principio *iura novit curia*, no se ha expedido sobre el pedido de desistimiento justamente para no incurrir en defectos de forma y en dicho sentido cita el art. 168 del Cód. Proc. Civ., el cual exige para la viabilidad del desistimiento que el desistente cuente con poder especial. Señalan que puede verificarse que ante la presentación del desistimiento, la jueza se

limitó a tenerlo como no presentado, quizás por no reunir la forma legal prevista y se limitó a proseguir los trámites ordenados en la Providencia de fecha 4 de noviembre de 2010 por medio de la cual se llamó autos para resolver la excepción previa de prescripción. Sostiene que la resolución impugnada nada debía resolver en relación al desistimiento invocado, por defecto de forma y más aún cuando la excepción de prescripción ya había sido llamada autos para resolver. Afirman que la remisión del juzgado a la providencia de autos para resolver, ratificó el estado en que se encontraba el trámite de la excepción y no hizo más que respetar un principio procesal básico en el que se fundan las normas: “El principio de preclusión”. Culminan refiriendo que las manifestaciones vertidas no deben, en ningún momento tomarse como una oposición a las pretensiones del recurrente, sino como un análisis de lo actuado por la Jueza, quien actuó en virtud al principio *iura novit curia*.

En los términos anotados precedentemente corresponde el estudio del presente recurso de manera a determinar si viabilidad –o no– conforme a derecho.

Así las cosas, nos encontramos frente a una pretensión de nulidad fundada en la violación del principio de congruencia, específicamente del tipo *citra petita* –omisión de pretensiones o cuestiones que deben ser objeto de resolución–, por cuanto que la Procuraduría General de la República desistió en la instancia inferior de una excepción de prescripción opuesta como de previo y especial pronunciamiento, excepción que a la fecha de presentación del desistimiento se encontraba autos para resolver. Como consecuencia de la presentación efectuada por el excepcionante –desistimiento–, la jueza *a quo* dictó una providencia por medio de la cual dispuso se esté a lo dispuesto por el proveído que llamó autos para resolver la excepción opuesta, dictando posteriormente el auto interlocutorio –hoy en alzada– por medio del cual dispuso el rechazo de la pretensión incoada por la Procuraduría General de la República.

El *thema decidendum* gira en torno a determinar si le produce algún agravio a la demandada el hecho de que más allá del desistimiento presentado, el Juzgado se haya pronunciado rechazando la excepción de prescripción opuesta por su parte como de previo y especial pronunciamiento. Conviene recordar en este punto el principio trascendental en torno al que se estructura el sistema de nulidades en nuestro derecho positivo, cual es, que no existe nulidad por la nulidad misma; o, dicho de otra forma, no existe nulidad en el solo beneficio de

la ley; por lo que si el acto ha alcanzado su fin, aunque fuere susceptible de anulación, la misma no procede –art. 111 Cód. Proc. Civ.–. En ese mismo sentido, el art. 114 del código de forma se refiere los casos en que opera la subsanación de la nulidad entre los cuales se encuentra contenido el caso en que el acto haya cumplido su finalidad, la confirmación expresa o tácita y la cosa juzgada.

Como puede verse, el código adoptó una postura marcadamente restrictiva en cuanto a la declaración de nulidad y es por ello, que siempre que se encuentren reunidos alguno de los requisitos enumerados en los artículos pre citados, se debe estar por la validez ya sea de las actuaciones o de las resoluciones atacadas de nulidad.

En la especie, no cabe duda alguna de que lo que hubiera correspondido – procesalmente– era el dictamiento de la resolución teniendo por desistido al Estado Paraguayo de la Excepción de prescripción opuesta como de previo y especial pronunciamiento para posteriormente proseguir con la tramitación del juicio. Debemos reconocer que le asiste razón al representante legal del Estado cuando sostiene que la resolución impugnada –rechazo de la excepción– ya no debió ser dictada, al haber desaparecido la controversia con respecto a la defensa antes opuesta por aplicación del principio dispositivo que gobierna los procesos civiles.

En el caso de autos, la parte actora y recurrida sostiene que la resolución atacada de nulidad no perjudica ni causa agravio alguno al recurrente por cuanto que, a través de ella se convalidó la posición asumida por el Estado Paraguayo en oportunidad al Acuerdo arribado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Igualmente señala el hecho de que la jueza inferior resolvió la cuestión conforme al principio *iura novit curia* y que al no pronunciarse respecto del desistimiento planteado se limitó a tenerlo por no presentado por no reunir éste los requisitos establecidos por el art. 168 del Cód. Proc. Civ.

En un análisis preliminar, podemos coincidir con la posición adoptada por los representantes convencionales de la actora, en cuanto a que a *prima facie* no se observa el agravio o perjuicio que el dictado de la resolución recurrida le pueda causar al recurrente. Si pensamos en la imposición de las costas –que fueron impuestas al Estado por el auto recurrido–, forzoso es decir que en el caso que se lo hubiese tenido por desistido de la excepción, dicha imposición no hubiera corrido la misma suerte –art. 197 del Cód. Proc. Civ.–. Por otra parte, el representante legal del Estado, tampoco ha explicitado otros motivos a más de

los estrictamente procesales, por lo que en principio y en cuanto a las consecuencias inmediatas del dictado de la resolución, no se observan méritos para su declaración de nulidad por parte del Tribunal.

Empero, si analizamos las consecuencias mediatas, es decir las implicancias que la confirmación del fallo pudiera acarrear, vemos que la situación se presenta algo mas compleja y con componentes que permiten avizorar un perjuicio concreto. En efecto, al existir condena en costas al Estado paraguayo, es obvio que parte de estas habrá de incluir los honorarios profesionales de las representantes convencionales de los actores.

Sabido es que los parámetros de cálculo del quantum regulatorio son diferentes si se está ante una terminación anómala del proceso, como lo es el desistimiento, que si se da una finalización regular del mismo por virtud de una decisión de fondo sobre la excepción perentoria planteada, conforme lo manda el art. art. 26, inc. “b” de la Ley de Honorarios. En efecto, este artículo prevé una reducción de hasta el veinte y cinco por ciento del monto total a ser regulado, para el cobro de desistimiento. Es justamente aquí donde reside el perjuicio o agravio para la parte demandada, por cuanto que de la forma como ha sido resuelta la cuestión sometida a estudio, las costas a ser soportadas por el Estado serán relativamente mayores de lo que le correspondería si se hubiera resuelto tener por desistido al Estado de la excepción opuesta. Todo ello adquiere mayor relevancia si se considera que en virtud al acuerdo de solución amistosa fs. 215/218 el Estado Paraguayo ha reconocido su responsabilidad por los hechos que se le atribuyen en la presente demanda y, por ende, el derecho de los accionantes a ser indemnizados, dejando únicamente al arbitrio judicial la determinación del quantum indemnizatorio, es decir que deviene inminente una sentencia condenatoria contra el Estado, con la lógica consecuencia de que dichos honorarios deberían ser soportados por el mismo.

Por otra parte, la manifestación de la recurrida con respecto de la justeza de la decisión de la Jueza inferior que aplicando el principio *iura novit curia*, se limito a tener por no presentado el desistimiento al percatarse de que el mismo no cumplía con los requisitos legislados por el art. 168 del Cód. Proc. Civ. –por no contar el Procurador Delegado con poder especial–, hay que decir que tal afirmación carece de rigor jurídico. En efecto, al remitirnos a las constancias de autos a fs. 210/214, encontramos agregado el Poder General que le fuera otorgado al Procurador Delegado de la Procuraduría General de la República, Abg.

Renzo Alejandro Cristaldo Garay, el cual prevé entre sus cláusulas la de "...desistir de la instancia y de la acción..." (sic, fs. 213). Si bien el Poder otorgado es General el mismo contiene cláusulas especiales, en este caso, la que habilita al profesional a desistir de la acción. Así no se puede considerar que el desistimiento presentado era improcedente por falta de requisitos formales como lo sostienen las representantes convencionales de la actora.

En esta tesitura habiéndose determinado el agravio o perjuicio que le causa a la demandada la omisión de pronunciamiento por parte de la *a quo* del desistimiento de la excepción de prescripción opuesta en autos, no cabe más que hacer lugar al recurso de nulidad interpuestos y en consecuencia declarar la nulidad del auto en alzada por los fundamentos expuestos precedentemente.

Y EL MAGISTRADO ARNALDO MARTÍNEZ PRIETO PROSIGUIÓ DICIENDO: Habiéndose declarado la nulidad del auto en alzada por vicios *in iudicando*, corresponde echar mano al art. 406 del Cód. Proc. Civ. y dictar resolución acerca del fondo de la cuestión.

En tal sentido, advertimos de las constancias del expediente, que nos encontramos frente a un desistimiento de una excepción previa de prescripción presentado en fecha 19 de agosto de 2011, excepción de la cual por providencia de fecha 04 de noviembre de 2010 se llamó autos para resolver.

Cabe mencionar que el desistimiento de una excepción previa debe ser equiparado con la forma de desistimiento legislada en el art. 166 del Cód. Proc. Civ. —de la acción—, por cuanto que su acogimiento favorable significaría la renuncia de la parte demandada a la defensa por ella opuesta —en este caso como previa— contra el progreso de la pretensión de los accionantes. Por ende, el mismo puede ser formulado en cualquier etapa del proceso con el solo requisito del cumplimiento de lo dispuesto por el art. 168 del mismo cuerpo legal, es decir, que el solicitante necesariamente debe contar con poder especial o conformidad de su mandante al efecto de la procedencia del desistimiento incoado. Luego, al remitirnos a las constancias del expediente, a fs. 210/214 encontramos agregado el Poder General que le fuera otorgado al Procurador Delegado de la Procuraduría General de la República, Abg. Renzo Alejandro Cristaldo Garay, el cual prevé entre sus cláusulas la de "...desistir de la instancia y de la acción..." (sic, fs. 213). Si bien el Poder otorgado es General el mismo contiene cláusulas especiales, en este caso, la que habilita al profesional a desistir de la acción, por lo que no existe impedimento alguno para la procedencia de lo solicitado.

Por tanto, encontrándose reunidos los requisitos para la procedencia de lo solicitado, corresponde tener por desistido al Estado Paraguayo de la Excepción de Prescripción opuesta como de previo y especial pronunciamiento en estos autos, con expresa imposición de costas a su parte en virtud a lo dispuesto por el art. 197 del Cód. Proc. Civ.

En cuanto a las costas devengadas en esta instancia de alzada, corresponde imponerlas a la actora y recurrida en virtud a lo dispuesto por el art. 408 del Cod. Proc. Civ., por cuanto que el contexto del escrito de contestación de agravios no puede concluirse que haya existido un allanamiento a las pretensiones de la demandada y recurrente, todo lo contrario, existió oposición a la pretensión de nulidad y por ende el intento de prevalecerse de la misma.

OPINIÓN DE LOS MAGISTRADOS BUONGERMINI PALUMBO y VILLALBA: manifestaron que votan en idéntico sentido.

EN CUANTO AL RECURSO DE APELACIÓN. OPINIÓN DEL MAGISTRADO ARNALDO MARTÍNEZ PRIETO: Vista la forma como ha sido resuelto el recurso de nulidad, se torna innecesario el estudio del recurso de apelación.

OPINIÓN DE LOS MAGISTRADOS BUONGERMINI PALUMBO y VILLALBA FERNANDEZ: Manifestaron que votan en idéntico sentido.

Por lo tanto, el Tribunal de Apelación Civil y Comercial, Tercera Sala, RESUELVE:

HACER LUGAR al recurso de nulidad interpuesto y, en consecuencia, anular el A.I. N° 1282 de fecha 25 de agosto de 2011, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Décimo Turno, por los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución.

IMPONER las costas del recurso de nulidad a la actora y recurrida, de conformidad a lo dispuesto por el art. 408 del Cód. Proc. Civ.

TENER por desistido al Estado Paraguayo de la excepción de prescripción opuesta como de previo y especial pronunciamiento.

IMPONER las costas en el desistimiento a la demandada y recurrente, de conformidad a lo dispuesto por el art. 197 del Cód. Proc. Civ.

ANÓTESE, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Neri E. Villalba Fernández, María Mercedes Boungermini Palumbo y Dr. Mst. Arnaldo Martínez Prieto.

Ante mí: Abg. Pablo Costantini. Actuario Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 214

DERECHO A LA DEFENSA. Estado de indefensión.

Así, cuando el Juzgador, en el acto procesal de decisión, violenta los principios doctrinales y cae en vicios *In Procedendo*, dicha acción u omisión afecta directamente al derecho a la tutela judicial efectiva o que es decir, al derecho a la defensa. Siendo entonces, la indefensión el efecto que produce el deficiente ejercicio del acto procesal de decisión, tal violación del derecho a la defensa debe ser, además de formal, material.

DERECHO A LA DEFENSA. Estado de indefensión.

El acto para ser declarada su nulidad debe afectar necesariamente el derecho a la defensa –causar indefensión–, allí donde existe indefensión, existe nulidad y viceversa.

PRUEBA DOCUMENTAL. Ofrecimiento y producción de la prueba documental.

Cabe señalar que respecto de ciertos documentos cuya agregación ordenó la providencia recurrida, puntualmente los de fecha posterior a la promoción de la demanda, el *a quos* eslayo el trámite previsto por el *in fine* del art. 221 del Cód. Proc. Civ.: el traslado o vista a la contraparte, por lo cual, dicha omisión configura un vicio de procedimiento que impedía el dictado válido de la resolución respectiva, en los términos del art. 113 del Cód. Proc. Civ.

PRUEBA DOCUMENTAL. Ofrecimiento y producción de la prueba documental.

Los documentos agregados con posterioridad a la contestación de la demanda, deben ordenarse su desglose y entrega de los mismos por haberse violado lo dispuesto en los Arts. 221 y 222 del Código Procesal Civil.

PRUEBA DOCUMENTAL. Ofrecimiento y producción de la prueba documental.

En el caso de marras, el actor presentó las pruebas documentales con posterioridad a la presentación de la demanda. De la lectura del escrito inicial se constata que respecto de dichos documentos la actora no cumplió con la 2ª parte del art. 219 –individualización precisa de los documentos y de su localización–, los mismos ni siquiera fueron mencionados en esa oportunidad procesal.

Así las cosas, los documentos presentados por la actora no deberían ser agregados al expediente, correspondiendo su desglose.

PRUEBA DOCUMENTAL. Ofrecimiento y producción de la prueba documental.

En relación a que la actora no prestó el juramento previsto por la ley, que dicho recaudo formal solamente es exigible respecto de los documentos de fecha anterior a la promoción de la demanda, no así a los documentos de fecha posterior a la promoción de la misma, en razón de que el juramento debe versar sobre el desconocimiento de la existencia de los documentos al tiempo de incoar la demanda.

PRUEBA DOCUMENTAL. Ofrecimiento y producción de la prueba documental.

La no agregación de los documentos posteriores a la promoción de la demanda cercenaría injustificadamente el derecho de la actora al debido proceso, del cual la aptitud probatoria hace parte.

T. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. 13/04/12. “Egon S.A. c/ Luis Saguier Blanco s/ Aprobación de Cuentas y Ejecución de Contrato” (A. I. N° 214).

Asunción, 13 de abril de 2012.

VISTOS: Los recursos de apelación y nulidad interpuestos por el Abog. ALDO EDUARDO LEÓN (parte actora) y el señor LUIS EMILIO SAGUIER BLANCO (parte demandada), en contra de los proveídos de fecha 04 de marzo de 2011, dictados por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Duodécimo Turno, y;

CONSIDERANDO:

QUE, en primer orden, en los citados proveídos el Juzgado resolvió: “Agréguese” y “Por presentado al recurrente en el carácter invocado y por constituido su domicilio en el lugar señalado. Téngase por contestado el traslado en los términos del escrito presentado a fs. 70/104 de autos y de la misma córrase traslado a la otra parte por todo el término de ley. Notifíquese por cédula. A los demás puntos, téngase presente” (fs. 112 vlta.) y (fs. 113).

OPINIÓN DEL DR. NERI E. VILLALBA FERNÁNDEZ, DIJO; NULIDAD: La parte demandada y recurrente en su escrito argumenta este recurso,

al sostener que el a quo trasgredió claras disposiciones legales de fondo y forma, como así también, principios procesales que hacen al juzgamiento. Al respecto de la nulidad ésta representación ha venido pronunciándose repetidas veces, sobre este efecto jurídico consecuencia del vicio incurrido en un acto procesal – como en este caso, de decisión–, y a fin de reforzar el criterio de este Miembro cabe hacer la siguiente reflexión. Así, cuando el Juzgador, en el acto procesal de decisión, violenta los principios doctrinales y cae en vicios *In Procedendo*, dicha acción u omisión afecta directamente al derecho a la tutela judicial efectiva o que es decir, al derecho a la defensa. Siendo entonces, la indefensión el efecto que produce el deficiente ejercicio del acto procesal de decisión, tal violación del derecho a la defensa debe ser, además de formal, material. Es decir: a) que produzca un perjuicio a la parte que lo sufre; b) que tal situación no haya sido producida por culpa imputable a la misma; c) que haya sido denunciada y; d) que no haya sido la parte damnificada repuesta en su derecho vulnerado. La doctrina advierte sobre los actos nulos, diciendo que “*no existe la nulidad por la nulidad misma...*”, es decir, que el acto para ser declarada su nulidad debe afectar necesariamente el derecho a la defensa –causar indefensión–, allí donde existe indefensión, existe nulidad y viceversa. Bajo aquellos presupuestos condicionantes y de los elementos agregados en autos, se observa que el agravio invocado por la recurrente hace referencia a la decisión de la instancia anterior de ordenar la agregación de los documentos presentados por la parte actora de fs. 105/111. A ese respecto, del análisis del fallo pronunciado por el Juzgado se observa que tal resolución reúne las condiciones formales y materiales exigidos por el Principio de Congruencia, es decir, en lo que hace referencia a los sujetos de la relación procesal, el objeto y la causa que se demanda, sin que tal valoración haga meritos sobre el valor probatorio estimado por el Juzgador, como también, ni del objeto ni causa de la pretensión. Por tanto, siendo los agravios vertidos por la recurrente servir de sustento para este medio recursivo pudiendo ser resuelto por vía de la apelación, ya que toda declaración de nulidad por regla desvalora el Derecho, debiendo ser el último recurso cuando no exista modo alguno de subsanarlo. En consecuencia, el recurso debe ser declarado desierto de conformidad a lo dispuesto en el Art. 419 del Código Procesal Civil.

En cuanto al recurso de nulidad interpuesto por el Abog. Aldo Eduardo León –parte accionante–, este no ha fundado dicho recurso, y al no advertirse en la providencia recurrida vicios u omisiones procesales de naturaleza solemne o

formal que autoricen a una declaración de nulidad el recurso interpuesto por el citado debe ser declarado desierto.

OPINIÓN DE LA DRA. MARÍA MERCEDES BUONGERMINI PALUMBO, DIJO; NULIDAD: El Abog. Aldo Eduardo León, en su presentación de fs. 133/144, no fundamentó el recurso de nulidad interpuesto contra la providencia de fecha 04 de marzo de 2011 (fs.113). Y, al no advertirse en la providencia recurrida vicios o defectos que ameriten el pronunciamiento oficioso de la nulidad, el presente recurso debe ser declarado desierto.

Por su parte, el Sr. Luis Emilio Saguier Blanco, funda el recurso de nulidad interpuesto contra la providencia de fecha 04 de marzo de 2011 (f.112 vlt.), en los términos del escrito obrante a fs.128/131. Cabe señalar que respecto de ciertos documentos cuya agregación ordenó la providencia recurrida, puntualmente los de fecha posterior a la promoción de la demanda –fs. 108, 110 y 111–, el *a-quo* soslayó el trámite previsto por el *in fine* del art. 221 del Cód. Proc. Civ.: el traslado o vista a la contraparte. Dicha omisión configura un vicio de procedimiento que impedía el dictado válido de la resolución respectiva, en los términos del art. 113 del Cód. Proc. Civ. Sin embargo, constituye uno de los requisitos de procedencia de la declaración de las nulidades que afectan a los actos procesales en general, la existencia de un perjuicio cierto e irreparable derivado del acto viciado –art. 112 del Cód. Proc. Civ.–. En esta instancia de alzada el recurrente tuvo oportunidad de manifestar su posición y eventuales objeciones respecto de la agregación de las citadas documentales, y no existe obstáculo para considerar dichas razones en sede de apelación. De modo, pues, que un pronunciamiento de nulidad fundado en la omisión ya aludida carecería de objeto útil y contravendría el principio de economía procesal.

En relación con las demás instrumentales cuya agregación ordenó el proveído recurrido –f. 105, 107 y 109–, los agravios son susceptibles de ser tratados, y eventualmente subsanados, a través del recurso de apelación. En efecto, en relación con las referidas documentales no cabe el pronunciamiento de la nulidad en razón de que tal temperamento no puede ser adoptado cuando se pueda decidir a favor de la parte a quien aprovecha la nulidad –art. 407 del Cód. Proc. Civ.–.

Por lo demás y al no advertirse otros vicios o defectos que ameriten el pronunciamiento oficioso de la nulidad, corresponde desestimar el recurso de nulidad.

A SU TURNO EL DR. ARNALDO MARTÍNEZ PRIETO, MANIFESTÓ:
Que se adhiere al voto precedente.

OPINIÓN DEL DR. NERI E. VILLALBA FERNÁNDEZ, DIJO; APELACIÓN: La parte demandada y apelante al fundar el recurso de fs. 128/131 se agravia de la resolución dictada por el a quo, y manifiesta, que la parte actora a violado disposiciones legales al presentar documentos posterior a la presentación de la demanda y al haber contestado su parte impugnando los documentos presentados al inicio. Dice, que su parte ha quedado en indefensión al no correrse traslado de los documentos presentados, lesionándose principio procesales. Culmina su exposición solicitando la revocación de la resolución apelada.

En el sentido expuesto corrido el respectivo traslado la parte demandante contesta a fs. 135/136 de autos, rechazando las alegaciones expuestas por el recurrente. Alega, que su parte solo ha dado cumplimiento a lo ordenado por el Juzgado al presentar la boleta de deposito del Banco Nacional de Fomento por valor de Gs. 4.600.000, sin que ello pueda causarle agravios a la parte demandada. Termina su contestación peticionando la confirmación del auto apelado.

También la parte actora presenta su escrito de fundamentación del recurso interpuesto a fs. 133/134. Alega, que la providencia impugnada pretende nada más nada menos que de la contestación de una demanda, aplicar un procedimiento como si tratase de una demanda o reconvencción, y que el inferior debió aplicar el Art. 236 del C.P.C.

A su vez, la parte demandada contesta el traslado en su escrito de fs. 141 de autos. Dice, el Juzgado por un error le ha corrido traslado a la parte actora de la contestación y los documentos presentados por su parte, pero esta circunstancia no le causa perjuicio a la parte demandante, además su parte se allana parcialmente al recurso interpuesto solo en la parte del traslado de la contestación.

En primer orden, en cuanto se refiere a la apelación interpuesta por la parte demandada en contra del proveído de fecha 04 de marzo de 2011 (fs. 112 vlta.) que ordena la agregación de los documentos presentados por la parte actora de fs. 105/111. Cabe precisar, que entre estos documentos se encuentra la fotocopia simple de la boleta de deposito de la cuenta judicial ordenado por el juzgado por valor de Gs. 4.600.000, conforme la providencia de fecha 09 de febrero de 2011. Por tanto, la agregación de este comprobante se encuentra ajustada a derecho. Pero, en cuanto a los demás documentos agregados de fs.

107/111, con posterioridad a la contestación de la demanda, estos no corresponden por haberse violado lo dispuesto en los Arts. 221 y 222 del Código Procesal Civil, debiendo en consecuencia ordenarse su desglose de autos y la entrega de los mismos.

En lo referente, al recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la providencia de fecha 04 de marzo de 2011 (fs. 113), debe observarse que el haberse ordenado el traslado de la contestación de la demanda lesiona lo dispuesto por el Art. 236 del Cód. Proc. Civ., debiendo solo ordenarse el traslado de los documentos presentados por la parte demandada. Pero, debe considerarse que el hecho de haberse dispuesto el traslado del escrito de contestación no le causa lesión alguna a la parte actora, debiendo la misma solo manifestarse en cuanto a los documentos agregados por la demandada.

Por todos los elementos analizados en autos es criterio de este Miembro preopinante que corresponde hacer lugar parcialmente a los recursos de apelación interpuestos en contra de las providencias de fecha 04 de marzo de 2011 (fs. 112 vlt. y 113).

En cuanto a las costas, las mismas deberán ser impuestas proporcionalmente a las partes en el orden de 50% de conformidad con lo dispuesto en el Art. 203 del inc. c) del Cód. Proc. Civ.

OPINIÓN DE LA DRA. MARÍA MERCEDES BUONGERMINI PALUMBO; DIJO, APELACIÓN: La parte actora y la parte demandada apelan distintas resoluciones judiciales. A los efectos de ordenar el debate trataremos primeramente el recurso de apelación interpuesto por el Abog. Aldo Eduardo León contra la providencia de fecha 04 de marzo de 2011 obrante a f. 113. Luego nos ocuparemos de la apelación del Sr. Luis Emilio Saguier Blanco contra la providencia de 04 de marzo de 2011 obrante a fs. 112 vlt.

El Abog. Aldo Eduardo León apela el apartado segundo de la providencia del 04 de marzo de 2011 (f.113), que textualmente dispone: "...Téngase por contestado el traslado en los términos del escrito presentado a fs. 70/104 [contestación de demanda del Sr. Luis Saguier Blanco] y de la misma córrase traslado a la otra parte por todo el término de ley...".

En prieta síntesis, la actora y recurrente expresa que el inferior debió correr traslado sólo respecto de los documentos presentados con la contestación de la demanda –art. 236 del Cód. Proc. Civ.– y no del escrito de conteste mismo.

Por su parte, el demandado y recurrido, con motivo de la contestación de

los agravios (f.141), formuló allanamiento al recurso de apelación interpuesto por la actora.

En vistas del allanamiento formulado por el demandado corresponde hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la actora. En consecuencia, corresponde modificar la resolución apelada en el apartado que fuera objeto de recurso, disponiendo que de los documentos presentados con la contestación de la demanda se corra traslado al actor por el plazo de seis días, conforme con el art. 236 del Cód. Proc. Civil.

En cuanto a las costas, corresponde imponerlas en el orden causado, conforme con los arts. 203, 193 y 198 del Cód. Proc. Civil, tomando en cuenta que el defecto del proveído apelado no es imputable al demandado, así como por el allanamiento formulado.

Seguidamente trataremos la apelación del demandado, Sr. Luís Emilio Saguier Blanco, contra la providencia de 04 de marzo de 2011 (f.112 vlta.).

Por el proveído apelado el inferior ordenó la agregación al expediente de las instrumentales presentadas por la actora a fs. 105/111, con posterioridad a la contestación de la demanda.

El apelante solicita la revocación de la providencia apelada y, por consiguiente, que el Tribunal disponga el desglose y devolución de las mencionadas instrumentales, excepto la boleta de depósito obrante a f. 105.

Invoca el art. 219 del Cód. Proc. Civil y también entiende que, conforme con el art. 221 del Cód. Proc. Civil, sólo pueden agregarse al expediente documentos de fecha posterior o de data anterior a la promoción de la demanda bajo juramento de no haber tenido conocimiento de tales documentos y previo traslado a la contraparte. Señala que, en el caso que nos ocupa, la actora no sólo presentó documentos de fecha posterior a la promoción de la demanda sino que además no dio cumplimiento al juramento exigido por la ley.

Ciertamente, el art. 219 del código ritual impone al actor la carga procesal de acompañar con la demanda toda la prueba documental que se hallare en su poder. Añade que en caso de no tenerse a su disposición, la individualizará indicando su contenido, lugar, archivo, oficina pública o persona en cuyo poder se encuentra. El plazo u oportunidad para agregar la prueba documental debe considerarse como perentorio, preclusivo y fatal, esto significa que por su vencimiento o falta de agregación en la oportunidad prevista en la ley opera automáticamente la pérdida de la facultad procesal para hacerlo posteriormente.

En el caso de marras, el actor presentó las pruebas documentales que rolan a fs. 105/111 con posterioridad a la presentación de la demanda. De la lectura del escrito inicial (fs. 49/55) se constata que respecto de dichos documentos la actora no cumplió con la 2ª parte del art. 219 –individualización precisa de los documentos y de su localización-, los mismos ni siquiera fueron mencionados en esa oportunidad procesal. Así las cosas, los documentos presentados por la actora no deberían ser agregados al expediente, correspondiendo su desglose.

Ahora bien, la regla general que impone al actor la carga de acompañar con la demanda toda la prueba documental que tuviere en su poder reconoce como supuesto de excepción a los documentos de fecha posterior a la promoción de la demanda y a los de fecha anterior pero desconocidos.

Al respecto, el art. 221 del Cód. Proc. Civil, dispone: “Documentos posteriores o desconocidos. Después de contestada la demanda, no se admitirán al actor sino documentos de fecha posterior, o anteriores bajo juramento de no haber tenido conocimiento de éstos. En tales casos se dará vista a la otra parte, quien deberá cumplir la carga impuesta en el artículo 235, inc. a)”. A la luz de lo dispuesto por el art. 221 del Cód. Proc. Civ. debemos examinar la documentación presentada por la actora a fs. 105/111, para elucidar si caen dentro de su ámbito de aplicación, tomando en cuenta que la demanda fue promovida en fecha 04 de febrero de 2011 (conf. cargo actuarial, f.55), ya que este es el parámetro temporal para determinar si nos encontramos ante documentos de data posterior o anterior.

Debemos señalar primeramente, en relación con lo manifestado por el apelante respecto de que la actora no prestó el juramento previsto por la ley, que dicho recaudo formal solamente es exigible respecto de los documentos de fecha anterior a la promoción de la demanda, no así a los documentos de fecha posterior a la promoción de la misma, en razón de que el juramento debe versar sobre el desconocimiento de la existencia de los documentos al tiempo de incoar la demanda. Y, deviene más que evidente que, si se trata de documentos de fecha posterior a la promoción de la demanda, dichas instrumentales no existían al tiempo de su deducción ante el órgano jurisdiccional, por lo que el juramento sobre el desconocimiento de dichos documentos constituiría un completo absurdo.

Entonces, la situación general en cuanto a los documentos es como sigue. La agregación de la instrumental obrante a f. 105 –boleta de depósito– fue

expresamente consentida por el apelante, lo que releva de cualquier consideración a su respecto.

Las instrumentales obrantes a fs. 106, 107 y 109, constituyen documentos de fecha anterior a la promoción de la demanda respecto de los cuales la actora, al solicitar su agregación al expediente (f. 112), no dio cumplimiento al recaudo formal exigido por el art. 221 del código de rito –juramento de no haber tenido conocimiento de la existencia de dichos documentos a la fecha de promoción de la demanda–. Por ende, no deben ser admitidos y corresponde disponer el desglose de dichos documentos. La resolución impugnada debe ser revocada en este sentido.

Ahora, respecto de los documentos obrantes a fs. 108, 110 y 111, éstos constituyen documentos de fecha posterior a la promoción de la demanda.

El apelante entiende que no corresponde su agregación al expediente porque el objeto del presente proceso es juzgar si la actora o su parte han cumplido o no con las obligaciones pactadas en el contrato, y si la rendición de cuentas del administrador se encuentra ajustada a derecho, en este menester afirma que sólo deben incluirse las gestiones anteriores a la promoción de la demanda no así supuestas gestiones realizadas por la actora con posterioridad a la promoción de la acción.

Debemos decir que la objeción planteada por el apelante respecto de la agregación de los documentos en cuestión no encuentra asidero que lo justifique. La no agregación de los documentos posteriores a la promoción de la demanda cercenaría injustificadamente el derecho de la actora al debido proceso, del cual la aptitud probatoria hace parte.

En efecto, los documentos de fs. 108, 110 y 111 constituyen facturas emitidas por la actora por la venta de automotores. Sin hacer ninguna valoración sobre su idoneidad o eficacia probatoria, podemos decir que evidentemente dichos documentos tienen vinculación con el presente litigio donde se reclama la ejecución del contrato obrante a fs. 18/21 en virtud del cual la actora- administradora sostiene que se obligó a comprar, vender, gestionar y custodiar vehículos adquiridos o a ser adquiridos del extranjero e importados al país por cuenta y orden del demandado. También la actora pretende la aprobación de las cuentas y gestiones realizadas en virtud de ese contrato. Así las cosas, respecto de los documentos obrantes a fs. 108, 110 y 111, la providencia apelada debe ser confirmada.

En cuanto a las costas, conforme con lo dispuesto por los Arts. 203 y 195, del Cód. Proc. Civ., corresponde su imposición proporcional, en un 50% a la parte actora, en un 50% a la parte demandada.

A SU TURNO EL DR. ARNALDO MARTÍNEZ PRIETO, MANIFESTÓ: Que se adhiere al voto de la magistrada que antecede.

Por tanto, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala, RESUELVE:

DECLARAR desierto el recurso de nulidad interpuesto por el Abog. Aldo Eduardo León contra la providencia de fecha 04 de marzo de 2011 (f. 113), dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Duodécimo Turno.

DESESTIMAR el recurso de nulidad interpuesto por el Sr. Luis Emilio Saguier Blanco contra la providencia de fecha 04 de marzo de 2011 (f. 112 vlta.) dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de Duodécimo Turno.

HACER lugar al recurso de apelación interpuesto por el Abog. Aldo Eduardo León contra la providencia de fecha 04 de marzo de 2011 (f.113), y, en consecuencia, MODIFICAR el apartado segundo de la providencia de fecha 04 de marzo de 2011 (f.113), en el sentido de disponer que de los documentos presentados con la contestación de la demanda se corra traslado al actor por el plazo de seis días.

IMPONER las costas por su orden en el recurso de apelación interpuesto por el Abog. Aldo Eduardo León contra la providencia de fecha 04 de marzo de 2011 (f. 113).

REVOCAR parcialmente la providencia de 04 de marzo de 2011 (f. 112 vlta.), en el sentido de disponer el desglose de los documentos de fs. 106, 107 y 109.

CONFIRMAR parcialmente la providencia del 04 de marzo de 2011 (f. 112 vlta.), respecto de la agregación de los documentos obrantes a fs. 105, 108, 110 y 111.

IMPONER las costas proporcionalmente en el recurso de apelación interpuesto por el Sr. Luis Emilio Saguier Blanco contra la providencia de fecha 04 de marzo de 2011 (fs. 112 vlta.), en un 50% a la parte demandada y en 50% a la parte actora.

ANÓTESE, regístrese y remítase copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Neri E. Villalba Fernández, María Mercedes Boungermini Palumbo y Dr. Mst. Arnaldo Martínez Prieto.

Ante mí: Abg. Pablo Costantini. Actuario Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 240

RECURSO DE APELACION. COSTAS.

El apartado que impone las costas de la resolución impugnada se torna irrecurrible en virtud de que, al causar estado la resolución principal que contiene la imposición de las costas, por ser confirmatoria del fallo de Primera Instancia, se torna inapelable lo accesorio. No corresponde en consecuencia, otorgar los recursos interpuestos contra las mismas de conformidad con las disposiciones contenidas en el Art. 403 del Cód. Proc. Civ. y el art. 28, ap. 2ª inc. a) de la Ley 879/81 del Código de Organización Judicial.

T. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. 20/04/12. “Juan Amín Mussi Prieto y otros c/ Francisco Eliseo Aguilera y otros s/ Cumplimiento de Contrato y Otros” (A. I. N° 240).

Asunción, 20 de abril de 2012.

VISTOS: Los recursos de apelación y nulidad interpuestos por el Abg. RODRIGO F. BRAMBILLAARESTIVO contra el apartado quinto del A. y S. N° 13 de fecha 13 de marzo de 2012, dictado por este Tribunal, que resuelve la imposición de las costas por su orden, y,

CONSIDERANDO:

Que, el apartado quinto de la resolución impugnada se torna irrecurrible en virtud de que, al causar estado la resolución principal que contiene la imposición de las costas, por ser confirmatoria del fallo de Primera Instancia, se torna inapelable lo accesorio. No corresponde en consecuencia, otorgar los recursos interpuestos contra las mismas de conformidad con las disposiciones contenidas en el Art. 403 del Cód. Proc. Civ. y el art. 28 ap. 2ª inc. a) de la Ley 879/81 del Código de Organización Judicial.

POR TANTO, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala;

RESUELVE:

DENEGAR la concesión de los recursos de apelación y nulidad interpuestos por el Abg. RODRIGO F. BRAMBILLAARESTIVO contra el apartado quinto del A. y S. N° 13 de fecha 13 de marzo de 2012, dictado por este Tribunal, por improcedente.

ANÓTESE, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Neri E. Villalba Fernández, María Mercedes Boungermini Palumbo y Dr. Mst. Arnaldo Martínez Prieto.

Ante mí: Abg. Pablo Costantini. Actuario Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 279

Cuestión debatida: *En estos autos se discute la procedencia de una excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda.*

EXCEPCIÓN DE DEFECTO LEGAL.

La razón de la previsión legal que fundamenta la excepción de defecto legal, radica en la necesidad de preservar adecuadamente el derecho de defensa en juicio, de rango constitucional, el cual que se vería vulnerado si la accionada no conociera elementos esenciales de las pretensiones de la contraria y ello le impidieran desplegar con amplitud las oposiciones que tuviera contra tales pretensiones.

EXCEPCION DE DEFECTO LEGAL.

Procede la excepción de defecto legal cuando en la demanda no aparecen debidamente individualizados los nombres del actor o del demandado, o el primero no denuncia su domicilio real, salvo que la ubicación de éste resulte de los documentos acompañados o la denuncia sea innecesaria por la índole de la pretensión o de quien la interpone, o el demandado carezca de suficiente interés jurídico para articular la excepción de que se trata.

EXCEPCIÓN DE DEFECTO LEGAL.

La excepción de defecto legal se torna viable frente a la indeterminación,

cualitativa o cuantitativa, del objeto inmediato de la pretensión contenida en la demanda, lo que ocurre cuando el actor se abstiene de precisar con exactitud la cosa demandada y no media obstáculo para ello.

DAÑOS Y PERJUICIOS. EXCEPCIÓN DE DEFECTO LEGAL.

El objeto inmediato de la demanda, aparte de ser idóneo y jurídicamente posible, debe hallarse debidamente precisado. De manera que si se reclama el pago de una indemnización de daños corresponde discriminar los distintos rubros que la integran. Cuando no se puede saber a ciencia cierta cuáles son las pretensiones que se esgrimen es procedente la excepción de defecto legal.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad extracontractual.

Se ha declarado que la sola promoción de una acción de responsabilidad no puede dar pie para omitir la estimación de los daños y perjuicios, o los rubros en que se descompone la indemnización reclamada, sino que debe existir una causa justificada que el propio peticionante debe indicar y de la cual pueda deducirse que se encontró imposibilitado para cumplimentar un presupuesto tan esencial, no sólo para el progreso de la pretensión, ya que en definitiva ésta limita los poderes de decisión del juez, sino fundamentalmente para el ejercicio del derecho de defensa de la contraria.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad extracontractual.

Resulta impropio subordinar a la etapa probatoria la determinación de la cuantía de lo reclamado a título de resarcimiento, cuando el actor no efectuó ni siquiera un detalle de lo reclamado, o reclama el pago de cantidades globales sin discriminar los rubros que las integran.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad extracontractual.

El hecho de que se haya omitido consignar expresamente la suma reclamada en el petitorio del escrito de demanda de ningún modo puede colocar a la parte demandada en un estado de indefensión. Dicha parte no se encuentra, por esa sola razón, impedida de contestar la demanda con todos los recaudos que aseguren la defensa de sus derechos.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad extracontractual.

La demanda de indemnización de daños y perjuicios reviste un cierto grado de indeterminación, según lo permiten los art. 452, 1855, 1857, 1858 y 1860 y concordantes de código de fondo y es el juez quien con su prudente criterio establecerá finalmente el monto de la indemnización, como bien lo sostiene el *a quo*.

T. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. 04/05/12. “Grupo JJD DRL c/ Emprendimientos Fast S.A. s/ Indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual” (A. I. N° 279).

Asunción, 4 de mayo de 2012.

VISTOS: Los recursos de apelación y nulidad interpuestos por el Abog. ROBERT MONTE DOMECCQ contra el A.I. N° 1224 de fecha 31 de agosto de 2011, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Octavo Turno, y;

CONSIDERANDO:

Que por el referido auto interlocutorio el *a quo* resolvió: “1) NO HACER LUGAR, con costas, a la excepción de defecto legal deducida por el representante convencional de la firma demandada, Emprendimientos FAST S.A., de conformidad a lo expuesto en el exordio de la presente resolución. 2) ANOTAR...” (sic.) (fs. 214).

En cuanto al recurso de:

NULIDAD: La recurrente no fundó el recurso interpuesto y no advirtiéndose en el auto recurrido otros vicios o defectos que autoricen a declarar, de oficio, su nulidad, el citado recurso debe ser declarado desierto.

APELACIÓN: El recurrente, en su escrito obrante a fs. 220/223, se agravia de la resolución del inferior y manifiesta la misma no se encuentra ajustada a derecho. Aduce, pues, que la parte actora, en su escrito de demanda, no individualiza precisamente el monto reclamado en concepto de indemnización de daños y perjuicios. Expresa que equivocadamente el juez inferior entendió que los montos reclamados se encuentran contenidos en el relato de los hechos que fundamenten la pretensión incoada, ignorando que en el petitorio de dicho escrito y en la parte conclusiva del mismo el profesional demandante omite referirse a dichos montos. Arguye además que no es labor del juzgado sumar los montos aludidos por la actora en su exposición de hechos. Sostiene finalmente que la recurrida debe ser revocada, con costas.

Corrido el traslado a la parte adversa, la misma contesta en los términos del escrito de fs. 224, y manifiesta la resolución recurrida ha sido dictada conforme a derecho. Expresa que la suma pretendida por su parte en concepto de indemnización de daños y perjuicios surge perfectamente de la documentación

acompañada y que finalmente el monto exacto a ser indemnizado será estimado y fijado por el juez inferior. Solicita, pues, la confirmación del auto interlocutorio apelado, con costas.

En estos autos se discute la procedencia de una excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda. Es sabido que la defensa aludida constituye el medio idóneo para denunciar la omisión o la formulación imprecisa de las enunciaciones legalmente exigibles al escrito de interposición de la demanda, enumeradas en el art. 215 del Cód. Proc. Civ., y tiene como finalidad evitar que la contraparte se encuentre en estado de incertidumbre o duda que le impida contestar eficientemente la demanda; por tanto, para su admisibilidad es preciso que la omisión u oscuridad pueda colocar al litigante contrario en indefensión al no permitirle oponer las defensas adecuadas o producir la prueba conducente. La razón de la previsión legal que fundamenta la excepción de defecto legal, radica en la necesidad de preservar adecuadamente el derecho de defensa en juicio, de rango constitucional, el cual que se vería vulnerado si la accionada no conociera elementos esenciales de las pretensiones de la contraria y ello le impedirían desplegar con amplitud las oposiciones que tuviera contra tales pretensiones.

La omisión o formulación imprecisa que daría lugar a la defensa de marras puede recaer sobre cualquiera de los elementos de la pretensión, estos son: los sujetos de la misma, su objeto inmediato, y su objeto mediato o causal.

En efecto, procede la excepción de defecto legal cuando en la demanda no aparecen debidamente individualizados los nombres del actor o del demandado, o el primero no denuncia su domicilio real, salvo que la ubicación de éste resulte de los documentos acompañados o la denuncia sea innecesaria por la índole de la pretensión o de quien la interpone, o el demandado carezca de suficiente interés jurídico para articular la excepción de que se trata. Así también la excepción en cuestión se torna viable frente a la indeterminación, cualitativa o cuantitativa, del objeto inmediato de la pretensión contenida en la demanda, lo que ocurre cuando el actor se abstiene de precisar con exactitud la cosa demandada y no media obstáculo para ello.

El objeto inmediato de la demanda, aparte de ser idóneo y jurídicamente posible, debe hallarse debidamente precisado. De manera que si se reclama el pago de una indemnización de daños corresponde discriminar los distintos rubros que la integran. Cuando no se puede saber a ciencia cierta cuáles son las

pretensiones que se esgrimen es procedente la excepción de defecto legal. Sin embargo, ella no procede cuando las circunstancias del caso no permitan fijar el *quantum* reclamado por requerir una actividad probatoria aún no realizada, y cuando la estimación dependa de elementos todavía no definitivamente fijados.

Ahora bien, las excepciones aludidas *supra* -a la exigencia de precisar el monto reclamado en la demanda- no descartan la necesidad de su estimación inicial, sino permiten al actor formularla en forma provisional, sujeta al resultado de la prueba a producir. Consecuentemente, se ha declarado que la sola promoción de una acción de responsabilidad no puede dar pie para omitir la estimación de los daños y perjuicios, o los rubros en que se descompone la indemnización reclamada, sino que debe existir una causa justificada que el propio peticionante debe indicar y de la cual pueda deducirse que se encontró imposibilitado para cumplimentar un presupuesto tan esencial, no sólo para el progreso de la pretensión, ya que en definitiva ésta limita los poderes de decisión del juez, sino fundamentalmente para el ejercicio del derecho de defensa de la contraria. En efecto, resulta impropio subordinar a la etapa probatoria la determinación de la cuantía de lo reclamado a título de resarcimiento, cuando el actor no efectuó ni siquiera un detalle de lo reclamado, o reclama el pago de cantidades globales sin discriminar los rubros que las integran.

En el caso de autos la firma Grupo J.J.D. S.R.L., por medio de su representante convencional, demanda por indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual a la firma Emprendimientos Fast S.A., en razón de un accidente de tránsito supuestamente ocasionado por un vehículo de propiedad de la firma accionada que había ocasionado serios daños en un local comercial de su propiedad –pizzería–. Reclama la actora, en concepto de indemnización, los siguientes rubros y montos: lucro cesante: G. 363.161.240 (Guaraníes trescientos sesenta y tres millones ciento sesenta y un mil doscientos cuarenta); pérdida de clientela: 50% de la facturación mensual por el lapso de seis meses; pérdida de oportunidades, por un lado de un proyecto de ampliación para el expendio de bebidas: seis meses de ingresos, según el flujo de caja proyectado para dicho negocio que surgiría de la documental adjunta. Por otro de la renovación de contratos de promoción de imagen y exclusividad de venta de productos fabricados por la firma Cervecería Paraguaya S.A.: Gs. 124.500.000 (Guaraníes ciento veinticuatro millones quinientos mil); así como de la renovación de un contrato de exclusividad de venta y promoción e imagen de productos

fabricados por la firma Distribuidora del Paraguay S.A.: G. 75.000.000 (Guaraníes setenta y cinco millones); costo financiero: los intereses de dos préstamos solicitados a consecuencia de los daños sufridos, uno de G. 174.301.166 a una tasa del 18% anual y otro de G. 151.230.686 a una tasa del 16% anual; y, por último, daño a la imagen: aduce que dicha suma debe ser justipreciada y cuantificada por el juez de la causa.

Se debe tener presente que la excepción opuesta –defecto legal– ha sido fundada en que la parte actora, supuestamente, no ha identificado con precisión el monto reclamado en concepto de indemnización en la presente demandada.

Se advierte del escrito respectivo que la *causa petendi* de la demanda se encuentra claramente enunciada, esto es, la indemnización por daños y perjuicios que haría surgir la obligación de indemnizar a la parte actora por el perjuicio recibido, por la responsabilidad del hecho ilícito y el daño alegado a la parte demandada. Luego se debe considerar el objeto demandado que se trataría de un monto dinerario indemnizatorio. Según la parte recurrente la demandada se ha limitado a mencionar precariamente los montos reclamados en concepto de indemnización en la exposición de los hechos en su escrito de demanda y ha omitido exponerlos en el petitorio del mencionado escrito. Ya dijimos que es menester enunciar un monto aproximado del *quantum* reclamado. Debemos señalar aquí que a fs. 191/196 de autos obra el escrito de interposición de demandada y de las constancias del mismo notamos que lo apuntado por la recurrente no se ajusta a lo expuesto en el mentado escrito. En efecto, como se ha señalado *supra*, en dicha memoria la parte actora expresa claramente los rubros reclamados en concepto de daños y realiza una estimación y liquidación del monto reclamado en la presente demandada.

La petición es el fin de la pretensión y resulta fundamental fijarla con precisión, pues sobre esa petición deberá pronunciarse el juez y no sobre ninguna otra, pero no es necesario la utilización de fórmulas sacramentales, sino sólo la claridad necesaria que permita conocer con plena seguridad qué es lo que se reclama; mientras ella sea comprensible no puede hablarse de vicios en la misma. Ello es así puesto que las exigencias de la ley –como otras formalidades procesales– no tienen otra finalidad que la de asegurar la defensa de los derechos y mantener la igualdad de los litigantes. El hecho de que se haya omitido consignar expresamente la suma reclamada en el petitorio del escrito de demanda de ningún modo puede colocar a la parte demandada en un estado de

indefensión. Dicha parte no se encuentra, por esa sola razón, impedida de contestar la demanda con todos los recaudos que aseguren la defensa de sus derechos.

Es preciso resaltar además que, en caso de proceder la demanda en cuestión, la determinación final de lo pretendido en la misma puede ser calculada mediante la utilización de simples operaciones aritméticas, utilizando las constancias de autos y lo dicho por las partes en sus respectivos escritos de demanda y contestación. Así también debe recordarse que la demanda de indemnización de daños y perjuicios reviste un cierto grado de indeterminación, según lo permiten los art. 452, 1855, 1857, 1858 y 1860 y concordantes de código de fondo y es el juez quien con su prudente criterio establecerá finalmente el monto de la indemnización, como bien lo sostiene el *a-quo*.

Es así que la parte demandada tiene pleno conocimiento de quién le demanda, qué se le demanda y por qué se le demanda, lo que le permitirá reconocer o negar los hechos y el derecho traídos a colación por su contraria y ejercer plenamente su derecho a la defensa que es, en definitiva, lo que tutela y persigue como fin o *ratiolegis* la excepción de defecto legal.

Se concluye que la falta de determinación precisa de la suma que se reclama en la presente demanda no puede dar lugar a la defensa incoada; al tratar de elementos que deben acreditarse en el período de prueba y cuya omisión cuantitativa y discriminada no coloca al demandado en situación de inferioridad procesal.

Por consiguiente, no se debe hacer lugar al recurso de apelación. El rechazo de la excepción previa debe ser confirmado.

En cuanto a las costas, corresponde su imposición a la parte perdedora, de conformidad con lo establecido en el art. 203 del Cód. Proc. Civ.

Por lo tanto, el Tribunal de Apelación Civil y Comercial, Tercera Sala,

RESUELVE:

DECLARAR DESIERTO el recurso de nulidad.

CONFIRMAR la resolución recurrida.

IMPONER costas a la perdedora.

ANÓTESE, regístrese y remítase copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Neri E. Villalba Fernández, María Mercedes Boungermini Palumbo y Dr. Mst. Arnaldo Martínez Prieto.

Ante mí: Abg. Pablo Costantini. Actuario Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 282

Cuestión debatida: *En el caso de marras, se están regulando honorarios de un perito por trabajos de evaluación y tasación de dos inmuebles.*

REGULACIÓN DE HONORARIOS. De Peritos. Base de cálculo para la regulación de honorarios.

En cuanto, al porcentaje aplicado por la a quo del 2% se encuentra dentro del marco del artículo 5° de la Ley N° 1135/30 que regula los honorarios de los peritos, siendo su promedio del 2,5%, por encima del porcentaje aplicado, que conforme al monto avaluado y la importancia de la pericia es razonable la aplicación de tal porcentaje. (Voto disidencia en mayoría).

REGULACIÓN DE HONORARIOS. De Peritos. Base de cálculo para la regulación de honorarios.

Debe aplicarse la ley vigente al tiempo de su realización, cual es, la Ley N° 2.796/05 “Que reglamenta el pago de honorarios profesionales a asesores jurídicos y otros auxiliares de justicia de entes públicos y otras entidades”

REGULACIÓN DE HONORARIOS. De Peritos. Base de cálculo para la regulación de honorarios.

El art. 8° de dicha ley establece que “Los honorarios profesionales de los peritos, auxiliares de la justicia, por trabajos realizados en los juicios en los que intervengan en tal carácter, se justipreciarán sobre el monto del litigio hasta un porcentaje del 3% (tres por ciento), atendiendo a la cuantía de la causa, la extensión, calidad y complejidad de los trabajos. Para el caso de pericias de tasación sobre inmuebles, el justiprecio se hará exclusivamente por el valor fiscal de los bienes evaluados, pudiendo llegar el porcentaje de honorarios hasta el 5% (cinco por ciento) del mismo, del valor fiscal conforme el Informe del Servicio Nacional de Catastro

REGULACIÓN DE HONORARIOS. De Peritos. Base de cálculo para la regulación de honorarios.

La complejidad del trabajo de la pericia. La apreciación del porcentaje aplicable, queda librado a la prudente apreciación de este Tribunal en relación con ello. En este sentido, es jurisprudencia consolidada que su aplicación debe corresponder a los parámetros que establece el art. 21 de la Ley 1.376/88.

REGULACIÓN DE HONORARIOS. De Peritos. Base de cálculo para la regulación de honorarios.

PROCESO CIVIL Y COMERCIAL. Principio dispositivo.

No obstante lo expresado, el Abogado, recurrente de los honorarios, ha solicitado expresamente la retasa de los honorarios del solicitante, aplicando sobre un monto en Guaraníes, el porcentaje del 1%. Ello arroja una suma total. En atención a esto, este Tribunal no puede fijar un monto menor, atendiendo al principio dispositivo que rige la materia civil.

T. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. 04/05/12. “RHP del Lic. Oreste Olmedo G. en el juicio: Juan Aureliano Barboza C. c/ Odilón Musa C. y otro s/ reivindicación” (A. I. N° 282).

Asunción, 4 de mayo de 2012.

VISTOS: Los recursos de apelación y nulidad interpuestos por el Abogado JORGE A. VILLATE, en contra del A.I. N° 1791 de fecha 19 de octubre de 2011, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Quinto Turno; y,

CONSIDERANDO:

QUE, en primer orden, en el citado auto interlocutorio el Juzgado resolvió: “I.- REGULAR los honorarios profesionales del Perito Tasador Lic. Orestes Olmedo González, por los trabajos realizados en los autos caratulados: “JUAN AURELIANO BARBOZA CÉSPEDES C/ ODILÓN MUSA CENTURIÓN Y OTROS S/ REIVINDICACIÓN/ INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL Y OTROS”, dejándolos fijados en la suma de GUARANÍES QUINCE MILLONES CUATROCIENTOS MIL (Gs. 15.400.000) y la suma de GUARANÍES UN MILLON QUINIENTOS CUARENTA MIL (Gs. 1.540.000) en concepto de Impuesto al Valor Agregado. II.- ANOTAR...”.

OPINIÓN DEL DR. NERI E. VILLALBA FERNÁNDEZ, DIJO; NULIDAD: El recurrente no ha fundado este recurso interpuesto, y siendo, los agravios vertidos por el mismo en sustento de éste recurso pudiendo ser resuelto por vía de la apelación también ejercitada, debiendo por ende ser declarado desierto al no haberse constatado en la resolución examinada vicios u omisiones proce-

sales de naturaleza solemne o formal que autoricen a éste Tribunal a una declaración de nulidad de oficio, conforme lo establecen los Arts. 15 inc. b), 113 y 404 del Código Procesal Civil.

OPINIÓN DEL DR. ARNALDO MARTÍNEZ PRIETO, DIJO; NULIDAD: El recurrente no fundamentó el recurso de nulidad por él interpuesto; y dado que no se advierten en el auto recurrido, vicios o defectos que autoricen a declarar de oficio su nulidad, el recurso debe declararse desierto.

A SU TURNO LA DRA. MARÍA MERCEDES BUONGERMINI PALUMBO, DIJO: Que se adhiere al voto precedente.

OPINIÓN DEL DR. NERI E. VILLALBA FERNÁNDEZ, DIJO APELACIÓN: El apelante al fundar el recurso de fs. 06 de autos, se agravia de la resolución dictada por la a quo. Manifiesta, que el porcentaje aplicado por el juzgado es elevado debiendo de aplicarse el 1% sobre el valor de la tasación. Culmina, solicitando la retasa de los honorarios.

La contraparte contesta el traslado en su escrito de fs. 07 de autos. Dice, que el 2% aplicado es el correcto por estar conforme con la ley especial arancelaria y se encuentra por debajo de la media. Termina, con el pedido de confirmación de la resolución recurrida.

Así, conforme las constancias de los autos principales se constata que el Perito Tasador Licenciado Orestes Olmedo González ha realizado los trabajos de evaluación y tasación de dos inmuebles objeto de reivindicación, evaluándose en la suma de Gs. 770.200.000, que no es cuestionada por el recurrente.

En cuanto, al porcentaje aplicado por la a quo del 2% se encuentra dentro del marco del artículo 5° de la Ley N° 1.135/30 que regula los honorarios de los peritos, siendo su promedio del 2,5%, por encima del porcentaje aplicado, que conforme al monto avaluado y la importancia de la pericia es razonable la aplicación de tal porcentaje.

Por todos los elementos analizados es criterio de éste Miembro que la resolución recurrida debe ser confirmada.

OPINIÓN DEL DR. ARNALDO MARTÍNEZ PRIETO; DIJO, APELACIÓN: Discrepo con el criterio del preopinante en cuanto al modo de cálculo, los resultados alcanzados y el porcentaje aplicable.

En autos se discute, fundamentalmente, la retasa en menos de los honorarios regulados a favor del Perito Lic. Orestes Olmedo González. Esta es la cuestión que debe ser objeto de estudio y revisión por este Tribunal.

En el caso de marras, se están regulando honorarios de un perito por trabajos de evaluación y tasación de dos inmuebles.

En primer lugar, para determinar la ley aplicable al presente caso, debemos precisar la fecha en la cual se produjeron los trabajos en virtud de los cuales el Lic. Orestes Olmedo González solicita el justiprecio de sus honorarios.

Así, podemos constatar los mencionados trabajos –Dictamen Pericial Sobre Evaluación y Tasación– obran a fs. 173/177 de los autos: “JUAN AURELIANO BARBOZA CÉSPEDES c/ ODILÓN MUSA CENTURIÓN Y OTROS”. En efecto, es de primordial importancia destacar que el peticionante presentó los trabajos en fecha 09 de diciembre de 2010 conforme se puede apreciar en el cargo obrante a fs. 177.

Atendiendo a lo precedentemente expuesto, y considerando la fecha en la cual han sido efectuados los trabajos que ameritan el justiprecio de los honorarios del Lic. Orestes Olmedo González, resulta claro que el caso concreto debe aplicarse la ley vigente al tiempo de su realización, cual es, la Ley N° 2.796/05 “Que reglamenta el pago de honorarios profesionales a asesores jurídicos y otros auxiliares de justicia de entes públicos y otras entidades”.

En efecto, el art. 8° de dicha ley establece que “Los honorarios profesionales de los peritos, auxiliares de la justicia, por trabajos realizados en los juicios en los que intervengan en tal carácter, se justipreciarán sobre el monto del litigio hasta un porcentaje del 3% (tres por ciento), atendiendo a la cuantía de la causa, la extensión, calidad y complejidad de los trabajos. Para el caso de pericias de tasación sobre inmuebles, el justiprecio se hará exclusivamente por el valor fiscal de los bienes evaluados, pudiendo llegar el porcentaje de honorarios hasta el 5% (cinco por ciento) del mismo.

De lo expuesto, resulta que los honorarios del Lic. Orestes Olmedo González se deben justipreciar considerando en base del 5% del valor fiscal de los dos inmuebles evaluados, estatuido en la ley respectiva.

En cuanto al monto base, el mismo debe ser determinado por el valor fiscal de los dos inmuebles evaluados, el cual asciende a la suma de G. 35.260.070 conforme con el Informe del Servicio Nacional de Catastro obrante a fs. 62 de los autos principales en los cuales esta regulación corre por cuerda separada.

Por otro lado, debemos analizar la complejidad del trabajo de la pericia. La apreciación del porcentaje aplicable, queda librado a la prudente apreciación de este Tribunal en relación con ello. En este sentido, es jurisprudencia consolidada

que su aplicación debe corresponder a los parámetros que establece el art. 21 de la Ley 1.376/88. Los criterios establecidos en el inciso b) y c) merecen especial consideración en el presente caso, conforme lo dicho *supra*.

En estas condiciones, el valor y calidad jurídica de la labor profesional, que el inciso b) del art. 21 de la Ley 1376/88 impone considerar, son aquí de una complejidad media. Debemos señalar que la pericia ha sido utilizada para determinar el valor pecuniario de la res litis. Luego, se ve también que el monto base resulta moderadamente elevado. En atención a lo expuesto este Tribunal considera prudente aplicar el porcentaje previsto en el art. 8 de la Ley 2.796/05 en un 3% para el solicitante.

Así tenemos que, conforme todo lo indicado *supra*, sobre un monto base de G. 35.260.070 corresponde aplicar el porcentaje del 3%, para el justiprecio de los trabajos realizados por el Perito Lic. Orestes Olmedo González en el juicio principal. Ello que arroja la suma de G. 1.057.802.

No obstante lo expresado, el Abg. Jorge A. Villate, recurrente de los honorarios, ha solicitado expresamente la retasa de los honorarios del solicitante, aplicando sobre un monto base de G. 720.200.000, el porcentaje del 1%. Ello arroja la suma de G. 7.202.000. En atención a esto, este Tribunal no puede fijar un monto menor, atendiendo al principio dispositivo que rige la materia civil.

En consecuencia, corresponde retasar los honorarios del Lic. Orestes Olmedo González en la suma de G. 7.202.000.

En cumplimiento de la Acordada N° 337, de fecha veinticuatro de noviembre de 2004, dictada por la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, debe adicionarse el importe del Impuesto al Valor Agregado –IVA–, que de conformidad con la legislación tributaria vigente en el tema, la ley 2.421/04, es el 10% sobre el monto base, que en este caso es la suma regulada, conforme lo dispone la Acordada de referencia.

Atendiendo a los puntos indicados, y de conformidad con las disposiciones citadas corresponde retasar los Honorarios del Perito Lic. ORESTES OLMEDO GONZÁLEZ en la suma de SIETE MILLONES DOSCIENTOS DOS MIL GUARANÍES (G. 7.202.000), por los trabajos realizados en el juicio principal, fijando el monto del Impuesto al Valor Agregado en la suma de SETECIENTOS VEINTE MIL DOSCIENTOS GUARANÍES (G.720.200).

A SU TURNO LA DRA. MARÍA MERCEDES BUONGERMINI PALUMBO, DIJO: Que adhiere su voto al del Magistrado que antecede.

Por tanto, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala, RESUELVE:

DECLARAR desierto el recurso de nulidad interpuesto.

RETASAR los Honorarios del Perito Lic. ORESTES OLMEDO GONZÁLEZ en la suma de SIETE MILLONES DOSCIENTOS DOS MIL GUARANÍES (G. 7.202.000), por los trabajos realizados en el juicio principal, fijando el monto del Impuesto al Valor Agregado en la suma de SETECIENTOS VEINTE MIL DOSCIENTOS GUARANÍES (G. 720.200).

ANOTAR, registrar y remitir una copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Neri E. Villalba Fernández, María Mercedes Boungermini Palumbo y Dr. Mst. Arnaldo Martínez Prieto.

Ante mí: Abg. Pablo Costantini. Actuario Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 284

Cuestión debatida: *Su punto de discusión en la providencia dictada por la instancia inferior que ordena la ampliación de la demanda en contra de la firmay la agregación de los documentos que se acompañan al pedido de ampliación.*

DEMANDA. Ampliación de la demanda. Litisconsorcio. PROCESO CIVIL Y COMERCIAL. Partes.

Se produce lo que se da en llamar en el Derecho Procesal, el litisconsorcio necesario, cuando en la pluralidad de los sujetos existe un vínculo esencial de unidad que no puede ser omitido por el juzgador. Ello es así, por cuanto la sentencia que se vaya a pronunciar no tendría el efecto jurídico necesario. O, si se entablara ante otro juez, por el mismo objeto y causa, pero con distinto sujeto, pudiera causar un fallo contradictorio, lo que llevaría a un escándalo jurídico.

DEMANDA. Ampliación de la demanda.

Hay transformación o cambio de la demanda cuando el actor manifiesta concretamente que altera, cambia, modifica o transforma alguno de los elementos objetivos de la pretensión: sujeto, objeto o causa.

DEMANDA. Ampliación de la demanda. Litisconsorcio. Clases.

Es sabido que el litisconsorcio es facultativo cuando su constitución obedece a la libre y espontánea –aunque no discrecional– voluntad de las partes, y es necesario cuando la pluralidad de sujetos se halla impuesta por la ley o por la naturaleza de la relación o situación jurídica que constituye la causa de la pretensión procesal.

DEMANDA. Ampliación de la demanda. Litisconsorcio. Clases. Legitimación activa.

Es, pues, el sujeto contra el cual se da la ampliación de la demanda –la firmatario– el único legitimado para discutir o impugnar la misma, puesto que es al mismo a quien se pretende incluir en la presente demanda con posterioridad al inicio del proceso, ello en razón de ser subadquirente de la finca objeto del acto de compraventa impugnado en principio.

T. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. 04/05/12. “Enrique Ramón Sánchez Sandoval y otros c. Carnicas Villacuenca S.A. y otros s. Nulidad de Acto Jurídico” (A. I. N° 284).

Asunción, 4 de mayo de 2012.

VISTOS: Los recursos de apelación y nulidad interpuestos por el Abog. MARCELO GAUTO BOZZANO, en contra del proveído de fecha 23 de diciembre de 2010, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Sexto Turno; y

CONSIDERANDO:

QUE, en primer orden, en el citado auto interlocutorio el Juzgado resolvió: “Atento al escrito presentado a fs. 118 de autos por los Sres. Ma. P. OCTAVIANA Y ENRIQUE R. SÁNCHEZ S., este último en causa propia y patrocinante, agréguese los oficios debidamente diligenciados y las copias autenticadas que se acompaña obrantes a fs. 74/117. De conformidad a lo dispuesto en el Art. 217 del Código Procesal Civil, téngase por ampliada la presente demanda en los términos del citado escrito, y en consecuencia, téngase asimismo por iniciada la presente demanda que por NULIDAD DE ACTO JURÍDICO promueven los Sres. MARÍA DE LA PURIFICACIÓN OCTAVIANA Y ENRIQUE RAMÓN SÁNCHEZ SANDOVAL contra la firma PANACON S.A., y de la misma, y de los documentos acompañados, córrase traslado a la parte demandada citando y

emplazándola para que la conteste dentro del plazo de dieciocho (18) días, de conformidad a lo establecido en el Art. 222 del Código Procesal Civil. Como se pide librese oficio a la Esc. Pública AGUSTINA MENDOZA BENÍTEZ, a fin de remitir copia autenticada de la Escritura de Transferencia de la Finca N° 1100 del Distrito de Mariscal Estigarribia, a tal efecto librese el correspondiente oficio. Notifíquese por cédula o personalmente.”.

OPINIÓN DEL DR. NERI E. VILLALBA FERNÁNDEZ, DIJO; NULIDAD: La parte recurrente no ha fundado este recurso interpuesto, y siendo, los agravios vertidos por el mismo en sustento de éste recurso pudiendo ser resuelto por vía de la apelación también ejercitada, debiendo por ende ser declarado desierto al no haberse constatado en la resolución examinada vicios u omisiones procesales de naturaleza solemne o formal que autoricen a éste Tribunal a una declaración de nulidad de oficio, conforme lo establecen los Arts. 15 inc. b), 113 y 404 del Código Procesal Civil.

OPINIÓN DEL DR. ARNALDO MARTÍNEZ PRIETO, DIJO; NULIDAD: El recurrente no ha fundado el recurso de nulidad por él interpuesto. Y, al no advertirse vicios o defectos que ameriten la declaración oficiosa de la nulidad, corresponde declarar desierto dicho recurso.

A SU TURNO EL DR. CARLOS ESCOBAR, MANIFESTÓ: Adherirse al voto del magistrado preopinante.

OPINIÓN DEL DR. NERI E. VILLALBA FERNÁNDEZ, DIJO APELACIÓN: El apelante al fundar su recurso a fs. 143/146, de autos, se agravia de la resolución dictada por el a quo en cuanto se refiere a la ampliación de la demanda y la agregación de los documentos presentados por los demandantes. Alega, que la parte actora, presentada la acción en contra de su mandante ha invocado un contrato privado de compraventa de un inmueble sobre el cual se sustenta la demanda de nulidad de acto jurídico y una vez notificada a su parte de la iniciación del juicio solicitó la interrupción del plazo para contestarla en razón que la actora no ha acompañado dicho instrumento invocado, posteriormente, la parte demandante se presenta y solicita la ampliación de la demanda nuevos documentos y solicitando se libere oficio a la Escribana actuante a fin de remitir copia autenticada de la Escritura de Transferencia del inmueble, incluso incorporando a un nuevo sujeto pasivo de la relación procesal. Se agravia de lo resuelto por el a quo, al sostener que la litis ya se encontraba trabada al momento de la notificación de la iniciación de la demanda, no dándose así los presupuestos

del Art. 221 del Código Procesal Civil. Culmina su exposición solicitando la revocación de la providencia apelada.

Corrido el respectivo traslado la contraparte, contesta a fs. 152/155 de autos, rechazando las alegaciones expuestas por el recurrente, manifestando, que la resolución apelada fue dictada correctamente por cuanto la ampliación de la demanda se refiere a la incorporación de un nuevo sujeto pasivo que no le afecta a su parte y los instrumentos acompañados se vinculan a ese nuevo demandado. Termina su contestación con el pedido de confirmación del proveído recurrido.

Establecida así la controversia en esta apelación interpuesta el cual tiene su punto de discusión en la providencia dictada por la instancia inferior que ordena la ampliación de la demanda en contra de la firma PANACON S.A. y la agregación de los documentos que se acompañan al pedido de ampliación.

En ese sentido, el Art. 217 del Código Procesal Civil dice: "...Antes de ser notificada la demanda, el actor podrá modificar el escrito inicial, y ampliar o restringir sus pretensiones." Y, el Art. 221 del mismo cuerpo legal establece que: "...Después de contestada la demanda, no se admitirán al actor sino documentos de fecha posterior, o anteriores bajo juramento de no haber antes tenido conocimiento de éstos. Ambas normas contenidas en los artículos transcritos se refieren a la acción incoada en contra del sujeto demandado. Es decir, el demandante al presentar la acción debe establecer la relación de sujeto, objeto y causa sobre el cual se sustenta su pretensión. Y, las pruebas documentales que se acompañan deben estar referidas a los hechos invocados en contra y vinculado al sujeto pasivo de la relación procesal. En ese orden de cosas, no cabe dudas que una vez trabada de litis con la debida notificación de la iniciación del proceso, el actor no podrá presentar ninguna prueba documental posterior a la traba de la litis, con las excepciones previstas en la ley procesal, pero siempre relacionadas con los sujetos litigantes.

En este caso, la parte actora presenta la ampliación de la demanda en contra de un nuevo sujeto pasivo y agrega las instrumentales relacionadas a los hechos vinculados a ese nuevo demandado, alegando que la parte accionada primeramente ha transferido la res litis a ese nuevo demandado. Al respecto, es importante destacar que esta acción se refiere a la nulidad del acto jurídico de transferencia del inmueble objeto de la demanda. Aquí se produce lo que se da en llamar en el Derecho Procesal, el litisconsorcio necesario, cuando en la plu-

ralidad de los sujetos existe un vínculo esencial de unidad que no puede ser omitido por el juzgador. Ello es así, por cuanto la sentencia que se vaya a pronunciar no tendría el efecto jurídico necesario. O, si se entablara ante otro juez, por el mismo objeto y causa, pero con distinto sujeto, pudiera causar un fallo contradictorio, lo que llevaría a un escándalo jurídico. La misma legislación de forma permite esta nueva integración en el Art. 101 del Código Procesal Civil, en concordancia con el Art. 250 de la misma legislación. Y, todo ello hasta antes de la apertura del periodo probatorio.

En conclusión, por todos los elementos analizados es evidente que la providencia dictada por el juzgado y recurrida ante esta instancia se ajusta a las prescripciones previstas en las normas procesales, debiendo así ser confirmada íntegramente dicha providencia.

OPINIÓN DEL DR. ARNALDO MARTÍNEZ PRIETO, DIJO; APELACIÓN: En autos, el Abg. MARCELO GAUTO BOZZANO interpone los recursos de apelación y nulidad contra el proveído de fecha 23 de diciembre de 2010, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Sexto Turno, obrante a fs. 119 de autos, en virtud del cual se resolvió: “Atento al escrito presentado a fs. 118 de autos por los Sres. Ma. P. OCTAVIANA Y ENRIQUE R. SÁNCHEZ S., este último en causa propia y patrocinante, agréguese los oficios debidamente diligenciados y las copias autenticadas que se acompañan obrantes a fs. 74/117 de autos. De conformidad a lo dispuesto en el Art. 217 del Código Procesal Civil, téngase por ampliada la presente demanda en los términos del citado escrito, y en consecuencia, téngase asimismo por iniciada la presente demanda que por NULIDAD DE ACTO JURÍDICO promueven los Sres. MARÍA DE LA PURIFICACIÓN OCTAVIANA Y ENRIQUE RAMÓN SÁNCHEZ SANDOVAL contra la firma PANACON S.A., y de la misma, y de los documentos acompañados, córrase traslado a la parte demandada citando y emplazándola para que la conteste dentro del plazo de dieciocho (18) días, de conformidad a lo establecido en el Art. 22 del Código Procesal Civil. Cómo se pide librese oficio a la Esc. Pública AGUSTINA MENDOZA BENÍTEZ, a fin de remitir copia autenticada de la Escritura de Transferencia de la finca N° 1100 del Distrito de Mcal. Estigarribia, a tal efecto librese el correspondiente oficio. Notifíquese por cédula o personalmente” (sic.) (fs. 119).

Aduce el recurrente, en su escrito de expresión de agravios, glosado a fs. 143/146 de autos, que se agravia de la providencia transcripta *supra*, en

cuanto ordena la ampliación de la presente demanda respecto de un nuevo sujeto pasivo, la firma Panacon S.A., y dispone la agregación de los oficios debidamente diligenciados y las copias autenticadas acompañadas por la parte actora, obrantes a fs. 74/117 de autos.

En esta tesitura se deben analizar las constancias de autos a fin de estudiar la procedencia o no de la ampliación de la presente demanda, ordenada por el *a quo*, respecto de la firma Panacon S.A., como codemandada en autos, y de la agregación de los documentos obrantes a fs. 74/117 de autos.

Se debe apuntar así que en el presente juicio los Sres. Enrique Ramón Sánchez Sandoval y María de la Purificación Octaviana Sánchez Sandoval demandan a la firma Carnicas Villacuenca S.A. por nulidad de un acto jurídico de compraventa de inmueble, contenido en la escritura pública N° 82 de fecha 17 de septiembre de 2007, autorizada por la Escribana Pública Agustina Mendoza, por lesión, en razón de haber suscripto un contrato privado de compra venta de inmueble referente a la Finca N° 1354 del Distrito del Chaco, Dpto. de Boquerón, lugar denominado Fortín Gral. Díaz, sector Pilcomayo y un acta de reconocimiento de deuda al respecto en consecuencia a un negocio fraudulento según lo expuesto en su escrito de promoción de demanda. El *a quo*, por providencia de fecha 08 de julio de 2010, entre otras cosas, tuvo por iniciada la presente demanda, de la misma y de los documentos acompañados, corrió traslado a la demandada. Además, ordenó se libre oficio a la Escribana Pública Agustina Mendoza Benítez a fin de que remita al Juzgado inferior copia autenticada del contrato privado de compra venta del inmueble individualizado como finca 1354 del Distrito del Chaco, aludido *supra*. En fecha 13 de julio de 2010, la firma Carnicas Villacuenca S.A. fue cedularmente anoticiada de la providencia antedicha, según consta en la cédula de notificación glosada a fs. 16 de autos. En fecha 03 de agosto de 2010, el Abg. Marcelo Gauto Bozzano, en representación de Carnicas Villacuenca S.A., solicitó el reconocimiento de su personería y la interrupción del plazo para contestar la demandada. El *a quo*, por providencia de fecha 04 de agosto de 2010, tuvo por reconocida la personería del recurrente y ordenó la interrupción del plazo para contestar el traslado de la demanda hasta tanto la actora acompañe copia del contrato privado cuya nulidad pretende la parte actora. En fecha 09 de julio de 2010 el Juzgado inferior ofició a la escribana pública Agustina Mendoza Benítez a fin de que remita copia autenticada del contrato privado de compra venta del inmueble individualizado

como Finca N° 1354 del Distrito del Chaco. La citada escribana, en fecha 18 de agosto de 2010, en virtud de su escrito obrante a fs. 40 del expediente, remitió al Juzgado inferior copia autenticada del acta de reconocimiento de deuda otorgada por el Sr. José Panadero Contreras en representación de la firma Cárnicas Villacuenca S.A., por escritura pública N° 87 de fecha 20 de septiembre de 2007, a favor de los Sres. María de la Purificación Octaviana Sánchez Sandoval y Enrique Ramón Sánchez Sandoval, mas no remitió copia del contrato privado de compraventa del inmueble en cuestión puesto que el mismo no obra en su poder. Posteriormente, *el a quo*, por providencia de fecha 07 de septiembre de 2010, en atención a las manifestaciones formuladas por la parte actora en sus escritos de fs. 43 y 58 de autos, ordenó se oficie a la escribana pública Agustina Mendoza Benítez a fin de que remita copia autenticada de la escritura pública de transferencia de la finca N° 1354 del Distrito del Chaco; en la misma fecha se libró el oficio antedicho. En fecha 15 de septiembre de 2010, los Sres. María de la Purificación Octaviana Sánchez Sandoval y Enrique Ramón Sánchez Sandoval solicitaron se libre oficio a la Dirección General de los Registros Públicos a fin de que remita al Juzgado inferior copia autenticada de las escrituras de transferencia de la finca N° 1354 del Distrito del Chaco, librada por Enrique R. Sánchez S. y otra a favor de Cárnicas Villacuenca S.A., con sus antecedentes y desmembraciones hasta la escritura pública a favor del actual poseedor de dicha finca. El *a quo*, por providencia de fecha 28 de septiembre de 2010 ordenó la agregación de las constancias del diligenciamiento de los oficios ante la Dirección General de Registros Públicos y dispuso se libre nuevo oficio en la forma solicitada por la parte actora, en la misma fecha se ofició a la Dirección General de los Registros Públicos a fin de que remitan copia autenticada de las escrituras de transferencias otorgadas a Enrique R. Sánchez S. y Cárnicas Villacuenca S.A., en lo que respecta a la finca N° 1354 del Distrito del Chaco, con sus respectivos antecedentes y desmembraciones hasta el actual poseedor de dicha finca. Luego, en fecha 13 de octubre de 2010, el Abg. Enrique Ramón Sánchez Sandoval, en virtud de su escrito obrante a fs. 70 de autos, presentó urgimiento y solicitó se reitere el oficio de fecha 07 de septiembre de 2010 dirigido a la escribana pública Agustina Mendoza. Además peticionó se libre nuevo oficio a la Dirección General de los Registros Públicos a fin de que remita copia del título de la finca 1100 de Mcal. Estigarribia, teniendo en cuenta que la demandada Cárnicas Villacuenca S.A. transfirió, a una empresa subsidiaria y vinculada a

ella, la finca 1354 del Distrito del Chaco, expresó que la copia aludida debe ir acompañada de los antecedentes de la misma, a saber las copias de la Finca N° 1461 de Villa Hayes, luego matrícula 1100 Mcal. Estigarribia, inscrita a nombre de Panacon S.A., así como el anterior antecedente que es la finca 1354 Chaco, luego matrícula 1461 de Villa Hayes. El juez inferior, por providencia de fecha 18 de octubre de 2010, dispuso se reitera el oficio de fecha 07 de septiembre de 2010, dirigido a la escribana pública Agustina Mendoza, además en atención a la presentación de fs. 70/71 de autos, ordenó se libre oficio a la Dirección General de los Registros Públicos a fin de que remita copia autenticada del título de la finca N° 1100 de Mcal. Estigarribia, inscrita a nombre de Panacon S.A., así también de las fincas N° 1461 de Villa Hayes y Finca N° 1354 del Distrito del Chaco. En la misma fecha el *a quo* libró oficio a la Dirección General de los Registros Públicos a fin de que remita copia autenticada del título de propiedad de la finca N° 1100 de Mcal. Estigarribia, inscrita a nombre de Panacon S.A., así también de las fincas N° 1461 de Villa Hayes N° 1354 del Distrito del Chaco. Los Sres. María de la Purificación Octaviana Sánchez Sandoval y Enrique Ramón Sánchez Sandoval, en fecha 19 de octubre de 2010, presentó el oficio de fecha 28 de septiembre de 2010, diligenciado ante la Dirección General de los Registros Públicos. La escribana pública Agustina Mendoza Benítez, en fecha 26 de octubre de 2010, en virtud de su escrito glosado a fs. 80 de autos, presentó copia autenticada de la escritura pública de transferencia del inmueble individualizado como finca N° 1354 del Distrito del Chaco, N° 82 de fecha 17 de septiembre de 2007. El juez inferior, por providencia de fecha 01 de noviembre de 2010, dispuso la agregación de las constancias de los oficios diligenciados y de la copia de la escritura pública N° 82 de fecha 17 de septiembre del 2007. Luego, en fecha 15 de diciembre de 2010, los Sres. María de la Purificación Octaviana Sánchez Sandoval y Enrique Ramón Sánchez Sandoval, presentaron el oficio de fecha 18 de octubre de 2010 diligenciado ante la Dirección General de los Registros Públicos y las copias autenticadas de la finca N° 1100 de Mcal. Estigarribia inscrita a nombre de Panacon S.A.; de la finca N° 1461 de Villa Hayes inscrita a nombre de Cárnicas Villacuenca S.A. y finca N° 1354 del distrito del Chaco. Además, peticionaron la ampliación de la presente demanda en el sentido de incluir dentro de la misma a la empresa Panacon S.A. y en consecuencia, solicitó la nulidad total de las escrituras de transferencia de la *res litis*, individualizadas como finca N° 1100 del distrito de Mcal. Estigarri-

bia transferida por Cárnicas Villacuenca S.A. a Panacon S.A. y su antecedente, la finca N° 1461 del distrito de Villa Hayes transferida a Cárnicas Villacuenca S.A. Por último, solicitaron se libre oficio a la escribana pública Agustina Mendoza a fin de que remita copia autenticada de la escritura de transferencia de la finca N° 1100 del Distrito de Mcal. Estigarribia. El Juez inferior, por la providencia de fecha 23 de diciembre de 2010, transcripta *supra*, agregó los oficios diligenciados y las copias acompañadas, glosadas a fs. 74/117 de autos, tuvo por ampliada la presente demanda en la forma peticionada y, en consecuencia, tuvo por iniciada la presente demanda contra la firma Panacon S.A. y de la misma, y de los documentos acompañados, córrase traslado a la parte demandada. Ordenó además se libre oficio a la escribana pública Agustina Mendoza Benítez a fin de remitir copia autenticada de la escritura pública de la transferencia de la finca N° 1100 del Distrito de Mcal. Estigarribia.

Así las cosas, en fecha 31 de diciembre de 2010, el Abg. Marcelo Gauto Bozzano, en representación de la firma Cárnicas Villacuenca, en virtud de su escrito obrante a fs. 126/127, solicitó la interrupción del plazo para contestar la demanda e interpuso los recursos de apelación y nulidad contra la providencia de fecha 23 de diciembre de 2010. Luego, en fecha 01 de febrero de 2011, en los términos de su escrito de fs. 128/129, solicitó el reconocimiento de su personería en carácter de representante convencional de la firma Panacon S.A. y la interrupción del plazo para contestar la demanda y su ampliación. El juez inferior, por providencia de fecha 10 de febrero de 2011, reconoció la personería del Abg. Marcelo Gauto Bozzano en su carácter de representante convencional de la firma Panacon S.A. y tuvo por constituido el domicilio procesal del mismo. Por otra providencia, de misma fecha, el citado juez resolvió ordenar la suspensión del plazo para contestar el traslado de la presente demanda, corrido a las partes codemandadas, a saber, las firmas Cárnicas Villacuenca S.A. y Panacon S.A., por providencia de fecha 23 de diciembre de 2010, hasta tanto la actora de cumplimiento íntegro al art. 107 del Cód. Proc. Civ. y, en consecuencia, ordenó se intime a la misma para que en el plazo de tres días de notificada que fuere de la presente resolución, subsane la omisión incurrida. Por providencia de fecha 24 de febrero de 2011 el Juez inferior concedió los recursos interpuestos por el Abg. Marcelo Gauto Bozzano, en representación de la firma Cárnicas Villacuenca S.A., contra la providencia de fecha 23 de diciembre de 2010, en relación y con efecto suspensivo.

Pretende, pues, el recurrente, primeramente, la revocación de la providencia de fecha 23 de diciembre de 2010 en la parte que dispone la ampliación de la demanda respecto de un nuevo sujeto pasivo; considera, en efecto, que la ampliación aludida resulta extemporánea, de conformidad con lo dispuesto en el art. 217 del Cód. Proc. Civ.

En esta tesitura se debe apuntar que hay transformación o cambio de la demanda cuando el actor manifiesta concretamente que altera, cambia, modifica o transforma alguno de los elementos objetivos de la pretensión: sujeto, objeto o causa. En el caso de marras, lo que se da es la ampliación de la presente demanda respecto de un nuevo sujeto, específicamente, de un nuevo codemandado, la firma Panacon S.A. La incorporación de nuevos sujetos a la relación procesal o la modificación de la situación jurídica de los que actúan como partes, origina un cambio en la demanda que, como tal, solo es admisible cuando ella no hubiere sido notificada, todo ello conforme con lo dispuesto en el art. 217 del Cód. Proc. Civ.

Ahora bien, en el presente juicio los Sres. Enrique Ramón Sánchez Sandoval y María de la Purificación Octaviana Sánchez Sandoval demandan la nulidad de un acto jurídico de compraventa de inmueble celebrado con la firma Cárnicas Villacuenca S.A., referente a la finca N° 1354 del Distrito del Chaco, Dpto. de Boquerón, lugar denominado Fortín Gral. Díaz, sector Pilcomayo, contenido en la escritura pública N° 82 de fecha 17 de septiembre de 2007, autorizada por la Escribana Pública Agustina Mendoza. La ampliación de demanda, peticionada por la parte actora y dispuesta por el juez inferior, se da en razón de que la firma Cárnicas Villacuenca S.A. ha vendido y transferido el inmueble objeto del acto de compraventa impugnado a la firma Panacon S.A. en fecha 09 de junio de 2008, según consta en la escritura pública N° 76, glosada a fs. 93/96 de autos.

Corresponde así apuntar que el acto jurídico impugnado, la compraventa de inmueble celebrada entre los Sres. Enrique Ramón Sánchez Sandoval, María de la Purificación Octaviana Sánchez Sandoval por un lado y el Sr. Jesús Panadero Contreras, en representación de la firma Carnicas Villacuenca S.A., por el otro, es un acto independiente y distinto a la posterior compraventa celebrada entre el Sr. Herminio Bogarín Leguizamón, en representación de la firma Cárnicas Villacuenca y el Sr. Jesús Panadero Contreras, en representación de la firma Panacon S.A.

En atención a lo expuesto por el miembro preopinante, a saber: que entre las firmas demandadas existe un litisconsorcio necesario, me permito disentir y aclarar que la falta de integración de la litis, tratándose de un litisconsorcio necesario, provocaría la nulidad del fallo. Ahora bien, es sabido que al accionar por nulidad de un acto jurídico la demanda debe incoarse, de ordinario, contra todas las partes del acto. Se debe, pues, determinar si la firma Panacon S.A. es parte del acto jurídico impugnado. Se entiende por partes de un negocio jurídico a aquellos que intervienen en el mismo como otorgantes, y excepcionalmente también se ha extendido el concepto de parte a los beneficiarios del acto. En el caso de marras se advierte que la firma Panacon S.A. no ha tenido participación alguna en el acto jurídico de compraventa celebrado entre los Sres. Enrique Ramón Sánchez Sandoval, María de la Purificación Octaviana Sánchez Sandoval y la firma Carnicas Villacuenca S.A., a través de su representante convencional, objeto del presente juicio de nulidad, en consecuencia, la firma aludida, Panacon S.A., no es parte del acto jurídico atacado de nulidad.

Corresponde así apuntar que existe litisconsorcio cuando, por mediar cotitularidad activa o pasiva con respecto a una pretensión única, o un vínculo de conexión entre distintas pretensiones, el proceso se desarrolla con la participación de más de una persona en la misma posición de parte. Se debe así determinar el tipo de litisconsorcio en el cual las firmas demandadas se encontrarían comprendidas, facultativo o necesario y, en su caso, el efecto que el tipo de litisconsorcio -cuya existencia y caracteres se determine en autos- tiene en la integración de la presente *litis*. Es sabido que el litisconsorcio es facultativo cuando su constitución obedece a la libre y espontánea -aunque no discrecional- voluntad de las partes, y es necesario cuando la pluralidad de sujetos se halla impuesta por la ley o por la naturaleza de la relación o situación jurídica que constituye la causa de la pretensión procesal.

Se concluye así que en el caso de marras no se da un litisconsorcio necesario entre las firmas codemandadas, sino uno facultativo, en razón de que la acción de nulidad pretendida contra el acto de compraventa celebrado entre las firmas Carnicas Villacuenca S.A. y Panacon S.A., contenido en la escritura pública N° 76 de fecha 09 de junio de 2008, se halla vinculado, en razón del título y del objeto, con la pretensión originaria del presente juicio, a saber: la nulidad del acto de compraventa celebrado entre los Sres. Enrique Ramón Sánchez Sandoval, María de la Purificación Octaviana Sánchez Sandoval y la firma

Cárnicas Villacuenca S.A., contenido en la escritura pública N° 82 de fecha 17 de septiembre de 2007. El litisconsorcio aludido es además sucesivo, puesto que la pluralidad de litigantes pasivos se presenta con posterioridad al comienzo del proceso.

En este orden de ideas se debe señalar que la inclusión al presente juicio de un nuevo sujeto pasivo junto con una nueva pretensión, conexas a la originaria, no puede causar agravio alguno a la firma Cárnicas Villacuenca S.A., demandada originariamente, ello en razón de que su situación procesal no se ve modificada de modo alguno ya que dicha parte no ha quedado en una posición más perjudicial de la que tenía con anterioridad a la ampliación de la demanda respecto de un nuevo sujeto pasivo. Se advierte así que la firma aludida carece de legitimación para discutir la ampliación de la presente demanda. Es, pues, el sujeto contra el cual se da la ampliación de la demanda –la firma Panacon S.A.– el único legitimado para discutir o impugnar la misma, puesto que es al mismo a quien se pretende incluir en la presente demanda con posterioridad al inicio del proceso, ello en razón de ser subadquirente de la finca objeto del acto de compraventa impugnado en principio.

Por otro lado, en cuanto a la agregación de las instrumentales obrantes a fs. 74/117 de autos, dispuesta por el juez inferior en virtud del proveído de fecha 23 de diciembre de 2010, recurrido ante este Tribunal, se debe apuntar que el recurrente aduce la extemporaneidad de dicha agregación de conformidad con lo dispuesto en el art. 219 del Cód. Proc. Civ.

En estas condiciones pasaremos a estudiar la recurribilidad de la cuestión apelada. Debemos, pues, señalar que para que proceda el recurso de apelación, es menester que la resolución recurrida cause un gravamen irreparable y que no haya sido consentida, así lo establece el art. 395 del Cód. Proc. Civ. Ahora bien, de lo expuesto *supra*, surge que el presente caso se trata de una cuestión que es consecuencia de resoluciones que han sido consentida por la parte recurrente y han quedado firme en el presente juicio, a saber: la providencia de fecha 18 de octubre de 2010, en virtud de la cual el *a quo* ordenó se libre oficio a la Dirección General de los Registros Públicos a fin de que remita al juzgado a su cargo copia autenticada del título de la finca N° 1100 de Mcal. Estigarribia, inscripta a nombre de Panacon S.A., así también de las fincas N° 1461 de Villa Hayes y Finca N° 1354 del Distrito del Chaco. En consecuencia, en misma fecha el *a quo* libró oficio a la Dirección General de los Registros Públicos en los

términos del proveído antedicho. se notifica por automática de conformidad a lo dispuesto por el Art. 131 del Cód. Proc. Civ. La providencia aludida, de fecha 18 de octubre de 2010, es de aquellas que se notifica por automática de conformidad a lo dispuesto por el Art. 131 del Cód. Proc. Civ., en efecto, este tipo de proveído no está expresamente previsto en la enumeración contenida en el Art. 133 del Cód. Proc. Civ., la cual es restrictiva en su formulación e interpretación. De tal suerte, en el caso de autos, la resolución recurrida se notificó el día martes 19 de octubre de 2010. Así las cosas, y atendiendo al plazo de tres días para apelar establecido en el Art. 396 del Cód. Proc. Civ., el recurso debería haberse interpuesto, como máximo, el día lunes 25 de octubre de 2010 a las 09:00 horas. Como la parte recurrente no ha impugnado la providencia aludida, en el plazo correspondiente, la misma ha quedado firme para su parte en el presente juicio. El libramiento del oficio respectivo, el diligenciamiento del mismo y su cumplimiento por parte de la dependencia requerida, son consecuencias lógicas de la resolución aludida. Así pues, habiendo el recurrente consentido el proveído de fecha 18 de octubre de 2010, dictado por el juzgado inferior, este no puede ya ahora agravarse de una resolución subsiguiente que es consecuencia de actuaciones consentidas y no agrega nada a la situación jurídica creada por la providencia antedicha, puesto que la providencia de fecha 23 de diciembre de 2010, en cuanto dispone la agregación de las instrumentales obrantes a fs. 74/117 del expediente, remitidas por la Dirección General de los Registros Públicos en respuesta al oficio de fecha 18 de octubre de 2010, se limita a cumplimentar efectivamente la diligencia dispuesta en virtud de la providencia de fecha 18 de octubre de 2010.

En atención a lo expuesto en los párrafos que anteceden, corresponde confirmar la resolución recurrida.

En cuanto a las costas, corresponde su imposición a la perdidosa de conformidad con lo dispuesto en el art. 203 del Cód. Proc. Civ.

A SU TURNO EL DR. CARLOS ESCOBAR, MANIFESTÓ: Que se adhiere al voto del miembro preopinante, con sus mismos fundamentos.

Por tanto, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala, RESUELVE:

DECLARAR desierto el recurso de nulidad.

CONFIRMAR la providencia apelada de fecha 23 de diciembre de 2010, en todas sus partes.

IMPONER las costas a la perdidosa.

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

Magistrados: Neri E. Villalba Fernández, Carlos A. Escobar Espínola y Dr. Mst. Arnaldo Martínez Prieto.

Ante mí: Abg. Pablo Costantini. Actuario Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 313

Cuestión debatida: *Establecida así la controversia en esta apelación interpuesta, el cual tiene su punto de discusión en la restitución de la suma depositada por la parte actora.*

El interlocutorio que aquí se recurre hace lugar a la declaración de prescripción del crédito pagado por consignación, y en consecuencia ordena la restitución de la suma depositada a favor de los actores.

PRESCRIPCIÓN. Prescripción liberatoria.

Comienza a correr el plazo de prescripción liberatoria a favor de los obligados y nace el derecho del acreedor a exigir su crédito. Que, el acreedor debió incitar su cobro por medio de la ejecución de la sentencia y no dejar en depósito la suma adeudada con la sola idea que por estar depositada ya le pertenece. Para que efectivamente pueda pasar al patrimonio del acreedor, éste debe promover la acción judicial pertinente ya mencionada. (VOTO EN MINORÍA).

SENTENCIA. Clases de Sentencia.

Las sentencias que admiten ejecución posterior son solamente las sentencias de condena, elemento no indispensable ni connatural a toda sentencia, conforme lo indica claramente el art. 159 inc. f) del Cód. Proc. Civ., palmario en indicar que no toda sentencia es susceptible de ejecución. Esto se confirma, además, a través de lo dispuesto por el art. 519 del Cód. Proc. Civ. y siguientes, especialmente los arts. 522 y 523, que admiten a ejecución, como es obvio, solamente las sentencias que contienen condena, y es respecto de estas que se admite la prescripción decenal de la ejecutoria, en los términos del art. 526 inc. b) del Código ritual.

SENTENCIA. Clases de Sentencia. Sentencia condenatoria.

Solamente la sentencia que confiere acción ulterior para su cumplimiento, es decir, la sentencia de condena, es susceptible de ser ejecutada, y por ende la pretensión en tal sentido pasible de prescripción.

SENTENCIA. Clases de Sentencia. Sentencia condenatoria. PRESCRIPCIÓN. Prescripción liberatoria.

Establecida que la prescripción decenal se aplica solamente a las sentencias de condena, corresponde determinar si este carácter es predicable respecto del acogimiento de la pretensión de pago por consignación.

PAGO. Pago Por Consignación.

El efecto principal del pago, conforme lo indica expresamente el art. 547 del Cód. Civ., es el cumplimiento de la prestación debida. Siendo suma de dinero, aplica también el art. 474 del Cód. Civ., según el cual las deudas pecuniarias se extinguen por el pago hecho con el signo monetario que tenga curso legal y fuerza cancelatoria a la fecha de su vencimiento.

SENTENCIA. Sentencia declarativa. PAGO. Pago Por Consignación.

Si la sentencia declara válida una consignación es porque ésta lo era desde que se la hizo, y no porque venga a serlo desde la sentencia.

SENTENCIA. Sentencia declarativa. PAGO. Pago Por Consignación. PRESCRIPCIÓN. Prescripción liberatoria.

No es imaginable la aplicación de un plazo prescripcional a una sentencia declarativa, en el caso, a la sentencia que declara producidos los efectos de pago, es decir, el cumplimiento de la prestación debida y el traspaso patrimonial de la suma de dinero que era su objeto. La suma consignada ya no pertenecía al deudor solvens, sino al demandado accipiens, y la sentencia lo coloca en su disponibilidad jurídica, desobligando al deudor demandante por haber incumplido con su obligación, con lo que no cabe hablar de prescripción, con lo que no cabe hablar de prescripción, puesto que la obligación quedo extinguida por el pago.

T. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. 23/05/12. “Reconstitución del exp.: Sara Parquet de Ríos y otro c/ Financiera Urundey s/ Pago por consignación y compensación de intereses” (A. I. N° 313).

Asunción, 23 de mayo de 2012.

VISTOS: Los recursos de apelación y nulidad interpuestos por la Agente Síndico de Quiebras del Primer Turno, en contra del A.I. N° 566 de fecha 02 de junio de 2011, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Sexto Turno; y,

CONSIDERANDO:

QUE, en primer orden, en el citado auto interlocutorio el Juzgado resolvió: "1.- DECLARAR operada la prescripción del crédito reconocido en la S.D. N° 150 de fecha 16 de marzo de 1998, a favor de la Financiera URUNDEY S.A., por la suma de 12.619.586 Gs., en consecuencia ordenar la restitución de la suma depositada a favor de los actores. 2.- ANÓTESE...".

OPINIÓN DEL DR. NERI E. VILLALBA FERNÁNDEZ; DIJO, NULIDAD: La parte recurrente no ha fundado este recurso interpuesto, y siendo, los agravios vertidos por el mismo en sustento de este recurso pudiendo ser resuelto por vía de la apelación también ejercitada, debiendo por ende ser declarado desierto al no haberse constatado en la resolución examinada vicios u omisiones procesales de naturaleza solemne o formal que autoricen a éste Tribunal a una declaración de nulidad de oficio, conforme lo establecen los Arts. 15 inc. b), 113 y 404 del Código Procesal Civil.

OPINIÓN DE LA DRA. MARÍA MERCEDES BUONGERMINI PALUMBO; DIJO, NULIDAD: La parte apelante, Abg. Julia Rosa Alonso Martínez, Agente Síndico del Primer Turno, no fundamentó el recurso en cuestión, refiriéndose los agravios expresados en el memorial de fs. 40/41 exclusivamente al recurso de apelación. De este modo, no advirtiéndose otros vicios o defectos que autoricen a declarar la nulidad de oficio en los términos de los arts. 113 y 404 del Cód. Proc. Civ., el recurso de nulidad debe ser declarado desierto a tenor del art. 419 del mismo cuerpo legal.

A SU TURNO EL DR. ARNALDO MARTÍNEZ PRIETO, MANIFESTÓ: Que se adhiere al voto precedente.

OPINIÓN DEL DR. NERI E. VILLALBA FERNÁNDEZ; DIJO; APELACIÓN: La recurrente, Abog. Julia Rosa Alonso Martínez, Agente Síndico del Primer Turno, funda su recurso a fs. 40/41 de autos y se agravia de la resolución dictada por el a quo, manifestando, que el juzgado no debió restituir la suma pretendida pues no forma parte del activo de los actores desde que realizaron el

depósito a favor de la financiera. Dice, que el retiro de los fondos solo se puede realizar por el pedido de solicitud de orden de pago, siendo el dinero depositado propiedad de la financiera. Alega, que la falta de retiro de los fondos depositados se debe a los cambios de Agentes Síndicos y Abogados contratados por los diversos representantes de la Sindicatura. Culmina su exposición solicitando la revocación de la resolución apelada.

Corrido el respectivo traslado la contraparte, contesta a fs. 42/46 de autos, rechazando las alegaciones expuestas por la recurrente. Sostiene, que se ha operado la prescripción por la inacción y el transcurso del tiempo previsto en la ley, siendo que la prescripción comienza a correr desde el momento que nace el derecho de exigir. Dice, que su parte se encuentra legitimada para exigir la restitución del monto depositado conforme lo habilita el Código Civil, el Código Procesal Civil y la Ley de Quiebras. Termina su contestación peticionando la confirmación de la resolución recurrida.

Establecida así la controversia en esta apelación interpuesta, el cual tiene su punto de discusión en la restitución de la suma depositada por la parte actora de Gs. 12.619.586.

Es así, que conforme lo establece el Art. 659 del Código Civil Paraguayo, prescribe por diez años “la derivada del derecho reconocido por sentencia firme, aunque por sí mismo estuviere sujeto a un plazo más corto. Esta regla se aplicará a las transacciones y a los créditos verificados en un concurso...”.

En este caso, el crédito reconocido está sustentado en la S.D. N° 150 de fecha 16 de marzo de 1998. Es decir, desde la fecha de la sentencia que reconoce el crédito a favor de la Financiera URUNDEY S.A., comienza a correr el plazo de prescripción liberatoria a favor de los obligados y nace el derecho del acreedor a exigir su crédito. Que, el acreedor debió incitar su cobro por medio de la ejecución de la sentencia y no dejar en depósito la suma adeudada con la sola idea que por estar depositada ya le pertenece. Para que efectivamente pueda pasar al patrimonio del acreedor, éste debe promover la acción judicial pertinente ya mencionada.

Así entonces, se constata que desde la fecha de la sentencia N° 150 hasta la presentación del escrito de la parte actora de fecha 03 de setiembre de 2010, han transcurrido más de diez años, quedando así operada la prescripción liberatoria a favor de los actores.

Por todos los elementos analizados es criterio de éste Miembro preopinante, que la resolución apelada debe ser confirmada en todas sus partes.

En cuanto a las costas, las mismas deberán ser impuestas a la parte perdedora de conformidad con lo dispuesto en el Art. 203 del Cód. Proc. Civ.

OPINIÓN DE LA DRA. MARÍA MERCEDES BUONGERMINI PALUMBO; DIJO, APELACIÓN: La controversia aquí es de puro derecho, en los términos del art. 241 del Cód. Proc. Civ., puesto que no hay disconformidad sobre los hechos que fundamentan la pretensión del incidentista y actor en la demanda principal de pago por consignación. Por S.D. N° 150, de fecha 16 de marzo de 1998, dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Sexto Turno (f. 6 y vlto.), se hizo lugar a la demanda promovida por Bonifacio Ríos Ávalos y Sara Parquet de Ríos contra la Financiera Urundey, en quiebra, en concepto de pago por consignación, declarándose una compensación. Más de diez años después, el 3 de septiembre de 2010 (f. 2), los actores gananciosos en la demanda de pago por consignación solicitan declarar extinguido el crédito de la Financiera Urundey por compensación, y en consecuencia permitir el retiro de los fondos depositados por los actores.

El interlocutorio que aquí se recurre hace lugar a la declaración de prescripción del crédito pagado por consignación, y en consecuencia ordena la restitución de la suma depositada a favor de los actores. La quiebra de la Financiera Urundey se alza contra esta decisión sosteniendo, en lo sustancial, que aquí no se trata de un juicio ejecutivo ni de una demanda ordinaria, sino de una demanda promovida por los propios actores en concepto de pago por consignación, con lo que la suma de dinero ya pertenece al pasivo de la Financiera (fs. 40/41). A esto contestan los actores y apelados indicando que la prescripción opera a petición de parte, por el transcurso del tiempo, invocando varias normas legales e incluso jurisprudencia (fs. 42/46).

Así las cosas, el *quid* de la cuestión radica en determinar respecto de qué tipo de sentencias opera la prescripción decenal derivada de derecho reconocido por resolución judicial firme, en los términos del art. 659 inc. b) del Cód. Civ. Ya aquí corresponde adelantar que, como es sabido, lo que prescribe no es el derecho, el crédito, sino la acción para obtener su ejecución compulsiva; o si se quiere ser más técnicos, la pretensión de cobro coactivo. Así lo indican los términos literales del art. 659, ya citado, en cuanto se refiere inequívocamente a la “*prescripción de la acción*”. De este modo, es claro que las sentencias que admiten ejecución posterior son solamente las sentencias de condena, elemento no indispensable ni connatural a toda sentencia, conforme lo indica claramente el art.

159 inc. f) del Cód. Proc. Civ., palmario en indicar que no toda sentencia es susceptible de ejecución. Esto se confirma, además, a través de lo dispuesto por el art. 519 del Cód. Proc. Civ. y siguientes, especialmente los arts. 522 y 523, que admiten a ejecución, como es obvio, solamente las sentencias que contienen condena, y es respecto de estas que se admite la prescripción decenal de la ejecutoria, en los términos del art. 526 inc. b) del Código ritual.

Esto indica, a las claras, que no toda sentencia contiene condena, lo cual es concepto primario del derecho procesal, por cuanto las sentencias declarativas son las que reconocen un derecho, expresando en forma precisa su existencia o inexistencia, mientras que son sentencias de condena las que *“imponen el cumplimiento de una prestación a cargo de una de las partes en el proceso, que puede ser de dar, de hacer o de no hacer”* (Casco Pagano, Hernán. *Código Procesal Civil comentado y concordado*. Asunción, La Ley Paraguaya, 4ª ed., 2000, tomo I, p. 324). En estos términos, es claro que solamente las condenas que imponen una prestación son las que confieren acción ulterior para su cumplimiento, puesto que son sentencias en las cuales el interés de quien las obtiene no se satisface con la sola declaración. Naturalmente, las sentencias que contienen meras declaraciones no son susceptibles de ser ejecutadas, puesto que no hay prestación alguna que quede impuesta. Véase, lo que al respecto, indica la doctrina: *“Además de declarar la existencia del derecho a una prestación y el incumplimiento de ésta por parte del obligado, las sentencias de condena aplican la sanción que la ley imputa a este incumplimiento, y crean, por ello, a favor del titular del derecho, la acción tendiente a obtener su ejecución coactiva. No siempre –dice Calamandrei– la obligación de prestación que la sentencia de condena impone al demandado se cumple voluntariamente, por solo obsequio al mandato contenido en la condena, por el obligado; y en todos aquellos casos en que la sentencia de condena no tiene la virtud de inducir al condenado a la ejecución voluntaria, la fase de cognición asegura al vencedor, en lugar de la satisfacción inmediata y final de su derecho, solamente un medio para pasar a una fase procesal ulterior; en la que se sustituya a la ejecución voluntaria, por obra del Estado, la ejecución coactiva”* (Palacio, Lino E. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 16ª ed., 2001, pp. 529-530).

De acuerdo a la normativa indicada, y a la doctrina que la interpreta, resulta ya claro que solamente la sentencia que confiere acción ulterior para su cumplimiento, es decir, la sentencia de condena, es susceptible de ser ejecutada,

y por ende la pretensión en tal sentido pasible de prescripción. Así lo entiende también la civilística, en palabras que merecen cita *in extenso*: “*Ciertamente, la sentencia no causa novación; por tanto, el derecho declarado por ella mantiene los caracteres originarios: así un crédito de alimentos que es inherente a la persona del alimentario y por ello incesible, continúa con esa característica luego de haber sido admitido por una sentencia que pasa en autoridad de cosa juzgada. Empero, si el pronunciamiento, además de su virtualidad declarativa, contiene una condena a cumplir, por ej., satisfacer en el plazo de diez días el importe de las cuotas alimentarias devengadas hasta ese momento, con relación a este aspecto del pronunciamiento se abre a favor del litigante vencedor un derecho al cumplimiento de la ejecutoria, que no siendo imprescriptible está sometido a la misma prescripción que corresponde a cualquier derecho de la misma índole, esto es el derecho a hacer cumplir una sentencia judicial (...). Por las consideraciones expuestas, creemos, como lo hemos explicado en el texto, que en el tratamiento de la prescripción de la ejecutoria deben distinguirse la virtualidad declarativa de la sentencia que está al margen de toda prescripción posible, y la virtualidad dispositiva o de condena, para cuya realización se abre el lapso ordinario, a falta de otro indicado para esa actividad. La prescripción de la ejecutoria que prevé el art. 506, inc. 2º del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación como posible excepción legítima en el trámite de ejecución de sentencia, se refiere a ese aspecto del fallo que se intenta cumplir”.* (Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de derecho civil. Obligaciones*. Perrot, Buenos Aires, 2ª ed., 1977, tomo III, pp. 369-370, nota 151).

En estas condiciones, establecido que la prescripción decenal se aplica solamente a las sentencias de condena, corresponde determinar si este carácter es predicable respecto del acogimiento de la pretensión de pago por consignación. A este respecto, la normativa del Código no ofrece dudas, dado que la sentencia relativa al pago por consignación no contiene condena alguna, si no que es meramente declarativa. Así lo indica claramente el art. 589 del Cód. Civ., según el cual la consignación no impugnada, o que se declare válida, surtirá los efectos del pago desde el día del depósito. A mayor abundamiento, el depósito, una vez declarada la consignación pro sentencia, no puede ser ya retirado, conforme con lo que dispone el art. 590 del mismo cuerpo legal.

El efecto principal del pago, conforme lo indica expresamente el art. 547 del Cód. Civ., es el cumplimiento de la prestación debida. Siendo suma de dinero, aplica también el art. 474 del Cód. Civ., según el cual las deudas pecuniarias

se extinguen por el pago hecho con el signo monetario que tenga curso legal y fuerza cancelatoria a la fecha de su vencimiento. En síntesis, la sentencia recaída en el pago por consignación declara que se producen los efectos del pago, por lo que no es susceptible de ejecución: “*Si la sentencia declara válida una consignación es porque ésta lo era desde que se la hizo, y no porque venga a serlo desde la sentencia. Bibiloni agrega: esta sentencia no es constitutiva. Es declarativa*”. (De Gásperi, Luis. *Tratado de las obligaciones en el derecho civil paraguayo y argentino*. Depalma, Buenos Aires, 1946, 1ª ed., tomo III, p. 66).

En consecuencia, por lo expuesto, resulta claro que no es imaginable la aplicación de un plazo prescripcional a una sentencia declarativa, en el caso, a la sentencia que declara producidos los efectos de pago, es decir, el cumplimiento de la prestación debida y el traspaso patrimonial de la suma de dinero que era su objeto. La suma consignada ya no pertenecía al deudor solvens, sino al demandado accipiens, y la sentencia lo coloca en su disponibilidad jurídica, desobligando al deudor demandante por haber incumplido con su obligación, con lo que no cabe hablar de prescripción, con lo que no cabe hablar de prescripción, puesto que la obligación quedó extinguida por el pago.

De ello se desprende que el interlocutorio apelado no se ajusta a derecho, debiendo ser revocado. En cuanto a las costas, las mismas quedan impuestas por su orden, de acuerdo a lo dispuesto por los arts. 193 y 194 del Cód. Proc. Civ., dado que la cuestión planteada requirió exégesis doctrinaria y jurisprudencial, y constituye una cuestión común en cuanto a su planteamiento en Tribunales. Así voto.

A SU TURNO EL DR. ARNALDO MARTÍNEZ PRIETO; MANIFESTÓ:
Que se adhiere al voto que antecede por los mismos fundamentos.

Por tanto, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala,
RESUELVE:

DECLARAR desierto el recurso de nulidad.

REVOCAR la resolución apelada, de conformidad con los fundamentos
expuestos en el exordio de la presente resolución.

IMPONER las costas por su orden.

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

Magistrados: Neri E. Villalba Fernández, María Mercedes Boungermini
Palumbo y Basilio García Ayala

Ante mí: Abg. Pablo Costantini. Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 1

PAGARÉ. Características.

Estos documentos tienen el carácter de literalidad, autonomía y abstracción. Por consiguiente cualquier tomador legitimado por la cadena de endosos puede pretender su cobro directo contra el librador por la acción de regreso.

PAGARÉ. Principios generales.

Ninguna investigación de la causa o relación sustancial entre las partes litigantes es permitida en estos casos en virtud de lo expresamente dispuesto por el art. 465 del Cód. Proc. Civ. Con ello, surge que los agravios del apelante referentes a la falta de correspondencia de los pagarés con la relación subyacente a la emisión de los mismos y las situaciones personales del deudor circundantes a la conclusión del contrato de mutuo, no pueden ser estudiadas en el presente juicio.

PAGARÉ. Características. Principios.

El pagaré es una obligación cartular de características especiales, de modo que no se le aplican a este tipo de instrumentos todas las normas referentes a las modalidades de los actos jurídicos, sino solo aquéllas expresamente admitidas por su normativa especial, contenida en la Sección IV del Capítulo XXIII, Título II, del Libro III del Cód. Civil.

PAGARÉ. Características. Principios.

Como éstas son cláusulas imperativas de la ley (*relativas al Pagaré*), no pueden ser derogadas por voluntad de las partes; ni del librador, ni de los endosantes, ni del tenedor legitimado. Su inserción provoca que se las tenga por no escritas. Debemos recordar también que los pagarés son documentos formales, en los que la forma es intrínseca y esencial al título. No puede ser alterada o modificada.

PAGARÉ. Características. Principios. JUICIO EJECUTIVO. Título a la orden. Diligencias preparatorias.

El resto de los pagarés aún no se encontraban vencidos a la fecha de la intimación de pago, por lo que los mismos no reúnen todos los requisitos exigidos en el art. 439 del Cód. Proc. Civ., ya que si bien los pagarés contienen una suma líquida, aún no son exigibles.

T. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. 06/02/12. “Cooperativa Universitaria Ltda. c/ Víctor Hugo Melgarejo Britos y otros s/ preparación de acción ejecutiva” (Ac. Sent. N° 1).

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

CUESTIONES:

¿ES NULA LA SENTENCIA APELADA?

EN SU CASO, ¿SE DICTÓ CONFORME A DERECHO?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: MARTÍNEZ PRIETO, GÓMEZ FRUTOS, y MELGAREJO.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL DR. MARTÍNEZ PRIETO, DIJO: La recurrente no ha fundado el presente recurso. Por lo demás, no advirtiéndose vicios o defectos que autoricen a declarar de oficio la nulidad del fallo recurrido corresponde declarar desierto el recurso de nulidad interpuesto.

A sus turnos, los Dres. Gómez Frutos y Melgarejo manifestaron que votan en el mismo sentido del preopinante.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA, EL DR. MARTÍNEZ PRIETO PROSIGUIÓ DICIENDO: Por la sentencia apelada N° 11 de fecha 02 de febrero de 2.011 el *a quo* resolvió: “1) NO HACER LUGAR, a la Excepción de Inhabilidad de Título interpuesta por la parte accionada, de conformidad con el exordio de la presente ejecución. 2) LLEVAR ADELANTE, la presente ejecución, hasta que la parte actora haga íntegro el cobro del capital reclamado, intereses, costos y costas. 3) IMPONER las costas al demandado. 4) ANOTAR...” (sic.) (fs. 166 vlt. y 167).

De dicha sentencia recurre la parte demandada y presenta su escrito de expresión de agravios que obra a fs. 182/186. Manifiesta que la leyenda de decaimiento de los plazos inserta en los pagarés se contradice con la naturaleza del acuerdo anterior convenido entre las partes ya que se trata de un préstamo a plazo, y que dicha leyenda no forma parte de dicho acuerdo. Sostiene que admitir la validez de la cláusula de decaimiento de plazos inserta en los pagarés sería modificar el préstamo original y a su vez se estaría atentando contra la capacidad de pago que tenía el deudor al momento de otorgarse el préstamo. Arguye que los documentos que pueden ser exigidos por el creador son los que obran a fs. 12/17 ya que los mismos se encuentran vencidos, pero los demás aún

no pueden ser exigidos ya que al momento de deducción de la demanda, los mismos no se encontraban vencidos. Manifiesta que el monto reclamado por el actor no coincide con la sumatoria de los montos establecidos en los pagarés agregados en autos. Sostiene que las obligaciones contenidas en los pagarés obrantes a fs. 13/113 aún no son exigibles ya que no están vencidas, por lo que dichos documentos no son títulos ejecutivos. Por ello solicita se revoque la sentencia con costas.

La representante convencional de la actora contesta dichos agravios en el escrito obrante a fs. 187/188. Manifiesta que el préstamo solicitado por la recurrente le fue otorgado sin ningún inconveniente, por lo que su parte ha cumplido con lo pactado en el contrato. Sostiene que el deudor suscribió los pagarés agregados a autos reconociendo expresamente que la mora causará de pleno derecho el vencimiento anticipado de los pagarés no vencidos, pudiendo el acreedor exigir el pago inmediato de la totalidad de la deuda. Arguye que debe tenerse en cuenta lo establecido en el art. 715 del Cód. Civ. referente a las convenciones hechas por las partes, ya que fueron los propios demandados los que suscribieron los pagarés. Aduce que la resolución del inferior se encuentra ajustada a derecho ya que todos los pagarés se encuentran vencidos y son exigibles por la cláusula inserta en los mismos, por lo que solicita se confirme la resolución con costas.

Se trata aquí de establecer la procedencia de una excepción de inhabilidad de título opuesta al progreso de un juicio ejecutivo basada en la falta de vencimiento de algunos títulos presentados a ejecución.

En el caso de autos, se ha iniciado ejecución contra el librador de unos títulos circulatorios consistentes en los pagarés obrantes a fs. 12/113, según se desprende del escrito de demanda obrante a fs. 51/52 en donde claramente se manifiesta que: “que como los pagarés que sirven de base a la presente ejecución son instrumentos privados...”. Estos documentos tienen el carácter de literalidad, autonomía y abstracción. Por consiguiente cualquier tomador legitimado por la cadena de endosos puede pretender su cobro directo contra el librador por la acción de regreso. Ninguna investigación de la causa o relación sustancial entre las partes litigantes es permitida en estos casos en virtud de lo expresamente dispuesto por el art. 465 del Cód. Proc. Civ. Con ello, surge que los agravios del apelante referentes a la falta de correspondencia de los pagarés con la relación subyacente a la emisión de los mismos y las situaciones personales del

deudor circundantes a la conclusión del contrato de mutuo, no pueden ser estudiadas en el presente juicio.

Debemos de recordar aquí que el pagaré es una obligación cartular de características especiales, de modo que no se le aplican a este tipo de instrumentos todas las normas referentes a las modalidades de los actos jurídicos, sino solo aquéllas expresamente admitidas por su normativa especial, contenida en la Sección IV del Capítulo XXIII, Título II, del Libro III del Cód. Civ. Es precisamente en el art. 1.535 de dicho cuerpo legal que se establecen los requisitos formales para la existencia y validez del pagaré; y en su inciso b), precisamente se enuncia que el pagaré debe contener la promesa incondicionada, “pura y simple” de pagar un suma determinada de dinero. Como éstas son cláusulas imperativas de la ley, no pueden ser derogadas por voluntad de las partes; ni del librador, ni de los endosantes, ni del tenedor legitimado. Su inserción provoca que se las tenga por no escritas. Debemos recordar también que los pagarés son documentos formales, en los que la forma es intrínseca y esencial al título. No puede ser alterada o modificada.

En efecto, el principio de literalidad impone que cada obligado cambiario se obliga por el contenido expreso y literal del documento, según surge de los arts. 1351 y 1352 del Cód. Civ. Y además el principio de autonomía ya enunciado determina que cada suscriptor se obliga autónomamente, por sí mismo y con independencia de la subsistencia y validez de las obligaciones de los restantes obligados. Esta autonomía se traduce, procesalmente, en una independencia de las defensas que pueden oponer los obligados cambiarios, según lo dispone el art. 1317 del Cód. Civ: “Las personas demandadas en virtud de una letra de cambio no pueden oponer al portador las excepciones fundadas en las relaciones personales con el librador, o con los portadores anteriores...”. Así en virtud al carácter nominal literal o cartular de los pagares no se puede tener en cuenta las enunciaciones que estén fuera de su letra –en el propio instrumento–.

Así en cuanto a cláusula de caducidad de los plazos insertada en las cártulas, la misma carece de virtualidad jurídica entre actor y demandado en este juicio y debe ser considerada como no escrita, según lo expuesto *ut supra*. Entonces, bajo estas conclusiones deben ser analizados los pagarés traídos a ejecución. De las constancias de autos surge que cada uno de los pagarés presentados contienen una fecha de vencimiento distinta, por lo que a los efectos de establecer la exigibilidad de los mismos a la fecha de la exigencia de la deuda –que en

el presente caso es la intimación de pago—, corresponde analizarlos individualmente.

Esta intimación fue realizada el 24 de mayo de 2010, de conformidad con el acta obrante a fs. 132 de autos. Entonces, de las constancias de los instrumentos obrantes a fs. 12/113 autos —pagarés con vencimientos claramente establecidos en ellos— se colige que los que se encontraban exigibles a dicha fecha eran los obrantes a fs. 12/24, es decir, los pagarés con vencimientos sucesivos mensuales desde el 9 de mayo de 2009 al 9 de mayo de 2010. El resto de los pagarés aún no se encontraban vencidos a la fecha de la intimación de pago, por lo que los mismos no reúnen todos los requisitos exigidos en el art. 439 del Cód. Proc. Civ., ya que si bien los pagarés contienen una suma líquida, aún no son exigibles.

En consecuencia, la excepción de inhabilidad de título opuesta debe prosperar parcialmente y en consecuencia corresponde llevar adelante la ejecución por la suma de G. 19.669.632, más sus intereses.

En cuanto a las costas de esta instancia, la misma debe ser calculada en base a la pretensión, y como existen vencimientos recíprocos, corresponde su imposición parcialmente en un 30% a la parte demandada y 70% a la parte actora, de conformidad con lo establecido en el art. 203 del Cód. Proc. Civ.

A sus turnos, los Dres. GÓMEZ FRUTOS y MELGAREJO manifiestan que votan en el mismo sentido que el preopinante.

Con lo que terminó el acto, firmando los Sres. Miembros de conformidad y quedando acordada la sentencia que sigue a continuación, todo por ante mí, de lo que certifico.

VISTO: El mérito que ofrece el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala,

RESUELVE:

DECLARAR DESIERTO el recurso de nulidad.

MODIFICAR la resolución recurrida en el sentido de hacer lugar parcialmente a la excepción de inhabilidad de título opuesta por la parte demandada y en consecuencia llevar adelante parcialmente la ejecución por la suma de 19.669.632 más sus intereses.

IMPONER las costas proporcionalmente en un 30% a la parte demandada y en un 70% a la parte actora.

ANÓTESE, regístrese, y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Dr. Mst. Arnaldo Martínez Prieto, Raul Gómez Frutos y Eusebio Melgarejo.

Ante mí: Abg. Pablo Costantini. Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 3

RECURSO DE NULIDAD

El recurso de nulidad, como es sabido, es una vía recursiva reservada para atacar las resoluciones judiciales dictadas con violación de las formas o solemnidades que prescriben las leyes –art. 404 del CPC–, o en aquellos casos en los cuales preexiste un vicio que impedía el dictado válido de la sentencia definitiva –art. 113 del CPC–.

SUCESIÓN. Fuero de atracción.

Resulta claro que el fuero de atracción pasivo que ejerce el proceso sucesorio –art. 2449 del CC y art. 733 del CPC– determina que las pretensiones que caen bajo sus ámbitos son transmitidas ante el juez del sucesorio. En el caso de las pretensiones personales de los acreedores del difunto, ocurrido el fallecimiento del causante deudor, la competencia de los jueces que entienden en las acciones dirigidas contra la sucesión o su causante –pendientes o a iniciarse– se desplaza al juez de la sucesión, quien se constituye como único órgano con facultad de entender en todas las acciones dirigidas contra el causante.

SUCESIÓN. Fuero de atracción.

La competencia surgida del fuero de atracción de un juicio sucesorio es catalogada pacíficamente por la doctrina y la jurisprudencia como de orden público, lo cual implica que no puede ser prorrogada o modificada por acuerdo de partes; ni consentida por los sujetos procesales.

SUCESIÓN. Fuero de atracción.

El arbitrio impuesto por la ley de concentrar ante el juez del sucesorio las demandas promovidas contra la sucesión –con la consiguiente modificación o desplazamiento en su caso, de la competencia originaria– reconoce como fundamento o finalidad facilitar la liquidación del patrimonio del causante, la división y distribución de los bienes relictos entre los herederos y el pago de las deudas que afectan a dicho patrimonio. Y también tiene una finalidad procesal: la

definición clara y univoca de la relación dialéctica que plantea el contradictorio judicial, determinando con el mejor grado de certidumbre quien o quienes son los sujetos procesales que están legitimados a hacer frente a la controversia, habida cuenta la necesidad de un sinalagma con sujetos procesales de derecho, en toda cuestión litigiosa.

SUCESIÓN. Fuero de atracción.

Es fácil concluir que tanto la pretensión de nulidad de contrato celebrado por el causante, así como la pretensión de cumplimiento del contrato bilateral –obligación de otorgar escritura pública– celebrado por el causante, caen dentro del ámbito de aplicación del fuero de atracción del sucesorio –art. 2449 inc. “d” del Cod. Civil–.

SUCESIÓN. PRUEBA DOCUMENTAL. EXCUSACION. Inhibición.

Si bien las muertes de las personas deben ser probada con los testimonios de las partidas y los certificados auténticos expedidos por el Registro del Estado Civil –art. 35 C.C, concordante con los arts. 18, 31 y 94 de la Ley N° 1266/87–, no es menos cierto que, a falta de dichas probanzas, debemos estar al reconocido expresamente por la actora en este sentido con motivo de la promoción de la demanda, ya que el art. 7° del Cod. Proc. Civil impone al Juez deber de inhibirse de oficio siempre que de la exposición del actor resulte no ser de la competencia del juez ante quien se deduce.

T. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. 14/02/12. “Virgilio Ojeda Ibarrola y ptros c/ Ganadera San Aureliano s/ Nulidad de Acto Jurídico y Otros”. (A. y S. N° 03).

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

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?

En su caso, ¿se dictó conforme a derecho?

Practicado el sorteo de ley resulto el siguiente orden de votación: Boungermini P., Martínez Prieto y Villalba Fernández.

A la primera cuestión planteada, la Dra. Boungermini P. dijo: El Abg. Robert J. Jiménez Ramírez, en su presentación obrante a fs. 197/201, fundamenta el recurso de nulidad. Invoca, como primera causal de nulidad del fallo,

la falta de integración del litigio por haberse omitido demandar a todos los participantes en los supuestos actos jurídicos nulos. En este sentido señala que la actora omitió demandar a los escribanos autorizantes de los actos jurídicos, así como el primer vendedor. Arguye como segunda causal de nulidad que se halla litigado contra una persona fallecida y se cite a una supuesta heredera sin que exista sentencia declaratoria de herederos. Sobre el particular sostiene el recurrente que la actora demanda a la sucesión del Sr. Francisco Ramón López en la persona de su heredera, doña Alicia Sánchez de López. Manifiesta que no fue agregado el expediente sucesorio ni la sentencia declaratoria de herederos en donde conste que la señora Alicia Sánchez de López haya sido declarada heredera. Señala, asimismo, que si bien la sucesión del causante a los herederos se produce desde el mismo momento del fallecimiento es necesario primero abrir la sucesión y luego obtener la declaración de herederos, contra quienes debe continuar la demanda. Expresa que en el caso que nos ocupa no existe sucesión ni herederos declarados judicialmente. Como tercera causal de nulidad señala que la Jueza de la instancia inferior no menciona causal alguna de nulidad para fundar la sentencia recurrida. Como cuarta causal de nulidad de la sentencia recurrida arguye que no fueron agregados al expediente los títulos de propiedad cuya nulidad se declara en la sentencia.

El Sr. Aureliano Manuel Viveros, en su escrito de fs. 203/209, también fundamenta el presente recurso, y lo hace esgrimiendo idénticos argumentos a los sostenidos por la firma Ganadera Agroindustrial San Aureliano S.A.

El Abg. Roberto Amendola, en su escrito obrante a fs. 217/220, contesta los agravios relativos al presente recurso. Respecto de la causal de nulidad fundada en que no se habían agregado los títulos de propiedad cuya nulidad se peticiona manifiesta que dichos títulos se encuentran agregados en los autos “Ganadera Agroindustrial San Aureliano S.A. c/ Rosa Verónica Amendola y Otro s/ Desalojo” obrante por piezas separadas. Señala que a fs. 2/4 de los mencionados autos se encuentra agregada la transferencia de Aureliano Manuel Viveros a favor de Ganadera Agroindustrial San Aureliano. Refiere que al contestar la demanda los demandados, Sres. Aureliano Manuel Viveros y Ganadera San Aureliano S.A., no han presentado la copia de la otra escritura atacada de nula. Afirma que los demandados pidieron que se traiga a la vista el proceso de desalojo donde consta el título cuestionado. Refiere que las escrituras atacadas fueron admitidas como pruebas debidas a que se encuentran agregadas en la demanda de

desalojo, según la providencia de fecha 03 de noviembre de 1999 obrante a fs. 54 vlt. En relación con la supuesta causal de nulidad sustentada en el hecho de haberse demandado a una persona fallecida señala que dicho argumento tampoco es aceptable en razón de que a la persona a quien se notificó la demanda, Sra. Alicia Vda. De López, compareció y reconoció los hechos en la absolución de posiciones, conforme con el acta de audiencia obrante a fs. 68. También señala que el argumento nulitivo sustentado en la falta de integración del litigio tampoco es atendible porque se demandó a quienes transfirieron la finca, Sres., Francisco López y Alicia Vda. De López, Aureliano Manuel viveros y Agroindustrial Ganadera San Aureliano. Refiere que no existen otros legitimados necesarios debido a que las personas mencionadas son los que intervinieron en las escrituras anuladas. Manifiesta que no es cierto que no se haya demandado al primer vendedor y que en el escrito de demanda consta esta circunstancia. Respecto de la intervención del escribano arguye que los fedatarios no tienen la más mínima responsabilidad en saber si los que concurren a realizar un acto jurídico lo hacen de buena o mala fe. Refiere que la idea arcaica de que el escribano autorizante deberá ser demandado en los procesos de esta naturaleza ha sido superada hace tiempo. En relación con la causal de nulidad referida a que la jueza de la instancia inferior no invocó alguna causal de nulidad para fundar la sentencia recurrida, refiere el recurrido que la causal de nulidad es la fraudulencia de las transferencias a espaldas de los verdaderos, únicos y legítimos propietarios de la Finca N° 521 de San Bernardino. Señala que las pruebas que la sentencia recoge son fundamentalmente tres: a) el reconocimiento de la Sra. Alicia Vda. De Sánchez de que el precio del inmueble fue pagado íntegramente; b) las testificales en cuanto señala que fue la familia Ojeda-Amendola la que construyó la casa asentada en el inmueble, y, c) la confesión ficta de los demandados Ganadera Agroindustrial San Aureliano S.A. y Aureliano Viveros. Refiere que el sustento del razonamiento de la sentencia es lo que en la demanda se alegó: El Sr. Aureliano Manuel Viveros se apropió de la Finca N° 521 de San Bernardino y la transfirió a nombre de la segunda demandada. Manifiesta que “se apropió sin derecho alguno para causarles un daño patrimonial a los verdaderos propietarios del inmueble. También señala que el Tribunal debe aplicar el art. 420 del Cod. Proc. Civ. A este respecto manifiesta que ambos recurrentes no solicitaron en la baja instancia la integración de la litis con los escribanos o los sucesores; no han planteado en la contestación de la demanda

que no se argumentaban causales de nulidad; no han deducido algún incidente de nulidad por supuestas notificaciones contra una persona fallecida, ni han presentado su certificado de defunción. Respecto de los títulos de propiedad manifiesta que si existen en el expediente, refiriéndose a las pruebas admitidas, y que son los mismos de los que pretenden hacerlos valer para defender su derecho.

El recurso de nulidad, como es sabido, es una vía recursiva reservada para atacar las resoluciones judiciales dictadas con violación de las formas o solemnidades que prescriben las leyes –art. 404 del Cod. Proc. Civ.–, o en aquellos casos en los cuales preexiste un vicio que impedía el dictado válido de la sentencia definitiva –art. 113 del Cod. Proc. Civ.–.

Si bien los recurrentes fundan la nulidad de la sentencia recurrida esgrimiendo argumentos idénticos, conforme se desprende de los escritos obrantes a fs. 197/201 y fs. 203/209, respectivamente, de esa misma exposición argumental y de las constancias del expediente surge un asunto que impone su tratamiento anterior a cualquier otra posible o supuesta causal de nulidad de una resolución judicial y que, por otra parte, justifica plenamente el análisis y declaración oficiosa de la nulidad en mérito al art. 113 del Cod. Proc. Civ., ya que el vicio detectado es de aquellos que podía impedir el dictado válido de la sentencia definitiva en cuestión, a saber: la incompetencia del órgano jurisdiccional.

Es bien sabido que la competencia del órgano jurisdiccional es un presupuesto o requisito esencial de validez de las resoluciones judiciales, cuando ella no es prorrogable –como vgr. La territorial–. Como lo adelantáramos líneas arriba, la sentencia definitiva pronunciada en la baja instancia podía adolecer de un vicio en razón de la competencia la jueza interviniente de la instancia inferior. Procedamos, pues, a revisar este punto.

El art. 2449 inc. “d” del Cod. Civ., preceptúa: “La jurisdicción sobre la sucesión corresponde al juez del lugar del último domicilio del causante. Ante el mismo deben iniciarse: (...) d) Las acciones personales de los acreedores del difunto, antes de la división de la herencia”. Asimismo el art. 84 del Cod. Proc. Civ., dispone: “Fuero de atracción.- El Juez de la sucesión es competente para entender en todas las cuestiones que pueden surgir a causa de la muerte del causante, así como en todas las reclamaciones deducidas contra el o que pudieran promoverse contra aquella”.

Entonces, resulta claro que el fuero de atracción pasivo que ejerce el proceso sucesorio –art. 2449 del Código Civil y art. 733 del Cod. Proc. Civ.– deter-

mina que las pretensiones que caen bajo su ámbito sean tramitadas ante el Juez del sucesorio. En el caso de las pretensiones personales de los acreedores del difunto, la competencia de los jueces que entienden en las acciones dirigidas contra la sucesión o su causante –pendientes o a iniciarse– se desplaza al juez de la sucesión, quien se constituye como único órgano con facultad de entender en todas las acciones dirigidas contra el causante.

La competencia surgida del fuero de atracción de un juicio sucesorio es catalogada pacíficamente por la doctrina y la jurisprudencia como de orden público, lo cual implica que no puede ser prorrogada o modificada por acuerdo de partes; ni consentida por los sujetos procesales. En efecto, el arbitrio impuesto por la ley de concentrar ante el juez del sucesorio las demandas promovidas contra la sucesión –con la consiguiente modificación o desplazamiento, en su caso, de la competencia originaria– reconoce como fundamento o finalidad facilitar la liquidación del patrimonio del causante, la división y distribución de los bienes relictos entre los herederos y el pago de las deudas que afectan a dicho patrimonio. Y también tiene una finalidad procesal: la definición clara y unívoca de la relación dialéctica que plantea el contradictorio judicial, determinado con el mejor de certidumbre quien o quienes son los sujetos procesales que están legitimados a hacer frente a la controversia, habida cuenta de la necesidad de un sinalagma con sujetos procesales de derecho, en toda cuestión litigiosa. Todos ellos exceden los intereses meramente privados o los de los herederos únicamente, ya que también se encuentra comprometido el interés de los –eventuales– acreedores y el de la sociedad toda, a la cual interesa que el patrimonio de una persona muerta sea liquidado y distribuido en la forma y por los conductos legales pertinentes, ya que en última instancia y de no hacerse así podrían verse afectados el tráfico o la seguridad jurídica de las transmisiones. La jurisprudencia se pronuncia en este sentido: “El fuero de atracción es una figura jurídica de orden público, cuya función es reglar excepcionalmente la competencia en razón de la materia para lo cual y con el objeto de facilitar la liquidación de la herencia, la división de los bienes y el pago de las deudas, concentra ante un mismo Juez las demandas contra la sucesión aun indivisa” (CNCiv, Sala A, setiembre 12-985, Glorioso, Ramón c. Desalvo, Jose, LL 1986- E, 37429-S; Idem, junio 2-986, empresa Ferrocarriles Argentinos c. Fornicinit, Leonardo, LL 1986-E, 262); “Por el carácter de orden público que reviste el fuero de atracción no puede ser dejado de lado, ni aun por convenio de partes (Del dictamen del Procurador

General, que la Corte comparte)” (CS, marzo 16-982, Gauna, Juan y Otro, LL 1982-C, 360); “El fuero de atracción expresamente previsto por el art. 3284 del Cod. Civ., está fundado en razones de orden público que exigen que sea un solo juez el que conozca todas las cuestiones atinentes a un patrimonio que se ha de recaudar, liquidar transmitir bajo su dirección” (CNCiv, Sala D, marzo 20-984, Veglia Fernando J. y Otros c. Carbonari, Oscar, LL 1984-C, 338).

En el caso de marras, de la atenta y paciente lectura del escrito inicial (fs. 11/17) se desprende que los actores, Sres. Virgilio Ojeda Ibarrola, Luisa Florentina Sánchez Amendola Y Mario Daniel Ojeda Amendola, procedieron a acumular diversas pretensiones de índole personal frente a distintas personas, entre ellas –como veremos– una persona fallecida.

En lo que nos interesa para la motivación de la presente resolución, diremos que, en primer lugar, los actores pretenden frente a la firma San Aureliano S.A., Aureliano Manuel Viveros y “la sucesión de Francisco Ramón López, en la persona de su heredera Dña. Alicia Sánchez de López” (sic) la declaración de nulidad de dos actos jurídicos o contratos; a saber: la transferencia de la Finca N° 521 del Distrito de San Bernardino efectuada por el Sr. Francisco Ramón López a favor del Sr. Aureliano Manuel Viveros a favor de firma Ganadera Agroindustrial San Aureliano S.A. instrumentada por Escritura Pública N° 59 del 05 de marzo de 1993. En prieta síntesis, los actores sustentan su pretensión nulitiva afirmando que por instrumento privado del 20 de junio de 1988 (fs. 04/05), el Sr. Francisco Ramón López ya había transferido a Virgilio Mario Ojeda Ibarrola y Luisa Florinda Sánchez Amendola la propiedad del inmueble individualizado como Finca N° 521 del distrito de San Bernardino.

También la parte actora “demanda igualmente que la sucesión de D. Francisco Ramón López reconozca que mis mandante, Virgilio Ojeda I. y Luisa F. Sánchez Amendola han cancelado oportunamente el importe del saldo del precio del inmueble en cuestión (Finca N° 521 del Distrito de San Bernardino), de Gs. 1.500.000 y en su defecto se declare la prescripción de dicho saldo de deuda conforme al art. 661 inc. “c” del Código Civil, y que como consecuencia de dicho reconocimiento o declaratoria de prescripción se obligue a dicha sucesión a otorgar la escritura pública de dominio traslativa de propiedad...” (sic, f. 16).

Es fácil concluir que tanto la pretensión de nulidad de contrato celebrado por el causante, así como la pretensión del cumplimiento del contrato bilateral –obligación de otorgar escritura pública– celebrado por el causante, caen dentro

del ámbito de aplicación del fuero de atracción del sucesorio –art. 2449 inc. “d” del Cod. Civil–.

Como puede advertirse también, los actores reconocen en su escrito de demanda la circunstancia de que el Sr. Francisco Ramón López habría fallecido. Tanto es así que los actores promueven la presente demanda contra “la sucesión de Francisco Ramón López, en la persona de su heredera Dña. Alicia Sánchez de López” (sic). Ahora, ciertamente no obra en el expediente constancia alguna que demuestre el deceso del Sr. Francisco Ramón López, tales como el certificado de defunción o la sentencia declaratoria de herederos del mencionado. Y, si bien las muertes de las personas deben ser probada con los testimonios de las partidas y los certificados auténticos expedidos por el Registro del Estado Civil –art. 35 del Cod. Civil concordante con los arts. 18, 31 y 94 de la Ley N° 1266/87–, no es menos cierto que, a falta de dichas probanzas, debemos estar a lo reconocido expresamente por la actora en este sentido con motivo de la promoción de la demanda, ya que el art. 7° del Cod. Proc. Civ., impone al Juez de inhibirse de oficio “siempre que de la exposición del actor resulte no ser de la competencia del juez ante quien se deduce”.

Cabe señalar que tampoco tenemos noticia de la existencia o promoción del juicio sucesorio del Sr. Francisco Ramón López, menos aun de su posible radicación. Sin embargo, en la peor de las hipótesis, esto es, la inexistencia del proceso sucesorio del Sr. Francisco Ramón López, debemos decir que dicha circunstancia o tiene la virtualidad de variar el sentido de la decisión. En efecto, si este fuera el caso, los actores debieron haber iniciado el juicio sucesorio del Sr. Francisco Ramón López a fin de someter el conocimiento de sus pretensiones personales frente al causante ante el Juez de la sucesión, de conformidad con lo dispuesto por los arts. 732 y 737 del Cod. Proc. Civil y 2455 del Cod. Civil, que facultad a los acreedores de la sucesión a iniciar el juicio sucesorio de su deudor.

Por todo lo dicho, debe declararse la nulidad de la sentencia recurrida y de todo lo actuado en los presentes autos. Y, en aplicación analógica de lo normado en el art. 7° del Cod. Proc. Civil, corresponde disponer que la parte actora ocurra ante el Juzgado y por la vía que corresponda para entender en la presente demanda.

Visto el modo como se resolvió el recurso de nulidad, ya no cabe tratar la apelación.

En cuanto a las costas, corresponde su imposición a la parte actora, debido

a que la misma promovió la presente demanda ante un juez incompetente para entenderla, de conformidad con lo establecido en el art. 203 del Cod. Proc. Civil.

A sus turnos los Dres. Arnaldo Martínez Prieto y Neri Villalba Fernández, manifestaron que se adhieren al voto que antecede por compartir idéntico fundamentos.

Con lo que terminó el acto, firmando los Sres. Miembros de conformidad y quedando acordada la sentencia que sigue a continuación, todo por ante mí, de lo que certifico.

VISTO: El mérito que ofrece el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala,

RESUELVE: Declarar la nulidad de la sentencia recurrida y del todo el procedimiento anterior y, en consecuencia, disponer que la parte actora ocurra ante el Juzgado que corresponda para entender en la presente demanda. Imponer las costas a la parte actora. Anótese, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Ma. Mercedes Buongermini Palumbo, Dr. Mst. Neri E. Villalba F. y Arnaldo Martínez Prieto.

Ante mí: Abg. Pablo Costantini.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 6

Cuestión debatida: *El punto central del agravio, refiere que hubo una “estafa” (sin sentencia que así lo declare) y, que el juez se equivoca al sostener que no fue probada “la desproporción de las contraprestaciones”. Y, en abono de sus argumentos en contra del fallo dice que: las testificales rendidas y la pericial producida hablan por si mismos de que no medio la contraprestación alguna por parte del demandado. En síntesis objeta las valoraciones de estas pruebas.*

CONTRATO. Teoría de la lesión

No hay Lesión Enorme, pues el accionante ya no podía pagar su deuda y la hipoteca se iba a ejecutar, pero con la asunción de la deuda por un tercero, se da por pagada la deuda del accionante, y le queda un saldo a favor. No se demostró que el precio del inmueble sea un precio disminuido, porque eso se hace por pericia para saber el precio real en estos momentos. Tampoco el demandante

demonstró, y la prueba estaba a su cargo hacerlo, que el saldo que le devolvieron era incorrecto, pues se debió hacer el cálculo del saldo adeudado y los intereses y de ello descontar del precio de la deuda.

CONTRATO. Teoría de la lesión.

El demandante debe demostrar que el saldo que le devolvieron fue incorrecto. No lo hizo. Entonces, no puede prosperar la nulidad por Lesión Enorme fundado en la desproporción del precio del inmueble con el valor real del mismo, porque no se demostró que haya existido esa desproporción. La pericia realizada solo contempló el valor actual no el precio al momento de realizarse el contrato.

CONTRATO. Teoría de la lesión.

La prestadora del préstamo, ahora demandada, no es una entidad de beneficencia y no está demostrado que el mutuo haya sido otorgado fuera de la voluntad del demandante, en perjuicio del demandante. Pero, lo más importante es que cuando asumió la deuda originaria y dio la hipoteca es que el mismo demandante creó la situación con la hipoteca. Que, un tercero venga a asumir la deuda y cancelarla y devolverle un saldo, cuando que dicho inmueble ya estaba en condiciones de ser demandado para ser rematado, no justifica la Lesión Enorme.

TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

Quien asume una deuda en un valor dinerario extranjero, sabe anticipadamente que el valor del cambio está sujeto a los vaivenes de la oferta y la demanda y, quien contrae así la deuda ya sabe anticipadamente que esa es la regla del juego y no puede alegar imprevisión.

FALSIFICACIÓN. Falsificación de documentos.

La falsedad ideológica, y que es la acción por la cual se la liga a la escribana actuante a este juicio, pues su vinculación no tiene que ver con la nulidad por lesión enorme, se funda en que la escritura dice que recibió el dinero pero el demandante dice que no. La escritura es un instrumento público y hace plena fe hasta prueba en contrario. No hay la prueba en contra, consecuentemente no hay falsedad ideológica.

T. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. 29/02/12. “Hugo Victoriano Agüero Bogado c/ Sinforiano Néstor Portillo R. y otros s/ Nulidad de Acto Jurídico y otros” (A. y S. N° 6).

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

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?

¿Se dictó esta conforme a derecho?

Practicado el sorteo de Ley resulto el siguiente orden de votación: Carmelo A. Castiglioni, Eusebio Melgarejo y Silvio Rodríguez.

A la Primera cuestión planteada el Dr. Carmelo A. Castiglioni, dijo: El recurso de nulidad contra la S.D. N° 816 de fecha 31 de setiembre de 2010, fue expresamente fundado, presentando un acritica al fallo por la terminología por su estructura, pero sin señalar algún defecto que amerite y justifique la nulidad de oficio. En lo sustancial dice que: “no puede un juez de justicia valorar documentos, que si bien fueron presentados, en ningún momento fueron reconocidos”, pero no señala cuales documentos. La objeción a la valoración de documentos debe ser entendida por la vía del recurso de apelación porque hace a la cuestión de fondo. La crítica sobre el estilo o la estructura de la sentencia es irrelevante siempre que se adecue a la ley. Pero, de cualquier forma, eso es una cuestión que debe resolverse por la vía del recurso de apelación y, entonces, solo cabe rechazar el recurso de nulidad. Es mi voto.

A sus turnos los Magistrados Eusebio Melgarejo y Silvio Rodríguez, manifestaron adherirse al voto precedente, por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada el Dr. Carmelo A. Castiglioni, prosiguió diciendo: La S.S. N° 816 de fecha 31 de setiembre de 2010, recurrida por la vía de apelación, fue rechazada la demanda promovida por el señor Hugo Victoriano Agüero Bogado contra Sinfioriano Néstor Portillo Rodríguez y Ángela Graciela Astigarraga de Portillo, American Trading 2000 S.A., y la escribana publica Verónica María Gómez Torales. De igual forma rechaza la demanda de falsedad Ideológica instaurada por la parte actora contra Gladys Astigarraga de Portillo, American Trading 2000 S.A. y, la escribana pública Verónica María Gómez Torales y en el tercer punto hace lugar a la demanda de reivindicación contra el accionante Hugo Victoriano Agüero Bogado.

El punto central del agravio, refiere que hubo una “estafa” (sin sentencia que así lo declare) y, que el juez se equivoca al sostener que no fue probada “la desproporción de las contraprestaciones”. Y, en abono de sus argumentos en contra del fallo dice que: las testificales rendidas y la pericial producida hablan

por si mismos de que no medio la contraprestación alguna por parte del demandado. En síntesis objeta las valoraciones de estas pruebas.

El caso en cuestión: El caso en cuestión se relaciona a una demanda de nulidad de una escritura pública, a partir de la producción de la Lesión Enorme y la Teoría de Imprevisión y que, a su vez, se basa en la desproporción del precio del inmueble vendido por el demandado a un apersona que asume la deuda que, entonces, la parte actora tenía con su acreedor demandado American Trading 2000 S.A., y este, a su vez, financia la compra a quien asumió la deuda y para lo cual tiene por saldada de la parte actora levantando la hipoteca que tenía constituido a su favor la firma acreedora del entonces deudor, ahora demandante, y constituyendo una hipoteca del nuevo comprador a favor del acreedor. Por otra parte, La Lesión enorme se basa en el estado de necesidad a partir de una supuesta deficiencia renal. Por último, la demandada también se basa en la supuesta falsedad ideológica de la escritura pública N° 15 fundado en que no recibió como pago la suma que dice dicho instrumento le fue entregado por el nuevo comprador.

Contenido de la escritura que se pretende anular: La mencionada escritura pública N° 15 tienen como punto de partida la deuda de veintisiete mil quinientos dólares americanos por el préstamo que le otorgo American Trading 2000 S.A. y, para lo cual el ahora demandante hipotecó el inmueble ahora cuestionado. La misma parte actora reconoce como cierto que estaba en mora con la firma que le otorgo el préstamo y que ya estaba para ir a remate dicho inmueble. También reconoce la refinanciación de deuda al comprador. Pero lo que niega la parte actora, pero no demostró que fuera cierto, es que haya recibido el dinero y que dice que la escritura le fuera entregado como saldo, después de cancelada la deuda originaria del ahora demandante. No demostró que el saldo de la deuda sea el que dice en su escrito inicial.

La demanda, ab initio fue mal planteada, pues pretende la nulidad de la escritura pública N° 15, que contiene varios actos jurídicos, venta de inmueble, asunción de una deuda, hipoteca, entre otros y objeta solo uno de los actos jurídicos. En lo que importa es que el demandante vende a dos personas (un matrimonio) el inmueble con su deuda, pero al pedir la nulidad solo se refiere a la venta, pero en ningún punto del escrito de demanda se refiere a la cancelación de la deuda de la parte actora por parte del nuevo comprador. Si se anula la escritura pública N° 15 se estaría anulando, además de la venta a favor de que

asumió la deuda, también la deuda que el mismo demandante admite que existe. No puede anularse la venta si el que pide la nulidad ofrece pagar el precio pactado en la venta y cancelar su deuda. No puede el demandante pedir anular su propia deuda, que reconoce el forma expresa que existe, y para recuperar su inmueble a través de la nulidad de la compraventa. No puede el actor beneficiarse con la nulidad, en perjuicios de terceros involucrados por la misma escritura que se pretende anular. Por otra parte, quien asumió la deuda con refinanciación de la misma se quedaría con la deuda y sin el inmueble y el que financio dicha operación se quedaría sin la hipoteca y el demandante se quedaría otra vez con el inmueble, sin la deuda y sin la hipoteca. No puede pedirse la nulidad para beneficiarse con el no pago de una deuda que el forma expresa se reconoce fue legal. Con la nulidad se rompería el principio de igualdad que no solo debe existir cuando se hace un contrato sino también en sus efectos o cuando se anula y, especialmente, cuando hay actos jurídicos con terceros. Desde este punto de vista, la demanda era luego improponible sin pedir la nulidad de los otros actos pidiendo el pago de lo que se debía. La teoría de la Lesión Enorme no puede producir un ventaja a quien pide nulidad en perjuicio de los otros, rompiendo el principio de igualdad que es precisamente su finalidad. El propósito de la Lesión enorme es restituir la igualdad y no crear la desigualdad. Desde este punto de vista, sin entrar a analizar la cuestión de fondo, la demanda es improcedente ab initio. No puede condonarse la deuda de la accionante a través de la aplicación de la Lesión Enorme, dado que el espíritu de este instituto es precisamente restituir la igualdad.

Análisis de la Lesión Enorme por supuesta desproporción de la deuda: El mismo demandante ha afirmado que contrajo una deuda de U\$A 27.500 (veintisiete mil quinientos dólares), que no pudo pagar y que lógicamente al mismo debe adosarse los intereses por mora y el demandante no demostró lo contrario, o sea demostrar, por prueba cierta, que su deuda era mucho menor. De lo que surge de autos es que la venta del inmueble por el accionante se realizo en U\$A 30.947 y, no demostró que se ese valor en la época que se realizo la operación era un precio menor, solo se demostró el precio actual. La prueba de la desproporción debe hacerse por peritos, pero sobre la base del precio en el momento que se realizo la venta. Lo que el perito realizo en autos es una apreciación del precio actual, siendo lo que debió hacer es saber si el precio pagado en aquel entonces era lo adecuado. Haciendo un análisis lógico de la situación es que el accionante

ya no podía pagar la deuda y que de todas formas iba a perder su inmueble, o sea se le iba a rematar el inmueble y quién sabe si así le restaba un saldo, dado que debía pagar honorarios y gastos de justicia y más los intereses. Para salvar la situación, el acreedor le refinancia la deuda a otro comprador del inmueble quien asume la deuda y aun así le resta un saldo al demandante y recibe dicho importe según la escritura dado que no está demostrado lo contrario. Mirando desde esta perspectiva no hay Lesión Enorme, pues el accionante ya no podía pagar su deuda y la hipoteca se iba a ejecutar, pero con la asunción de la deuda por un tercero, se da por pagada la deuda del accionante, y le queda un saldo a favor. No se demostró que el precio del inmueble sea un precio disminuido, porque eso se hace por pericia para saber el precio real en estos momentos. Tampoco el demandante demostró, y la prueba estaba a su cargo hacerlo, que el saldo que le devolvieron era incorrecto, pues se debió hacer el cálculo del saldo adeudado y los intereses y de ello descontar del precio de la deuda. El demandante debe demostrar que el saldo que le devolvieron fue incorrecto. No lo hizo. Entonces, no puede prosperar la nulidad por Lesión Enorme fundado en la desproporción del precio del inmueble con el valor real del mismo, porque no se demostró que haya existido esa desproporción. La pericia realizada solo contempló el valor actual no el precio al momento de realizarse el contrato. Por otro lado, nunca se trajo a la vista la deuda real de capital e intereses que se dio por cancelada y así no puede establecerse la desproporción de la venta. En síntesis es criterio de este Magistrado del Tribunal que no corresponde anular por desproporción manifiestamente injustificada que exige la Lesión Enorme porque no se demostró y tampoco se puede romper a través de la Lesión Enorme el principio de igualdad.

Análisis de la Lesión Enorme por supuesto Estado de Necesidad: Por otro lado, el problema médico del demandante como insuficiencia renal, no afecta el cerebro del enfermo y puede discernir lo que estaba haciendo al momento en que contrajo la deuda. La prestadora del préstamo, ahora demandada, no es una entidad de beneficencia y no está demostrado que el mutuo haya sido otorgado fuera de la voluntad del demandante, en perjuicio del demandante. Pero, lo más importante es que cuando asumió la deuda originaria y dio la hipoteca es que el mismo demandante creó la situación con la hipoteca. Que, un tercero venga a asumir la deuda y cancelarla y devolverle un saldo, cuando que dicho inmueble ya estaba en condiciones de ser demandado para ser rematado, no justifica la

Lesión Enorme. Además quien presta dinero no tiene porque saber si el deudor tiene insuficiencia renal. El estado de necesidad significa que se vende a precio irrisorio, lo que vale más, fundado en esa necesidad y cuando recibió los 27.500 dólares ya se le estaba pagando el precio del inmueble, más lo que se le dio después.

Análisis de la Teoría de Imprevisión por variación del Valor del Dólar: Quien asume una deuda en un valor dinerario extranjero, sabe anticipadamente que el valor del cambio está sujeto a los vaivenes de la oferta y la demanda y, quien contrae así la deuda ya sabe anticipadamente que esa es la regla del juego y no puede alegar imprevisión.

No existe la Falsedad Ideológica: La falsedad ideológica, y que es la acción por la cual se la liga a la escribana actuante a este juicio, pues su vinculación no tiene que ver con la nulidad por lesión enorme, se funda en que la escritura dice que recibió el dinero pero el demandante dice que no. La escritura es un instrumento público y hace plena fe hasta prueba en contrario. NO hay la prueba en contra, consecuentemente no hay falsedad ideológica.

La Reivindicación es consecuencia del rechazo de la nulidad: No existe mucho inconveniente con la parte de la sentencia que se refiere a la reivindicación solicitada por la parte demandada, y, debe confirmarse la S.D. N° 816 de fecha 31 de setiembre de 2010, con costas, a la parte perdidosa.

A sus turnos los magistrados, Eusebio Melgarejo y Silvio Rodríguez, manifestaron adherirse al voto precedente, por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los señores Miembros de conformidad, todo por ante mí de que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue de inmediato.

SENTENCIA N° 06

Asunción, 29 de febrero de 2012

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala;

RESUELVE:

Rechazar el recurso de nulidad interpuesto contra la S.D. N° 816 de fecha 31 de setiembre de 2010.

Confirmar la S.D. N° 816 de fecha 31 de setiembre de 2010, dictada por la Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Octavo Turno, de esta

Capital, por los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. Imponer las costas a la parte perdidosa. Anotar, registrar, notificar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Carmelo A. Castiglioni, Eusebio Melgarejo y Silvio Rodríguez

Ante mí: Abg. Pablo Costantini.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 20

Cuestión debatida: *La cuestión central planteada es la pertinencia del cambio de nombre solicitado –en el caso, los apellidos–, atendiendo a las disposiciones de la ley N° 985/96 modificatoria de la ley N° 1/92 y del Cod. Civ.*

NOMBRE.

En nuestro derecho el cambio de nombre de las personas físicas es una cuestión de orden público, por ello interviene el Estado a través del contralor del Fiscal. En esta tesitura, es el Juez quien debe ver, oficiosamente, la procedencia o improcedencia de la pretensión del peticionante.

NOMBRE. Cambio de apellido.

El cambio de apellidos es una de las formas de cambio de nombre, el que puede involucrar uno de sus dos elementos: el nombre de pila y los apellidos.

NOMBRE. Cambio de apellido.

La primera ley modificatoria es la Ley 1/92. En ella se preveía la igualdad de derechos del hombre y de la mujer, dentro de la familia –matrimonial o no– para transmitir el apellido a los descendientes naturales o adoptivos. En efecto, el art. de la Ley 1/92 establecía:

NOMBRE. Cambio de apellido.

Esta situación cambia con la Ley N° 985/96, que establece no solo un requisito adicional en cuanto a la facultad de cambio, exigiendo una “justa causa”, sino también introduce un límite temporal para el ejercicio de ese derecho.

NOMBRE. Cambio de apellido.

La Ley 985/96 no solo es contraria a las disposiciones de la CEDAW, sino que también introduce un elemento incomprensible entre los requisitos para el cambio de apellidos, que es la justa causa.

NOMBRE. Cambio de apellido.

Cualquier cambio que se pretenda en relación con el orden de los apellidos paterno y materno deberá solicitarse hasta el cumplimiento de la edad señalada u arguyendo una “justa causa”. Fuera del límite de edad previsto, ya no se permite ninguna inversión del orden de los apellidos.

NOMBRE. Cambio de apellido.

Concluimos así que la inversión de los apellidos paterno y materno se solicito fuera del plazo previsto por nuestra legislación vigente. En este punto es preciso hacer una disquisición puramente doctrinaria. La Ley 985/96 no solo es contraria a las disposiciones de la CEDAW, sino que también introduce un elemento incomprensible entre los requisitos para el cambio de apellidos, que es la justa causa.

NOMBRE

La Ley 985/96 no impide de modo absoluto todo cambio de nombre –ya sea en cualquiera de sus partes: apellido o nombre de pila–. Siguen vigente las causales que podríamos caracterizar de clásicas para el cambio de nombre, si existe una justificación adecuada. Ello se ve reafirmado por la ultima parte del art. 1° de la Ley 985/96, modificatorio del art. 12 de la Ley 1/92, cuando dice que: “En todos los casos de cambio o adición de apellidos se estará a lo dispuesto por el artículo 42 del Código Civil”. El nombre de las personas físicas es, como vimos, en principio inmutable. Pero puede ser cambiado por causas justificadas.

NOMBRE. Cambio de apellido.

El tenor sentimental, emocional y social de estos argumentos, no son suficientes para propiciar un cambio de apellidos fuera del contexto de las leyes 1/92 y 985/96. Como hemos dicho, las causas ordinarias de cambio de nombre fuera de tal contexto exigen razones de mayor peso, relacionadas con la carga social de llevar un nombre ridículo o socialmente deleznable. Estas condiciones no se dan en los apellidos de la actora, que son perfectamente aceptables.

NOMBRE. Cambio de apellido.

La existencia de apellidos diferentes en una misma familia no altera el principio de igualdad. Prueba de ello es que sin uno de sus miembros plantea y obtiene el cambio de apellido, o adopta otro –Vgr. Por matrimonio– ello no implica que los demás también deba seguir esa nueva nominación.

NOMBRE. Cambio de apellido. PERSONAS. Personas físicas. Personas jurídicas.

No podemos dejar de señalar que existe en el derecho una asimetría o diferenciación entre las personas físicas y las personas jurídicas respecto del cambio de nombre. A las personas jurídicas les es permitido libremente dicho cambio, mucho más fácilmente, siempre que se ajusten a sus estatutos o leyes de creación. En tanto que a las personas físicas el cambio de nombre solo les es otorgado si se ajustan a condiciones específicas y restrictivas establecidas en la ley. Entendemos que ello es así porque el nombre de las personas físicas atañe al orden público – de ahí la intervención fiscal que ya señaláramos supra, y que no se exige a las personas jurídicas–.

NOMBRE.

“El nombre de las personas, comprendido el nombre propiamente dicho, es inmutable. La inmutabilidad del nombre se funda en consideraciones prácticas indiscutibles (...). Si pudiera modificarse arbitrariamente, bien pronto sobrevendría el desorden, tanto en las relaciones del individuo con el Estado, como en las relaciones de la familia o con los terceros” el nombre es para la persona a quien se asigno una designación vitaliciamente obligatoria”

T. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. 03/04/12. “A. B. O. F. s/ rectificación de apellido” (A. y S. N° 20).

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

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?

En su caso, ¿se dictó conforme a derecho?

Practicado el sorteo de ley resulto el siguiente orden de votación: Martínez Prieto, Boungermini P. y Villalba Fernández.

A la primera cuestión planteada el Dr. Martínez Prieto, dijo: La recurrente desistió expresamente del recurso de nulidad, conforme se aprecia a fs. 28, en su memorial de agravios. Por ende, no existiendo vicios o defectos de la sentencia que ameriten declarar la nulidad de oficio de la sentencia recurrida, corresponde tenerla por desistida de dicho recurso.

A sus turnos los Drs. Boungermini y Villalba Fernández, manifestaron que votan en idéntico sentido.

A la segunda cuestión planteada, el Dr. Martínez Prieto, prosiguió diciendo: Por la sentencia apelada N° 700 de fecha 07 de octubre de 2010, el a quo

resolvió: “1) rechazar la solicitud de Inversión del orden de los apellidos promovida por la señora A. B. O. F. de conformidad a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. Hace lugar al pedido de rectificación del nombre de la Sra. E. F., promovida por la señora A. B. O. F., y en consecuencia ordenar la rectificación del nombre de la madre, debiendo consignarse como “E. F.” en lugar de “E. F.” y en consecuencia ordenar la Rectificación de las actas de nacimiento N° 1479, folio 114, Tomo VIII, año 1987 de la oficina Primera Filial de A. B. O. F.. Ordenar la inscripción de la presente Sentencia para el efecto, líbrese oficio a la Dirección General del Registro del Estado Civil de las Personas. Anotar...” (sic) (fs. 18 vlt).

De dicha sentencia recurre la actora en los términos de su escrito obrante a fs. 28/29 de autos, y se agravia de lo resuelto por la a quo en su apartado primero, a saber, el rechazo de la solicitud de inversión del orden de los apellidos promovida por su parte. Expresa, que el pedido planteado por su parte resulta procedente en razón de invocar una justa causa, es esta el hecho de tener una hermana menor cuyo nombre es E. N.F., debiendo, en consecuencia, ella tener el mismo primer apellido que su hermana, puesto que el hecho de tener apellidos distintos le genera una situación desagradable dentro de su vida social. Solicita pues, se revoque parcialmente la sentencia recurrida y se haga lugar al pedido de inversión del orden de los apellidos planteado por su parte.

Contesta el traslado de dichos agravios la Agente Fiscal Verónica Velázquez de Ocampos en los términos de su escrito obrante a fs. 30 de autos, manifiesta que el pedido de inversión del orden de los apellidos planteado por la parte actora resulta improcedente en razón de su extemporaneidad. Expresa que corresponde confirmar la sentencia apelada.

La cuestión central planteada es la pertinencia del cambio de nombre solicitado —en el caso, los apellidos—, atendiendo a las disposiciones de la ley N° 985/96 modificatoria de la Ley N° 1/92 y del Cod. Civ.

Primeramente debemos apuntar que en nuestro derecho el cambio de nombre de las personas físicas es una cuestión de orden público, por ello interviene el Estado a través del contralor del Fiscal. En esta tesitura, es el Juez quien debe ver, oficiosamente, la procedencia o improcedencia de la pretensión del peticionante. Por lo demás al Juez le es permitido siempre introducir nuevas consideraciones de derecho en el caso que examina.

El cambio de apellidos es una de las formas de cambio de nombre, el que puede involucrar uno de sus dos elementos: el nombre de pila y los apellidos. En

cuanto a este último elemento, el Cod. Civil ha sido modificado sucesivamente por las dos leyes ya citadas, que hacen relación con la igualdad de derechos del hombre y la mujer dentro del matrimonio y la familia, consagrada en normas de rango internacional, como los tratados de la CEDAW, suscriptos y ratificados por nuestro país en el año 1986.

La primera Ley modificatoria es la Ley 1/92. En ella se preveía la igualdad de derechos del hombre y de la mujer, dentro de la familia –matrimonial o no– para transmitir el apellido a los descendientes naturales o adoptivos. En efecto, el art. De la Ley 1/92 establecía: Los hijos matrimoniales llevaran el primer apellido de cada progenitor, y el orden de dichos apellidos será decidido de común acuerdo por los padres. (...). Los hijos al llegar a la mayoría de edad tendrán opción por una vez para invertir el orden de los apellidos paternos”. En esta norma la posibilidad del cambio del orden de los apellidos materno y paterno se daba sin necesidad de expresión o de alegación de causa, bastando para ello la sola voluntad del sujeto. Esta situación cambia con la Ley N° 985/96, que establece no solo un requisito adicional en cuanto a la facultad de cambio, exigiendo una “justa causa”, sino también introduce un límite temporal para el ejercicio de ese derecho. En efecto, el art. 1° de la mentada norma reza: “Los hijos, al llegar a la mayoría de edad y hasta los veintiún años, con intervención judicial y por justa causa, tendrán opción por un asola vez, para invertir el orden de los apellidos paternos o para usar solo uno cualquiera de ellos”.

Lo referido implica para los sujetos que cualquier cambio que se pretenda en relación con el orden de los apellidos paterno y materno deberá solicitarse hasta el cumplimiento de la edad señalada u arguyendo una “justa causa”. Fuera del límite de edad previsto, ya no se permite ninguna inversión del orden de los apellidos.

Aquí la solicitante ha pretendido ejercer la acción de cambio de apellido por inversión luego de haber cumplido los 21 años. En este punto debemos detenernos, en cuanto a la posible aplicación retroactiva, habida cuenta que la edad de la peticionante indica que al tiempo de su nacimiento aun no se había dictado la Ley 985/96. Es sabido que las leyes rigen para el futuro. No obstante, pueden aplicarse a hechos pasados si no afectan derechos adquiridos, a tenor de lo dispuesto por el art. 2° del Cod. Civ. En efecto, tratándose de derechos en expectativa las leyes nuevas son perfectamente aplicables. Ahora bien, la cuestión está en determinar cuando estamos frente a un derecho adquirido y cuando

ante meras expectativas. El propio art. 2º contiene un indicio en este sentido, pues contrapone las facultades no ejercidas a los derechos adquiridos.

En el presente caso estamos frente a facultades ejercidas, no ante un derecho adquirido. En efecto, la ley 1/92 otorgaba la posibilidad de invertir el orden de los apellidos, sin causa y sin límite de tiempo. Esta era una facultad que podía ejercerse o no; una vez ejercida, si implica la adquisición del derecho a un nombre nuevo o diferente, alterado. Antes de su ejercicio no constituía ningún derecho definitivamente incorporado a la esfera jurídica de la persona. Aquí podemos hacer un paralelo con las obligaciones alternativas. Antes de la elección, el derecho a una u otra prestación se encuentra en expectativa. De bodoque la ley posterior que convierta una prestación en imposible no se considera retroactiva. Así también lo ha entendido la doctrina: “Bajo el nombre de derechos, la ley nos reconoce aptitudes, nos abre facultades, las cuales nos deja generalmente libres de usar o no. Mientras nosotros no hayamos utilizado una de estas aptitudes, tenemos un derecho, si se quiere, solamente en el sentido de que somos aptos para adquirirlo según ciertos modos determinados. Pero este derecho no lo adquirimos sino cuando recurrimos a esos modos y nuestra aptitud en el hecho se ha manifestado por el acto necesario para su utilización. El ejercicio de la facultad legal, que en cierto modo se ha materializado en un acto, traducido exteriormente por él, es constitutivo el derecho adquirido” (Baudry-Lacantinerie, G.; Hourques- Foucade, M.; Cheveax, G. et Boncarrere. *Tralte Theorique et pratique du Droit Civil. Des Personnes. I*, 133. París, 3ª ed. 1907-1908).

Concluimos así que la inversión de los apellidos paterno y materno se solicito fuera del plazo previsto por nuestra legislación vigente. En este punto es preciso hacer una disquisición puramente doctrinaria. La Ley 985/96 no solo es contraria a las disipaciones de la CEDAW, sino que también introduce un elemento incomprensible entre los requisitos para el cambio de apellidos, que es la justa causa. Decimos incomprensible, puesto que tal posibilidad ya existía en el Código Civil, en su redacción original, no modificada. Con esta disposición en nada se avanza en cuanto al sistema anterior de modificación de nombre, cuando que lo que se ha pretendido con la Ley 1/92 es precisamente acomodar la legislación interna a los tratados internacionales que resguardan la igualdad de género dentro de la familia. Limitar la edad de inversión de los apellidos paterno y materno, y a la vez que exigir, simultáneamente una justa causa para el

efecto no encuentra una ratio legis que pueda resultar suficiente. Si la elección de los padres es libre, la de los hijos lo debería ser también, sin que se precise una “justa causa”, máxime considerando que, por lo general, el orden de los apellidos se mantiene en la realidad social en paterno-materno, y los cambios, si los hay, se dirigen precisamente a hacer del apellido materno el primero y el principal. Ese estado de cosas es completamente contrario a la normativa y al espíritu de la CEDAW que compromete a los estados partes a hacer todos los esfuerzos, no solo en el ámbito legal, sino también cultural y social, para revertir las desigualdades de género. Sin embargo, si bien la crítica de las leyes es libre, su tenor no habilita al magistrado a ignorarla o a no aplicarla, por lo que esta Magistratura se ve constreñida a ello.

Ahora bien, la Ley 985/96 no impide de modo absoluto todo cambio de nombre –ya sea en cualquiera de sus partes: apellido o nombre de pila–. Siguen vigente las causales que podríamos caracterizar de clásicas para el cambio de nombre, si existe una justificación adecuada. Ello se ve reafirmado por la última parte del art. 1º de la Ley 985/96, modificatorio del art. 12 de la Ley 1/92, cuando dice que: “En todos los casos de cambio o adición de apellidos se estará a lo dispuesto por el artículo 42 del Código Civil”. El nombre de las personas físicas es, como vimos, en principio inmutable. Pero puede ser cambiado por causas justificadas. Así lo vemos también expresado en la doctrina: “El principio de inmutabilidad del nombre, significa que este no puede ser arbitrariamente modificado por los individuos, pero no impide su modificación en virtud de causa justificada” (Salvat, Raymundo M. Tratado de Derecho Civil argentino, Parte General. Ed. Tea. Tomo I, Buenos Aires. 1964. Pag. 545).

Tradicionalmente la doctrina y la jurisprudencia han considerado como causales adecuadas el nombre ridículo o agravante; así como el nombre con connotaciones polémicas o que denotan odio o discriminación racial, o bien en los casos en los que la homonimia puede llevar a confusiones insalvables. Es decir, las causales anteriores a la modificación subsisten plenamente, lo cual no podría ser de otro modo, pues la mentada ley solo regula el nombre de las personas en cuanto al orden de los apellidos paterno y materno.

Examinado el caso sub iudice se advierte que la actora ha alegado gratitud respecto de la madre que cuidó de ella, y la poca vinculación con el padre y su familia, a quienes dice casi no conocer. Luego, ya en esta instancia de alzada agrega una nueva razón de cambio: la igualdad de los hijos en la familia. En

efecto, aduce la existencia de una hermana que lleva ya los apellidos invertidos y que las diferencias constituirían una vulneración a sus derechos. No obstante el tenor sentimental, emocional y social de estos argumentos, no son suficientes para propiciar un cambio de apellidos fuera del contexto de las leyes 1/92 y 985/96. Como hemos dicho, las causas ordinarias de cambio de nombre fuera de tal contexto exigen razones de mayor peso, relacionadas con la carga social de llevar un nombre ridículo o socialmente deleznable. Estas condiciones no se dan en los apellidos de la actora, que son perfectamente aceptables.

Además, la existencia de apellidos diferentes en una misma familia no altera el principio de igualdad. Prueba de ello es que sin uno de sus miembros plantea y obtiene el cambio de apellido, o adopta otro—Vgr. Por matrimonio- ello no implica que los demás también deba seguir esa nueva nominación.

La jurisprudencia conteste y más aceptada así lo ha entendido: “no autorizan el cambio de nombre motivos de orden puramente sentimental o familiar” (LL 45-276). “No procede acceder al pedido de autorización judicial para el cambio de apellido paterno por el materno y la adición del apellido del actual esposo de la madre, formulado fundamentalmente en base a los siguientes hechos: falta de ayuda económica y moral del padre (actualmente fallecido), que abandono a la madre, la cual tuvo sentencia favorable de divorcio en el extranjero, reconocimiento y afecto hacia su padrastro y protector, por ultimo uso del apellido de este ultimo de quien, en algunos círculos de su amistad, parece como hijo” (LL 29-271).

Finalmente, no podemos dejar de señalar que existe en el derecho una asimetría o diferenciación entre las personas físicas y las personas jurídicas respecto del cambio de nombre. A las personas jurídicas les es permitido libremente dicho cambio, mucho más fácilmente, siempre que se ajusten a sus estatutos o leyes de creación. En tanto que a las personas físicas el cambio de nombre solo les es otorgado si se ajustan a condiciones específicas y restrictivas establecidas en la ley. Entendemos que ello es así porque el nombre de las personas físicas atañe al orden público —de ahí la intervención fiscal que ya señaláramos supra, y que no se exige a las personas jurídicas—. Esto es así porque el nombre es un elemento de la personalidad que en las personas físicas define no solo su identidad como sujeto, sino además una serie de otros derechos que no son sol de orden económico; sino también familiar y sucesorio, amén de responsabilidades de todo tenor, incluso la penal, todo lo cual no se da en el

restringido ámbito de la acción de las personas jurídicas. Así ha sido entendido por la doctrina y la jurisprudencia: “en principio, el nombre de las personas, comprendido el nombre propiamente dicho, es inmutable. La inmutabilidad del nombre se funda en consideraciones prácticas indiscutibles (...). Si pudiera modificarse arbitrariamente, bien pronto sobrevendría el desorden, tanto en las relaciones del individuo con el Estado, como en las relaciones de la familia o con los terceros” (Salvat, Raymundo M. Tratado de Derecho Civil argentino, Parte General. Ed. TEA. Tomo I, Buenos Aires. 1964. Pag. 543); “ (...) el nombre es para la persona a quien se asigno una designación vitaliciamente obligatoria” (Salvat, Raymundo M. Tratado de Derecho Civil argentino, Parte General. Ed. TEA. Tomo I, Buenos Aires. 1964. Pag. 544).

La sentencia apelada debe ser, pues, confirmada.

En cuanto a las costas, corresponde su imposición en ambas instancias a la parte perdedora, de conformidad con lo establecido en el art. 203 del Código Procesal Civil.

A sus turnos los Drs. Buongermini y Villalba Fernández, manifestaron que votaban en igual sentido.

Con lo que se terminó el acto, firmando los Sres. Miembros de conformidad y quedando acordada la sentencia que sigue a continuación, todo por ante mí, de lo que certifico.

VISTO: El mérito que ofrece el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala;

RESUELVE: Tener por desistida a la recurrente del recurso de nulidad interpuesto. Confirmar la sentencia apelada. Imponer las costas en ambas instancias a la perdedora. Anótese, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Ma. Mercedes Buongermini Palumbo, Dr. Mst. Neri E. Villalba F. y Arnaldo Martínez Prieto.

Ante mí: Abg. Pablo Costantini.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 29

Cuestión debatida: *Se trata de determinar la procedencia de una demanda de indemnización de daños y perjuicios derivados de una relación extracontractual, vale decir, de un accidente de tránsito (entre un vehículo y una bicicleta).*

DAÑOS Y PERJUICIOS. Accidente de tránsito. Competencia administrativa ruta internacional.

Se plantea la superposición de competencias administrativas: nacional y municipal, a los efectos de la regulación del tránsito terrestre, que se da cuando una ruta internacional atraviesa una ciudad. La competencia se decanta por el municipio, ya que la finalidad que tiene la reglamentación atañe primordialmente a los intereses de la colectividad –urbe– que habita el lugar.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Accidente de tránsito. Responsabilidad objetiva. Culpa presumida.

Se produce una relativa presunción de culpabilidad que impone al dueño del vehículo de mayor calibre el deber de descargo con probanzas suficientes.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Accidente de tránsito. Ejercicio de la Acción Penal. PREJUDICIALIDAD.

El fundamento respecto de la culpa del demandado –en el ámbito civil– se resguarda y cimienta en la institución de la prejudicialidad penal, por estricto mandato de las normas civiles aplicables. ART.1868cc.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Accidente de tránsito. Culpa concurrente.

El actor (conductor de la bicicleta) no tuvo el debido cuidado al cruzar la ruta, teniendo en cuenta que era de noche y que por la constante circulación de vehículos hay un riesgo común, frecuente y posible. A su vez es aplicable el art. 74 (*reglamento municipal*) que establece que los conductores –de todo tipo de vehículo– están obligados a mantenerse atentos a las condiciones del tránsito y cualquier maniobra que vayan a realizar debe ser advertida previamente y efectuarse con precaución, lo cual no se dio en este caso.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Accidente de tránsito. Responsabilidad objetiva. Culpa concurrente.

El descargo de responsabilidad objetiva del demandado no llega a producirse, pues, en su totalidad, y resulta de ello una culpa concurrente en proporción de 80% para el actor y 20% para el demandado.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Accidente de tránsito. PRUEBA. Ofrecimiento y producción.

Los demás documentos presentados emanados de instituciones privadas, constituyen instrumentos privados provenientes de terceros, que debieron ser reconocidos mediante la forma establecida para la prueba testifical, conforme lo establece el art. 307 *in fine* del Cod. Proc. Civ., a fin de dotarlos de idoneidad probatoria, cosa que no aconteció. Si acaso, estos documentos solo pueden servir de mera referencia para la valuación, pero no para apoyar plenamente en ellos la decisión.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Accidente de tránsito. Responsabilidad objetiva. Culpa concurrente.

El demandado (*dueño de vehículo de mayor porte*) no ha reconvenido para el cobro de los daños sufridos por su vehículo. (En vista de que esta probado que hubo culpa concurrente)

DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño Moral.

Si existe un daño físico, el dolor subsecuente es evidente y no necesita mayor demostración. En el caso del actor (conductor de la bicicleta), el mismo ha sufrido daños personales producidos por el accidente. De las constancias médicas se colige que el mismo ha sufrido traumatismos, fracturas, hematomas en varias partes del cuerpo. Dicho padecimiento es pasible de ser indemnizado por aquél que lo ha causado, como ya lo hemos expuesto. Así pues, atendiendo a la convergencia de los daños físicos, el daño moral debemos estimarlo

T. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. 25/04/12. “Jorge Javier Dosantos C. c/ Julio Ulises Vera y otros s/ Ind. de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual ind. De daños” (A. y S. N° 29).

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

CUESTIONES:

¿ES NULA LA SENTENCIA APELADA?

EN SU CASO, ¿SE DICTÓ CONFORME A DERECHO?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: BUONGERMINI PALUMBO, VILLALBA FERNÁNDEZ y MARTÍNEZ PRIETO.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA LA DRA. MARÍA MERCEDES BUONGERMINI PALUMBO, DIJO: La parte recurrente desistió expre-

samente del recurso de nulidad por él interpuesto. Por lo demás, del examen de la resolución recurrida, se constata que no posee vicios ni defectos procesales causantes de una declaración de nulidad de oficio. Corresponde, de esta manera, se tenga por desistido el recurso.

A SUS TURNOS los Dres. Villalba Fernández y Martínez Prieto, manifestaron que votaban en igual sentido.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, LA DRA. MARÍA MERCEDES BUONGERMINI PALUMBO PROSIGUIÓ DICIENDO: Por la sentencia apelada N° 067 de fecha de 19 de febrero de 2010 la *a quo* resolvió: “1.-RECHAZAR, con costas la Excepción de Falta de Acción, deducida por la parte demandada por improcedente. 2.-NO HACER LUGAR, con costas, a la demanda por Indemnización de Daños y Perjuicios promovida por el Sr. JORGE JAVIER DOSANTOS contra JULIO ULISES OLMEDO VERA y JULIO OLMEDO GOMEZ, de conformidad a lo expuesto en el considerando de la presente resolución. 3.-ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia”. (sic.) (fs. 251 vlt.).

De dicha sentencia recurren los abogados de la parte actora y presentan su escrito de expresión de agravios, que obra a fs. 254/257. En primer lugar manifiesta que la sentencia recurrida agravia a su parte por contener criterios errados en la valoración de las pruebas por parte de la inferior como también por omitir la valoración de otras, que de haberse considerado correctamente, cambiaría inexorablemente el resultado del presente juicio. A continuación señala que la *a quo* al valorar las testificales consideró más valiosa las brindadas ante la autoridad policial interviniente mientras que las mismas no valen como ciertas por sí mismas. Al respecto dice que en las versiones testimoniales obrantes en autos no hay contradicción alguna y que las mismas son uniformes y veraces. Transcribe lo declarado por los testigos y arguye que el impacto se produjo en la rueda trasera del biclo del actor, lo que motivó a lanzarlo hacia arriba para luego caer sobre el capot de la camioneta que lo embistió para finalmente depositarlo a diez metros del lugar del choque tal como surge del informe de criminalística. En relación con lo mencionado los recurrentes expresan que no existía motivo alguno para dudar de que la culpa del accidente recayera en el conductor de la camioneta Land Cruiser. Manifiesta que el demandado no ha arrimado a autos la habilitación de su vehículo para circular ni la fotocopia de su registro de conducir. Se agravian también del hecho de que no se ha valorado ni la

prueba de informe pericial en el cual se aprecia con claridad el lugar exacto del impacto entre los vehículos, ni el factor ambiental al momento del accidente. Finalmente, solicita se revoque el apartado sobre el cual versaron los agravios y por consiguiente, se haga lugar a la demanda cuantificando la misma según los montos estimados en el escrito de demanda de conformidad con el art. 452 del Cód. Civ.

Corrido el traslado a la parte demandada, la misma contesta en los términos del escrito obrante a fs. 259/263 de autos. Manifiesta que en autos se demostró categóricamente que el accidente se produjo en la mitad de la calzada lado derecho de la ruta internacional N° 1 a la altura del Km. 16,5 con dirección a Encarnación, por negligencia imputable única y exclusivamente al conductor de la bicicleta. Fundamenta esto en el parte policial en el que se menciona que un testigo expresó que la víctima se encontraba a bordo de su bicicleta cruzando la calzada de oeste a este, momento en que fue chocado en su parte media por la camioneta; la inspección del vehículo; la inspección del lugar del hecho y el acta de procedimiento. Arguye que existen contradicciones entre los relatos de las testificales presentadas por la contraria. Cita las declaraciones de varios testigos y dice que se ha demostrado que el Sr. Julio Olmedo Vera no pudo realizar ninguna maniobra para evitar dicho impacto porque el demandante salió a su paso de manera brusca e indebida. Menciona los artículos del Código Civil y doctrina en los que funda su derecho. Finalmente, solicita se confirme la sentencia y protesta costas.

Se trata de determinar la procedencia de una demanda de indemnización de daños y perjuicios derivados de una relación extracontractual, vale decir, de un accidente de tránsito.

Para resolver la cuestión es necesario determinar la existencia de los siguientes elementos: la ilicitud del hecho o antijuridicidad, el factor de atribución (la culpabilidad), el daño ocasionado y el vínculo causal.

En primer lugar analizaremos la ilicitud del hecho. Esto es, si los hechos relatados –y demostrados– implican una trasgresión a las normas positivas vigentes. Según la narración de los sucesos por parte de la actora, que no han sido cuestionados por la contraria, el siniestro habría ocurrido en fecha 05 de enero del año 2006, aproximadamente a las veintiún horas, en el kilómetro 16,5 de la ruta número uno, en la ciudad de Capiatá. El demandante señala que la camioneta conducida por el codemandado Julio Ulises Olmedo Vera, al momen-

to del siniestro, se encontraba sin chapa, y el conductor sin registro de conducir, lo cual contraría el art. 1.834 inc. a) del Cód. Civ. Estas alegaciones tampoco fueron cuestionadas por la parte contraria, además de consistir en trasgresiones administrativas de tránsito.

Aquí se habla de una colisión entre una camioneta y una bicicleta en un tramo urbano de una ruta nacional. Lo que sí genera controversia es, la manera precisa en la que ha ocurrido el evento, pues existen alegaciones contradictorias sobre cómo se dieron los sucesos. En efecto, lo que se discute es si la camioneta colisionó con la bicicleta en la banquina por la cual ésta última estaba circulando, o si en realidad el conductor del biciclo al intentar cruzar en un lugar indebido de la ruta y tras realizar imprudentemente la maniobra, fue atropellado por la camioneta; de modo, pues, que para definir la existencia de un ilícito primeramente se debe determinar la sucesión de hechos y la exacta configuración del siniestro. De la manera en que se han relatado los hechos, podemos afirmar que las contravenciones mencionadas *supra*—falta de chapa y de registro— no guardan relación causal con el siniestro ocurrido o con los posibles daños subsecuentes.

La falta de datos relevantes, justificadamente probados como ser: la ubicación física exacta del impacto en la vía, ya porque el parte policial no lo dice, ya porque la perita se ha limitado a dar por sentado que el choque se produjo en ese lugar específicamente sin fundamentar en qué elementos se apoyó para hacer tal aseveración; la ubicación de la bicicleta luego del impacto; las contradicciones en las declaraciones de los testigos del hecho, el tipo de material de la banquina, todo lo cual conspira contra la reconstrucción clara de los hechos, analizaremos los datos que poseemos. Empero, sobre los escasos elementos con que sí se cuenta: las manifestaciones coincidentes de las partes y la evidencia física de los impactos en ambos vehículos, habrá que apoyarse para establecer finalmente el modo en que el siniestro ocurrió.

A fs. 225/236 obra el Informe Accidentológico 09/06, realizado por la perita Elvira Zolán. En el mismo se constata, mediante la inspección externa del vehículo, lo siguiente: *“lugar del impacto parte frontal que abarca parte del guarda, RH, paragolpe derecho, capot y parabrisas izquierdo” (sic)*. Se mencionan además los siguientes daños: rotura y astillamiento lado izquierdo, abolladura del marco del parabrisas lado izquierdo, abolladura con rasgaduras de pintura del capot parte media, abolladura con rotura de parrilla parte media

frontal, rotura del señalero lado derecho, señalero izquierdo roto, rasgadura del guardabarro lado izquierdo. De lo expuesto se desprende que los mayores perjuicios en la camioneta, resultantes del accidente, se encuentran del lado izquierdo, aunque también existen algunos daños en el lado derecho de la parte frontal. En cuanto a la bicicleta, la misma presentó los mayores daños en las zonas trasera y media: descuadramiento con rotura de la cubierta trasera, asiento abollado y fuera de su lugar de origen. Lo expuesto sugiere que la colisión se dió entre la parte delantera de camioneta con la zona lateral-trasera de la bicicleta. A fs. 233 de autos obran también las instrumentales fotográficas donde se ven los daños en las zonas mencionadas del vehículo y del biciclo respectivamente.

Luego hay que tener en cuenta el lugar de la caída de la víctima, a veinte metros del lugar del impacto, del lado opuesto de la ruta. Este hecho hace inverosímil la versión del actor, según la cual la camioneta habría impactado en la banquina la parte trasera de la bicicleta. En efecto, si hubiera sucedido como lo relata el actor, él habría caído unos metros al frente del vehículo automotor; o del lado derecho de la banquina, es decir, fuera de la misma; o del lado izquierdo, es decir a unos metros en la ruta misma, pero no habría caído en la banquina correspondiente al otro lado de la ruta, como de hecho ocurrió.

Así pues, esta magistratura entiende que los sucesos que llevaron al accidente se produjeron por la maniobra de la bicicleta que ingresó desde la banquina derecha en la calzada.

Analizaremos el presente caso a la luz de la Ordenanza que establece el Reglamento General de Tránsito para la Ciudad de Capiatá. Corresponde la aplicación de la misma porque si bien el accidente se produjo en una ruta, ese tramo determinado de la misma es asiento de una urbe. Se planteó así la superposición de competencias administrativas: nacional y municipal, a los efectos de la regulación del tránsito terrestre, que se da cuando una ruta internacional atraviesa una ciudad. La competencia se decanta por el municipio, ya que la finalidad que tiene la reglamentación atañe primordialmente a los intereses de la colectividad –urbe– que habita el lugar.

El art. 180 de la Ordenanza misma determina que toda persona que circule en bicicleta por la vía pública está sujeta a las disposiciones de este reglamento salvo aquellas que, por su naturaleza, no le sean aplicables. Teniendo en cuenta este artículo pasaremos a analizar aquellos que son aplicables a la presente causa.

En cuanto al cruce de la ruta por parte del actor, el art. 184 establece: “*Los ciclistas deberán mantener su línea, excepto para adelantarse a algún obstáculo o vehículo detenido o en marcha lenta, maniobra que harán con precaución y haciendo las señales correspondientes. No deberán circular en zigzag ni actuar en forma que pueda resultar peligrosa*” (sic).

Se ve pues que existe una transgresión a las normas de tránsito por parte del conductor del biciclo. Asimismo, hay que recordar que el art. 1.834, en su inciso b) califica también con el carácter de ilícito a los actos que hubieren causado daño, o produjeren un hecho exterior susceptible de ocasionarlo. De modo que la producción de un perjuicio concreto en bienes jurídicos de una persona, debe también ser considerado un ilícito.

Pasamos ahora al factor de atribución, la culpabilidad. En primer lugar debemos considerar, como parámetro para definir este elemento, la entidad de los vehículos participantes: se trata de una camioneta y una bicicleta, es obvio que existe una gran desproporción en masa y velocidad en ambos vehículos. Ello hace que deba considerarse la responsabilidad objetiva como factor de atribución, a cargo del vehículo de mayor tamaño, peso y velocidad. Resulta lógico asumir que el conductor del automotor genera un riesgo mayor en el tránsito que el conductor del biciclo, y como colofón de ello aquél debe extremar precauciones para evitar la producción de daños. Esta inteligencia ha establecido ya en fallos anteriores que como consecuencia de dicha premisa se produce una relativa presunción de culpabilidad que impone al dueño del vehículo de mayor calibre el deber de descargo con probanzas suficientes.

Principalmente lo que ha generado controversia en cuanto al relato de los hechos, que ya lo citáramos líneas más arriba y que incide en la posible culpabilidad del demandado de modo relevante, es si la camioneta conducida por el señor Julio Ulises Olmedo Vera se descarriló del carril derecho a la banquina donde estaba circulando el demandante en bicicleta, o si bien éste, tras intentar cruzar la ruta señalada fue atropellado en la calzada por el rodado conducido por el citado codemandado.

Aquí debemos hacer una digresión, pues, dentro de la narración de los hechos y la exposición de argumentos de las partes, se menciona una causa penal existente por el mismo hecho que sustenta el presente litigio. En efecto, el accionante en su escrito de promoción de demanda señala que ha presentado una querrela criminal en contra del Sr. Julio Ulises Olmedo Vera, por el mismo

hecho que aquí se juzga. Ante tales circunstancias, debemos tratar la cuestión de la posible prejudicialidad de las resoluciones penales sobre las civiles, en cuanto al asunto de fondo debatido. El Cód. Civil nos ofrece dos soluciones en materia de prejudicialidad, ya sea la resolución penal –anterior– absolutoria o condenatoria. Sobre la primera hipótesis el art. 1.869 del Cód. Civ. estatuye: “*En caso de sobreseimiento libre o absolución del encausado, tampoco se podrá alegar en el juicio civil la existencia del hecho principal sobre el cual hubiese recaído el sobreseimiento o la absolución, si la sentencia hubiese declarado su inexistencia. Esta disposición no se aplica cuando en la sentencia se ha decidido que el hecho no constituye delito penal, o cuando el sobreseimiento libre, o la absolución, se ha fundado en que el agente está exento de la responsabilidad criminal*”. Entonces, la cuestión prejudicial se limita, en el caso de resoluciones absolutorias en sede penal, a determinar sobre la existencia o inexistencia del hecho dañoso, pero no se hacen extensivas las conclusiones del fallo penal a la esfera civil, cuando la absolución se basa en la no culpabilidad o inimputabilidad del hecho al demandado. Ello significa que en este caso la culpabilidad civil se establece independientemente de la penal. A diferencia de la primera, la segunda hipótesis prevé el caso en que se haya condenado al imputado. Textualmente el art. 1.868 dispone: “*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...*”.

Consecuentemente, el fundamento respecto de la culpa del demandado – en el ámbito civil– se resguarda y cimenta en la institución de la prejudicialidad penal, por estricto mandato de las normas civiles aplicables.

A los efectos de determinar el estado de la causa penal vinculada con el presente litigio, en fecha 26 de septiembre de 2011, se remitió oficio al Agente Fiscal de la Unidad N° 04 de Capiatá, Abg. Victor Villaverde, quien mediante oficio informa que en la causa: “JULIO ULISES OLMEDO VERA s/LESIÓN GRAVE Y EXPOSICIÓN AL PELIGRO EN EL TRÁNSITO TERRESTRE” ha sido desestimada la denuncia formulada por el Sr. Javier Dosantos por el Juzgado Penal de Garantías de Capiatá según A.I. N° 508 de fecha 18 de junio de 2007. Así pues, se puede ver que no se ha atribuido culpa ni se ha absuelto al demandado.

Con ello, se ha de estar a la regla y pautas en sede civil para la determinación del factor de atribución, que como se ha dicho se ancla en la responsabilidad

objetiva. Éste impone al demandado el descargo de su responsabilidad. Examinaremos a continuación si el accionado ha producido debidamente este descargo.

El demandado ha hecho alusión en su escrito de contestación de traslado (fs. 259/263) a la exclusiva responsabilidad de la víctima en el accidente; “...*que el accidente se produjo en la mitad de la calzada lado derecho, de la ruta internacional N° 1 a la altura del km. 16, con dirección a Encarnación, por negligencia imputable única y exclusivamente al conductor de la bicicleta...*” (sic). Aquí habría que analizar si el proceder del actor se constituye o no en la causa adecuada del evento, con lo cual el factor de atribución quedaría interrumpido –total o parcialmente–.

Ya hemos visto, al analizar el factor de antijuridicidad, con el cual la atribución de culpabilidad guarda una estrecha relación, que el actor transgredió el art. 184 de la Ordenanza que establece el Reglamento General de Tránsito para la Ciudad de Capiatá al tratar de atravesar la calzada desde la banquina.

Amén de ello en la Sección Cuarta, artículo 35 de la misma Ordenanza se establece la obligatoriedad de las siguientes condiciones de una bicicleta para poder circular por la vía pública: a) timbre o bocina b) condiciones mecánicas y frenos adecuados c) dos faros, uno en la parte delantera que proyecte luz blanca y otro en la parte trasera que irradie luz roja; este último podrá ser reemplazado por un dispositivo cuya superficie refleje la luz roja. En base a estas condiciones y a lo determinado por la perita en el Informe Accidentológico, en cuanto al factor ambiental: “*en el momento del hecho el lugar se halla iluminado con luz artificial muy escasos en el lugar (lugar con oscuridad)*” (sic), se advierte la importancia del uso de los faros por parte de los vehículos para posibilitar la correcta visibilidad. En el mismo informe, específicamente en la inspección externa de la bicicleta, no se constata la existencia de faro delantero o trasero, ni la ruptura o caída de los mismos; tampoco en el Informe Criminológico ni en las instrumentales fotográficas. Por lo tanto es posible deducir que el biciclo no los tenía, lo cual pudo haber influido en que el demandado no se haya percatado de la circulación de la bicicleta, dada la hora en que ocurrió el siniestro, 21:40 hs. aproximadamente (fs. 8). También el art. 159 recalca la importancia del uso de las luces reglamentarias en especial en horas de la noche: “*Desde el crepúsculo hasta el amanecer, o cuando por las circunstancias prevalecientes no haya suficiente visibilidad, todo vehículo debe llevar encendidas sus luces*”

reglamentarias.”(sic); se reafirma así la importancia del uso de las mismas por parte de los vehículos que circulen en la vía pública.

Así pues es importante señalar además que en los Informes Criminalístico y Accidentológico se menciona que el pavimento asfáltico carece de señalización vial para el cruce peatonal, giros u otras maniobras, de lo cual se desprende que el lugar en que cruzó el actor era una zona peligrosa para realizar tal maniobra.

Con todo lo expuesto se hace evidente que el actor no tuvo el debido cuidado al cruzar la ruta, teniendo en cuenta que era de noche y que por la constante circulación de vehículos hay un riesgo común, frecuente y posible. A su vez es aplicable el art. 74 que establece que los conductores –de todo tipo de vehículo– están obligados a mantenerse atentos a las condiciones del tránsito y cualquier maniobra que vayan a realizar debe ser advertida previamente y efectuarse con precaución, lo cual no se dio en este caso.

Ahora bien, en cuanto al demandado, en la ordenanza mencionada *supra* también se hace referencia, en el art. 120, a la velocidad que debe mantenerse al circular por la ciudad de Capiatá, tal norma establece que cuando no existan riesgos o circunstancias especiales la velocidad máxima permitida será de 50 km/h. En la absolución de posiciones del Sr. Julio Ulises Olmedo Vera (fs. 210), en la sexta posición específicamente, es cuestionado acerca de si el accidente se produjo a causa de la alta velocidad con que conducía, a lo cual respondió que iba a una velocidad recomendable de entre 50 y 55 km/h. No se ha demostrado por ningún medio probatorio que el demandado transitare con una velocidad mayor. El hecho de llevar una velocidad superior a la establecida en la Ordenanza, constituye falta gravísima, pues así lo determina la misma, sin embargo, la excedencia de velocidad 5 km/h más de lo permitido no puede verse como un factor relevante que cambie sustancialmente los hechos ni la consiguiente atribución de culpa.

Empero, hay que considerar además que el conductor de un vehículo también está obligado, en virtud del art. 74, a mantener el control de su vehículo durante la circulación, a conducirlo conforme a las normas de seguridad y a mantenerse atento a las condiciones del tránsito del momento teniendo en cuenta los riesgos inherente al tránsito, en especial de los peatones y de los vehículos más livianos que él, como lo es sin duda el biciclo.

El descargo de responsabilidad objetiva del demandado no llega a producirse, pues, en su totalidad, y resulta de ello una culpa concurrente en proporción de 80% para el actor y 20% para el demandado.

En cuanto a los otros requisitos de procedencia, tenemos primeramente el nexo causal. Del relato de los hechos y de las constancias de autos surge incontestablemente que los daños alegados se produjeron a causa de la colisión entre la bicicleta del actor y la camioneta de la parte demandada, según el curso natural de las cosas, como lo prescribe el artículo 1856 del Cód. Civ.

Finalmente tenemos el examen de los daños pedidos y de su *quantum*. Así, tenemos que se reclama resarcimiento por daño emergente, lucro cesante, daño moral y daño económico por incapacidad de proyección o pérdida de chance.

En primer lugar debemos recordar que el daño emergente consiste en la disminución que sufre el patrimonio de una persona como consecuencia de un evento dañoso, importa siempre una merma en los haberes de un individuo, que tiene como consecuencia una reducción patrimonial, considerando el estado en que se encontraba el patrimonio antes de que se produjera el evento; en suma, es una *minusvalía*.

En autos no se controvierte la existencia misma de los daños sufridos por la parte actora, sin embargo sí se cuestiona la cuantificación monetaria de ellos. Por lo tanto, siendo cierta la existencia de los daños alegados, al no haber sido disputados por la contraparte, pasaremos a establecerlos.

Dicha determinación se ha de realizar conforme con las constancias de autos. Así los documentos emanados de instituciones públicas, como ser el INPRO (Instituto Nacional de Protección a Personas Excepcionales) y el Hospital Central de las Fuerzas Armadas, servirán de parámetro para los gastos allí realizados. Los mismos arrojan la suma de G. 12.413.936 (guaraníes doce millones cuatrocientos trece mil novecientos treinta y seis) en concepto de gastos provocados por los daños sufridos en el accidente. En cuanto a los demás documentos presentados emanados de instituciones privadas, constituyen instrumentos privados provenientes de terceros, que debieron ser reconocidos mediante la forma establecida para la prueba testifical, conforme lo establece el art. 307 *in fine* del Cod. Proc. Civ., a fin de dotarlos de idoneidad probatoria, cosa que no aconteció. Si acaso, estos documentos solo pueden servir de mera referencia para la valuación, pero no para apoyar plenamente en ellos la decisión.

Ahora bien, el artículo 452 del Cód. Civ. habilita al Tribunal a realizar una prudente estimación de la indemnización correspondiente cuando se hubiese justificado y admitido de modo cierto la existencia del perjuicio pero no fuese posible determinar su monto. Considerando que el accionado no negó los daños

ni en la instancia inferior ni en ésta, como ya hemos visto, es evidente que éstos adquieren certidumbre. Teniendo en cuenta, la envergadura del daño emergente total, y evaluando la suma propuesta por el actor, es razonable y congruente estimar el monto de la pérdida por este rubro en la suma de G.100.000.000 (guaraníes cien millones).

Ahora bien, el demandado adjunta a su escrito de contestación de traslado un recibo del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social en concepto de pago por el servicio de diagnóstico por la suma de G. 100.000 (guaraníes cien mil) y también ciertos documentos privados, obrantes a fs.101/105, tales como recibos de pago por internación y de compra de medicamentos. El actor, en su escrito de fs.150/153, impugna algunos de estos por no identificar a la persona a favor de quien se realizaron los pagos, sin embargo, no cuestiona la autenticidad de los mismos. Así pues, teniendo en cuenta que las fechas de dichos documentos son correlativas con los días de internación del actor, pueden ser considerados para la estimación de los pagos realizados por el demandado. Con referencia a los documentos obrantes fs. 106/108, concernientes a gastos en chapería, pintura y la compra de repuestos, resultan irrelevantes pues hacen relación con los daños sufridos por el demandado y no por el actor, y el demandado no ha reconvenido para el cobro de los daños sufridos por su vehículo. En cuanto a los pagarés a la orden, obrantes a fs. 109/111, los mismos no pueden ser tenidos en cuenta por no hacer referencia alguna al caso en cuestión. Así las cosas, estas constancias demuestran que el pago realizado por el demandado asciende a la suma de G.13.083.500 (guaraníes trece millones ochenta y tres mil quinientos). Corresponde, en consecuencia descontar la suma mencionada del monto arriba estimado y fijar la indemnización por daño emergente en G. 86.916.500 (guaraníes ochenta y seis millones novecientos diez y seis mil quinientos).

El lucro cesante, por su parte, configura la privación de una ganancia cierta y esperada, que se frustra a consecuencia de un siniestro; es la privación de una *plusvalía*, el patrimonio deja de aumentar, de recibir un acrecentamiento esperado y probable. Con respecto del mismo el actor alega que se desempeñaba como auxiliar administrativo en la empresa CYMAR & ASOCIADOS, en la cual percibía un salario mensual de G. 1.089.103 (guaraníes un millón ochenta y nueve mil ciento tres), según certificado de trabajo (fs. 74). A consecuencia del accidente de fecha 5 de enero de 2006, se vió imposibilitado de trabajar, por lo cual reclama la suma de G. 13.000.000 (guaraníes trece millones de) en virtud

de lo que dejó de percibir en un año, tiempo estimado de recuperación. Sin embargo, alega que dicha suma no puede ser definitiva pues no se puede establecer con exactitud el tiempo que la recuperación conlleva. Empero, durante el transcurso del proceso no indicó ni probó con certeza la extensión del tiempo de cesantía laboral; dada esta imprecisión respecto del lapso por el cual solicita la indemnización, no hay más alternativa que limitarnos a lo efectivamente petitionado en cantidades exactas, y por lo tanto no es posible sino conceder la indemnización por lucro cesante en la suma de G. 13.000.000 (guaraníes trece millones).

En relación con la pérdida de chance, la misma consiste en la pérdida actual de oportunidades, posibilidades relativas a provechos eventuales y futuros. Este último concepto involucra una mera expectativa potencial y genérica, un posicionamiento disminuido de las posibilidades personales o patrimoniales. La cuantificación de este tipo de daños requiere de parámetros de probabilidad que deben ser proporcionados por la parte solicitante de los daños. Tales parámetros involucran, en primer lugar el porcentaje de la chance al éxito de la pretensión, y luego su valuación. La chance debe establecerse de conformidad con las reales posibilidades del pretendiente, considerando las circunstancias específicas del caso: personas, tiempo, lugar, etc. No habiéndose proporcionado estos parámetros, aunque sea mínimamente, no es posible establecer ni cuantificar la pérdida de chance que afectaría al actor; así, no cabe sino desestimar este rubro.

En cuanto al daño moral, el mismo ha sido conceptualizado como toda condición disvaliosa del espíritu. Ahora bien, no todo cambio disvalioso configura daño moral resarcible; se ha dicho jurisprudencialmente y adscribimos a dicha tesis, que el perjuicio debe tener una cierta entidad para ser indemnizable. Existe, pues, un margen o espacio de detrimento que toda persona, en su vida de relación e interacción con otros sujetos, ha de tolerar. La cuestión está en determinar si, en este caso, ese margen ha sido cumplimentado o no, es decir, si existe lesión con entidad suficiente como para ser resarcida.

Aquí debemos detenernos y hacer una digresión. El daño moral, como cualquier otro, debe ser probado. Solo que en ciertas circunstancias el daño surge patente u ostensible de los sucesos y configura un hecho notorio, que, por ser tal, no necesita ser demostrado. En todos los demás casos, la prueba del daño debe ser producida.

Si existe un daño físico, el dolor subsecuente es evidente y no necesita mayor demostración. En el caso del actor, el mismo ha sufrido daños personales producidos por el accidente. De las constancias médicas se colige que el mismo ha sufrido traumatismos, fracturas, hematomas en varias partes del cuerpo. Dicho padecimiento es pasible de ser indemnizado por aquél que lo ha causado, como ya lo hemos expuesto. Así pues, atendiendo a la envergadura de los daños físicos, el daño moral debemos estimarlo en la suma de G. 200.000.000 (guaraníes doscientos millones).

En virtud de lo expuesto, el tenor de los daños impone la suma total de G. 299.916.500 (guaraníes doscientos noventa y nueve millones novecientos diez y seis mil quinientos). Ahora bien, teniendo en cuenta la proporción antedicha de culpabilidad, 80% actor y 20% demandado, corresponde el pago por parte del demandado de la suma de G.59.983.300 (cincuenta y nueve millones novecientos ochenta y tres mil trescientos guaraníes).

En cuanto a las costas corresponde imponerla proporcionalmente en la misma proporción antedicha: 80% a la parte actora y 20% a la demandada.

ASUS TURNOS los Dres. Villalba Fernández y Martínez Prieto, manifestaron que votan en igual sentido.

Con lo que terminó el acto, firmando los Sres. Miembros de conformidad y quedando acordada la sentencia que sigue a continuación, todo por ante mí, de lo que certifico.

VISTO: El mérito que ofrece el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala,

RESUELVE:

TENER por desistido al recurrente del recurso de nulidad.

REVOCAR, la sentencia apelada y, en consecuencia, hacer lugar a la presente demanda que por daños y perjuicios promueve el Sr. Jorge Javier Dosantos contra el Sr. Julio Ulises Olmedo Vera y otro, fijando el monto de la indemnización por daño emergente, lucro cesante y daño moral en la suma única y total de G.59.983.300 (GUARANÍES CINCUENTA Y NUEVE MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y TRES MIL TRESCIENTOS), que deberá abonar la parte demandada, a la parte actora, en el plazo de diez días de ejecutoria da esta resolución.

IMPONER las costas proporcionalmente en un 80% a la parte actora y en un 20% a la parte demandada.

ANÓTESE, regístrese, y remítase copia a la Excma. Corte suprema de Justicia.

Magistrados: María Mercedes Boungermini Palumbo, Dr. Mst. Arnaldo Martínez Prieto y Neri E. Villalba Fernández.

Ante mí: Abg. Pablo Costantini. Actuario Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 404

CADUCIDAD DE LA INSTANCIA. FERIA JUDICIAL.

El plazo de caducidad está vencido porque el mes de enero se cuenta cuando es un mes intermedio en el conteo de plazo de caducidad y solo caduca en el mes de enero cuando el plazo de caducidad concluye en dicho mes, considerando que el mes de enero es de feria y de equipara al día feriado. Pero, cuando el mes de enero es un mes intermedio, entonces, para el conteo de plazo de caducidad no se cuenta dicho mes, dado que los plazos de meses se cuentan por meses continuos y completos según exige la ley y, entonces se computan inclusive los días domingos y feriados por expresa disposición legal prevista en el Art. 341 del C. C. Sostener lo contrario sería tener que descontar los domingos y feriados, dado que sería como decir que no se cuentan continuos. (Voto en disidencia del Dr. Carmelo Augusto Castiglioni)

PLAZOS PROCESALES. Plazos judiciales. FERIA JUDICIAL.

El Art. 341 CC dice expresamente que los plazos en meses incluyen los domingos y días feriados, por que son continuos y completos. La feria es equivalente al feriado judicial. (Voto en disidencia del Dr. Carmelo Augusto Castiglioni).

PLAZOS PROCESALES. Plazos judiciales.

El plazo en meses no está previsto en el CPC y entonces se aplica el conteo de plazo civil. (Voto en disidencia del Dr. Carmelo Augusto Castiglioni).

PLAZOS PROCESALES. Plazos judiciales.

El cómputo de los plazos queda sometido a las siguientes reglas: a) en los códigos de fondo (Civil, Penal, Laboral, etc.) los plazos son continuos y completos, y se computan los días domingos y feriados (Art. 341 CC), salvo disposición expresa en contrario; b) en los códigos procesales (Procesal Civil, Procesal Pe-

nal, Procesal del Trabajo) los plazos comprenden días y horas hábiles, salvo disposición expresa en contrario o habilitación de días inhábiles (Arts. 109 y 110 CPC).

CADUCIDAD DE LA INSTANCIA.

En proceso civil la caducidad de instancia esta prevista en los Arts. 172 y siguientes del CPC por lo que el plazo fijado para que quede operada, normalmente deberían comprender días hábiles, sin embargo, el Art. 173 dispone de manera expresa que el plazo señalado correrá durante los días inhábiles.

CADUCIDAD DE LA INSTANCIA.

La caducidad de instancia es una sanción procesal, es un modo anormal de terminación del proceso que tiene lugar cuando las partes no impulsan el proceso dentro de los plazos determinados por la ley. Como modo no natural de extinción del proceso, es de carácter excepcional y debe aplicarse restrictivamente. Tener en cuenta este solo principio es suficiente, a nuestro criterio, para no incluir en el cómputo de la caducidad el mes de la feria judicial, tiempo sumamente prolongado, durante el cual las partes no pueden realizar ninguna diligencia que tienda a impulsar el proceso.

CADUCIDAD DE LA INSTANCIA. Suspensión del término.

La suspensión de los plazos por caducidad de instancia tiene lugar cuando por causas ajenas a la voluntad de las partes, estas se encuentran en la imposibilidad jurídica absoluta o relativa de formular peticiones tendientes a activar la marcha del proceso, y este es el caso de la Feria Judicial, en la que no existe actividad procesal para impulsar el procedimiento.

CADUCIDAD DE LA INSTANCIA. Suspensión del término. FERIA JUDICIAL

Si la actividad procesal constituye uno de los presupuestos de la caducidad de la instancia, y durante la Feria Judicial es el propio órgano judicial quien impide a las partes la ejecución de actos procesales, por esa razón, del cómputo del plazo de caducidad corresponde descontar el tiempo en que el proceso ha estado paralizado o suspendido durante el mes de enero.

FERIA JUDICIAL.

“Durante la feria, en materia civil y comercial los términos judiciales quedarán suspendidos, tanto en los juicios ordinarios como en los especiales y sumarios..”

COSTAS. Costas en el orden causado. CADUCIDAD DE LA INSTANCIA. Suspensión del término.

En cuanto a las costas ellas deben imponerse en el orden causado en virtud de que existe jurisprudencia contradictoria respecto a si el mes de enero debe incluirse o no en el computo del plazo, de acuerdo con lo dispuesto por el Art. 193 del CPC.

T. de Apel. Civ. y Com. Quinta Sala. 30/05/12. “Banco de Desarrollo S.A. (en quiebra) c/ Manuel Eusebio Gamarra Elizeche s/ Demanda Ordinaria de Reconocimiento de crédito y cobro de guaraníes”. (A. I. N° 404).

Asunción, 30 de mayo de 2012.

VISTO: Los recursos de nulidad y de apelación interpuestos por Manuel Eusebio Gamarra Elizeche por derecho propio, contra el A.I. N° 1457 de fecha 07 de julio de 2011, dictado por el Juzgado de Justicia Letrada en lo Civil y Comercial del Primer Turno de esta Capital en los autos arriba señalado, y ;

CONSIDERANDO:

OPINIÓN DEL MAGISTRADO CARMELO CASTIGLIONI:

EN CUANTO AL RECURSO DE NULIDAD: Este recurso fue expresamente desistido y siendo que no existe vicio alguno que amerite la nulidad de oficio corresponde por desistido de este recurso.

OPINIÓN DE LOS MAGISTRADOS LINNEO YNSFRÁN SALDÍVAR Y CARLOS A. ESCOBAR: Manifestaron adherirse a la opinión del preopinante, por los mismos fundamentos.-

OPINIÓN DEL MAGISTRADO CARMELO CASTIGLIONI:

EN CUANTO AL RECURSO DE APELACIÓN: Se agravia el apelante del A. I. N° 1457 de fecha 07 de julio de 2011 por el que se rechazó la caducidad de Instancia. El motivo del rechazo de la caducidad fue porque el A quo consideró que el mes de enero no se cuenta para la caducidad. En ese entonces, dijo el Juzgado de grado Inferior que “HABIDA CUENTA QUE LA FERIA JUDICIAL (MES DE ENERO) NO PUEDE COMPUTARSE DENTRO DEL TERMINO DE CADUCIDAD”.

El apelante se agravia del conteo del plazo diciendo que el plazo esta vencido. Es cierto lo que dice el apelante. El plazo de caducidad esta vencido porque el mes de enero se cuenta cuando es un mes intermedio en el conteo de plazo de

caducidad y solo caduca en el mes de enero cuando el plazo de caducidad concluye en dicho mes, considerando que el mes de enero es de feria y de equipara al día feriado. Pero, cuando el mes de enero es un mes intermedio, entonces, para el conteo de plazo de caducidad no se cuenta dicho mes, dado que los plazos de meses se cuentan por meses continuos y completos según exige la ley y, entonces se computan inclusive los días domingos y feriados por expresa disposición legal prevista en el Art. 341 del C. C. Sostener lo contrario sería tener que descontar los domingos y feriados, dado que sería como decir que no se cuentan continuos. Y, según dicha norma, en forma expresa se establece que “se computaran los días (...) feriados, salvo disposición expresa en contrario”. Y la norma es coherente con el Art. 337 CC, conforme al cual “EL PLAZO INCLUYE EL DÍA DEL VENCIMIENTO. SI FUERE DOMINGO O FERIADO, EL CUMPLIMIENTO TENDRÁ LUGAR EL DÍA SIGUIENTE QUE NO LO SEA”. El Art. 340 CC establece que los plazos en meses se cuentan en meses y el Art. 341 CC dice expresamente que los plazos en meses incluyen los domingos y días feriados, por que son continuos y completos. La feria es equivalente al feriado judicial.

La excepción a esta regla de conteo de plazo es cuando en el mes de enero concluye el plazo de caducidad, y esto porque la misma norma establece que entonces pasa al día siguiente hábil. En el caso de autos, el vencimiento del plazo de caducidad no cae en el mes de feria judicial, pero si así sucediera, entonces el vencimiento debe pasar al siguiente día hábil. Sin embargo, en este caso el mes de enero se cuenta porque es un mes intermedio en el conteo y los plazos de meses se cuentan continuos y completos, según la ley. El plazo en meses no está previsto en el CPC y entonces se aplica el conteo de plazo civil. Por lo que todo lo demás es irrelevante, dado que LOS PLAZOS EN MESES SE CUENTAN en forma continua, pues contado el mes de enero el plazo ya está vencido y por tanto corresponde revocar el A.I. N° 1457 de fecha 07 de julio de 2011, con costas a la perdedora, y, en su lugar, disponer que esta operada la caducidad de instancia.

OPINIÓN DEL MAGISTRADO CARLOS ESCOBAR:

EN CUANTO AL RECURSO DE APELACIÓN: Es sabido que los fallos de la Corte Suprema de Justicia sobre si el mes de enero (Feria Judicial) debe o no ser excluido del cómputo del plazo para la caducidad son contradictorios. Con relación a dicho punto, resulta oportuno sentar mi postura con respecto al cómputo o no del mes de enero (feria judicial) para que quede operada la caducidad

como dijimos, contradictoria, incluso en la máxima Instancia Judicial (ver Ac. y Sent. N° 1082 del 9 de agosto de 2004 y Ac. y Sent. N° 12 del 14/02/2008, Sala Constitucional que resuelve incluir la feria judicial en el plazo y el A.I. N° 238 20/07/1995 de la misma Sala Constitucional que asevera que no se debe computar la feria judicial al plazo de caducidad).

Al respecto debe recordarse que el computo de los plazos queda sometido a las siguientes reglas: a) en los códigos de fondo (Civil, Penal, Laboral, etc) los plazos son continuos y completos, y se computan los días domingos y feriados (Art. 341 CC), salvo disposición expresa en contrario; b) en los códigos procesales (Procesal Civil, Procesal Penal, Procesal del Trabajo) los plazos comprenden días y horas hábiles, salvo disposición expresa en contrario o habilitación de días inhábiles (Arts. 109 y 110 CPC). En proceso civil la caducidad de instancia esta prevista en los Art. 172 y siguientes del CPC por lo que el plazo fijado para que quede operada, normalmente deberían comprender días hábiles, sin embargo, el Art. 173 dispone de manera expresa que el plazo señalado correrá durante los días inhábiles.

Sin embargo, el Art. 173 del CPC nos dicta que el computo del plazo de caducidad “Correrá durante los días inhábiles, pero se descontará el tiempo en que el proceso hubiese sado paralizado o suspendido por acuerdo de las partes o por disposición judicial, y así mismo, si el expediente hubiere sido remitido a la vista por petición de un juez o tribunal”, mientras tanto, que el Art. 109 del mismo cuerpo legal reza que son: “Días y horas hábiles. Los actos procesales se practican en días y horas hábiles, bajo la pena de nulidad. Son días hábiles todos los del año, menos los exceptuados por la ley y las acordadas que dice la Corte Suprema de Justicia”.

La Jurisprudencia ha tratado de paliar (aunque hasta ahora de manera no concordante) esa defectuosa redacción del referido Art. 173 de nuestro CPC. Hay fallos de la Corte Suprema que determinaron que “no debe considerarse el mes de enero (feria judicial) en el cómputo del plazo previsto en el art. 172 del Código Procesal Civil” (A.I. N°238 20/07/1995, LLP, 1996, 94), y otros, ya citados, incluye el mes de feria judicial en el Cómputo.

La doctrina también se ocupa del tema: “El proceso procura resolver conflictos de intereses y no hacerlos “desaparecer” del ámbito judicial. La interpretación restrictiva lleva a pensar que quienes –no en el tiempo muerto de inacción forzosa, sino en el que se razonablemente factible obrar en gestión útil– no

pueden realizar válidamente actos de impulso, tampoco han de verse perjudicados y, mucho menos, cuando no existe norma expresa que así lo determine (la ley instrumental en crisis)". Por Augusto M. Morello y Mario E. Kaminker J.A. 1994 –iv– 335).

La caducidad de instancia, es una sanción procesal, es un modo anormal de terminación del proceso que tiene lugar cuando las partes no impulsan el proceso dentro de los plazos determinados por la ley. Como modo no natural de extinción del proceso, es de carácter excepcional y debe aplicarse restrictivamente. Tener en cuenta este solo principio es suficiente, a nuestro criterio, para no incluir en el cómputo de la caducidad el mes de la feria judicial, tiempo sumamente prolongado, durante el cual las partes no pueden realizar ninguna diligencia que tienda a impulsar el proceso (ver además A.I N° 0159/03/02 - Trib. Apel. 1° sala - Encarnación, 27 de marzo del 2003). En consecuencia, es irracional la imposición de una sanción a las partes por la omisión de un acto procesal de cumplimiento imposible.

Abundando en el tema, debemos tener en cuenta que la suspensión de los plazos por caducidad de instancia tiene lugar cuando por causas ajenas a la voluntad de las partes, estas se encuentran en las imposibilidad jurídica absoluta o relativa de formular peticiones tendientes a activar la marcha del proceso, y este es el caso de la Feria Judicial, en la que no existe actividad procesal para impulsar el procedimiento, (salvo las diligencias de urgencia que prevén las Acordadas N° 11 del 26 de diciembre de 1930, la N°14 del 6 de enero de 1940 y la N° 17 del 24 de diciembre de 1941). Entonces, si la actividad procesal constituye uno de los presupuestos de la caducidad de la instancia, y durante la Feria Judicial es el propio órgano judicial quien impide a las partes la ejecución de actos procesales, por esa razón, del cómputo del plazo de caducidad corresponde descontar el tiempo en que el proceso ha estado paralizado o suspendido durante el mes de enero. Otra solución es injusta, desigual y hasta podría calificarla de arbitraria para las partes. Es así que "durante la feria, en materia civil y comercial los términos judiciales quedarán suspendidos, tanto en los juicios ordinarios como en los especiales y sumarios.." (Acordada N°17 –CSJ– 22/12/41 Art. 2°. El Art. 173 CPC establece claramente que "... se descontara el tiempo en que el proceso hubiese estado paralizado o suspendido por disposición judicial".

En atención a la mencionada Acordada y la disposición legal citada, indudablemente, el tiempo establecido como feria judicial (mes de enero) no puede

incluirse en el computo del plazo establecido en la ley (Art. 172 CPC)/Ac. y Sent. 1.082 del 09/082004 de la Sala Penal de la C.S.J.), de modo que esta tesitura tiene vigencia por cuanto deviene indiscutible que todo el lapso de tiempo que abarca la feria judicial no corren los plazos procesales y se encuentra paralizada toda actividad tribunalicia –salvo la del Juzgado de Paz como se dijo– y solo se atienden las cuestiones de urgencia que no admiten demora, como lo destaca expresamente la Acordada N° 17 del 22/11/41 y su modificatoria, tal como lo prevé también el Art. 109 del CPC. Por los motivos señalados, y por esos argumentos, tomando como partida la cedula de notificación de fs. 31 de autos de fecha 11 de octubre de 2010 hasta la presentación del Abogado de la parte actora, a fs. 32 de autos, solicitando nueva audiencia el día 11 de mayo de 2011 (conforme cargo del Juzgado), considero que la caducidad de la instancia no se hallaba operada, por tanto, la Resolución recurrida debe ser confirmada.

En cuanto a las costas ellas deben imponerse en el orden causado en virtud de que existe jurisprudencia contradictoria respecto a si el mes de enero debe incluirse o no en el computo del plazo, de acuerdo con lo dispuesto por el Art. 193 del C.P.C. Es mi opinión.

OPINIÓN DEL MAGISTRADO LINNEO YNSFRÁN SALDÍVAR: Manifestó adherirse a la opinión del Magistrado Carlos Escobar, por los mismos fundamentos.

POR TANTO, atento a lo brevemente expuesto, el TRIBUNAL DE APELACIÓN CIVIL Y COMERCIAL, QUINTA SALA;

RESUELVE:

1°) TENER POR DESISTIDO, el recurso de nulidad interpuesto en estos autos.

2°) CONFIRMAR, con costas a la perdidosa, el A.I. N° 1457 de fecha 07 de julio de 2011 y en su lugar disponer que esta operada la caducidad de instancia.

3°) ANOTAR, registrar y remitir un ejemplar a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Linneo Ynsfrán Saldívar, Carlos A. Escobar Espínola y Carmelo A. Castiglioni.

Ante mí: Abg. Federico Miller Tellechea. Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 4

Cuestión debatida: *En el presente proceso, la parte actora, es decir, la firma LA CAPRICHOSA S.A. demanda a los señores Luis Saguier Blanco y Marcos Chamorro Mahur por rendición de cuentas en base al contrato de prestación de servicios de consultoría y gerenciamiento.. Ante el progreso de la demanda objeto de estudio y análisis, los demandados contestaron la demanda y dedujeron excepción de falta de acción.*

EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN.

La excepción de falta de acción se refiere a la falta de legitimación para ejercer una acción como titular de la misma, pudiendo carecer tanto el demandante como en el demandado. Es decir, la falta de acción, se refiere a la capacidad de las partes para actuar en un juicio o a la aptitud del representante para actuar en nombre de otro.

PRESCRIPCIÓN. Excepción de prescripción.

La defensa procesal, o excepción de prescripción, tiene aristas especiales pues ella puede ser liberatoria o extintiva de la acción. En el primer caso, se opera por el no ejercicio del derecho, es decir por haberse cumplido el plazo respectivo y; la extintiva, se produce por la inacción del titular del derecho dentro del plazo establecido por la ley.

RENDICIÓN DE CUENTAS.

La obligatoriedad de la rendición de cuentas si bien resulta más evidente cuando existe un mandato o una gestión de negocios ajenos, no es exclusivo a estos negocios jurídicos.

RENDICIÓN DE CUENTAS. Obligación de rendir cuentas.

En el derecho privado rige el principio de la autonomía de la voluntad, principio que admite que las partes puedan concertar libremente acuerdos, siempre que no vulneren el orden público o la moral, en este sentido, las partes pueden, sin importar el tipo de negocio jurídico entablado, imponer la obligación de rendir cuentas y si se encuentra estipulado en un contrato válido será consecuencia exigible.

RENDICIÓN DE CUENTAS. Obligación de rendir cuentas.

A fin de viabilizar la pretensión de rendir cuentas, la actora debería haber demostrado que ha entregado fondos al demandado, extremo que no fue acreditado, hecho que determina la improcedencia de este reclamo.

RENDICIÓN DE CUENTAS. Obligación de rendir cuentas.

La demanda de rendición de cuentas, se refiere a la presentación que hace toda persona que haya administrado bienes o gestionado negocios total o parcialmente ajenos, dando razón de su cometido con el detalle de los saldos y operaciones debidamente justificadas. La obligación de rendir cuentas del cumplimiento exacto de la gestión, es inherente a toda gestión de negocios ajenos, cualquiera que sea su carácter. Toda persona que se haya desempeñado como gestor o mandatario o que haya realizado hechos que impliquen el manejo de fondos que no sean de su propiedad exclusiva, tiene que rendir cuentas sobre el resultado de la operación.

RENDICIÓN DE CUENTAS. Procedimiento en el juicio de rendición de cuentas.

Los juicios de rendición de cuentas tienen tres etapas: en la primera se discute la obligación o no de rendir cuentas; si se declara procedente la pretensión, se debe dictar sentencia condenando al demandado a rendir cuentas. En la segunda, se controvierte las cuentas rendidas; la parte demandada debe hacer un detalle minucioso de los negocios realizados, y dar las explicaciones pertinentes sobre la rendición reclamada y; la tercera, corresponde condenar al cobro que arroje la rendición de cuentas si existe suma líquida y exigible.

T. de Apel. Civ. y Com. Quinta Sala. 09/02/12. “La Caprichosa S.A. c/ Luis Saguier Blanco y otros s/ Rendición de cuentas” (Ac. y Sent. N° 4).

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

CUESTIONES :

¿ES NULA LA SENTENCIA APELADA?

EN SU CASO, ¿SE DICTÓ CONFORME A DERECHO?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: YNSFRÁN SALDÍVAR, CASTIGLIONI y ESCOBAR ESPÍNOLA

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA EL MAGISTRADO LINNEO YNSFRÁN SALDÍVAR, DIJO: Se observa que el recurrente interpuso el recurso de nulidad contra el fallo dictado en la instancia inferior, pero ante esta instancia no fue fundamentado. Ante ello, esta Alzada ha examinado de oficio el fallo recurrido y al no observar vicios o defectos formales ni procesales que

autoricen a decretar la nulidad de oficio, no debe aplicarse el Art. 404 del CPC, y por el contrario debe tenerle por desistido del recurso al mismo. ES MI VOTO.

A SUS TURNOS LOS MAGISTRADOS CARMELO AUGUSTO CASTIGLIONI, y CARLOS ESCOBAR ESPÍNOLA dijeron: Que votan en idéntico sentido y por los mismos fundamentos.

ALASEGUNDACUESTIÓN, ELMAGISTRADOYNSFRÁN SALDÍVAR, expresó: La sentencia, apelada en autos, resolvió: 1) Hacer lugar, parcialmente, con costas, a la excepción de falta de acción deducida como medio general de defensa por el Sr. Marcos Chamorro y en consecuencia, rechazo la presente demanda instaurada por la CAPRICHOSA S.A., contra el citado. 2) Rechazar la excepción de falta de acción deducida como medio general de defensa por el Sr. Luis Saguier Blanco. 3) Rechazó, con costas, la presente demanda que por rendición de cuentas promovió la firma actora LA CAPRICHOSA S.A. contra los Sres. Luis Saguier Blanco y Marcos Chamorro por improcedente, por las argumentaciones vertidas por el inferior en el Considerando del fallo obrante a fojas 155/161 de autos.

Al causar agravio al apelante la decisión éste presentó en tiempo y forma su expresión de agravios a fs. 166/170 y a fs.174/178 fue agregada la contestación pertinente. En la primera presentación el recurrente solicita la revocatoria del fallo y, en la contestación se peticiona la confirmación de la resolución dictada en autos. Ante ello, es tarea del Tribunal analizar los fundamentos del fallo y a los efectos de determinar si el mismo se ajusta o no a derecho.

Antes de entrar al estudio de esta litis, recordemos que la excepción de falta de acción se refiere a la falta de legitimación para ejercer una acción como titular de la misma, pudiendo carecer tanto el demandante como en el demandado. Es decir, la falta de acción, se refiere a la capacidad de las partes para actuar en un juicio o a la aptitud del representante para actuar en nombre de otro. La defensa procesal, o excepción de prescripción, tiene aristas especiales pues ella puede ser liberatoria o extintiva de la acción. En el primer caso, se opera por el no ejercicio del derecho, es decir por haberse cumplido el plazo respectivo y; la extintiva, se produce por la inacción del titular del derecho dentro del plazo establecido por la ley.

De la lectura del fallo, surge que el razonamiento realizado por el Juzgado para desestimar la excepción de falta de acción en relación al codemandado Sr. Marcos Chamorro Mahur y la viabilidad de la misma defensa procesal referente

al demandado Sr. Luís Saguier Blanco como así también el fundamento del rechazo de la demanda ordinaria de rendición de cuenta, se sintetiza en lo que expresa y dice que: *“De lo expuesto surge que fueron partes del contrato en cuestión: “LA CAPRICHOSA S.A.” y el “Dr. LUIS SAGUIER BLANCO”. Con respecto a éste último (Luís Saguier Blanco) cabe aclarar que si bien el contrato hacer referencia a “América Consultores”, ésta no posee razón social o denominación descripta en el Contrato (S.A., S.R.L., ect), vale decir; no se presenta en el contrato como persona jurídica con capacidad para contratar por sí, de la forma que fue redacta aparentaría que “América Consultores” es un simple nombre de fantasía de una empresa unipersonal. Igualmente, cabe destacar que al estipularse en el contrato que interviene el “Dr. Luís Saguier Blanco de América Consultores”, con la preposición “de”, se indica simplemente que el señor SAGUIER BLANCO pertenece a la empresa en cuestión, y no que representa a una persona jurídica, pues se ha obviado utilizar el término “representación” la cual se ha utilizando en cambio en el mismo contrato para los señores “ Andrés Emilio Facetti Peña y Marcus Cornelio Facceti Peña” quienes sí ostenta la representación de la CAPRICHOSA S.A.. A lo señalado, cabe agregar que los demandados al plantear la excepción de falta de acción en ningún momento han argüido que “América Consultores” sea una persona jurídica y que halla contrato por si, con lo cual, debemos concluir como ya lo expresamos, que las partes contratantes son: “LA CAPRICHOSA S.A. y “el Dr. LUIS SAGUIER BLANCO”. Esta primera conclusión hace que la EXCEPCION sea admisible en relación al Sr. MARCOS CHAMORRO MAHUR, quién no suscribió el acuerdo aludido ni por si, ni por otro, debiendo hacerse lugar con respecto al mismo, y desvincularlo así del proceso, rechazando la demandada con relación al mismo, con costas. Seguidamente el inferior acota lo que transcribimos seguidamente: “Vale decir, por el principio de relatividad de los efectos sólo podrían ser obligados por lo estipulado en el contrato “LA CAPRICHOSA S.A.” y el “ Sr. LUIS SAGUIER BLANCO” y no así MARCOS CHAMORRO MAHUR quien se bien- según surge de las constancias de autos- realizó en gestiones a favor de la “LA CONSULTORA” lo hizo en todo caso por encargo de LUIS SAGUIER BLANCO. En consecuencia, ante el supuesto de que el “Contrato de Prestación de Servicios de Consultoría y Gerenciamiento” obligue a “LA CONSULTORA” a rendir cuentas, lo cual será estudiado al abocarnos en la cuestión de fondo sólo podría resultar obligado, en razón del contrato, el Señor LUIS SAGUIER BLANCO y no así MARCOS CHAMO-*

RRO MAHUR, quién no intervino como parte en el contrato en cuestión. En cuanto a lo sustentado por la demanda de que la obligación de rendir cuentas surge sólo cuando existe mandato y representación, cabe señalar, que la obligatoriedad de la rendición de cuentas si bien resulta más evidente cuando existe un mandato o una gestión de negocios ajenos, no es exclusivo a éstos negocios jurídicos. Así citando al Dr. Casco Pagano podemos decir, que “toda persona que administre o gestione bienes o negocios total o parcialmente ajenos, que suponga el manejo de bienes o fondos que no son propios, tiene la obligación de rendir cuentas” (Casco Pagano, Hernán, Código Procesal Civil comentado y concordado, Tomo II, 5ª Edic., Pág. 1185). Además, debemos recordar que en el derecho privado rige el principio de la autonomía de la voluntad, principio que admite que las partes puedan concertar libremente acuerdos, siempre que no vulneren el orden público o la moral, en este sentido, las partes pueden, sin importar el tipo de negocio jurídico entablado, imponer la obligación de rendir cuentas y si se encuentra estipulado en un contrato válido será consecuencia exigible. Y termina diciendo: “Debemos señalar que en este tipo de juicios, en donde se controvierten los hechos, las pruebas es la herramienta para producir la admisión de la pretensión, al punto de que, si no se prueba la veracidad de los hechos controvertidos, la pretensión no puede admitirse. En autos, la actora ha probado la vinculación con el Sr. SAGUIER BLANCO. Ha probado también que este- por virtud del contrato- debería rendir cuentas. Sin embargo, a fin de viabilizar la pretensión de rendir cuentas, la actora debería haber demostrado que ha entregado fondos al Sr. SAGUIER BLANCO, extremo que no fue acreditado, hecho que determina la improcedencia de este reclamo.

En el presente proceso, la parte actora, es decir, la firma LA CAPRICHOSA S.A. demanda a los señores Luis Saguier Blanco y Marcos Chamorro Mahur por rendición de cuentas en base al contrato de prestación de servicios de consultoría y gerenciamiento agregado a fs. 29/31 de autos. Ante el progreso de la demanda objeto de estudio y análisis, los demandados contestaron la demanda y dedujeron excepción de falta de acción conforme a los términos del escrito agregado a fs. 54/60 de autos. De igual manera, la actora contestó la excepción planteada según escrito obrante a fs. 105/106. Pues bien, del estudio y análisis realizado al contrato arriba individualizado, surge claramente que el Señor Marcos Chamorro Mahur no fue parte en el contrato celebrado con la firma LA CAPRICHOSA S.A., razón por la cual este no tiene legitimación pasiva, es decir,

no puede ser demandado en el presente juicio. En relación al Sr. Luís Saguier Blanco, hemos constatado que el mismo firmó el contrato como La Consultora, para la realización de servicios de consultoría y gerenciamiento, por lo que goza de legitimación pasiva y, por ende, la decisión del inferior, es correcta, en el sentido de hacer lugar a la excepción de falta de acción en relación al Sr. Marcos Chamorro Mahur y la de rechazar la misma defensa procesal deducida por el Sr. Luis Saguier Blanco.

En lo referente a la cuestión de fondo, la demanda de rendición de cuentas, se refiere a la presentación que hace toda persona que haya administrado bienes o gestionado negocios total o parcialmente ajenos, dando razón de su cometido con el detalle de los saldos y operaciones debidamente justificadas. La obligación de rendir cuentas del cumplimiento exacto de la gestión, es inherente a toda gestión de negocios ajenos, cualquiera que sea su carácter. Toda persona que se haya desempeñado como gestor o mandatario o que haya realizado hechos que impliquen el manejo de fondos que no sean de su propiedad exclusiva, tiene que rendir cuentas sobre el resultado de la operación.

Los juicios de rendición de cuentas tienen tres etapas: en la primera se discute la obligación o no de rendir cuentas; si se declara procedente la pretensión, se debe dictar sentencia condenando al demandado a rendir cuentas. En la segunda, se controvierte las cuentas rendidas; la parte demandada debe hacer un detalle minucioso de los negocios realizados, y dar las explicaciones pertinentes sobre la rendición reclamada y; la tercera, corresponde condenar al cobro que arroje la rendición de cuentas si existe suma líquida y exigible. De acuerdo a lo aseverado, no caben dudas que la parte actora, debe demostrar dichos extremos para que la demanda de rendición de cuentas sea acogida favorablemente, situación que no se dió en el presente caso. Es así porque de los instrumentos y documentos aportado por la firma LA CAPRICHOSA S.A. se puede concluir que esta no ha entregado fondos para que en su nombre administre y realice gestiones el Sr. Jorge Saguier Blanco, como así mismo, del análisis realizado al contrato, se constata que en ninguna de sus cláusulas dispone la obligación de rendir cuentas. Nuestro Código Procesal Civil enuncia en el Art. 667 lo que textualmente se transcribe: *“Con el escrito de rendición de cuentas deberá acompañarse la documentación correspondiente. El juez podrá tener como justificadas las partidas respecto de las cuales no se acostumbrare pedir recibo, si fuesen razonables y verosímiles.”* En conclusión tenemos que los docu-

mentos agregados por la firma actora, no demuestran la entrega de fondos para su administración, más bien, correspondería al pago por la prestación de servicios estipulado en el contrato respectivo, con el demandado Sr. Luís Saguier Blanco.-

Atendiendo a las explicitaciones efectuadas líneas arriba, a la normativa legal citada, el fallo apelado se ajusta a derecho y debe ser confirmado, con costas a la perdidosa. ES MI VOTO.

A SUS TURNOS LOS MAGISTRADOS CARMELO CASTIGLIONI Y CARLOS ESCOBAR ESPINOLA, dijeron: Que votan en idéntico sentido y por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Señores Miembros, todo por ante mí, que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue:

VISTO: Los méritos del Acuerdo que antecede, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, QUINTA SALA;

RESUELVE:

- 1) TENER por desistido del recurso de nulidad a los recurrentes.
- 2) CONFIRMAR, con costas, la S. D. N° 125 de fecha 14 de marzo de 2011, por las razones y fundamentos dados en el exordio de este fallo.
- 3) ANOTAR, registrar, notificar y enviar copia a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Linneo Ynsfrán Zaldívar, Carlos A. Escobar Espínola y Carmelo A. Castiglioni.

Ante mí: Abg. Federico Miller Tellechea. Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 24

Cuestión debatida: *Entrando al estudio de esta causa tenemos que la actora demandó a la firma HUTCHISON TELECOMUNICACIONES PARAGUAY S.A. HOY AMX PARAGUAY por indemnización de daños y perjuicios, daño moral y repetición de lo pagado como consecuencia de una demanda de acción preparatoria de juicio ejecutivo, donde se obtuvo la medida cautelar de inhibición general de vender y grabar bienes que se encuentra agregada a este juicio, que promoviera la citada firma contra la Sra. Jacqueline Ortiz Prieto por la deuda del servicio de telefonía celular.*

PRUEBA. Apreciación de la prueba.

La prueba es un acto o una serie de actos procesales que se utilizan para convencer al juez sobre los hechos denunciados. Es decir, tiene la finalidad de producir un efecto psicológico importante en el convencimiento del juez sobre la verdad de los hechos propuestos y darle los motivos valederos en los cuales fundará su resolución. (Voto en minoría de Dr. Linneo Ynsfrán Saldivar).

DAÑOS Y PERJUICIOS. Hechos ilícitos.

En materia civil, lo que da lugar al resarcimiento del daño es la ilicitud de acto o la acción, por lo cual, entendemos que la firma demandada, al promover el juicio ejecutivo para el cobro compulsivo de la deuda contraída por la actora, no cometió acto ilícito alguno, pues lo hizo amparado en la defensa de sus legítimos derechos y de las constancias de autos, reiteramos no se corrobora doble pago de la deuda. (Voto en minoría del Dr. Linneo Ynsfran Saldivar).

PAGO. Requisitos del pago.

En el caso, la misma firma demandada reconoce y acredita en el documento denominado “formulario único de tramites” el haber recibido el pago de la deuda reclamada. Extremo este, que sea absolutamente inviable poner en dudas que ese formulario no pueda considerarse como recibo de pago de lo adeudado por la demandante, cuando que fue emitido por la misma firma, lleva su logo, su sello de cargo, la firma de su dependiente, la fecha, el valor y la especie de la deuda pagada y el nombre y firma del deudor, conforme lo exige el art. 571 del Código Civil.

LEY DEL COMERCIANTE. DEFENSA DEL CONSUMIDOR.

La ley N° 1034/83: “Del comerciante” en su art. 101 crea la presunción de la responsabilidad del comerciante en cuanto los asientos de los libros y registros contables, como también, de los comprobantes emitidos por el mismo. Que, concuerda con la ley N° 1334/98 “De Defensa del Consumidor y del Usuario” en sus artículos 2°, 6° inc. f), 7°, 27°, 28° y 43°. Y asimismo, con el art. 713 del Código Civil.

DEFENSA DEL CONSUMIDOR.

A la luz de la legislaciones enunciadas, el derecho se ha propuesto una posición tuitista con relación al consumidor, reconociéndole a este como sujeto más débil de la relación comercial. Y es lógico suponer así, por cuanto el consumidor o el cliente del comerciante siempre es ocasional, mientras que el sujeto comerciante es conocedor acabado de los actos comerciales y siempre va a estar en ventaja con la relación al consumidor.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Hechos ilícitos.

El simple hecho como en este caso de haber recibido el primer pago la firma demandada y haberse obligado por escrito al finiquito del juicio y el levantamiento de la inhabilitación que pesaba sobre la persona de la actora. Y de nuevo, por segunda, haber recibido un pago en concepto de la misma deuda, demuestra la antijuridicidad de la firma accionada. Y todo hecho antijurídica en el Derecho Civil conlleva a un resarcimiento indemnizatorio, a no ser que el obligado pruebe en juicio la culpa del damnificado a una circunstancia de fuerza mayor o caso fortuito. Cuestiones que este juicio no se encuentra presente.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Daños y perjuicios resultantes del hecho ilícito.

La representación de la marca extranjera en sí, de nuevo debe aclararse que la cuestión en la acción de indemnización en cuanto al daño emergente, directo o indirecto, solo requiere que el actor acredite el daño sufrido, cualquiera sea el medio probatorio que le permita la ley, es el único rubro indemnizatorio que requiera su probanza.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño moral.

En cuanto, al rubro daño moral, es evidente que una medida de inhabilitación de gravar y vender bienes de una persona no solo le afectan en el orden material, sino también moral. De hecho la inhabilitación de gravar y vender bienes en lo más próximo a una muerte moral. Al respecto debe aclararse que no existe tipo o clase de daño moral, solo existe el daño moral en sí.

DAÑOS Y PERJUICIOS. INTERESES

En cuanto a los intereses que debería ser imputado al total del monto indemnizatorio debe confirmarse el porcentaje del 22% anual dada la tendencia de la tasa de interés vigente actualmente en el mercado, hacer computado a partir de la notificación de la iniciación de la demanda.

CONTRATO. Efectos del contrato.

Una vez que la actora haya abonado la suma demandada, ni siquiera presento el pedido de finiquito del juicio y mucho menos del levantamiento de la medida cautelar que pesaba sobre la actora, violando la regla de hierro que rige toda relación contractual dispuesta en el art. 715 del Código Civil Paraguayo. Esta actitud asumida por la demandada muchas veces le aprisiona al cliente en cláusulas o políticas administrativas desleal a los derechos del consumidor, que requieren reglas claras en el relacionamiento con los comercios de venta de bienes o servicios.

T. de Apel. Civ. y Com. Quinta Sala. 21/02/12. “Daisy Jacqueline Ortiz Prieto c/ Hutchison Telecomunicaciones Paraguay S.A. hoy AMX Paraguay S.A. s/ Ind. De Daño Moral”. (Ac. y Sent. N° 24).

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

CUESTIONES:

¿ES NULA LA SENTENCIA APELADA?

EN SU CASO, ¿SE DICTÓ CONFORME A DERECHO?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: YNSFRÁN SALDÍVAR, ESCOBAR ESPÍNOLA Y CASTIGLIONI.

A LA PRIMERA CUESTION: el MAGISTRADO LINNEO YNSFRÁN SALDÍVAR dijo: Este recurso fue interpuesto y fundamentado por el recurrente, conforme a los términos expuestos en el escrito de agravios agregado a estos autos (ver fs. 289/300)

El recurso de nulidad solo es procedente cuando se detectan vicios extrínsecos e intrínsecos del fallo, o cuando el fallo es incongruente. Se considera como tal, cuando se parte de premisas erradas y, obviamente, se arriba a conclusiones equivocadas. De igual manera puede ser tenido como incongruente, cuando el Juez falla sobre algo no peticionado en la demanda pues éste debe resolver necesariamente sobre todos los hechos aducidos (art. 15 del CPC).

En esta causa, sin embargo no se comprobaron la existencia de falencias de forma y fondo por lo que, corresponde desestimar el recurso de nulidad interpuesto.

A SUS TURNOS LOS MAGISTRADOS CARLOS ESCOBAR ESPINOLA Y CARMELO AUGUSTO CASTIGLIONI, dijeron:

ALA SEGUNDA CUESTION EL MAGISTRADO YNSFRÁN SALDÍVAR, dijo: El fallo, resolvió hacer lugar a la demanda de indemnización de daños y perjuicios y repetición de lo pagado, promovido por DAISY JACQUELINE ORTIZ PRIETO contra la firma HUTCHISON TELECOMUNICATIONS PARAGUAY S.A. HOY AMX PARAGUAY S.A., condenando a la parte demandada al pago de la suma de GUARANÍES QUINIENTOS VEINTITRÉS MILLONES, SEISCIENTOS VEINTICINCO MIL (Gs. 523.625.000.), más intereses del 22% anual, conforme a los argumentos dados por el Inferior en el Considerando del fallo agregado a fs. 270/276 de autos.

La parte apelante, en tiempo y forma, ante esta instancia, presentó su escrito de expresión de agravios donde solicita la revocatoria del fallo por los argumentos emitidos en el escrito agregado a fs. 289/300. La otra parte, a través del escrito agregado a fs. 301/305 contestó al apelante y en base a las razones dadas en este peticiona la confirmación del mismo.

En primer término corresponde analizar los argumentos del inferior y así encontramos que en un párrafo del Considerando expresa, lo siguiente: “... *El acto, el hecho o la omisión antijurídica, que es el primer condicionante, tiene por argumento de la parte actora que la firma demandada ha accionado en su contra por cobro de guaraníes indebidamente, ya que ésta, la deuda que mantenía con al empresa lo había saldado con anterioridad y hasta ha abonado el doble. Lo cual, la demanda promovida en su contra le ha causado un perjuicio en su persona y su patrimonio con el dictamiento de la medida cautelar de inhibición de grabar y vender bienes. Pero, a la luz del análisis de éste Juzgador existe otro elemento determinante para configurar el acto, el hecho o la omisión antijurídica. Cual es el relato cronológico de la accionante de cómo fueron sucediendo los hechos. Es así, que la misma manifiesta y lo prueba en juicio, que una vez enterada de la demanda en su contra se apersonó ante las oficinas de la empresa de telefonía celular a abonar a deuda demandada por valor de Gs. 131.505 (Formulario Único de Trámites de fs. 13 de autos, con el logo de la empresa CTI MOVIL”. Comprobante donde se observa que la misma empresa deja constancia de la solicitud de exclusión de los registros de Inforcomf y la gestión del finiquito del juicio, incluyendo los honorarios del Abogado y gastos de justicia, derivando los mismos al estudio jurídico para el trámite de finiquito. Y, que posteriormente la misma afectada (conforme recibo de dinero de fs. 12 de autos) abona la suma de Gs. 440.381, por el mismo concepto de deuda reclamada. Hecho que le lleva a conclusión a esta Magistratura, que la empresa demandada le había exigido al cliente el abono de una suma de dinero por valor de Gs. 131.505 y posteriormente por el mismo concepto otra suma de dinero de Gs. 440.381. Trámite que a todas luces comprueba un deficiente manejo administrativo por parte de la firma demandada y su impericia en la falta de una idónea registración contable de las deudas de sus clientes. Estos son los aspectos jurídicos que le llevan a conclusión a esta Judicatura que se encuentra configurada la antijuricidad de la parte demandada y le habilita a la actora la acción de indemnización.* - Más adelante se emiten otros fundamentos pero la parte transcripta

es para nosotros el fundamento central, pues estos otorgaron al inferior el convencimiento hacer lugar a la demanda y fijar el monto resarcitorio.

Es conveniente rememorar que en las demandadas por daños y perjuicios, es ineludible para el juez analizar las pruebas aportadas por las partes para determinar “la culpa” o mejor el grado de culpabilidad atribuido a la demandada. Indudablemente cobra trascendencia, la noción de “pruebas”, dada por Caravantes que dice: *“por prueba se entiende, la averiguación que se hace en juicio de alguna cosa dudosa, o bien la producción de los actos o elementos de convicción que somete el litigante, en la forma que la ley previene, ante el juez que conoce el litigio y que son propios, según derecho, para justificar la verdad de los hechos alegados en el pleito”*.

Pues bien, entrando al estudio de esta causa tenemos que la actora demandó a la firma HUTCHISON TELECOMUNICATIONS PARAGUAY S.A. HOY AMX PARAGUAY por indemnización de daños y perjuicios, daño moral y repetición de lo pagado como consecuencia de una demanda de acción preparatoria de juicio ejecutivo, donde se obtuvo la medida cautelar de inhibición general de vender y grabar bienes que se encuentra agregada a este juicio, que promoviera la citada firma contra la Sra. Jacqueline Ortiz Prieto por la deuda del servicio de telefonía celular según los términos del escrito de demanda agregado a fs. 29/31. Obviamente, el juzgador debe, prima facie, determinar la culpabilidad que se le atribuye a la firma HUTCHISON TELECOMUNICATIONS PARAGUAY S.A. HOY AMX PARAGUAY con lo cual queda expedita la vía para solicitar el resarcimiento de los daños y perjuicios.

Conforme a lo explicitado más arriba, en juicios de esta naturaleza se debe valorar en su real dimensión las pruebas, sobre todo aquellas arrimadas por las partes al juicio y de las cuales extraerá el juzgador la conclusión o convencimiento, constituyendo esto una opinión objetiva del juzgador. Para nosotros, la prueba es un acto o una serie de actos procesales que se utilizan para convencer al juez sobre los hechos denunciados. Es decir, tiene la finalidad de producir un efecto psicológico importante en el convencimiento del juez sobre la verdad de los hechos propuestos y darle los motivos valederos en los cuales fundará su resolución.

En base a lo relacionado, y al analizar el fallo surge la convicción que el inferior realizó el estudio de las probanzas rendidas en autos durante la etapa probatoria, pero no valoró en su real dimensión y esto hace que la conclusión de que la demandada es la culpable, no se ajusta a derecho.

Veamos, esta acción o demanda tuvo su origen en el juicio que por preparación de acción ejecutiva fue demandada la Sra. Daisy Jacqueline Ortiz Prieto por el no pago del monto adeudado con la firma *HUTCHISON TELECOMUNICATIONS P.Y.S.A.* Ahora bien, en esta acción, se decretó la inhibición de gravar y vender bienes en contra de la demandada, es decir, la Sra. Daisy Jacqueline Ortiz Prieto, conforme se comprueba con el expediente agregado a fs. 32/49. Pues bien, el motivo principal expuesto por la actora, para la promoción de la demanda de daños y perjuicios radica en que la misma ya habría abonado la suma reclamada por la firma *HUTCHISON TELECOMUNICATIONS P.Y.S.A.* para que esta lo excluyera de Inforcomf y gestione el finiquito correspondiente. Así mismo, aduce la actora, que la firma demandada no reconoció el pago efectuado, continuando por ende la medida cautelar de inhibición pese a haber sido cancelada la deuda reclamada en el juicio mas arriba individualizado, situación que le produjo daños por no concretar operaciones comerciales, como la de un compromiso de compra venta de inmueble y de representación de la marca denominada CUMBRES ANDINAS (CHAMPAGNE), como así también los gastos efectuados para las promociones, solicitando por este juicio el resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados por la susodicha demanda ejecutiva, todo esto se desprende de su escrito de iniciación de la acción obrante a fs. 1/10 acompañando para el efecto las instrumentales pertinentes.

De las constancias de autos, se corrobora que por el instrumento agregado a fs. 13 (formulario único de tramites) la actora, dejó constancia que en fecha 30 de Agosto del 2005, de su solicitud de exclusión de inforcomf y gestionó el finiquito abonando 131.505 Gs incluyendo honorarios de abogados y gastos judiciales derivando el caso al estudio jurídico a gestionar el finiquito de la demanda. Párrafos arriba expusimos que uno de los fundamentos por el cual la actora promovió la presente demanda de daños y perjuicios, era de que la firma demandada seguía con la medida cautelar de inhibición, pese a que esta ya ha sido abonada según la nota que transcribimos líneas arriba. Pues bien, la cuestión trascendental radica en que si la nota realizada por la actora (Formulario único de trámites) puede ser tenido en cuenta como un recibo de pago.

Al respecto, creemos que dicho instrumento es al solo efecto de dejar constancia sobre una situación dada, tal como lo transcribimos líneas arriba, y entendemos que no puede ser un documento a los efectos de acreditar un pago. Cobra trascendencia para esta Alzada, el mandamiento de embargo ejecutivo

diligenciado por el Oficial de Justicia en el juicio ejecutivo agregado a fs. 45 de autos, donde se corrobora que en fecha 25 de Noviembre del 2005, la actora, es decir, Sra. Daisy Jacqueline Ortiz Preto fue intimada al pago de la deuda reclamada por la firma *HUTCHISON TELECOMUNICATIONS PY S.A.* y esta ha manifestado que no posee el capital reclamado y manifestó que reconoce la obligación. Este hecho es fundamental, para dar sustento a nuestro criterio de que el instrumento presentado por la actora a fs. 13 de autos, es al solo efecto de dejar constancia de un hecho en particular y no la de acreditar un pago, tal como lo pretende la misma.

Es más, en autos se encuentra agregado un recibo de dinero, por la suma de Gs. 440.381., pago efectuado por la Sra. Daisy Jacqueline Ortiz Prieto por la cancelación de deuda en concepto de capital, interese, costas y honorarios profesionales con la firma *HUTCHISON TELECOMUNICATIONS PY S.A.*, en los autos caratulados: *HUTCHISON TELECOM PARAGUAY S.A. C/ DAISY JACQUELINE ORTIZ PRIETO S/ COBRO DE GUARANIES.*, realizado en fecha 11 de abril de 2007 (ver fs. 12). Así mismo, en fecha 12 de Abril del 2007 el representante legal de la firma *HUTCHISON TELECOMUNICATIONS PY S.A.*, solicita el finiquito del juicio y el levantamiento de la medida cautelar, según el escrito obrante a fs. 50 de autos. Estos hechos e instrumentos nos lleva a concluir que no hubo doble pago de deuda tal como lo afirma la actora.

Corresponde, entonces, analizar si la firma demandada es o no culpable o responsable del acto ilícito que dio origen a esta demanda promovida por la Sra. Daisy Jacqueline Ortiz Prieto. En ese sentido, tanto la doctrina como la jurisprudencia, sostienen que en materia civil, lo que da lugar al resarcimiento del daño es la ilicitud de acto o la acción, por lo cual, entendemos que la firma demandada *HUTCHISON TELECOMUNICATIONS PY S.A.*, al promover el juicio ejecutivo para el cobro compulsivo de la deuda contraída por la Sra. Daisy Jacqueline Ortiz Prieto no cometió acto ilícito alguno, pues lo hizo amparado en la defensa de sus legítimos derechos y de las constancias de autos, reiteramos no se corrobora doble pago de la deuda.

En conclusión, por lo precedentemente expuesto, consideramos que no existió culpa por parte de la firma demandada, atendiendo las pruebas ofrecidas y rendidas en estos autos, lo cual nos hace concluir que la demandada no es la responsable del hecho acaecido y, por ende, esta eximida de toda culpa y por ende está exonerada en resarcir los daños tal como pretende la parte actora.

Conforme a las explicitaciones formuladas, corresponde revocar, el fallo por el cual se hizo lugar a la demanda de indemnización de daños y perjuicios promovida por la Sra. Daisy Jacqueline Ortiz Prieto contra la firma HUTCHISON TELECOMUNICACIONES PY S.A.. Las costas, de conformidad al principio establecido en el art. 192 del CPC, serán a cargo de la perdedora.

A su turno el Magistrado Carlos Escobar Espínola, dijo: Opinión en Disidencia: En cuanto al recurso de apelación deducido, la parte apelante argumenta el recurso en contra de la S.D. N° 277 de fecha 19 de abril de 2011, dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Segundo Turno, en dos cuestiones expuestas en su escrito de fs. 289/300 de autos. Primera, que no existe ningún acto o hecho antijurídico imputable a su parte, en consecuencia, no existe daño ni relación de causalidad, como también, no existe un doble pago de lo adeudado por la actora. Se basa, en que la suma de Gs. 131.505 alegada por la demandante no fue acreditado su pago en este juicio con la presentación del recibo y el instrumento obrante a fs. 13 de autos (Formulario Único de Tramites) no prueba el pago de la deuda reclamada en el juicio caratulado: “Hutchison Telecom Paraguay S.A. C/ Daisy Jacqueline Ortiz Prieto S/ Preparación de Acción Ejecutiva”, tramitado en el Juzgado de Paz de la Recoleta. Sostiene el recurrente, que el único pago de la obligación contraída por la actora con su mandante está acreditado en el Recibo de dinero de fecha 11 de abril de 2007, por valor de Gs. 440.381 (fs. 12), reclamado en el juicio mencionado y su consecuente e inmediato finiquito del juicio y levantamiento de la medida cautelar dictada en su contra. Asimismo, alega la parte demandada que la actora ha sido notificada debidamente del juicio promovido en contra y ha reconocido la deuda ante la intimación del Oficial de Justicia, siendo imputable a sus los supuestos daños ocasionados a su persona la demanda de cobro de lo adeudado. En cuanto al segundo agravio planteado por la parte recurrente, manifiesta su rechazo por el monto indemnizatorio decretado por el Juzgado en su sentencia. Aduce, que en el proceso no está probado los daños supuestamente sufridos por la actora. NO ha agregado la escritura de título de propiedad del inmueble objeto de la compraventa frustrada ni aprobado la supuesta relación comercial que no pudo concretarse la causa de la medida cautelar que pesaba sobre la persona de la actora. Concluyendo, que no existe daño emergente, ni lucro cesante, ni daño moral, ni doble pago de la adeuda.

Por su parte, el representante convencional de la demandante rechaza todo los argumentos expuestos por el recurrente, arguyendo en su escrito de fs.

301/305 que en el juicio esta plenamente probada la antijuridicidad de la firma demandada, el daño sufrido por su demandante y su consecuente perjuicio a causa de la demanda y la inhibición decretada. Sostiene, que su representada, al tomar conocimiento del juicio tramitado en contra, se apersona en las oficinas de la firma demandante abonando el monto reclamado de Gs. 131.505, incluyendo capital, gastos de justicia y honorarios del abogado, que se encuentra acreditado en el instrumento obrante a fs. 13 de autos, comprometiéndose la empresa a gestionar el finiquito del juicio y el levantamiento de la medida cautelar dictada. Dice, que a pesar de haberse abonada la deuda la firma demandante no ha cumplido con la obligación de solicitar el finiquito y el levantamiento, sino todo lo contrario prosiguió con el juicio que al enterarse de tal situación su cliente se presentó nuevamente en la oficina de la empresa habiendo realizado nuevamente otro pago por el mismo concepto de Gs. 440.381 que consta en el recibo obrante a fs. 12 de autos y que prueba el doble pago realizado por el mismo concepto. En lo referente al quantum de la condena sostiene que en el juicio está probada que la compraventa del inmueble no se pudo realizar por causa de la inhibición decretada en contra de su cliente, conforme el informe de la escriban Laura Carolina Del Rio Espínola y, la actividad comercial está acreditada en la pruebas documentales y testificales que constan en el juicio que justifican los rumbos indemnizatorios reclamados que totalizan en monto de la condena.

Así planteada la controversia en esta apelación interpuesta por la parte demandada, corresponde al tratamiento del primer cuestionamiento expuesto por el recurrente y puntualizado en el párrafo precedente. Al respecto, cabe analizar objetivamente los elementos probatorios que constan en el juicio. A fs. 41 de autos esta agregada la providencia dictada por el Juzgado de Paz de la Recoleta de fecha 10 de julio de 2005, por la cual se da inicio a la acción de preparación de juicio ejecutivo presentado por la firma Hutchison Telecommunications S.A. en contra de Daisy Jacqueline Ortiz Prieto por cobro de la suma de Gs. 131. 505 más gastos de justicia de Gs. 13. 151. También, consta a fs. 44 el A.I. N° 3497 de fecha 18 de noviembre de 2005, dictado por la misma judicatura, que tiene por iniciado el juicio ejecutivo en reclamación del mismo monto de Gs. 131.505. Y, la medida cautelar de inhibición de grava y vender bienes, decretada por providencia de fecha 23 de diciembre de 2005 y el oficio correspondiente de comunicación y anotación dirigida a la Dirección General de los Registros Públi-

cos, todos obrantes a fs. 46 vlto., 47 y 48 de autos. Estos elementos enunciados y alegados por la parte actora prueban que efectivamente, la empresa de telefonía celular demandada le ha reclamado judicialmente a la, demandante el pago de una deuda por valor de Gs. 131.505 que la accionante invoca y acredita que en fecha 11 de enero de 2007 ha realizado el pago de la deuda reclamada en juicio, conforme el formulario único de tramites agregados a fs. 13 de autos. Y que posteriormente ante la falta de finiquito de juicio y el levantamiento de la medida cautelar dictada en su contra volvió a realizar un pago de Gs. 440.381, conforme el recibo de dinero de fs. 12 de autos, referente al mismo juicio ejecutivo promovido en su contra.

La cuestión es, que el instrumento presentado por la demandante de fs. 13 de autos, denominado “Formulario Único de Trámites” emitido por la firma demandada, la parte recurrente sostiene que este no puede ser considerado como recibo de pago de la deuda reclamada. Pero, esta tesis encierra mucha duda. La primera, es que el instrumento obrante a fs. 13, es un documento emitido por la misma empresa demandada, conforme se observa el logo de la firma “CTIMOVIL”, el sello de recepción y la firma del dependiente de la empresa. La segunda, se refiere a la descripción del trámite, que textualmente dice: “Se deja constancia que la línea 0991716504, en fecha 30/08/05 la titular solicito la exclusión de Inforconfy gestiono el finiquito correspondiente abonando 131.505 Gs. (Factura N° 241). Incluyendo honorarios de abogado 14.500 Gs. y gastos judiciales 42.500 Gs. derivando el caso al estudio jurídico a gestionar el finiquito de la demanda”. Como claramente y sin dudas, objetivamente la descripción que hace constar la firma demandada es que la accionante en fecha 30 de agosto de 2005, solicito la exclusión de su nombre de los registros de la firma Inforconf y el finiquito de juicio sustanciado en su contra, abonando el capital reclamado de Gs. 131.505, el mismo monto reclamado en juicio-incluso la empresa accionada hace constar en el instrumento la Factura N° 241, que evidentemente es la que acredita el pago de la deuda. Es decir, la misma firma demandada reconoce y acredita en este documento el haber recibido el pago de la deuda reclamada. Extremo este, que sea absolutamente inviable poner en dudas que ese “Formulario Único de Trámites” no pueda considerarse como recibo de pago de lo adeudado por la demandante, cuando que fue emitido por la misma firma, lleva su logo, su sello de cargo, la firma de su dependiente, la fecha, el valor y la especie de la deuda pagada y el nombre y firmad el deudor, conforme lo exige el art. 571 del Código Civil.

Y a más de esas valoraciones objetivas, debe considerarse que la alegación expuesta por el recurrente en su escrito de expresión de agravios, que desconoce el documento de fs. 13 de autos, causa un contrasentido con lo manifestado en su escrito de contestación de la demanda, en el cual reconoce el instrumento agregado a fs. 13 como emitido por su parte. Siendo procedente en esta instancia pretender cuestionar su valor probatorio como pago de la deuda, cuando no l había cuestionado en la instancia inferior, consistiendo así su valor manifestado por la parte demandante, tal así lo dicta el art. 420 del C.P.C. Concluyéndose, que el instrumento obrante a fs. 13 de autos acreditada el pago de la deuda reclamada en el juicio ejecutivo promovido por la firma demandada en contra de la actora por el monto de Gs. 131.505 y obligándose la empresa accionada al finiquito del juicio, consecuentemente al levantamiento de la medida cautelar de inhibición de gravar y vender bienes y la exclusión del nombre de la demandante de los registros de la firma Inforconf. Tal y como, concuerda con l previsto en el art. 557 del Código civil, obligación incumplida por la demandada al no haber realizado los tramites comprometidos en el Formulario Único de Trámites y haber proseguido el juicio ejecutivo en contra de la actora a pesar de haberse pagado la deuda reclamada, conforme así lo establece el art. 547 del Código Civil.

A pesar de esta circunstancia, la actora demanda se ha motivado a apersonarse nuevamente en la firma, al tomar conocimiento de la prosecución del juicio y la vigencia de la medida cautelar que pesa en su contra, volviendo a realizar un pago de 440.381, conforme se constata en la instrumental de fs. 12 de autos. Analizando tal documento y que es reconocido su validez de pago de deuda expresamente por la parte demandada, se observa la cantidad pagada de Gs. 440.381, la fecha de pago (11 de abril de 2007) posterior al primer pago de Gs. 131.505, el nombre de la actora, el concepto y el nombre y firma del abogado de la firma. Lo llamativo, comparando los dos instrumentos, la fs. 13 y este de fs. 12, es que en ambos se consigna el nombre de la demandante y la especie del valor pagado. Ya que, en ambos se refieren al juicio ejecutivo promovido por la firma Hutchison Telecom Paraguay S.A. (Hoy AMX Paraguay S.A.) en contra de Deisy Jacqueline Ortiz Prieto (actora en este proceso) y por los mismos rubros siendo mas que evidente, que la demandante ha realizado el primer pago de la deuda reclamada por valor de Gs. 131.505 —expresamente consignando en el juicio ejecutivo— y posteriormente un segundo pago por la cantidad de Gs. 440.381,

referente a la misma demanda ejecutiva, tal y como se menciona en el recibo de dinero (fs. 12). Y en ambos comprobantes de pago la firma acreedora asume la obligación de peticionar en el juicio respectivo el finiquito y el levantamiento de toda medida cautelar dictada en contra de la parte demandada. Ya sea, porque en el instrumento obrante a fs. 13 (Formulario Único de Trámites) expresamente la firma accionada se obliga a gestionar el finiquito del juicio y consecuentemente el levantamiento de la medida cautelar. O, porque en el documento de fs. 12 (recibo de dinero) la empresa demandada consigna expresamente que recibe el pago y la cancelación de la deuda obligándose a sí a solicitar el finiquito de la demandada y el levantamiento de la inhibición de gravar y vender bienes.

Así entonces, hasta aquí se ha hecho un análisis objetivo de la valoración real y verdadera de ambas pruebas que acreditan el pago efectivo y total de la deuda reclamada por la firma demandada, conforme la doctrina de la regla de la sana crítica, sin entrar en consideración subjetivas que puedan presentar a criterios dispares. De ello se puede concluir: 1) El instrumento obrante a fs. 13 (Formulario Única de Trámites) reúne todas las condiciones formales jurídicas para ser considerados prueba del pago de la deuda; 2) que la parte demanda recibió voluntariamente el pago realizado por la actora y obligándose expresamente a solicitar el finiquito del juicio ejecutivo y el levantamiento de la medida cautelar; 3) que la parte accionada incumplió con ese compromiso asumido y dejó proseguir la demanda después de haberse recibido el pago; 4) que ante el incumplimiento de la firma demandada de lo acordado con la actora del documento de fs. 13, la demandante se apersono nuevamente en las oficinas de las empresas un segundo pago por el mismo concepto pero por un monto mayor, acreditado en el instrumento de fs. 12, configurándose así un doble pago de la misma deuda y; 5) que fue recién efectuado ese segundo pago, cuando la firma demandada solicita el finiquito del juicio y levantamiento de la medida decretada.

Además, de la contundencia de la valoración objetiva de las pruebas examinadas, considero corresponde una reflexión subjetiva de la demanda. Al respecto, no debe pasarse por alto que la demandada en este proceso es un sujeto comerciante, quien tiene por hábito, especialidad y profesión la práctica del comercio. Quien supone, por el conocimiento y organización empresarial, lleva un ad ministración de sus negocios en forma eficiente y con más razón en el relacionamiento con sus clientes. Es difícil concebir que una empresa de telefo-

nía celular multinacional como es –hoy denominada– AMX Paraguay S.A., tenga un comportamiento administrativo tan desprolijo con sus clientes, que ante de la deuda impaga mantenida con la empresa, esta iniciada un juicio para el cobro de la deuda y el cliente realizado el pago de lo reclamado, la firma acreedora no le libera al cliente de los gravámenes judiciales que pesan sobre el cliente demandado. Al punto tal, que el mismo cliente vuelve a realizar un doble pago por el mismo concepto, habiendo recibido el primer pago y obligándose al finiquito y levantamiento de la medida cautelar decretada. Es aquí, donde las argumentaciones sostenidas por la parte recurrente, tratando de desvirtuar o eliminar los efectos de los documentos que prueba el pago realizado doblemente, no se compadecen con el análisis objetivo de esas pruebas. Al respecto debe recordarse que la ley N° 1034/83: “Del comerciante” en su art. 101 crea la presunción de la responsabilidad del comerciante en cuanto los asientos de los libros y registros contables, como también, de los comprobantes emitidos por el mismo.

Que, concuerda con la ley N° 1.334/98 “De Defensa del Consumidor y del Usuario” en sus artículos 2°, 6° inc. f), 7°, 27, 28 y 43. Y asimismo, con el art. 713 del Código Civil.

A la luz de la legislaciones enunciadas, el derecho se ha propuesto una posición tuitista con relación al consumidor, reconociéndole a este como sujeto más débil de la relación comercial. Y es lógico suponer así, por cuanto el consumidor o el cliente del comerciante siempre es ocasional, mientras que el sujeto comerciante es conocedor acabado de los actos comerciales y siempre va a estar en ventaja con la relación al consumidor. El simple hecho como en este caso de haber recibido el primer pago la firma demandada y haberse obligado por escrito al finiquito del juicio y el levantamiento de la inhibición que pesaba sobre la persona de la actora. Y de nuevo, por segunda, haber recibido un pago en concepto de la misma deuda, demuestra la antijuridicidad de la firma accionada. Y todo hecho antijurídico en el Derecho Civil conlleva a un resarcimiento indemnizatorio, a no ser que el obligado pruebe en juicio la culpa del damnificado a una circunstancia de fuerza mayor o caso fortuito. Cuestiones que este juicio no se encuentran presentes.

Estableciendo el hecho antijurídico por parte de la firma accionada y el daño causado a la actora por los fundamentos expresados precedentemente, corresponde el análisis de segundo y último cuestionamiento de la parte recu-

rrente que sostiene la inexistencia de nexo causal. El nexo causal o vínculo de la casualidad, es un elemento imprescindible para determinar la responsabilidad civil. Ello es evidente, por cuanto debe existir una relación de causa-efecto entre el hecho u omisión antijurídica y el daño sufrido. Al respecto, hemos analizado acabadamente conforme a la prueba existente en el juicio-la demanda que la firma accionada había promovido en contra de la actora y especialmente con el dictamiento de la inhibición de gravar y vender sus bienes, el acto voluntario y de la buena fe de la demandante al haberse apersonado antes las oficinas de la empresa y haber realizado el pago de la deuda reclamada, comprometiéndose a la firma a solicitar el finiquito del juicio y el levantamiento de la medida cautelar y ante el incumplimiento de tal obligación asumida por la empresa, la misma actora volvió a presentarse en las oficinas de la firma, realizando nuevamente el pago por el mismo concepto de la obligación.

La parte actora, argumenta el daño sufrido tiene su efecto en la operación de compraventa truncada de un inmueble de su propiedad cuyo detalle se encuentra descrito en el compromiso de compraventa obrante a fs. 09/11 de autos, por la suma U\$D. 100.000. Lo cual, no pudo llevarse a cabo por encontrarse inhibida en sus bienes, teniendo incluso que devolver la seña percibida y una multa que totalizan U\$D. 35.000. También señala, que operaciones comerciales de su actividad no pudo prosperar a causa de la demanda y la medida cautelar que pesaba sobre su persona y sus bienes.

Siguiendo siempre una línea objetiva como primer análisis, en cuento se refiere a la transición de compraventa del inmueble se observa en el expediente el contrato privado celebrado entra la damnificada y el señor Arturo José Cornejo cuyo objetivo se refiere a un inmueble propiedad de la actora por el precio de U\$D. 100.000, con una entrega inicial de U\$D. 30.000, conforme la clausula segunda. También, en la clausula tercera se estipula que en caso de concretarse la negociación de la vendedora debería devolver la señal más los interés y los daños ocasionados. La parte recurrente en su escrito de agravio rechaza el valor probatorio de este instrumento contractual, manifestando que la demandante no ha presentado la escritura del título de la propiedad. Cabe aclarar al respecto que en el derecho indemnizatorio el damnificado solo debe acreditar el daño sufrido y su efecto causal. En este caso, no se discute el valor jurídico del extremo presentado (compromiso de compraventa de inmueble), constituyendo el documento adjuntado prueba del daño y su cuantificación respectiva. Que, sin

perjuicio de lo aclarado el mismo acuerdo privado lleva la hoja de seguridad de certificación de la firma de los contratantes. Que, a pesar de su cuestionamiento en la instancia anterior por la parte demandada, este tuvo resolución contraria por A.I. N° 1844 de fecha 31 de octubre de 2008 y confirmada en esta instancia en el A.I. N° 120 de la fecha 10 de marzo de 2010. En consecuencia, se concluye que el daño y su valor sufrido por la truncada operación de compraventa del inmueble deben valorarse estimando la cantidad de Gs. 173.250.000.

En cuanto a las operaciones comerciales de la representación, promoción y venta de la marca extranjera, la accionante afirma que ha causa de la demanda ejecutiva y la medida cautelar de inhibición que pesaba sobre su persona y sus bienes, esta operaciones mercantiles no pudieron perfeccionarse sobre todo por gastos ya realizados para la promoción del producto. Esta alegaciones rechazadas la parte recurrente al sostener que la supuesta representación de la marca no le ha causado daño a la actora, que ella en su declaración confesoria admite que ese encontraba vendiendo los productos representados y concluye diciendo que la supuesta representación de marca debería ser probada con el contrato respectivo y no por la manifestación testifical.

Al respecto de la representación de la marca extranjera en sí, de nuevo debe aclararse que la cuestión en la acción de indemnización en cuento al daño emergente, directo o indirecto, solo requiere que el actor acredite el daño sufrido, cualquiera sea el medio probatorio que le permita la ley, es el único rubro indemnizatorio que requiera su probanza. Pero, el hecho de sostener que la representación de la marca extranjera debe ser acreditada en este juicio con el contrato de representación es improcedente, ya que, no se esta discutiendo el valor jurídico de la relación comercial de representación, como bien podría suceder en una acción de naturaleza contractual, sea cumplimiento, incumplimiento o resolución de contrato. En este proceso se trata de establecer la casusa del daño y su efecto. De mas no está decir, que la parte recurrente y demandada al momento de la declaración testifical del representante de la marca extranjera no ha impugnado ni tachado la declaración de testigo, siendo así extemporáneo su agravio en esta instancia con respecto al testimonio.

Analizando la declaración del señor Alejandro Mauricio Domingo Esteguy Osuna, acta de fs. 135 y vlto., que también en su contenido es cuestionada por el recurrente y realizando una muy particular interpretación de las manifestaciones del testigo, este declara que es representante de la marca extranjera y

que mantenía relación comercial con la actora por al representación, promoción y venta del producto. Es destacable mencionar lo manifestado por el testigo a la tercera pregunta, diciendo que tenía conocimiento que la actora no pudo concretar la venta de un inmueble de su propiedad que le posibilitara contar con un capital operativo para la comercialización del producto. Manifestado además, que las ventas arrojaban un promedio de U\$D. 24.000 anuales considerando que el producto y la marca se encontraban en promoción en el mercado. De ahí que adquiere veracidad lo alegado por la parte demandante debiendo considerarse como parte del daño la pérdida de la representación de la marca extranjera en la cantidad de Gs. 148.500.000.

En cuanto, los gastos efectuados para la promoción del producto y la pérdida sufrida, consta a fs. 20 de autos, el contrato privado de prestación de servicios celebrado entre las actora y el señor Gustavo Aliende, consciente en la provisión de cinco promotoras y la coordinación de la promoción del producto, transporte, fotografías, videos y publicidad, por el precio de Gs. 59.500.000. A este instrumento se refuerza la manifestación testifical de la misma persona contratante a fs. 116 de autos, quien se reafirma en los términos del contrato y detalla las actividades realizadas objeto del contrato. Que, sin mayores consideraciones debe valorarse el daño ocasionado por la suma de Gs 59.500.000 y Gs. 12.375.000 de la pérdida de la inversión realizada para el lanzamiento del producto, que totalizan Gs. 71.875.000.

En cuanto, al rubro daño moral, es evidente que una medida de inhibición de gravar y vender bienes de una persona no solo le afectan en el oren material, sino también moral. De hecho la inhibición de gravar y vender bienes en lo más próximo a una muerte moral. Al respecto debe aclararse que no existe tipo o clase de daño moral, solo existe el daño moral en si. Lo que se discute en la doctrina si corresponde o no estimar el daño moral en cuestiones patrimoniales. Es sabido, que al doctrina del derecho indemnizatorio tiene dos marcadas tendencias al respecto. Para una, no corresponde el daño moral en cuestiones de daño material y para la otra tendencia para cualquier daño sufrido corresponde la indemnización o la afectación moral. No significa con ello que se pretenderá dar un valor espiritual a lo material, lo que sí, se reconoce es que el ogo material conlleva un esfuerzo espiritual, es lógico, por cuanto todos nos preparamos y nos esforzamos en la vida con un faz de superación de progreso y valoramos espiritualmente lo material como producto de nuestro esfuerzo y superación. Conse-

cuentemente, la pérdida de bien material necesariamente tiene repercusión moral, siendo considerable en este caso el mismo monto previsto por el a quo de Gs. 130.000.000.

En lo relacionado a la devolución del doble pago realizado por la actora, este miembro ya ha expuesto su criterio ampliamente en los párrafos anteriores, concluyéndose que efectivamente ha existido un doble pago por un mismo concepto, debiendo cargarse al quantum indemnizatorio la repetición de lo pagado Gs. 440.381.

Por último, en cuanto a los intereses que debería ser imputado al total del monto indemnizatorio debe confirmarse el porcentaje del 22% anual dada la tendencia de la tasa de interés vigente actualmente en el mercado, hacer computado a partir de la notificación de la iniciación de la demanda de fecha 03 de marzo de 2008.

En conclusión, en todo lo expuesto y analizado precedentemente es criterio de este miembro que la sentencia recurrida debe ser confirmada en todas sus partes.

En cuanto a las costas ellas deberán ser impuestas a la parte perdedora de conformidad a lo establecido en el artículo 203 del Cod. Proc. Civil. Es mi voto.

A su turno el Dr. Nery Villalba Fernández, dijo: Este Magistrado se adhiere al voto del miembro que le antecede y desde ya adelanta su decisión de confirmar la sentencia recurrida en todas sus partes. Pero, considera oportuno emitir ciertas consideraciones sobre el caso traído a revisión de este Tribunal.

Por los elementos de prueba que constan en el expediente se concluye la buena fe con que ha actuado la demandante ante el conocimiento que tuvo del juicio ejecutivo en su contra promovido por la firma demandada en estos autos. Pero, lo relevante para este Miembro es el actuar negligente hasta casi malicioso de la empresa de telefonía celular con respecto a su cliente, que en vez de mostrarse accesible llegar a un arreglo por vía administrativa de la deuda existente, una vez que la actora haya abonado la suma demandada, ni siquiera presento el pedido de finiquito del juicio y mucho menos del levantamiento de la medida cautelar que pesaba sobre la actora, violando la regla de hierro que rige toda relación contractual dispuesta en el art. 715 del Código Civil Paraguayo. Esta actitud asumida por la demandada muchas veces le aprisiona al cliente en cláusulas o políticas administrativas desleal a los derechos del consumidor, que requieren reglas claras en el relacionamiento con los comercios de venta de bienes o servicios.

En conclusión, corresponde confirmar en todas sus partes la S.D. N° 277 de fecha 19 de abril de 2011, e imponer las costas a la perdidosa.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los señores Miembros de conformidad, todo por ante mí que certifico, quedando acordado la sentencia que sigue de inmediato.

SENTENCIA N° 24

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acurdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Quinta Sala;

RESUELVE:

1) DESESTIMAR, el recurso de nulidad interpuesto.

2) CONFIRMAR, en todas sus partes la S.D. N° 277 de fecha 19 de abril de 2011, dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo civil y comercial del segundo turno.

3) IMPONER las costas a la perdidosa.

4) ANOTAR, registrar, notificar y enviar copia a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Carlos A. Escobar Espínola, Linneo Ynsfrán Saldívar y Neri Villalba Fernández.

Ante mí: Abg. Federico Miller Tellechea. Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 28

Cuestión debatida: *la cuestión a dilucidar en estos autos tiene que ver con la aplicación del artículo 2592 del Código Civil, el cual presenta una redacción diferente entre la versión inserta en la Gaceta Oficial N° 316 que contiene la ley 1183 "Código Civil" y la versión de la Edición Oficial autorizada por el Poder Ejecutivo por Decreto N° 17.404 del 08 de septiembre de 1986.*

LEY. Aplicación de la ley.

Resulta necesario manifestar una cuestión básica y harto conocida jurídicamente, de que las leyes no pueden ser derogadas en todo o en parte sino por otras leyes y no por un Decreto. En ese contexto, nos inclinamos por afirmar que la redacción vigente del artículo 2592 es la inserta en el Código Civil, Ley N° 1183/85 (Gaceta Oficial N° 316), así como fuera sancionado por el Poder Legis-

lativo y promulgado por el Ejecutivo. Por lo que, el individualizo artículo 2592 de la Ley 1183 del año 1985 de la Gaceta Oficial N° 316, se halla en plena vigencia hasta tanto no se dicte eventualmente la ley que lo modifique.-

LEY. Interpretación de la ley.

No es procedente por esta vía recursiva admitir una interpretación extensiva de dicho artículo, corriendo el riesgo incluso de abrogarnos atribuciones que no nos competen, si admitiéramos incluir a los *primos hermanos* en la línea de sucesión en base al mentado Decreto 17.404 del 8 de septiembre de 1986.

SUCESIÓN. Declaratoria de herederos. Derechos hereditarios. Derecho de representación

Debe aplicarse la normativa, tal cual está redactada y, a ese efecto, se transcribe el Art. 2592 del C.C., que dice: *“No habiendo descendientes, ascendientes ni cónyuge, heredarán los hermanos, y en representación de éstos, sus descendientes hasta el cuarto grado inclusive, de acuerdo con la reglas de la representación”. Sin dudas, este artículo establece las reglas para la sucesión de las personas “por el derecho de representación”, pues está indicando quién será heredero en caso de la inexistencia de ascendientes, descendiente, cónyuge ni hermanos.*

SUCESIÓN. Derecho de representación.

Nuestro Código Civil otorga a los hijos del hermano premuerto el derecho de heredar en su nombre, es decir, éstos poseen vocación hereditaria.

SUCESIÓN. Vocación hereditaria.

Es sabido que a los efectos de determinar la existencia o no de “vocación hereditaria”, el vínculo de parentesco del cual debemos partir es el “tronco común”. De esta forma, en línea descendentes están los hijos y en línea ascendentes los abuelos, etc.

SUCESIÓN. Vocación hereditaria.

En nuestra legislación tal como está redactado el Código Civil, el hecho de ser prima hermana del causante por un parentesco oblicuo, carece de vocación hereditaria pues según señaláramos nuestra normativa establece claramente que a falta de ascendientes y descendientes los únicos que tienen vocación hereditaria son los hermanos del causante y a falta de éstos los sobrinos, sobrinos nietos y sobrinos bisnietos, por el derecho de representación quienes podrán heredar por el derecho de representación. Sin dudas esta norma excluye a los primos hermanos de la vocación hereditaria, tal cual como se encuentra redactada.

MAGISTRADOS. Deber de imparcialidad.

La sanción de los órganos pertinentes a los juzgadores, solamente se podrá concretar cuando el Magistrado demuestre ignorancia supina de la ley o que su accionar denote parcialismo manifiesto o desconocimiento de criterios jurisprudenciales y doctrinarios para denegar el dictado de una sentencia basada en la justicia y en el derecho.

LEY. Aplicación de la ley.

Cuando el texto es claro y contundente, pero cuando afecta el orden público y las buenas costumbres y contradice el criterio doctrinario en forma unánime, estamos por que el Juzgador tiene facultades para interpretar la norma en debida forma, sin que ello implique desconocimiento de la ley. En el presente caso, el Art. 2.592 del CC no puede ser tildado “de claro y contundente” pues evidentemente cercena derechos consagrados a los parientes consanguíneos, pero al no efectuarse ninguna consulta con la Corte Suprema de Justicia, referente al tema propuesto, nos inclinamos por aplicar el texto literal de la ley y, aún, cuando esta Magistratura no comparte este criterio, no nos queda otra alternativa y aceptamos que los primos hermanos carecen de “vocación hereditaria”.

LEY. Aplicación de la ley.

EL DECRETO N° 17.404 DEL 08 DE SETIEMBRE DE 1986, ES UNA NORMA INFERIOR Y NO PUEDE DEROGAR A UNA NORMA SUPERIOR COMO LA LEY 1183/85.: Dicho Decreto, aunque este encubierta como Edición Oficial, no puede prevalecer la versión publicada en la Gaceta Oficial porque esta es la Ley sancionada y promulgada y publicada sobre la Ley que aprueba el Código Civil.

LEY. Aplicación de la ley. SUCESIÓN. Vocación hereditaria

El Decreto del Poder Ejecutivo, por más que esté arropada de Edición Oficial, que establece una sucesión de los colaterales en forma distinta a la establecida en la Ley, pierde eficacia y es inexistente por imperio de la Constitución Nacional, en el punto modificado. Entendido así las cosas, la norma vigente es la que se establece en el Art. 1592 C.C. y que reza que “no habiendo descendientes, ascendientes, ni cónyuge, heredaran los hermanos, y en representación de éstos, sus descendientes, hasta el cuarto grado inclusive, de acuerdo con las reglas de la representación”.

MAGISTRADO. Facultades del magistrado. SUCESIÓN. Derecho de representación.

El juez no puede suplir a las partes concurrentes y otorgarle derecho de representación que no se pidió. Si la declaratoria de herederos se pidió por derecho propio, el juez de oficio, no puede otorgarlo por derecho de representación, más aun que no consta cuando falleció el mencionado padre de la recurrente. Por último en autos cabe señalar que el tío no hereda y menos la hija del tío que es el caso.

**T. de Apel. Civ. y Com. Quinta Sala. 27/02/12. “H. J. N. s. Sucesión”
(Ac. y Sent. N° 28).**

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

CUESTIONES:

¿ES NULA LA SENTENCIA APELADA?

EN SU CASO, ¿SE DICTÓ CONFORME A DERECHO?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: CARLOS A. ESCOBAR ESPÍNOLA, LINNEO YNSFRÁN SALDÍVAR Y CARMELO AUGUSTO CASTIGLIONI.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL MAGISTRADO CARLOS ESCOBAR ESPÍNOLA, DIJO: El recurrente interpuso este recurso. Sin embargo, el mismo no fue expresamente fundamentado en esta instancia en forma discriminada al recurso de apelación. No obstante ello, este Tribunal, conforme a las facultades otorgadas por la Ley, analizó el fallo de oficio y al no haber encontrado vicios u omisiones que ameriten la declaración de nulidad, ha considerado que corresponde declarar desierto el recurso de nulidad interpuesto. ES MI VOTO.

ASUS TURNOS, LOS MAGISTRADOS LINNEO YNSFRÁN SALDÍVAR Y CARMELO AUGUSTO CASTIGLIONI, DIJERON: Que, se adhieren a la opinión del preopinante por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL DR. CARLOS ESCOBAR ESPÍNOLA, DIJO: La parte apelante a fs. 182/205, expone sus agravios diciendo esencialmente que: “...a) *Actuaciones procesales relevantes en primera instancia. En el presente caso, el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Tercer Turno ha dictado la S.D. N° 447 de fecha 27 de junio de 2007 por la que resolvió: (a) declarar vacante la sucesión del señor H. J. N. en la República*

del Paraguay y, en consecuencia, (b) nombrar curador a la Procuraduría General de la República (fs. 43 de autos). Con posterioridad, me presenté en representación de la señora M. H., con apellido natal Witt, a solicitar declaratoria de herederos a su favor, con documentación pertinente –y no objetada por ninguna de las partes interesadas- ser prima hermana del causante (fs. 88/139). El Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Sexto Turno (que tomó conocimiento del caso a raíz de dos recusaciones), por providencia de fecha 3 de febrero de 2010, ordenó que se corra traslado del pedido de declaración de herederos presentado por M. H. a la Procuraduría General de la República, al señor F. L. E., y vista al Ministerio Público. b) El abogado Hernán Casco Doria, en representación del señor F. L. L. E., manifestó que no ofrece reparos al pedido de declaración de herederos, siempre y cuando sea debidamente comprobado el vínculo familiar alegado por la solicitante (fs. 161/162). La Procuraduría General de la República se opuso al pedido de ser declarada heredera, manifestando que la señora M. H., prima hermana del causante, no tiene vocación hereditaria en la presente sucesión por no tener derecho de representación, de conformidad con lo que dispone el art. 2580 del Código Civil (C.c.) (fs. 165/166). El Ministerio Público, representado por la Agente Fiscal en lo Civil y Comercial del Quinto Turno y Sexto Turnos, interina en dicha ocasión del Tercer y Cuarto Turnos, presentó el Dictamen N° 1117 de fecha 22 de abril de 2010. La Agente Fiscal en el dictamen señala que existe dos redacciones del art. 2592 del C.c. que tratan de la vocación hereditaria de los parientes colaterales: una de ellas, publicada en la Gaceta Oficial N° 316 del 23 de diciembre de 1985, Ley 1183, que no incluye a los colaterales del tercer y cuarto grados, pues sólo otorga la vocación hereditaria a los hermanos del causante y los descendientes de éstos en su representación; otra, publicada en la Gaceta Oficial del año 1987 que sí incluye a los colaterales hasta el cuarto grado, es decir, a tíos y primos hermanos. La Agente Fiscal, a pesar de calificar como injusto no otorgar a los colaterales de este grado derechos hereditarios, sostiene que el texto válido es que no incluye a los colaterales del tercer y cuarto grados, aduciendo que un derecho no puede modificar lo establecido en una disposición legal. c) Fundamentos de la S.D. N° 352 del 28 de mayo de 2010. Luego de haberse dado estricto cumplimiento al traslado ordenado en la providencia de fecha 3 de febrero de 2010 y de haber presentado todas las partes sus escritos y dictamen correspondientes, el a quo dictó la S.D. N° 352 de fecha 28 de mayo de 2010 por la cual resolvió rechazar la petición de la señora M. H., con

apellido natal Witt, de ser declarada heredera del señor .H. J. N.... d) Temas a ser desarrollados en este escrito. En cuanto a las cuestiones de hecho del presente caso no existe controversia. Todas las partes interesadas –Procuraduría General de la República, F. L. y el Ministerio Público– están de acuerdo en que la señora M.H. es prima hermana del causante. La prueba documental presentada no fue objetada por ninguna de las partes y, en consecuencia, es tenida como válida y reconocida en la Sentencia objeto de este recurso. En el presente recurso las discusiones se centran netamente en cuestiones de Derecho: la quaestio iuris. Cabe destacar que la Sentencia que por medio del recurso de apelación pretendo revocar, si bien en lo relativo a las razones propiamente dichas no es extensa, trata de manera tajante y categórica, temas que tiene que ver con cuestiones de hermenéutica y metodología jurídica que, por sus expresiones lingüísticas, deja traslucir una concepción ideológica acerca de lo que es (y de lo que no es) Derecho. No se pretende contradecir un dogma jurídico tan fuertemente arraigado –y positivamente aceptado– en nuestra tradición jurídica heredada del Derecho continental europeo, como es el orden de prelación de leyes que, por lo demás, está, consagrado en el art. 137 de la Constitución de la República del Paraguay. No se sostendrá en este escrito que un decreto está por encima de una ley”.

Igualmente afirma el apelante que: “...No cabe duda que nuestro caso toca temas medulares de la ciencia jurídica que inclusive tienen que ver con el concepto mismo del Derecho, pues como se manifestó en la introducción de este escrito, en las premisas y conclusiones expuestas en la Sentencia objeto de recurso, el aquo deja traslucir una concepción ideológica acerca de lo que es (y de lo que no es) Derecho. Tiene que ver con el concepto de Derecho, puesto que los criterios interpretativos de las normas jurídicas están íntimamente vinculadas a él. Es evidente que el a quo parte del positivismo ideológico, pues entiende que el Derecho está compuesto exclusivamente por preceptos legislativos y deja de lado cualquier desarrollo o perfeccionamiento del Derecho a partir de la actividad jurisdiccional en los casos concretos, pues sostiene con argumento típicos de formalista decimonónico que: debemos ceñirnos simétricamente al texto; que la justicia, equidad, razonabilidad u otra cualidad intangible de la ley no pueden ser aquí-latadas (o ponderadas) por el juez, pues éste está constreñido a fallar exclusivamente según el texto claro, expreso y positivo de la ley...”. Seguidamente el apelante argumenta su expresión de agravios haciendo alusión a cuatro sistemas interpretativos de la ley, a saber, el sistema de: a) El sentido literal y aislado de

la norma, b) el de la Intención (o voluntad) del legislador histórico, c) el de la Interpretación sistemática, y d) el del Criterio teleológico –objetivo de interpretación–.

En tiempo hábil la Procuraduría General del Estado, ha contestado el traslado que le fuera corrido, y ha expuestos sus argumentos a fs. 215/224 de autos, manifestando esencialmente que: “...*Esta Representación Constitucional, como curadora de la Sucesión de .H. J. N. refuta los supuestos agravios sufridos por la apelante en todos y cada uno de los puntos fundamentados por la misma manifestados en su escrito de “EXPRESAR AGRAVIOS” presentado ante el Excmo. Tribunal de Apelación, solicitando además Vuestras Excelencias la confirmación de la S.D.N°352 de fecha 228 de mayo de 2010, peticionando repito- la ratificación del fallo apelado en todas sus partes por encontrarse plenamente ajustado a derecho conforme a las consideraciones de hecho y de derecho que paso a exponer: ACTUACIONES PROCESALES RELEVANTES EN PRIMERA INSTANCIA: En fecha 27 de junio de 2007, el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del 3° Turno, Dr. Abogado Miguel Ángel Rodas Ruiz Díaz, por Sentencia Definitiva N°447, RESUELVE: I.- DECLARAR VACANTE la sucesión del señor H. J. N. en la República del Paraguay, y en consecuencia; II.- NOMBRAR curador de la presente sucesión al Procurador General De la República III.- NOTIFICAR por cedula al Procurador General de la República IV.- ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia. Posteriormente, en fecha 10 de junio de 2009, por Providencia emanada del Juzgado Civil y Comercial del 6° Turno se ordena la transferencia del dinero depositado en la cuenta judicial N°539596-8 del Banco CLARIDEN LEU AG a nombre de Señor H. J. N., a la cuenta abierta en el Banco Nacional de Fomento a la orden del Juzgado y a nombre del presente juicio sucesorio Cuenta Judicial N°207984/7. Ordenándose se libre el exhorto respectivo. Ya en fecha 11 de junio de 2009, se libra el correspondiente oficio, por el Juez Dr. Abog. Hugo Morán, dirigido al Señor Juez de la Circunscripción Judicial de la Ciudad de Zurich, Suiza”.*

Expresa también el Procurador General de la República que: “...*Por resolución del 8 de diciembre de 2009, la Jueza Unipersonal de Zurich, Suiza, dispuso que el Banco CLARIDEN LEU AG, quede instruido “con efecto inmediato” en aplicación de un modo de medida cautelar; denominado “medida de seguridad provisional, de mantener el bloqueo temporario de los valores patrimoniales*

del Señor H. J. N.”, todo esto fue solicitado por la Señora M.H. con apellido natal Witt, presumiéndose si ella la calidad de heredera del Señor N.. Recién en fecha 18 de enero de 2010(a mas de dos años de declararse vacante la presente sucesión), se presenta ante el juzgado de turno, el Abogado José Ignacio Santiviago, en nombre y representación de la Señora M. H. con apellido natal Witt a solicitar la declaración de heredera de su representada, confesando expresamente la calidad de prima hermana del causante, VV.EE podrán corroborar estas manifestaciones conforme a las pruebas obrantes en autos. En fecha 3 de marzo de 2010, por A.I. N° 224, el A quo rechaza el Recurso de Reposición interpuesto por el abogado representante convencional de la parte recurrente, contra providencia de fecha 3 de febrero del corriente año, y consecuentemente se ordena que se corra traslado a todas las partes intervinientes en la presente sucesión. Y por otro Auto Interlocutorio también de fecha 3 de marzo de 2010 resuelve el recurso de reposición y apelación en subsidio contra la Providencia del 10 de junio 2009, opuesta por el Abog. José Ignacio Santiviago, donde se rechaza la solicitud de revocación de la orden de transferencia de los fondos, sosteniendo, el a quo, que de darse lugar; “todas las resoluciones judiciales padecerían de inaceptable inseguridad que se materializaría de permitirse que algún tercero- invocando supuestos derechos- aparezca meses después y obtenga la revocación de tal o cual providencia o interlocutorio.” EN CONTESTACIÓN A LA POSTURA DE LA PARTE APELANTE ANTE EL PEDIDO DE M. H. DE SER DECLARADA HEREDERA: Tal y como hemos manifestado en Primera Instancia, venimos a ratificarnos in totum de la postura asumida por esta Procuraduría General de la República ante el A-quo. Si bien es cierto que, según constancia de autos, de la Sentencia Definitiva N°352 del 28 de mayo de 2010, e incluso del Dictamen N° 1117 de fecha 22 de abril del año en curso, emanado del Ministerio Publico (órgano protector de los intereses de la sociedad) no se han opuesto reparos en la admisión del vínculo existente entre el de cujus y la señora M. H., quienes fueras primos hermanos, circunstancia que ha quedado más que claro con la confesión expresa hecha por la apelante, sumado a esto, las demás pruebas arrimadas al proceso...”.

Sostiene igualmente el Procurador General de la República que: “... Coincidiremos con VV.EE. que en el párrafo citado existe una interpretación subjetiva del apelante en cuanto a los intereses que pudiera tener ésta Procuraduría General de la República en el presente juicio, y como tal no cabe duda ha lugar dicha

acusaciones legales llevadas a cabo en el proceso por ésta Representación Constitucional, correspondientes y enmarcadas nada menos que en la Constitución Nacional, ya que en virtud a la funciones y atribuciones conferidas por nuestra Carta Magna a ésta Institución, hemos obrado sin intención de lucrar ni mucho menos sacar ventajas de nadie, en un afán absolutamente personal la parte apelante intenta desmeritar “una causa” en particular, ya que en el caso de autos lo que se busca es responder a intereses superiores del Estado Paraguayo, donde más allá de las cuantías y de los tipos de controversias que se suscitan, lo único que se anhela y defiende es el fiel cumplimiento y desarrollo del Estado Social de Derecho”. Concluye diciendo el representante de la Procuraduría General de Estado que: “Estamos con VV.EE. frente a la apelación de una sentencia que no puede ser revocada pues no causa agravios a la parte recurrente ya que llanamente no existe vocación hereditaria, puesto que el a quo ha fallado conforme a las Ley y no a interpretaciones marginales de la misma que tiene un orden de prelación jerárquico inferior. La cualificada interpretación sostenida por la Sentencia, es por cierto la misma que ha mantenido la Procuraduría General de la República, firme defensor de los intereses de la Sociedad, considerando la correcta aplicación del Art. 2592 del Código Civil Paraguayo, donde como requisito para declarar herederos a los colaterales en sucesiones intestadas es preciso seguir las reglas de la Representación. Estas reglas de la Representación no incluyen a los primos hermanos, sino únicamente a los hermanos e hijo de los hermanos del causante en sucesiones intestadas. La calidad de prima hermana no se encuentra dentro del orden de las sucesiones intestadas previstas en el Capítulo III de Título V De las Sucesiones, en ese sentido, la misma, no puede en ningún caso ser declarada como heredera y con derecho a los bienes relictos del causante. Es vano, por tanto, el afán de revocar la Sentencia Definitiva N° 352 de 28 de mayo de 2010, el cual rechaza a la Señora M. H. como heredera del Señor H. J. N. conforme a derecho, y haciendo justicia.

A fs. 170/171 de autos, obra el pertinente Dictamen de la Agente Fiscal interviniente, donde expone sus fundamentos, y opina que no corresponde hacer lugar a la declaración solicitada, y entre otras afirmaciones ha expresado que: “... la solicitante no es pariente que se halle dentro de la línea colateral de los hermanos y descendientes del causante llamados a heredar en virtud del artículo 2592 del Código Civil. Si bien, ante esta situación resulta injusto no otorgar a los colaterales de este grado derechos hereditarios, no podemos desconocer

normas de orden público, sumado a ello lo expresado imperativamente en el artículo 15 inciso c) del C.P.C.”.

El A-Quo por S.D. N° 352 del 28 de mayo de 2010, ha RESUELTO: “RECHAZAR la petición de la señora M. H., con apellido n.W., de ser heredera del señor H. J. N.” (sic.). Argumenta el inferior en su sentencia que la cuestión suscitada se dilucida mediante la aplicación lisa y llana del texto del Código Civil, tal como fue aprobado por el Poder Legislativo y promulgado por el Ejecutivo, haciendo alusión específica a la Gaceta Oficial N° 316 – Ley 1183/85 “Código Civil”.

Resalta también en la sentencia definitiva en referencia que la redacción que prevalece es la que revela la Gaceta Oficial. Igualmente afirma el A-Quo que la peticionante de la declaración de heredera, M. H., carece de vocación hereditaria, y que la misma, por su confesa condición de prima hermana del causante, queda al margen de la órbita de parientes con vocación hereditaria puesto que ni es hermana del fallecido, ni es descendiente de algún hermano/a del señor H. J.N..

Que, la cuestión a dilucidar en estos autos tiene que ver con la aplicación del artículo 2592 del Código Civil, el cual presenta una redacción diferente entre la versión inserta en la Gaceta Oficial N° 316 que contiene la ley 1183 “Código Civil” y la versión de la Edición Oficial autorizada por el Poder Ejecutivo por Decreto N° 17.404 del 08 de septiembre de 1986.

Así tenemos que la redacción del año 1985, publicada en la Gaceta Oficial N° 316, Ley N° 1183, establece que: “*No habiendo descendientes, ascendientes, ni cónyuges, heredan los hermanos y en representación de éstos sus descendientes, hasta el cuarto grado inclusive, de acuerdo a las reglas de la representación*”. Por su parte la redacción de la Edición Oficial del año 1987 dice textualmente que: “*No habiendo descendientes, ascendientes, ni cónyuge, heredaran los colaterales hasta el cuarto grado inclusive*”.

Es más que evidente la diferencia entra ambas redacciones, puesto que las mismas no constituyen simplemente una cuestión de mera sintaxis que no afecte sustancialmente los alcances y efectos jurídicos en uno y en otro supuesto. Muy por el contrario, como puede apreciarse la versión transcrita de la Edición Oficial ha cambiado esencialmente el fondo del artículo en estudio. En la Gaceta Oficial a falta de ascendientes, descendientes y cónyuge heredan hasta los hermanos y sólo por derecho de representación ingresan a suceder los descendien-

tes de éstos hasta el cuarto grado de consanguinidad. Precisando, tenemos que heredan *hasta los nietos de los hermanos*. Mientras que la versión de la Edición Oficial ha ampliado la vocación hereditaria de los colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad, lo que equivale a decir, conforme a ésta última redacción aludida, que heredarían *incluso* los “primos hermanos”.

Como ya lo hiciera notar la representante del Ministerio Público a fs. 227, de autos, el problema entre ambas redacciones se dio con la aparición del Decreto N° 17.404 del 08 de septiembre de 1986 que autorizó la Edición Oficial y que en su parte pertinente dice: “*Que se ha cumplido con la exigencia Constitucional del Art. 166 de su publicación e inserción en el Registro Oficial, bajo el N° 316 (bis)...Que existiendo errores de copia, de sintaxis o simplemente materiales que no afectan el fondo de la cuestión, la corrección de los mismos se hará con esta edición oficial...*”. Como ya expusiéramos recientemente, la diferencia entre ambas redacciones es sustancial, y contrariamente a lo dispuesto en el mencionado Decreto N° 17.404 del 08/09/1986, dicha redacción si ha tocado y modificado la cuestión de fondo en relación a la redacción de la Gaceta Oficial, art. 2592 - Ley N° 1183 - “Código Civil”.-

Resulta necesario manifestar una cuestión básica y harto conocida jurídicamente, de que las leyes no pueden ser derogadas en todo o en parte sino por otras leyes y no por un Decreto. En ese contexto, nos inclinamos por afirmar que la redacción vigente del artículo 2592 es la inserta en el Código Civil, Ley N° 1183/85 (Gaceta Oficial N° 316), así como fuera sancionado por el Poder Legislativo y promulgado por el Ejecutivo. Por lo que, el individualizo artículo 2592 de la Ley 1.183 del año 1985 de la Gaceta Oficial N° 316, repetimos, se halla en plena vigencia hasta tanto no se dicte eventualmente la ley que lo modifique.-

Igualmente, nos parece de transcendencia rescatar los fundamentos y las apreciaciones de la parte apelante, en su extensa expresión de agravios, en donde entre otras cuestiones intenta escudriñar la voluntad del legislador realizando una interpretación extensiva del referido artículo 2592. Sin embargo, comprendemos que los argumentos serían de gran utilidad, más bien, como fundamentos para la eventual modificación de la ley por el órgano competente encargado para ello (Poder Legislativo). Por lo que, no es procedente por esta vía recursiva admitir una interpretación extensiva de dicho artículo, corriendo el riesgo incluso de abrogarnos atribuciones que no nos competen, si permitiéramos incluir a los *primos hermanos* en la línea de sucesión en base al mentado Decreto 17.404 del 8 de septiembre de 1986.

En atención a todo lo expresado corresponder confirmar la S.D. N° 352 de 28 de Mayo de 2010, dictado por el Juzgado en lo Civil y Comercial del 6to. Turno de la Capital. Con costas a la parte perdidosa. ES MI VOTO.

ASU TURNO, EL MAGISTRADO LINNEO YNSFRÁN SALDÍVAR, DIJO: La Sentencia Definitiva apelada, lleva el número 352, de fecha 28 de mayo de 2010, dispuso en la parte resolutive “*RECHAZAR LA PETICIÓN DE LA SEÑORA M. H., CON APELLIDO N. W., DE SER DECLARADA HEREDERA DEL SEÑOR H. J. N., por las razones que se leen en el Considerando de la misma a fs. 173 vlt.*”

Dado que el preopinante ha transcripto, en su voto, los detalles referente a la expresión de agravios del apelante, y las contestaciones de la Procuraduría General del Estado, de la Agente Fiscal, respectivamente, y lo resuelto por el inferior, obviaremos transcribir o referirnos a esto para evitar repeticiones innecesariamente.

Del estudio realizado a la resolución apelada, concluimos que debe ser confirmada la misma, atendiendo las disposiciones vigentes en el Código Civil del Paraguay, a la jurisprudencia y a la doctrina. La resolución niega vocación hereditaria a lapeticionante, y el A-quo, en primer término, cuestiona la forma como fue subsanado un “supuesto” error de la versión oficial del Código Civil, específicamente, el Art. 2592. El inferior referente a este tema, dice: “*QUE, la cuestión suscitada se dilucida mediante la aplicación lisa y llana del texto del Código Civil (C.C.), tal como fue aprobado por el Poder Legislativo y promulgado por el Ejecutivo. Dicho texto es el que figura en la Gaceta Oficial N° 316 que contiene la Ley 1183/85 - “Código Civil”. Es casi una perogrullada decir que la ley no puede ser alterada por una normajurídica de inferior jerarquía, como el Decreto N° 17.404 del 08 de setiembre de 1986, promulgado por el Poder Ejecutivo, que autorizó la Edición Oficial.*”

En el supuesto de que se deslizaran errores materiales en la versión de la Gaceta Oficial, la ortodoxia legislativa imponía la sanción, promulgación y publicación de una ley aclaratoria. Así se pronunció, en su momento, Miguel Angel Bestard citado por Eladio Wilfrido Martínez en su clásica obra “Derecho Sucesorio en la Legislación Paraguaya” (Ed. La Ley. 6ª Reimpresión, pág. 370).

El cuestionamiento realizado por el inferior, sobre el procedimiento adoptado para la corrección del texto originario, a nuestro entender no puede ser analizado ni cuestionado por el órgano jurisdiccional (jueces y Tribunales), dado

que el juzgador debe aplicar la ley, tal cual como está redactado. Eventualmente, podría formularse una “consulta a la Corte Suprema de Justicia”, sobre cuál de los textos es el que se encuentra vigente y cuál de ellos debe aplicarse. De todas maneras esta Magistratura no comparte la tesis sobre que este Tribunal de Alzada debe dilucidar, como lo hizo el inferior, si se aplica o no la nueva redacción o la originaria. Por el contrario, para nosotros debe aplicarse la normativa, como dijera más arriba, tal cual está redactada y, a ese efecto, se transcribe el Art. 2592 del C.C., que dice: *“No habiendo descendientes, ascendientes ni cónyuge, heredarán los hermanos, y en representación de éstos, sus descendientes hasta el cuarto grado inclusive, de acuerdo con la reglas de la representación”. Sin dudas, este artículo establece las reglas para la sucesión de las personas “por el derecho de representación”, pues está indicando quién será heredero en caso de la inexistencia de ascendientes, descendiente, cónyuge ni hermanos.*

En el derecho sucesorio, tradicionalmente, tenemos las llamadas sucesión por “derecho propio” y por “derecho de representación”. En el primer caso, se sucede por derecho propio “cuando los herederos descienden del mismo tronco”; El doctrinario EDUARDO ZANNONI, en su obra “MANUAL DE DERECHO DE LAS SUCESIONES”, ed. 1980, pág. 369, nos enseña: *“...Este denominado derecho de representación ha sido involucrado por la doctrina italiana como un supuesto de lo que se ha dado en llamar “VOCACIÓN INDIRECTA”. La vocación indirecta, recuerda Lacruz, comprende diversos casos en los cuales “un sujeto que habría venido a suceder, “no sucede efectivamente” porque no puede o no quiere, y otro, por la voluntad de la ley o del testador –caso de las sustituciones– “hereda en lugar suyo...”*. Nuestro Código Civil otorga a los hijos del hermano premuerto el derecho de heredar en su nombre, es decir, éstos poseen vocación hereditaria.

Es sabido que a los efectos de determinar la existencia o no de “vocación hereditaria”, el vínculo de parentesco del cual debemos partir es el “tronco común”. De esta forma, en línea descendentes están los hijos y en línea ascendentes los abuelos, etc. Graficando pondremos como ejemplo con denominación alfabéticas, y así si el Señor “A” tiene tres hijos a quienes denominaremos “B”; “C” y “D” y “D” fallece y éste tiene dos hijos “E” y “F”, heredan “E” y “F” (los hijos de “D”), por el derecho de representación. Esta es la forma como se ocupa el lugar del causante, en caso de haber fallecido el heredero y es denominado derecho de

representación. El “Diccionario Jurídico” de Manuel Ossorio, ed. 2007, indica quienes son pariente colaterales, así tenemos: *“PARENTESCO COLATERAL: Llamado igualmente “transversal” u “oblicuo”, une a las personas que posee un tronco común, pero no descienden unas de otras. Puede ser de grado igual en la distancia, como entre hermanos, primos hermanos, primos segundos y demás, o “desigual”, como entre tíos y sobrinos, en muy diversas combinaciones, según sea la cercanía de unos y la lejanía de otros con respecto al ascendiente común. Se opone al “parentesco directo”.*- De acuerdo a lo transcripto, y analizando la redacción originaria del Código Civil paraguayo, aplicado a este caso específico, está probado que la reclamante es “primahermana” del causante, pero no es descendiente del hermano/a del señor H.J.N. En estecaso, obviamente, al difunto no le puede heredar su padre por haber fallecido, no le puede heredar su abuelo por estar fallecido, solo queda la posibilidad, atendiendo la letra del Código Civil, que le herede a éste “su hermano/a”, y la reclamante no está incurso en este supuesto por la circunstancia apuntada más arriba.

El libro mencionado de Zannoni, en la pág. 377, nos relata cómo fue evolucionando el derecho de representación y como es tratado el tema en la actualidad, y nos enseña lo siguiente: *“LÍMITE A LA REPRESENTACIÓN EN LA LÍNEA COLATERAL. Trataremos de ir delineando los contornos del problema a través de su evolución. a) En el derecho romano justiniano, la Novela 118 admitía que, en la línea de los cognados, un solo grado fuese transferido en la sucesión legítima. Es decir que a ella podrían, además de los hermanos o hermanas consanguíneas o uterinas, el hijo o hija de ellos, sobrinos del difunto, cuando algún hermano o hermana hubiese premuerto...”; b) En el derecho español, las Partidas siguieron fielmente los principios romanos, si bien limitando el derecho hereditario de los colaterales hasta el décimo grado. Mas, en cuanto a la representación, la ley V, tít. XIII, Part. VI, decía que a falta de descendencia o ascendientes heredaban los hermanos o hermanas de padre o madre o los sobrinos, hijos de tales hermanos o hermanas que hubiesen muerto antes de la apertura de la sucesión...”. En la pág. 378, nos expone lo siguiente: “...Ante estos extremos, el Código Civil francés estableció el derecho de representación ilimitado en la línea descendente y sólo a favor de los hijos y descendientes de hermanos en la línea colateral...”. En lo referente a la legislación argentina, este autor dice: “...Según este criterio, la representación en la línea colateral existe a favor de los hijos y descendientes de hermanos hasta el cuarto grado, y esta limitación viene im-*

puesta por cuanto más allá no existe habilidad o vocación sucesoria entre los parientes y, según el Art. 3.551, el representante debe ser hábil para suceder a aquel de cuya sucesión se trata. El Art. 3.560 estaría limitado, pues, en cuanto alude a los hijos y descendientes, por el Art. 3551 que, en concordancia con el Art. 3585 impide el llamamiento “iusrepraesentationis” más allá del cuarto grado, equivale a decir hasta los sobrinos nietos. Tal ha sido, desde principios de siglo la jurisprudencia prácticamente unánime”. Vemos entonces, que con la redacción del artículo del Código Civil, mencionado, éste criterio no fue mantenido por los legisladores de nuestro país.

En el segundo párrafo del fallo dictado, el inferior llega a la siguiente conclusión y dice: “...*QUE, la conclusión que precede, enteramente acompañada por el sentenciante, se deriva del Art. 2.592 del Código Civil paraguayo: “No habiendo descendientes, ascendientes ni cónyuge heredarán los hermanos, y en representación de éstos, sus descendientes hasta el cuarto grado inclusive...”. M. H., por su confesa condición de prima hermana del causante, queda al margen de la órbita de parientes con vocación hereditaria, puesto que ni es hermana del fallecido, ni es descendiente de algún hermano/a del señor H. J. N...”. Esta conclusión, a la que arriba el juez, surge de la interpretación literal del texto, que puede ser injusta, y aunque contradiga lo que viene sosteniendo la doctrina y la jurisprudencia la reclamante que es “prima hermana” del causante de esta sucesión, es decir, al no ser hermana del causante, ni hija o nieta de ésta, “no tiene vocación hereditaria”, independientemente de si se produjo o no la corrección de nuestro Código Civil.*

No obstante lo señalado, es conveniente recurrir a las enseñanzas que el Profesor JOSÉ ANTONIO MORENO RUFFINELLI, en su obra “Tratado de Derecho de Familia”, referente a cómo se establece el parentesco por grados en línea ascendente y descendente y nos dice que tenemos que partir del “tronco común”, y siendo éste en línea ascendente será el padre, el abuelo, siendo éste el tronco común; y en línea descendente estará el hijo/a, nieto/a etc. El hermano es pariente en línea colateral y por ende no entra en línea ascendente y descendente. En nuestra legislación tal como está redactado el Código Civil, el hecho de ser prima hermana del causante por un parentesco oblicuo, carece de vocación hereditaria pues según señaláramos nuestra normativa establece claramente que a falta de ascendientes y descendientes los únicos que tienen vocación hereditaria son los hermanos del causante y a falta de éstos los sobrinos,

sobrinos nietos y sobrinos bisnietos, por el derecho de representación quienes podrán heredar por el derecho de representación. Sin dudas esta norma excluye a los primos hermanos de la vocación hereditaria, tal cual como se encuentra redactada.

Finalmente, el inferior en el último párrafo formula reflexiones sobre la justicia y la equidad y en una parte de ella expresa: “...*La competencia del magistrado se desarrolla dentro de un ámbito limitado; está constreñido a fallar exclusivamente según el texto claro, expreso y positivo de la ley. Se trata de un deber axiomático, cuya inobservancia –amén de causar la nulidad de la resolución dictada–, le hará digno de sanción por los órganos pertinentes y responder civilmente.* Más adelante, finaliza el párrafo diciendo lo siguiente: “...*Para el magistrado, sin embargo, la doctrina es tóxica al inficionar de nulidad la sentencia cuando tiene ante sí un texto legal harto diáfano y contundente, que contradice el criterio de algunos cultores del Derecho...*”. En lo referente, al primer párrafo, comparto lo expresado por el inferior, y a ello agrego que la sanción de los órganos pertinentes a los juzgadores, solamente se podrá concretar cuando el Magistrado demuestre ignorancia supina de la ley o que su accionar denote parcialismo manifiesto o desconocimiento de criterios jurisprudenciales y doctrinarios para denegar el dictado de una sentencia basada en la justicia y en el derecho. Referente a lo segundo, cuando el texto es claro y contundente, pero cuando afecta el orden público y las buenas costumbres y contradice el criterio doctrinario en forma unánime, estamos por que el Juzgador tiene facultades para interpretar la norma en debida forma, sin que ello implique desconocimiento de la ley. En el presente caso, el Art. 2.592 del C.C. no puede ser tildado “de claro y contundente” pues evidentemente cercena derechos consagrados a los parientes consanguíneos, pero al no efectuarse ninguna consulta con la Corte Suprema de Justicia, referente al tema propuesto, nos inclinamos por aplicar el texto literal de la ley y, aún, cuando esta Magistratura no comparte este criterio, no nos queda otra alternativa y aceptamos que los primos hermanos carecen de “vocación hereditaria”.

Por las razones explicitadas líneas arriba, corresponde la confirmatoria de la S.D. N° 352 de fecha 28 de mayo de 2010. ES MI VOTO.

A SU TURNO, EL MAGISTRADO CARMELO AUGUSTO CASTIGLIONI, DIJO: Este recurso interpuesto contra la S.D. N° 1042 de fecha 15 de diciembre de 2010 y el Dr. Carlos Escobar Espínola voto por la confirmatoria y adhiero al mismo.

Adhiero al voto del Dr. Carlos Escobar Espínola pero me permito realizar algunas consideraciones:

EL DECRETO N° 17.404 DEL 08 DE SETIEMBRE DE 1986, ES UNA NORMA INFERIOR Y NO PUEDE DEROGAR A UNA NORMA SUPERIOR COMO LA LEY 1.183/85.: Dicho Decreto, aunque este encubierta como Edición Oficial, no puede prevalecer la versión publicada en la Gaceta Oficial por esta es la Ley sancionada y promulgada y publicada sobre la Ley que aprueba el Código Civil.

El problema de la contradicción entre ambas versiones se soluciona con la Constitución Nacional en la que se establece la jerarquía de las normas y por la cual el Juez ésta obligado a aplicar primeramente la Constitución y luego la ley y después las normas inferiores. El Art. 137 C.N. establece el orden de prelación que rige en la República del Paraguay, para las normas jurídicas. El problema suscitado es que la Ley fue publicada en la Gaceta Oficial, ha sido con un texto que limitaba a los hermanos la posibilidad de entrar en la sucesión como colateral, pero, posteriormente, por un Decreto del Poder Ejecutivo, se realizó la Edición Oficial del Código Civil, pero modificando a través de esta, en lo sustancial, la sucesión de los colaterales al ampliarlo hasta el cuarto grado. El Art. 137 C. N. establece la solución a este problema pues dispone que “carecen de Validez todas las disposiciones o actos de autoridad opuesto a lo establecido en esta Constitución”. Y la Constitución Nacional dispone que “LA LEY SUPREMA DE LA REPÚBLICA ES LA CONSTITUCIÓN NACIONAL, ÉSTA , LOS TRATADOS, CONVENIOS Y ACUERDOS INTERNACIONALES APROBADOS Y RATIFICADOS, LAS LEYES DICTADAS POR EL CONGRESO Y OTRAS DISPOSICIONES JURÍDICAS DE INFERIOR JERARQUÍA, SANCIONADAS EN CONSECUENCIA, INTEGRAN EL DERECHO POSITIVO EN EL ORDEN DE PRELACIÓN ENUNCIADO”. Pero en el último párrafo dispone de este mismo artículo de la CN establece que “carecen de validez todas las disposiciones o actos de autoridad opuestos a lo establecido en esta constitución”. Cualquier disquisición que pretenda superarla, no existe. El Decreto del Poder Ejecutivo, por más que esté arropada de Edición Oficial, que establece una sucesión de los colaterales en forma distinta a la establecida en la Ley, pierde eficacia y es inexistente por imperio de la Constitución Nacional, en el punto modificado. Entendido así las cosas, la norma vigente es la que se establece en el Art. 1592 CC y que reza que “NO HABIENDO DESCENDIENTES, ASCENDIENTES,

NI CÓNYUGE, HEREDARÁN LOS HERMANOS, Y EN REPRESENTACIÓN DE ÉSTOS, SUS DESCENDIENTES, HASTA EL CUARTO GRADO INCLUSIVE, DE ACUERDO CON LAS REGLAS DE LA REPRESENTACIÓN". Si esta es la norma vigente, entonces la señora M.H., con apellido N. de W., no puede ser heredera. Para empezar no es hermana del causante y, entonces, solo podría heredar si es hija de un hermano del causante, pero la misma tampoco es hija de un hermano del causante.

Por otra parte, el derecho de representación no puede aplicarse de oficio y la parte apelante en su escrito inicial pidió la declaratoria por derecho propio. A fojas 137 de autos, al solicitar su declaratoria de herederos por derecho propio, dice ser hija de J. H. W., quien es o fue tío del causante y la recurrente que pide declaratoria de herederos es hija de ese tío, por tanto no es hija de algún hermano del causante, porque es hija de un tío. Si su padre, que es tío, no puede heredar al causante, la misma tampoco puede concurrir por derecho de representación de quien no tiene vocación hereditaria. Pero, lo contundente, para adherir por el voto del preopinante Carlos Escobar Espínola, es que la señora M.H., con apellido natal de W., no solicito la declaratoria de herederos por derecho de representación, sino que lo hizo por derecho propio. Entonces, el juez no puede suplir a las partes concurrentes y otorgarle derecho de representación que no se pidió. Si la declaratoria de herederos se pidió por derecho propio, el juez de oficio, no puede otorgarlo por derecho de representación, más aun que no consta cuando falleció el mencionado padre de la recurrente. Por último en autos cabe señalar que el tío no hereda y menos la hija del tío que es el caso.-

En concreto por prelación constitucional rige la versión de la Gaceta Oficial que la Ley de la Republica y no la Edición Oficial, que se dispuso por simple decreto.

Las modificaciones sustanciales de la Ley solo pueden hacerse por otra ley, y por más que diga Edición Oficial, la misma no puede modificar la ley original. Lo expuesto hasta acá es argumento suficiente para adherir al voto emitido por el colega Carlos Escobar Espínola, en el mismo sentido y alcance. **ES MI VOTO.**

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando el acto los Señores Miembros de conformidad, todo por ante mí de que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue de inmediato.

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil y Comercial, **QUINTA SALA;**

RESUELVE:

I. DECLARAR DESIERTO, el recurso de nulidad interpuesto.

II. CONFIRMAR, con costas, la S.D. N° 352 de fecha 28 de mayo de 2010, dictado por el Juzgado en lo Civil y Comercial del Sexto Turno de la Capital.

III. ANOTAR, registrar, comunicar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Carlos A. Escobar Espínola, Carmelo Augusto Castiglioni y Linneo Ynsfrán Saldívar.

Ante mí: Abg. Federico Miller Tellechea. Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 32

JUICIO EJECUTIVO. Acción ejecutiva.

Los juicios ejecutivos se caracterizan por su sumariedad. Su objetivo es el cumplimiento de las obligaciones de sumas líquidas y exigidas, mediante el pago de las mismas. Por las características particulares de esta clase de acción, está prohibido estudiar la causa de la obligación, para ello la legislación nacional brinda a las partes otras herramientas y otra clase de juicios por la vía ordinaria. Solamente es menester que se trate de obligaciones exigibles y que los títulos base de la ejecución sean aptos para ello.

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

En lo que respecta a la excepción de inhabilidad de título, sostenemos que su viabilidad o procedencia se dan si se reúnen ciertos requisitos, como ser que el título presentado no sea de los enumerados en el Art. 448 del CPC, que se pretenda ejecutar una obligación de hacer o no hacer y no una suma de dinero, que la suma reclamada no sea líquida, que no exista legitimación pasiva o activa y que la deuda no sea exigible por hallarse supeditada a una condición o a plazo. En esta excepción solo se cuestiona la idoneidad del título, los factores externos del mismo, pues si el mismo es hábil pero existen causas para el no pago, estas deben ser debatidas en otro proceso, en los ordinarios.

TARJETA DE CRÉDITO

El contrato de tarjeta de crédito constituye una operación financiera compleja, que por ende configurará un contrato autónomo, no asimilable a la cuenta

corriente mercantil, ni a la cuenta corriente bancaria. A pesar de ciertas analogías, excede el marco de una cuenta corriente mercantil. A los efectos de la aplicación del art. 448 inc. e) del CPC se requerirá la aprobación judicial o extrajudicial de la cuenta remitida por el emisor al usuario.

JUICIO EJECUTIVO. TARJETA DE CRÉDITO

El instrumento que debe servir de base para la acción ejecutiva de una deuda proveniente del uso de la tarjeta de crédito no lo constituye solo el extracto de cuenta, sino, además los Comprobantes o cupones de compra, los cuales integran el primer documento constituyendo, todos ellos, el título ejecutivo a los efectos de la pretensión de la vía sumaria, y especial para el cobro, conforme el contrato.-

T. de Apel. Civ. y Com. Quinta Sala. 05/03/12. “Empresa Credi Fácil SAECA c/ Jorge Antonio Cárdenas Ayala s/ cobro de guaraníes”. (Ac. y Sent. N° 32).

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

CUESTIONES:

¿ES NULA LA SENTENCIA APELADA?

EN SU CASO, ¿SE DICTÓ CONFORME A DERECHO?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: YNSFRÁN SALDÍVAR, ESCOBAR Y VILLALBA.

ALA PRIMERA CUESTION EL MAGISTRADO YNSFRÁN SALDÍVAR:

Dijo: En el escrito de memorial agregado a fs. 99/103, el nulicidente omite la fundamentación de este recurso. De igual manera este Tribunal, procedió al estudio del fallo y constató que no adolece de vicios ni defectos que ameriten anularlo. Por tanto, corresponde tener por desistido al recurrente del recurso interpuesto. ES MI VOTO.

A SUS TURNOS LOS MAGISTRADOS CARLOS ESCOBAR ESPÍNOLA y NERI VILLALBA: Manifiestan que se adhieren a la opinión del Dr. YNSFRÁN SALDÍVAR por los mismos fundamentos.

ALA SEGUNDA CUESTION EL MAGISTRADO YNSFRÁN SALDÍVAR:

Dijo: El fallo apelado HIZO LUGAR A LA EXCEPCIÓN DE INHABILIDAD DE TÍTULO y en consecuencia RECHAZÓ LA EJECUCIÓN promovida por la firma actora, por los motivos expuestos en el Considerando del fallo ver fs. 96.

El apelante se siente agraviada por esta decisión, por lo que interpone los recursos que le fueron concedidos favorablemente por la inferior. Ante esta Alzada presenta el escrito de agravios que obra a fs. 99/103. En el mencionado escrito fundamenta el presente recurso manifestando: “...*Estamos en presencia de un reclamo de una deuda por utilización de tarjeta de crédito. EL DEUDOR NO NEGÓ SUS FIRMAS, NO NEGÓ LA DEUDA. Invocó que mi mandante no tiene autorización del B.C.P. para operar en tarjetas de crédito, que no lo necesita, e inhabilidad porque no consta en autos un estado de cuenta. Nada más alejado de la verdad...*” “...*Es ilícito proteger al deudor que no paga su cuenta, escudado por la A-quo con el pretexto que mi mandante no tiene permiso del Banco Central. No necesita NINGÚN permiso del Banco Central, está fuera de su ámbito, es una empresa comercial libre, que trabaja con su propio dinero, no capta dinero de terceros, para preocupar al Banco Central...*” (sic. fs. 99). Prosigue indicando que el demandado no negó su firma ni negó poseer la tarjeta de crédito originaria de la deuda reclamada, ni haber firmado el contrato de utilización de tarjeta. Asimismo expresa que los cupones que presenta como base de esta acción son ejecutivos, pues contienen una deuda líquida, vencida, reconocidos judicialmente y, por tanto, exigibles. Manifiesta también que el permiso conferido por el Banco Central para emitir tarjetas de crédito su representada no lo necesita, pues ésta no depende del Banco Central ni se encuentra bajo su potestad. Por estos motivos concluye solicitando la revocación del fallo apelado.

La otra parte al contestar el traslado (fs. 115/116), solicita que se confirme la resolución recurrida, pues indica que la actora presentó cupones que por sí solos no traen aparejada ejecución. Expresa que posteriormente presentaron una solicitud de tarjeta de crédito, el cual se configura como un acuerdo de voluntades por ser un contrato, por tanto dicho documento tampoco es válido. Además indica que los bonos presentados por la actora pertenecen a una entidad que no posee habilitación del Banco Central para emitirlos. Asimismo arguye que la actora afirma que su representada reconoció las firmas y la deuda pero eso no es verdad, pues el mismo fue notificado pero no asistió al reconocimiento de firmas, así que el reconocimiento ficto es totalmente desconocido por su parte. Con estos fundamentos solicita la confirmación de la resolución apelada.

Pues bien, este Tribunal considera pertinente formular algunas consideraciones sobre el tema debatido para luego proceder al estudio del caso específico.

Como se sabe, los juicios ejecutivos se caracterizan por su sumariedad. Su objetivo es el cumplimiento de las obligaciones de sumas líquidas y exigidas, mediante el pago de las mismas. Por las características particulares de esta clase de acción, está prohibido estudiar la causa de la obligación, para ello la legislación nacional brinda a las partes otras herramientas y otra clase de juicios por la vía ordinaria. Solamente es menester que se trate de obligaciones exigibles y que los títulos base de la ejecución sean aptos para ello. A este efecto el Art. 448 del CPC indica cuáles son los títulos ejecutivos. Asimismo la ley otorga al deudor de ciertas defensas que puede oponer contra el progreso de la ejecución de manera de impedir que se lleve adelante la misma por darse ciertos hechos determinados en la norma, específicamente, en el Art. 462 del CPC. La excepción opuesta contra el progreso de esta ejecución, de inhabilidad de título (inc. d del Art. 462 del CPC) están previstas en la ley, por lo que corresponde su estudio.

En lo que respecta a la excepción de inhabilidad de título, sostenemos que su viabilidad o procedencia se dan si se reúnen ciertos requisitos como ser que el título presentado no sea de los enumerados en el Art. 448 del CPC, que se pretenda ejecutar una obligación de hacer o no hacer y no una suma de dinero, que la suma reclamada no sea líquida, que no exista legitimación pasiva o activa y que la deuda no sea exigible por hallarse supeditada a una condición o a plazo. En esta excepción solo se cuestiona la idoneidad del título, los factores externos del mismo, pues si el mismo es hábil pero existen causas para el no pago, estas deben ser debatidas en otro proceso, en los ordinarios.

En lo referente a la habilidad de las deudas originadas por el uso de las tarjetas de crédito, debemos mencionar que existe escasa jurisprudencia sobre el tema. No obstante ello esta Alzada tiene un criterio al respecto. Es necesario pues, para avalar esta deuda, ciertos documentos como: los cupones donde conste la firma del deudor; un estado de cuenta corriente o extracto; y el contrato de tarjeta de crédito o cuenta corriente.

Asimismo, consideramos que el contrato de tarjeta de crédito constituye una operación financiera compleja, que por ende configurará un contrato autónomo, no asimilable a la cuenta corriente mercantil, ni a la cuenta corriente bancaria. A pesar de ciertas analogías, excede el marco de una cuenta corriente mercantil. A los efectos de la aplicación del art. 448 inc. e) del CPC se requerirá la aprobación judicial o extrajudicial de la cuenta remitida por el emisor al usuario.

El instrumento que debe servir de base para la acción ejecutiva de una deuda proveniente del uso de la tarjeta de crédito no lo constituye solo el extracto de cuenta, sino, además los Comprobantes o cupones de compra, los cuales integran el primer documento constituyendo, todos ellos, el título ejecutivo a los efectos de la pretensión de la vía sumaria, y especial para el cobro, conforme el contrato.

Que, en este caso en particular, los documentos de fs. 7/27 de autos, base de la demanda, con cupones, las boletas y extractos de cuenta de la tarjeta de crédito, que tienen consignados el lugar y fecha de emisión, el monto adeudado y la firma del deudor, es decir, se hallan cumplidos los requisitos legales. Asimismo obra en autos la incomparecencia del demandado a reconocer firmas, llegándose así al reconocimiento ficto de la firma estampada en los documentos que se ejecutan, y creadose una presunción de legitimidad. Hecho este, que al ser negado por la demandada al oponer la excepción de inhabilidad de título, el mismo debió probar lo contrario, utilizando los resortes legales que la legislación le otorga al efecto, pues la carga de la prueba pesaba en la demandada, en consecuencia la excepción deducida deviene improcedente. Además de todo en el escrito de contestación de agravios el mismo afirma que fue notificado para reconocer las firmas y no asistió. Por estos motivos consideramos mas que evidente la improcedencia de la excepción opuesta.

Corresponde, de esta forma, revocar el fallo apelado, por no ajustarse a derecho, y en consecuencia llevar adelante la ejecución. Con respecto a las costas las mismas deben ser impuestas a la perdidosa de conformidad al Art. 202 del CPC. ES MI VOTO.

A SUS TURNOS LOS MAGISTRADOS CARLOS ESCOBAR ESPÍNOLA y NERI VILLALBA: Manifiestan que se adhieren a la opinión del Dr. YNSFRÁN SALDÍVAR por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Señores Miembros de conformidad, todo por ante mi que certifico, quedado acordada la sentencia que sigue de inmediato.

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, QUINTA SALA;

RESUELVE:

1) TENER POR DESISTIDO a la nulicante del recurso de nulidad.

2) REVOCAR, con costas, la S.D. N° 1403, de fecha 27 de noviembre de 2008, y en consecuencia LLEVAR ADELANTE la ejecución promovida por la firma EMPRESA CREDIFÁCIL S.A.E.C.A, contra el Sr. JORGE ANTONIO CÁRDENAS AYALA, por el monto de Gs. 3.569.444 (GUARANÍES TRES MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y CUATRO), por las razones dadas en el exordio de la presente resolución.

3) ANOTAR, registrar y remitir una copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Carlos A. Escobar Espínola, Linneo Ynsfrán Saldívar y Neri Villalba Fernández.

Ante mí: Abg. Federico Miller Tellechea. Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 67

DIVORCIO. Causas de divorcio.

La causal “de abandono del hogar conyugal” se caracteriza por la “voluntariedad en el hecho del abandono”, pues este hecho presenta dos características, siendo uno de ellos el hecho mismo del abandono y el otro la voluntad de no volver a unirse. Es decir, el juez debe interpretar y aplicar la intención de uno de los cónyuges de no cumplir con los deberes de cohabitación, asistencia y alimentos.

PRESUNCIONES.

Las presunciones son el conjunto de indicios que hacen que una cosa sea realmente lo que aparenta que es, pudiendo ser este supuesto cuando se demuestra la existencia de un hijo extramatrimonial no estando ni separado ni divorciado.

DIVORCIO. Causas de divorcio.

Estando agregados tres certificados de filiación de hijos extramatrimoniales, que de allanarse la parte demandada al juicio de divorcio y pedir que sea por culpa de la actora, podría eventualmente haber servido para demostrar el adulterio, pero este Tribunal y tampoco el Juzgado de Primera Instancia pudo tenerlo en cuenta, considerando que el abogado de la parte demandada solo pidió el rechazo de la demanda de divorcio.

DIVORCIO. Causas de divorcio.

Con los certificados de filiación de hijo tenido fuera del matrimonio podía haberse dictado el divorcio por adulterio, porque los hijos fuera de matrimonio estando vigente el mismo de por sí probaría el adulterio sin necesidad de probar la cópula.

T. de Apel. Civ. y Com. Quinta Sala. 24/05/12. “R. F. H. A. c/ F. M. de H. s/ Divorcio a petición por una sola de las partes” (Ac y Sent. N° 67).

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

CUESTIÓN:

¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

Practicado el sorteo de Ley para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: LINNEO YNSFRÁN SALDÍVAR, CARMELO AUGUSTO CASTIGLIONI Y CARLOS ESCOBAR.

A LA ÚNICA CUESTIÓN PLANTEADA EL MAGISTRADO LINNEO YNSFRÁN SALDÍVAR dijo: La sentencia apelada resolvió declarar el divorcio vincular de los esposos R. F. H. AL. y F. M. A. por la causal prevista en el Art. 4 inc. h) de la Ley 45/91, emitiendo el fundamento de su fallo en el Considerando, obrante a fs. 77/77 vlt. de autos.

El apelante, en esta instancia, presentó la expresión de agravios a través del escrito agregado a fs. 82/85, donde expresa que la inferior emitió una sentencia apreciando arbitrariamente las pruebas rendidas en autos; menciona que el matrimonio es de orden público y las reglas del matrimonio también lo son, recalcando que los esposos se deben respeto, consideración, fidelidad y asistencia. Finalmente, en base a estos argumentos solicita se revoque el fallo y se declare culpable a el señor R.F.H.A. La otra parte, a través del escrito agregado a fs. 86, contesta a la apelante expresando que este no realizó una crítica razonada de la resolución y por esta razón pide al Tribunal que declare desierto el recurso de apelación. No obstante este pedido, realizada la contestación del escrito de expresión de agravio presentado por el apelante y rebate lo sostenido por éste entendiendo que la resolución no es arbitraria, pues ella se encuentra sustentada en pruebas instrumentales y testificales y como la otra parte no planteó reconvencción, tácitamente admitió que la causal alegada por el actor

era la pertinente para declararlos divorciados. Finalmente, solicita se confirme el fallo apelado.

Ante estas posiciones encontradas, solo nos resta analizar los fundamentos de la inferior a los efectos de determinar si el fallo es justo y dictado conforme a derecho. Entrando al estudio de el fundamento dado por la inferior encontramos que esta sustenta su fallo en las pruebas testificales rendidas en autos donde éstos declararon en forma conteste y uniforme que los esposos se hallaban separados desde el año 1993 configurándose la causal prevista en el Art. 4º inc. h) de la Ley 45/91. En síntesis, la inferior consideró pertinente la causal invocada “de abandono del hogar conyugal”. Esta causal se caracteriza por la “voluntariedad en el hecho del abandono”, pues este hecho presenta dos características, siendo uno de ellos el hecho mismo del abandono y el otro la voluntad de no volver a unirse. Es decir, el juez debe interpretar y aplicar la intención de uno de los cónyuges de no cumplir con los deberes de cohabitación, asistencia y alimentos. En suma, los doctrinarios vienen sosteniendo que cuando se decreta el divorcio por esta causal se está determinando en forma indirecta la cesación de la cohabitación, pues éste es el primer deber de los esposos y debe ser evaluada independientemente de otros factores.

En base a lo explicitado líneas arriba, consideramos que la decisión de la inferior es acertada, pues a fs. 19/22, al contestar la demandada la demanda promovida contestó no reconvinó por otra causal pero solicitó se declare el divorcio por “adulterio” y pidió se le “declare litigante de mala fe y ejercicio abusivo del derecho”. Obviamente, en este caso no se recurrió ni a la prueba directa ni indirecta para probar que se configuró la causal de adulterio.

Como se sabe, la prueba directa es la cópula, de difícil comprobación, y la indirecta se obtiene a través de presunciones. Como se sabe, las presunciones son el conjunto de indicios que hacen que una cosa sea realmente lo que aparenta que es, pudiendo ser este supuesto cuando se demuestra la existencia de un hijo extramatrimonial no estando ni separado ni divorciado. Esto no sucedió en esta causa, por ende, repetimos, la sentencia dictada es atinada y se ajusta a derecho.

Las costas, deben ser impuestas en el orden causado, dado que todas las cuestiones de familia no pueden generar parte ganadora y perdedora entre las partes involucradas.

En consecuencia, por los fundamentos expresados ut-supra corresponde

confirmar el fallo de la inferior e imponerse las costas en el orden causado. Es mi voto.

A su turno el magistrado Carlos Escobar Espínola manifestó adherirse a la opinión del preopinante, por los mismos fundamentos.

A su turno el magistrado Carmelo Castiglioni en cuanto al recurso de apelación dijo: Que adhiero a los votos de los preopinantes que anteceden en el mismo sentido argumentativo y alcance, solo me permito agregar y al solo efecto de recalcar, en salvaguarda de la justicia, y es que, efectivamente, el abogado de la señora F. M. de H. en su escrito de contestación de demanda, solo pidió “OPORTUNAMENTE, DICTAR SENTENCIA DEFINITIVA, RECHAZANDO LA DEMANDA DE DIVORCIO PLANTEADA POR EL SR. R. F. H. A., CONSIDERÁNDOLO AL PAGO DE ASISTENCIA ALIMENTICIA A FAVOR DE MI REPRESENTADA”. Es importante dejar en claro que estando agregados tres certificados de filiación de hijos extramatrimoniales, que de allanarse la parte demandada al juicio de divorcio y pedir que sea por culpa de la actora, podría eventualmente haber servido para demostrar el adulterio, pero este Tribunal y tampoco el Juzgado de Primera Instancia pudo tenerlo en cuenta, considerando que el abogado de la parte demandada solo pidió el rechazo de la demanda de divorcio. En todo caso, el abogado de la demanda debió allanarse al juicio de divorcio, pero solicitar que sea por culpa de la parte actora, para que eventualmente se pudiera tener en cuenta dichos certificados de filiación de hijo tenido fuera del matrimonio y, que si lo hubiera hecho así, tal vez podía haberse dictado el divorcio por adulterio, porque los hijos fuera de matrimonio estando vigente el mismo de por sí probaría el adulterio sin necesidad de probar la cópula, pero al pedir solo el rechazo del juicio de divorcio no corresponde tener en cuenta esos certificados de filiación de hijos extramatrimoniales del marido, pues la justicia no puede expedirse sobre lo que no se pide. Comparto totalmente el criterio de los preopinantes por esta razón y con el mismo alcance. Es mi voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los señores Miembros, de conformidad todo por ante mí de que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue de inmediato.

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y sus fundamentos, el TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL, QUINTA SALA;

RESUELVE:

TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL

1) CONFIRMAR la S.D. N° 806, de fecha 30 de setiembre de 2011, dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Quinto Turno, por las razones emitidas en el exordio de este fallo.

2) IMPONER LAS COSTAS en el orden causado.

3) ANOTAR, registrar, notificar y enviar copia a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Carlos A. Escobar Espínola, Carmelo Augusto Castiglioni y Linneo Ynsfrán Saldívar

Ante mí: Abg. Federico Miller Tellechea. Actuario Judicial.